

---

## 4. Paradojas de los derechos sociales subjetivos

---

### Paradoxes of subjective social rights

**Ricardo Rivero Ortega**

Catedrático de la Universidad de Salamanca  
ricriv@usal.es

**Suzana Tavares da Silva**

Universidad de Coimbra  
suztavares@gmail.com

**Resumen:** Este trabajo cuestiona el abuso de la categoría de derecho subjetivo para realizar necesidades sociales (educación, sanidad, cuidados, vivienda digna) o para proteger grupos históricamente desfavorecidos. Se propone como alternativa solidaria la vuelta a la idea de Derecho objetivo, sumando el régimen jurídico de las obligaciones y recuperando una comprensión del Derecho como técnica para equilibrar los intereses de toda la sociedad.

**Palabras clave:** Derecho objetivo, derechos subjetivos, obligaciones y deberes, derechos sociales.

**Abstract:** *This paper questions the misuse of the category of subjective rights to fulfill social needs (education, healthcare, care services, adequate housing) or to protect historically disadvantaged groups. As a solidaristic alternative, it proposes a return to the concept of objective law, incorporating the legal framework of obligations and restoring an understanding of law as a technique to balance the interests of society as a whole.*

**Keywords:** *Objective law, subjective rights, obligations and duties, social rights.*

## I. El auge excesivo de los derechos subjetivos

Los ordenamientos jurídicos contemporáneos han experimentado una evolución significativa en clave de reconocimiento de nuevos derechos. A las numerosas prestaciones colectivas (educación, sanidad, cuidados, ingreso de inserción social) se han sumado exigencias de reconocimiento particular, facultades asociadas a las circunstancias adversas o a la discriminación histórica sufrida por determinados colectivos (por razón del género, la orientación sexual u otros factores como la edad). Desde una perspectiva humanista, tanto la solidaridad como la compensación jurídica de tantos agravios parecen plausibles, pero su realización efectiva suscita problemas prácticos y teóricos que vamos a exponer.

Todas las buenas ideas lo son hasta un punto, aquél en el que comienzan a generar efectos paradójicos o contraproducentes. Debido a los abusos oportunistas o los excesos interpretativos, algunos nuevos derechos subjetivos proyectan consecuencias no tenidas en cuenta previamente sobre el interés general, las diversas prioridades de la ejecución presupuestaria o los deberes y obligaciones de otros particulares, repercusiones por tanto sobre posiciones jurídicas también merecedoras de cierta consideración.

Pensemos por ejemplo en el impacto del derecho a la vivienda de personas vulnerables sobre el patrimonio de los propietarios de inmuebles cuyos intereses se ven afectados por moratorias de desahucios. O en los costes que puede comportar la adaptación de los servicios públicos a exigencias asociadas a los padecimientos de salud mental de personas dignas de consideración, con repercusiones igualmente atendibles sobre otros usuarios. Porque hoy puede ser suficiente alegar cualquier padecimiento psicológico para esgrimir un *derecho* a ser dispensado o tratado en un modo singular.

Intentando aminorar estos «efectos secundarios» de los nuevos derechos, cabe preguntarse si el recurso a la categoría del derecho subjetivo es la opción idónea para lograr sus propósitos, quiero decir, si no caben otras alternativas que pudieran servir para lograr niveles similares de protección sin afectar negativamente a otras personas o a la sociedad.

Planteamos esta espinosa cuestión porque, cuanto mayor sea el número de personas que aspiren a que la Administración les garantice su estatuto en forma de pretensiones subjetivas, más difícil será atender simultáneamente todas las demandas. La individualización del ejercicio de los derechos produce costes en cascada al permitir que cada persona esgrima su situación particular y pida una respuesta adaptada a la misma, una «customización» o traje a medida del ejercicio de los derechos que ya se observa en los tratamientos médicos con análisis genético, la educación a la carta y otras prestaciones cada vez más costosas.

Implicaciones presupuestarias aparte, desde mi punto de vista el principal problema legal derivado de la individualización en nuestra «sociedad de las singularidades» (Rec-

kwitz, 2020) es el crecimiento de la complejidad y las afecciones sobre las posiciones jurídicas de terceros y el interés general. Porque, aunque las soluciones de talla única en la acción administrativa respondan a una idea de igualdad que puede parecer anticuada, despejan de una vez por todas las repercusiones de la realización de derechos al generar un espacio de previsibilidad completo.

Hoy gran parte de ese marco homogéneo de situaciones estatutarias se ha visto afectado por la fragmentación de los grupos sociales en subgrupos que esgrimen agravios para diferenciar sus derechos de los comunes para los demás. El Derecho objetivo igual para todos se ha atomizado en los derechos subjetivos de cada individuo singularizado.

Además de los problemas presupuestarios y más allá de la dificultad en definir políticas públicas que satisfagan el interés general, esta atomización de intereses jurídicamente atendibles ha contribuido también al «empobrecimiento del discurso político», a la «desconstrucción de las comunidades políticas» (Glendon, 1991). La discusión de los macro temas que caracterizan a las grandes opciones de ciudadanía política y sobre las cuales una discusión en colectivo democrático ha permitido la evolución de las generaciones pasadas es hoy imposible en una comunidad que está enfocada en nano cuestiones de bien estar personal.

## II. Derechos personales e intereses colectivos: el necesario equilibrio

Hemos llegado a este punto porque Occidente ha desarrollado en los últimos siglos un concepto de persona/agencia a la que las leyes han de atribuirle derechos/facultades, esto es, derechos subjetivos. En lugar de reconocer un principio general de libertad, sólo limitable por ley mediante la regulación de obligaciones bien justificadas, se ha preferido ampliar progresivamente el catálogo de derechos y libertades desde finales del siglo XVIII hasta el siglo XXI. Así, la expansión de los derechos multiplica correlativas capacidades reaccionales para exigir su realización, con implicaciones obviadas sobre terceros afectados, preteridos o sujetos a obligaciones. Por supuesto, esta expansión de los derechos subjetivos también ha comportado incrementos destacables del gasto público destinado a garantizar su realización. Una premisa que no vale solamente para derechos sociales, la ampliación del catálogo de derechos de libertad representa igualmente un incremento de costes públicos (Holmes & Sunstein, 2000).

Pensemos por ejemplo en el salto cuantitativo y cualitativo de las políticas de género, a partir de la metamorfosis de una prohibición de trato discriminatorio en un derecho positivo a la igualdad real y efectiva. A finales del siglo pasado aún discutíamos la constitucionalidad de las cuotas en distintos ámbitos, pero tras las reformas más recientes se cuestionan garantías clásicas como la presunción de inocencia, la igualdad procesal o la exigencia de capacidad para realizar según que tareas. Incluso desde una toma de postura favorable a la efectividad plena de la igualdad de género resulta difícil aceptar algunas de las propuestas más radicales para desmontar el patriarcado. Porque también

los hombres son titulares de derechos merecedores de protección. Y el punto de equilibrio de la igualdad de género sugiere una situación en la que *nadie* sea discriminado por esta circunstancia personal.

Si pasamos de la prohibición de discriminación a la obligación de disfrute del permiso de paternidad, por ejemplo, hemos transformado la posición jurídica original de libertad en una situación totalmente opuesta. Este es un ejemplo antitético y paradójico de inversión de la categoría derecho a la de obligación. El derecho de la mujer a la igualdad se proyecta sobre el derecho del hombre al permiso de paternidad, que deviene deber objetivo y genera una asimetría inopinada en la que la libertad de elegir de cada quién se anula sin atender a las opciones voluntarias, ni reparar en los efectos materiales desiguales de otro orden que pueden generar estas situaciones, propiciando una pérdida de oportunidades y desincentivos a la paternidad/maternidad misma.

En este caso, como en tantos otros, el Derecho objetivo y la libertad de elección podrían ser suficientes para realizar la igualdad. En cambio, nos acercamos al punto opuesto de teorizar un derecho subjetivo de la madre a requerir del padre el ejercicio de su derecho al permiso, o a la inversa, en el contexto de las relaciones de familia. Y no se olvide la posibilidad real de que ambos progenitores trabajen en la misma organización, en el mismo departamento o servicio, lo que ocurre en no pocas ocasiones. Tampoco se pase por alto la situación desventajosa de los trabajadores autónomos, quienes contemplan este tipo de derechos/obligaciones como un privilegio muy lejos de su alcance.

Los efectos paradójicos o contraproducentes del reconocimiento de derechos son bien conocidos y no se limitan a las reacciones involucionistas, que se muestran por desgracia cada vez más intensas. El derecho al trabajo, contemplado como tal, ha permitido en la práctica elegir en nuestras sociedades si se trabaja o no, con la alternativa de una garantía de ingreso mínimo de inserción social compatible con una negativa de facto a aceptar ofertas laborales. Tal estado de cosas no sólo relativiza el deber de trabajar, previsto así constitucionalmente, sino que desincentiva la vida laboral y genera percepciones sociales muy negativas hacia este nuevo derecho y contra una política muy necesaria por razones de equidad.

En cierto modo, algún rechazo social al ingreso mínimo responde al vínculo que se intuye entre la recibir la prestación y el comportamiento insolidario. Justo la actitud opuesta a la que sería esperable cuando se recibe el apoyo de la colectividad.

¿Cómo es posible esta distorsión de las relaciones entre el interés particular y el general en las sociedades contemporáneas? Debemos comenzar señalando que no todas las culturas comparten la misma ponderación de persona y grupo. Desde la psicología social nos explican las diferencias de pensamiento entre occidentales y asiáticos, con implicaciones sobre el tema que aquí se trata, filosofías contrapuestas (Nisbett, 2019). Lo mismo ocurre a lo largo de la historia. Nos equivocamos si creemos que nuestro modo de pensar es el mismo de los antepasados medievales (Fossier, Robert, 2019).

Pero aun aceptando las implicaciones situacionales de tiempo y lugar, sigue costándonos descartar la existencia de universales humanos. Así, el sentimiento de rechazo

de la injusticia, la protección de los niños, el afán comunicativo o la tendencia a la apropiación de ciertos bienes, entre otros (Pinker, 2018). Consideramos que cada hombre y cada mujer incluye estas ideas entre sus emociones, pero tal vez deberíamos comenzar a cuestionarnos el arquetipo mismo de persona, del que se deriva la idea de agencia.

Punto de partida de la construcción jurídica moderna y contemporánea, la idea de agencia parte del reconocimiento de la libertad. Fueron los griegos quienes inventaron el individualismo, mientras otras culturas como la de China se basaron en la agencia colectiva, la preferencia de la comunidad sobre el individuo. Hasta hoy seguimos debatiendo sobre el alcance de la teoría de agencia individual, en sus relaciones con la sociedad y el contexto (Duckworth, 2016).

Sea como fuera el balance en cada momento y lugar, es preciso lograr un equilibrio óptimo entre el interés particular y el general. Algunas sociedades tienden a anular al individuo en aras del interés general, mientras otras ensalzan el individualismo hasta un punto difícil de sostener sin perjudicar el bien común (Vermeule, 2022).

La jurisprudencia aporta ejemplos claros de como esta promoción del individualismo termina afectando al bien común, según lo que se denomina el *efecto presupuestario en cascada* (Schmidt, 2018), que hace con que la decisión judicial sea individual, pero termine implicando un cambio generalizado de la política pública. Por ejemplo, en Lituania, tras la sentencia del 2008, del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en el caso *L. v. Lithuania* (n.º 27527/03), que reconoció la violación del artículo 8 (vida privada) por la recusa inmediata del Estado en providenciar por una cirugía de cambio de sexo, fue necesario transferir una suma grande del presupuesto de la salud para este tipo de actos, presupuesto que estaba destinado a actos sanitarios de interés general. De igual modo, cuando el Tribunal de Justicia de la Unión Europea impone la prohibición total de tratamiento distinto caso basado en el sexo o en la edad (*Pensionsversicherungsanstalt v Klaus Kleist – C-356/09; Vergani – C-207/04*), crea dificultades para los sistemas sociales basados en forma de mutualidad que toman en consideración aspectos estadísticos sociales como la diferente longevidad de hombres y mujeres o los riesgos a que las personas se someten a lo largo de la vida.

Volver a las raíces de los conceptos «derecho subjetivo» y «bien común», puede ayudarnos a despejar paradojas y perplejidades. Cuando nos acercamos a la literatura sobre derechos, se dan por sentadas cuestiones muy debatidas en los orígenes de esta categoría, olvidando los fundamentos filosóficos subyacentes a cada tesis y las alternativas conceptuales al presente sesgo individualista.

Ya solo los teólogos y algunos historiadores rememoran las trascendentales controversias entre escolásticos y nominalistas. Las visiones contradictorias de Tomás de Aquino y Guillermo de Ockam no sólo se proyectaron sobre los universales/particulares, sino que también incidieron en la formulación del voluntarismo frente a un naturalismo social opuesto a la presunta libertad humana de hacer su deseo al margen del entorno. El concepto de derecho como facultad de obrar sobrepasa la idea de justicia en este momento teológico, crucial en el siguiente desarrollo de las ideas políticas. Con razón se ha dicho que las semillas de los conflictos culturales contemporáneos se pueden identificar en las raíces teológicas medievales (Oberman, 1983).

Todo el Derecho antes era mandato, obligación, objetividad, no subjetividad porque tal no existía como ahora la comprendemos. La excepción que configuraba la norma para atribuir una facultad se refería en Roma a la propiedad privada, el primer auténtico derecho subjetivo, cuya narrativa filosófica se encuentra en la escolástica y llega hasta John Locke (Tully, 2009).

La transmutación de una libertad de Derecho natural a una facultad/derecho subjetivo no se encuentra en las primeras versiones de los teólogos de Salamanca, a quienes reconocemos la formulación de los derechos humanos, nada menos. Estos frailes díscolos advertían que incluso la propiedad, como *dominium*, debía ser subordinada al bien común. La dignidad de la persona no comportaba atribuir facultades concretas, ni por supuesto en estas tesis suponía derechos subjetivos.

Este resultado se lo debemos al voluntarismo nominalista, al que se sumaría el jurista más citado por Grocio —el español Fernando Vázquez de Menchaca— con un fin concreto: «...hacer que cada individuo pueda hacer lo que quiera, «*id quod libet*», sin más limitaciones que la prohibición de limitar la Ley Natural. Para llegar a esta conclusión fue necesario relativizar la concepción organicista de la comunidad política. Ya no existe para el gobernante ningún fin superior al de la utilidad, es decir, el libre arbitrio de los ciudadanos», (Carpintero, 1975).

¿Fue esta formulación de la libertad individual una reacción frente al pensamiento medieval comunitarista? ¿Sirvieron los derechos subjetivos de palanca contra el tomismo en su defensa del bien común? Sea como fuere, la formulación de estas teorías en la Edad Media es un hecho suficientemente contrastado (Tuck, R, 1979), aunque demasiadas veces se olviden las decisivas aportaciones españolas.

Pero volvamos al necesario equilibrio entre interés individual y colectivo, dando un salto hasta las revoluciones liberales y las cartas de derechos, con su exponente francés de 1789, al que Bentham tildaría de «disparate en zancos» (Bentham, 1796). Esta tradición crítica con las declaraciones de derechos tiene sucesores contemporáneos (MacIntyre, 1984). Y se intensifica debido al mismo crecimiento de la tendencia con nuevos derechos (Wolterstoff, 2020, Biggar, 2020).

Desde nuestro punto de vista, la expansión de la categoría del derecho subjetivo ha sido en gran medida una ventaja cultural porque ha permitido el despliegue de capacidades individuales inéditas y un progreso sobresaliente en términos de libertad. Ahora bien, en lo que llevamos de siglo XXI, sus interpretaciones más exacerbadas han comenzado a perjudicar intereses generales que deberían cabalmente considerarse limitaciones a esa categoría. Esto ocurre de forma muy aguda en nuestra perspectiva sobre los derechos sociales: educación, salud y vivienda.

### III. Inconvenientes prácticos de realizar la solidaridad mediante derechos subjetivos (educación, sanidad, vivienda)

Hemos dedicado el anterior apartado al recordatorio histórico del origen de una categoría, el derecho subjetivo, vinculada inicialmente a la propiedad. Discutida en su alcance y efectos sobre el bien común, se consolida después en el Derecho positivo y propicia tras la Edad Media oportunidades de enriquecimiento, producción y desigualdad considerables. Otros derechos subjetivos tardarían siglos aun en ser reconocidos, sin olvidar la formulación de la categoría de derecho público subjetivo por George Jellinek (Jellinek, 2024; Agudo, 2011).

Los derechos subjetivos de contenido patrimonial, consolidados tras las revoluciones liberales a pesar de sus detractores, marcan el primer capitalismo con todas sus consecuencias. En la Europa continental también suscitan rechazos, extremos en la versión marxista, o adaptativos en la positivista de León Duguit, impulsor del pensamiento jurídico socialista de los servicios públicos, basado en el Derecho objetivo (Duguit, 1901).

El principal defensor de la teoría del servicio público negaba el carácter de derecho subjetivo de la propiedad, así que cualquier otro reconocimiento individualista estaba fuera de su concepción, que presuponía sin embargo la libertad humana. Alguno de sus intérpretes más recientes nos dice que en el fondo Duguit era un moralista que creía en el Derecho natural, muy paradójica descripción para un positivista (Pacteau, 2011).

No existe pues una realimentación creciente entre los objetivos de solidaridad y la categoría del derecho subjetivo, sino más bien al contrario, desde sus orígenes hasta las teorías defensoras de un incipiente Estado Social. El despliegue de los servicios públicos a lo largo del siglo pasado, su universalización, tuvo lugar en contra del reconocimiento de derechos subjetivos, sin reconocer individualidades. Al revés, fue sobre la base del principio de igualdad, la objetividad y la positividad.

Por supuesto, la incorporación a los catálogos de derechos de algunas de estas conquistas sociales, como la educación, supuso un progreso considerable. Olvidamos sin embargo que los grandes esfuerzos de alfabetización, creación de escuelas en todo el territorio, secularización de la enseñanza y gratuidad generadora de igualdad de oportunidades son previos y están en gran medida desconectados de la construcción teórica de un derecho subjetivo o fundamental a la educación.

Al principio, el esfuerzo de los poderes públicos tuvo que dirigirse a lograr la escolarización obligatoria, toda vez que sectores amplios de la población no percibían como un derecho la posibilidad de llevar a sus hijos e hijas a la escuela. La pérdida de horas de trabajo en el campo o la industria, antes de las limitaciones del trabajo infantil, servía como desincentivo para ejercer un inexistente en realidad «derecho a la educación». Décadas tardaría en percibirse como tal ese derecho.

El derecho a la educación, sin duda tal, pero en un contexto en el que resulta necesaria la «educación a lo largo de toda la vida» y en el que las libertades educativas también son controvertidas, deberíamos repensar a que nos referimos cuando decimos que existe un derecho. Tal vez lo que afirmamos en realidad es que debe existir una oportunidad real de educarse financiada por el Estado, reconocida por el Derecho objetivo.

Tampoco el derecho a la salud evolucionó desde sus orígenes como derecho subjetivo. Al igual que la educación, se logró la higiene pública gracias a campañas obligatorias de vacunación, tratamientos forzados en muchos casos y el respeto creciente a los profesionales de la medicina que les decían a sus pacientes lo que debían hacer, sin leerles sus cartas de derechos. Así avanzamos hacia la sanidad universal, gracias a la confianza en un sistema que proveía atención médica y fármacos, no posibilidades de reacción jurídica subjetiva para exigirlos.

Los costes insostenibles de prestaciones sanitarias crecientes y las controversias políticas en otros países sobre la universalización de la educación nos muestran la difícil realización plena de un pretendido derecho a la salud, que difícilmente podría alcanzar cualquier tratamiento, a cualquier precio, aunque tal pueda considerarse la última consecuencia de un derecho subjetivo por supuesto asociado con el derecho a la vida.

Pero la salud tiene otras muchas implicaciones relacionadas con la consideración hacia los demás. Y las atenciones sanitarias han de organizarse objetivamente de modo que el mayor número de personas tengan acceso a la mejor carta de servicios, singularidades aparte. Lo cual no quiere decir que no se pueda regular un estatuto objetivo de los pacientes en sus relaciones con el sistema sanitario.

La vivienda tampoco fue concebida como un derecho en los momentos históricos de mayor volumen de construcción de viviendas de protección oficial, desde principios del siglo pasado. Entonces las clases más desfavorecidas aspiraban a que una necesidad acuciante fuera satisfecha, sin reparar en su titularidad de una posición jurídica subjetiva reaccional. De lo que se trataba, en realidad, era de construir «casas baratas».

Y así llegamos al momento actual, cuando encontramos propuestas de última generación partidarias de reconocer los derechos sociales en general y la vivienda en particular como derechos subjetivos (Abramovich, Pisarello, Ponce Solé, 2002). En mi opinión, estas tesis bien argumentadas merecen alguna respuesta dialéctica para abrir un debate sobre si en verdad estamos ante la mejor idea, es decir, si una categoría jurídica que ha fungido como palanca del capitalismo individualista, surgida al calor de la propiedad privada, es la adecuada para realizar la solidaridad.

No pensaban igual Alexy, o Peces Barba («...porque suponen un esfuerzo económico cuantioso que choca con la escasez, que es una realidad en la que se encuentran todas las sociedades, pág.92). Tampoco Francisco Bastida los consideraba derechos fundamentales, dada su posición sistemática en nuestra Constitución de 1978.

Mi tesis se adhiere a este resultado interpretativo, pero también apunta a la incoherencia de pretender realizar la solidaridad mediante el reconocimiento de posibilidades de

exigencias individuales que pueden repercutir sobre la disponibilidad de medios para el resto de las personas, o afectar otros intereses generales. Por ello creo necesario acotar mediante el Derecho objetivo la exigibilidad individualizada y particularizada de los derechos sociales. También considero imprescindible concebir algunos de las posiciones jurídicas hoy consideradas derechos como estatutos completos, con sus deberes y obligaciones (Rivero Ortega, 2025).

## IV. La complementariedad de los deberes y las obligaciones

Tras detectar el desinterés actual sobre el régimen jurídico de los deberes públicos, creo necesario incorporar esta perspectiva al estatuto objetivo de las prestaciones solidarias. Así, propongo que los marcos actuales en los ámbitos estudiados (educación, sanidad, vivienda, cuidados, atención a colectivos desfavorecidos) comporten tanto obligaciones de acción administrativa como deberes de correspondencia de los destinatarios para garantizar la efectividad de la intervención y evitar abusos contrarios al interés general.

También considero imprescindible ponderar en todo caso la proyección de obligaciones o deberes sobre terceros para evitar la tendencia a realizar a costa de otros lo que es tarea del Estado, que requerirá la colaboración de los destinatarios de su acción, en forma de deberes, pero no puede repercutirse sobre otros sujetos sin marcos de seguridad jurídica y, en su caso, necesaria compensación de costes.

Porque gran parte de nuestra preocupación por los nuevos derechos subjetivos resulta de su desatendido reflejo en forma de obligaciones y deberes proyectados sobre otras personas, sujetos u organizaciones que deben asumir las consecuencias de su realización. Esto en sí mismo me parece digno de atención, pero también pongo el foco sobre las dificultades prácticas para alcanzar los objetivos reales que se plantea el legislador al proclamar derechos si no son al mismo tiempo configurados como deberes propios de sus titulares.

Así se logró en su momento con el derecho de propiedad, equilibrado en parte gracias a la «función social». La propiedad obliga, dice la Constitución alemana, luego el derecho subjetivo por antonomasia. Los titulares de derechos patrimoniales han de asumir una serie de costes y exigencias por ser tales. Tales cargas no se proyectan en cambio sobre los nuevos titulares de un pretendido «derecho a la vivienda» que sirve para justificar comportamientos en clara vulneración de las leyes y otros derechos, como la ocupación de bienes inmuebles o el incumplimiento de los compromisos de pago de los contratos de alquiler.

Pensemos también en el derecho a la educación, que supone el despliegue de inversiones y recursos públicos en cantidades ingentes, dirigidas a universalizar la oportunidad de acceder a los conocimientos y las habilidades necesarias para vivir en sociedad, plantearse una carrera profesional e incluso realizarse como persona. Nadie puede dudar que estamos ante una de las conquistas más celebrables del mundo contemporáneo,

pero algunos de sus beneficiarios no parecen tan conscientes de las oportunidades que se les ofrecen y la necesaria correspondencia.

Al hipertrofiar la educación como derecho, se corre el riesgo de trivializar la necesidad de alcanzar resultados formativos satisfactorios, no sólo en beneficio individual, sino para toda la sociedad. Por eso, cada persona debería ser consciente de su deber constante de educarse, única forma de mantenerse a la altura de las exigencias de las sociedades contemporáneas, aun ancladas en una idea de estadios educativos sólo para la infancia y la juventud. Otro error de concepto que no puede superarse por la comprensión actual de este derecho subjetivo, que habría de convertirse en un Derecho objetivo de la educación de carácter integral. Reflexiones similares he ofrecido en otro lugar sobre la obligación del autocuidado (Rivero Ortega, 2026).

## V. La desarticulación de la separación de poderes

Más que un inconveniente, la realización de la solidaridad mediante derechos que se reclaman y se concretan por vía judicial genera una desarticulación en el correcto funcionamiento del Estado de Derecho. Ese es un fenómeno que tiene igualmente tradición histórica en Estados Unidos bajo la denominación de «activismo judicial».

La doctrina establece una conexión entre el fenómeno del activismo judicial y la necesidad de pasar de un formalismo jurídico rígido a una interpretación funcionalista con el fin de responder a los retos del Estado de bienestar. Aunque el término se acuñó en la década de 1940 para describir la postura progresista del Tribunal Supremo de Estados Unidos en la protección de las libertades civiles (Schlesinger Jr., 1947).

En aquella época, Schlesinger temía que el Tribunal Supremo, con su tendencia a proteger activamente las libertades civiles y los derechos de los más desfavorecidos, ampliara los derechos sociales por la vía judicial en lugar de, o en contra de, la vía legislativa. Este temor se remontaba a la época conocida como «era Lochner», en la que el Tribunal «declaraba» la inconstitucionalidad de todas las medidas que violaran el libre mercado, en referencia a la sentencia Lochner contra Nueva York (189 U. S. 45), en la que el Tribunal Supremo anuló la regulación de horarios que el estado de Nueva York quería imponer a las panaderías para proteger a sus trabajadores. Su concepto de activismo judicial refleja el temor a un cambio estructural en la separación de poderes, en el que el juez dejaría de ser la «voz de la ley» para convertirse en un agente de transformación social y política.

No obstante, la definición del concepto de activismo sigue siendo objeto de un intenso debate teórico que oscila entre la defensa de la ampliación de las garantías y la crítica a la usurpación de la función legislativa por parte de los tribunales. La doctrina moderna no solo define el activismo como una decisión contraria a la ley, sino también como una elección deliberada de interpretarla con el fin de maximizar la protección de los valores

fundamentales, a menudo en detrimento de la intención original del legislador (Kmiec, 2004). Estudios recientes sugieren que el comportamiento judicial debe analizarse desde una perspectiva comparativa, en la que el contexto institucional determina el grado de proactividad de cada tribunal (Epstein *et al.*, 2024).

De hecho, resulta curioso observar que el «activismo judicial», que surgió como una expresión «casi periodística» para definir una tendencia o comportamiento de los jueces de los tribunales supremos (especialmente de los tribunales constitucionales), fue adoptado posteriormente por la dogmática jurídica del derecho público para estudiar y enfatizar los términos en los que debe desarrollarse la interpretación normativa para encontrar el parámetro de decisión del caso concreto. Finalmente, este concepto se ha convertido en un término sociológico utilizado en la lucha política entre el poder ejecutivo y los guardianes de la legalidad, y casi demonizado, lo que ha llevado a una parte de la doctrina a hacer un llamamiento al «minimalismo judicial» (Sunstein, 2001).

Es fundamental distinguir el activismo judicial de otras figuras relacionadas con la hermenéutica, como las sentencias manipulativas. El activismo es una corriente interpretativa que orienta la actuación del juez, mientras que las sentencias manipulativas —ya sean aditivas o sustitutivas— constituyen el mecanismo procesal mediante el cual el tribunal modifica el contenido de una norma para evitar su ilicitud, en particular su inconstitucionalidad (Ferrerres Comella, 2023). El activismo redefine el «qué» de la política pública, mientras que la técnica manipulativa intenta salvaguardar el «cómo» de la arquitectura legislativa, buscando un equilibrio entre la nulidad del precepto normativo y la preservación de la seguridad jurídica.

La relación entre el activismo y el reconocimiento de nuevos derechos subjetivos en sustitución de los valores objetivos es el punto de mayor tensión en la teoría del derecho actual. El activismo permite que los principios morales y las cláusulas abiertas se conviertan en pretensiones individuales exigibles desde el punto de vista jurídico, otorgando al ciudadano la capacidad de demandar al Estado por omisiones legislativas. La creación de estos «nuevos derechos», que van desde el derecho al olvido hasta el derecho a un entorno estable, demuestra que la categoría de los derechos subjetivos ya no depende estrictamente de la voluntad del legislador, sino que es un producto de la hermenéutica judicial expansiva (Balkin, 2024).

Ante el riesgo de una «juristocracia», surge una corriente doctrinal que aboga por la reforma y la revisión del papel de los tribunales. La propuesta más influyente en la actualidad es la de la «jurisdicción receptiva», que sugiere que los jueces deben actuar como catalizadores del debate democrático y no como sustitutos de este (Dixon, 2023). Según esta visión, cuando el tribunal identifica una falla en el sistema, debe emitir directrices que obliguen al poder legislativo a actuar, en lugar de dictar la solución definitiva de forma unilateral, preservando así la legitimidad deliberativa de la sociedad.

Sin embargo, el activismo que distorsiona el correcto funcionamiento de los sistemas de separación de poderes, tal y como los hemos concebido tradicionalmente, también se enfrenta hoy en día a retos derivados de las redes internormativas supranacionales (Tavares da Silva, 2024). Será interesante comprobar si el aumento del diálogo interju-

dicial supranacional es una forma adecuada de moderar, en cierta medida, la vocación «imperialista» de los tribunales internacionales en materia de reconocimiento de «nuevos derechos subjetivos».

Los casos más conocidos de activismo han pasado de ser hitos históricos en la lucha por los derechos civiles a convertirse en complejos litigios a escala mundial. Si en el siglo XX el caso estadounidense *Brown v. Board of Education* simbolizó la lucha contra la segregación, en el siglo XXI destacan sentencias como la del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el caso *KlimaSeniorinnen v. Switzerland* (2024), en el que se recurrió al activismo judicial para reconocer las obligaciones positivas de los Estados en materia climática (Heri, 2025). Estos casos ejemplifican cómo los tribunales internacionales están asumiendo (sin legitimidad clara para ello) el papel de «legisladores de última instancia» en cuestiones de supervivencia global.

Los defensores de este modelo sostienen que el activismo judicial es el último bastión de defensa de la dignidad humana en las democracias dominadas por mayorías populistas o intereses corporativos. Según esta corriente, el juez debe actuar como «guardián de las promesas constitucionales», garantizando que los derechos de las minorías no se sacrifiquen en aras de la conveniencia política (Barak, 2006). Desde esta perspectiva, la justicia se entiende como integridad, lo que exige que el sistema jurídico sea coherente con los principios morales que sustentan el Estado de derecho.

Por el contrario, los detractores del modelo señalan la «dificultad contramayoritaria», argumentando que los jueces, al no tener mandato democrático, carecen de legitimidad para adoptar decisiones que supongan la asignación de recursos públicos o la definición de valores morales colectivos (Bickel, 1962). La crítica contemporánea subraya que el activismo judicial puede generar un efecto de backlash (reacción adversa), en el que la sociedad se siente alienada del proceso de adopción de decisiones, lo que acaba debilitando la propia autoridad del poder judicial y la estabilidad de las normas (Sunstein, 2023).

Esta tensión se refleja directamente en la crisis de las instituciones y de la democracia. La excesiva judicialización de la política puede conducir a una parálisis legislativa, en la que los representantes electos evitan los temas polémicos, sabiendo que, en última instancia, será el tribunal quien decida (Müller, 2023). Cuando los tribunales se convierten en el escenario principal de la disputa política, la propia naturaleza de la democracia se ve alterada: el debate público es sustituido por el proceso judicial y la negociación política da paso a la rigidez de la sentencia, lo que a menudo exacerba la polarización social.

Además, la relación entre el activismo y el populismo ha llevado a muchos teóricos a defender un retorno a la autocontención. Se argumenta que un activismo excesivo proporciona munición a los líderes populistas para deslegitimar el sistema jurídico y presentar a los jueces como una élite alejada de la voluntad del pueblo (Waldron, 2016). El movimiento hacia el minimalismo judicial sostiene que la protección más duradera de los derechos subjetivos es aquella que resulta del consenso democrático y de la deliberación parlamentaria, y que la intervención judicial debe reservarse únicamente para las situaciones de violación manifiesta y extrema.

## VI. Conclusión: pensar mejor los derechos

Las páginas precedentes están escritas desde la profunda convicción de la necesidad del Estado social y la intervención de los poderes públicos para promover la equidad, garantizar unas condiciones vitales dignas a todas las personas y un nivel de prestaciones apropiado para ello. También resultan de la reflexión detenida en cuanto al mejor modo de realizar ese propósito legítimo, con categorías jurídicas que equilibren la libertad individual y el interés colectivo.

Antes otros autores han aportado ideas mucho más brillantes en torno a esta cuestión. Por supuesto, Duguit, cuya tabla rasa sobre los derechos subjetivos no puedo compartir. También quiero citar aquí a un ilustre coetáneo, Decano como él (en Lyon) e influyente jurista internacional. Louis Josserand escribió a principios del siglo XX su obra en torno al abuso de Derecho, en la que sostenía la ilicitud de aquellos ejercicios de facultad dirigidos contra la función de los derechos, ora por la intencionalidad del sujeto, ora porque las consecuencias objetivamente son contrarias a la razón de ser de la norma o lo que él denominaba «el espíritu de los derechos» (Josserand, 2009).

Cabalmente, pienso que esto es lo que puede estar ocurriendo en un número no insignificante de manifestaciones de derechos subjetivos sociales, ya sea el acceso a la vivienda digna, la salud o la atención social, así como en supuestos extremos de derechos subjetivos reconocidos para favorecer a colectivos discriminados. Su ejercicio podría estar afectando negativamente razones del Derecho objetivo para su regulación, pero la dificultad para asumir en la jurisprudencia la categoría del abuso de derecho impide afirmar que esa tendencia determine la anulación de tales comportamientos.

Recordar el énfasis de dos decanos franceses de hace un siglo, juristas ambos con destacable sensibilidad social, coincidentes en la idea clave de *función* como límite de las posiciones jurídicas, no está de más al plantear una reconsideración de nuestra forma de entender los derechos subjetivos. Cien años después de sus tesis, las corrientes más progresistas se empeñan en invocar el carácter subjetivo de los derechos sociales, laminando las objeciones previas a su plena exigibilidad. Creo que se equivocan al elegir la herramienta de realización de sus fines, apartándose de las inspiraciones originales.

Desde mi punto de vista, la subjetivización de los derechos sociales los distancia de su necesario vínculo con lo colectivo, el bien común afectado por la revolucionaria tesis de Ockam contra el sistema de Santo Tomás, una disruptiva idea que propició el desarrollo de «un sistema de derecho individualista», en contra de la tradición del Derecho natural y el Derecho objetivo (Villey, 1976).

Ese sesgo individualista no sólo resulta paradójico desde el punto de vista de la solidaridad, sino que complica sobremedida la incorporación de obligaciones al estatuto jurídico de los titulares del derecho subjetivo. Porque los deberes son criaturas del Derecho objetivo, apartados al olvidarse de lo que defendía León Duguit, aquel jurista que cuestionó las bases legales del capitalismo.

Los problemas teóricos y prácticos en torno a ponderaciones entre la salud individual y la colectiva en nuestros marcos constitucionales y legales ejemplifican en forma extrema las consecuencias de tal confusión. Si la salud es un derecho subjetivo, el rechazo a los tratamientos forma parte de tal libertad individual, incluso en aquellos casos en los que la propia salud afecta a la de los demás, como ocurre en el caso de las enfermedades transmisibles. Ya hemos padecido una situación extrema al imponer medidas sanitarias a toda la población, con serias controversias jurídicas y no poco rechazo social (confinamientos, mascarillas, distancias, cierre de establecimientos).

Si percibimos la salud como un derecho, exacerbando el componente individual, no veremos las razones convincentes para asumir deberes en aras a su protección. El impacto del COVID debería habernos convencido el derecho a la salud comprendía sobre todo obligaciones: evitar contagiar a otros, notificar contactos estrechos, vacunarse, etc. Pero la presentación social de la salud como un derecho dificulta realizar esos propósitos en ausencia de una cultura de las obligaciones, rodadas por supuesto de las garantías debidas (Rivero Ortega, 2020).

Circunstancias diferentes amenazan la realización del pretendido derecho subjetivo a la vivienda, más cuando su realización afecta a las obligaciones sobre otras personas, no siempre acompañadas de las garantías ni las compensaciones.

Para convertir derechos objetivos en derechos subjetivos hemos sacrificado la libertad de terceros y alterado la naturaleza misma de valores de solidaridad. En el afán de ampliar los derechos, hemos olvidado que la posición jurídica de cada persona cobra sentido en la relación con los demás. Si los otros no perciben el ejercicio de nuestras capacidades como algo positivo, nos enfrentaremos a las aporías y reacciones frente a esas facultades percibidas como insolidarias.

Por esa razón, necesitamos un fundamento colectivo de los derechos, no sólo su presentación en clave de realización de la muy respetable individualidad humana. Y quienes prefieren el interés social, deberían comprender que este se logra movilizándolo cada una de las capacidades hacia el bien común. Si el reconocimiento de nuevos derechos subjetivos genera más problemas que ventajas sociales, entonces el ser humano libre percibirá la disonancia cognitiva y reaccionará, con razón.

## Bibliografía

ABRAMOVICH, Víctor/COURTIS, Christian/FERRAJOLI, Luigi, Los derechos sociales como derechos exigibles, 2002.

AGUDO, Jorge, «Evolución y negación del derecho subjetivo», *Revista Digital de Derecho administrativo*, 5, 2011.

ALEX, Robert, *Derechos sociales y ponderación*, Madrid, 2007.

- BALKIN, Jack, *Memory and Authority. The Uses of History in Constitutional Interpretation*, Yale University Press, 2024.
- BARAK, Aharon, *The Judge in a Democracy*, Princeton University Press, 2006.
- BASTIDA, Francisco, «¿Son los derechos sociales derechos fundamentales? Por una concepción normativa de la fundamentalidad de los derechos», *Derechos sociales y ponderación*, Madrid, 2007.
- BENTHAM, Jeremy, *Anarchial Fallacies. An Examination of the Declaration of Rights issued during the French Revolution*,
- BICKEL, Alexander M. *The Least Dangerous Branch: The Supreme Court at the Bar of Politics*. Indianápolis, Bobbs-Merrill, 1962.
- BIGGAR, Nigel, *What's Wrong with Rights?*, 2020.
- BRETT, Annabel S., *Liberty, right and nature. Individual rights in later Scholastic thought*, 1997.
- CARPINTERO, Francisco, *Del derecho natural medieval al derecho natural moderno: Fernando Vázquez de Menchaca*, 1975. Tesis doctoral leída en la Universidad de Salamanca, dirigida por José Delgado Pinto.
- CARPINTERO, Francisco, «La función del Derecho en Fernando Vázquez de Menchaca», *Anuario de Filosofía del Derecho*,
- CARPINTERO, Francisco, *El derecho subjetivo en su historia*, 2003.
- DIXON, Rosalind, *Responsive Judicial Review: Democracy and Dysfunction in the Modern Age*, Oxford University Press, 2023.
- DUCKWORTH, Angela, Grit. *El poder de la pasión y la perseverancia*, 2016.
- DUGUIT, Leon, *El Estado, El Derecho objetivo y la ley positiva*, 1901.
- EPSTEIN, Lee; GRENDSTAD, Gunnar; ŠADL, Urška; WEINSHALL, Keren (Orgs.). *The Oxford Handbook of Comparative Judicial Behaviour*. Oxford: Oxford University Press, 2024.
- FERRERES COMELLA, Víctor, *The Constitution of Spain. A Contextual Analysis*, 2.º ed., Bloomsbury Publishing, 2023
- FOSSIER, Robert, *Gente de la edad media*, 2019.
- GLENDON, Mary Ann, *Rights Talk: The Impoverishment of Political Discourse*, Free Press, New Yor, 1991

- GUZMÁN BRITO, Alejandro, *El derecho como facultad en la neoescolástica española del siglo XVI*, 2009.
- HERI, Corina, «The ECtHR's KlimaSeniorinnen Judgment: A Cautious Model for Climate Litigation». *Spanish Yearbook of International Law*, v. 28, p. 311-319, 2025.
- «Mattering in the Anthropocene: the ECtHR's domesticating framing of climate change». *The Journal of Human Rights*, 2025
  - «Another Brick in the Wall of KlimaSeniorinnen: The Committee of Ministers' September 2025 Monitoring Decision». *EJIL: Talk!* (Blog of the European Journal of International Law), 2025.
  - «Implementing KlimaSeniorinnen: The Good, the Bad, and the Ugly». *Oxford Human Rights Hub (OHRH)*, 2025.
- HOLMES, Stephen & SUNSTEIN, Cass R., *The Cost of Rights: Why Liberty Depends on Taxes*, Norton & Company, 2000.
- JELLINEK, George, *Sistema de derechos públicos subjetivos*, Tirant, 2024.
- JOSSERAND, Louis, *El espíritu de los derechos y su relatividad*, Olejnik, 2019.
- KMIEC, Keenan D., «The Origin and Current Meanings of "Judicial Activism"», *California Law Review*, 2004, Vol. 92, pp. 1441ss.
- LEMA AÑÓN, Carlos, *Salud, Justicia y derechos: el derecho a la salud como derecho social*, Dykinson,
- LOPERENA ROTA, Demetrio, «La irreversibilidad de los derechos sociales», *Revista Aranzadi Doctrinal*, 9, 2012.
- MACINTYRE, Alasdair, *After Virtue. A Study in Moral Theory*, 1984.
- MÜLLER, Jan-Werner, *La democracia manda: Por qué el futuro de la política depende de que existan mejores partidos, más desobediencia civil y una forma más inteligente de discrepar*. Barcelona: Anagrama, 2023.
- NISBETT, Richard E., *The Geography of Thought: How Asians and Westerners Think Differently*, 2019.
- OBERMAN, Heiko Augustinus, *The Harvest of Medieval Theology*, 1983.
- PACTEAU, Bernard, «Duguit, ¡El Estado encontrado!», *Revista de Administración pública*, 185, 2011.

- PECES BARBA, Gregorio, «Reflexiones sobre los derechos sociales», en *Derechos sociales y ponderación*, 2007.
- PINKER, Steven, *La tabla rasa. La negación moderna de la naturaleza humana*, 2018.
- PISARELLO, Gerardo, *Los derechos sociales y sus garantías: elementos para su reconstrucción*, Trotta, 2010.
- PONCE SOLE, Julio, *El derecho y la (ir) reversibilidad limitada de los derechos sociales de los ciudadanos*, 2013.
- RECKWITZ, Andreas, *The Society of Singularities*, 2020.
- RIVERO ORTEGA, Ricardo, «Rastreadores y radar Covid: obligaciones de colaborar y garantías», *Revista General de Derecho administrativo*, 55, 2020.
- RIVERO ORTEGA, Ricardo, *La obligación: concepto y régimen jurídico de los deberes públicos*, BOE, 2025.
- RIVERO ORTEGA, Ricardo, «Seguridad humana y responsabilidad individual: deberes y obligaciones», *Journal of Human Security and Global Law*, 4, 2026.
- SCHLESINGER JR., Arthur, «The Supreme Court 1947», *Fortune*, Jan/1947.
- SCHMIDT, Susanne, *The European Court of Justice and the Policy Process: The Shadow of Case Law*, Oxford University Press, 2018.
- SOWELL, Thomas, *Falacias de la Justicia social. El idealismo de la agenda social frente a la realidad de los hechos*, 2024.
- SUNSTEIN, Cass, *How to Interpret the Constitution*. Princeton: Princeton University Press, 2023
- SUNSTEIN, Cass, *One Case at a Time: Judicial Minimalism on the Supreme Court*, revised, Harvard University Press, 2001.
- TAVARES DA SILVA, Suzana, *Administrative Law for the 21st Century Administrative Law on an Illiberal and Post-Democratic Context*, Springer, 2024
- TIERNEY, Brian, *The idea of natural rights: studies on natural rights, natural law and church law 1150-1625*, 2001.
- TIERNEY, Brian, *Religion, Law and the growth of constitutional thought*, 1982.
- TIERNEY, Brian, *Liberty and Law: The Idea of Permissive Natural Law, 1100-1800*, 2003.

TUCK, R, *Medieval Natural Rights*, 1979.

TULLY, James, *A Discourse on Property. John Locke and his adversaries*, 2009.

VERMEULE, Adrian, *Common good constitutionalism: recovering the classical legal tradition*, 2022.

VILLEY, M, *Estudios en torno a la noción de derecho subjetivo*, 1976.

VILLEY, M, *Les droits de l'homme et la loi naturelle*,

VILLEY, Michel, *Le droit et les droits de l'homme*, 1983.

WALDRON, Jeremy, *Political Political Theory: Essays on Institutions*, Harvard University Press, 2016

WOLTERSTORFF, Nicholas, *Justice. Rights and Wrongs*, 2008.