

SOBRE DERECHOS HUMANOS, OBLIGACIONES Y OTROS TEMAS AFINES

Germán J. BIDART CAMPOS

I

1. Supongamos que una norma de una Constitución hipotética dice: "toda persona tiene derecho a acceder a una vivienda digna." La manera de estar formulada gramaticalmente dicha norma permitiría afirmar que ella reconoce y consagra el "derecho" (subjetivo) de toda persona a acceder a una vivienda digna.

En seguida se hace necesario indagar en qué consiste tal derecho; yo puedo, al empeñarme en esa tarea, interpretar que la norma quiere decir que ninguna persona puede impedir que otra acceda a una vivienda digna, con lo que signifique que el Estado y los demás particulares deben abstenerse de impedir que cada persona acceda a una vivienda digna. El Estado y los demás particulares (gravados con tal obligación de omisión) vienen a ser el sujeto pasivo en una relación jurídica de alteridad frente a quien tiene derecho a acceder a una vivienda digna (que es el sujeto activo o titular del derecho en cuestión). Hasta aquí, la interpretación es razonablemente correcta.¹

2. Pero es posible que alguien interprete, extensivamente, que la norma supuesta significa también que toda persona, que por su propio esfuerzo y por su propia iniciativa pretende una vivienda digna y no puede conseguirla, tiene derecho a que tal vivienda le sea provista directamente por un sujeto pasivo obligado a proporcionársela. Tal

¹ El aspecto que comentamos en el texto es, en síntesis, el contenido primario de todo derecho, que implica para su titular quedar exento de impedimentos que provengan de terceros y que obstan al ejercicio del mismo derecho, y que para el sujeto pasivo configura la obligación de abstenerse de violarlo o de trabar su goce y su ejercicio.

sujeto pasivo ya no tendría a su cargo, como en la interpretación primera, una obligación de abstención, sino una obligación de dar o hacer algo a favor de quien por sí mismo no obtiene vivienda digna.

De ser así la cosa cabe avanzar más, y preguntarse: ¿cuál es ese sujeto pasivo obligado a proporcionar vivienda digna a la persona que por sí misma no está en condiciones de procurársela?, ¿lo hay?, ¿existe?

3. Si el sujeto pasivo es el Estado, cabría aconsejar que la norma se formulara con mayor claridad y especificación, añadiendo —por ejemplo— que “el Estado está obligado a proveer de vivienda digna a toda persona que no se halla en condiciones de procurársela por sí misma”. Todavía así, la determinación precisa del Estado como sujeto pasivo cargado con la obligación de una prestación positiva, plantea cuestiones derivadas. Por ejemplo, para asumir y cumplir dicha obligación el Estado habría de disponer de viviendas desocupadas suficientes para toda persona que no se hallara en condición de obtenerla con sus recursos, o de fondos especiales con los que sufragar los gastos para otorgar vivienda (adquiriéndola o rentándola a favor del incapacitado que la pretendiera). De inmediato, habría que establecer una o más vías a través de las cuales la persona que por sí no puede acceder a una vivienda, quedara legitimada para emplearlas a fin de demandar al Estado su provisión inmediata y oportuna.

4. Si ahora damos por imaginable que el derecho a acceder a una vivienda digna va más allá todavía, y que además o aparte del deber del Estado existe otro deber análogo en los demás particulares, llegamos al extremo de suponer que toda persona que no está en condiciones de obtener por sí misma una vivienda, tiene derecho frente a toda otra persona y a cualquiera, para hacerle cumplir la obligación de proporcionarle vivienda. Y al arribar a este extremo comprendemos que tan inusitada extensión carece de la mínima razonabilidad, porque nadie puede razonablemente obligar a nadie a darle vivienda, si entre quien la requiere y quien es requerido no media un vínculo o nexo jurídico suficiente (por ejemplo, un contrato, una declaración unilateral de voluntad, etcétera).²

² Por lo menos en el derecho constitucional argentino estamos en condiciones de afirmar que si una norma infralegal impusiera a terceros (en cuanto sujetos pasivos) la obligación de proveer una prestación como la que viene dada en el ejemplo a favor de una persona con la que faltara toda relación jurídica razonablemente suficiente, dicha norma sería seguramente declarada inconstitucional. No podemos ahora

5. La imaginada norma declarativa del derecho a acceder a una vivienda digna nos permite hacer algunos razonamientos.

En primer lugar, toda norma en la que se formula un derecho subjetivo debe facilitar con suficiente claridad la determinación de varias cosas: *a*) a favor de quién se reconoce ese derecho (sujeto titular o activo); *b*) frente o contra quién resulta oponible el derecho (sujeto pasivo); *c*) cuál es la obligación que grava al sujeto pasivo (omitir, dar, o hacer algo); *d*) la vía apta a través de la cual el sujeto activo o titular pueda hacer cumplir al sujeto pasivo la obligación con la que satisfacer su derecho. Y todo esto —por supuesto— con razonabilidad suficiente, es decir, sin arbitrariedad.^{2 bis}

No exigimos que todas estas cosas estén expresamente dichas en la formulación literal de la norma que reconoce un derecho subjetivo, pero sí que la redacción de la norma permita al intérprete inferir razonablemente todo lo que ella significa, cuál es su alcance, cuál el contenido y la extensión del derecho, etcétera. Por último, para la eficacia del derecho (o, en otros términos, para que alcance vigencia sociológica),³ el titular de tal derecho ha de quedar legitimado para que se reconozca su disfrute y su ejercicio, y ha de disponer paralela y simultáneamente de vías idóneas a través de las cuales hacerlo valer, defenderlo, lograr su reconocimiento impedido o postergado, reparar su violación, etcétera.

6. De la exposición hasta aquí efectuada extraemos, en segundo lugar, reflexiones útiles. Cuando una Constitución quiere declarar un

extendernos en la explicación argumental. Lo importante es destacar que ninguna norma está en condiciones de convertir arbitrariamente a una persona en sujeto pasivo que deba asumir una obligación ante otra (como sujeto activo o titular de un derecho).

^{2 bis} *Ibidem*.

³ Solemos usar el término "vigencia" con una acepción desdoblada: *a*) vigencia "normológica", en cuanto el autor de una norma "la pone" en el mundo jurídico (si es norma escrita, la formula expresamente); *b*) vigencia "sociológica", en cuanto la norma funciona, se aplica, tiene eficacia en la realidad social. La vigencia sociológica es, para nosotros, sinónimo de "positividad" o actualidad del derecho: un derecho no es positivo por el mero dato de que sus normas estén formuladas y "puestas" en el mundo jurídico; hace falta que esas normas operen con eficacia, o en términos vulgares, que se cumplan en la realidad de las conductas (lo que nos recuerda el pensamiento de la escuela egológica de Carlos Cossio, para la cual el derecho es "conducta", de modo similar a como en el trialismo de Werner Goldschmidt el derecho (o mundo jurídico) tiene una dimensión sociológica (de conductas), aparte de las otras dos (la normológica y la del valor).

derecho en una de sus normas, debe cuidarse de que su formulación no sea puramente literaria, tanto como de que la misma formulación no quede amenazada inicialmente de ineficacia o de bloqueo. Para que la declaración de un derecho no sea vana literatura, es indispensable que lo que se consagra como derecho subjetivo tenga posibilidad real de encontrar un sujeto pasivo que deba cumplir alguna obligación (aunque sólo sea la de omitir daño o violación al derecho) frente a quien aparece como titular del derecho de que se trate. Si de modo alguno es posible trabar la relación jurídica de alteridad entre el sujeto activo y un sujeto pasivo, hemos de decir que no hay esencialmente un derecho subjetivo del primero, aunque la fórmula normativa lo presente como tal, porque no habrá nadie obligado a nada frente al mismo sujeto titular.⁴ Para que la declaración de un derecho no resulte ineficaz, hacen falta por lo menos algunas cosas; así, que en la realidad social existan condiciones mínimas que permitan satisfacer las prestaciones que el sujeto pasivo está obligado a cumplir; actualmente, sería ineficaz y estéril insertar una norma que dijera: "todo hombre tiene derecho a trasladarse a la luna o al espacio", porque aquellas condiciones mínimas no hacen disponible ese traslado a favor de todos y de cualquiera, de modo que el derecho de locomoción o de viajar no podría ni debería interpretarse —hoy— como incluyendo en su contenido a los viajes aludidos. Y hace falta asimismo que, frente al sujeto pasivo que con determinación correcta y razonable debe cumplir una obligación, haya acceso a una vía útil para compelerlo a asumirla, si es que no la satisfice voluntaria o espontáneamente.⁵

⁴ Hasta ahora hemos venido proponiendo siempre como ejemplo de algo que no es ni puede ser "derecho", el supuesto "derecho a la libertad de pensamiento", porque el pensamiento es un acto mental interior que, mientras es puro pensamiento, permanece extraño y ajeno a toda posible interferencia de terceros, y cuando se exterioriza ya no es puro pensamiento sino "expresión" (en cuyo caso sí procede hablar de "derecho a la libre expresión"). En el acto de pensar no hay ni puede haber derecho a pensar porque es imposible que haya un sujeto pasivo obligado a impedirme que piense, o a cumplir una prestación positiva para ayudarme a pensar; es decir, no aparece como viable ninguna relación de alteridad. (Si se supone alguna técnica que sea capaz de obrar sobre el cerebro y el síquismo ajeno para actuar sobre su pensamiento —por ejemplo, inhibiéndolo— creemos que lo ajustado no es decir que se viola el derecho a la libertad de pensamiento, sino directamente y más bien la integridad de la persona humana (sobre la cual todo hombre tiene derecho a que se la respete y no se la deteriore).

⁵ Esto último no exige adherir necesariamente a la teoría iusfilosófica que sostiene que el derecho es esencialmente coactivo, o que donde no hay coacción (o posibilidad de ella, que más bien se denomina "coercibilidad") no hay derecho. Su-

Hasta aquí, entonces, nos queda la impresión sensata de que no hay que apresurarse a formular normas declarativas de derechos, sin antes tomar las precauciones que surgen de todo lo que venimos proponiendo a la meditación del lector.

7. Y retomando la hipotética norma sobre el derecho a acceder a una vivienda digna, pensamos que su sentido razonable se centra en este esquema:

a) Toda persona tiene derecho a que no se le impida el acceso a una vivienda digna que sea capaz de obtener por su iniciativa y su esfuerzo propios;

b) Toda persona realmente imposibilitada para ello, tiene derecho a que el Estado le provea una vivienda digna (pero para que este aspecto funcione real y eficazmente como un contenido del derecho a la vivienda digna, es indispensable que las condiciones del medio permitan que se cumpla el deber estatal de proveer vivienda a cada persona incapacitada de conseguirla por sí misma);

c) Es imposible, por irrazonable, suponer que la persona que no puede acceder a una vivienda digna sea titular —frente a las demás personas o a cualquiera del derecho a exigir de una o más de ellas la provisión de vivienda, ni siquiera a título oneroso, a menos que previamente se haya creado una relación jurídica suficiente entre requirente y requerido como para dar origen a esa obligación.⁶

Si la norma, acaso, enunciara enfática y escuetamente que toda persona tiene derecho a una vivienda digna, y no quedara claramente deslindado un diagrama aproximadamente semejante al que acabamos de efectuar, sería fácil quizás que muchos creyeran ingenuamente que el supuesto derecho así declarado equivaliera a una promesa exigible o a una prestación concreta a su favor. Y tal impresión resultaría indudablemente una ilusión engañosa y frustrante, aparte de provocar descrédito hacia la norma inoperable con aquel alcance.

pone únicamente darse cuenta que la coacción (o la coercibilidad) es un elemento auxiliar cuya añadidura permite que el derecho alcance eficacia cuando se ausenta el acatamiento espontáneo.

⁶ La arbitrariedad que supondría el "derecho" subjetivo de "A" para exigir a "B", "C", "D"... o "X" la provisión de una vivienda a su favor, sería igual a la que existiría si por ser yo sujeto titular del derecho a transitar o viajar, pretendiera que cualquier otra persona (o el Estado) pusiera a mi disposición un vehículo (a título gratuito u oneroso) o me facilitara un pasaje para trasladarme.

8. Si intercaláramos un concepto de filosofía jurídica, podríamos aseverar que la esencia y existencia de un derecho subjetivo no dependen exclusivamente de la norma jurídica que positivamente lo declara como tal; poner una norma en el orden normológico del mundo jurídico no engendra siempre de por sí un derecho subjetivo, ya porque esencialmente no hay tal derecho, ya porque en la vigencia sociológica el derecho subjetivo resulta inoperable. Viceversa, cuando esencialmente es viable admitir desde la perspectiva iusfilosófica la existencia de un derecho subjetivo, y éste es negado en el mundo jurídico —sea porque se lo desconoce, o porque la violación sistemática al mismo en forma irreparable da ejemplaridad y seguimiento a su negación reiterada—, cabe decir que el derecho positivo priva de vigencia sociológica a lo que, desde la perspectiva del valor justicia, debería ser reconocido como derecho subjetivo.⁷ En suma, el derecho positivo no es capaz de crear de la nada como derecho subjetivo algo que no lo es o que no tiene aptitud esencial de serlo; pero es capaz de negar vigencia sociológica a lo que el "deber-ser-ideal" del valor justicia exige que positivamente sea reconocido como derecho subjetivo. De ahí que en el primer caso, lo que se formula en el orden normativo como derecho subjetivo sin gozar esencialmente de aptitud para serlo, sea eso que llamamos literatura vacua y estéril. Pero, a la vez, la importancia del derecho positivo radica en la posibilidad de dar encarnadura sociológica a lo que aquel "deber-ser-ideal" del valor justicia exige que funcione positivamente como derecho subjetivo. Y esto último es, sencillamente, la fenomenización o actualización real del valor en el mundo jurídico.

9. Dejada de lado ahora esta somera incursión iusfilosófica, queremos referirnos a lo que cabe denominar derechos "imposibles". Por un lado, el Estado democrático tiene, como primer deber, el de hacer posible los derechos del hombre; es decir, el de reconocerlos, ampararlos, repararlos cuando son violados, y promoverlos. Promoverlos significa hacerlos accesibles en su efectivo disfrute, goce y ejercicio o, en otras palabras, ponerlos en condición de adquirir vigencia sociológica (y no

⁷ Que los que son realmente derechos humanos en sentido ontológico desde la perspectiva de la filosofía de los valores, pueden carecer de vigencia sociológica en el derecho positivo, luce palpablemente demostrado en los estados totalitarios, donde la persona humana queda situada en un orden jurídico-político desprovista de los mismos derechos.

solamente vigencia normológica a través de su consignación formal en un texto constitucional o legal).

Cae entonces de su peso que no se han de declarar derechos imposibles. Y veamos algunos ejemplos o casos de derechos imposibles. Lo que se declara como derecho subjetivo en una norma puede ser inicialmente imposible si de ninguna manera cabe encontrar un sujeto pasivo que, a través del cumplimiento de una obligación, esté en condiciones de satisfacer una prestación en favor de quien aparece como titular del supuesto derecho; así, resultaría un derecho imposible el que se declarara normativamente con una fórmula que dijera: "todo hombre tiene derecho a la felicidad", porque la felicidad personal no es un bien dispensable por terceros a favor de alguien; otras veces, el llamado derecho imposible se configura cuando, declarado como derecho subjetivo en una norma, faltan las condiciones mínimas para que el sujeto pasivo pueda cumplir la obligación que le incumbe; así, si no hay establecimientos educacionales o servicios de salud en real condición de accesibilidad, se vuelven derechos imposibles los que se declaran en una norma que diga: "todo hombre tiene derecho a educarse", o "todo hombre tiene derecho a la atención de su salud", y es viable, asimismo, que un derecho se vuelva imposible en su disfrute para personas que, por malos condicionamientos sociales, culturales, económicos o de cualquier otra clase, no pueden acceder a su ejercicio, como ocurre cuando el marginamiento social impide a muchos atender su salud, educarse, satisfacer las necesidades primarias de alimentos, vestido, vivienda, etcétera.

10. Frente a la diferente clase de óbices que acabamos de señalar para connotar los derechos imposibles, cabe decir que cuando aquéllos resultan removibles —especialmente por el Estado— mediante políticas de diverso tipo, tal remoción deviene obligatoria. Y en tal sentido es elocuente el artículo 3º de la Constitución italiana cuando enuncia que: "incumbe a la república remover los obstáculos de orden económico y social que, limitando de hecho la libertad y la igualdad de los ciudadanos, impidan el pleno desarrollo de la persona humana y la efectiva participación de todos los trabajadores en la organización política, económica y social del país." Fórmulas análogas contienen en Argentina las constituciones de las provincias de Santa Fe (artículo 8º) y del Neuquén (artículo 12).

Un indicio de que, por lo menos en el orden normativo, hay que evitar declarar derechos imposibles, lo brinda la precaución que ha tomado la Constitución de la Unión Soviética de 1977 que, en la declaración de su capítulo 7, dice cómo y por qué medios se asegura o se garantiza cada derecho o cada libertad. Que la norma lo diga no significa que realmente haya en cada derecho un correlativo sujeto pasivo obligado a una prestación que lo satisfaga en favor de cada persona; pero, en cambio, queda la impresión de que el constituyente intenta adelantarse a disipar la objeción de que está declarando derechos imposibles. (Véase, por ejemplo, cómo el artículo 40, después de declarar que los ciudadanos de la Unión Soviética, tienen derecho al trabajo, es decir, a obtener empleo garantizado, remunerado, etcétera, añade que: "aseguran este derecho el sistema económico socialista, el crecimiento constante de las fuerzas productivas, la capacitación profesional gratuita, la elevación de la cualificación laboral y la enseñanza de nuevas especialidades, así como el desarrollo de los sistemas de orientación profesional y colocación." En verdad, no hay aquí un sujeto pasivo obligado a suministrar empleo a quien no alcanza a conseguirlo por sí mismo, sino únicamente una simple mención normativa de condiciones socioeconómicas y laborales que pueden facilitar la obtención de empleo).

II

11. Hemos de examinar ahora algunas otras situaciones que tienen algo o mucho que ver —según los casos— con los derechos personales.

En uno de los ejemplos que dimos de derechos imposibles, figuraba el caso de inexistencia o precariedad de establecimientos educativos y de salud, y decíamos que ante esa situación el derecho a educarse o a atender la salud era susceptible de volverse de ejercicio o disfrute imposible. A la inversa, la existencia pluralista de múltiples y suficientes centros de aquella naturaleza posibilita que, acudiendo a ellos, cada persona requirente se halle en condiciones de recibir una prestación (educativa o de salud) con la que abastecer su pretensión de aprender o de atender su salud.

Pero de inmediato nos planteamos una cuestión que interesa por igual al derecho constitucional, a la filosofía jurídica y hasta al derecho

procesal. Sumariamente, y en forma tentativa, la presentamos así: muchas veces incluimos a determinadas situaciones jurídicas subjetivas dentro de la categoría del derecho subjetivo (o derechos humanos), no obstante que en el derecho positivo no nos sea fácil colocar frente a quien es su titular, y en correlación con él, a un sujeto pasivo concreto y determinado que, en forma directamente personalizada, deba cumplir una obligación también individualizada a su favor. Tal vez un ejemplo útil sea el mismo empleado al comienzo acerca de la salud, cuando hablamos (o declaramos normativamente) que cada hombre es titular del derecho a la salud. Pues bien, hemos visto asimismo que para lograr el acceso fácil y generalizado de todos y de cualquiera a los servicios y prestaciones de salud, es menester que haya centros y establecimientos (estatales o privados) a los cuales recurrir cuando hay necesidad. De ser así la cosa, cabe avanzar un poco más para admitir que el Estado (dejando de lado ahora la iniciativa privada de la sociedad) tiene el deber —en beneficio de la salud de la población— de crear y hacer funcionar los servicios de salud en cantidades suficiente y apta para su aprovechamiento por parte de la misma población. Y es aquí donde insertamos lo más sugestivo de la propuesta: ¿cuál es la situación jurídica subjetiva (de cada persona) frente al Estado gravado con la aludida obligación?

La respuesta no es sencilla, y admite echar mano de varias categorías jurídicas en las que encuadrar aquella situación jurídica subjetiva. ¿Es correcto decir que el Estado, gravado con la obligación que damos por cierta, se vuelve sujeto pasivo en relación con cada persona para asumir, individual y concretamente ante ella, el deber de brindarle una prestación de salud? El interrogante nos abre dudas: si realmente es sujeto pasivo frente a cada hombre, cada hombre titulariza como sujeto activo frente (o contra) el Estado, un derecho subjetivo a recibir esa prestación; si el Estado no es sujeto pasivo con una obligación personalizada a favor de cada hombre, parece que sólo por analogía con lo que es realmente el derecho subjetivo, cabe aceptar que en el caso estemos ante un derecho subjetivo de cada hombre (a la salud).

12. ¿Cuál es, entonces, la categoría jurídica en la que subsumir la situación de cada persona en materia de salud frente al Estado, obligado a crear y organizar servicios de salud? En primer lugar, volvemos a sostener que —por lo menos en un Estado de democracia social o de bienestar— el Estado tiene esa obligación. En segundo lugar, como la misma obligación general de crear y organizar servicios de salud

existe frente a toda la sociedad (y no frente a cada uno de sus componentes individualmente considerados), añadimos que se trata de una obligación "activamente universal": "activamente", porque no consiste en una abstención u omisión, sino en un dar o en un hacer algo positivo (habilitar las prestaciones en favor de la salud), y "universal", porque la misma obligación activa existe ante o frente toda la sociedad, y no frente a uno, a cada uno, o a varios de sus miembros individuales: existe frente al conjunto plural de todos, para disponibilidad y acceso de cualquiera que demande su cumplimiento. En tercer lugar, tenemos la impresión de que la obligación de la que venimos hablando requiere que el Estado adopte y desarrolle una o más políticas generales de salud, en cuyo cumplimiento establezca y habilite los servicios de salud. Pero ¿tiene la sociedad en conjunto, o tiene cada hombre, alguna vía para compeler al Estado a adoptar tales políticas? Por aquí se filtra lo que hay de procesal en el tema: ¿existen procedimientos compulsivos para obtener que el Estado asuma y cumpla la siempre referida obligación?⁸

13. En el derecho argentino, al menos, la contestación es negativa: nadie tiene a su disposición una vía o un procedimiento a través de los cuales lograr que el Estado cumpla el deber de adoptar una política de salud. Podría traerse a colación un principio bastante repetido en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de Argentina: nadie tiene derecho a que se dicte una legislación determinada (y, por ende), nadie tiene a su disposición una vía para incitar al Estado a que la dicte. O sea que a la dificultad para asignar categoría a la situación jurídica subjetiva de cada persona en materia de salud frente al Estado, se suma la imposibilidad de usar alguna vía para impulsarlo a cumplir su obligación de habilitar servicios de salud mediante políticas generales. ¿Renegaremos, entonces, de la pretendida categoría novedosa de la "obligación activamente universal"? De ninguna manera. Y decimos que no, bien que en el derecho argentino haya doctrina muy seria que sostenga que ninguna persona inviste "derecho" para que el Estado cree y organice un servicio público (a lo más, habría un derecho a usar o aprovechar del servicio público después de creado y de estar en funcionamiento).

⁸ El ejemplo hipotético que usamos en el texto acerca de la salud puede hallar su paralelo real en una norma de la constitución argentina, que en el artículo 14 bis consigna la cláusula siguiente: "la ley establecerá... el acceso a una vivienda

Más allá, no estamos en condiciones —por ahora— de insinuar soluciones. Nos ha bastado asignar al Estado una obligación constitucional, descubrir que se cumple mediante políticas generales, y denominarla “obligación activamente universal”. Tal obligación existe frente a todos, sin particularizarse individualmente frente a nadie. Otra cosa es aceptar que, una vez creados y habilitados los servicios estatales de salud en mérito a políticas generales, alguien determinado tenga, en caso de requerimiento por lo menos necesario, el derecho a exigir que el servicio se le preste.

De todos modos, lo que quede a la imaginación —no sólo doctrinaria, sino práctica— es proponer y abrir camino a una o más vías —o procedimientos— para que la obligación activamente universal del Estado se cumpla a través de una o más políticas de salud. Y si retomamos el principio de la jurisprudencia argentina, transaríamos en decir que si nadie tiene derecho a que se dicte “una” legislación determinada, tal vez pudiera admitirse que tiene derecho a que se dicte “alguna” razonablemente suficiente (la que el Estado escoja). Y para obtener que se dicte “alguna”, haría falta la vía idónea que permitiera instar al órgano de poder remiso o negligente.

14. Por supuesto que aquí hay que hacer una pausa, para aclarar que el interés en resolver el problema afecta a las personas carentes de recursos propios y de nivel cultural suficiente, porque quienes poseen medios y cultura seguramente abastecen sus necesidades de salud por sí mismos, a través de entidades privadas y profesionales particulares que cada cual elige. Lo dramático radica en que hay sectores vulnerables y despotenciados que por sus condiciones de vida, de subempleo o desempleo, de ingresos bajos, de hacinamiento habitacional, de desculturalización, etcétera, ven estrangulada la posibilidad personal de cuidar y atender su salud. Y es allí donde el supuesto derecho a la salud queda bloqueado, o se vuelve imposible, y demanda que la obligación activamente universal del Estado se cumpla, o resulte exigible.

En suma, más que saber si hay realmente —en su pleno sentido iusfilosófico— un “derecho” subjetivo a la salud, importa reconocer que:

digna”. ¿Permite la fórmula detectar que hay en ella el reconocimiento de un derecho personal a acceder a una vivienda digna? ¿O más bien hay una obligación “activamente universal” del Estado (a través del Congreso que debe dictar esa ley), frente a toda la sociedad, sin que cada uno de sus miembros titularice un derecho subjetivo a obtener del Estado los medios para acceder a la vivienda digna, o a que ésta se le facilite directamente?

la salud es un bien, y que la situación jurídica subjetiva en orden a ese bien, que es la salud, necesita que la doctrina y la acción encuentren formas y medios que le deparen cobertura oportuna y suficiente, especialmente cada vez y siempre que alguien se ve privado de alcanzar por sí mismo y con su esfuerzo personal el objetivo necesario.

III

15. Habíamos anticipado que nuestra temática comprometía en alguna manera al derecho procesal. En efecto, si resulta interesante e importante detectar cuándo y dónde es posible reconocer un verdadero derecho subjetivo, no es menos necesario avanzar en las técnicas jurídicas para que las situaciones jurídicas subjetivas que, como la examinada entorno de la salud, permanecen en categorías esfumadas, cuenten con dispositivos protectores y eficaces. Podrá, acaso, proponerse audazmente una vía de compulsión para que se adopten las políticas convenientes; podrá pensarse en reconocer la legitimación individual para que el Estado preste un servicio de salud personal a favor de quien no puede procurárselo, o que se haga cargo de su costo si por imposibilidad de prestarlo es indispensable acudir a un servicio privado; quedará, por fin, y ya fuera de lo procesal, el camino de un seguro de salud integral. Lo que no admite permanecer en el vacío es alguna solución eficaz, que no se alcanza con declaraciones de derechos en el orden normativo, sino con políticas efectivas, es decir: con acción.

16. Un campo donde se advierte —por lo menos en Argentina— un progresivo y eficiente estudio que ya ha plasmado en el intento de formulación de proyectos legislativos, y que tiene importantes matices procesales, es el de los llamados “intereses difusos” o colectivos. Hasta ahora, la categoría de los intereses difusos ha desbordado a la trilogía acuñada en el derecho administrativo entorno de “derecho subjetivo”, “interés legítimo” e “interés simple”. En el ámbito del derecho administrativo y de los recursos consiguientes, el mero interés simple no ha logrado para su protección más que la vía de una petición o de un reclamo, de modo que si acaso lo que ahora se denomina interés difuso queda incluido o absorbido en la figura del interés simple, hay que reconocer su muy precaria protección efectiva. De ahí que la doctrina —preponderantemente procesal— se esmere por independizar la

categoría del interés difuso, hasta encontrar legitimación procesal para su defensa y vías aptas mediante las cuales hacerlo valer con eficacia.

Teóricamente, tal vez quepa también escudriñar si en lo que se denomina interés difuso hay, a veces, un derecho subjetivo (personal) de varios titulares que lo comparten en común. Pongamos un ejemplo para entenderlo mejor.

El derecho ambiental en auge se preocupa por la preservación del ambiente (aire, agua, flora, fauna, etcétera). Si un río sufre contaminación a causa de desperdicios que se arrojan a su curso, las personas que por inmediatez física pueden perjudicarse, comparten el interés difuso o colectivo de preservar la pureza de esas aguas y de evitar o reparar su contaminación. Los procesalistas apuntan a reconocer legitimación a todo aquel que ante tal situación padece —o puede padecer— daño, e inclusive a las asociaciones que tienen por finalidad cuidar la preservación del ambiente; pues bien, ¿sería excesivo admitir que, en ese caso, el interés difuso de todo el grupo social incluye, a la vez, el derecho subjetivo a la salud de cada componente de ese grupo, que soporta la contaminación en detrimento de la salud individual y de la salud pública? Si se llega a contestar afirmativamente, se comprende que en la protección procesal del interés difuso, y en la correspondiente legitimación para impulsar su defensa, se brinda simultáneamente la vía tutelar al derecho subjetivo comprometido.

17. El ejemplo que hemos elegido en este caso demuestra a todas luces que muchas veces la carencia de vía protectora y el desconocimiento de la legitimación procesal para usarla es solamente una deficiencia del derecho positivo —procesal en buena parte—. En efecto, no es un dislate decir que la falta de admisión de los intereses difusos, de la vía para hacerlos valer, y de la legitimación para acudir a dicha vía, es únicamente imputable a la inexistencia de una legislación adecuada que reconozca en conjunto la categoría de los intereses difusos, la vía protectora y la legitimación procesal para su articulación. Bastaría implantar esa legislación para dejar resuelto el problema, más allá de la prosecución en el análisis doctrinario sobre el tema, y de la averiguación acerca de si en los intereses difusos hay siempre, o en algunos casos, derechos subjetivos en juego.

Quiere decir que el derecho procesal está en condiciones propicias para acompañar al derecho constitucional en el amparo a las situacio-

nes jurídicas subjetivas que las valoraciones sociales actuales reputan requeridas de reconocimiento y de defensa útiles.

18. En la progresión que acusa la conciencia jurídica de nuestras sociedades contemporáneas tampoco sería demasiado extravagante empezar a suponer que, paulatinamente, se podrá llegar a la institucionalización de una o varias vías mediante cuyo uso sea viable instar a los órganos de poder remisos, o suplir su mora, para subsanar la falta de emisión de normas y de actos cuya ausencia bloquea o posterga el ejercicio y el disfrute de muchos derechos personales. ¿Acaso hoy no cabe reconocer que, entre las llamadas formas semidirectas, la iniciativa popular sería capaz de impeler sanciones legislativas en la materia que nos ocupa? Y en el plano estrictamente doctrinario, tampoco se nos ocurre que sea desorbitada la idea de asignar competencia a un tribunal de jurisdicción constitucional para que, a instancia de parte legitimada, ordene a otros órganos de poder morosos que dicten una norma o cumplan un acto para hacer viable o efectivo un derecho subjetivo que se encuentra postergado.

19. Otro panorama que en nuestra ponencia al Segundo Congreso Nacional de Derecho Constitucional de México (1978) mereció nuestra atención, es el de las normas constitucionales programáticas que declaran o reconocen derechos personales. La Constitución argentina contiene algunas que indudablemente responde a ese tipo como —por ejemplo— la que en el artículo 14 bis (añadido en la reforma constitucional de 1957) consigna que las leyes “asegurarán” la participación en las ganancias de la empresa.

Es frecuente suponer que si un trabajador invoca judicialmente esa norma programática, y si ésta no se halla reglamentada por otra norma infraconstitucional, el juez alegue (y también el empleador demandado) que a falta de norma reglamentaria es imposible hacer operar a la norma constitucional programática, porque ésta queda diferida en su aplicación hasta que la norma reglamentaria se dicte. Y se añade que la división de poderes impide a los jueces subsanar la omisión legislativa.

A este razonamiento hemos opuesto otro que, para el caso del derecho argentino, argumenta así: la supremacía de la Constitución abarca tanto a las normas operativas como a las programáticas; cuando estas últimas reconocen un derecho a los particulares, y ese derecho no puede

ejercitarse mientras la norma constitucional programática no resulta reglamentada, hay que decir que la persistente omisión reglamentaria tipifica "inconstitucionalidad por omisión"; cuando por ende, un tiempo razonablemente largo traduce ocio reglamentario que perjudica al derecho programáticamente formulado, el control judicial de constitucionalidad debe quedar expedito a favor del perjudicado. ¿Y qué hará el juez que acaso declare la inconstitucionalidad por omisión? Como mínimo —y siempre en el derecho argentino— dirá que la carencia (o laguna) de norma reglamentaria no puede impedir el funcionamiento inmediato de la norma constitucional programática que no ha sido reglamentada, y como en toda carencia o laguna normativa, llevará a cabo el mecanismo que Werner Goldschmidt llama "integración", o sea, elaborará para el caso que tiene que resolver una norma que cubra la laguna, sea acudiendo a los principios generales del derecho o a la analogía (autointegración), sea remitiéndose al valor justicia (heterointegración).

20. Ya fuera del derecho argentino, y como supuestos más atrevidos que es posible pensar "de lege ferenda" en la teoría constitucional, cabría pergeñar otros remedios a la situación de las normas programáticas que en una Constitución declaran derechos personales y que se obstruyen por omisión reglamentaria; por lo menos se nos ocurre un doble camino: a) que el tribunal de jurisdicción constitucional intimara al órgano demorado en el dictado de la reglamentación, para que la dictara; b) que el tribunal de jurisdicción constitucional quedara habilitado para dictar por sí la norma reglamentaria omitida.

En el ya referido Congreso Mexicano de Derecho Constitucional de 1978, logramos que una propuesta nuestra fuera incorporada a las "Recomendaciones y conclusiones que aprobó la mesa de trabajo sobre 'la justicia constitucional y los tribunales'", en los siguientes términos: "Décima: que se otorgue competencia a la justicia federal para conocer de las omisiones inconstitucionales que pejudican a particulares y que se configuran por la no emanación de una norma reglamentaria de otra general, programáticamente formulada".^{8 bis}

^{8 bis} Véase, *Crónica del Segundo Congreso Mexicano de Derecho Constitucional*, Acatlán, Edo. de México, Universidad Nacional Autónoma de México, 16 al 21 de abril de 1978, p. 40. (La ponencia que presentamos se publicó en *Anuario Jurídico*, VI, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, 19890, p. 9.)

IV

21. El esquema que estamos procurando trazar para dar efectividad plena a los derechos de la persona humana, reaviva nuestro propósito de llamar la atención sobre un tema poco investigado, en el que estamos trabajando con miras a publicar un próximo libro; es el de las "obligaciones constitucionales" (así como se estudian las obligaciones en el derecho civil, en el derecho comercial, en el derecho laboral, en el derecho fiscal, etcétera).

Expresa o implícitamente, toda Constitución escrita prevé determinadas obligaciones, que a veces pesan sobre los órganos de poder, o sobre el Estado mismo, y otras veces sobre los particulares. Para lo que aquí y ahora interesa; hay que enfocar fundamentalmente las obligaciones (quienquiera sea el que las debe cumplir) que tienen por objeto satisfacer el derecho subjetivo de una persona. Es sabido que en la relación de alteridad entre el sujeto titular (o activo) del derecho y el sujeto pasivo, hay una obligación del segundo hacia el primero, que puede consistir en omitir violar el derecho o en abstenerse de impedir su ejercicio, como también en dar algo o en hacer algo. Si no hay obligación de un sujeto pasivo, y si es imposible convertir a alguien en sujeto pasivo obligado, no hay en realidad derecho subjetivo. Esto ya lo dijimos antes. Pues bien, si hasta ahora ha sido buen empeño constitucional poner énfasis en los derechos humanos, estamos seguros que resulta imprescindible acompañar la tarea con la de establecer en forma precisa cuáles son las obligaciones constitucionales que el sujeto pasivo tiene que cumplir para satisfacer cada uno de los derechos, y quién es ese sujeto pasivo en cada caso.

Cualquiera entiende que a mí no me basta con que se me reconozca un derecho subjetivo, si a la vez no tengo frente a mí un sujeto pasivo al que demandarle una prestación (por lo menos de abstención u omisión) que me permita ejercer y gozar ese derecho. Necesito imperiosamente saber quién es, o quiénes son, sujetos pasivos en relación de alteridad conmigo, y qué obligación los grava a mi favor.

Disculpándonos por retroceder en el tema, insistimos en que si una norma dice que "todo hombre tiene derecho a la protección de la salud", hace falta que cada hombre conozca cuáles son las medidas protectoras (obligaciones) que integran el contenido de ese derecho, y quién, o quiénes, son los sujetos pasivos que, frente a él, deben cumplir una

o más obligaciones. Si no llego a conocer ambas cosas (sujeto pasivo y obligación a su cargo), no sé a quién exigir que proteja mi salud, sea mediante omisión, sea mediante una prestación positiva de darme algo o hacer algo a mi favor. Y, por supuesto, viene otra vez lo procesal: necesito la vía para articular mi pretensión, si es que ésta no queda satisfecha espontáneamente por el sujeto pasivo requerido.

22. Ya advertimos también que fuera de las obligaciones que directamente se hallan en reciprocidad con un derecho subjetivo, hay otras obligaciones las que se hace difícil encontrarles en el reverso un derecho subjetivo. Habíamos hablado de la obligación "activamente universal" que pesa sobre el Estado, y que requiere adoptar y desarrollar políticas generales (de bienestar, de salud, culturales, etcétera), para facilitar el acceso de los hombres a bienes que satisfagan necesidades prioritarias. Dijimos asimismo que en el derecho argentino no había vías ni procedimientos para compeler al Estado a cumplir tal obligación. Y dijimos que esa obligación activamente universal existía frente a toda la sociedad, sin llegar a personalizarse frente a cada hombre integrante de la misma en una relación individual de "Estado a hombre concreto". La dificultad estribaba también en no poder precisarse cuál era la situación jurídica subjetiva susceptible de colocarse del otro lado de la obligación activamente universal, en reciprocidad con ella.

La repetición recordativa vale para agregar ahora que, si realmente es difícil hallar en el campo de algunas obligaciones constitucionales la vía coactiva para lograr que se cumplan, es menester para un futuro próximo enriquecer las técnicas jurídicas que faciliten o permitan implantar tales vías, sobre todo cuando el no cumplimiento de una obligación constitucional compromete intereses de la persona humana, aunque tales intereses acaso no alcancen a encuadrar en la categoría estricta y habitual del derecho subjetivo. El derecho constitucional y el derecho procesal tienen delante de sí un horizonte que, no por alejado, deja de urgirnos con atractivo y necesidad de alcanzarlo.

23. Instamos a los estudiosos a hurgar en cada Constitución el plexo de obligaciones constitucionales. Por ahora, nos bastarán unos pocos ejemplos. Así, la Constitución argentina dice en su artículo 14 bis —entre otras muchas cosas— que: "en especial, la ley establecerá... el acceso a una vivienda digna." Dejemos por esta vez de lado la duda de si subyace en la norma el reconocimiento a un verdadero "derecho" personal a la vivienda digna, y quedémonos con la obligación legisla-

tiva que claramente queda formulada con la frase "la ley establecerá"; hay allí imperatividad, pero nadie puede obligar al Congreso a legislar en forma acorde con la norma: la obligación de legislar carece de coacción. Y si no se cumple, es evidente que para muchas personas el acceso a una vivienda digna no será más que una norma escrita en el texto constitucional sin vigencia sociológica.

En la Constitución mexicana nos parece que cabe parangonar el artículo 4º, en las partes donde consigna que "la ley definirá las bases y modalidades para el acceso a los servicios de salud. . .", y que "toda familia tiene derecho a disfrutar de vivienda digna y decorosa. La ley establecerá los instrumentos y apoyos necesarios a fin de alcanzar tal objetivo". A semejanza del ejemplo que dimos de la Constitución argentina, estas normas de la de México traducen, en el tiempo de los verbos empleados, la misma imperatividad de la obligación legislativa. Pero, en Argentina y México, ¿cómo se logra que el Congreso la asuma?, ¿y si no legisla?

Tal vez, nuestra pretensión de que se nos ayude a buscar respuesta y a implantar una vía coactiva asciende hasta el último peldaño de la escalera del derecho positivo, donde un cartel reza: ¿quién custodia al custodio?, y donde a lo mejor (o a lo peor) no es hacedero hallar margen ni carril para la coacción. De todos modos, intentarlo no es superfluo, si creemos que las instituciones constitucionales son perfectibles hasta el límite a donde puede llegar el progreso humano. No sabemos si nuestra ambición sobrepasa ese límite, y queremos que nuestros colegas nos auxilien para esclarecer si estamos cayendo en utopía. ¿Podrán los procesalistas darnos una mano?

V

24. ¿Qué aporte podría brindarnos la filosofía jurídica? Acudimos a la muy proficua de los valores, en la versión que le ha asignado el trialismo de Werner Goldschmidt.⁹

El valor justicia es un ente ideal valente y exigente. Vale y exige. Lo de que "vale" significa que tiene valencia, y lo de que es "exigente" significa que su "deber-ser-ideal" demanda realizarse o fenomenizarse.

⁹ Ver su obra *Introducción filosófica al derecho*, Buenos Aires, Ed. Depalma, y la anterior *La ciencia de la justicia*, Madrid, Ed. Aguilar.

zarse en el mundo jurídico o derecho positivo (no se realiza con sólo formular una norma, mientras no concurra la vigencia sociológica).¹⁰

Cuando el valor justicia no está realizado con signo positivo, pueden acontecer dos situaciones: a) que la realidad social no proporcione condiciones aptas para que se realice y b) que la realidad social las proporcione, y que haya alguien (una o más personas) que puedan realizarlo. En el primer caso, el "deber-ser-ideal" del valor no pide nada a nadie, sencillamente porque nadie puede realizar el valor con signo positivo; en el segundo caso, el mismo "deber-ser-ideal" pide —y exige— a quien está en condiciones de realizar el valor con signo positivo, a que haga algo.

Parece que hoy el Estado de bienestar o de democracia social (volvemos a remitir a la Constitución italiana en su norma sobre la remoción de obstáculos, ya citada antes) está en condiciones —por lo menos mínimas— para hacer algo (en dimensión variable) en pro de la realización del valor justicia con signo positivo en cada sociedad. Por ende, el "deber-ser-ideal" de la justicia se dirige a él con toda la fuerza de su ser valente y exigente para personalizar también en él el deber de actuar. Tal es la base para arraigar las obligaciones constitucionales que, por ejemplo en materia de vivienda y de salud, trajimos ocasionalmente a colación en los textos de Argentina y de México.

Y el deber de actuar para realizar el valor con signo positivo no consiste solamente —ni tanto— en formular una norma en las declaraciones del orden normativo (por ejemplo, en la Constitución escrita), sino en cumplir conductas justas, o sea en hacer. "Argentinos: a las cosas", nos había dicho Ortega en una de sus visitas a Buenos Aires. El valor cobra sustrato en las conductas humanas; sólo por reflejo podemos decir que también en las normas. Uno de estos "haceres" puede, tal vez satisfacerse mediante buenas técnicas que localicen y sitúen frente a cada hombre titular de un derecho (y, por qué no, también titular de situaciones jurídicas subjetivas que no han alcanzado o no tienen el rango del derecho subjetivo) un sujeto pasivo con obligaciones bien determinadas y concretas, ante el cual disponer de una vía para exigir el cumplimiento de dicha obligación.

Si acudimos a la clásica noción del bien común público como fin del Estado —al que alude el preámbulo de la Constitución argentina cuan-

¹⁰ Para esto, y lo que sigue, ver nuestro libro *Valor, justicia y derecho natural*, Buenos Aires, Ed. Ediar.

do señala el objetivo de promover el "bienestar general"—, estamos en situación de aseverar que la búsqueda y la realización de dicho bienestar de la sociedad siempre personaliza en el Estado un conjunto de obligaciones que vienen exigidas por el "deber-ser-ideal" del valor justicia. Podrán variar las condiciones de toda clase que facilitan o traban, en cada sociedad y en cada momento, la realización de aquel valor con signo positivo; pero siempre habrá algo que se pueda hacer en su favor. Y ese algo debe hacerse, y debe hacerse en beneficio de la persona humana, de su libertad y de sus derechos.

25. La libertad es una situación históricamente comprometida y dependiente de múltiples factores. A cada uno de ellos hay que energizarlo y dinamizarlo, para que donde la libertad sufre estorbo, estrechez o bloqueo, alcance a holgarse y a ampliarse hasta donde se pueda. Aquí la exigencia de libertad se transforma en liberación para dar acceso al pleno goce y disfrute de los derechos, para descomprimir los bloqueos, para que cada hombre se halle en condiciones de desarrollar en plenitud su personalidad. Porque, en definitiva, el valor "personalidad", propio de cada ser humano, es un valor ético que, por tal, está por encima del derecho y de la política, bien que penetre con su exigencia en el ámbito de ambos, y reconduzca hacia su realización —en subordinación— a los valores del mundo jurídico-político, hasta al más excelso de éstos, que es la justicia.

VI

26. Poco antes de escribir el presente trabajo, hemos leído la *Teoría general del Estado*, de Reinhold Zippelius,¹¹ y por afinidad con algunas de nuestras ideas ahora vertidas al papel intercalamos una aguda observación del profesor alemán. Cuando él se refiere a las pretensiones acerca de lo que Jellinek llamó *status positivus* (equivalente a los derechos a "prestaciones positivas del Estado en interés del individuo"), dice que:

El posible objeto de estas pretensiones sería, por ejemplo, la previsión estatal en cuanto a necesidades básicas, atención médica general, viviendas adecuadas, instituciones educativas de acceso

¹¹ Traducción en español publicada por la Universidad Nacional Autónoma de México, a cargo de Héctor Fix-Fierro, 1985.

general, plazas de trabajo suficientes y de libre elección, así como la atención en caso de vejez o invalidez. Dadas estas vastas exigencias surgen dudas, no obstante, de si y en qué medida sea realista y compatible con la función de las instancias políticas, el transformar la justicia social y el bienestar común a cargo del Estado, en un catálogo justiciable de derechos fundamentales sociales.¹²

La justicia no puede traducirse sin más en un catálogo de derechos fundamentales. . .¹³

...no obstante, en lo particular ciertas posibilidades de elección, sobre todo de prioridades y medios a emplear, deben permanecer abiertas y bajo la competencia y responsabilidad de los poderes legislativo y ejecutivo, porque el género y extensión de las prestaciones que el Estado ha de ofrecer, dependen de la respectiva situación del desarrollo social y económico, así como de los medios siempre cambiantes, que el Estado tiene concretamente a su disposición; no es posible programar completamente, mediante un rígido sistema de normas constitucionales, una política social condicionada por la situación. . . Así, pues, la labor del Estado en favor de la justicia social no puede traducirse, hasta en el detalle, en un sistema de derechos fundamentales, para someterla así al control completo de la jurisdicción. En una palabra, la simple garantía de los derechos fundamentales no permite dogmatizar totalmente la justicia social y la vía concreta para su realización.¹⁴

27. El panorama que describe Zippelius puede, en algunos aspectos, rozar el de los derechos que habíamos llamado "imposibles". Pero más allá de buscar coincidencias con lo que hemos escrito, interesa mostrar cómo resulta difícil, arriesgado, y hasta a veces estéril, querer volcar a normas constitucionales un catálogo de derechos sociales, tanto como es igualmente difícil alcanzar la justiciabilidad de cada una de las pretensiones que, con base en dicho catálogo, pueden querer oponer los hombres frente al Estado. Tal vez estemos ante lo que algún filósofo del derecho tiene dicho, acerca de que los deberes de la justicia distributiva no suelen admitir exigencia coactiva, por lo que si en correspondencia con tales deberes hay derechos subjetivos, éstos tampoco

¹² *Idem*, p. 350.

¹³ *Idem*, pp. 356 y 357.

¹⁴ *Idem*, pp. 357, 358.

alcanzan a recorrer una vía de compulsión para obligar al deber que los satisface.

¿Son las cosas ontológicamente así, y no pueden ser de otra manera? ¿O con ingenio y creatividad las técnicas jurídicas serían capaces de hacerlas de otra manera, es decir, de perfilar deberes exigibles coactivamente y prestaciones bien determinadas en orden a esos deberes? Tal es el modesto intento que nos inquieta, y que aun borroso en zona de penumbra deseamos trasmitir con hambre y sed de justicia. Porque si acaso es exacto que hay una justicia distributiva (dudamos que la justicia se divida en clases diferentes entre sí), no por carecer de coacción deja de ser justicia. Y habrá que ingeniárselas para que se realice.

28. No sabemos a ciencia cierta si nuestra aspiración de plasmar derechos humanos "posibles" en campos de dificultad como los ejemplificados, y de hacerlos justiciables mediante vías aptas, así como de apresurar la búsqueda de procedimientos compulsivos para instar al Estado a cumplir políticas que hagan accesible el goce de los mismos derechos, puede caber en una expansión de lo que Mauro Cappelletti ha rotulado como jurisdicción constitucional de la libertad. Tan verdad es la afirmación de que "la verdadera garantía de los derechos de la persona humana consiste precisamente en su protección procesal",¹⁵ que los bloqueos y castraciones que padecen muchos derechos reclaman procedimientos de seguridad para descomprimirlos, tanto como lo necesitan las violaciones que hoy se remedian a través del *habeas corpus* y del amparo. Y si dijimos que las obligaciones que deben dar satisfacción a los derechos son obligaciones "constitucionales", el control de la supremacía constitucional tiene pronto que alcanzar a ese campo, inclusive cuando algunas de tales obligaciones, sin reciprocarse directamente con un derecho subjetivo constitucionalmente reconocido, se enderezan a crear las condiciones —siquiera mínimas— que permiten al hombre tener acceso a las prestaciones de la justicia social aludidas por Zippelius en el sugestivo párrafo citado anteriormente.

Hasta cabría aventurarse a preconizar que, así como el derecho constitucional administrativo han fecundado la teoría de la responsabilidad del Estado (que no necesariamente se circunscribe a casos de actividad ilícita, sino que se proyecta a la actividad que, pese a su lici-

¹⁵ Fix-Zamudio, Héctor, *La protección jurídica y procesal de los derechos humanos ante las jurisdicciones nacionales*, México, UNAM, Editorial Civitas, 1982, p. 51.

tud, daña derechos garantizados por la Constitución), toca ahora pensar si las obligaciones que la Constitución impone a los órganos de poder (cuando les asigna competencias de uso imperativo) no deberían engendrar, cuando se omite o demora su cumplimiento, una responsabilidad justiciable, con miras a la ya insinuada idea de compeler la exigibilidad.

Fix-Zamudio relata en su citado libro que el Tribunal Constitucional de Alemania Federal, a través de la "interpretación de la conformidad constitucional" (*verfassungskonforme auslegung*), tiene la posibilidad de llamar la atención al Parlamento federal o a los órganos legislativos provinciales para que subsanen las omisiones en que hubiesen incurrido, o tomen las medidas legislativas necesarias para evitar una futura declaración de inconstitucionalidad por el propio Tribunal Constitucional.¹⁶ Y recuerda que en la Constitución portuguesa de 1976 se deparó competencia al Consejo de la Revolución para formular recomendaciones a la Asamblea de la República cuando en su concepto ésta incurra en omisión de las medidas legislativas necesarias para desarrollar y aplicar las normas constitucionales (artículo 279 constitucional).¹⁷ Pasos semejantes deben ir acompasando el ritmo y la trayectoria de los derechos humanos, y de las obligaciones constitucionales del Estado que tienen por finalidad promover la dignidad del hombre, holgar el margen de su libertad efectiva, y hacerle accesible el bienestar a través del posible disfrute de aquellos mismos derechos. A la hora de declararlos solemnemente, le sigue la de conseguir que adquieran vigencia sociológica. ¿No es acaso una simple y sencilla deducción de la supremacía de la Constitución? ¿Qué es lo que dicha supremacía ambiciona: que quede intacta la inscripción formal en el catálogo declarativo, o que se cumplan y gocen? Viene bien parafrasear una idea de nuestro Alberdi argentino: no se trata de declarar derechos que nadie niega, sino de cumplir hechos que nadie practica.

ADDENDAS

Para no deshilvanar la exposición efectuada en el texto, acudimos a una serie de *addendas* que aluden a cuestiones planteadas y que pueden ayudar a esclarecerlas.

¹⁶ *Idem*, pp. 182 y 183.

¹⁷ *Idem*, p. 204.

Addenda A

Recientemente se ha publicado en Argentina un libro de Mariano F. Grondona titulado *La reglamentación de los derechos constitucionales*,¹⁸ en el que se destaca que la Constitución argentina, a partir de la reforma de 1957 que en el artículo 14 bis incorporó un plexo mínimo de derechos propios del constitucionalismo social, permite distinguir dos tipos de derechos: a) los clásicos —que solemos llamar derechos civiles— en los que la Constitución no garantiza resultados, sino que se limita a decir a cada habitante que, si desea, podrá hacer tal o cual cosa (trabajar, ejercer industria, navegar, comerciar, etcétera); en estos derechos, la Constitución no asegura que cada uno tendrá su industria o su comercio, ni que podrá transitar en ferrocarril o en barco; b) al contrario, el artículo 14 bis asegura al trabajador una jornada limitada, descanso y vacaciones pagados, salario mínimo, participación en las ganancias, etcétera; o sea la norma garantiza un “resultado”, y no la libertad necesaria para ejercer determinada acción voluntaria; los resultados garantizados son: no trabajar más de “X” horas; recibir pagos por descansar, etcétera.¹⁹

Esta dicotomía es útil para pensar, en el campo de la filosofía jurídica y del derecho constitucional, si debemos avanzar hasta reconocer y ampliar las normas constitucionales que, al reconocer ciertos derechos, garantizan un resultado a favor de quien es titular de ellos. Y volvemos a decir que nos parece razonable ese avance, a condición de que no declaremos derechos “imposibles”. Todavía más, para nada objetamos que razonablemente se limiten o reduzcan ciertos derechos de algunas personas para conseguir que otras obtengan una mayor capacidad de ejercicio de algunos derechos a cuyo disfrute no tienen acceso fácil. (En contra, el autor citado, p. 101.)

Addenda B

Cuando emprendíamos la búsqueda de los derechos subjetivos, del sujeto pasivo que debe cumplir una obligación para satisfacerlos en favor del sujeto activo, y cuando hablábamos de situaciones jurídicas subjetivas que acaso no son derechos, y de una obligación del Estado

¹⁸ Ed. Depalma, 1986.

¹⁹ *Idem*, pp. 118-119.

“activamente universal”, poníamos algunos derechos tentativos, como el derecho a la vivienda digna, a la salud, etcétera. Pues bien, un libro del licenciado Gabriel J. Zanotti, titulado *Economía de mercado y doctrina social de la Iglesia*,²⁰ nos dice que bajo la expresión “derechos sociales” se alude a bienes y servicios que la persona tiene derecho a reclamar, no ya bajo la simple petición de abstención por parte de terceros (en el sentido de que éstos no impidan la adquisición de esos bienes), sino en el sentido de un derecho que implica la contraprestación del bien de que se trate, lo que significa que un tercero sería sujeto pasivo de obligación.²¹ Hay, pues, una relación con los derechos que en la *addenda A* garantizaban un resultado.

Pues bien, Zanotti explica que esos derechos son derechos en sentido “indirecto y analógico” (significando que es conforme al derecho natural que la persona, “a través del bien común”, obtenga lo adecuado para su desarrollo.²² Y trae una cita de Hayek, cuando expresa que el más importante bien colectivo a proporcionar por el gobierno no consiste en la satisfacción directa de las necesidades personales, sino en la creación de un conjunto de condiciones en base a las cuales los individuos o grupos puedan ocuparse de la satisfacción de las mismas.²³ De estos textos rescatamos dos ideas: a) que muchos derechos a los que no es fácil o posible encontrarles un sujeto pasivo que, frente al titular, deba cumplir una prestación positiva (de dar o hacer algo), pueden seguir llamándose derechos subjetivos “por analogía”, sin serlo en sentido propio; y b) que muchas situaciones jurídicas subjetivas que no cabe identificar con el derecho subjetivo en sentido propio, no se satisfacen mediante una obligación de dar o hacer a cargo de un sujeto pasivo (que se halle en relación de alteridad personalizada frente a quien titulariza la situación jurídica subjetiva), sino a través de la participación en el bien común.

Es sabido que, precisamente, el bien común público o bienestar general proporciona condiciones para que, aprovechándolas, cada hambre pueda, mediante su iniciativa y esfuerzo, abastecer sus necesidades. El Estado no da ni hace directamente algo a favor de cada persona determinada, sino promueve aquel bien común que facilita la disponibilidad objetiva de bienes y servicios.

²⁰ Buenos Aires, Editorial de Belgrano, 1985.

²¹ *Idem*, p. 20.

²² *Idem*, p. 96.

²³ *Idem*, p. 97.

Como última reflexión, conviene recordar que según algunos enfoques filosóficos esta obligación estatal de promover el bien común —que suele calificarse como un deber propio de la llamada justicia “distributiva”— no es susceptible de exigibilidad coactiva.

Addenda C

La dificultad que advertía Zippelius para trasladar a un catálogo de derechos los requerimientos de la justicia social nos permite encontrar una precaución en la actual constitución española. Su capítulo segundo contiene derechos y libertades que llamaríamos clásicos, en tanto el capítulo tercero desarrolla los principios rectores de la política social y económica. Con este desdoblamiento, el artículo 53 enfoca una distinta justiciabilidad para cada caso, estableciendo que el reconocimiento, el respeto y la protección de los principios reconocidos en el capítulo tercero informarán la legislación positiva, la práctica judicial y la actuación de los poderes públicos; pero que sólo podrán ser alegados ante la jurisdicción ordinaria de acuerdo con lo que dispongan las leyes que los desarrollen. De esta forma, queda claro que las obligaciones que asume el Estado en virtud del capítulo tercero en materia socioeconómica, de salud, cultural, de seguridad social, etcétera, no confieren legitimación constitucional para que cada persona exija su cumplimiento por vía judicial (en tanto derechos y libertades del capítulo segundo habilitan constitucionalmente a demandar su tutela judicial).

De esta manera, la Constitución de España esquivo el argumento que, de no existir la norma citada del artículo 53, podría permitir a muchos suponer que toda obligación que la Constitución impone al Estado en las materias antes señaladas apareja, en reciprocidad, un derecho personal de cada hombre y que, por ende, la ley debe prestarle tutela mediante vías coactivas para no burlar ni bloquear a la Constitución. Cuando la propia Constitución —en cambio— señala cuál es el alcance de los principios que imponen obligaciones al Estado, y añade que su alegación judicial dependerá de lo que disponga la ley, le confiere a la ley permiso de alternativas, y remite el problema de la legitimación y las vías judiciales al terreno infraconstitucional de la ley. Nadie puede, pues, decir que los deberes constitucionales del Estado otorgan por sí mismos y automáticamente una legitimación para demandarlos judicialmente, o una vía coactiva de exigibilidad.

Así, se existan las confusiones que pueden surgir de normas constitucionales en las que la apariencia de derechos subjetivos deja en zona dudosa la índole de las supuestas obligaciones recíprocas, la individualización del sujeto pasivo que ha de tomarlas a su cargo, y la existencia de vías de exigibilidad.

Addenda D

Volvemos a la cita que en el texto hacíamos de la Constitución soviética, cuando en su declaración de derechos añadía de qué manera se garantizaba su goce.

Al respecto, en la obra *Regímenes políticos actuales*, escrita por autores varios bajo coordinación de Juan Ferrando Badía,²⁴ leemos que:

Lo que más llama la atención es el sistema de garantías de índole socioeconómica que se recoge tras la formulación de cada derecho o libertad... Es decir, una cosa es el reconocimiento, siguiendo la lógica marxista, de la serie de condiciones sociales y económicas que hacen posible el ejercicio de los derechos y libertades, y otra estas proclamaciones "ingenuas" que parecen poner en tela de juicio la propia concepción marxista de los derechos y libertades.

Addenda E

Si se presta atención a la redacción literal con que están formuladas las normas del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de Naciones Unidas (1966), se puede considerar que, más que investir operativamente de derechos subjetivos a las personas que forman la población de los Estados partes, se aspira a dar orientaciones para encarrilar las políticas estatales en las materias enfocadas por el Pacto. Buen indicio es el artículo 2º cuando dice que: "cada uno de los Estados partes en el presente Pacto se compromete a adoptar medidas... para lograr progresivamente... la plena efectividad de los derechos aquí reconocidos."

En el número 1 de la *Revista del Instituto Interamericano de Derechos Humanos*,²⁵ se puede leer el texto de las observaciones formuladas

²⁴ Madrid, Ed. Tecnos, 1985, p. 629.

²⁵ San José, Costa Rica, enero-junio de 1985, p. 133.

por la Corte Interamericana de Derechos Humanos sobre el Anteproyecto de Protocolo Adicional a la Convención Americana de Derechos Humanos, donde entre otras cosas se dice que:

Los llamados derechos civiles y políticos, en general, son más fácilmente individualizables y exigibles de conformidad con un procedimiento jurídico susceptible de desembocar en una protección jurisdiccional. La Corte considera que, entre los derechos llamados económicos, sociales y culturales, hay también algunos que se comportan o pueden comportarse como derechos subjetivos exigibles jurisdiccionalmente; pero hay otros que, sin dejar de ser derechos fundamentales del ser humano, están por su naturaleza o por las condiciones del desarrollo económico y social de cada país, condicionados a la creación de una estructura institucional y económica compleja, en virtud de la cual no resultaría razonable en el estado actual de la evolución del desarrollo de los pueblos de América, reconocerles *per se* una exigibilidad inmediata y plena.

Con una perspectiva algo distinta, el Seminario sobre Protección Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales, organizado por la Comisión Interamericana de derechos humanos juntamente con el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM (México, 1984), declaró en sus conclusiones que:

El propuesto Protocolo Adicional deberá tratar los derechos económicos, sociales y culturales como derechos que corresponden a la persona por su calidad de tal, no refiriéndose a ellos como metas de desarrollo. Por consiguiente, deben ser considerados como eje ordenador de los sistemas económicos, sociales y políticos, y no como resultante aleatorio del mayor o menor éxito de las políticas de desarrollo. Como derechos humanos que son, por tanto, no son metas deseables sino imperativos exigibles.²⁶

El párrafo traduce una pretensión justa, pero no desmiente que es estéril formular normas declarativas de derechos que, por deficiencias diversas, pueden resultar derechos imposibles. Ello acucia la necesidad de resolver las dudas y los problemas que hemos propuesto en el desarrollo de nuestro trabajo.

²⁶ *Revista del Instituto Interamericano de Derechos Humanos*, San José, Costa Rica, núm. 1, enero-junio de 1985, p. 135.

Addenda F.

Si nos preocuparon las obligaciones constitucionales sin vía de exigibilidad, conviene recordar que la doctrina, el derecho comparado y, en Argentina, el derecho público provincial, conocen los llamados "mandamientos" (*writs* anglosajones) a través de los cuales un juez puede compeler a un funcionario a que cumpla una obligación (de acción o de omisión) que le incumbe, en favor de la persona que sufre perjuicio por su incumplimiento, y a la cual persona se la legitima procesalmente para promover la vía judicial susceptible de culminar en la expedición de los citados mandamientos (de ejecución o de abstención).

Ello revela que no es nuevo el intento de deparar vías judiciales con las que instar al cumplimiento de obligaciones constitucionales. Todo reside en ampliar las conocidas o las existentes, pese a muchas y serias dificultades cuyos ejemplos no hemos ahorrado en el desarrollo de nuestro tema.