

Capítulo 1

Los derechos subjetivos.

Una breve explicación histórico-conceptual¹

1.1. INTRODUCCIÓN

El concepto de “derecho subjetivo” (*subjektives Recht, diritto soggettivo, droit subjectif*) es uno de los conceptos fundamentales en el derecho. En la tradición del derecho continental, no así en la tradición del *common law*, se utiliza el mismo término “derecho” para referirse tanto a la ley o al sistema jurídico —al cual suele denominarse también “derecho objetivo”— como para referirse a las facultades, pretensiones, poderes, etc., que tiene el individuo para reclamar algo de otros —“derecho subjetivo”—. En los países anglosajones, sencillamente a cada una de estas ideas se les nombra con palabras distintas —*law* y *rights*—, por lo que no tienen que usar la distinción *objetivo/subjetivo* para distinguir entre estos dos usos de la palabra “derecho”. La utilización de los términos “derecho objetivo” y “derecho subjetivo” suele atribuirse al jurista alemán Bernard Windscheid, quien los comenzó a utilizar a partir de una distinción que ya había realizado el padre de la Escuela Histórica, Friedrich Karl von Savigny, entre sentido objetivo y subjetivo del derecho. Antes del siglo XIX, para aludir a los derechos —subjetivos— se usaban expresiones como derechos naturales, derechos del hombre o derechos del

¹ Este trabajo está basado en el capítulo 1 de mi libro *El lenguaje de los derechos*, Madrid, Trotta, 2007. En esta versión omito las notas a pie de página para que su lectura resulte más breve y fluida.

HACIA UNA TEORÍA CONSTITUCIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS

ciudadano. Por ello, nuestro estudio versa sobre el concepto de derechos —“tener derechos”— en general y no solamente sobre la expresión o el término “derecho subjetivo”.

1.2. HISTORIA DEL CONCEPTO

Mucho se discute entre historiadores si el concepto de derecho subjetivo —no el término— se poseía desde la antigüedad, si los griegos y los romanos usaron dicho concepto (Pugliese), si se originó en la Edad Media en el siglo XII (Tuck), si fue en el siglo XIV con el nominalismo de Ockham (Villey) o si fue hasta el siglo XVI, con el surgimiento del pensamiento moderno. De lo que no cabe duda es que la expresión “derechos” y sus equivalentes en idiomas latinos, en inglés y alemán (*diritti*, *droits*, *rights*, *Rechts*), se comenzaron a utilizar hasta el siglo XVI. Los romanos utilizaron conceptos como el de *potestas* y el de *dominium* para referirse a ciertas relaciones donde el *pater familias* gozaba de un poder individual sobre los otros miembros de la familia y sobre las cosas. Usaron también la distinción entre acciones *in rem* e *in personam*, que aunque se trataba de una distinción procesal, con ella se alude al titular de una acción. Aunque el término *ius* no fue usado centralmente por los romanos para referirse a este tipo de relaciones, según Tuck, existieron ciertos usos ligados a la propiedad, como el *iura praediorum*, que eran el producto de pactos y acuerdos entre vecinos de predios. En el Imperio romano tardío se llegaría a asociar el concepto de *dominium* con el de *ius*, cosa que le permite afirmar a Tuck que la primera teoría de los derechos subjetivos se desarrollará con los juristas del Medioevo (siglo XII), cuya ciencia, basada en el *Digesto*, identificó el *ius* con el *dominium*, cosa que les permitió comenzar a hablar de derechos de propiedad. Irnerio (1050-1130), el famoso jurista de Bolonia, encontró referencias como la siguiente: “*dominium tale ius est quo res corporalis mea fit*”. Esta redefinición del *ius* que prevaleció hasta el renacimiento le generaría muchos problemas y discusiones a los juristas.

La polémica tesis del jurista francés Michel Villey (1964) sostiene que como consecuencia de una controversia entre franciscanos y dominicos en torno a la legitimidad de la propie-

Los derechos subjetivos. Una breve explicación histórico-conceptual

dad privada y la pobreza evangélica, donde una bula del papa Juan XXII va a poner en cuestión la licitud del uso de los bienes por la comunidad franciscana que hacía votos de pobreza, se argumentaba ahí que el uso de bienes que se consumen es imposible sin la propiedad; consecuencia de ello el fraile franciscano Guillermo de Ockham criticó duramente la bula papal en su obra *Opus nonaginta dierum* (1332). Villey ve en esta obra una evolución fundamental en el concepto de *ius* que es usado ya en un sentido subjetivo al definirlo como *potestas*, es decir, como una potestad o poder del individuo: *Jus utendi est potestas licita*. Por su parte, Tuck considera que el cambio más importante se produjo antes de Ockham, en la Edad Media, donde el concepto romano de *dominium*, que era en todo caso un concepto de derecho “pasivo”, pasa en las obras de los juristas medievales a convertirse en un concepto de derecho “activo”. La diferencia entre derechos activos y pasivos consiste en que tener un derecho pasivo es tener un derecho a que se respete una situación o a recibir algo por parte de otro, mientras que tener un derecho activo es tener derecho a hacer algo. Para Villey, sin embargo, hay otro elemento importante en la obra de Ockham, que consiste en que con él surge el nominalismo y el individualismo metodológico —corriente filosófica contraria al racionalismo objetivista de Tomás de Aquino—, que pondrá al individuo en el centro de la reflexión y colocará su voluntad por encima de la ley.

La Escolástica española —heredera del pensamiento tomista durante los siglos XVI y XVII, al menos en las órdenes de Santo Domingo a la que pertenecieron Francisco de Vitoria y Domingo de Soto, y la de los jesuitas, a la que pertenecieron Francisco Suárez y Luis de Molina— fueron influidas por la concepción de Ockham y definieron al *ius* como *moralis facultas*, aunque tratando de conciliar esta nueva concepción con el pensamiento tomista, cosa que no les resultó muy fácil.

Durante los siglos XVII y XVIII se impuso en Europa el iusnaturalismo racionalista, opuesto al iusnaturalismo teológico o clásico medieval. Es aquí cuando se articula de forma clara lo que hoy consideramos la concepción moderna de los derechos. Hugo Grocio en *De jure Belli ac Pacis* (1625), ofrece tres definiciones del *ius* que fueron célebres durante ese siglo y el siguiente. La primera de esas definiciones, a la cual le da mayor relevancia,

HACIA UNA TEORÍA CONSTITUCIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS

es precisamente como derecho subjetivo al definirlo como “una cualidad moral de la persona en virtud de la cual puede hacer o tener algo lícitamente”, el *ius* era así sinónimo de facultad y libertad. Las otras dos definiciones del *ius* se correspondían con las nociones clásicas de justicia (*quod iustum est*) y ley (*juris significatio qua idem valer quod lex*).

Será Thomas Hobbes (1588-1679) quien con toda claridad planteará en el *Leviathan* (1651) la idea de que las personas tienen derechos naturales, de que existe prioridad de los derechos sobre los deberes y presentará la primera teoría contractualista basada en el paso de un estado de naturaleza —donde los individuos poseen el derecho natural a la autopreservación, es decir, a la vida— a un estado civil, donde los súbditos ceden sus derechos al soberano. Pero si en la teoría de Hobbes los ciudadanos ceden sus derechos al conformar la sociedad civil, con John Locke (1632-1704) —en el segundo tratado de su *Two Treatises of Government* (1689)— los hombres poseen derechos innatos como la vida, la libertad y la propiedad que deben ser garantizados por el poder que surge del contrato originario; los individuos ceden solo una parte de tales derechos, porque son esencialmente inalienables. Si el Estado no los respeta cabe oponer legítimamente resistencia por incumplir el pacto. Esta concepción iusnaturalista de los derechos se vio reflejada en las declaraciones de derechos de las excolonias inglesas que habían logrado su independencia (como la Declaración de Virginia y la misma Declaración de independencia en 1776), en la Declaración francesa de los derechos del hombre y del ciudadano (1789) y en las constituciones liberales del siglo XIX.

Desde finales del siglo XVIII comenzaron a realizarse fuertes críticas de todo signo contra el iusnaturalismo (p. ej.: Burke y Hume), que se agudizaron durante el siglo XIX. Una reacción casi generalizada contra el pensamiento iusnaturalista enfilará sus críticas a la concepción de los derechos naturales. Autores como Savigny, padre de la Escuela Histórica alemana; Bentham, padre del utilitarismo inglés y Marx, el autor más importante del comunismo, desde posiciones bien distintas enfilarán sus críticas en contra de los derechos naturales o derechos del hombre por considerarlos construcciones irracionales que carecen de sentido, meras abstracciones formales que defienden los intere-

Los derechos subjetivos. Una breve explicación histórico-conceptual

ses de una clase, la burguesía, y que se olvidan del hombre concreto. Estas críticas abonaron el terreno para que las discusiones y la teorización sobre los derechos comenzaran a ser denominadas por los juristas positivistas, quienes poco a poco dejarán de hablar de derechos naturales y, como se dijo antes, hablarían solo de derechos “subjetivos”, entendiéndolos como un concepto exclusivamente jurídico. Ejemplos de estas teorías los tenemos en la teoría del interés de Ihering, la teoría de la voluntad de Windscheid, la teoría de los derechos subjetivos públicos de Jellinek, teorías que dominarían el pensamiento durante fines del siglo XIX y principios del XX. Posiciones particularmente radicales como la de Hans Kelsen, que veremos más adelante, terminaron por concebir a los derechos subjetivos como una forma accesoria de dar cuenta de una relación jurídica donde existe un deber —su noción de *derecho reflejo*—, pero que no cumple una función relevante, salvo cuando lo entendemos como un poder jurídico —una acción procesal— para reclamar el cumplimiento de dicho deber —*derecho subjetivo en sentido estricto*—.

Al finalizar la Segunda Guerra Mundial, la catástrofe humanitaria que dejó y la preocupación porque algo así no se volviera a repetir hizo que se pensaran de nuevo los *derechos humanos* como un límite ético-político para toda la humanidad. De este modo, reapareció en la arena político-internacional una concepción ético-política de los derechos, una concepción no-positivista. La Organización de las Naciones Unidas (ONU), creada en 1945, adoptará como uno de sus documentos fundacionales la Declaración Universal de Derechos Humanos (1948) y a partir de aquí surgiría el fenómeno de la proliferación y reconocimiento internacional de derechos a través de otros tratados y declaraciones sobre la materia.

Los juristas iuspositivistas tuvieron que repensar sus teorías para poder dar cuenta de este nuevo fenómeno, pero ahora nuevamente los filósofos participaron significativamente en esta labor. Se partía, en general, de un acuerdo político básico por defender la importancia de los derechos humanos, pero había muchas diferencias sobre cuáles deben ser considerados verdaderos derechos humanos, cuáles son sus límites y cómo habría que protegerlos, entre otras muchas discusiones. Las teorías iusnaturalistas que en un inicio resurgieron demostraron muy pronto sus

HACIA UNA TEORÍA CONSTITUCIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS

limitaciones —no en vano estuvieron sujetas a fuertes críticas por más de un siglo—.

En un plano teórico, a *La teoría pura del derecho* de Kelsen se le empezó a reprochar su visión reduccionista de los derechos, que parecía insuficiente para dar cuenta de lo complejo que es hablar sobre ellos; se señaló que con ella era imposible dar una buena explicación de lo que son los derechos humanos. Con todo y los problemas de esta teoría, lo cierto es que tanto la crítica kelseniana a los derechos como la crítica de las corrientes realistas, en especial Alf Ross (véase 1961 y 2005) con su idea de que los derechos subjetivos son una mera herramienta técnica de presentación, habían abonado ya el terreno para desmitificar ciertas ideas en torno a los derechos, para hacernos comprender que no se trataban de ningún tipo de entidad misteriosa de la naturaleza o alguna entidad metafísica y que en las teorías jurídicas del siglo XVIII y principios del XIX había mucha metafísica heredada del iusnaturalismo que distorsionaba la idea que tenemos de ellos.

Trabajos posteriores, entre los que pueden destacarse los de Norberto Bobbio (1991), Herbert L. A. Hart (1962 y 1982), Ronald Dworkin (1989), Joel Feinberg (1980), Joseph Raz (1984 y 1989), Carl Wellman (1985), Carlos S. Nino (1989), Robert Alexy (1993), James Griffin (2008), Luigi Ferrajoli (1997 y 2001), entre otros, han hecho grandes aportes para dejar atrás las visiones reduccionistas de los derechos e intentar construir teorías que nos ayuden a entender qué son los derechos y qué son todas esas concepciones específicas que tenemos de ellos —derechos humanos, derechos fundamentales, derechos positivos y negativos, derechos morales y jurídicos, derechos individuales y colectivos, derechos universales y particulares, etcétera—.

1.3. LA TEORÍA POSITIVISTA DE HANS KELSEN

Como hemos dicho antes, una de las teorías más influyentes en el siglo XX fue la de Hans Kelsen, que tuvo una repercusión importante en la cultura jurídica a nivel internacional; particularmente en Europa y América Latina esta teoría ha servido a los juristas para entender el concepto de derecho subjetivo. Kelsen en sus

Los derechos subjetivos. Una breve explicación histórico-conceptual

Hauptprobleme (véase *Problemas capitales...*, 1987) identificó al derecho subjetivo con la acción procesal, lo cual hizo que se le presentaran problemas a su noción de derecho subjetivo, tales como el tener que hablar de la existencia de dos “proyecciones” del derecho subjetivo y de la existencia del derecho en dos sentidos: uno “potencial” y otro “actual”. En la *Teoría pura del derecho* (1986) logra darle una solución aparente a este problema. Si se toma en consideración que la estructura de la norma en Kelsen consiste en enlazar una sanción al incumplimiento de un deber, el jurista austriaco no pudo sino contemplar dos deberes jurídicos: el del individuo obligado y el del órgano que debe imponer la sanción. De ahí que se le presenten dos derechos, o lo que es lo mismo, un derecho con dos “proyecciones”. Para solucionar esto distinguió entre un derecho como mero “reflejo” de la obligación, es decir, como su correlato, y un derecho subjetivo en “sentido técnico”. Cuando se habla de derecho en este sentido “reflejo” y se alude a la pretensión de un individuo como si se tratara de algo distinto de la obligación del otro u otros, se crea la apariencia de dos situaciones jurídicamente relevantes, cuando solo se da una. La situación objetiva en cuestión queda descrita exhaustivamente con la descripción de la obligación jurídica del individuo —o individuos— de comportarse de determinada manera frente a otro. Si la relación de un individuo que se encuentra obligado con respecto de otro a determinada conducta, se le designa como “derecho”, entonces, ese derecho no es sino el reflejo de esa obligación. La única utilidad de ese concepto, consideraba Kelsen, sería la de simplificar la exposición de esa relación jurídica, pero advertía que, desde el punto de vista de una descripción “científica” exacta de la situación jurídica, era superflua. Además, no en todos los casos donde existe una obligación jurídica hay que suponer la existencia de un derecho reflejo, podemos tener obligaciones que no se correlacionen con ningún derecho.

El derecho en “sentido técnico” consiste en el poder jurídico de un individuo que el orden jurídico le otorga con motivo del incumplimiento de una obligación por parte de otro(s). Para Kelsen, este derecho es distinto de la obligación jurídica del otro sujeto; por ello, en este caso no coincide —no son correlativos— el derecho subjetivo con el deber jurídico. Esta sería la noción central de lo que hemos de entender por “derecho subjetivo”.

HACIA UNA TEORÍA CONSTITUCIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS

Kelsen partía de advertir que todas las teorías de su tiempo resaltaban el “elemento sustancial” del concepto, cuando era el “elemento formal” el único que en rigor podía ser considerado como derecho. La teoría del interés de Ihering, para quien el derecho subjetivo era un “interés jurídicamente reconocido”, presupone que se consideraba el factor “fin” como determinante del concepto de derecho subjetivo. Este concepto, para Ihering, se refería a algo material, el interés, el objeto de la protección, lo protegido; de ahí la necesidad de establecer la distinción entre la forma y el contenido. Las críticas de Kelsen tuvieron por objeto demostrar que poner al “interés” —que para el austriaco no era sino un hecho psíquico— en el centro del concepto de derecho subjetivo llevaba a una consecuencia insostenible: tener que fingir o presumir, en contra de los hechos, la existencia de tal interés en los casos en que no existía —como hecho psicológico—. A su vez, no todo interés es un derecho, sino solo los intereses protegidos por el derecho. Ihering se negó a aceptar que fuera la acción —“el derecho a reclamar y obtener esta protección”, según palabras del mismo Ihering— lo que define al concepto de derecho subjetivo. Lejos de ello, Ihering sostuvo que la característica esencial consistía en la posibilidad de apreciar una transgresión individual del derecho. Pero, como replicaba Kelsen, el que alguien sienta lesionado su interés es siempre una *quaestio facti*, un hecho psicológico. Ihering sostuvo también que el destinatario es la persona cuyo interés se protege —teoría del beneficiario—; pero, como observaba Kelsen, el problema es que en esta teoría el individuo es tomado como objeto de protección, no como sujeto, y lo mismo podría ocurrir con animales y otros objetos inanimados. El problema que veía Kelsen es que se confunde el contenido con la forma, el derecho subjetivo es *forma* y no contenido, la protección y no lo protegido. Por ello, la concepción central de lo que es un derecho consistirá para Kelsen en el derecho “en sentido técnico”, es decir, en el poder jurídico que tiene el individuo de exigir el cumplimiento de una obligación por parte de otro u otros sujetos.

La concepción kelseniana ha sido muy criticada y podemos decir que resulta inadecuada por ser una concepción reduccionista que restringe el uso del concepto de derecho subjetivo a través de estipular un significado que se corresponde con su con-

Los derechos subjetivos. Una breve explicación histórico-conceptual

cepto en sentido técnico. Como muchos juristas lo han dicho, no hay ninguna necesidad de limitar nuestro uso del concepto de derecho subjetivo solo a la idea de poder jurídico o al de acción procesal, como lo hace Kelsen. Existen muchas razones para desechar la propuesta de Kelsen que veremos a continuación al exponer otras teorías.

1.4. LOS DERECHOS COMO POSICIONES JURÍDICAS

Una de las concepciones sobre el concepto de derecho subjetivo más influyentes en el siglo xx fue la del estadounidense Wensley Newcomb Hohfeld. A pesar de que se trata de una concepción elaborada en 1913 y que repercutió fuertemente en los Estados Unidos de América, fue hasta los años sesenta que comenzó a conocerse en países europeos y latinoamericanos. Hoy día, muchas de las teorías sobre los derechos se apoyan hasta cierto punto en esta concepción (p. ej.: las de Hart, Alexy, Wellman). Hohfeld parte de concebir los derechos como relaciones jurídicas entre dos sujetos respecto a un objeto o estado de cosas, pero se niega a aceptar que todo tipo de relación pueda reducirse a las categorías de derechos y deberes. Estas dos categorías son demasiado ambiguas y resultan inconvenientes para analizar relaciones más complejas. Hohfeld niega la utilidad de las definiciones formales y opta por presentar todas las relaciones en un par de esquemas que denomina de “correlativos” y “opuestos” jurídicos.

Correlativos jurídicos:

<i>Derecho (pretensión)</i>	<i>Privilegio</i>	<i>Potestad</i>	<i>Inmunidad</i>
Deber	No-derecho	Sujeción	Incompetencia

Opuestos jurídicos:

<i>Derecho (pretensión)</i>	<i>Privilegio</i>	<i>Potestad</i>	<i>Inmunidad</i>
No-derecho	Deber	Incompetencia	Sujeción

HACIA UNA TEORÍA CONSTITUCIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS

La imprecisión del término “derecho” —subjetivo— hace que se use indiscriminadamente para cubrir otro tipo de relaciones que Hohfeld denomina “privilegio”, “potestad” e “inmunidad”. El primer par de correlativos es la relación derecho-deber. Si *X* tiene el derecho de excluir a *Y* de un inmueble, la situación correlativa es que *Y* tiene el deber de permanecer fuera de aquel lugar. Hohfeld ofrece un sinónimo para sustituirlo por el de derecho —subjetivo— que es el término “pretensión” (*claim*). La segunda relación, privilegio-no derecho, ha sido considerada uno de los grandes aportes del esquema de Hohfeld. Un privilegio es el opuesto de un deber. *X* tiene el derecho o pretensión a que *Y* no entre en el inmueble, pero además *X* tiene el privilegio de entrar en el inmueble; o con otras palabras, *X* no tiene el deber de permanecer fuera. El correlativo del privilegio de *X* de entrar es el no-derecho de *Y* a que *X* no entre. Hohfeld acuña la expresión “no-derecho” para aludir a este correlativo del privilegio.

Esta noción resulta fundamental para entender cómo hablamos sobre derechos y, específicamente, sobre ciertas libertades. Un sinónimo de privilegio es precisamente la noción de libertad. La terminología de derechos y deberes simplemente no funciona para tratar de explicar esta relación que Hohfeld logró ver. Esta relación sirve para explicar qué sucede en ciertos contextos de competencia donde se enfrentan dos sujetos con privilegios en pugna, enmarcados estos privilegios en un perímetro de derechos y deberes. Es lo que sucede en la competencia económica, en las relaciones capitalistas, en torneos deportivos, como por ejemplo, el box, donde los púgiles, además de tener ciertos derechos y deberes —de no ser golpeado debajo del cintillo, de no ser golpeado con la cabeza, los pies, etc.—, que conforman un perímetro protector que demarca la zona dentro de la cual está permitido el combate, tienen cada uno el privilegio o libertad de dar golpes a su oponente sin que tengan el deber de dejarse pegar, sino al contrario, cada contendiente hará lo que esté de su parte para golpear a su rival, ya que tienen el privilegio de hacerlo.

Una potestad jurídica es el opuesto de una incompetencia jurídica y el correlativo de una sujeción jurídica. Esta es la tercera relación que explica Hohfeld. Un cambio en una determinada relación jurídica puede ocurrir porque sobrevengan ciertos hechos, sin que en ese cambio influya la voluntad de otro agente. Pero

Los derechos subjetivos. Una breve explicación histórico-conceptual

hay cambios en las relaciones jurídicas que se producen porque sobrevienen ciertos hechos que están bajo el control de una persona. Se dice que esta persona tiene entonces la potestad, facultad o poder jurídico de realizar dicho cambio. Hohfeld distingue acertadamente la potestad jurídica del poder físico de hacer las cosas necesarias para el ejercicio de la potestad jurídica. La sujeción es un concepto que no es sinónimo de deber; es importante subrayar que una sujeción no implica algo necesariamente desfavorable. Cuando *X* tiene un poder, *Y* queda sujeto a los cambios normativos que produce *X* al ejercer su poder, por ello la mera sujeción no implica algo desfavorable, ya que el cambio de la situación jurídica puede ser favorable para *Y*. Por ejemplo, si *X* tiene el poder de realizar un testamento *Y* está sujeto a dicho poder, pero *Y* puede verse tanto beneficiado como perjudicado, según *X* opte por incluirlo o no en el testamento.

La inmunidad es el correlativo de la incompetencia y el opuesto de la sujeción. Este es otro de los aportes de Hohfeld, que ve a la inmunidad-incompetencia como una relación distinta a las otras. Cuando hablamos del “derecho” de una persona a no ser privada de su libertad o de su propiedad sin el debido proceso, la idea que se quiere transmitir es que dicha persona es inmune contra actos de los gobernantes que no cuenten con el poder jurídico —en este caso una autorización judicial— de modificar una relación o situación jurídica. Esta noción es importante porque muchos de nuestros derechos fundamentales garantizados constitucionalmente pueden ser analizados en términos de inmunidades frente al poder del Estado.

La concepción hohfeldiana de los derechos subjetivos nos brinda una poderosa herramienta analítica para comprender las distintas relaciones que puede involucrar la referencia a algunos derechos o libertades. Podemos decir también que a partir de Hohfeld podemos entender que hay un sentido amplio del uso de la noción de derecho subjetivo y que esta noción amplia se entiende precisamente como un haz o conjunto de relaciones concretas. Cuando hablamos del derecho de propiedad o del derecho a la educación, no nos referimos a una única relación hohfeldiana, sino a un conjunto de relaciones de diverso tipo (derecho-deber, privilegio-no derecho, poder-sujeción, inmunidad-incompetencia) que habrá que precisar si queremos entender la

HACIA UNA TEORÍA CONSTITUCIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS

manera en que hablamos de estos derechos. Hablar de derechos en sentido amplio nos ahorra tener que precisar tales relaciones, que en ciertos contextos podemos dar por supuestas, pero eso no ocurre siempre que hablamos de derechos y, por ello, aludir a los derechos en ese sentido amplio suele oscurecer, confundir y generar incompreensión cuando hablamos de ellos. En el caso de que busquemos garantizar un derecho—en sentido amplio—, tenemos necesariamente que buscar cómo garantizar cada una de las relaciones jurídicas que lo conforman, solo así contribuiremos a una protección efectiva.

1.5. DERECHOS MORALES Y DERECHOS JURÍDICOS

Existe un amplio acuerdo entre los teóricos de que los conceptos como derecho subjetivo, deber, responsabilidad, contrato, etc., no son conceptos que refieran a nada directamente, por lo que no caben definiciones esencialistas sobre ellos, las palabras “derechos”, “responsabilidad”, “deber”, etc., no significan nada por sí mismas, sino que las usamos para aludir a una serie de hechos y actos conectados con ciertas consecuencias. Por ello, como dice Hart, cuando decimos que “A tiene derecho a que B le pague mil pesos”, presuponemos que existe un sistema jurídico, que alguna(s) norma(s) de ese sistema relacionan algunos hechos con ciertas consecuencias, y que tales hechos han ocurrido. Podemos decir, por tanto, que el concepto de derecho subjetivo es un concepto normativo, ya que alude a normas.

Sin embargo, otro problema relevante que ha preocupado a la teoría contemporánea conecta con la noción de derechos humanos o derechos básicos. La cuestión que surge es si el concepto de derecho —subjetivo— es una noción exclusivamente jurídica o no, esto es, si nociones como las de derechos humanos son explicables con la idea de derechos jurídicos (*legal rights*) o si en cambio necesitamos apelar a una noción más amplia como la de derechos morales (*moral rights*). Es indudable que el término derecho se usa también en otros contextos normativos no jurídicos como el moral, los juegos, las reglas sociales, etc. Algunos autores sostienen entonces que la noción de derechos —subjetivos— no es exclusivamente jurídica, que podemos hablar de derechos mo-

Los derechos subjetivos. Una breve explicación histórico-conceptual

rales y de derechos de jugadores y de otra clase de derechos en ciertas situaciones sociales (Feinberg, Dworkin, Wellman, Nino, Laporta, entre muchos).

Nociones como la de derechos humanos suelen explicarse ahora a la luz de la noción de derechos morales. Se afirma así que los derechos humanos son derechos morales, es decir, derechos que se derivan de —o se justifican por medio de— principios, razones o normas morales. Desde luego que muchos de los derechos humanos son también derechos jurídicos, en la medida en que un sistema jurídico específico los reconoce y protege. Pero los derechos básicos o los derechos humanos no dejan de ser derechos especialmente importantes aun cuando no exista la protección o el reconocimiento jurídico, serían derechos en un sentido diferente, en un sentido moral.

No se trata de una discusión puramente verbal que se resolviera como lo hizo Kelsen, por ejemplo, estipulando un significado y descalificando como incorrectos los que no se amolden a la definición propuesta. De hecho, la forma en que usualmente se habla de derechos —derechos humanos, naturales, básicos, etc.—, en el mundo no se restringe a hablar de derechos solo cuando hay normas jurídicas involucradas. Solemos oír con frecuencia acusaciones de que un gobierno viola derechos humanos de sus nacionales sin que ello implique una acusación de que tal gobierno esté actuando ilegalmente, sino que está contraviniendo principios —morales— básicos reconocidos por la comunidad internacional y que aparecen plasmados en declaraciones de derechos o pactos que tal gobierno no ha suscrito o desconoce. También solemos pensar que la existencia de un derecho humano —moral— sirve de razón para que un sistema jurídico lo reconozca o legalice y que estaría mal no hacerlo o que no lo reconozca y proteja de manera adecuada. Es por eso importante reconocer que el concepto de derecho subjetivo, aunque es una noción central en el lenguaje jurídico, no es exclusivo de él.

Siguiendo a Feinberg, podemos decir que demandar o exigir un derecho es una manera de invocar principios o reglas, una forma abreviada de apelar a razones certificadas por tales principios como relevantes, aplicables y obligatorios. El lenguaje de los derechos presupone que los derechos aludidos tienen el apoyo

HACIA UNA TEORÍA CONSTITUCIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS

en razones válidas. Suponemos entonces que los *derechos morales* tienen el apoyo de razones morales de especial peso que en ciertas circunstancias colocan al sujeto en una posición privilegiada para exigir, demandar, hacer o disfrutar algo, para imponer a otros deberes, sujeciones e incompetencias. El titular de un derecho moral está en mejor posición —cuenta con razones más poderosas—, que la de quien hace una súplica, ya que este último suponemos no tiene razones fuertes para hacer una exigencia o demandar algo, es decir, su situación es similar a la de quien pide un favor (Feinberg, 1980).

La diferencia entre quien tiene un derecho y el que carece de él no descansa en la manera en que se pide o solicita algo, como algunos autores lo han sugerido. Uno puede gritar y protestar con fuerza, pero eso no le da derecho a nada; la idea de que los derechos son una “exigencia” no tiene nada que ver con la idea de comportarse grosera o violentamente, lo que hace que tengamos un derecho son las razones que apoyan nuestra petición y eso es compatible con muchas formas de exigir nuestros derechos (Feinberg, 1980).

Joseph Raz (1995) ha sostenido, creo que con razón, que en la mayoría de las ocasiones en que existe un derecho, su justificación se basa no solo en razones que apelan al interés individual del titular del derecho, sino también en razones que apuntan a proteger los intereses de otros o intereses generales de la sociedad. Esta conexión entre intereses individuales —o de grupo— e intereses generales hace que los derechos lleguen a considerarse de especial peso, a tener una dimensión ético-política.

En contra de la idea de los derechos morales se suele aludir a su poca o nula importancia o eficacia práctica; se sostiene que estos derechos son incapaces de hacerse cumplir. Efectivamente, podemos reconocer sin ningún problema que los derechos morales no ayudan mucho en ciertas circunstancias, pero esto no tiene por qué verse como un argumento en contra. Desafortunadamente, en nuestro mundo hay muchas circunstancias en las cuales no suele servir de mucho tener un derecho moral a algo, pero igualmente hay ocasiones en que tampoco ayuda tener leyes, ni tratados, ni obligaciones jurídicas, ni derechos jurídicos, desgraciadamente hay veces que ni teniendo de nuestro lado el

Los derechos subjetivos. Una breve explicación histórico-conceptual

recurso a la fuerza legítima del Estado se logra evitar la violación de un derecho. El que existan tales circunstancias fácticas no significa que debamos abandonar la moral, el derecho, las instituciones internacionales, etc., lo importante es contener y acotar lo más que se pueda tales ámbitos donde se violan a diario los derechos básicos de las personas.

El reconocimiento de los derechos morales es necesario para el respeto y la dignidad de las personas, pero no es suficiente de ningún modo para garantizarlos. El análisis de los derechos como pretensiones o demandas justificadas implica solo que el titular del derecho —por virtud de tener tal derecho— se encuentra en una *posición moral* de hacer una demanda *válida* —moralmente— en contra de otros, no implica que esté en una *posición fáctica, jurídica o política* adecuada para hacer tales demandas y que estas vayan a respetarse. Como afirma Carl Wellman (1985), “(d)emandar es una apelación a los fundamentos de nuestro derecho y de este modo a las razones más que a la mera fuerza”. En el caso de los derechos morales, se apela a las razones morales y no a la garantía jurídica que pudieran tener o no; los derechos son entonces una especie de “enunciados que implican alguna conclusión moral” a partir de ciertos valores.

El problema de caracterizar a los derechos como razones es que tenemos que responder a la pregunta de qué tipo de razones morales son las que reconocemos como derechos. Esta no es una tarea sencilla, aunque no tiene que ser una tarea imposible. Yo encuentro interesante explorar una respuesta a partir de algunas ideas de Joseph Raz, para quien las razones que apelan al bienestar individual —los intereses individuales— se combinan con razones que apelan a intereses de otros o con intereses generales para arribar a una especie de conclusión intermedia en el razonamiento práctico, que no es otra cosa que un derecho. Esta idea de derechos como conclusiones intermedias quizá es hasta cierto punto compatible con la idea de Dworkin de que los derechos básicos —morales o políticos— implican un *triunfo* frente a consideraciones de carácter utilitarista o mayoritario. La idea de triunfo puede entenderse como un logro político, pero podría verse también como un logro de ciertos argumentos morales en contra de otras consideraciones, o del *triunfo* en el razonamiento práctico de ciertos valores frente a otros valores o intereses. Pero

HACIA UNA TEORÍA CONSTITUCIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS

en la versión de Raz, quizá a diferencia de la de Dworkin, no hay un rechazo a tomar en cuenta consideraciones que apelan a los intereses generales, sino que estos forman parte de las razones en juego a la hora de fijar a qué tenemos derecho.

Una consecuencia de esta manera de concebir los derechos morales es que podemos diferenciar entre las razones y los valores que justifican a estos derechos y lo que estos derechos son. Los derechos reflejan o son resultado de los valores y las razones, pero no son por sí mismos esos valores. El valor de la autonomía individual nos ha llevado a defender la existencia de una serie importante de derechos, desde unos muy abstractos hasta otros más concretos. Y cada vez que pensamos en nuevos derechos, los criterios para justificarlos son u otros derechos más abstractos o ciertos valores que sirven para justificar a muchos de los derechos, como el valor de la autonomía o el de la dignidad de la persona. Pero valores como estos pueden justificar también el surgimiento de obligaciones, sin necesidad de postular algún derecho correlativo.

1.6. LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS

El tema de la protección de los derechos es relevante incluso conceptualmente porque teorías como la de Kelsen sostienen explícitamente que tener un derecho —derecho en sentido técnico— consiste en cierto tipo de protección jurídica, específicamente en tener una acción judicial para reclamar por el incumplimiento de un deber. Esta concepción proviene de la idea de Ihering donde, antes que Kelsen, introducía la idea de protección:

Dos son los elementos que constituyen el concepto del derecho, uno sustancial, en el que reside el fin práctico del mismo, es decir, la utilidad, ventaja, ganancia, que ha de ser proporcionada por el derecho, y uno formal que se comporta con respecto a aquel fin meramente como medio, es decir, la protección del derecho, la demanda (Ihering, 1998).

Resulta relevante traer aquí una distinción de Alexy, quien nos dice que si entendemos a los derechos como relaciones jurídicas es posible distinguir entre:

Los derechos subjetivos. Una breve explicación histórico-conceptual

- a) razones para los derechos subjetivos;
- b) derechos subjetivos como relaciones o posiciones jurídicas, y
- c) la imposibilidad jurídica de los derechos subjetivos.

A partir de esta distinción podemos ver de qué manera se suelen confundir los distintos elementos. Por ejemplo, la llamada teoría del interés se centra en el fin, en la utilidad, y por ello sostiene que los derechos son intereses o que el elemento central, la razón de los derechos, está en el beneficio o utilidad que genera (Bentham, Ihering, Raz). Mientras que la teoría rival, la teoría de la voluntad se centra en el aspecto formal y en el control por parte del titular del derecho sobre la posición que le es conferida —el poder jurídico— por una norma para demandar en caso de que así lo elija. La teoría kelseniana, a su vez, se centra en el aspecto formal pero ya no hace hincapié en la voluntad del titular, sino tan solo en la existencia de la norma que lo faculta, es decir, en la acción judicial. Como sostiene Alexy, aquí subyace un problema más profundo que afecta la estructura del orden jurídico: ¿pertenece a un orden jurídico solo aquello que en cada caso es susceptible de imposición judicial, o pueden pertenecer a él también posiciones que no son susceptibles de imposición judicial porque, por ejemplo, su imposibilidad es inconciliable con el papel que juegan en el orden jurídico o cuya imposibilidad no es reconocida, pero puede ser exigida desde el punto de vista del orden jurídico? La respuesta a esta pregunta depende del concepto de norma jurídica válida que se tenga, pero podemos decir con Alexy que del hecho de que un sistema jurídico tenga normas con sanciones estatales, no se puede inferir sin más que todas las normas jurídicas tengan que estar dotadas de sanciones estatales.

Esto nos permite entonces distinguir claramente entre enunciados sobre derechos (A tiene un derecho a que B le pague mil pesos), de enunciados sobre protección de los derechos (A puede reclamar la protección de su derecho a través de una demanda judicial). La confusión entre estos dos enunciados lleva a cometer lo que Ferrajoli ha llamado la *falacia garantista*, que consiste en creer que basta con buenas razones para exigir un derecho y que este sea reconocido jurídicamente en la ley o en la Constitución para que, por ese mero hecho, quede garantizado,

HACIA UNA TEORÍA CONSTITUCIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS

es decir, protegido. La protección de un derecho, su garantía, es una cuestión gradual, nunca se garantiza de la manera todo o nada, sino que hay grados de garantía y, por tanto, nunca hay un sistema perfecto de garantías ni garantías perfectas, que dependerán del sistema constitucional y del funcionamiento efectivo del sistema (Ferrajoli, 1989). Los derechos subjetivos técnicos en sentido kelseniano pueden ser tan ineficaces como un derecho moral, pues la eficacia dependerá de otras cosas —que funcione adecuadamente un sistema jurídico—, la mera protección jurídico-formal no basta. Un buen diseño de garantías jurídicas depende a su vez del adecuado funcionamiento de las instituciones —no solo de la administración de justicia, sino de otras instituciones como la policía, diferentes instancias administrativas, etcétera—.

1.7. COROLARIO

He tratado de mostrar en este capítulo las limitaciones de una teoría reductivista del derecho subjetivo, como la de Kelsen. A su vez, he argumentado en favor de una concepción más amplia que nos permita comprender no solo algunos aspectos de la dimensión del concepto en cuestión, sino también su dimensión ético-política.

Estas ideas me servirán de base para algunas tesis que defenderé en los siguientes capítulos, particularmente la tesis de que necesitamos distinguir entre derechos humanos y derechos fundamentales o constitucionales.