

### SECCIÓN III

## LA INTERSUBJETIVIDAD EN LOS DERECHOS HUMANOS: DERECHO SUBJETIVO, RELACIÓN DE ALTERIDAD, Y OBLIGACIÓN RECÍPROCA

1. El problema del derecho subjetivo . . . . .	139
A. El problema de la primacía del derecho subjetivo . . . . .	142
B. ¿La protección jurídica es esencialmente constitutiva del derecho subjetivo? . . . . .	144
2. La relación de alteridad que es de la esencia del derecho sub- jetivo . . . . .	147
3. Las obligaciones correspondientes a los derechos subjetivos . . . . .	149
4. Los derechos por analogado . . . . .	153
5. Una nueva categoría: La obligación "activamente universal" . . . . .	157
6. El ejercicio obligatorio de un derecho, o el tema del "derecho- deber" . . . . .	160
7. Los derechos públicos subjetivos . . . . .	163
8. Las denominaciones de los derechos . . . . .	165
La diversidad de planos lexicales . . . . .	171
9. Las clasificaciones de los derechos . . . . .	172

### SECCIÓN III

## LA INTERSUBJETIVIDAD EN LOS DERECHOS HUMANOS: DERECHO SUBJETIVO, RELACIÓN DE ALTERIDAD Y OBLIGACIÓN RECÍPROCA

### 1. EL PROBLEMA DEL DERECHO SUBJETIVO

Ya dijimos que no hallamos óbice para considerar que los derechos humanos son derechos subjetivos porque los titulariza "subjetivamente" un sujeto de derecho que es el hombre, la persona humana.<sup>150</sup> Pero el problema puede ser otro, y conviene dilucidarlo.<sup>151</sup>

<sup>150</sup> Sobre "lógica y filosofía del derecho subjetivo" ver: Kalinowski, Georges, *Concepto, fundamento y concreción del derecho*, parte I, 2, Buenos Aires, 1982.

<sup>151</sup> Si, conforme a nuestro punto de vista, no se ha podido ni se puede alcanzar —ni filosófica ni jurídicamente— el hito de los derechos humanos sin descubrir y desocultar antes el concepto del derecho subjetivo, hay motivo bastante para que se hurgue históricamente la línea de pensamiento en que apareció ese concepto. Pero es tarea que no estamos dispuestos a realizar en este ensayo. De todos modos, cuando mucho insistimos en que los derechos humanos registran una formulación iusfilosófica y jurídica eminentemente histórica (o sea, tienen una cronología), no puede sorprender el siguiente juicio de Messner cuando dice que "La época de Santo Tomás no estaba aún en condiciones de poder pensar en el principio individualista y la dignidad del hombre basada en la común naturaleza humana, en conexión con la situación concreta, y sobre esta base de experiencia declararlos de derecho natural", dice Johannes Messner (*Ética social, política y económica a la luz del derecho natural*, Madrid-México-Buenos Aires-Pamplona, 1967, p. 44), lo que prueba que la filosofía de los derechos humanos es una elaboración histórica que, por más presupuestos antiguos y medievales que registre, no aparece hasta la modernidad. La atribución de autorías a la noción del derecho subjetivo no es uniforme. Villey —por ejemplo— estima que esa noción deriva doctrinariamente de la filosofía de Ockam ("La genèse du droit subjectif chez Guillaume de Occam", *Archives de Philosophie du Droit*, 1964, pp. 97 y ss.). Dentro del catolicismo, hay quien atribuye a Suárez, en la escolástica española, la "contaminación" que define al derecho como derecho subjetivo (ver: Ibáñez, Gonzalo, "Persona, personalismo y derechos humanos", en la obra colectiva *Los derechos humanos*, Mendoza, Argentina, 1985, p. 89). Otras opiniones adjudican a Grocio haber dado el paso del derecho natural objetivo al derecho natural subjetivo (ver: Fernández, Eusebio, *Teoría de la justicia y derechos humanos*, cit., p. 91). (Ver notas 71 y 73). Michel Villey habla de una "escuela moderna del derecho natural" a la que puede atribuirse la paternidad próxima de esos derechos humanos cuya noción el mismo Villey

Duguit ha negado el derecho subjetivo, y ha admitido solamente el llamado derecho objetivo. En consecuencia, su acepción de "sujeto de derecho" no corresponde a la de un sujeto que es titular de derechos "subjetivos" (suyos, o de él), sino a otra: sujeto de derecho es —para Duguit— aquel ser que está sometido a las reglas del derecho objetivo que se halla en situación jurídica de sujeción al derecho objetivo, a sus normas.

Nuestra concepción es otra, es la clásica: sujeto de derecho es el titular —o sujeto activo— de derechos subjetivos. (También, el sujeto pasivo, o titular de obligaciones). Pero ahora —momentáneamente— llamemos sujeto de derecho al sujeto activo o titular. Ello presupone que titulariza derechos que, por ser suyos, denominamos subjetivos.

Los derechos humanos caben en esa categoría, sea que se los considere derechos morales, o derechos naturales, o derechos positivizados, porque se subjetivizan en el hombre.

Hasta aquí todo parece muy sencillo, una vez que eliminamos la negación de la existencia del derecho subjetivo. Pero la cuestión no es sencilla. Vamos a dividirla.

¿Antes de su positivización, los derechos humanos son derechos subjetivos? El iusnaturalismo clásico no vacilaría en decir que sí, que lo son. Pero puliendo un poco la cosa, sabemos que el derecho natural o valor justicia exige que "haya" derechos humanos en el orbe de la positividad, o sea, los exige como debidos. Pues bien, en ese plano del deber ser ideal o puro del valor ¿cuadra hablar de los derechos humanos como derechos subjetivos?

Dabin hace un desdoblamiento: derecho subjetivo moral (que sería el del plano del derecho natural) y derecho subjetivo jurídico (que sería el del plano del derecho positivo). Para ello arranca de otra dualidad: la de un derecho natural objetivo, y un derecho positivo objetivo.

refuta (*Le droit et les droits de l'homme*, Paris, P.V.F., 1983). Para su cuna en el iusnaturalismo racionalista y en Locke, ver: Robles, Gregorio, "Análisis crítico de los supuestos teóricos y del valor político de los derechos humanos", *Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto*. IV serie, LVII-1980-3, Milán. De todos modos, y sin referencia alguna a prelación histórica y cronológica, tiene buen margen de sustento la tesis —a la que de inmediato dedicamos atención en el texto— que, en un sentido lógico y hasta ontológico, predica que el derecho subjetivo es posterior (o "después") al orden objetivo en cuyo sistema (sea el orden o derecho natural, o el deontológico, o el positivo) se integra.

En relación con la norma moral de la justicia se tendrá el derecho subjetivo moral; y en relación con la norma jurídica o regla de derecho, el derecho subjetivo jurídico. Si se define la norma jurídica como se debe, como regla de conducta dictada por el Estado y garantizada por él, es evidente que no existirá derecho subjetivo respecto a esa norma más que en tanto ésta admita ese derecho subjetivo. O bien podrá haber derecho subjetivo, pero solamente en el plano de la norma moral de la justicia. . . No es preciso decir por lo demás, que un derecho subjetivo definido por la moral sigue como tal y continúa correspondiendo a la moral aun después de su consagración como derecho subjetivo jurídico: no hay absorción, sino concurso; el derecho subjetivo moral será al mismo tiempo derecho subjetivo jurídico. . .<sup>152</sup>

La regla moral de Dabin —que equiparamos al derecho natural— y la explicación precedentemente resumida de su idea, concuerda con la correspondencia entre la subjetividad de los derechos naturales y su conversión en la subjetividad de los derechos humanos positivizados (sólo que nosotros no nos fijamos en la norma —que no la hay en el derecho natural, y que cuando la hay en el positivo no significa por sí sola que adquiera vigencia sociológica— sino en el deber ser ideal del valor justicia para el caso del llamado derecho subjetivo moral, y en la vigencia sociológica para el caso del derecho subjetivo jurídico). (Tampoco el uso que, en cita de Dabin, hacemos del calificativo “moral” para el primer tipo de derecho subjetivo, significa negar juridicidad al derecho subjetivo moral).

Si con previo acuerdo convencional de vocabulario se quiere reservar el término derecho subjetivo únicamente para el que está positivizado, no ofrecemos inconveniente, a condición de aceptar los analogados, para mantener la subjetividad de los derechos humanos “naturales” (en el orbe del derecho natural o valor justicia, aun cuando allí solamente “deban ser” y, por supuesto, no adquieran positividad sino en el derecho positivo que los acoge con fidelidad). Es la misma analogía que existe en el uso del sustantivo derecho para hablar de dos entes diferentes, aunque emparentados: el derecho positivo y el derecho natural.

<sup>152</sup> *El derecho subjetivo*, cit., pp. 61-62.

### A. *El problema de la primacía del derecho subjetivo*

Cuando al ya expuesto modo de Duguit se suprime el derecho subjetivo, casi desaparece el problema de averiguar qué es primero, si el derecho subjetivo o el derecho objetivo.

La relación entre uno y otro aparece cuando se acoge al derecho subjetivo. No obstante, aun así, el planteo exige pormenorizaciones, una vez que se introduce en esa misma relación al derecho natural o valor justicia. Veámoslo.

a) En el marco exclusivo del derecho natural o valor justicia, nos parece que el problema de la precedencia admite posturas variadas, pero no opuestas. Se puede decir que: 1) no corresponde hablar de prioridades, porque simultáneamente el mismo orden natural (o derecho natural ontológico, o deber ser ideal del valor justicia) es, a la vez, objetivo y subjetivo; objetivo, metafísicamente hablando, en cuanto ordenación referida al hombre en sus relaciones de alteridad, y subjetivo en cuanto la inserción y participación del hombre en ese orden objetivo lo hace titular de derechos suyos, subjetivos, dentro del mismo orden; 2) si procede en un sentido lógico afirmar que primero es el orden natural objetivo, y después, por causa de él, y por participación en él, el derecho natural subjetivo que titulariza el hombre en cuanto está inserto en aquel orden objetivo.

b) En el marco exclusivo del derecho positivo, la cosa difiere según la concepción filosófica que se adopte. 1) Si el derecho positivo es esencialmente nada más que un sistema de normas, o reglas jurídicas, o derecho objetivo —como se quiera decir— parece que ese orden normativo es previo al derecho subjetivo, y que sólo tiene sentido hablar de éste a partir del primero: el derecho subjetivo deriva o proviene de la norma objetiva anterior; 2) si con cualquier otro enfoque se entiende que el derecho no es solamente normatividad, sino también —y primordialmente— conducta en relación intersubjetiva, o dimensión sociológica, tal vez haya que decir que no hay precedencia, porque si la positividad está en las conductas o en la vigencia sociológica (con o sin norma escrita), es esa misma positividad la que engendra a su vez lo que se llama derecho subjetivo y derecho objetivo. (Entiéndase que en este inciso *b*) estamos tratando la cuestión en el marco exclusivo del derecho positivo, o sea, en el positivismo puro, que no reconoce techo o instancia suprapositivos de ninguna índole —ni moral, ni jurídico—).

c) En el marco interrelacionado de derecho positivo y derecho natural o valor justicia se opera un cambio notorio. Se puede decir que cualquier fundamento suprapositivo de los derechos humanos da pie bastante para sostener que: 1) La instancia suprapositiva (también si es puramente ética, y no jurídica) precede a la positividad, por lo que el derecho subjetivo (moral, diría Dabin, por ejemplo) es anterior al derecho positivo tanto objetivo como subjetivo; el derecho subjetivo "moral" (o natural) se antepone al derecho positivo (objetivo y subjetivo) porque el positivo tendría que dar recepción al derecho subjetivo tal como lo propone la instancia suprapositiva; así se comprende la proposición de Dabin cuando aborda el derecho subjetivo fuera del marco del derecho objetivo: "... con la afirmación de los 'derechos del hombre' el 'paso' se opera del derecho subjetivo al derecho objetivo: éste ya no es el primero, y menos aún el único";<sup>153</sup> 2) trabado el nexo de abajo hacia arriba, desde la positividad a la suprapositividad, es posible que después de otorgar primacía al derecho subjetivo dimanante de la suprapositividad, se diga que en el puro ámbito del derecho positivo cabe cualesquiera de las posturas indicadas en los subincisos 1) y 2) del inciso b) precedente, según la tesis que se elija para definir lo que es el derecho positivo.

De todos modos, la discusión filosófica sobre el tema desvanece un poco, o bastante, su importancia, cuando en la filosofía de los derechos humanos y en el derecho de los derechos humanos se centra el origen y la finalidad de una y otro en la persona humana y en su dignidad; podría decirse que, más allá de averiguar si el derecho subjetivo es anterior al derecho objetivo, y de debatir las eventuales respuestas que hemos procurado abreviar grupalmente en los incisos a), b) y c) de este párrafo con sus respectivos subincisos, hay un subjetivismo filosófico y antropológico (que no necesariamente tiene que desprenderse, según la orientación que se prefiera, de la objetividad metafísica del orden natural, o del derecho natural deontológico, o de cualquiera otra instancia suprapositiva), y que hace girar todo en derredor de los derechos del hombre, a la postre derechos subjetivos (morales o jurídicos, pero al fin derechos suyos, de él, del hombre).

<sup>153</sup> *Ibidem*, p. 47.

B. *¿La protección jurídica es esencialmente constitutiva del derecho subjetivo?*

Nos queda insinuar otro tema de mucha afinidad, y es el de saber si para reconocer al derecho subjetivo es imprescindible que su titular disponga de un medio coactivo, o de una vía tutelar para hacerlo valer, para reponerlo, para remediar su eventual desconocimiento o violación. Y empezamos con otra cita de Dabin, extractando su meollo; dice Dabin que en el plano moral (o sea, el del derecho subjetivo moral) hay derecho, y derecho completo, aunque falte lo que él llama la protección jurídica; ésta podrá aportar seguridad al titular, pero no constituye el derecho, que existe inviolable y exigible; el derecho no protegido sigue siendo derecho plenamente. Ahora bien, prosigue diciendo Dabin que desde el punto de vista del derecho objetivo jurídico, que según él es la regla en vigor del Estado, positivamente formulada, la solución cambia y la protección jurídica se convierte en elemento indispensable, sin el que no podría existir ningún derecho subjetivo en este plano.<sup>154</sup> Y en su afirmación coincide con lo que ahora dice Peces-Barba: "Si un derecho fundamental no puede ser alegado, pretendiendo su protección, se puede decir que no existe".<sup>155</sup>

Tal vez ese "no existir" sea equiparable a "no ser eficaz", o a no tener vigencia sociológica, pero la cosa no es tan sencilla. Un derecho subjetivo sin protección en el mundo jurídico —o sea, en la positividad— puede ser eficaz y tener vigencia sociológica si nadie lo viola, ni impide su ejercicio al titular, o si es reconocido sin el auxilio de un medio o una vía tutelares, en cuyos supuestos la ausencia de protección no lo perjudica ni, por ende, autoriza a hablar de inexistencia del derecho. En cambio, si pensamos en casos de transgresión, de no reconocimiento, de óbices al ejercicio o al disfrute del derecho subjetivo, algo cambia; pero lo que cambia es esto: la imposibilidad de que el titular remueva el impedimento de ejercicio, o subsane la violación, o acceda al disfrute obstruido demuestran que la protección es necesaria, porque es el carril a través del cual el derecho subjetivo alcanza su exigibilidad, y sin el cual se perjudica; ahora bien, de que la protección sea necesaria a que sea constitutiva o esencial (de modo que faltando la protección haya que decir que no hay derecho subjetivo) se tiende una cierta distancia; una cosa no es igual a la otra, porque si

<sup>154</sup> *Ibidem*, p. 121.

<sup>155</sup> *Derechos fundamentales. I. Teoría general*, Madrid, 1973, p. 220.

la ausencia de protección deja huérfano al derecho y lo vuelve indisponible para el titular, siempre es posible una de estas dos hipótesis, por lo menos: *a*) que no haga falta la protección porque nadie perturba al derecho subjetivo; *b*) que la necesidad de una protección hoy inexistente o no disponible, se supere mañana por el establecimiento o la disponibilidad de un medio protector. De tal modo, hemos de decir que si hay casos o situaciones en que un ser, un ente, una realidad (en nuestro tema, el derecho subjetivo) pueden existir aun privados de determinado elemento (aquí, la protección jurídica), ese elemento no hace parte de la esencia o naturaleza de ese ser, ente, o realidad, no es constitutivo o esencial al ser de que se trate, porque si lo fuera, el ser no podría existir privado del referido elemento. Si la protección es necesaria en algunas situaciones pero no en todas, y si hay algunas en que el derecho subjetivo existe sin protección, hay que admitir que la protección no es constitutiva del derecho subjetivo, sino más bien un instrumento adicional de auxilio. (Compárese con similar argumento en orden a que la coactividad o coercibilidad no siempre son necesarias, por lo que las colocamos fuera de la esencia o naturaleza del derecho).

Algo diferente acontece si afrontamos la hipótesis de que el derecho subjetivo queda bloqueado, impedido, violado, o inaccesible con habitualidad y generalidad porque no hay vías o medios protectores que puedan usarse para dejarlo expedito y hacerlo exigible ante los sujetos pasivos. En el plano de la positividad puede entonces efectuarse este razonamiento: cuando un derecho subjetivo titularizado por un número indeterminado de personas se vuelve indisponible para éstas porque no hay vías de protección, y el fenómeno acusa habitualidad y generalidad, cabe decir que el tal derecho (de goce, acceso, o ejercicio inexistosos) no tiene —o ha perdido— vigencia sociológica, y con ella, se ha evaporado la positividad; en el derecho positivo ya no "hay" derecho subjetivo (el que sufre el inconveniente apuntado). Pero no lo hay porque sin vigencia sociológica no hay derecho positivo, lo cual no es totalmente idéntico a predicar que no lo hay porque al derecho subjetivo le falta un elemento constitutivo o esencial a su naturaleza.

Tal vez, resultaría entonces mucho mejor afirmar que la vigencia sociológica sí es un elemento constitutivo de la positividad, la que no "es" tal cuando dicha vigencia está ausente (con el agregado de que si no hay positividad, no hay validez, según quedó expuesto). Pero siempre queda esta reserva: la vigencia sociológica puede existir —y de hecho existe— sin protección o sin vías coactivas, y únicamente



precisa de éstas como herramientas de subsistencia en las hipótesis ejemplificadas de violación, desconocimiento, obstáculos al goce, ejercicio, o acceso del derecho subjetivo.

Más que un juego de palabras es una diferencia de conceptos; no confundir o equiparar a la vigencia sociológica (acaso constitutiva de la positividad) con la protección del derecho subjetivo.

Y ya que estamos dedicados al tema de la protección, se nos coloca por delante un matiz que, de alguna manera, no escapa al aspecto filosófico en que nos hallamos ubicados. La protección o vía tutelar presenta una exigencia, cual es la de su idoneidad y proporcionalidad en relación con la pretensión del titular del derecho subjetivo. Idoneidad, aptitud, eficacia, son términos sinónimos que aluden a la necesidad de que el acceso a la vía protectora, y el resultado que eventualmente se pueda alcanzar a su término resulten adecuados a la naturaleza del pretendido derecho que mediante aquella vía se invoca. No será igual la vía para recuperar el préstamo de un deudor moroso a quien se le reclama el pago, que la vía para recobrar la libertad corporal cohibida por una detención arbitraria, o la indispensable para que un condenado a pena de muerte logre la revisión de la condena antes de que ésta sea cumplida.

En suma, cuando hablamos de la necesidad de la protección, hemos de dar por cierto —en un estricto sentido filosófico— que protección quiere decir protección “eficaz”; no cualquiera lo es. De ahí la importancia —ahora en el campo procesal constitucional— de una técnica jurídica que busque y consiga efectivamente la idoneidad, aptitud, proporcionalidad, y adecuación de los medios tutelares en relación con la indole de cada derecho subjetivo en cada circunstancia de necesaria alegación por su titular.

Al menos en Argentina, esta idea ha sido siempre el fundamento razonable del *habeas corpus* para protección de la libertad física o ambulatoria, y del amparo para protección de los restantes derechos diferentes de aquella libertad, porque, en efecto, los actos lesivos de gravedad, arbitrariedad, o ilegalidad manifiestas dan origen a pretensiones del agraviado que no pueden ventilarse eficazmente, ni encontrar adecuada decisión jurisdiccional, por el cauce de los procesos judiciales comunes u ordinarios.

Quede, por ende, en forma muy clara que: a) la protección jurídica (o sea, en el campo de la positividad) es un problema de garantías y defensa, que se acopla desde el “fuera” de las técnicas jurídicas al derecho subjetivo para tutelararlo con eficacia en el mismo campo de

la positividad; *b*) la protección jurídica, para sear realmente tal y cumplir cabalmente su función, debe contar con la característica de la idoneidad, eficacia o aptitud en relación a la pretensión referente a cada derecho invocado en cada oportunidad.

## 2. LA RELACIÓN DE ALTERIDAD QUE ES DE LA ESENCIA DEL DERECHO SUBJETIVO

Centrar y titularizar al derecho subjetivo en la individualidad personal del hombre, de cada hombre, y darle primacía al derecho subjetivo respecto de la obligación recíproca, está muy lejos de postular los derechos como prerrogativas o atributos del hombre sin que frente a él haya alguien en situación de sujeto pasivo obligado a algo. Estas nociones ya nos ocuparon en las primeras disquisiciones introductorias, y es imprescindible volver a ellas.

Dijimos que ningún jurista y ningún filósofo del derecho que admitan el derecho subjetivo puede negar que en él hay, constitutiva y esencialmente, una relación de alteridad, una intersubjetividad, entre un sujeto activo y uno o más sujetos pasivos. Esa relación va del primero a los segundos, y hace de nexo o vínculo entre ambos, reciprocando al derecho subjetivo con un débito obligacional. Por definición —dice Dabin— el derecho subjetivo implica relación entre el sujeto titular y otras personas.<sup>156</sup> El derecho subjetivo nace con la aparición de otros hombres, expone el mismo autor.<sup>157</sup> Si con fantasía pensáramos que existe un hombre único o un hombre solo, ese hombre aislado —ese Robinson Crusoe— no tendría derechos, porque nadie habría en posible relación de alteridad con él. “Yo” y “el otro” son esenciales para que haya derechos personales. “Yo” sin “el otro” anula la relación, y con ella, hace desaparecer el derecho subjetivo. Es claro que es el hombre, con su dignidad, con su naturaleza, con su personalidad, el que proporciona la “materia” de los derechos, pero la proporciona porque es aquella misma naturaleza la que está inserta esencial y existencialmente en un orbe de relaciones sociales, en una sociedad, en una realidad donde no hay ni existe un hombre único sino muchos; y es esa misma naturaleza la que lleva adscrita constitutivamente a sí la cualidad esencial de la sociabilidad o socialidad. Habría que escarbar la base filosófica y sociológica de estas nociones, a las que tanta aten-

<sup>156</sup> *El derecho subjetivo*, cit., p. 50.

<sup>157</sup> *Idem*.

ción deparó Ortega en *El hombre y la gente*,<sup>158</sup> y obtendríamos un buen repaso de mucha utilidad para lo que venimos explicando.

Cada vez que pensamos racionalmente en algo como un derecho subjetivo de alguien (el hombre titular, o sujeto activo de ese derecho) tenemos necesariamente que pensar en el inescindible puente que une a ese derecho (y a su titular) con una obligación (de un sujeto pasivo), y recorrer la relación intersubjetiva (de alteridad) para captar unitariamente la reciprocidad que se enuncia así: "derecho subjetivo-obligación", "sujeto activo-sujeto pasivo". Si hay un *suum cuique*, un "lo suyo" que tipifica el derecho subjetivo, tiene que haber una obligación correlativa. *Ius et obligatio sunt correlata*, se dice en latín: a todo derecho subjetivo corresponde una obligación (aunque luego diremos que no es verdad la inversa: a toda obligación no siempre le corresponde un derecho subjetivo, porque hay obligaciones que no tienen por destino satisfacer un derecho recíproco).

La relación de alteridad y la correspondencia entre derecho subjetivo y obligación ofrece un amplísimo horizonte, en el que el iusfilósofo y el jurista deben moverse con mucha prudencia, porque de no ser así hay riesgo de incurrir en dislates. En efecto, entre otras precauciones a adoptar recomendamos, como mínimo, las siguientes: a) desentrañar con un sensato discurso racional, cuál es y en qué consiste el contenido posible de cada derecho que se coloca bajo examen; b) una vez que se obtiene ese contenido (o más de uno) hay que detectar al sujeto pasivo (uno, varios, muchos) y, de inmediato c) cuál es la obligación (o cuáles las obligaciones de un mismo sujeto pasivo, o las diferentes de varios); d) finalmente, si hay, o si es hacedero que haya una forma o vía de protección para exigir el cumplimiento de la obligación al sujeto pasivo, en el supuesto de que espontánea y voluntariamente la esquite o la niegue.

Siempre se nos ha ocurrido un ejemplo risueño. Si yo me imagino que el hombre es titular de un derecho a la felicidad, y lo erijo en derecho subjetivo, tropiezo en seguida con el inconveniente insuperable de no encontrarle contenido a ese derecho, porque ¿en qué consiste

<sup>158</sup> Véase nuevamente Dabin, *op. cit.*, p. 51. Un estupendo libro en dos tomos de Pedro Lain Entralgo se titula *Teoría y realidad del otro*, Madrid, 1961. Agustín Basave Fernández del Valle dice claramente que no hay otra manera de estar en la vida si no es "con" los demás, lo que equivale a decir que el estar con los prójimos es un modo originario de la existencia. "No hay personas que preexistan a la sociedad". (*Filosofía del derecho internacional*, México, UNAM, 1985). "El 'ser-todos-juntos-en-el-mundo' es un dato primario de la intersubjetividad", añade (pp. 353 y 355).

la felicidad, o ser feliz?; y ¿cuál es la prestación que puede satisfacer la felicidad?; y ¿cuál es el sujeto pasivo —hombre, Estado, o ambos— que está en condiciones de brindar esa prestación?; y ¿cuál es su obligación? Parece, haciendo un alto, que no hay respuestas razonables, y que si acaso enuncio como derecho subjetivo el supuesto derecho a la felicidad estoy dando artificial y ficticiamente la categoría de derecho subjetivo a algo que ni lo es ni lo puede ser en un sentido ontológico. Entonces, el lenguaje no hace mención de nada, es pura verbalidad, y todo se torna inútil, por no decir ridículo.

El ejemplo ilustra sobre la necesidad de que no se haga inflación de los derechos humanos, porque corremos peligro de provocar devaluación y escarnio de los mismos en detrimento de los que realmente son tales. El rigor científico nos hace un llamado de atención.

La filosofía del derecho tiene, entonces, que brindarle al jurista una base previa para que éste pueda pensar racionalmente, y de ahí en más abrir el camino a la positivización a cada uno de los derechos del hombre. Por eso, hemos de entrar brevemente al campo de las obligaciones que reciprocán a esos derechos, y de los sujetos pasivos que tienen que cumplirlas y que pueden ser sometidos a la exigibilidad de darles satisfacción.

### 3. LAS OBLIGACIONES CORRESPONDIENTES A LOS DERECHOS SUBJETIVOS

Tuvimos ocasión de sugerir ya —en un traslado provechoso al campo de nuestra materia, y al del derecho constitucional que después abordaremos, de algunas nociones elementales propias del derecho privado— que las obligaciones se dividen tripartitamente en: a) obligaciones de abstención u omisión (prestación negativa); b) obligaciones de dar algo o de hacer algo (prestaciones positivas).<sup>159</sup>

En cada derecho puede haber otro lado de la relación, o frente al titular, una única obligación, o varias, y esa única obligación puede corresponder a un único sujeto pasivo o a muchos, o la diversidad de obligaciones repartirse entre sujetos pasivos diferentes. Los ejemplos aclaran bien lo que conceptualmente puede quizás quedar oscuro. Veamos.

Desde las clásicas formulaciones de los derechos civiles tenemos incorporado al plexo de los derechos del hombre el derecho de trabajar.

<sup>159</sup> Remitimos a nuestro libro *Las obligaciones en el derecho constitucional*, Buenos Aires, 1987.

Titular o sujeto activo es, por supuesto, el hombre; pero ¿en qué consiste tal derecho, o cuál es su contenido? Lo primero que razonablemente comprendemos es que al hombre que quiere trabajar, hay que dejarlo en libertad razonable para elegir una actividad, y de ahí en más, dejarlo en libertad para que la cumpla y la aproveche, incluso económicamente. Este contenido no pugna con la razonabilidad. De inmediato, encontramos al sujeto pasivo: es un derecho frente a todos los demás, frente al Estado y a los particulares, cuya obligación consiste en no impedirle al titular que ejerza el derecho con aquel contenido antes señalado; es una obligación de omitir (prestación negativa). (Y viene al caso desde ya pensar si esa obligación negativa de omisión no queda incumplida cuando otros hombres, en ejercicio de su derecho de huelga, impiden que el que no quiere plegarse a la huelga y quiere trabajar, pueda trabajar).

Hasta aquí encontramos una obligación de un solo tipo (omisión) repartida entre una pluralidad de sujetos pasivos (el Estado, y todos los demás hombres). Pero hay un segundo paso, que nos deriva a otro contenido. Supongamos que el titular ya ha elegido qué clase de actividad quiere desarrollar, y que nadie se lo ha impedido; en esa instancia, él no puede exigir a alguien determinado que le provea de la ocupación escogida: allí habrá que entablar una relación de empleo con otra persona, la que no podrá ser compelida a contratar al pretensor; pero si bilateralmente se contrata entre ambos, nacerá un vínculo entre el titular del derecho de trabajar y su flamante empleador, y éste será frente a aquél un nuevo sujeto pasivo cargado de varias obligaciones: también una de omisión, en cumplimiento de la cual no podrá impedir que su empleado cumpla la actividad elegida y asignada, y otras positivas de dar y de hacer, como por ejemplo, suministrar condiciones dignas de trabajo, pagar un salario justo, otorgar descanso diario, semanal y anual, etcétera. El titular del derecho de trabajar será, a la vez, sujeto pasivo de obligaciones frente a su empleador, como por ejemplo, del deber de cumplir asiduamente su labor, guardar respeto, no dañar instalaciones y útiles, etcétera.

Durante el transcurso de esta relación de empleo, el Estado y los demás hombres siguen siendo sujetos pasivos con obligación de no obstaculizar el desempeño del trabajo propio de esa misma relación, obligación que ya vimos ejemplificativamente cómo era susceptible de poner en entredicho el derecho de trabajar con el derecho de huelga.

Pero no se nos agotaron las perspectivas. En el progreso histórico de los derechos humanos se ha pensado y sugerido que como desglose del

clásico derecho de trabajar se puede independizar un derecho "al" trabajo, derecho que de ser tal (y no mera fórmula inconducente) significaría el derecho del hombre que no consigue trabajo, a que alguien le provea ocupación remuneratoria. Si este contenido existe, hay que encontrar un sujeto pasivo en condiciones de cumplir la obligación de dar empleo a quien no puede procurárselo por sí mismo mediante una relación laboral contractualmente convenida con otro sujeto. ¿Y será posible entonces, en un sentido de razonabilidad, obligar a determinadas personas a contratar personal desocupado? Antes de contestar y de convertir a algunos en sujetos obligados a esa contratación, debemos pensar que el derecho de contratar es otro derecho humano, que como principio requiere tres cosas: a) libertad para contratar y no contratar; b) libre elección de la otra parte con quien se va a contratar, si es que se opta por ejercer el derecho de contratar, y c) autonomía de la voluntad para pactar el conjunto de derechos y obligaciones. Tal como vemos el problema, decimos que en principio la contratación obligatoria de personal desocupado no puede serle impuesta por el Estado a los particulares, o sea, descartamos que cualquiera, o alguien determinado, tenga el deber —como sujeto pasivo— de cumplir con la prestación positiva de "dar" empleo a personas que están desempleadas sin posibilidad de encontrar una ocupación por sí mismas. ¿Qué nos queda? Imaginar que es el propio Estado el sujeto pasivo cargado con esa obligación de dar. ¿Y cómo? ¿Mediante un empleo público? No es fácil, porque el elenco de gentes que tienen al Estado como empleador no puede crecer al infinito; tiene que haber vacantes razonablemente suficientes, y proporcionadas a los servicios y tareas que el Estado tiene a su cargo. Y aquí también el avance histórico ha podido encontrar, aunque todavía con bastante escasez, un remedio en el ámbito de la seguridad social, donde se ha perfilado el derecho a una prestación de desempleo mediante un seguro de esa índole; de tal manera, el supuesto derecho "al" trabajo o "a" trabajar no se satisface con una obligación positiva de dar trabajo a quien no lo encuentra, sino con el pago de una prestación dineraria en sustitución del salario que no cobra el hombre inactivo, y que está a cargo de un organismo de seguridad social.

La larga trayectoria mental que hemos recorrido nos prueba cuán difícil es asignar a cada derecho el conjunto de elementos necesarios para que sea tal: contenido, sujeto pasivo, obligación a cumplir por él, etcétera.

Y nos quedó la vía de exigibilidad. ¿Qué logramos con pensar utópicamente que toda persona desempleada tiene derecho "a" trabajar, si aun cuando sin exceder la razonabilidad encontráramos al posible sujeto pasivo obligado a darle empleo, no hubiera un medio protector para compelerlo a dar ese empleo al desocupado pretensor?

Nos detenemos aquí, recomendando el ejercicio de tomar bajo la lente a cada uno de los derechos humanos y a desmenuzar concienzudamente todos los aspectos y matices que hemos procurado explicar en el ejemplo del derecho de trabajar. Aunque más no sea, ello precave de no pensar, ni proponer, y menos formular normativamente, derechos que sin duda tendremos que calificar como derechos "imposibles".

Cuando nuestra mirada se desplaza a un derecho subjetivo en cuyo contenido hay una disponibilidad a favor del titular para ejercerlo o no ejercerlo (sea ese contenido el único, o uno entre varios), como ocurre, por ejemplo, en el derecho a casarse, cuya disponibilidad permite al titular contraer matrimonio o permanecer célibe, parece que el o los sujetos pasivos sólo tienen el deber de abstenerse de todo impedimento para aquel ejercicio optativo (aun cuando en el mismo ejemplo el Estado es sujeto pasivo obligado a una prestación adicional de tipo positivo: la de proveer un emplazamiento del estado nupcial que produzca efectos jurídicamente relevantes, o sea, reconocidos ante terceros por el derecho positivo). Al respecto, García Máynez nos habla de derechos que consisten en una *facultas agendi* (derecho de hacer algo) o en una *facultas omittendi* (derecho de no hacer algo), y nos dice que el titular de ese derecho lo puede ejercer sin necesidad de recurrir a los sujetos pasivos; y es claro, porque éstos —que existen sin duda— sólo deben omitir impedimentos, o sea, sólo tienen una obligación negativa de abstención, y no deben dar ni hacer algo positivo a favor del sujeto activo; por eso es que cabe afirmar, lingüísticamente, que el concurso de terceros (sujetos pasivos) no hace falta. Pero no bien uno de esos sujetos pasivos interfiere la *facultas agendi* u *omittendi* del sujeto activo, se hace exigible a favor de éste y frente a aquél la cesación del obstáculo turbatorio, y de ahí que García Máynez reconozca que los derechos a la propia conducta (según su terminología) implican una *facultas exigendi* cuando un tercero hace surgir el impedimento.<sup>160</sup>

En lo que el autor citado denomina derechos a la conducta ajena hay un panorama parcialmente distinto, porque el o los sujetos pasivos

<sup>160</sup> *Filosofía del derecho*, cit., pp. 382-384 y 67-68.

lo son de obligaciones positivas de dar o de hacer, y el sujeto activo dispone de exigibilidad en orden a esa prestación obligacional. Es el caso del empleador que tiene que dar vivienda a su empleado, o pagarle el salario, o concederle el descanso, etcétera. Aquí se hace imprescindible el concurso del tercero que es sujeto pasivo, porque si no el derecho del titular no se hace efectivo. Pero ya vimos que hay también *facultas exigendi* en los derechos cuya obligación correlativa es de mera abstención, si acaso quien tiene que abstenerse pone obstáculos a la facultad de hacer o de omitir en que radica el contenido del derecho. En suma, estamos en el aserto de García Máynez: no hay derecho subjetivo sin deber jurídico.<sup>161</sup> A su modo, lo enuncia Sergio Cotta: "Sin simetría bilateral de derechos y obligaciones, el derecho del sujeto no es pensable".<sup>162</sup>

#### 4. LOS DERECHOS POR ANALOGADO <sup>163</sup>

Los iusnaturalistas, los adscritos a la teoría trialista de los valores, y aun otros muchos que no militan en esas escuelas, hablan muchas veces de "derechos" humanos —o sea, subjetivos en cuanto "suyos" del hombre— siguiendo a la palabra derecho de la preposición "a": derecho "a" el elemento, "a" la vivienda "a" el vestido, etcétera. La preposición "a" no debe asombrarnos, porque es común referirse al derecho a la salud, a la vida, al honor, y según vimos en un ejemplo, "a" trabajar; pero en estos derechos "a" (la salud, la vida, el honor) no se hace difícil encontrar el contenido, el sujeto pasivo, y la obligación cuando, como mínimo, se entiende que significan fundamentalmente prohibir a los sujetos pasivos que dañen la salud, la vida, o el honor del sujeto activo. La cuestión sobreviene cuando alguno de los derechos "a" ya añade una obligación de dar o de hacer. Si hay un derecho "a" el alimento, la vivienda, o el vestido, ¿quién provee de cada uno de esos bienes a quien los precisa y no los puede obtener por sí mismo? Estamos ante un problema análogo al que nos planteaba el derecho "a" trabajar o "al" trabajo. No sabemos si ahora podremos resolver éste, como resolvíamos aquél acudiendo a prestaciones de la seguridad social.

<sup>161</sup> *Ibidem*, p. 382.

<sup>162</sup> "Attualità e ambiguetà dei diritti fondamentali", en *Diritti fondamentali dell'uomo*, Roma, 1977, p. 23.

<sup>163</sup> Ver nuestro libro *Las obligaciones en el derecho constitucional*, cit., especialmente pp. 73 y ss.



La empresa es casi irrenunciable si estos derechos "a" apuntan a satisfacer necesidades primarias del hombre: comer, habitar en un lugar, vestirse. Sin cobertura, casi hay que decir que el desamparo en que dejamos al hombre atenta contra su derecho a la vida, porque el que no consigue qué comer, o dónde vivir, o con qué vestirse, está expuesto a enfermarse y hasta a morir. Para qué decir que también hay conexión con el derecho a la dignidad personal: hay que vivir con el decoro mínimo que exige el hombre por ser persona. Pues bien, ¿qué hacemos?

Retomando el concepto de necesidades propias de la naturaleza humana, existe el clásico concepto paralelo de que, precisamente porque el hombre las tiene y requiere satisfacerlas, aquella misma naturaleza suya le ha adherido constitutivamente el ser sociable y el ser político, el no poder vivir —ni sobrevivir— fuera de la sociedad políticamente organizada (que latamente nosotros llamamos "el Estado" con cualquiera forma histórica variable que adopte).<sup>164</sup> Entonces, es fácil discurrir así: la satisfacción de las necesidades humanas que el hombre individualmente no podría jamás tomar a su exclusivo cargo ni por sí solo, es accesible en la comunidad política a la que el hombre está tendencialmente inserto y a la que no puede eludir (porque fuera de ella —como lo enseñó sabiamente Aristóteles— sería una bestia o un dios, es decir, no sería hombre); a la cobertura de las mismas necesidades el Estado provee mediante su fin natural de bien común público, o bienestar general, uno de cuyos contenidos fundamentales es, precisamente, el respeto, la promoción, y la garantía de los derechos del hombre.

Esta noción tan clásica, pese a ser rudimentaria y sencilla, nos permite comprender que, como principio, no le incumbe al Estado satisfacer individualmente a favor de cada hombre el conjunto de las necesidades que personalmente tiene dicho hombre (como si acaso se entablara aquí una relación de alteridad individual entre "el Estado" y "cada hombre" miembro de él). Las referidas necesidades —también como principio— se abastecen con generalidad no particularizada en cada hombre, mediante la participación de cada hombre en el bien común público; o sea, tomando parte ("su" parte) en ese resultado de la vida política comunitaria que es el bienestar general, el "estar-bien" los hombres en la convivencia social. Pero, es claro, para que la par-

<sup>164</sup> Sobre el tema hemos discurrido largamente en nuestro libro *El régimen político...*, cit.; por ejemplo, ver pp. 58 y ss.

ticipación de todos los hombres de una sociedad concreta en el bien común no frustre su sentido servicial, nadie debe quedar excluido del acceso posible a esa participación, y al consiguiente provecho por el rendimiento de un bienestar común justamentet distribuido (Aludir a distribución puede, a quien le guste hablar de una justicia "distributiva", recordarle que tal supuesta justicia atiende a la forma proporcionalmente razonable en que el Estado tiene que repartir entre los hombres los beneficios y las cargas).<sup>165</sup>

De lo dicho se deduce que cuando por causas y factores ajenos a la voluntad personal de los hombres, hay entre ellos algunos (pocos o muchos, no interesa, porque bastaría que hubiera uno solo) que no pueden satisfacer las más mínimas necesidades de su vida (alimento, vestido, vivienda), debe afirmarse rotundamente que ni esos hombres tienen acceso al disfrute del bien común, ni a la participación justa en su rendimiento, ni a los derechos elementales relativos a los bienes de que, por sus necesidades imposibilitadas de cobertura, están privados y carenciados.

Posiblemente entonces se hace patente el caso dramático de tener que exigir, en virtud del valor justicia, el desbloqueo en el "iter" que conduce al disfrute de esos derechos castrados. Y es posiblemente entonces cuando se nos agudiza el ingenio y recurrimos a los derechos "a" (la alimentación, el vestido, la vivienda, etcétera).

Pero si, otra vez como principio, en tales derechos "a" no existe una relación de alteridad —o intersubjetiva— que se particularice entre el Estado y cada hombre carenciado, y su satisfacción tiene que ser, normalmente, resultado de la participación de cada quien en el bien común, a esos derechos —que no cejamos de incluir en la lista de los derechos del hombre— conviene concebirlos y denominarlos, en léxico iusfilosófico, derechos "por analogado", o sea, por semejanza con los derechos subjetivos en los que hay sujeto activo y sujeto pasivo, derecho personal y obligación también personalizada y concreta para reciprocario.<sup>166</sup>

Es muy probable que los derechos que filosóficamente decimos que lo son por analogado, desborden la categoría clásica de los derechos

<sup>165</sup> Sobre nuestra crítica a la clásica tripartición de la justicia en conmutativa, distributiva y legal, ver nuestro libro *Valor justicia y derecho natural*, cit., pp. 200 y ss.

<sup>166</sup> Ver: Zanotti, Gabriel J., *Economía de mercado y doctrina social de la Iglesia*, Editorial de Belgrano, 1985. pp. 93-96.

subjetivos, si es que a éstos se los encasilla rigidamente en su molde originario, más de cuño privatista que publicístico. Y como son muchos los derechos por analogado que el constitucionalismo social ha recogido —al menos normativamente— en el plexo de los derechos rotulados como sociales y económicos, se hace sugestiva la serie de agudas observaciones que formula José Luis Cascajo cuando explica la evolución de la idea de subjetividad jurídica, la insuficiencia actual de la teoría de los derechos públicos subjetivos, y la necesidad de ensanchar el sistema de valores y las técnicas jurídico-políticas de protección.<sup>167</sup>

De todos modos, si aunque sean derechos por analogado deseamos que no dejen de ser “derechos” del hombre, habrá que esforzarse de toda forma para que sea accesible —y hasta exigible— la prestación que los satisfaga, pese a que por ahora esa prestación sea únicamente la genérica del bien común realmente tal, con participación también efectiva de todos los integrantes de la sociedad. Un comienzo humilde puede y debe ser la erradicación y remoción de toda clase de marginamientos sociales y de hiposuficiencias, como de estratificaciones sociales que segregan a varios o a muchos del disfrute del bien común (un bien “común” que, por supuesto, en esa hipótesis está sectorializado con notorio ingrediente de injusticia). A esta política emprendedora del bien común y de la remoción de obstáculos a la participación en él aluden —en el derecho comparado, por ejemplo— las constituciones de Italia y de España, y de algunas provincias de la República Argentina.<sup>168</sup>

<sup>167</sup> Recomendamos su artículo “El problema de la protección de los derechos del hombre”, que es el cap. 5º del libro colectivo *Los derechos humanos. Significación, estatuto jurídico y sistema*, cit., pp. 261 y ss.; el mismo autor ha transitado muy bien el tema de la protección en su trabajo “La jurisdicción constitucional de la libertad”, separata del núm. 199 de la *Revista de Estudios Políticos*, Madrid, especialmente pp. 162-164.

<sup>168</sup> El artículo 3º de la Constitución de Italia dice: “...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”. El artículo 9º de la Constitución de España, en su apartado 2, dice: “Corresponde a los poderes públicos promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas; remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud, y facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social”.

## 5. UNA NUEVA CATEGORÍA: LA OBLIGACIÓN "ACTIVAMENTE UNIVERSAL"<sup>169</sup>

Recordando a Roguin habíamos aplicado siempre a muchos de los derechos personales la categoría recíproca de la obligación pasivamente universal, que fue acuñada en el derecho privado para describir la obligación correspondiente a los derechos reales diferenciados de los creditorios). El adverbio "pasivamente" vino a significar que la obligación quedaba cumplida por el sujeto pasivo con la simple abstención u omisión, es decir, dejando al titular del derecho que lo ejerciera y gozara sin impedimento alguno; y el adjetivo "universal" apuntaba a que ese deber de abstención alcanzaba a todo el conjunto de los demás hombres, ante el titular del derecho real.

El trasplante al derecho público nos fue muy útil cuando hubimos de enseñar que muchos derechos personales en el campo constitucional tienen del otro lado —del lado de la obligación— una obligación pasivamente universal, que grava tanto al Estado como a los particulares, y que satisface por parte de tales sujetos pasivos múltiples (aquí aparece de nuevo lo de "universal") no interfiriendo sino dejando expedito el ejercicio y goce de tales derechos (y aquí cobra sentido lo de "pasivamente").

Pues bien, le debemos a esta categoría obligacional de Roguin el haber podido inventar otra: la obligación "activamente universal". Hay un cambio de adverbio; decimos "activamente" en vez de "pasivamente"; pero mantenemos lo de "universal". Lo de "activamente" en vez de "pasivamente" significaba que aquí la obligación ya no será de abstención u omisión, no consistirá en dejar ejercer y gozar. Será otra cosa, será una obligación que consistirá en hacer algo, en cumplir prestaciones positivas. Pero ¿a favor de quién? ¿Lo será a favor de un sujeto individual y concreto, con el que el obligado "activamente" trabará una relación de alteridad particularizada y personal? No, y porque lo negamos, toma sentido relevante el adjetivo "universal", que conservamos de la locución de Roguin.

¿Qué quiere decir "universal"? Hay un matiz diferencial con el mismo calificativo en Roguin. Aquí universal no significa que "todos" los que componen la universalidad general del sujeto pasivo múltiple tienen una obligación; aquí se invierte para describir otro fenómeno: la

<sup>169</sup> Ver nuestro libro *Las obligaciones en el derecho constitucional*, cit., pp. 63 y ss., y especialmente pp. 66 y ss.

obligación es activamente "universal" porque debe cumplirse (haciendo algo, y no absteniéndose) en favor y beneficio de "todos" los que integran una sociedad. Diríamos que el sujeto activo a cuyo favor existe la obligación activa (de dar o hacer) es universal porque es la generalidad total de los hombres de esa sociedad, pero sin que el sujeto obligado activamente y universalmente personalice y concrete con cada uno de esos hombres un vínculo obligacional particularizado.

¿Al sujeto activo universal lo tendríamos como sujeto titular de un derecho? Es decir: cada hombre de la universalidad a la que se debe la obligación activa ¿sería titular, o cotitular de un derecho subjetivo?

La cuestión es filosóficamente ardua. En aproximación, podría admitirse que en los ya explicados derechos por analogado (los derechos "a" tal cosa y tal otra), cada hombre es titular o sujeto activo de uno de esos derechos, y que del reverso —o sea, del lado del débito— hay un sujeto pasivo que tiene, no frente a él en relación personalizada, sino frente a "todos" los hombres, incluido él, una obligación universal, pero no de índole pasiva, no que se cumpla pasivamente, sino de naturaleza activa, que debe cumplirse activamente.

¿Cómo se cumple la obligación activamente universal, y quién la cumple, o la tiene a su cargo? Si empezamos por el final de la pregunta decimos que en los derechos por analogado, el sujeto pasivo obligado es el Estado, frente a todos los hombres de su sociedad. Y la cumple, no haciendo o dando algo a cada uno en particular y a través de una relación de alteridad personalizada con ese cada uno, sino haciendo o dando algo impersonalmente al conjunto social. ¿Qué es ese algo? Recapitulemos lo dicho sobre la promoción del bien común por parte del Estado, del cual dicho bien es el fin. El bien común requiere que el Estado haga cosas, que sea servicial, que sea activo, diligente, gestor. Para englobar todo ese cúmulo de actividades productoras de bienes y servicios disponibles para la generalidad de los hombres que forman la sociedad, usemos un único vocablo: lo que debe hacer el Estado es promover y emprender "políticas" (he aquí el vocablo único) de bienestar, sea que las tome él mismo a su cargo, sea que las estimule o las planifique (indicativamente) o las atribuya a la sociedad en su variado espectro organizacional y en sus espacios de libertad solidaria.

Cuando tales políticas benefactoras se expanden en áreas como las referentes a necesidades humanas primarias (salud, vivienda, educación, economía, higiene, cultura, etcétera), los derechos por analogado (derechos "a") hallarán en disponibilidad suficiente los bienes

y servicios con que atender esas necesidades, porque el bien común habrá proveído sin escaseces los medios y recursos para acceder a aquéllos a través de una participación general —y no sectorializada— en sus rendimientos provechosos.

No obstante, quedará al progreso de la técnica juridico-política un horizonte poco explorado: el de las vías para impeler al Estado a adoptar, promover, conducir y desarrollar con agilidad y eficacia las políticas de bienestar y la gestión del bien común. Aquí reaparece la protección jurídica —que habíamos encontrado como herramienta de auxilio para el derecho subjetivo— con toda una carga de requerimientos, algunos dirigidos a la jurisdicción, y otros a los poderes estatales estrictamente políticos.

Y hay otro residuo. No siempre ni en todos los casos será posible que una obligación activamente universal se corresponda, del anverso, con un derecho humano, ni siquiera con un derecho por analogado; tomamos un ejemplo, dudoso pero atractivo para azuzar la inquietud iusfilosófica, del derecho constitucional argentino, fácil de corresponderse en otras constituciones. Cuando el artículo 14 bis de la Constitución argentina enuncia que la ley establecerá (entre otras muchas cosas) el acceso a una vivienda digna, no queda demasiado claro si está encapusulando en esa fórmula el "derecho" "a" una vivienda digna, o al menos, el derecho "a" acceder a ella. Lo que está imponiendo imperativamente es la obligación de legislar para hacer accesible y posible la vivienda digna; tal obligación recae en el Congreso, y la encuadramos en el tipo descrito de la obligación activamente universal; no se trata de que el Estado otorgue personalmente una vivienda a cada persona que la necesita y no puede procurársela (como tampoco en los derechos por analogado se trata de que suministre alimento o indumentaria individualmente a cada hombre); se trata de que, por un medio o por otro, con pluralidad de soluciones según las circunstancias, emprenda políticas habitacionales que con facilidad suficiente permitan a todos los hombres encontrar dónde vivir decorosamente (vivienda digna). Si aquí no hay un derecho subjetivo en sentido propio (o jurídico, diría Dabin) que entable una relación de alteridad personalizada entre el Estado y cada hombre; y si acaso ni hay siquiera un derecho por analogado, hay sin duda una obligación activamente universal (y ya vamos diciendo que si bien a todo derecho personal le corresponde siempre una obligación, no siempre que hay una obligación hay necesariamente del otro lado un derecho que la recíproca).

Quizá cuando no hallemos ni un derecho subjetivo ni un derecho por analogado, pero si estemos convencidos que hay una obligación, tendremos que forjar una categoría de situaciones jurídicas subjetivas que no alcanzan el perfil de los derechos, pero que habrá que elaborar, positivizar, y proteger, incluso con vías jurisdiccionales o de cualquier otra índole. ¿Y acaso no cabe descubrir en los llamados intereses difusos o colectivos otras tantas situaciones jurídicas subjetivas, en las que la subjetividad no desaparece, no obstante que el interés difuso o colectivo (o supraindividual) es de un grupo o conjunto humano, pero compartido por cada uno de quienes integran el grupo y participan en común del mismo interés?

Si la positividad acusa y registra retrasos, la ciencia de los derechos humanos tiene que ir abriendo caminos, y a la filosofía del derecho le toca buena parte de responsabilidad para incitar con seriedad a esa tarea. Modestamente, estamos procurando aportar algo de nuestro esfuerzo.

#### 6. EL EJERCICIO OBLIGATORIO DE UN DERECHO, O EL TEMA DEL "DERECHO-DEBER"

No citaremos la nómina de autores que, con seriedad y rigor iusfilosófico, reconocen la posibilidad de que haya derechos de ejercicio obligatorio, caso en el que hablan de "derecho-deber" simultáneos.<sup>170</sup> Se suelen dar ejemplos comunes en el derecho comparado, como el derecho de sufragio que a la vez implica el deber de votar, o el derecho paterno de educar a sus hijos que a la vez significa el deber de educarlos; se puede llegar a supuestos en que se obliga a contratar (hay deber de ejercer el derecho de contratar) o a asociarse (hay deber de formar parte de una asociación, con lo que hay deber de ejercer el derecho de asociarse), etcétera.

Sería largo y dificultoso desentrañar el problema iusfilosófico de los derechos que simultáneamente son deberes a cumplir por el mismo titular de esos derechos; y una de las mayores dificultades —al menos para nosotros— radica en esclarecer cómo puede desaparecer la disponibilidad de ejercer o no ejercer un derecho cuando a su sujeto activo se lo obliga a ejercerlo. ¿Es compatible hablar de que una

<sup>170</sup> Ver, por ejemplo, Peces-Barba, *Derechos fundamentales*, cit., p. 104, donde dice que hay casos en que el mismo titular del derecho tiene obligación respecto a esas conductas protegidas por el derecho fundamental, o sea que el mismo titular del derecho soporta la exigencia de un deber.

persona es titular de un derecho y a la vez el ejercicio obligatorio del mismo la convierte en sujeto de un deber? El tema no es despreciable cuando incursionamos en los derechos humanos, porque muchos de los supuestos "derechos-deber" se ubican en ese ámbito.

¿Qué podemos decir, o estamos en condiciones de decir? Muy poco, pero algo. Creemos que ciertos ejemplos no han ofrecido una disección acabada de la simbiosis "derecho-deber", y han identificado el derecho y el deber sin tomar en cuenta si en cada uno la relación de alteridad y los sujetos que la protagonizan son los mismos. Veamos un caso.

Cuando decimos que los padres tienen el derecho de educar a sus hijos, nos tentamos de suponer que el contenido de ese derecho y de ese deber es el mismo en ambos, y que las relaciones de alteridad y sus sujetos coinciden totalmente. Y no es así. Aunque sea tentativo, procuremos exponerlo, pero antes digamos bien claro que al afrontar el problema del supuesto "derecho-deber" estamos enfocando únicamente la hipótesis de que ese deber sea jurídico, y no puramente moral, que es algo totalmente distinto. (Yo puedo tener el deber moral de cuidar mi salud, pero mi derecho a la salud me deja en libertad jurídica para no cuidarla, y hasta para autolesionarme, con tal que el no cuidar mi salud o el autolesionarme no perjudica a terceros).<sup>171</sup> Por ende, queda fuera de esta explicación el caso de que a un derecho le vaya anexa una obligación de naturaleza exclusivamente ética.

En el ejemplo del derecho a la educación,<sup>172</sup> cabe desmenuzar contenidos y relaciones de alteridad diferentes, del siguiente modo: a) el hijo tiene derecho (como sujeto activo) a educarse, frente al Estado (un sujeto pasivo) y frente a sus progenitores (otro sujeto pasivo); frente al Estado ese derecho significa que el Estado debe dejar expedito el derecho a escoger la orientación —incluso espiritual o moral— de la enseñanza a recibir, y el establecimiento en el que ha de ser recibida; frente a sus padres, el hijo, por cuya edad carece todavía de discernimiento para hacer por sí aquella elección, tiene derecho a ser educado pero no a elegir ni el tipo ni el establecimiento educativos, porque tal derecho (frente al Estado y frente al hijo) es de

<sup>171</sup> En los ejemplos del texto, mi deber moral no es jurídico, ni exigible por el Estado. (Puede verse nuestro libro *Las obligaciones en el derecho constitucional*, cit., pp. 24 y ss.).

<sup>172</sup> Este ejemplo mereció un pequeño cuadro, o gráfico explicativo de lo que desarrollamos aquí en el texto, en "Las obligaciones en el derecho constitucional", cit., p. 127.



los padres; *b*) los padres tienen derecho (como sujeto activo) a educar al hijo, con las modalidades expuestas en el inciso anterior *a*) y en las circunstancias allí consignadas; y ese derecho lo ostentan frente al hijo y frente al Estado; el hijo no puede disputar la orientación y el establecimiento que sus padres escogen, y el Estado tampoco; *c*) los padres tienen el deber (claramente, frente al Estado que lo impone) de educar al hijo, pero se advierte que el contenido del derecho de éste a educarse o a ser educado no se superpone ni coincide —al menos integralmente— con el deber paterno, ni con el deber estatal (que fundamentalmente consiste en no entorpecer ni interferir el ejercicio del derecho), como tampoco el derecho paterno (frente al Estado) a educar al hijo posee idéntico contenido que el deber paterno de educarlo; *d*) el panorama adquiere otra dimensión aún si se piensa que frente al derecho (tanto del hijo como de los padres) el Estado tiene el deber de proveer un sistema educativo que haga accesible y disponible el acceso a la educación.

Hemos ido encarando derechos y deberes, cada uno con su contenido y con los sujetos (activo y pasivo) propios de la relación de alteridad, y descubrimos que el derecho (paterno y filial) no equivale al deber (paterno y estatal), porque cada uno vincula a sujetos que en la relación de alteridad no reciprocán el contenido del derecho con el del deber, aparte de que en esa misma relación los sujetos no necesariamente coinciden. En suma, para reducir lo que parece intrincado a su expresión más sencilla decimos que el derecho del hijo a educarse o ser educado (que existe frente a sus padres y frente al Estado) tiene un contenido que no equivale al deber de los padres (frente al Estado) de educarlo; lo que pretenden los titulares del derecho a la educación, y lo que pretende el Estado al obligar a los padres a educar al hijo, marca una diferencia notoria que, por lo menos en el ejemplo utilizado, no nos permite adherir personalmente al criterio del "derecho-deber". En el caso, no creemos que filosóficamente quepa afirmar que el deber paterno (frente al Estado) de educar al hijo sea igual a un ejercicio obligatoriamente impuesto (deber) del derecho a educar, o a educarse, o a la educación.

Baste, pues, el diagrama intentado para inducir a repensar el punto del "derecho-deber".

## 7. LOS DERECHOS PÚBLICOS SUBJETIVOS

Desde el comienzo ha circulado en nuestro léxico una profusa serie de locuciones: derechos humanos, derechos del hombre, derechos de la persona humana, derechos individuales, derechos subjetivos, y nos toca ahora la de derechos públicos subjetivos.<sup>173</sup> Aquí retenemos la subjetividad propia del derecho subjetivo (en cuanto "suyo" del hombre, que es su "sujeto" titular o activo), pero le antepone el adjetivo "público", como para sustraer el concepto, y la realidad que él mienta, del campo del derecho privado. Lo de "público" emplaza a estos derechos en el orbe del derecho público, fundamentalmente del constitucional.

Pero creemos que no está del todo bien, filosóficamente, creer que el derecho público subjetivo (en singular o en plural) solamente juega como una traspolación del derecho subjetivo que emigra desde las relaciones privadas a un nuevo y único tipo de relación —la que se traba entre hombre y Estado—. Es cierto que la categoría de los derechos públicos subjetivos se forjó cuando el constitucionalismo moderno y el llamado Estado de derecho asignaron al hombre un *status* jurídico-político que lo hizo portador y titular de derechos subjetivos solamente frente o contra el Estado. Así nació la formulación histórica de los derechos del hombre como derechos subjetivos de la persona en su relación con el Estado en el que se instala. Pero a esta hora actual hemos visto que goza de buen acompañamiento, en la doctrina y en el derecho positivo —sobre todo en la jurisprudencia— la tesis de que los derechos del hombre no son solamente derechos frente al Estado (como en la etapa primigenia del constitucionalismo moderno) sino también y además derechos oponibles a los demás particulares. Y si esto es verdad, y no verdad nueva al menos para el constitucionalismo argentino, hay que decir que los derechos del hombre en la relación entre hombre y hombre también pertenecen al orbe del derecho público, y que la relación misma de alteridad entre el sujeto activo del derecho y el sujeto pasivo (tanto el Estado como otro hombre u otros hombres) que le debe una obligación recíproca, es publicística, aunque a lo mejor el contenido de esa relación se ubique en un sector que tradicionalmente se da como perteneciente al derecho privado (derecho civil, o mercantil, o laboral, etcétera).

<sup>173</sup> Una especial interpretación de los derechos públicos subjetivos puede verse en: Quiroga Lavié, Humberto, "Los derechos públicos subjetivos y la participación social", Buenos Aires, 1985.

¿Qué vienen a ser, entonces, los derechos públicos subjetivos? Los derechos del hombre, en su relación con el Estado y con los particulares, y frente a ellos como sujetos pasivos, todo dentro del marco publicístico del derecho constitucional en el cual reciben recepción cuando se los positiviza a tenor de una filosofía basada en la dignidad de la persona y en su espacio de libertad disponible. Si con la expresión derecho subjetivo retomamos siempre el *suum cuique tribuer* ("lo suyo" de cada hombre), el derecho público subjetivo seguirá siendo eso mismo, pero en una relación de derecho público que hace al Estado y a los otros particulares, deudores (o sujetos pasivos) de una obligación (de omisión, de dar, o de hacer). Y ello, como pronto lo veremos, es así porque tanto el derecho subjetivo como la relación publicística (más exactamente: constitucional) encajan en un tipo de organización política (que hemos llamado y seguimos llamando democrática) que instala al hombre con pleno reconocimiento de su dignidad, su libertad y sus derechos, en cuanto le depara *status* de persona jurídica por ser persona ontológicamente.

Podemos sin duda aplicar lo que, sin usar la terminología de derecho público subjetivo, dice Dabin: "de una parte, el derecho subjetivo en el sentido moral... pasa a la regla social garantizada: se trata de los 'derechos del hombre', convertidos, gracias a esa mutación, en derechos subjetivos jurídicos".<sup>174</sup> La mutación es, para nosotros, obra del derecho público, y de ahí el adjetivo "público" intercalado entre el sustantivo "derecho" y el otro calificativo de "subjetivo".

Explica bien Pérez Luño que esta categoría fue elaborada por la dogmática alemana del derecho público a fines del siglo XIX, cuando se intentó inscribir los derechos humanos en un sistema de relaciones jurídicas entre el Estado en cuanto persona jurídica, y los particulares.<sup>175</sup> Posteriormente —ya hoy— ese sistema cubrió asimismo las relaciones entre particulares dentro del orden publicístico donde, al principio, la alteridad vinculaba únicamente al hombre con el Estado. En dicho comienzo, estábamos en el Estado liberal;<sup>176</sup> ahora nos hallamos en la configuración y consolidación del Estado social de derecho, o de bienestar, o de democracia social, pero no por eso —y aquí nuestra disidencia con Pérez Luño—<sup>177</sup> hemos de reputar superada

<sup>174</sup> *El derecho subjetivo*, cit., p. 64.

<sup>175</sup> *Derechos humanos, Estado de derecho y Constitución*, cit., p. 33.

<sup>176</sup> Nos referimos, por supuesto, al Estado del liberalismo clásico, o histórico de los siglos XVIII y XIX: es decir, individualista.

<sup>177</sup> Ver: *Derechos humanos, Estado de derecho y Constitución*, cit., pp. 33-34.

o insuficiente, o hasta sin sentido, a la categoría de los derechos públicos subjetivos; aunque les cambiemos el nombre por otro (derechos humanos, o fundamentales, o como se prefiera), los derechos de la persona humana en el Estado democrático (mejor si al clásicamente denominado Estado liberal lo transformamos en un Estado que, sin dejar de ser liberal al modo actual, es social) continúan respondiendo a la tipología de los derechos públicos subjetivos. No creemos que ella riña con ampliaciones, ni con políticas activas a cargo del Estado, ni con el plexo de derechos sociales y económicos. El constitucionalismo social puede cómodamente reubicar en el perfil de los derechos públicos subjetivos todos los derechos que ha adicionado a los clásicos derechos civiles, o a las libertades que solamente pretendían preservar órbitas disponibles a favor del hombre o limitar al Estado.<sup>178</sup>

Mientras ontológica y lógicamente sea posible decir que algo es derecho del hombre, aun cuando acaso resulte menester acudir a los curiosos derechos por analogado, no encontramos óbice para postular que eso que predicamos como un derecho, es un derecho público subjetivo en cuanto se engarza en el sistema publicístico del Estado democrático.

## 8. LAS DENOMINACIONES DE LOS DERECHOS

Es bueno recapitular nociones, y elaborar el listado de denominaciones históricas que han recibido los derechos humanos. La serie, no taxativa, podría ser esta: *a)* derechos del hombre; *b)* derechos de la persona humana; *c)* derechos humanos; *d)* derechos individuales; *e)* derechos subjetivos; *f)* derechos públicos subjetivos; *g)* derechos fundamentales; *h)* derechos naturales; *i)* derechos innatos; *j)* libertades públicas; *k)* derechos constitucionales.<sup>179</sup>

<sup>178</sup> Algunas ampliaciones a las que aludimos en el texto pueden verse —por ejemplo— en García de Enterría, E., "Sobre los derechos públicos subjetivos". *Revista Española de Derecho Administrativo*, 1975, p. 445.

<sup>179</sup> En francés dicese "droits naturels" o "libertés publiques"; también "droits de l'homme"; en inglés, "human rights" o "civil rights"; en italiano, "diritti de l'uomo" o "diritti naturali", etcétera. (Ver: De Castro Cid, *El reconocimiento de los derechos humanos*, Madrid, 1982, pp. 23 y ss.). No debería olvidarse, aunque lo omitimos en el texto, el nombre de "derechos civiles" y de "derechos personales". El último nos resulta particularmente atractivo a título personal nuestro. (Sobre las denominaciones, vinculadas a la clasificación de los derechos, puede verse: De Castro Cid, Benito, "Dimensión científica de los derechos del hombre", en la obra colectiva *Los derechos humanos. Significado, estatuto jurídico y sistema*. cit., pp. 98 y ss.).

Muchos de los sustantivos han sido o son reemplazados, y en vez de "derechos" se habla de "libertades" o de "garantías", con acepción lata para estas dos últimas voces.

Si bien hemos de dar importancia en páginas ulteriores al lenguaje normativo, y al lenguaje jurídico que en torno de él usa la ciencia del derecho, creemos que por detrás de la pluralidad de nominaciones aludidas hay un común telón de fondo que, pese a las diferencias lexicales y de concepto que muchos creen descubrir en aquel pluralismo de vocabulario, permite el empleo actual de cualquier rótulo, siempre que se incardine en la filosofía de los derechos humanos que es propia del Estado democrático.

Vamos en orden. "Derechos del hombre" fue léxico —por ejemplo— de la Declaración francesa de 1789, y alude al ser humano como sujeto activo o titular; pero fueron "derechos del hombre" únicamente los que la cosmovisión de la época incluyó en esa categoría. Si hoy se le parece como sinónimo la expresión "derechos humanos" —que literalmente no cambia la imputación de titularidad— nuestro lenguaje jurídico actual ensancha en mucho el contenido que rellena a la denominación. De ahí que hoy "derechos humanos" —con ser éstos "del hombre"— acumule una carga lexical, valorativa, y de derecho positivo, que supera con abundancia a lo que a fines del siglo XVIII se puso bajo el rótulo de derechos del hombre.

"Derechos de la persona humana" nos parece una locución suficientemente aproximada a las anteriores, y en nuestro tiempo puede ser equivalente —a lo mejor con algo más de sabor iusfilosófico— a la de derechos humanos.

En cambio, "derechos individuales"<sup>180</sup> alcanza una acepción específica; el adjetivo apunta fuertemente a la subjetividad individual de su titularización, y por aquí no difiere demasiado de lo que expresa el nombre de derechos "del hombre". No obstante, reemplazar hombre por individuo, y "del hombre" por "individuales" tiene, en la atmósfera ideológica del primer constitucionalismo, alguna connotación afín con el individualismo liberal de la época, emparentada con el contenido negativo de los derechos y libertades (civiles) de la primera generación, es decir, con los derechos en cuanto esferas de libertad garantizadas frente a un Estado que sólo debía abstenerse de interferirlas o lesionarlas. Por eso, Ruiz del Castillo afirma que los derechos de las

<sup>180</sup> Lucas Verdú, Pablo, "Derechos individuales", en *Nueva Enciclopedia Jurídica*, t. VII, Barcelona, 1955.

declaraciones típicas son individuales en cuanto tratan de determinar exenciones o libertades cuyo beneficiario es el individuo.<sup>181</sup> Hay correspondencia con la libertad-autonomía de Burdeau, que mancomuna la titularidad individual con el objeto y contenido de los derechos. Volveremos al tema al cotejar la denominación de derechos individuales con la de derechos naturales.

“Derechos subjetivos” sigue remitiéndonos a la titularización en un sujeto que da razón del adjetivo “subjetivos”: son de él, del sujeto titular o activo, del hombre y, por ende, también individuales; pero se resiste la locución por quienes alegan que es oriunda del derecho privado, y que su traspolación al derecho constitucional arrastra resabios de cuna que no se compadecen con la doctrina iuspublicística de los derechos humanos. En tanto lo de subjetivos siga recordándonos que hay un sujeto al que personalmente pertenecen los derechos (aunque acaso ese sujeto no sea sólo el hombre individual o persona física, sino además y también los sujetos plurales —asociaciones, personas jurídicas o morales, etcétera) no formulamos oposición, ni tenemos inconveniente en que la denominación iusprivatista sea heredada por el derecho constitucional, porque tiene lustre filosófico importante; pero en nuestra área reclama las adaptaciones que la ciencia del derecho constitucional le impone. “Derechos públicos subjetivos”<sup>182</sup> ya hunde su raíz en la normatividad (diríamos positiva para que se entienda bien (con que el constitucionalismo plasmó en sus textos a los derechos, cuando los reputó insertos en el campo del derecho público y en la relación jurídica de “hombre-Estado”). Quienes identifican positividad con normatividad escrita, nos dicen que derechos públicos subjetivos son derechos del hombre positivizados en la normativa constitucional moderna.<sup>183</sup> “Derechos fundamentales”<sup>184</sup> es una expresión más reciente, con la que muchos de los autores que profesan su creencia en una filosofía personalista de los derechos humanos de estilo actual hacen mención a este ideal de los derechos humanos una vez

<sup>181</sup> *Manual de derecho político*, Madrid, 1939, p. 327.

<sup>182</sup> Cassetta, E., “Diritti pubblici subbiettivi”, en *Enciclopedia del Diritto*, vol. III; Romano S., “La teoria dei diritti pubblici subbiettivi”, en *Primo trattato completo di diritto amministrativo italiano* a cura del Prof. V. E. Orlando, Milán, 1900.

<sup>183</sup> Según De Castro Cid, los derechos públicos subjetivos son los derechos del hombre-ciudadano que se inscriben en el sistema de relaciones jurídicas entre el Estado y los sujetos jurídicos particulares, con reconocimiento del ordenamiento jurídico estatal (*El reconocimiento de los derechos humanos*, cit., p. 24).

<sup>184</sup> Baratta A., “Diritti fondamentali”, en el vol. a cargo de A. Negri, *Scienze politiche*, 1, (*Stato e politica*), Milán, 1970.

que éstos también han ingresado (como los derechos públicos subjetivos) al orbe de la positividad. En otras partes damos la versión interesante de Pérez Luño. La diferencia entre los derechos públicos subjetivos y los derechos fundamentales —pese a mentarse con las dos locuciones a derechos asumidos positivamente en el derecho público— radica en que los primeros tienen, en su acepción histórica, un plexo más reducido, como que coinciden con los clásicos derechos civiles, o individuales de la primera generación, mientras los derechos fundamentales dan respuesta positiva a un catálogo más abultado y a una ideología más reciente, que es la de los derechos humanos con su incorporación de los de la generación segunda y, ahora, hasta de la tercera; por ende, de los sociales, económicos y culturales.

“Derechos naturales”<sup>185</sup> nos retrocede históricamente, pero nos mantiene actualizados filosóficamente, porque todavía ahora la expresión sirve, en una respetable corriente filosófica, para aludir al fundamento suprapositivo de los derechos del hombre, que no dejan de ser naturales cuando el derecho positivo les brinda recepción y acogida, y que tampoco dejan de persistir en su deber ser ideal cuando el derecho positivo los ignora, los desconoce, o los viola. Se afirma, sin embargo, que los derechos naturales no son estrictamente derechos individuales, aunque respondan a la individualidad perfecta del hombre, porque los derechos naturales son a la vez individuales y sociales.<sup>186</sup> La objeción puede ser filosóficamente correcta cuando se comprende a los derechos del hombre (tanto en su filosofía cuanto en su normación y en su positivización) como derechos del hombre en sociedad, en relación de alteridad, y aún más, en solidaridad social, pero pierde enjundia porque esta socialidad del derecho y de los derechos no cancela su subjetivización titularizada en el hombre. Más allá de esto, también se recuerda que derechos naturales y derechos humanos no se implican necesariamente,<sup>187</sup> lo que da pie para preguntarse si hay en la dualidad de nombres un problema semántico, o algo más.<sup>188</sup>

Lo de “derechos innatos” tiene, como lo de derechos naturales, un doble origen; por un lado, el linaje filosófico iusnaturalista en cualesquiera de sus versiones, y por el otro, el linaje histórico en cuanto la

<sup>185</sup> Ver Atienza, M., “Derechos naturales o derechos humanos: un problema semántico”, en *Política y derechos humanos*, Valencia, 1976.

<sup>186</sup> Luño Peña, *Derecho natural*, Barcelona, 1947, pp. 339 y ss.

<sup>187</sup> Ver: Pelloux, R., en “René Cassin amicorum discipulorumque liber”, París, *Methodologie des droits de l'homme*, vol. IV, 1972, pp. 9 y ss.

<sup>188</sup> Ver la cita de nota 185.

inherencia a la naturaleza humana, sirvió de idea-fuerza para sostener que el derecho positivo del Estado no concedía los derechos, sino que reconocía los que provenían de una instancia ajena a él, superior a él, incancelable e inviolable. Es verdad que en su ascendencia, lo de innatos pudo en algunas doctrinas remontar idealmente a unos derechos de raíz presocial y de carácter abstracto, hasta tanto se diera su término auspicioso con el reconocimiento estrictamente jurídico por el Estado que los declara y garantiza; <sup>189</sup> de registrarse tal acepción, la réplica filosófica que personalmente le haríamos volvería a centrarnos en la noción de que cronológicamente no hay derecho —ni objetivo ni subjetivo— antes de la sociedad, ni al margen de ella, porque el fundamento del derecho, por más metafísico que sea, presupone su simultaneidad con la sociedad y con el Estado.<sup>190</sup>

“Libertades públicas” es denominación predominantemente francesa,<sup>191</sup> anudada a la de derechos individuales, derechos públicos subjetivos, derechos y libertades civiles de la primera generación, etcétera. Por un lado, las libertades públicas son positivas, o sea, recogidas en el orden constitucional normativo; por el otro, dejan fuera a los actuales derechos sociales. Como lo señala Jean Morange, las libertades públicas presuponen que el Estado reconoce al hombre el derecho de ejercer, al abrigo de toda presión exterior, cierto número de actividades determinadas; son públicas porque corresponde a los órganos del Estado realizar las condiciones que permitan aquel ejercicio.<sup>192</sup>

<sup>189</sup> Ver: De Castro Cid, B., *El reconocimiento de los derechos humanos*, cit., p. 19.

<sup>190</sup> No tiene sentido, para nosotros, decir que el hombre tiene derechos (naturales o innatos) “antes” de vivir en sociedad, o fuera de ésta, porque “antes” de vivir en sociedad, o fuera de ella, no hay cronológica ni históricamente, hombre alguno. Lo que hay son hombres que, desde que son tales existencialmente en su singularidad, viven en sociedad, y por ser personas que viven en sociedad, tienen derechos. Otra cosa es el fundamento filosófico de dichos derechos. La “anterioridad” de éstos apunta sólo a que no los otorga el Estado, sino que los reconoce, y a que ontológicamente, primero es la persona y después todo lo que desde su ser ella proyecta (sociedad, Estado, derecho); pero lo que proyecta no son realidades que empiecen a ser y a existir posteriormente, sino simultáneamente con la persona humana. No hay una realidad pre-social ni pre-estatal, sino una realidad humana que a la vez y *ab-initio* es social y política, desde siempre. Lo de “antes” y “después” requiere, pues, ser tomado con precaución.

<sup>191</sup> Burdeau, *Les libertés publiques*, 3ª ed., París, 1966; Rivero, J., *Les libertés publiques*, París, 1973; Colliard, C.A., *Libertés publiques*, 5ª ed., París, 1975; Madiot, Y., *Droits de l'homme et libertés publiques*, París, 1976; Braud P., “La notion de liberté publique en droit français”, *L.G.D.J.*, París, 1968.

<sup>192</sup> Morange, Jean, *Las libertades públicas*, México, 1981, p. 8.



Por fin, "derechos constitucionales" acumula diversidad de sentidos, pero todos con una base común: hay "unos" derechos del hombre que alcanzan consagración y reconocimiento en el orden normativo de la Constitución, hecho que los constitucionaliza y los convierte en constitucionales, con todo lo que eso significa: el alojamiento en la Constitución, el resguardo que les proporciona su supremacía, etcétera. Cuales sean esos derechos, dependerá del diseño constitucional del Estado, del poder, de la sociedad, y del hombre; en el primer constitucionalismo estos derechos constitucionales fueron las libertades públicas, o los derechos individuales, o los públicos subjetivos, etcétera; en el actual son además los sociales. Acaso quienes, en el positivismo voluntarista, crean que los derechos constitucionales son meros derechos de los que Gerber apoda reflejos, porque resultan creación exclusiva de la normatividad jurídica positiva, podrán seguir empleando el nombre, pero entonces habrá diferencia marcada con la expresión "derechos fundamentales" porque ésta, aunque en un adjetivo distinto comparte la idea de que son derechos recogidos en la normación positiva, da por sobreentendido que no los crea esa normación, sino que son "derechos humanos" trasladados a la positividad desde un fundamento que, cualquiera sea, se sitúa afuera y por sobre de ella.

Con todo este grupo de denominaciones es posible, aunque arriesgado, hacer sistematizaciones que, a la postre, derivan al debate sobre el fundamento de los derechos, previo a su entrada en la normatividad y en la positivización. Hay doctrina que a las expresiones "derechos individuales", "libertades públicas", "derechos fundamentales", "derechos constitucionales", les otorgan el sentido de ser derechos originarios del derecho natural —o de otra instancia suprapositiva— cuya consagración por el Estado los ha hecho pasar al derecho positivo, lo que no significa que la naturalidad o la suprapositividad de su fundamento queden abandonadas cuando se opera el ingreso a la positividad.<sup>193</sup> Y hay doctrina que, superando lo semántico, acoge una o varias denominaciones suficientemente históricas y expresivas, y las ubica en un contexto lingüístico y de léxico jurídico para cubrir con ellas un contenido variable, que depende de la circunstancia temporal en que un sistema de valores lo rellena, y si entramos ya en el plano constitucional, también de los diseños constitucionales que hemos explicado.

<sup>193</sup> Ver: Rivero, Jean, *Les libertés publiques. 1. Les droits de l'homme*, Paris, 1973, pp. 17-18.

Abdicamos, entonces, de decidir si las categorías aludidas con tan plúrimas designaciones, y con sus cargas filosóficas, ideológicas, valorativas y semánticas, son o no son convertibles unas en otras, o si coinciden o no en su significación jurídico-política formal, porque las disquisiciones se harían interminables y siempre bastante subjetivas o parciales. El intercambio lingüístico de denominaciones no nos asusta ni preocupa demasiado. Valga como ejemplo señalar que si tomamos al azar la de libertades públicas, cuyo encuadre constitucional francés expusimos, no hallaríamos tropiezo para implantarla en el constitucionalismo social, porque a la libertad y a las libertades en el Estado social de derecho las captamos como ampliadas hasta los derechos sociales, y siempre como públicas en cuanto es el derecho constitucional el que las desarrolla, les da disponibilidad y circulación, las optimiza, y las sitúa en un diseño constitucional propio del segundo constitucionalismo.<sup>194</sup> ¿Se perdió su sentido originario? Más bien, se reacomodó y explayó hasta asumir las valoraciones actuales, que no discrepan en su tronco con las originarias, aunque sí las amplían. Y así podríamos discurrir en un recorrido por todas las denominaciones, hasta la tan propagada —ahora— de derechos humanos.

### *La diversidad de planos lexicales*

En parte, una razón por la que cuesta informar la nomenclatura proviene de la diversidad de planos a los que aplicamos el lenguaje jurídico. Si nos elevamos al plano suprapositivo del fundamento de los derechos, el lenguaje jurídico podrá tomar prestadas algunas denominaciones de origen filosófico, o hasta histórico. Si nos movemos en el lenguaje normativo, cada Constitución adoptará el suyo, no desvinculado de la ascendencia ideológica que registra la filosofía de esa Constitución, ni de su contexto histórico (donde el mismo lenguaje cobra significaciones particulares en cada tiempo y en cada circunstancia), ni del ambiente extraterritorial (por alusión a lo supraestatal o internacional) o del derecho comparado. Hay, pues, conexidad entre el nombre que se les da a los derechos en la ciencia jurídica, en la

<sup>194</sup> Véase cómo Duverger incluye "el nuevo aspecto del concepto de libertades públicas: los derechos económicos y sociales", en el rubro donde analiza "la evolución de la noción de libertades públicas en el siglo XX" (*Instituciones políticas y derecho constitucional*, cit., p. 217). Asimismo, el proceso de surgimiento de los derechos sociales, económicos y culturales viene bien explicado, en comparación con las libertades humanas del liberalismo clásico, por Karl Loewenstein en su *Teoría de la Constitución*, cit., pp. 398-402.

ciencia política, en el derecho positivo, en la filosofía, y las variables doctrinarias y constitucionales que ha ido y sigue registrando el curso histórico del constitucionalismo.

Tal vez por ello, no entramos en discusiones, y reconocemos suficiente objetividad y base a cada una de las designaciones a que hemos pasado revista. Eso sí, en el contexto lingüístico que hoy prevalece, la denominación de derechos humanos exhibe clarísimamente el doble pleno lexical: derechos humanos significa algo valioso que, oriundo de una instancia suprapositiva que el derecho positivo debe plasmar si aspira a participar de aquella valiosidad, es capaz de ingresar —y “debe” ingresar— al mismo derecho positivo, en cuyo ámbito ya el nombre de derechos humanos admite tomar en canje otro parcialmente distinto: derechos fundamentales, derechos constitucionales, o hasta derechos públicos subjetivos y libertades públicas. Pero eso sí, con un contenido o plexo que satisfaga a lo que aquella instancia suprapositiva tiene como debido en su filosofía personalista y en su representación del Estado democrático.

## 9. LAS CLASIFICACIONES DE LOS DERECHOS

Dice Haba que hay acuerdo en torno de que existen “unos” derechos que son y deben ser derechos de todo hombre, pero se discute “cuáles” son y hasta dónde llegan.<sup>195</sup> Por eso, las clasificaciones son engorrosas, difíciles, bastante subjetivas, y dependientes de criterios variables, o hasta de las posiciones iusfilosóficas. No obstante, el mismo Haba recuerda que la enumeración de los derechos tiene hoy cierto consenso internacional,<sup>196</sup> lo cual es cierto, porque las declaraciones internacionales, los tratados internacionales, y hasta el mismo derecho constitucional comparado exhiben un repertorio en el que las afinidades permiten condensar un catálogo mínimo de base común. El tema de las clasificaciones se sitúa, ante todo, en el ámbito doctrinario. Es inagotable la serie de ellas cuando se comienza a revisar la obra de los distintos autores, no sólo en el campo del derecho constitucional —que suele más bien seguir el hilo de cada texto constitucional comentado— sino en el de la filosofía política y jurídica. Diríamos que aquí hay un buen trabajo para la cultura jurídica de los círculos académicos y científicos. Pero ¿es útil? La doctrina siempre lo es, en la ciencia del

<sup>195</sup> *¿Derechos humanos o derecho natural?*, cit., p. 216.

<sup>196</sup> *Ibidem*, p. 221.

derecho, en la ciencia política, en la filosofía. Lo recomendable es la labor prudencial, y prudencial quiere decir, desde nuestro punto de vista sobre el tema, que no se debe incluir como derechos humanos en las clasificaciones lo que ontológicamente no es ni puede ser derecho (por ejemplo, el derecho a la felicidad, porque no hay prestaciones de terceros que sean capaces de suministrar felicidad al supuesto titular de ese curioso derecho). Y acá viene bien tomar muy en cuenta todo lo que en el curso de nuestro ensayo decimos acerca de la relación de alteridad entre titular y sujeto pasivo, obligación de éste, etcétera, así como lo referente a los derechos por analogado, etcétera. ¿Y no lo que atañe a los derechos "imposibles"? También. Recomendación, pues, que nos permitimos hacer.

A continuación, hay que evitar todo subjetivismo absoluto; el científico tiene que ser todo lo objetivo e imparcial que alcance a ser, y no debe volcar a sus clasificaciones las que sean producto de su exclusiva impresión personal, de sus aspiraciones, de su sentido emotivo. Debe, además, respetar el lenguaje jurídico, con lo que retomamos lo dicho acerca de no llamar derecho ni incluir como derecho algo que no lo es ni lo puede ser.

Es posible que se arriesgue ya no a clasificar los derechos, sino a intentar —en un paso más avanzado— y proponer una "declaración" de ellos, o sea, a formularlos con un cierto lenguaje que se aproxima al de las normas jurídicas. Eso es susceptible de ocurrir si, de *lege ferenda*, o como autor de un proyecto, ya se endereza a emitir sugerencias destinadas a un futuro o posible orden normológico. Pero asimismo es dable que lo haga solamente por un interés doctrinario, y en este sentido recordamos el famoso Código Social de Malinas, o hasta algunos textos eclesiales como encíclicas, mensajes, etcétera, provenientes del magisterio de la Iglesia Católica, que es muy rico en el tema.

Otra cosa totalmente distinta por el nivel y el ámbito en que se sitúa, es la de las clasificaciones cuando se redacta una Constitución; aquí las precauciones del constituyente han de ser muchas, y adoptadas con rigor, por la coherencia unitaria que ha de revestir el texto y por las imposiciones que vienen dadas por el lenguaje normativo, aparte del realismo que una buena técnica constitucional ha de usar celosamente, tanto en orden al ambiente cultural propio como a los condicionamientos de toda clase que influyen en el sistema político. Sobre esto volveremos más tarde.

Pero confesamos que, en el plano de la doctrina, no aspiramos al rigor de un resultado clasificatorio de los derechos, y tampoco es el

propósito de este trabajo proponer un esquema enunciativo de los derechos en forma amplia, que pudiera asemejarse a una declaración análoga a las normativas. Describir y agrupar los derechos que surgen del derecho internacional y del derecho constitucional comparado sería tan arduo —y hasta cargoso— como repasar y clasificar a los que trae la bibliografía científica en el tema.

No negamos que la doctrina sea capaz de abordar la empresa de una clasificación detallista, pero si avanza más allá de la mención y cita de los derechos, y les asigna expansiones de contenido, objeto, tutela, etcétera, o hasta adelanta a su formulación tentativa al modo de una declaración normativa, corre el grave riesgo de incurrir en abstracciones e idealismos poco aptos y compatibles cuando se recapitula la idea de la historicidad de las declaraciones, y de los mismos derechos que ellas contienen. La utilidad orientadora disminuye en mucho.

Se nos dirá que, pese a la disimilitud de culturas computadas, y a la pluralidad de derechos estatales, el derecho internacional ha desafiado los riesgos en sus declaraciones universales y regionales, y lo que es más aún, en los tratados, pactos y convenciones sobre derechos del hombre. Pero estamos ciertos que a ese resultado se ha llegado con una prudencia equivalente a la que recomendamos a la doctrina, y que los catálogos internacionales no descienden a pormenores cuando se aspira a lograr la mayor y más expresiva cantidad de adhesiones y ratificaciones.

Si, entonces, la doctrina ambiciona proponer una clasificación de derechos seria y objetiva, uno de los buenos caminos a recorrer tiene que tomar como guía las tablas de derechos que hoy están incorporadas al derecho internacional.

Entiéndase que no hacemos crítica adversa ni negativa para quienes —filósofos o científicos del derecho— han hecho y hacen el encomiable esfuerzo intelectual de elaborar una clasificación y un listado de los derechos, sobre todo si los iluminan con el sistema de valores que goza de circulación general o universal; es decir, si no se guían por un racionalismo abstracto y apriorístico, ni se encierran para su especulación en una torre de marfil. (Una muy buena sistematización hemos hallado —y la mención no significa desprecio hacia los autores no citados— en el trabajo de Benito de Castro Cid sobre "Dimensión científica de los derechos del hombre").<sup>197</sup>

<sup>197</sup> En la obra colectiva *Los derechos humanos. Significación, estatuto jurídico y sistema*, cit. Una clasificación interesante de derechos de la persona como tal,

Un muy somero y casi superficial intento personal por enumerar los derechos humanos nos lleva a la siguiente enunciación que, por supuesto, no desciende al contenido de cada uno, sino que se limita a su mención. No los agruparemos en categorías (civiles, sociales, económicos, culturales, políticos) aunque más no sea porque algunos derechos tienen, para nosotros, contenidos diversos que permitirían ubicarlos en más de una (así, el derecho a la salud podría ser un clásico derecho civil en cuanto implica, para el sujeto pasivo, no atentar contra la salud ajena; pero es un derecho social cuando en su contenido proyecta al sujeto pasivo obligaciones de dar o de hacer para brindar atención positiva a la salud ajena, prestaciones sanitarias y médicas, etcétera).

La serie es, entonces, esta:

- a) derecho a la personalidad jurídica;
- b) derecho a la vida;
- c) derecho a la integridad física y síquica;
- d) derecho a la dignidad personal;
- e) derecho al nombre;
- f) derecho a una nacionalidad;
- g) derecho a la identidad sexual;
- h) derecho al honor;

i) derecho a la libertad personal, que cabe desglosar en: 1) a la libertad corporal y de locomoción; 2) a la libertad de intimidad o privacidad; 3) a la inviolabilidad del domicilio, de la correspondencia, de las comunicaciones privadas, de los papeles privados, de la sexualidad, de la moral autorreferente;

de la persona cívica, y de la persona social, y más especialmente, de la persona obrera, ha esbozado Maritain en: *Los derechos del hombre y la ley natural*, Buenos Aires, 1943. Una muy original enumeración de derechos personales puede verse en Fernández Sabaté, Edgardo, *Filosofía del derecho*, Buenos Aires, 1984, cap. XVII, donde incluye el derecho a la existencia, a la consistencia, a la subsistencia, a la acrecencia, y a la asistencia. Los agrupamientos (sin citar autores) que suelen hacerse son —entre otros— los siguientes: a) derechos de la persona en sí; de la persona en sociedad; de la persona en cuanto trabaja; de la persona en cuanto ser religioso; de la persona en cuanto ser político; b) derechos inherentes a la existencia de la persona; derechos de protección y seguridad; derechos en la vida política; derechos en la vida socioeconómica; derechos en la vida jurídica; c) derechos a la integridad física y moral de la persona; derechos de libre actuación o de libertad; derechos que promueven un orden social que haga efectivos los dos grupos anteriores de derechos; d) derechos personalísimos; derechos económicos, sociales y culturales; derechos cívico-políticos; derechos de participación (equivalentes a lo que Juan XXIII llamó la socialización, y a los de la participación activa en los círculos sociales que son propios del pluralismo estructural de la sociedad).

*j)* derecho a la libre expresión por cualquier medio apto, que involucra: 1) libertad de dar y recibir información; 2) libertad de crónica; 3) libertad de comunicación; 4) derecho de rectificación y respuesta (o de "réplica", según guste el vocabulario);

*k)* derecho a la libertad religiosa de conciencia y de culto;

*l)* derecho a la libertad de enseñanza, que puede desglosarse así: 1) a la libertad de enseñar y de aprender; 2) a la libertad de educar a los hijos; 3) a la libertad de cátedra;

*m)* derecho de trabajar, que involucra: 1) el aspecto remuneratorio; 2) el aspecto referente a las condiciones dignas de trabajo; 3) el aspecto referente a la duración del trabajo (descansos, estabilidad, etcétera);

*n)* derecho de libre asociación;

*o)* derecho de reunión;

*p)* derecho a contraer matrimonio;

*q)* derecho de petición;

*r)* derecho de contratar, incluyendo la contratación colectiva;

*s)* derecho de huelga;

*t)* derecho de propiedad, incluyendo el derecho sucesorio;

*u)* derecho de ejercer comercio, industria, y actividades lícitas;

*v)* derecho a la seguridad social;

*w)* derecho a la jurisdicción, que involucra el acceso a ella, el debido proceso, y la sentencia justa y eficaz;

*x)* derecho a la libertad política y de participación.

Se nos podrá acusar de omisiones, si se piensa —por ejemplo— en el derecho a la alimentación, a la vivienda, al vestido, etcétera. Respondemos que las supuestas omisiones —aun cuando apunten a derechos que hemos llamado por analogado— admiten encuadres varios, como por ejemplo: en el derecho a la integridad física, en el derecho a la dignidad personal, en el rubro de los derechos implícitos. Y ya que los citamos, hacemos un añadido final al catálogo enumerativo con:

*y)* los derechos implícitos, involucrando en ellos a todos los que, comprendidos en la denominada tercera generación, tienen entidad ontológica para enmarcarse en la categoría de los derechos humanos.