

## LA CRISIS CONTEMPORÁNEA DE LOS DERECHOS SUBJETIVOS

(Reseña de su naufragio en el sistema)

Martín DÍAZ Y DÍAZ

SUMARIO: *Introducción. I. El derecho como contexto de las situaciones subjetivas. 1. Sobre la abarcabilidad del concepto. 1.1 Diversidad de las vertientes constructivas. 1.2 La autoconstrucción. 1.3 La faceta artificial. 1.4 Interioridad o exterioridad: viejo dilema en torno a la comprensión del derecho. 1.4.1 Los postulados de Hart. 1.5 Breve digresión sobre el papel de la dogmática. II. El perfil contemporáneo de los derechos subjetivos. 2.1 Primer acercamiento. 2.2 El derecho subjetivo y las técnicas de protección. 2.3 Consideración sobre los vacíos axiológicos del concepto de derecho subjetivo. 2.4 La vía de la abstracción. 2.5 Los usos dogmáticos. 2.6 Las edades de los derechos subjetivos. III. Elementos contemporáneos para una teoría del desencanto. 3.1 El ambiente. 3.2 El embate kelseniano. 3.2.1 El joven Kelsen. 3.2.2 Las nociones modernas. 3.3 El derecho subjetivo como función de lenguaje. 3.3.1 Algunas tesis de Alf Ross. 3.3.2 Las precisiones de Olivecrona. IV. Algunos problemas en boceto. 4.1 Derecho subjetivo y normas de competencia. 4.2 Derechos subjetivos vs derechos fundamentales. 4.2.1 La confrontación. 4.2.2 El parteaguas de la igualdad. 4.3 El desafío de los intereses difusos.*

### INTRODUCCIÓN

Prácticamente no existe obra de teoría del derecho en la que el tema del derecho subjetivo no aparezca como uno de los referentes centrales. La necesidad de explicar la vinculación que existe entre el derecho positivo y las situaciones subjetivas a que éste da lugar, constituye uno de los requerimientos más apremiantes en cualquier interpretación de los fenómenos jurídicos.

La categoría de derecho subjetivo es, sin lugar a dudas, una creación dogmática y, como tal, ha sido modelada de muy diversas formas según los cánones culturales vigentes en cada periodo

histórico. La idea de los derechos subjetivos surge bajo el entendido de que los individuos son portadores de prerrogativas naturales, inherentes a su propia persona, y que el derecho positivo, por su parte, no tiene más que reconocer. Sin embargo, a medida que la complejidad de las sociedades contemporáneas avanza, las concepciones sistemáticas en torno al orden social han planteado la paulatina declinación del interés por el sujeto. En el plano del derecho específicamente, la caracterización del orden jurídico como sistema ha dado pie a la priorización de los elementos normativos del derecho y a la correlativa obnubilación del contexto social donde éste se produce. Bajo esta perspectiva, los derechos subjetivos aparecen como creaciones del propio orden jurídico.

En el ámbito de la categoría dogmática de los derechos subjetivos, convergen diversos factores difíciles de acoplar. Por un lado, en la estructura propiamente normativa de los derechos subjetivos, están presentes elementos de validez; en cambio, en lo que atañe estrictamente a la subjetivación de las normas, se involucran asuntos de aplicación y, por ende, vinculados a las cuestiones de eficacia. Dentro del derecho subjetivo, tienen que convivir de manera tensa dos tendencias propias del material jurídico: la abstracción y la concretización. Esta dualidad, que radica en la intimidad de la categoría, provoca que el derecho subjetivo tenga que ser abordado tanto a través de puntos de vista internos al ordenamiento, como a partir de enfoques exteriores al mismo.

Con la evolución de las perspectivas analíticas sobre el tema del derecho subjetivo, se evidencia un incremento en la problematización de la materia. De una primera etapa en la que sólo se plantearon cuestiones endógenas atinentes a la estructura de los derechos subjetivos, se ha pasado a una fase en la que los problemas más relevantes se suscitan en el plano de la exterioridad; es decir, se ha dado paso al planteamiento de asuntos que involucran una perspectiva crítica de la institución de los derechos subjetivos. Las aproximaciones alternativas a este tema están determinadas, en buena parte, por el desprestigio actual de la mayor parte de los conceptos políticos modernos; hoy es casi unánime el reconocimiento de que el discurso burgués prometió mucho más de lo que produjo.

El surgimiento de la tendencia a revalorar los derechos humanos dentro de las sociedades contemporáneas es una prueba fehaciente de que los criterios técnicos invertidos en la construcción de la categoría moderna de los derechos subjetivos no son ya funcionales para justificar el afianzamiento de la persona ante la actual complejidad de las organizaciones sociales. El movimiento por los derechos fundamentales viene acompañado de sus propios criterios de legitimación, al grado que se ha prohiado un discurso autónomo que reivindica su independencia de los moldes clásicos elaborados en torno a los derechos subjetivos.

Con el presente ensayo se intenta bosquejar un enfoque crítico sobre el tema, a partir de la forma en que la categoría de los derechos subjetivos quedó fijada en la dogmática alemana del siglo XIX; pero sobre todo, utilizando los desarrollos críticos de la teoría del derecho del presente siglo. Las obras de Kelsen, Hart, Ross y Olivecrona constituyen los parámetros a partir de los cuales se revisa, tanto la anterioridad como la proyección del tema.

## I. EL DERECHO COMO CONTEXTO DE LAS SITUACIONES SUBJETIVAS

### 1. Sobre la abarcabilidad del concepto

1.1 *Diversidad de las vertientes constructivas.* Si algo resulta claro en relación con el uso presente del concepto *derecho*, es que sus alcances semánticos no cubren una realidad homogénea. El complejo de fenómenos sociales comprendidos por dicha denominación responde a patrones relacionales muy diversos pero, sobre todo, alude a distintos niveles de concretización de la realidad social.

a) *Las normas vigentes.* Por una parte, el término derecho se vincula al orden jurídico vigente en los Estados nacionales contemporáneos y a todas las instituciones jurídicas que históricamente surgieron en cada uno de los contextos estatales de referencia. Además, el concepto se usa para designar el orden regulador de las relaciones internacionales entre Estados, organismos multinacionales y corporaciones transnacionales. En la actualidad, el derecho internacional se perfila a dos niveles

bien diferenciados: el regional, que es básicamente derecho de los procesos de integración, y el mundial.

b) *Prácticas y procesos.* Pero el concepto derecho no se dirige sólo al conjunto de normas prescriptivas que componen la materia de los distintos derechos positivos, sino que se extiende también al complejo de prácticas y procesos especializados que concretan las proyecciones institucionales de los distintos ordenamientos jurídicos.<sup>1</sup> Es muy difícil delimitar con claridad el ámbito específicamente normativo o prescriptivo del derecho, porque una buena parte de la existencia del orden jurídico se expresa en los procesos de creación y aplicación de las normas. Aunque una revisión exhaustiva de este asunto pudiera llevar a desautorizar la tesis que apoya la consustancialidad de normas y procesos; lo que no cabría negar bajo ninguna circunstancia es que, entre estos dos tipos de factores, se suscita una condicionalidad recíproca que desemboca en la integración de una unidad funcional prácticamente indisoluble. Tal como los grupos humanos perciben y enfocan normalmente los fenómenos jurídicos, la experiencia y el conocimiento de los órdenes normativos coinciden en una madeja abigarrada en la que confluyen la validez y la eficacia del ordenamiento en cuestión. Un orden jurídico deviene efectivamente funcional para un grupo social sólo cuando se produce un balance adecuado entre la operación de las fuentes formales del sistema y sus procesos de aplicación; en esos casos recupera terreno la afirmación de que al derecho lo integran tanto las normas vigentes, como los procesos a través de las cuáles éstas se hacen efectivas.

c) *Incidencia del ámbito cognoscitivo.* Entre derecho y conocimiento no puede sugerirse una polaridad total; desde muy diversos puntos de vista es factible afirmar que las instituciones jurídicas son condensaciones o sedimentos del conocimiento social.<sup>2</sup>

<sup>1</sup> Vid. HART, H.L.A., *El concepto de derecho*, (trad. Genaro R. Carrión), ed. Nacional, 2a. ed., México, 1978. p.p. 127-137.

<sup>2</sup> Cfr., NINO, Carlos Santiago, *Introducción al análisis del derecho*, Ed. Ariel, Barcelona, 1994. p.p. 315 y ss.

El carácter prescriptivo de las normas jurídicas no desdice su origen histórico; en el fondo, el derecho siempre regula formas específicas de interacción dentro de los grupos humanos bajo una perspectiva de organización modélica; de hecho, es un factor que fija el sentido recíproco de la acción social a través de controles normativos e institucionales. Antes que cualquier otra cosa, el derecho funciona como código especializado de comunicación de valores prescriptivos, a partir de las cuales se califican las conductas de los agentes sociales, bajo criterios de relevancia definidos por el propio sistema; las normas jurídicas transmiten mensajes coactivos con la finalidad de inhibir los comportamientos socialmente indeseados.

Aun asumiendo la validez de las proposiciones anteriores, hay que reconocer que el sentido de las relaciones sociales no se trasluce de una manera lineal en el ámbito jurídico. Así, entre el curso concreto de los acontecimientos sociales y su significado jurídico se desarrolla una mediación peculiar, a través de la cual los juristas aprehenden el sentido llano de los hechos sociales para reexpresarlo bajo los criterios de relevancia formal que construye el derecho. La cuestión estriba en comprender hasta qué grado la reflexión doctrinaria de los especialistas adquiere cuerda propia y puede llegar a ejercer una condicionalidad importante sobre el desarrollo de los ordenamientos jurídicos positivos. A partir de estas ideas se hace explicable que, por derecho, no se entienda solamente el conjunto de normas y procesos formales que tipifican, califican y sancionan las conductas sociales, sino que el concepto se extrapole también a todas las prácticas cognoscitivas de mediación, en las que se generan los criterios sistemáticos que alientan los nexos formales de los ordenamientos jurídicos en vigor.

### 1.2. *La autoconstrucción.*

El rasgo característico de los ordenamientos jurídicos contemporáneos estriba sin duda en su carácter sistemático. Si algún legado hay que reconocerle a la tradición positivista del siglo pa-

sado y de la primera mitad del presente, es precisamente el haber desarrollado la concepción del ordenamiento jurídico como sistema.<sup>3</sup> Amén de los criterios de pertenencia, organización, creación y reproducción del material jurídico, que derivan de cualquier análisis de tipo sistemático, es necesario destacar dos fenómenos que se relacionan de manera íntima con la operación de los ordenamientos jurídicos vigentes:

a) *Autoregulación.* La primera constatación del análisis sistemático del derecho consiste en afirmar que los ordenamientos jurídicos contemporáneos son sistemas autoreferidos.<sup>4</sup> Esto no quiere decir que los fenómenos jurídicos surjan por generación espontánea o que acontezcan al margen de un contexto social determinado; vale aclarar que el derecho es siempre histórico, y que su explicación se torna imposible cuando no se consideran las funciones que desempeña dentro de un ambiente social específico. Sin embargo, gran parte de las tareas operativas del ordenamiento jurídico apuntan a la diferenciación constante de su contenido y al establecimiento de los límites que permiten distinguir la particularidad de los contenidos jurídicos dentro del entorno de relaciones sociales donde se genera el sistema.<sup>5</sup> Pero independientemente del carácter histórico de los fenómenos jurídicos, hoy, los órdenes normativos de este género se construyen sobre supuestos sistemáticos de validez que restringen sus modalidades de reproducción a los cauces formales definidos al efecto por los mismos sistemas en vigor. Bajo esta perspectiva, sólo es derecho lo que el ordenamiento reconoce como tal;<sup>6</sup> cualquier estímulo generador externo, para integrarse al sistema, re-

<sup>3</sup> Vid. RAZ, Joseph, *El concepto de sistema jurídico. Una introducción a la teoría del sistema jurídico*, (trad. Rolando Tamayo). Ed. UNAM, México, 1986. pp. 151-202.

<sup>4</sup> Vid. MARTINEZ GARCÍA, Jesús Ignacio, *La imaginación jurídica*, ed. Debate, Madrid, 1992, pp. 85-86.

<sup>5</sup> Sobre la noción de límite del sistema, Vid. LUHMANN, Niklas, *Sistemas sociales. Lineamientos para una teoría general*, (trad. Silvia Pappe y B. Erker, bajo la coord. de Javier Torres Nafarrete), coed. Alianza y Universidad Iberoamericana, México, 1991. pp. 50-53.

<sup>6</sup> LUHMANN, Niklas, "La observación sociológica del derecho", (trad. Héctor Fiz Fierro), en *Crítica jurídica*, México, número 12, 1993. p. 85.

quiere de un trabajo de cernido, en virtud del cual el hecho o dato a incorporarse ha de ser revestido previamente de las características propias de los elementos del sistema. Sin esta suerte de bautismo sistemático se imposibilita cualquier incorporación o acceso de los elementos exteriores.

Un rasgo típico de los ordenamientos jurídicos de este final de siglo es, precisamente, el de su doble nivel regulador: las normas de derecho se dirigen tanto al conjunto que integra el común de los destinatarios, como a los órganos especializados que tejen el desarrollo y la adjudicación del material jurídico. Desde un punto de vista operativo, se puede afirmar que, cuando una norma se aplica a un caso concreto, no sólo se verifica la individualización del sentido de una prescripción general, sino que el proceso de aplicación implica también la concurrencia de una serie de controles intrasistemáticos que permiten que el derecho mantenga la coherencia interna y la funcionalidad de sus disposiciones. Este tipo de control interno ocurre como una verificación de segundo nivel, la que, para ponerse en marcha, no amerita la movilización de elementos especiales o extraordinarios del ordenamiento vigente; al efecto, basta con que la mecánica del sistema transcurra por sus vertientes comunes. El autoajuste del sistema jurídico a través de su operación ordinaria es la mejor garantía para mantener su funcionalidad. Por eso, a través del despliegue práctico de sus criterios de validez, el sistema genera asimismo las mejores condiciones para su eficacia.<sup>7</sup>

Para conservarse como instrumento efectivo de ordenación el derecho depende de su capacidad de adaptación. El ordenamiento, al ponerse en operación, no sólo "juridiza" la realidad, sino que se abre también a los estímulos del entorno para mantener sus elementos en condiciones adecuadas de aplicación. A esta especie de alerta del sistema, Hart le denominó "textura abierta del derecho".<sup>8</sup>

<sup>7</sup> DÍAZ Y DÍAZ, Martín, *Derecho y orden. Ensayos para el análisis realista de los fenómenos jurídicos*, ed. Fontamara, México, 1998. p. 249 y ss.

<sup>8</sup> *Op. cit. supra* nota (1), pp. 155 y ss.



b) *La clausura parcial.* Los límites del ordenamiento jurídico deben ser lo suficientemente sutiles como para permitir la especificación de sus elementos sin obstruir de manera total la recepción de los estímulos que se producen en el entorno del sistema. Asimismo, estas fronteras tendrán que permear la proyección de las soluciones jurídicas gestadas en el interior, con objeto de que sus efectos puedan alcanzar las expectativas de eficiencia despertadas en el exterior.<sup>9</sup> Si el sistema jurídico operara una clausura sin concesiones, seguramente provocaría la esclerosis de sus prescripciones ordenadoras, lo cual aumentaría de manera muy significativa la tensión del ordenamiento con el resto de la realidad social. La rigidización excesiva de las fronteras del sistema jurídico acarrea como consecuencia inevitable el incremento en el riesgo de desadecuación de sus disposiciones normativas. Por todo lo dicho, es menester que los límites entre el sistema jurídico y su entorno, resulten suficientes para marcar la diferencia entre la interioridad del ordenamiento y el resto de la realidad social, pero en todo caso debe cuidarse que su dureza no llegue al grado de inhibir los flujos de intercambio que necesariamente deben mantenerse entre el sistema y el ambiente con el que éste se relaciona.

El tema de la clausura parcial del sistema jurídico incide también en las posibilidades o imposibilidades de un determinado ordenamiento para asimilar la diversidad de estímulos que se acumulan tanto por la pluralidad de situaciones relaciones con el entorno, como por el desarrollo de estas complejas relaciones en el tiempo. Un sistema jurídico no puede pretender abarcar la realidad desde el flanco de su diversidad; por lo tanto, no le queda otra alternativa que afianzar el sentido básico de sus soluciones más recurridas, para desprender de ellas criterios "dúctiles" que se adapten a la creciente complejidad que genera la dinámica social.<sup>10</sup> El derecho necesita reelaborar de manera continua sus elementos fundamentales con el fin de que ofrezcan un arsenal

<sup>9</sup> *Op. cit. supra* nota (5), pp. 87-88.

<sup>10</sup> *Op. cit. supra* nota (1), p. 158.

variado para la construcción de soluciones casuísticas; por ello, la tarea del sistema jurídico no puede ser otra que la de la continua estabilización de la emergencia.<sup>11</sup> A fuerza de utilizar los antecedentes judiciales y las normas positivas como reguladores de la contingencia, el derecho llega a ejercer un cierto control sobre el sentido de las posibilidades futuras de las relaciones sociales. Para conseguir los efectos deseados, el sistema habrá de operar un proceso de doble reducción: primero de la complejidad y luego de la contingencia; todo con el propósito de mejorar las posibilidades de cálculo en torno a los resultados que produce un ordenamiento que, como el derecho, garantiza coactivamente sus soluciones.<sup>12</sup>

Los límites del derecho no sólo se erigen como barreras perimetrales, también la producción de fórmulas condensadas en las que se concentran los referentes básicos del sistema, juegan un papel destacado en la generación de soluciones jurídicas. Los núcleos técnicos del derecho ejercen un poder tipificador que atrae un sinnúmero de experiencias externas hacia los cauces jurídicos; en este tipo de situaciones, no se trata sólo de encontrar límites específicos siguiendo los criterios de interioridad o de exterioridad a partir de situaciones de pertenencia, sino de conceder un peso real a las posibilidades mimetizadoras del sistema, con el objeto de que éste pueda acercar y hacer aparecer como propios algunos elementos situados originalmente en los márgenes externos del ordenamiento jurídico.<sup>13</sup>

Como quiera que sea, el sistema de fuentes del derecho funciona como el tamiz en el que se verifica la conversión de los datos fácticos de la realidad en actos jurídicamente relevantes. Los hechos pierden su carácter material en el interior del sistema para convertirse en meras condiciones de aplicación de las normas vigentes. La objetividad del derecho, a la que alude Kelsen, no se refiere a una condición material del ordenamiento, como pudiera pensarse en un primer análisis, sino a la generalización de la idea

<sup>11</sup> LUHMANN, Niklas. *Sistema jurídico y dogmática jurídica*. (trad. Ignacio de Otto Pardo). Ed. Centro de Estudios Constitucionales. Madrid. 1983. pp. 20 y 23.

<sup>12</sup> *Op. cit. supra* nota (6), p. 94.

<sup>13</sup> *Op. cit. supra* nota (4), pp. 34-35 y 51-52.

del deber dentro del sistema jurídico y a su expresión como criterio de validez bajo el que se enlazan sus distintos niveles normativos. Lo que determina en última instancia la "realidad" del sistema jurídico es la forma en que éste expresa su propia racionalidad. Este enfoque soslaya cualquier alusión directa al lado fáctico de los comportamientos sociales. Así, el cierre del sistema se produce en torno a su propia abstracción, y lo que queda excluido es el mundo concreto de las relaciones intersubjetivas; a cambio, el sistema sólo conserva la expresión formal y modélica de esas relaciones.

La clausura parcial del ordenamiento jurídico supone el tránsito de sus elementos a través de un pasadizo poco alumbrado en el que los datos no jurídicos terminan por extraviarse. Después del predominio del racionalismo, que alcanza su máximo nivel con la consumación de la idea codificadora, cualquier fuente jurídica ajena a la ley, se coloca al margen de los mecanismos de convalidación formal del sistema. El positivismo, como heredero lógico del legado racionalista, es desde esta óptica, la teoría de la doble reducción, ya que al mismo tiempo avala el desvanecimiento de la realidad en el derecho, y la especificación del derecho en la ley.<sup>14</sup>

### 1.3 La faceta artificial.

Una vez consolidadas las ideas modernas, se hace claro que el mundo occidental habría de vivir en lo sucesivo bajo el influjo de su producción simbólica. La realidad social no será más un legado inamovible, sino un curso de acción que se construye a partir del pensamiento. Dentro de este marco de nuevas convicciones, las ideas legitimadoras del orden social no funcionan sólo como criterios de justificación *a posteriori*, sino que se convierten en causa eficiente del sentido de los acontecimientos por venir. La idea de la igualdad, por ejemplo, no pretende únicamente justificar la validez de un determinado discurso, sino que tiende también a transformarse en una aspiración viva que, a querer o no, termina por hipostasiarse en los móviles concretos de la acción social.

<sup>14</sup> Cfr., ZAGREBELSKY, Gustavo, *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*, (trad. Morina Gascón). Ed. Trotta, Madrid, 1995. pp. 30-33.

El derecho, al tiempo que regula también prefigura la realidad social; al poner en juego sus capacidades ordenadoras deviene, a fin de cuentas, dispositivo de construcción pero, en cuanto se torna mecanismo, el derecho se transforma también en un factor construido. Su génesis, dentro del catálogo de las novedades modernas, se liga a la idea de la voluntad mayoritaria y a la razón técnica. La magnitud y la importancia de la creatura jurídica moderna sólo es equivalente en la historia occidental a la invención del Leviatán: persona artificial y prepotente que gobierna el mundo a partir de la fuerza que le atribuyen sus propios súbditos de manera voluntaria.

a) *Los antecedentes.* Entre los filósofos modernos es Kant el que con mayor énfasis plantea la necesidad de escindir a la sociedad de la naturaleza. En forma coincidente, los contractualistas escribieron con la convicción de que el orden social es algo que requiere construirse a partir de parámetros convencionales; de otro modo, hubiera resultado imposible paliar las insuficiencias del estado natural, o si se prefiere, de las circunstancias históricas que tal estado disimula. Las explicaciones causales, idóneas para describir el curso de los procesos naturales, resultan demasiado duras para dar cuenta de los procesos históricos. La naturaleza aleatoria de las relaciones sociales (a la que hoy se conoce como contingencia), y la sobrevaloración del papel de la voluntad individual, fueron ambos factores de peso para que los pensadores modernos aceptaran acogerse a una explicación absolutamente artificial de la vida civil. Resultaba siempre más sencillo imaginar el perfil del mundo deseado a partir del ocultamiento y la negación de las rémoras del mundo real, que construir una tierra prometida desde los cimientos de una circunstancia social distorsionada.<sup>15</sup>

A diferencia de las descripciones puntuales que amerita la explicación de los fenómenos de la naturaleza, los procesos sociales no pueden referirse e interpretarse sin involucrar sesgos valorativos. La explicación moderna del origen de la vida civil no es más

<sup>15</sup> Vid, por ejemplo, GARMENDIA, Guillermina y SCHNAITH, Nelly, *Thomas Hobbes y los orígenes del estado burgués*, ed. Siglo XXI, Argentina, 1973, pp. 128-136.

que una fórmula alegórica que traiciona el más elemental sentido de la historia. Sin embargo, es claro que los pensadores del mundo moderno no buscaron ser exactos en sus apreciaciones sobre la vida social, su propósito estuvo encaminado al descubrimiento de un mito de origen, por medio del cual pudiera reconstruirse —o si se prefiere, justificarse— un sentido específico y nuevo de la organización social. Bajo esta lógica, resultaba preferible la solución simbólica.

Redimir al individuo de los trasfondos corporativos del Estado del Antiguo Régimen era algo que no podía lograrse en los hechos de manera instantánea; por lo mismo, fue necesario operar primero dicha redención en el discurso, en sus evocaciones y en sus promesas. El discurso burgués fue el primer avance en el movimiento revolucionario que se propuso poner a flote la condición autónoma del individuo; sin embargo, la evolución de este proceso liberador no condujo a la efectiva autonomía de los agentes sociales, sino a una transformación parsimoniosa en la que los cambios sociales han ocurrido a cuenta gotas. El discurso en cambio, desarrolló con prontitud cotos institucionales que aún lo mantienen vigente como promesa de salvación.

b) *El derecho como artificio.* De acuerdo con las ideas modernas el hombre surge a la vida civil como portador de prerrogativas naturales. El gran tema de la organización de la vida en común consiste precisamente en dar un sitio seguro a esos derechos presociales dentro de la nueva estructura social. Formalmente, el Estado quedó definido como una instancia de protección de los derechos individuales. El derecho, por su parte, debería aportar un conjunto de fórmulas técnicas por medio de las cuales las prerrogativas inciertas que corresponden al individuo en el estado de naturaleza, reaparecerán en la vida civil como derechos universalmente garantizados. Bajo este enfoque, la ley no tiene otro propósito que ofrecer seguridad a los titulares de los derechos individuales; se convierte, por su carácter coactivo, en un medio idóneo para conferir extensión y reconocimiento universal a las viejas prerrogativas preciviles. El derecho se yergue así como límite del poder y se convierte en el mecanis-

mo racionalizador por excelencia del ejercicio político. La legalidad de los actos de gobierno obedece a un control finalista de la acción pública en aras del cual se desdeña e incluso se reprime cualquier ejercicio gubernativo que no se subordine al modelo del hombre— fin. La organización política moderna persigue como prioridad indiscutible la realización individual de sus miembros.

El entusiasmo del pensamiento burgués que corresponde al periodo de ascenso fue sometido en los siglos posteriores a un proceso que desbravó sus aristas más radicales, al grado que las ideas positivistas terminaron por entronizar la *lex* y por subordinar al *ius*. A partir del asentamiento del proceso de codificación, los sujetos de derecho dejaron de ser contemplados como portadores de prerrogativas naturales, para convertirse, poco a poco, en entidades referenciales anónimas sobre las que habría de recaer todo el peso de la obligatoriedad de la ley.<sup>16</sup> El positivismo progresó tanto en el afianzamiento de la idea de orden, que diluyó parcialmente los rasgos con dedicatoria humanista que promovían algunas de las ideas jurídicas surgidas en los periodos precedentes. El positivismo, sobre todo en su vertiente analítica, terminó por exorcizar los elementos no jurídicos del derecho, reservando al ámbito de los procesos jurídicos únicamente los fenómenos normativos. Y con el positivismo llegó el auge constructivista al derecho: la ley fue entonces considerada el producto formal de la voluntad general; el contrato, la obra inédita de la voluntad de las partes; el sujeto de derecho, la confección mejor perfilada del ordenamiento normativo. En adelante, no hubo más derechos preexistentes ni agentes sociales con nombre y apellido; impera desde entonces la idea de la determinación sistemática, la cual prioriza a toda costa los aspectos normativos del ordenamiento en desmedro de cualquier otro factor.

El derecho abandonó la imagen eufemística que lo presentaba como vehículo para la realización de ciertos valores subjetivos y se convirtió en una técnica de control de los comportamientos so-

<sup>16</sup> Vid. TARELLO, Giovanni, *Cultura jurídica y política del derecho*, (trad. Isidoro Rosas Alvarado), Ed. FCE, 1995. pp. 49-52.



ciales; o quizás haya que decir: dejó de ser una técnica de control encubierta para transformarse de plano en una herramienta visible de la organización social. El positivismo no dudó en cortar los nexos del derecho con sus orígenes divinos y limpió al mismo tiempo el halo metafísico de los aspectos valorativos que, hasta entonces, se habían considerado consustanciales a los fenómenos jurídicos. Tal fue el caso por ejemplo del valor de la justicia.<sup>17</sup>

Ya ubicado como obra social, el derecho resintió a fuerza los excesos de tangibilidad que le propició su nueva situación mundana, y con objeto de contrarrestar la amenaza de la ineficacia de los procesos de diferenciación de sus elementos y para evitar su consecuente vulgarización, el positivismo desarrolló la idea de la naturaleza sistemática del derecho hasta niveles inauditos. En especial, *La teoría pura del derecho* se ofreció como el esfuerzo más logrado para dotar a lo jurídico de un espacio normativo específico, desde el cual se reputan como ajenos todos los procesos sociales que no tienen la posibilidad de expresarse a través de formulaciones hipotéticas, en las que los comportamientos sociales sean tipificados como condiciones de aplicación de las normas que originan ciertas consecuencias coactivas. Independientemente de las simpatías o el rechazo que *La teoría pura* pueda suscitar, es un hecho que sus proposiciones aciertan en muchos de los aspectos de la operación real de los órdenes jurídicos contemporáneos. Como lo afirma Pietro Barcellona, con el pensamiento kelseniano el derecho hizo consciente su capacidad de denominar la realidad: las sociedades modernas y contemporáneas tienen, antes que cualquier otro atributo, el de ser sociedades jurídicas. Es un hecho que la vida social contemporánea está impregnada de determinaciones normativas.<sup>18</sup>

Queda por discutir si una autonomización excesiva del orden jurídico en relación con el contexto en el que acciona no incrementa el riesgo de alienación del derecho.<sup>19</sup>

<sup>17</sup> Vid. KELSEN, Hans, "El derecho como técnica social específica", en *¿Qué es justicia?*, (Ed. española a cargo de Albert Calsamiglia), Ed. Ariel, Barcelona, 1991. pp. 152 y ss.

<sup>18</sup> BARCELLONA, Pietro, *El individualismo propietario*, (Trad. Jesús Ernesto García), Ed. Trotta, Madrid, 1996. p. 23.

<sup>19</sup> *Ibidem*, p. 59.

A más distancia y mayor abstracción de las normas jurídicas respecto a las relaciones fácticas que regulan, puede haber mejores condiciones de elaboración sistemática, pero también menores oportunidades de que el derecho se convierta en un cauce efectivo para la realización mayoritaria de los intereses de los agentes sociales en su versión concreta.

#### 1.4. Interioridad o exterioridad: viejo dilema en torno a la comprensión del derecho

##### 1.4.1. Los postulados de Hart

Reconocido el hecho de que los sistemas jurídicos se cierran parcialmente y se distancian del resto de los fenómenos sociales, es posible plantear dos modalidades cognoscitivas distintas entorno al derecho, a saber:

a) *El punto de vista interno*. Cuando ciertas reglas de conducta de un grupo son efectivamente aplicadas, podemos suponer que su sentido cuenta con un asentimiento generalizado por parte de sus destinatarios, o bien que las disidencias no alcanzan un nivel de efectividad suficiente para desvirtuar en los hechos las directrices básicas que dichas prescripciones establecen. Quienes aceptan el sentido de las reglas y las adoptan como guías efectivas de conducta, se encuentran en una situación "natural" o espontánea de sumisión hacia su sentido prescriptivo; para ellos, las normas son, sin más, disposiciones obligatorias. La comunicación que efectúan entre sí los sujetos que obedecen el carácter prescriptivo de un sistema determinado de reglas, está condicionada precisamente por el reconocimiento común que otorgan a su carácter obligatorio. El cuestionamiento de la situación de sumisión es algo que se excluye por completo en tales casos.

Según Hart, la "interioridad" del punto de vista de quienes acatan determinadas reglas, depende de la aceptación o el reconocimiento de la obligatoriedad de esas disposiciones. De este modo, el asentimiento mayoritario de los agentes a los que van dirigidas las reglas, se convierte a su vez en una condición básica para su



efectividad. El verdadero refuerzo de las reglas no queda depositado en la potencia coercitiva que las sustenta, sino en la forma en que éstas expresan el sentido de las regularidades sociales en las que tales reglas apoyan su sentido.<sup>20</sup>

Desde el punto de vista de las actitudes cognoscitivas es dable sostener que la dogmática jurídica entraña una posición que se inscribe definitivamente bajo el rubro del respeto al carácter prescriptivo del derecho. La dogmática acepta de buen grado las proyecciones obligatorias del ordenamiento jurídico y asume con humildad el sesgo utilitario y funcional que caracteriza a sus productos. Paradójicamente, el ejercicio dogmático consiste en transitar los reductos de los argumentos de validez, si bien sus orientaciones apuntan normalmente a la solución de problemas interpretativos de índole práctica. El inevitable descenso de los pensadores dogmáticos al terreno de la eficacia no suele ser directo ni plenamente consciente, como ocurre habitualmente con el sociólogo; el dogmático explora la casuística a partir de un enfoque tópicico, cuyos perfiles siguen finalmente la perspectiva de los conceptos de la ley. Donde más claramente se percibe la subordinación del enfoque dogmático al sentido prescriptivo del derecho es en el ámbito de la construcción de soluciones, ya que las propuestas que produce este tipo de trabajo, casi siempre priorizan la legitimación que producen las normas, más que la justificación del propio aparato argumentativo. El sentido de la actividad dogmática se puede sintetizar diciendo que el orgullo lógico de sus argumentos está siempre dispuesto a ceder su lugar al carácter obligatorio de la ley.

b) *El punto de vista externo.* Para Hart, la exterioridad de los enfoques sobre el derecho es algo que corresponde a quienes contemplan los avatares de un sistema jurídico sin estar comprometidos con el influjo ordenador de sus disposiciones. Se trata en todo caso de una actitud de observación distante, desde la que se puede afirmar, con pretensiones descriptivas, si las reglas del ordenamiento enfocado se aplican o dejan de aplicarse.

<sup>20</sup> *Op. cit. supra* nota (1), pp. 110-113.

El observador externo no se inmiscuye ni con la obligatoriedad de las normas vigentes, ni con los valores que las reglas avistadas pudieran establecer. Esta actitud neutral favorece los juicios críticos sobre el ordenamiento que, desde la perspectiva interna, se encuentran radicalmente inhibidos.<sup>21</sup>

En el ámbito del conocimiento, la observación distante es algo que puede llevar a cabo, por ejemplo, el sociólogo del derecho; no el jurista práctico, para quien el efecto ordenador de las normas con las que trabaja ocupa un lugar preponderante. La función de la jurisprudencia práctica ofrece la oportunidad de un pulimento cuidadoso de las herramientas jurídicas; sin embargo, constituye también un obstáculo a la visualización exterior del derecho. La excesiva tecnificación del conocimiento jurídico siempre produce efectos iniciáticos que redundan en la alienación del sistema jurídico, respecto a la sociedad que lo produce.

Sólo en aquellas ocasiones que el teórico del derecho se torna en analista crítico del ordenamiento es posible predicar de él que ha trascendido con su actitud y sus pretensiones los límites dogmáticos. Fuera del horizonte cuadrado de la doctrina utilitaria, la teoría se hace mucho más libre, aunque definitivamente también menos funcional.

c) *La construcción de un enfoque integral.* A diferencia de Kelsen, que se esmeró por construir un enfoque específico para el conocimiento de los órdenes jurídicos, si bien reconoció el ámbito alternativo de los encuadres sociológicos, Hart propone una manera de conocer el derecho que respete la complejidad de su objeto; se trata, según esto, de no disociar las perspectivas —interna y externa— del conocimiento, sino de integrarlas en una visión unitaria que pueda atender, al mismo tiempo, los aspectos de validez y los de la eficacia; que ambicione asimismo, lograr la correlación entre los enfoques causales y los normativos. De otra suerte, la opción alternativa por cualquiera de las disposiciones llevará como sino la parcialidad.

<sup>21</sup> *Loc. cit.*

En el plano de la construcción cognoscitiva la solución esgrimida por Hart sugiere establecer una especie de relación dialéctica entre la dogmática y la crítica. La intención de un análisis integral no tiene por qué dirigirse totalmente a la desmitificación de los dogmas, sus pretensiones pueden orientarse también a una reconstrucción precisa de la operación del sistema jurídico, desde la perspectiva de la función que el derecho juega en los respectivos contextos sociales. Este punto de vista no abandona la solución interna, sino que la coteja críticamente con sus resultados sociales. Asimismo, un enfoque de esta naturaleza, no soslaya las regularidades fácticas que se consiguen a partir de las referencias jurídicas, sino que se orienta a subrayar la influencia del derecho en el sentido y en las tendencias de los comportamientos colectivos.<sup>22</sup>

Conocer un determinado instituto jurídico a partir de sus reductos dogmáticos, como es el caso del derecho subjetivo, implica tanto el afianzamiento de los argumentos técnicos de la categoría normativa que se visualiza, como un distanciamiento intencional que establezca conclusiones sin demandar el compromiso del intérprete con las premisas convencionales sobre las que se basa la obligatoriedad de las disposiciones jurídicas. Tratando de hacer la tesis más explícita, hay que agregar que, cualquier análisis que pretenda integralidad en la revisión de la categoría de los derechos subjetivos debe, primero, subir la espiral de abstracción que trazó la construcción dogmática de este concepto, pero enseguida, tendrá que desandar el camino para recuperar las vertientes concretas en las que dicha categoría expresa su función.<sup>23</sup>

Para ilustrar algunas de las posiciones clásicas sobre el tema del derecho subjetivo, se deben traer a colación las obras de Ihering y Windsheid, como muestra de los intentos que ha efectuado la jurisprudencia para explicar dogmáticamente dicha categoría normativa. Como propuesta crítica de tipo endógeno, cabe citar la obra de Kelsen, quien intentó desacreditar los planteamientos dualistas y propuso una explicación exclusivamente desde el punto de vista

<sup>22</sup> *Ibidem*, p. XII (Introducción)

<sup>23</sup> Cfr., FERRAJOLI, Luigi, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, (trad. de Ibáñez, Ruiz Miguel, Bayan Terradillos y Cantarero; Prol. Norberto Bobbio), ed. Trotta, Madrid, 1997, pp. 905 y ss.

del derecho objetivo. Los planteamientos kelsenianos no pretendieron trascender la dogmática sino rectificarla. Frente a este tipo de posturas endógenas, la escuela realista escandinava ha propugnado por una revisión crítica de los derechos subjetivos que parcialmente se coloque al margen de la interioridad del sistema. Los juristas escandinavos plantean la crítica del carácter normativo y valorativo del derecho a partir de la dimensión fáctica; por eso, su revisión inmiscuye elementos sociológicos que desorbitan los cánones habituales del trabajo dogmático, pero que constituyen una referencia obligada para la crítica contemporánea de la noción de derecho subjetivo.

Es tanto lo que se ha escrito a la fecha sobre el derecho subjetivo, que lo único que justifica la persistencia en el tema es la posibilidad de plantear un enfoque que unifique en un mismo curso analítico los sesgos dogmáticos y los tamicos críticos. Al respecto, los trazos básicos de la jurisprudencia escandinava constituyen un valioso principio.

### 1.5 Breve digresión sobre el papel de la dogmática

La dogmática jurídica se coloca por sus pretensiones más cerca de la técnica que de la ciencia, aunque casi nunca sus practicantes pronuncian una abjuración completa en torno de ésta última. La dogmática consiste en un cuerpo de categorías analíticas que reúnen un gran potencial sistematizador. Sus contornos admiten versiones muy variadas que van, desde concepciones tan elementales como la exégesis, hasta propuestas tan elaboradas como la tópica o la lógica deóntica. En todos los casos, sin embargo, la dogmática se caracteriza por la prioridad que otorga a su función. La guía del trabajo dogmático no es autónoma, sino que se encuentra imbricada en una situación de codependencia respecto del orden jurídico positivo.<sup>24</sup> La dogmática no es, en síntesis, una modalidad de la libre elucubración, sino que su sentido apunta invariablemente a la maximización de los aspectos operativos del ordenamiento jurídico. Entre las vertientes funcionales de la dogmática se pueden apuntar las siguientes:

<sup>24</sup> *Op. cit. supra* nota (2), pp. 321-322.

a) *Elaboración del material jurídico.* La dogmática, desde este punto de vista, es una forma de construir las piezas del derecho. La generalización y la síntesis aplicadas al tratamiento de casos, soluciones, normas escritas o dictámenes son sólo algunas de las tareas constructivas que realizan los juristas dogmáticos con enorme destreza. A este nivel se prepara el material abstracto de la ley y las sentencias. Se afinan y pulen los enunciados y principios en torno de los cuales se agrupan y construyen los productos normativos. El desarrollo de la dogmática cumple una función unificante del material jurídico a través, precisamente, del establecimiento de los dogmas básicos que acompañan sustancialmente la suerte del sistema.<sup>25</sup> La validez del ordenamiento depende de su homogeneidad, o más precisamente, de la posibilidad de verificar el material normativo de una manera uniforme, a partir de la proyección unitaria de los principios básicos del sistema.

La dogmática supone un campo de prohibiciones que deben quedar a salvo de cualquier cuestionamiento; al respecto, el primer dogma de un sistema jurídico es el de la obligación que se impone a sus destinatarios de obedecer sus disposiciones. En este sentido, como lo afirma Luhmann, "el sistema depende de no tener que fundamentar su fundamentación".<sup>26</sup> El derecho trabaja sobre la asunción de algunos presupuestos básicos, como es, desde luego, el de su propia obligatoriedad. La dogmática, con su actitud de no disputar sobre los principios del sistema y elaborar sus desarrollos conceptuales bajo el presupuesto de la obediencia, colabora a reproducir a través de cada una de las categorías que construye, el mensaje de la obligatoriedad del derecho.

b) *Sistematización y control.* El conocimiento dogmático ha desarrollado un gran poder de catalogación y jerarquización del material jurídico; sus categorías conforman el trazo principal de las codificaciones modernas y de las leyes contemporáneas.

<sup>25</sup> VIEHWEG, Theodor, *Tópica y filosofía del derecho*, (trad. Jorge M. Seña), ed. Gedisa, Barcelona, 1991, p. 17.

<sup>26</sup> *Op. cit. supra* nota (6), p. 99.

Sin el previo trabajo de sistematización dogmática la producción legislativa resultaría inentendible. El presupuesto de unidad que construye este tipo de enfoque, se ofrece como un instrumento privilegiado de control para mantener la coherencia de los ordenamientos jurídicos. La dogmática consigue aislar los procesos del derecho y verificar sus criterios de validez sin tener que atender de inmediato a la eficacia de las disposiciones que lo integran. Es un enfoque que impide el contraste directo entre el ordenamiento jurídico y las partes más agresivas del contexto al que se debe; la "doctrina" constituye, desde este punto de vista, una especie de pseudoexterioridad que favorece el ajuste del derecho a través de un sistema de conceptos asentados con anterioridad.<sup>27</sup>

c) *Intermediación y extensión.* La dogmática es una técnica interpretativa que prohija el incremento de soluciones jurídicas a partir de una oferta limitada de opciones normativas; o dicho de otro modo, el ejercicio dogmático hace rendir la ley por encima de sus pretensiones originales, abriendo sus contornos a un número de posibilidades adicionales a aquellas que constituían el objeto primario de la regulación.<sup>28</sup> Más allá de las analogías y de las posibles extrapolaciones del sentido de la ley a las variantes que ofrece la realidad, sólo queda el recurso extremo de la reforma legislativa y, en muchas ocasiones, aún ésta se encuentra condicionada por los desarrollos previos de la dogmática, que, en situaciones límite, llega a pronunciarse por la insuficiencia de la ley, otorgando opciones viables de remplazo, pero siempre bajo el criterio de mejorar las condiciones prescriptivas del ordenamiento en cuestión.

Los ejercicios interpretativos que se producen bajo los influjos dogmáticos constituyen una forma de reacción de los especialistas del derecho ante el carácter poco flexible de la ley escrita. La ponderación desde distintos escenarios de solución confiere a los preceptos legales una posibilidad adicional de extensión;

<sup>27</sup> *Op. cit. supra* nota (11), p. 84.

<sup>28</sup> *Ibid.*, p. 32-36.



una posibilidad que por cierto no procede de sí mismos, sino de la apertura que consiguen darle los intérpretes a fuerza de resolver conflictos prácticos.

Algunas tareas dogmáticas promueven la incorporación de ciertas situaciones novedosas al cuerpo del derecho positivo; la tipificación de conductas sociales dentro de los cauces normativos supone casi siempre un tratamiento preliminar a partir de categorías conceptuales.<sup>29</sup> Los hechos no suelen ingresar de una vez en los moldes prescriptivos en los que se habrá de operar su valoración jurídica; previamente reciben un baño conceptual que los categoriza y los hace manejables desde la dimensión abstracta en la que se verifica el proceso de reducción de la diversidad. Así, los acontecimientos, antes de ser encuadrados y enjuiciados, son nombrados en términos jurídicos; sólo hasta que son rebautizados con las claves semánticas del derecho, los hechos sociales se consideran a punto para su aprehensión normativa.

## II. EL PERFIL CONTEMPORÁNEO DE LOS DERECHOS SUBJETIVOS

### 2.1. Primer acercamiento

Una aclaración pertinente que debe efectuarse es que el término *derecho subjetivo* no denota una categoría intemporal. Aunque con antecedentes en Roma y en la segunda escolástica, la noción es en realidad moderna. La idea del derecho subjetivo se vincula de manera obvia a la reivindicación de la condición individual de los agentes sociales frente a la organización política; se trata, por una parte, de una reacción contra el sofocamiento corporativo y, por otra, de la expresión de los propósitos garantistas y valorativos que el pensamiento liberal atribuye como finalidad al orden jurídico positivo. La noción de derecho subjetivo fue acuñada para precisar situaciones o posiciones jurídicas de las personas individualmente consideradas. Es una categoría que aunque supone ciertos vínculos sociales, obnubila el carácter relacional específico del que proceden los conceptos *derecho* y *deber*.

<sup>29</sup> *Op. cit. supra* nota (4), p. 51.

A pesar de que la noción de derecho subjetivo no fue pensada exclusivamente para ser funcional al mercado, es difícil localizar otro instituto jurídico con una vocación tan manifiesta para las relaciones de intercambio. La concepción abstracta de los sujetos y del objeto implicado, pero principalmente el papel que se atribuye a la voluntad autónoma, encajan a la perfección con la idea del contrato en sus versiones modernas. El intercambio garantizado por la coacción y la probabilidad de apoyo que brinda el aparato jurídico a los intereses materiales de los sujetos, particularmente de aquellos que se encuentran en el papel de propietarios, son los dos rasgos que más llamaron la atención de Max Weber en torno a los derechos subjetivos; su interés se hizo manifiesto al exponer el tema de las relaciones entre el orden jurídico y el orden económico. Para Weber, el instituto dogmático del derecho subjetivo reviste un interés especial en cuanto funciona como regulador de las expectativas futuras que se desprenden de las relaciones de intercambio.<sup>30</sup>

Dentro de la dogmática jurídica la noción de derecho subjetivo representa el papel de gran articulador de las posiciones de los agentes que fungen como beneficiarios de las ventajas subjetivas que otorgan las normas generales al individualizarse. Se trata de una categoría de uso intensivo, en la que se refleja de un modo fiel la inversión del sentido de las relaciones de dominación que se realiza en el derecho. El sentido básico de una relación social de poder en la que se produce la postración de uno de los agentes, aparece completamente reformulada en el plano de las apariencias jurídicas; a este nivel lo más relevante es la definición abstracta de las potestades que corresponden al titular del derecho. Y tanta presencia tiene esta noción que prácticamente no hay obra de teoría del derecho que no se encargue exhaustivamente de este asunto.

Para poder aislar correctamente el campo específico en el que opera el concepto de derecho subjetivo, hay que dirimir cuando menos dos cuestiones, a saber:

- a) *Que el derecho subjetivo se define en contraposición al derecho objetivo*; es decir, forma parte de una mancuerna de con-

<sup>30</sup> WEBER, Max, *Economía y sociedad*, (trad. Echavarría, Roura, Ímaz, García Máynez y Ferrater), ed. FCE, México, 1964. pp. 254-266.



ceptos, por cierto no reconocida de manera unánime, cuya extensión abarca las dos tradiciones jurídicas más importantes del mundo occidental: en los países agrupados por el *common law* la dualidad se manifiesta en los conceptos *law* y *right*; en los países de la tradición románica, la contraposición se encuadra en la pareja ley y derechos, que en más de un sentido corresponde a la antigua dicotomía entre *ius* y *lex*.

- b) *El reconocimiento del sujeto como portador del derecho.* Para quienes aceptan la existencia de los derechos subjetivos hay una premisa básica de la que no pueden apartarse: el reconocimiento de la existencia autónoma de los sujetos a quienes se identifica, ya sea como portadores o como destinatarios de las ventajas subjetivas que establecen las normas objetivas. La noción de derecho subjetivo queda, bajo este punto de vista, prefigurada por el concepto de sujeto. Los agentes sociales son concebidos, en términos del pensamiento moderno, como personajes autónomos que enarbolan una voluntad sin determinaciones materiales.<sup>31</sup> La tesis kantiana del hombre-fin representa la expresión más racionalizada de un tipo de vida en el que se privilegia el protagonismo individual y el ejercicio autónomo de la voluntad.

La época postmoderna no comparte los perfiles personalistas del periodo histórico anterior. En las sociedades actuales la dimensión sistemática del derecho ha terminado por diluir las referencias subjetivas. Los agentes sociales ya no son convocados como los protagonistas singulares de los procesos jurídicos, sino que su existencia queda subordinada a los criterios de relevancia del sistema. A diferencia de la época moderna, donde la finalidad de la ley era garantizar la efectiva atribución a los sujetos del disfrute del *ius*, en las sociedades postmodernas, al *ius* se le confiere sólo la categoría de un efecto reflejo de la *lex*.

Una de las reflexiones luhmannianas más impactantes pone de manifiesto que la noción de persona, con la que trabajan habitualmente los órdenes jurídicos, ha sido utilizada desde la antigüedad,

<sup>31</sup> FIORAVANTI, Maurizio, *Los derechos fundamentales. Apuntes de historia de las constituciones*, (trad. Manuel Martínez Neira; Present. Clara Álvarez Alonso), ed. Trotta, Madrid, 1996. pp. 35-46.

siempre con la intención de soslayar las condiciones materiales de los sujetos sociales.<sup>32</sup> El concepto de persona obviamente no colma su significado aludiendo a las características de los agentes que designa, sino que es el producto de la interpelación genérica del sistema a los agentes a los que se dirige. El término persona se acuña en el sistema, no en la parcela que corresponde a los sujetos; por ello, su función consiste en reducir las posibilidades de acción de los agentes al tipificar en roles restringidos sus movimientos probables.

El ordenamiento jurídico se garantiza a sí mismo cuando encuadra la libertad y la reduce al ámbito de posibilidades que concede el propio aparato jurídico. La persona no es entonces el sujeto ideal de la libertad irrestricta, sino el referente mediato de la tipificación de las conductas autorizadas dentro del marco del ordenamiento regulador.

## 2.2 *El derecho subjetivo y las técnicas de protección*

- a) *El derecho subjetivo como técnica de aseguramiento.*- Para ubicar la noción *derecho subjetivo* en la amplitud del universo dogmático hay que tener claro que el concepto alude a una técnica específica de aseguramiento jurídico, mediante la cual se garantizan ciertas ventajas a favor de los sujetos que se definen como titulares, ya sea contra el poder público, o bien contra cualquiera que se coloca en un plano de ilicitud al bloquear la realización del derecho. En último análisis, la técnica del derecho subjetivo expresa una modalidad de protección que brinda al titular del derecho la posibilidad de activar los mecanismos coactivos del poder público en favor de sus intereses protegidos.<sup>33</sup> El instituto en cuestión concreta la idea de hacer participar a la fuerza pública como aliado del titular con el propósito de que éste pueda colmar las ventajas de la situación jurídica que define una norma objetiva a su favor.

<sup>32</sup> LUHMANN, Niklas, *Complejidad y modernidad. De la unidad a la diferencia*, (ed. y trad. Jostein Beriaín y José María García), ed. Trotta, Madrid, 1998. pp. 236 y 242.

<sup>33</sup> Vid. PEÑA FREIRE, Antonio M., *La garantía en el Estado constitucional de derecho*, (prol. Tomás-Ramón Fernández), ed. Trotta, Madrid, 1997. p. 130-131.

La titularidad del derecho subjetivo funciona como un halo protector de las ventajas que concede el ordenamiento objetivo y, por ello, juega como un factor que incrementa las posibilidades de disfrute individual y las posibilidades de cálculo en general.

- b) *Relevancia de la forma de protección.* La segunda idea útil para la localización del concepto *derecho subjetivo* consiste en entender que no son los contenidos materiales o volitivos de un derecho los que le dan sustento a esta categoría. Para ejemplificar, no puede buscarse la sustancia de una noción funcional como la que nos ocupa en el contenido de un derecho como en el caso de la propiedad; el ordenamiento jurídico sólo efectúa el posicionamiento del sujeto titular a través de una interpelación normativa que garantiza una situación de ventaja a favor del derechohabiente. Pero lo específicamente jurídico del derecho subjetivo no está en los rasgos peculiares de las prerrogativas que confiere sino en la forma en que coloca al sujeto, permitiéndole activar los mecanismos de protección que el derecho define a su favor.

Uno de los aspectos que otorgan más fuerza a la noción de derecho subjetivo es la funcionalidad que tienen este tipo de soluciones para albergar el sentido de los actos futuros manteniendo su próxima realización en una situación potencial. El derecho subjetivo, como otras tantas piezas de los ordenamientos jurídicos, visto desde una perspectiva institucional, remite a una sociedad donde el conflicto forma parte fundamental del cálculo que realizan quienes tienen a su cargo la organización. Los derechos subjetivos previenen contra los comportamientos que impiden la realización de expectativas personales protegidas por el aparato coactivo del sistema. Las conductas que impiden la consumación de una ventaja garantizada son calificadas *ipso facto* como proceder ilícitos; de ello se sigue que tales conductas quedan identificadas como condiciones para la aplicación de sanciones, actos represivos, compensatorios o simplemente de abstención, según sea el caso de la consecuencia prevista en la norma de derecho objetivo que regula la situación. Como es obvio, la efectividad de

la norma que confiere el derecho subjetivo a su titular no depende completamente de la actualización de la coacción, sino que también abunda en su favor el conjunto de móviles éticos, políticos, psicológicos o de otra índole que determinan a los sujetos obligados para adoptar la decisión de respetar los derechos de otro.

El tema de la efectividad de los derechos subjetivos, reverdece a su paso el asunto del ocultamiento parcial de la noción de deber y de la obnubilación del carácter relacional de la situación subjetiva que protege el ordenamiento jurídico. Y ello es así, porque la cuestión de la efectividad es un asunto fáctico, como fácticos son también los aspectos que el derecho oculta al utilizar una noción que atiende exclusivamente al polo positivo, de ciertas relaciones que generan desigualdades reales entre los agentes sociales.<sup>34</sup>

El concepto de derecho subjetivo conecta mejor con el resto de las piezas dogmáticas por el lado de su enorme poder de síntesis. El grado de abstracción al que se construye esta categoría le confiere una gran capacidad envolvente que lo mismo le permite albergar prerrogativas surgidas de los contratos, que permisiones o potestades. Pero precisamente la gran diversidad que cabe en esta noción es la que obliga a distinguir subgrupos y tipos de prerrogativas, porque en su sentido más general dicha categoría se torna inmanejable.

### 2.3. Consideración sobre los vacíos axiológicos del concepto de derecho subjetivo

- a) *Los vacíos axiológicos.* Como en el caso de cualquier categoría funcional, el derecho subjetivo es un concepto que presenta problemas mayúsculos para ser aprehendido desde el punto de vista de su contenido material. La encrucijada que se ha abierto por la pérdida paulatina de los contenidos axiológicos en favor de los rasgos técnicos de los derechos subjetivos, entronca con la paradoja aún mayor de la dogmática, que habiendo necesitado siempre para sus desarrollos de una noción fija de lo justo,

<sup>34</sup> Cfr., KELSEN, Hans, *Teoría pura del derecho*, (trad. de la 2a. ed. alemana de Roberto J. Vernengo), ed. UNAM, México, 1986. pp. 143-144.

en sus vertientes analíticas, dominantes por cierto en el momento actual, ha dejado completamente de lado los referentes morales del derecho. Por supuesto que esto ha motivado una reacción mayúscula entre quienes no se resignan a ver disociados derecho y moral. Hoy, la teoría de los derechos fundamentales surge como el antídoto a la amoralización del ordenamiento jurídico. Los esfuerzos por acreditar que los derechos fundamentales tienen una justificación teórica distinta a la de los tradicionales derechos subjetivos, se encamina justamente a reivindicar los contenidos morales del derecho. Pero estos intentos prueban, al mismo tiempo, que los mecanismos constructivos y teóricos de los derechos subjetivos no ofrecen un horizonte viable para intentar desde allí la moralización de los ordenamientos jurídicos.

Si se piensa en los móviles políticos que estuvieron presentes en las primeras declaraciones de derechos individuales del mundo moderno, es indudable que los desarrollos teóricos sobre el derecho subjetivo, a partir de *La teoría pura* y hasta desembocar en la escuela *realista* escandinava, representan un disloque con relación al origen. Las primeras declaraciones de derechos se enarbolaron como estandartes de un individualismo que pretendía reorientar los referentes axiológicos de la organización política. La apuesta principal consistía en resituar al hombre *en singular* por encima del grupo al que pertenecía. Por ello, los fuertes condicionamientos sistemáticos de los ordenamientos jurídicos de hoy en día, son absolutamente incompatibles con las pretensiones axiológicas que datan de los orígenes iusnaturalistas de la institución. Hoy, el condicionamiento que ejercen las necesidades del aparato jurídico fuerza a diluir las finalidades subjetivas que orientaron el viejo discurso liberal. La mecanización del derecho es un factor desfavorable a la pervivencia de sus contenidos morales; y todo, porque dentro de las sociedades complejas es más fácil confiar en el automatismo de los aparatos que en la diversidad de los valores.<sup>35</sup>

<sup>35</sup> *Op. cit. supra* nota (18), p. 103.

La neutralización axiológica del derecho es un dato que ayuda a su comunicabilidad en términos técnicos, porque simplifica el esquema del funcionamiento sistemático del ordenamiento jurídico. Si, como lo plantea Alf Ross, es posible pasar directamente de ciertos hechos que funcionan como condiciones para la titularidad de un derecho, a las consecuencias jurídicas que consisten en la posibilidad de activar los mecanismos de protección procesal, realmente resultan superfluos los contenidos valorativos y materiales de los derechos subjetivos que autoriza tal situación. Para aprovechar el ejemplo que invoca el mismo Ross; si se considera que alguien adquirió la propiedad en términos legítimos, tiene derecho a que, si se le despoja, pueda recuperar la posesión.<sup>36</sup> El enlace entre ciertos hechos que operan como condición y las consecuencias que el orden jurídico les atribuye hace innecesario cualquier contenido adicional que se quiera atribuir al concepto de propiedad. Bajo esta perspectiva, el derecho subjetivo es sólo la representación simbólica y sintética del entramado hipotético de la norma.

A estas alturas del siglo puede ya sostenerse la idea de que la funcionalidad de los derechos subjetivos no depende de sus contenidos morales. Técnicamente es admisible hablar de tales derechos como mecanismos específicos de protección de situaciones sin comprometer un rumbo axiológico específico. La *razón sistemática* del ordenamiento, si vale esa expresión, condiciona a tal grado la función del derecho, que éste cada vez se muestra en un grado mayor de alejamiento respecto del contexto en el que se produce.

Si hoy el discurso de los derechos fundamentales, que también persigue la protección de situaciones subjetivas, se aparta tanto de la justificación habitual que acompaña a los derechos subjetivos, es justamente porque los intereses que han sido protegidos por esta institución, hoy se encuentran en descrédito, al menos como intereses universales. Nadie puede ya seguir moralizando en torno del derecho de propiedad, por citar el ejemplo más drástico, después de constatarse la infuncionalidad de este derecho para generar condiciones sociales de mayor equidad. Cualquier discurso

<sup>36</sup> Ross, Alf, *Tú-tú*, (trad. Genaro R. Carrió), ed. Aheledo-Perrot, Buenos Aires, 1976. pp. 36 y ss.



sobre los derechos fundamentales tendrá que seguir una vía post-moderna; es decir, una orientación que reconozca que la promesa liberal original sobre la universalidad de los valores modernos, es ya insuficiente; sobre todo, porque nunca fue cabalmente cumplida.

#### 2.4 La vía de la abstracción

a) *El proceso de formalización.* La noción del derecho subjetivo no interpela hechos en particular. Sólo a través de un rodeo crítico muy extenso podría llegarse a establecer una correspondencia confiable entre las normas objetivas que otorgan derechos y las prerrogativas que efectivamente disfrutaban ciertos agentes sociales en un contexto histórico determinado. El grado de abstracción de la noción de derecho subjetivo es tan elevado que en su estructura prácticamente no quedan rastros de los sujetos sociales en concreto. La subordinación que se produce en las diversas facetas de las relaciones que ocurren en una sociedad de mercado, como las que se traban por ejemplo entre empleados y trabajadores asalariados, o entre propietarios y no propietarios, es algo que la noción de derecho subjetivo definitivamente no trasluce. La versión jurídica de las distintas modalidades de obediencia es el sometimiento genérico de los individuos a la idea del deber. En este sentido, como correlato de la noción del deber, el derecho subjetivo se convierte en una fórmula abstracta para organizar la obediencia. La abstracción es la vía por la que el derecho se desentiende de sus causas, o si se prefiere, deviene uno de los procedimientos fundamentales para establecer la clausura parcial del sistema en demérito de la factualidad específica.<sup>37</sup>

El derecho no se aleja del curso concreto de los acontecimientos sociales con fines necesariamente extralógicos; no, la distancia que el ordenamiento asume tiene que ver con el cumplimiento de las funciones ordenadoras que le atribuye el propio contexto.

<sup>37</sup> *Op. cit. supra* nota (11), pp. 20-23.

Para expresar esta misma idea, es posible acudir a otra formulación: una sociedad; es decir, un contexto específico de relaciones, sólo puede ordenarse a nivel institucional a través de criterios homogéneos: la diversidad no se cataloga ni se clasifica a partir de su estricta pluralidad; el derecho como cualquier otro factor de orden, tiene que reducir la complejidad y establecer clases y categorías de sujetos y de actos.<sup>38</sup> La noción de derecho subjetivo sigue precisamente este designio.

Desde la perspectiva de la abstracción, se puede afirmar que la noción de derecho subjetivo es la expresión dogmática —es decir, funcional— de un sistema de relaciones formales en el que los sujetos —en cuanto referentes abstractos— sólo se hacen visibles cuando su voluntad da curso a la protección que otorga genéricamente el ordenamiento objetivo, y que consiste en la posibilidad de obtener el concurso del aparato coactivo estatal para conseguir el cumplimiento de una prestación, o simplemente la omisión de actos obstruyentes de ciertas ventajas o libertades. Este tipo de enlace entre sujetos tiene una naturaleza formal, o sea, normativa; la prestación o el disfrute de una libertad se presenta en todo caso como una atribución genérica y, por último, los agentes involucrados como destinatarios de las normas sólo son identificados a través de roles institucionales del propio sistema, nunca por medio de sus cualidades materiales.

La abstracción y la condensación del sentido de los comportamientos en tipos normativos se encamina precisamente a reducir la diversidad de posibilidades que pueden abrirse a partir de la libre situación relacional de los agentes. Como lo afirma Luhmann, el derecho subjetivo propende a mantener la asimetría; es decir a preservar la ventaja conferida al titular.<sup>39</sup> La reducción de posibilidades es algo que redundo, como se dijo, en el incremento de las probabilidades y en la disminución de la contingencia. El encauzamiento jurídico de los actos sociales significa volverlos calculables. El contrato, por ejemplo, que es por cierto una de las fuentes más fértiles en materia de derechos subjetivos, se presenta también como una institución que colabora con gran eficiencia a de-

<sup>38</sup> *Op. cit. supra* nota (1), p. 155.

<sup>39</sup> *Op. cit. supra* nota (11), pp. 107-108.



terminar las posibilidades sobre el curso próximo que habrán de tener ciertas situaciones relacionales entre los sujetos pactantes. El control en el tiempo de los comportamientos futuros es algo que exige un contexto de relaciones mercantiles; por eso Weber entiende la previsibilidad del sentido de ciertos actos de intercambio como factor de racionalidad en las sociedades modernas.

Las opciones que se descartan en virtud de una solución jurídicamente protegida se consideran ilícitas; o más allá de esto, se parte de la base de que las justificaciones que pudieran alegarse para actuar en forma contraria a la norma nunca son suficientes, puesto que la solución protegida por el ordenamiento tiene a su favor todo el proceso institucional y participativo en virtud del cual fue creada. La razones genéricas para obedecer una norma no tienen que ser invocadas a cada momento, las ventajas de la institucionalización consisten precisamente en la sobreposición de una razón o justificación unitaria y estabilizada a las diversas derivaciones casuísticas que pudieran presentarse. No importa porque alguien se encuentra en posesión de un bien, lo jurídicamente relevante consiste en que, si cualquier poseedor es exigido a devolver la cosa que tiene en su poder en virtud de la reivindicación que ejerce el propietario, aquel jamás podrá encontrar una razón suficiente para vencer el interés protegido del titular del derecho de propiedad, por lo que tendrá que devolver la cosa. La protección jurídica de situaciones subjetivas refuerza su efectividad justamente en la formulación abstracta de los criterios de preminencia que define del ordenamiento jurídico, por que en ellas encuentra además su justificación.

b) *El desvanecimiento del sujeto.* Giovanni Tarello expresa los derroteros del proceso de abstracción en relación con el sujeto en los siguientes términos referentes al proceso europeo de codificación: “los códigos modernos asumieron la estructura de sistemas de normas de sujeto único, aun dejando persistir aquellas desigualdades que no se referían directamente a la organización jurídica de clase”. Más adelante Tarello explica que el haber transferido las diferencias de los sujetos a los predicados de las proposiciones jurídicas es algo que compagina con la forma de

obrar de la ideología jurídica”, que para él consiste en el *objetivismo*; es decir, en la idea de ciertos juristas modernos de que el derecho no reglamenta al hombre, sino a sus actividades.<sup>40</sup> Esta cita es coincidente en su sentido con toda la elaboración del sujeto abstracto de derecho.

Para Kelsen, como tanto se ha explorado, la noción de sujeto sólo es relevante como referencia subjetiva de las normas; las interpelaciones jurídicas a los agentes sociales nunca involucra sujetos en particular, sino tipificaciones genéricas de conducta. El sujeto no tiene significado jurídico propio, a no ser que alguien ponga en práctica determinados actos que pueden llegar a ser coincidentes con el contenido de una norma.<sup>41</sup> Al igual que la noción de persona, la noción de órgano, que es el referente subjetivo de los procesos de creación y aplicación de las normas, tiene una vocación estrictamente funcional en relación con el sistema. El derecho deviene la regulación abstracta o formal del comportamiento de los agentes; su substancia no comprende ni a los agentes ni a sus comportamientos. Para mantener la validez de estas aserciones hay que aceptar el difícil extremo de que las normas no son hechos sociales; sino sólo la formulación formal de su sentido. Pero, se rechaza o no el concepto de sujeto de *La teoría pura*, lo que es innegable es que describe de un modo impecable la forma en que el derecho moderno de las grandes codificaciones se apartó de las determinaciones concretas de los agentes sociales.

También en la misma dirección, Pietro Barcellona expone: “el orden artificial del derecho se sostiene sobre los individuos que lo producen; pero éstos son sujetos de derecho porque vienen reconocidos como tales por una norma”. Y en otro pasaje igualmente claro sostiene: “la abstracción del sujeto es decisiva para mantener unida la constitución contradictoria de coacción económica y de libertad jurídica”.<sup>42</sup> Ambas citas abundan en la funcionalidad tanto sistemática como extrasistemática de la abstracción; ambas dejan ver que la reproducción interminable de la forma jurídica está ligada al aplazamiento del análisis de su verdadero contenido.

<sup>40</sup> *Op. cit. supra* nota (16), pp. 50-51.

<sup>41</sup> *Op. cit. supra* nota (34), pp. 179-181.

<sup>42</sup> *Op. cit. supra* nota (18), p. 47.

El velo que el derecho tiende sobre el carácter opresivo de las relaciones sociales es de naturaleza simbólica y, precisamente la abstracción, es una de las primeras condiciones para la construcción de símbolos.

En la distancia que se establece entre el sentido simbólico del discurso jurídico y las funciones reales que cumple el ordenamiento es donde la categoría del derecho subjetivo adquiere su mayor sentido; a través de ella es posible transportar las situaciones relacionales concretas al ámbito formal de la protección normativa que las acompaña. Cuando una norma de derecho positivo otorga ventajas genéricas a sus eventuales destinatarios, no alude, como bien lo establece Rolando Tamayo, a cualidades humanas de los agentes en cuestión, sino que se refiere a *capacidades*; esto es, a posibilidades de actuar, ya sea en posición activa o pasiva, respecto a las vías de protección que el ordenamiento jurídico define en cada caso.<sup>43</sup>

La forma en que los sistemas jurídicos modernos y contemporáneos se refieren a los sujetos no implica desde luego la supresión del concepto de agente social. Lo que se suscita en esencia es una reubicación en virtud de la cual el sujeto se desplaza del interior del sistema al exterior. Así, los hombres de carne y hueso quedan situados en el entorno del ordenamiento; dentro, el sistema sólo trabaja con las referencias modélicas de los comportamientos.<sup>44</sup>

La consecuencia necesaria de la expulsión del sujeto al exterior del sistema es que a los agentes sociales concretos no se les puede ver más como portadores de prerrogativas naturales: en adelante, sólo el orden jurídico positivo podrá ser identificado como fuente de otorgamiento de atribuciones jurídicas. Así, como no hay sujeto fuera de las interpretaciones normativas, tampoco puede haber derechos al margen del ordenamiento. Los derechos naturales de la persona, que tan persistentemente son reivindicados por los autores iusnaturalistas, quedan relegados jurídicamente y se les reconoce exclusivamente la calidad de pretensiones morales.

<sup>43</sup> TAMAYO Y SALMORÁN, Rolando, "El sujeto del derecho" en (ed. de Ernesto Garzón Valdés y Fco. J. Laporta), *El derecho y la justicia*, ed. Trotta, Madrid, 1996, p. 299.

<sup>44</sup> Cfr. LUHMANN, "La comunicación jurídica" en *Confluencias. Órgano de difusión de la reforma democrática*, Xalapa, vol. 1, núm. 1, septiembre de 1996, p. 25.

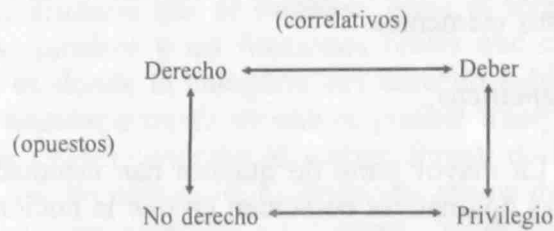
Un derecho, sin sujetos de carne y hueso, sin prerrogativas posesivas que reconocer, sin determinaciones morales y, en general, sin aspiraciones metafísicas, se orienta al final del camino sólo por la razón técnica y, de acuerdo con ella, efectúa la caracterización funcional de sus elementos.

## 2.5 Los usos dogmáticos

a) *Generalidades*. La mayor parte de quienes han estudiado este tipo de categorías dogmáticas coinciden en que la noción *derecho subjetivo* encubre una serie de situaciones heterogéneas que difícilmente podrían ser reconducidas a un sentido unitario. Entre los aspectos que suelen abarcarse con este concepto caben: situaciones subjetivas, prerrogativas, facultades, atribuciones, privilegios, competencias, potestades, derechos, permisiones, autorizaciones, libertades, derechos públicos subjetivos, etcétera. La sistematización de este vasto conjunto de conceptos ha sido emprendida de muy diversas maneras; quizás quien ha llegado más lejos hasta el momento en el intento de categorización de este material sea Robert Alexy, quien asume como rubros básicos: a) *los derechos a algo*, que incluyen: los derechos a acciones negativas, al no impedimentos de acciones, a la no afectación de propiedades y afectaciones, a la no eliminación de posiciones jurídicas y a acciones positivas; b) *las libertades* que a su vez comprenden: las libertades protegidas y las no protegidas, y c) las competencias que se subdividen en las de los ciudadanos y las del Estado.<sup>45</sup> La clasificación de Alexy tiene como antecedente la obra de Hohfeld, quien realiza una propuesta de sistematización en torno a los conceptos de derecho y deber, distinguiendo con claridad los usos comprendidos en relación con las diversas situaciones subjetivas a que pueden dar lugar las relaciones jurídicas. Hohfeld emplea un sistema de contraposiciones cruzadas y correlaciones que permite entender los nexos y el sentido específico

<sup>45</sup> ALEXY, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, ed. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1997, pp. 183 y ss.

de cada una de las situaciones jurídicas individuales, aludidas en el lenguaje de los jueces.<sup>46</sup> A continuación se muestra un ejemplo:



De este esquema básico se desprende que el derecho tiene nexos lógicos tanto con la *ausencia de derecho* (opuesto), como con la noción de *deber* (correlativo). El *deber*, por su parte, tiene como posición opuesta la *ausencia de obligación* y como correlativo al *derecho*. Tanto el derecho como el *privilegio* definen espacios de acción lícita; el derecho es un campo acotado por la extensión de su ámbito de ejercicio y, el *privilegio*, por no estar vinculado al cumplimiento de una obligación específica; en cambio, la pareja *deber* y *no derecho*, remiten, en un caso, a la necesidad de actuar en el sentido preciso de la obligación y, en el otro, a la ausencia de atribución normativa para llevar a cabo una conducta.

Para ubicar la noción de derecho subjetivo y de deber jurídico, Genaro Carrió, en la nota preliminar a la traducción que hace de la obra de Hohfeld, *Conceptos jurídicos fundamentales*, explica que este tipo de categorías, a las que él llama "*expresiones B*", se sitúan en un nivel intermedio entre (*A*) los términos deónticos más generales (jurídicamente prohibido, obligatorio, permitido) y (*C*) las expresiones que los juristas emplean para aludir a las situaciones específicas de que se ocupan las disciplinas en que se divide la ciencia dogmática del derecho.<sup>47</sup> Para ilustrar éstas últimas,

se hace alusión a expresiones como "hipoteca", "procedere", "obligación solidaria", "avalista", "legítima defensa", etcétera. Las expresiones intermedias como la de derecho subjetivo, o la de *ius in rem*, según Carrió, para "aislar e identificar situaciones de un género", que avanzan por su mayor grado de abstracción los límites específicos de los tipos tradicionales del derecho.<sup>48</sup>

Aunque existan diferencias entre los distintos usos del concepto derecho subjetivo, estas discrepancias no desbalancean su tratamiento dogmático, basta con que se conserve una adecuada distinción técnica de las situaciones, las que de todos modos admiten un tratamiento referencial relativamente uniforme. Los desequilibrios explicativos mayores vienen con el surgimiento de los *derechos sociales* y de los llamados *intereses difusos*; en estos casos, la construcción técnica de los derechos subjetivos resulta insuficiente por lo que su explicación amerita la construcción de un complejo dogmático de otras características.

#### b) Usos particulares.

b.1) *Derechos subjetivos en sentido estricto*. Su atribuciones —léase facultades— que el legislador confiere de manera expresa a los destinatarios del contenido de una norma para autorizar su propia conducta, o bien para exigir cierta prestación de otro sujeto. En estos casos, se trata de una relación tripartita en la que *A* puede exigir de *B* la prestación *C*.<sup>49</sup> Este tipo de sentencias peticionan a dos sujetos entre sí y en la relación con un objeto. Lo común es que en estas situaciones exista un deber correlativo que se encuentre sustancialmente enlazado a la relación base; hay incluso quien afirma que el dato primario de la relación es la noción de deber y no la de derecho; sobre esto se habrá de abundar más adelante.

Las facultades de los titulares de los derechos subjetivos en sentido estricto, según el tipo de facultamiento que los favorezca,

<sup>48</sup> *Ibid.*, p. 8.

<sup>49</sup> MORINEAU, Oscar. *Los derechos reales y el subyacente en México*, coedi. UNAM-FCE., México, 1997. pp. 159 y ss.

<sup>46</sup> HOHFELD, W.N., *Conceptos jurídicos fundamentales, tal como son aplicados en el razonamiento judicial*, (trad. Genaro R. Carrió), ed. Fontamara, Col. Biblioteca de Ética, Filosofía del Derecho y Política, N. 2, México, 1991. pp. 44 y ss.

<sup>47</sup> Vid. CARRIO, R. Genaro, la nota preliminar del libro de HOHFELD, *Ibid.*, p. 7.



pueden hacer efectivas sus atribuciones, bien frente a deudores específicos, como sucede con los derechos de crédito, o bien, como en el caso de los derechos reales, frente a una pluralidad indeterminada de agentes, sobre los que recae una obligación general de respeto relativa al ejercicio de las atribuciones del titular.

En la estructura de los derechos subjetivos en sentido estricto se distinguen dos fases bien diferenciadas: la atribución directa de la norma, que es la que integra de manera expresa la titularidad, y la protección del derecho, que se refiere a la acción procesal que el titular puede activar para conseguir el concurso de la fuerza coactiva del Estado, con objeto de obligar a quien ha dejado de cumplir el deber correspondiente a su realización forzosa, o cuando menos a la compensación patrimonial por el incumplimiento.

Cabría preguntarse si el derecho subjetivo y el derecho de acción que concreta la garantía del primero, constituyen estructuras autónomas, o si se encuentran vinculadas de manera sustancial a un mismo módulo operativo del ordenamiento jurídico. Debe señalarse que las opiniones al respecto son disímbricas y que juristas como Kelsen niegan la importancia de la fase atributiva, reconociendo sólo relevancia jurídica a la protección procesal de las situaciones lícitas correlativas a ciertos deberes; es decir, para él sólo el derecho de acción con el que se protege al titular de un derecho, es lo que tiene un verdadero significado jurídico. No es la voluntad de decidir, ni el interés protegido lo que aporta el dato jurídico relevante a esta técnica de protección, sino la forma peculiar en la que el derecho desarrolló dicha protección.

b.1.1.) *Derechos reales*. Las codificaciones modernas al efectuar el desarrollo de los llamados derechos reales o derechos patrimoniales, otorgan prioridad a las facultades del titular del derecho —*facultas agendi*—, al grado que son las únicas que reciben un trato expreso en los enunciados contenidos en las normas. En cambio, la obligación correlativa queda normalmente sólo en la inferencia. Sin embargo, cuando alguien violenta las prerrogativas del titular del derecho, se hace manifiesto que éste tiene a su favor la posibilidad de exigir respeto a sus prerrogativas sobre la cosa. Pero la *facultas exigendi* en este caso transcurre sólo como el correlato lógico de la obligación universal de respeto que

deben los sujetos en general al derechohabiente de la cosa. El facultamiento a los titulares de derechos reales se efectúa de forma directa desde la norma objetiva que sirve de fundamento a la titularidad. En estos casos el modelo de protección lo proporciona la acción *real* o acción reivindicatoria, en virtud de la cual el propietario o el usufructuario de una cosa pueden recuperar la posesión del bien en caso de haberla perdido.

b.1.2.) *Derechos personales*. Los derechos de crédito, en cambio, depositan todo el énfasis de su estructura en la *facultas exigendi*; su esencia está compuesta por la capacidad que tiene el titular del derecho de pedir al sujeto que se ha obligado al cumplimiento de la prestación, que concrete el objeto del derecho. Hay que ser precavido para no confundir la facultad de exigir el cumplimiento de una obligación con el ejercicio del derecho de acción que tiene por objeto actualizar su cumplimiento forzoso. En el caso del derecho subjetivo *estricto sensu*, la atribución del sujeto consiste en la *posibilidad* de solicitar la prestación a que está obligado el deudor o sujeto del deber. En la segunda situación —la del derecho de acción— se da paso a la activación del mecanismo protector de la atribución original por parte de su titular.

Los derechos personales colocan a la *facultas exigendi* en el centro de su definición, mientras que la *facultas agendi* queda parcialmente visible en la potestad original del titular, cuya voluntad es la que determina tanto el ejercicio de la exigencia ordinaria del cumplimiento de la obligación, como, en su momento, la activación del mecanismo procesal de protección.

La discusión dogmática sobre los derechos personales siempre ha dejado abierto el tema relativo a si el derecho subjetivo en sentido estricto es la facultad, o bien ésta última es en realidad el objeto del derecho. Los enfoques realistas sobre la cuestión consideran irrelevante este problema, porque lo único que importa para el ordenamiento jurídico es el nexo entre ciertos hechos o situaciones que fungan como condición de la aplicación de una norma, y las consecuencias que el orden jurídico determina para los casos de un incumplimiento.

Si en los derechos reales era manifiesto que el derecho objetivo facultaba a la propia conducta, es obvio que con los derechos per-



sonales el facultamiento que se concede es a exigir el cumplimiento de la conducta ajena.

b.2.) *Libertades*. El pensamiento liberal propuso un concepto de libertad que tasó para lo sucesivo las discusiones sobre el tema, para Montesquieu, por ejemplo, "la libertad es el derecho de hacer lo que las leyes permiten".<sup>50</sup> Se trata de un ejercicio autónomo de la voluntad de acción pero acotado dentro de los límites del ordenamiento jurídico. Si esta afirmación principal hubiera que reformularla en los términos de la teoría jurídica, se tendría que invertir su formulación y presentarse como un enunciado de sentido negativo: la libertad es aquello que la leyes no prohíben, o más específicamente, la capacidad de realizar aquello que no se encuentra proscrito por el ordenamiento vigente.

Robert Alexy identifica el concepto de libertades en su acepción jurídica más estrecha con la noción de *permisión*; es decir, con la capacidad que tiene el sujeto de derecho de decidir alternativamente si ha de realizar o no una conducta para la que lo faculta el orden jurídico. A esta libertad de elegir Alexy la denomina *libertad negativa*, mientras que se refiere a la *libertad positiva* cuando el objeto es una acción que alberga algún potencial de ser obstaculizada. Para asegurar la libertad jurídica en cualquiera de sus vertientes no se requiere la realización de alguna presentación sino sólo un derecho de defensa a favor del titular.<sup>51</sup>

A diferencia de los iusnaturalistas, que entienden las libertades como prerrogativas prejurídicas y como atributos naturales de las personas, cualquier enfoque positivista piensa en ellas como un ámbito jurídicamente otorgado; las libertades son jurídicas precisamente porque fueron conferidas a los sujetos por el derecho vigente. Para el positivismo, la *libertad en sentido negativo* consiste en la ausencia de prescripción obligatoria, mientras que la *libertad en sentido positivo* es la que define el ordenamiento dentro de un catálogo especial en el que se contienen, como dice Kelsen, "los

derechos más importantes e indiscutidos, esto es, aquellos que han sufrido históricamente los más enojosos y desagradables ataques del orden estatal".<sup>52</sup> Frente al ámbito de las *libertades negativas*; es decir, el de las conductas tácitamente permitidas, los órganos públicos definen su competencia a través del principio de atribuciones expresas, según el cual sólo pueden actuar en aquellas situaciones para las que están precisamente habilitados por una norma.

En consecuencia, con los postulados de la noción de derecho subjetivo en sentido técnico, Kelsen no considera auténticos derechos subjetivos a las llamadas libertades fundamentales; en primer lugar, porque sólo podrían llevar ese nombre las acciones procesales concedidas para protegerlas y, en segundo término, porque se requiere que, para que sean consideradas como auténticas garantías, el legislador ordinario tenga un veto total para modificarlas. Esto último sólo se logra cuando existe un sistema constitucional semirígido.<sup>53</sup>

b.3) *Competencia o potestad de actuar*. Alexy se refiere a las competencias como *poder* o *poder jurídico*. Se trata de aquellas investiduras normativas que reciben los sujetos para poder celebrar actos que modifican situaciones jurídicas. Existen tanto competencias públicas como privadas; la potestad del juez para dictar una sentencia es un ejemplo de las primeras; la capacidad para hacer testamento ilustra las segundas.<sup>54</sup>

Jellinek produjo en torno a las competencias una afirmación que hasta la fecha es motivo de agrio debate pero que resulta gráfica para entender este tipo de situaciones subjetivas: "las competencias agregan a la capacidad de acción del individuo algo (...) que no posee por naturaleza".<sup>55</sup> Se trata por tanto de un conferimiento *expreso* de capacidades de acción.

<sup>52</sup> KELSEN, Hans, *Teoría general del Estado*, (trad. Luis Legaz Lacambra), ed. Labor, Barcelona, 1934, p. 203.

<sup>53</sup> *Op. cit.*, supra nota (34), pp. 152-156.

<sup>54</sup> *Op. cit.*, supra nota (45), pp. 227-229.

<sup>55</sup> *Ibid.*, p. 230.

<sup>50</sup> MONTESQUIEU, C.L., *Del espíritu de las leyes*, (trad. Nicolás Estévanez), ed. Porrúa, col. Sepancuantos, N. 191, México, 1980, p. 103.

<sup>51</sup> *Op. cit.*, supra nota (45), pp. 212-215.

Desde la perspectiva kelseniana, la competencia quedaría reservada para la acción subjetiva en los procesos de creación y aplicación normativos. Se trata de la investidura de los órganos jurídicos; función que, como sabemos, puede jugar cualquier sujeto, ya sea público o privado. Convergente con esta idea, Alexy afirma que la manera de distinguir cuándo un acto que modifica situaciones jurídicas es producto del ejercicio competencial, consiste en qué, en estos casos, las acciones subjetivas tienen un carácter *institucional*. Con esta última idea Alexy quiere significar que se trata de acciones que se llevan a cabo sobre la base de capacidades expresamente otorgadas por reglas de derecho que son constitutivas de la situación.<sup>56</sup>

c) *El caso especial de la "permisión (administrativa) positiva"*. Kelsen trata un tipo especial de situaciones jurídicas a las que dedica una explicación autónoma: es el caso de lo que llama la *permisión positiva*, a la que caracteriza como el *condicionamiento* para la realización de cierta actividad "al otorgamiento de una concesión o licencia, que debe ser concedida por determinado órgano de la comunidad".<sup>57</sup> El otorgamiento de la autoridad puede estar regulado por el orden positivo, o bien, corresponder a una atribución discrecional del órgano en cuestión. La *permisión positiva* se distingue de otras situaciones subjetivas porque no se trata del derecho reflejo de un deber, sino de la autorización expresa que funciona como condición para realizar, por parte del sujeto, un acto que sin la habilitación específica se consideraría prohibido.

El planteamiento kelseniano no va más allá de lo expuesto; sin embargo, estas ideas tienen una carga de sugerencias que obviamente desbordan los bocetos apuntados. Si a la noción de *permisión positiva* se la proyecta sociológicamente, remite a un ámbito de exclusión de las relaciones de tipo mercantil. Cuando los órganos públicos otorgan capacidades de acción, evidentemente no existen libertades para llevar a cabo de forma espontánea tales actividades. Hay sociedades donde la precariedad de los contextos

<sup>56</sup> *Ibid.*, p. 231.

<sup>57</sup> *Op. cit. supra* nota (34), p. 150.

mercantiles impone un desarrollo agudo de las *permisiones positivas*. En tales ámbitos, cobra una especial relevancia el análisis de la distribución del espacio social entre los derechos derivados de concesiones y licencias por un lado, y las libertades subjetivas, por el otro.

## 2.6. *Las edades de los derechos subjetivos*

a) *La edad de la inocencia*. A pesar de que existen algunas ideas sobre los derechos naturales de la persona en el pensamiento medieval, no es sino con el humanismo y con las grandes convulsiones que origina en Europa la Reforma protestante que toma un auge singular el tema del reconocimiento jurídico a las prerrogativas personales que derivan de la reevaluación del individuo frente a los procesos autoritarios y corporativos. Sin embargo, el planteamiento propiamente moderno del tema de los derechos subjetivos proviene de Hobbes; la siguiente cita es ya una referencia clásica en esta materia:

Los nombres *lex* y *ius*, es decir ley y derecho, se confunden a menudo y, sin embargo, rara vez pueden encontrarse dos palabras de significación más opuesta. Derecho es la libertad que la ley nos permite; y leyes son esas limitaciones mediante las cuales acordamos mutuamente restringir nuestras libertades recíprocas. Ley y derecho son, por consiguiente, tan diferentes como prohibición y libertad que son opuestos.<sup>58</sup>

De lo transcrito se observa que en el origen existe una clara identificación de la noción de derechos personales con la idea de libertades de acción frente al poder público. No es por cierto Hobbes quien se encargará de darles a dichas libertades personales un sentido positivo, para eso hubo que esperar la maduración del pensamiento liberal; sin embargo, en el planteamiento hobbesiano se refleja con nitidez el dilema de los años por venir: los procesos deliberativos son una razón suficiente para pensar en el orden ju-

<sup>58</sup> HOBBS, Thomas, *Elementos de derecho natural y político*, (trad. Dalmacio Negro), ed. Centros de Estudios Constitucionales, Madrid, 1979, col. Clásicos políticos, p. 364.

ridico como sistema de aseguramiento individual; la respuesta es positiva, pero el precio que debe pagarse por la seguridad consiste en limitar de raíz las posibilidades de acción personal, constriñéndolas a la ley general a la que se ha prestado asentimiento.

Los historiadores del derecho y de las instituciones occidentales coinciden en que la *libertad* que sirvió de tipo para la construcción de los nuevos modelos de garantía fue precisamente la libertad de creencias. La relativización de la fe a partir de la consolidación de la disidencia potestante, generó la necesidad de abolir la intolerancia en materia de cultos; ello obligó a desarrollar un sistema que garantizara la abstención de los órganos públicos en esta materia.<sup>59</sup> Asimismo, parece haber acuerdo en que las declaraciones de derechos estadounidenses fueron los primeros documentos que plasmaron estas aspiraciones, acariciadas previamente en el continente europeo, particularmente en Francia.

En el mundo anglosajón el garantismo apuntó con mayor fuerza hacia el binomio *liberty-property*; estos dos contenidos básicos fueron considerados la parte toral de las libertades "civiles". Frente a éstas, surgió paulatinamente un movimiento paralelo del que emergieron los derechos en sentido *positivo*; es decir, las prerrogativas políticas del ciudadano para participar en los procesos de integración de la voluntad general. Los derechos políticos definen atribuciones de ejercicio e invisten a sus titulares de las consecuencias de la ciudadanía. En cambio, las llamadas libertades "civiles" son siempre un reducto defensivo; en conjunto, conforman un complejo de zonas de inhibición para el poder público. Las libertades "civiles" constituyen el ámbito predilecto del liberalismo autocrático; las libertades públicas o derechos políticos, se identifican como el producto de las aspiraciones jacobinas.<sup>60</sup>

La edad de la preminencia de las libertades "negativas" se caracteriza por la obsesión de fijar límites objetivos a la acción del Estado, al respecto Jellinek expresa:

<sup>59</sup> Vid. JELLINEK, BOUTMY, *et al.*, *Orígenes de la declaración de derechos del hombre y del ciudadano*, (ed. de Jesús Amuchastegui; trad. Adolfo Posada), ed. Nacional, Madrid, 1984. p. 105.

<sup>60</sup> *Cfr.*, *op. cit.*, *supra* nota (31), pp. 41-43.

La Declaración de Derechos pretende trazar la línea de separación entre el Estado y el individuo, línea que debe tener siempre el legislador ante su vista, como el límite que se le impone de una vez por todas por los "Derechos del hombre, naturales, inalienables y sagrados."<sup>61</sup>

El aterrizaje práctico de esta idea en los textos constitucionales modernos, se convierte en el presupuesto jurídico que trata al espacio social como escindido en una vertiente pública y otra privada.

La evolución de las libertades negativas se encaminó paulatinamente a la construcción de un nuevo concepto de libertades basado en el ejercicio de la autonomía del sujeto. Bobbio afirma que, en el último periodo de preminencia de este tipo de concepciones, "se comenzó a entender por 'libertad' no ya solamente el no ser impedido por normas externas, sino el darse normas a sí mismo".<sup>62</sup> Esto significa comprender la libertad no sólo como instancia defensiva sino también como investidura para poder actuar orientado por la propia voluntad.

b) *Los derechos "sociales": primera confrontación.* Pasados los años del liberalismo ingenuo, fue necesario dar una respuesta orgánica a la irrupción de los agentes sociales colectivos que, desde mediados del siglo pasado, reivindicaban una presencia en la arena política y, además, una participación efectiva en los beneficios del desarrollo material de la sociedad. Para concretar obligaciones públicas de carácter prestacional, los derechos subjetivos clásicos resultaban francamente estrechos, ya que sus perfiles *excluyentes* contrariaban las demandas apremiantes de las masas de asalariados, cuyo propósito central era precisamente la *inclusión*.

El surgimiento de los llamados "derechos sociales" es una prueba muy difícil de refutar acerca de la inextensibilidad de los derechos subjetivos de corte clásico. Las situaciones subjetivas tradicionales no funcionan como garantías de acceso masivo al disfrute de ciertos bienes o intereses; por el contrario, constituyen

<sup>61</sup> *Op. cit.*, *supra* nota (59), p. 71.

<sup>62</sup> BOBBIO, Norberto, *El tiempo de los derechos*, (trad. Rafael de Asís), ed. Sistema, Madrid, 1991. p. 43.



un coto relativamente cerrado que se vuelve tierra de conquista a partir de las acciones redistributivas. La existencia de los derechos prestacionales sistematiza la insuficiencia de los mecanismos de justificación de los derechos subjetivos, puesto que abre nuevos derroteros en el ámbito de la legitimidad. En adelante, sólo se justificarán eficientemente los derechos que se construyen sobre la idea de la *nivelación*. La antigua igualdad formal de los sujetos pierde crédito definitivamente en el contexto providencial del Estado benefactor.

Los derechos sociales surgieron como la primera gran advertencia de que la técnica de los derechos subjetivos se encontraba cerca de su desplazamiento parcial. Junto a esta modalidad de protección a las situaciones subjetivas, pronto habrían de evidenciarse otras técnicas de garantía, ahora encaminadas a asegurar el acceso de los nuevos agentes colectivos a la vida pública y a ciertos beneficios elementales del bienestar. Más adelante, los mecanismos de protección de intereses difusos, como los que se perfilan en torno a los temas ambientales, revelarían también las insuficiencias del sistema de protección de cuño estrictamente subjetivo.<sup>63</sup>

En general, los derechos sociales acusan cierto grado de inmadurez en el desarrollo de sus técnicas específicas de protección. Incuestionablemente, los años de evolución que hay detrás de la técnica del derecho subjetivo es algo que se echa de menos en las formas que los ordenamientos jurídicos tienen de garantizar los intereses colectivos. Las acciones populares o de clase son todavía cauces procesales en ciernes y, por tanto, expuestos a la rectificación coyuntural a través del criterio de ciertos órganos jurisdiccionales, proclives a una visión conservadora del mundo, la cual guía sus resoluciones hacia los derroteros del liberalismo aristocrático.

c) *La edad de la razón técnica*: Si el pensamiento burgués de ascenso fue el que proporcionó los argumentos de justificación para los derechos subjetivos modernos, su desarrollo dogmático provino, sobre todo, de la jurisprudencia alemana de la segunda mitad del siglo XIX. La construcción conceptual de los dere-

<sup>63</sup> *Op. cit.*, supra nota (33), p. 157.

chos subjetivos tuvo dos vertientes principales: Windscheid y Ihering, además de una serie de planteamientos eclécticos que pretendieron acoplar las dos propuestas básicas en una sola línea de argumentación.

Lo que destaca de la etapa del desarrollo técnico de la noción de derecho subjetivo es la dilución paulatina de los argumentos de justificación procedentes de la época de la Europa revolucionaria. En el siglo XIX, se consuma la idea sistemática del derecho y con ella la asimilación de los argumentos políticos y morales a los reductos de la técnica normativa. La dogmática ubica los valores morales como presupuestos constructivos del propio sistema; no hace por volverlos a justificar. Vistas las cosas desde un ángulo más crítico, se podría afirmar que, a la postre, la dogmática termina por desentenderse de los valores morales de forma incluso intencional, con objeto de abrir un espacio pleno a las determinaciones de la razón técnica.

c.1.) *El derecho subjetivo como poder de voluntad*. Para Windscheid y en ello cuenta la influencia de Savigny, el sentido de los derechos subjetivos se condensa en la capacidad decisoria del sujeto de derecho. La relevancia jurídica de la institución proviene del papel que se concede a la voluntad del titular. La función primordial del derecho, desde este enfoque, consiste en fijar las normas para regular un entramado de relaciones interindividuales, dentro del cual la voluntad de cada sujeto tendrá un carácter determinante para los otros. El poder de voluntad no es sin embargo un atributo externo al ordenamiento, sino que tiene su origen precisamente en el otorgamiento que efectúa el derecho objetivo.<sup>64</sup>

La voluntad, entendida bajo la perspectiva de Windscheid, no es una capacidad irrestricta de querer lo que sea; se trata por el contrario, de una capacidad acotada que sólo vuelve elegibles las opciones que se consideran lícitas dentro del horizonte del dere-

<sup>64</sup> *Vid.* DABIN, Jean, *El derecho subjetivo*, (trad. Fco. Javier Osset), ed. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1955, pp. 70 y ss.

cho objetivo. En este marco, el poder de voluntad del beneficiario del derecho; es decir, su facultad de hacer o no uso de la norma que protege su decisión es lo que determina la puesta en marcha de la ejecución de la regla. Este mismo poder de voluntad se desdobra en otra faceta del derecho cuando se le observa desde el punto de vista de los atributos que concede, en relación con un objeto; es el caso por ejemplo del propietario, que tiene a su favor un complejo de facultades para aprovechar la cosa en los más diversos sentidos. Así las cosas, para Windscheid el derecho subjetivo puede ser tanto potencia como soberanía de la voluntad; o dicho de otro modo; poder de la voluntad *reconocido y garantizado* por el orden jurídico.<sup>65</sup>

Las dificultades endógenas más evidentes de la teoría de Windscheid provienen de la imposibilidad de explicar satisfactoriamente, cómo los incapaces pueden ser portadores de derecho, una vez que se reconoce que su voluntad se encuentra disminuida por la condición particular en la que se encuentra el sujeto. Los inconvenientes de esta laguna llevan las tesis de Windscheid a terrenos resbaladizos en los que deben efectuarse divisiones artificiosas entre la capacidad de goce y la capacidad de ejercicio de los sujetos en cuestión.<sup>66</sup>

c.2.) *El derecho subjetivo como interés jurídicamente protegido.* En contraposición al planteamiento de Windscheid, Ihering sostiene que “los derechos no existen para realizar la voluntad jurídica abstracta, sino para garantizar los intereses de la vida, ayudar a sus necesidades y realizar sus fines”.<sup>67</sup> En el planteamiento transcrito corre implícita la idea de que la parte determinante del derecho es su función, o más precisamente, su *utilidad*. Ihering reconoce dos elementos como integrantes de lo que denomina “el principio del derecho”: uno *sustancial*, que es el fin práctico del

<sup>65</sup> *Ibid.*, p. 78.

<sup>66</sup> Kelsen, Hans, *Problemas capitales de la teoría jurídica del Estado. (Desarrollos con base en la doctrina de la proposición jurídica)*, (trad. Wenceslao Roces; notas y present. Ulises Schmill), ed. Porrúa, México, 1987. p. 510.

<sup>67</sup> Ihering, R. Von, *El espíritu del derecho romano*, (Abreviatura de Fernando Vela), ed. Marcial Pons, Madrid, 1997. p. 319.

derecho, y otro *formal*, que es el medio para la consecución del fin. Con ambos factores queda armado el concepto: “los derechos son, pues, intereses jurídicamente protegidos”.<sup>68</sup>

Los dos elementos a los que se refiere Ihering están imbricados en la sustancia del derecho; sin embargo, la nota característica la proporciona la noción de interés, porque formas de protección jurídica hay muchas pero, en este caso, la relevancia de la distinción consiste en que el mecanismo protector se orienta específicamente a garantizar el goce del titular del derecho. La fuerza coactiva del ordenamiento y los cursos técnicos para ejecutarla adquieren sentido específico a través del fin que persiguen.

Kelsen hace notar que Ihering no se refiere en realidad a un interés concreto en su teoría, sino que a fin de cuentas su premisa apunta al interés promedio; ello porque existen circunstancias en las que no queda más que reconocer que la ausencia de un interés específico o de una utilidad, no elimina la hipótesis de la existencia del derecho subjetivo. Lo que el legislador valora como digno de protección es el interés “existente en la generalidad de los casos”; dígase, el interés promedio, como lo han calificado en su momento los epígonos de esta teoría.<sup>69</sup>

### III. ELEMENTOS CONTEMPORÁNEOS PARA UNA TEORÍA DEL DESENCANTO

3.1. *El ambiente.* Las primeras crisis generalizadas del mercado; la zozobra que trajo el impulso bélico de la primera mitad del siglo y, en general, la crisis de credibilidad del discurso moderno, fueron factores decisivos para que los teóricos del derecho, en el periodo de entreguerras, repensaran muchas de las explicaciones tradicionales de la organización jurídica. Sobre todo, puede hablarse del descrédito de la voluntad como eje articulador de todas las relaciones sociales, y de un concomitante afianzamiento de los mecanismos estatales, que a todas luces resultaban más eficientes como elementos de organización social. El viejo discurso burgués

<sup>68</sup> *Loc. cit.*

<sup>69</sup> *Op. cit.*, *supra* nota (66), pp. 499-500.

del periodo revolucionario, al institucionalizarse, fue perdiendo frescura y cada vez fue más evidente su parcialidad en términos sociales. La reacción de las masas, especialmente de los trabajadores asalariados defraudados por las promesas del bien común y de las bondades del mercado, tomaron un cariz cada vez más apremiante, lo cual obligó a rectificar las reglas de acceso al ámbito político y a redefinir los criterios de distribución de beneficios en las sociedades industrializadas. Las nuevas reivindicaciones exhibieron la insuficiencia de las instituciones jurídicas de origen burgués para generalizar los beneficios del desarrollo. De la revisión crítica de los cuestionamientos clásicos éstos no salieron ilesos. Instituciones como la del derecho subjetivo fueron presionadas para forzar sus moldes y hacerlos más inclusivos; pero, ante sus limitaciones, esas instituciones sufrieron un desplazamiento relativo que culminó en el reconocimiento de otro tipo de derechos, menos comprometidos con una opción exclusiva por los beneficios de tipo individual. El marco político de estos cambios fue el Estado providente europeo y el New Deal estadounidense.

El presente siglo ha sido escenario de la rectificación de la mayor parte de los postulados del liberalismo ingenuo; aunque las últimas décadas también han acogido su reevaluación. En el pensamiento jurídico, los postulados kelsenianos se convirtieron en un parteaguas necesario para dividir el tiempo de la teoría. Con Kelsen, la noción de sistema se fija de un modo definitivo; en adelante, nadie se referirá al derecho sin atender a sus enlaces formales y a su sentido orgánico. Con *La teoría pura*, los criterios de validez jurídica adquieren una connotación específicamente normativa que los deslinda de una vez, tanto de la moral como de la política; la teoría del derecho conquistó una perspectiva peculiar de análisis al expulsar de los enfoques jurídicos todos los elementos externos al sistema.

La depuración kelseniana alcanzó desde luego a las concepciones del derecho subjetivo; el joven Kelsen dedica más de la tercera parte de su primera obra madura a la devastación de las teorías del derecho subjetivo que expresaban, bien la importancia de la voluntad, o bien el papel medular de los intereses protegidos. Además, Kelsen sostuvo una intensa polémica con Jellinek, con

quien en vida sostuvo una interlocución fértil en torno a su noción de derechos públicos subjetivos.

En el trasfondo de la crítica kelseniana se percibe un profundo escepticismo en relación a los presupuestos modernos de la teoría jurídica. Kelsen no cree que la libertad o la justicia, consideradas como valores, deben cruzar el sentido de las explicaciones jurídicas. La función básica de las normas es obligar; por lo tanto, la categoría jurídica básica ha de ser la de *deber* no la de *libertad*. Los derechos subjetivos no pueden entenderse sino como referencias mediatas de la imposición de deberes. Si no hay sujetos, tampoco debe haber facultades de los sujetos independientes del ordenamiento objetivo. El sistema jurídico se basta a sí mismo a partir de la organización de lo obligatorio; su finalidad es el control de los comportamientos, no la apertura irrestricta de posibilidades conductuales.

Más o menos por las mismas fechas en que corren los años juveniles de Kelsen, León Duguit, utilizando ideas de Augusto Comte, produjo una crítica sobre la noción de derecho subjetivo, cuyo propósito principal era mostrar el carácter prescindible de esta categoría. El razonamiento, en sus aspectos básicos, planteaba una revaloración de la idea de la *función* del derecho, desde una perspectiva solidarista que postraba el interés individual de los sujetos, colocándolo en un escaño inferior al de los valores grupales. Desde esta óptica, el derecho subjetivo no existe; su lugar lo ocupa el concepto de *situación jurídica* —activa o pasiva— del sujeto, que en todo caso depende de la definición que otorga la regla objetiva.

Duguit despacha la noción de derecho subjetivo por considerarla poco menos que una entelequia de los juristas burgueses, elaborada en los excesos de su individualismo. Los únicos datos objetivos con los que se puede realmente contar son: el derecho vigente, la situación activa o pasiva del sujeto y los objetos materiales sobre los que recae la acción del sujeto, cuando se trata de derechos sobre cosas. A partir del reconocimiento de estos elementos positivos surge la idea de vincularlos a la función que el derecho debe cumplir en relación con el grupo. Bajo esta tesis, los dere-



chos devienen responsabilidades: sus titulares deben ejercer sus atribuciones en un sentido que favorezca la acción grupal.<sup>70</sup>

La propuesta de Duguit se encuentra impregnada de un sociologismo tosco que le impide registrar las sutilezas reales del funcionamiento del derecho; su visión no otorga respuesta al proceso de autonomización del ordenamiento jurídico, ni es capaz de explicar los vericuetos sistemáticos del derecho; sin embargo, este tipo de crítica deja en evidencia la falta de compromiso grupal que radica en la visión clásica del derecho subjetivo, al tiempo que constata el carácter artificial de la categoría en cuestión. Aquí, sin embargo, hay que ser cautos porque de la artificialidad de algo no se puede deducir su inexistencia; el derecho subjetivo existe como categoría dogmática y el uso que hacen los juristas de esta noción es un fenómeno real que merece ser explicado.

La última vertiente crítica contra el derecho subjetivo proviene de la escuela realista escandinava. De los discípulos de Hägersström quizás los más influyentes en el resto de Europa sean Alf Ross y Karl Olivecrona; en la obra de ambos se perfila en relación con este tema una tesis principal: los derechos subjetivos son categorías funcionales que sirven como expresiones sintéticas para expresar de forma condensada la conexión que existe entre ciertos hechos que tienen su origen en situaciones subjetivas, y las consecuencias que las normas les atribuyen. Pero en todo caso, el derecho subjetivo es una categoría sin referencias semánticas propias.

### 3.2. *El embate kelseniano*

#### 3.2.1. El joven Kelsen

- a) *Generalidades.* Kelsen aparece ya como un jurista maduro con la publicación a los treinta años de los *Problemas Capitales de la teoría jurídica del Estado*; esta obra, como ninguna de las posteriores, muestra a su autor como un brioso polemista, ca-

<sup>70</sup> DUGUIT, León, *Las transformaciones generales del derecho privado desde el Código de Napoleón*. (trad. Carlos G. Posada), ed. Francisco Beltrán (Librería española y extranjera), Madrid, 1920, pp. 31 y ss., 40 y 176 y ss.

paz de rastrear hasta los más nimios argumentos de sus interlocutores, con la intención de llevar a cabo una refutación implacable de las tesis que inmiscuyen elementos extrajurídicos a la explicación del derecho. A las teorías del derecho subjetivo les destina más de cien páginas en las que embiste sin descanso contra las concepciones metafísicas del derecho natural, pero especialmente, contra las tesis que explican al derecho subjetivo como poder de voluntad y como interés garantizado. El punto de partida no deja lugar a dudas: “el comportamiento humano sólo interesa al jurista (...) si constituye o no una premisa para que entre en funciones la voluntad del Estado de castigar o aplicar medidas de ejecución”. Un poco más adelante define a la norma jurídica como la “formulación de los requisitos a que se halla sujeta la voluntad del Estado no el mandato encaminado hacia un fin y emanado de un poder”.<sup>71</sup> Las normas son juicios hipotéticos cuya formulación abreviada puede asumir la forma siguiente: “si te comportas así, el Estado obrará de este modo”.

La conducta contraria a derecho es entendida como la premisa para actualizar el sentido de la norma, o como lo expone Kelsen, de la voluntad del Estado orientada a castigar, anular o restituir los efectos de un acto ilícito. La conducta que la norma impone como obligatoria no es el contenido de dicha disposición sino la condición para actualizar la voluntad del Estado. Detrás de esta forma de entender las cosas prevalece una idea genérica del deber como abstención; si un sujeto viola el deber genérico de actuar ilícitamente en un caso particularmente tipificado como prohibido, se actualiza la condición para que el Estado reaccione imponiendo penas o medidas de ejecución.

La mancuerna derecho-deber ha sido parcialmente tratada por la doctrina tradicional, la cual ha omitido referirse al concepto de deber con la amplitud que este concepto merece; especialmente, hay insuficiencia al no explicar como de la noción objetiva de deber, deriva una noción subjetiva del mismo. Según afirma Kelsen, todos los esfuerzos teóricos se han dirigido al análisis de la deriva-

<sup>71</sup> *Op. cit. supra* nota (66), p. 196.

ción de derechos subjetivos a partir de las normas vigentes. La omisión es, desde todo punto de vista injustificada, ya que la función esencial de una norma jurídica es *statuere un deber*.<sup>72</sup>

El deber moral y la idea de un sentimiento de lo obligatorio como móvil psicológico de la acción son fórmulas explicativas igualmente rechazadas por Kelsen, porque considera inadecuadas para proporcionar las notas específicas del deber jurídico. Para el derecho sólo tiene significado relevante la idea del deber cuando el derecho se infringe; entonces sucede que se quebranta el deber. Aquí, ante la infracción, se hace visible la reacción contra los comportamientos antijurídicos.<sup>73</sup>

Para Kelsen, es posible hablar de un deber jurídico subjetivo sólo cuando una norma general se individualiza; es decir, cuando se expresa "la capacidad de subjetivación" de la norma. El deber subjetivo no es más que la proyección de la disposición general cuando se aplica.<sup>74</sup> En años posteriores Kelsen, siguiendo a Verdross, expuso: "es exacto afirmar que un orden jurídico es positivo si se le individualiza, y en tanto que se le individualiza".<sup>75</sup> Con esta aserción, Kelsen penetra en el problema de cómo la norma desde su dimensión formal, alcanza la realidad; se trata de un proceso de concretización que, desde el punto de vista del sistema jurídico, se percibe como un movimiento de derivación descendente, en virtud del cual la norma genérica se aplica a las situaciones de hecho. La idea del deber subjetivo deviene, en este sentido, concretización de las consecuencias de la infracción a lo obligatorio, en un caso específico.

Kelsen, en sus planteamientos juveniles, fue proclive a aceptar una completa autonomía de la norma jurídica en relación con el contexto en que se produce. Si la norma es un juicio hipotético que liga ciertas condiciones a determinadas consecuencias, el concepto de destinatario es prescindible. "La ley jurídica, dijo Kelsen, se asemeja —exteriormente— a la ley natural en que no va

<sup>72</sup> *Ibid.*, p. 272.

<sup>73</sup> *Ibid.*, p. 299.

<sup>74</sup> *Ibid.*, p. 303.

<sup>75</sup> *Op. cit.*, supra nota (52), p. 327.

dirigida personalmente a nadie y en que rige sin necesidad que se le conozca o se la reconozca".<sup>76</sup> De esta suerte, la cuestión de la eficacia y de la legitimidad del ordenamiento quedan absolutamente excluidas. De igual forma, una noción del derecho subjetivo, en un ambiente explicativo en que el concepto de destinatario es contingente, está encaminada a declararse superflua, tal como lo que hizo en momentos posteriores. El problema del destinatario es en realidad un pseudoproblema, el *quid* de la cuestión está en indagar cómo se deriva el llamado derecho subjetivo de la norma objetiva; es decir, "como una norma jurídica del orden objetivo se convierte precisamente en un deber *mío*".<sup>77</sup>

La lucha para caracterizar correctamente el derecho subjetivo supone abatir los conceptos del *deber* y trabajar exclusivamente con la noción de *facultad*, que no es ni con mucho la categoría determinante para el análisis de esta cuestión. La desviación del sentido de lo jurídico se debe al influjo iusnaturalista; esta corriente, al identificar el concepto derecho con el de libertad, impidió avizorar los alcances genuinos del ordenamiento jurídico, cuya directriz básica apunta a las ideas de ordenación, vinculación y sujeción. La visión eufemística del iusnaturalismo denominó *libertad*, lo que en realidad debió haberse conceptualizado como *deber*.<sup>78</sup> Se trata de una inversión ideológica, ya que la finalidad última de este tipo de representaciones del derecho, se encamina a disimular el peso del conflicto en las sociedades modernas.

Los términos de *libertad* y *protección* que la doctrina tradicional conjuga como piezas de la noción de derecho subjetivo, corresponden a otro tipo de expresiones en la obra kelseniana; dentro de la *Teoría Pura* el que alguien resulte obligado a un acto o a una abstención constituye el *reflejo* material del deber jurídico. A este efecto de reflexión es al que se denomina normalmente como derecho subjetivo. Para Kelsen, a lo que tendría que darse pero desde la perspectiva jurídica es al "lado formal"; es decir, a la noción objetiva del deber; sin embargo, lo que la doctrina tra-

<sup>76</sup> *Op. cit.* supra nota (66), p. 343.

<sup>77</sup> *Ibid.*, p. 493.

<sup>78</sup> *Ibid.*, p. 495.

dicional coloca por delante es el *reverso material* de la noción de deber; o sea, la facultad de un sujeto de exigir determinada conducta o abstención con base en una norma.<sup>79</sup>

b) *Postulados contra Ihering*. Las objeciones más importantes que Kelsen dirige a Ihering se pueden sintetizar así:

- la teoría del interés *jurídicamente protegido* privilegia el fin que persigue el derecho, y es el caso que la finalidad es un factor *material* que no puede ser parte de un concepto jurídico *formal*;<sup>80</sup>
- el concepto de *interés* equivale al que enarbó la teoría iusnaturalista bajo el signo de la "libertad"; y que fue la base para concebir el contenido del derecho como algo distinto a la norma positiva;<sup>81</sup>
- en aquellos casos en que, aún habiendo protección del orden jurídico, no hubiera *interés* por parte del titular del derecho en actualizar la protección, no cabría la posibilidad de seguir hablando de un derecho subjetivo como efectivamente Jellinek lo hace;<sup>82</sup>
- el interés es un hecho psíquico; o sea, natural y, por ende, ajeno al ámbito jurídico;<sup>83</sup>
- el legislador no otorga derechos subjetivos; lo más que puede hacer es estatuir una protección y condicionar la existencia de un interés; *el derecho subjetivo es una creación dogmática* no obra del legislador;<sup>84</sup>
- la protección y no lo protegido es lo que realmente tiene un significado trascendente para el derecho.<sup>85</sup>

c) *La crítica a Windscheid*. Agotados los argumentos para refutar la teoría del interés, Kelsen emprende la demolición de la tesis

<sup>79</sup> *Ibid.*, p. 496.

<sup>80</sup> *Loc. cit.*

<sup>81</sup> *Ibid.*, p. 497.

<sup>82</sup> *Ibid.*, p. 498.

<sup>83</sup> *Ibid.*, p. 499.

<sup>84</sup> *Ibid.*, p. 500.

<sup>85</sup> *Ibid.*, pp. 506-507.

de Windscheid, según la cual derecho subjetivo es un poder de la voluntad otorgado por el orden jurídico. En términos genéricos, Kelsen apunta que las críticas contra la teoría del interés valen también para las propuestas de Windscheid, porque éste suplanta con el concepto de voluntad la función que Ihering reservó para el interés, en síntesis:

- también vale la crítica de la insuficiencia porque no existe en esta propuesta una respuesta razonable al problema que plantean los sujetos con una voluntad afectada o disminuida por razones peculiares. El hecho es que, en estos casos, el derecho subsiste y sin embargo la voluntad no puede ser invocada como referencia central de la existencia del derecho;<sup>86</sup>
- la crítica de la ajenidad, dirigida contra el interés por ser un dato externo al derecho, cobra vigor también en el caso de la voluntad, a la que Kelsen considera un hecho psicológico y no un elemento normativo con relevancia para las explicaciones del ordenamiento jurídico. El único flanco significativo de la voluntad se suscita cuando ésta queda situada como condición activadora de la intervención estatal para sancionar o para imponer alguna medida de ejecución. La voluntad puede ser aprehendida como un dato ético-jurídico; sin embargo, Windscheid no logra abordarla así y esto impide que su propuesta mantenga la coherencia en el ámbito jurídico.<sup>87</sup>

d) *Boceto para una reconstrucción*. Tratando de expresar en proposiciones breves las propuestas kelsenianas para la reconstrucción del análisis de los derechos subjetivos; se puede decir que:<sup>88</sup>

1. El error de base del que parten las explicaciones tradicionales consiste en plantear la existencia del derecho subjetivo en forma independiente al derecho objetivo.

<sup>86</sup> *Ibid.*, pp. 510-511.

<sup>87</sup> *Ibid.*, p. 513.

<sup>88</sup> *Ibid.*, p. 539-546.



2. El derecho es *forma*, no *contenido*; por lo tanto lo que tiene relevancia para el análisis jurídico es *como* el derecho otorga protección a ciertas situaciones subjetivas, y no cuál es el *contenido* o la sustancia de la protección.
3. Lo que al derecho atañe en una situación subjetiva particular es la norma jurídica, si bien en estos casos se la contempla desde la perspectiva de su relación (o referencia) especial con un sujeto.
4. Existe *derivación* de la norma objetiva al sujeto cuando la voluntad estatal que la norma expresa está condicionada a que un sujeto en particular la active.
5. Cuando la norma jurídica entraña la imposición de una sanción o de una medida de ejecución, correlativamente establece deberes para los súbditos; que son, a su vez, la condición para que, aquél que resiente el acto ilícito, pueda mover a su favor la voluntad del Estado normativamente expresada.
6. El derecho definido a favor de alguien es siempre el derecho a que otro cumpla con su deber.
7. La norma jurídica *stricto sensu*; es decir, la que se refiere a la imposición de una pena o una medida de ejecución, contiene un doble deber: el de la generalidad de los destinatarios de no actuar de forma ilícita y el del órgano estatal que debe aplicar la consecuencia en caso de incumplimiento del sujeto obligado.
8. La incorporación de la *actio* a la norma jurídica como un hecho que condiciona la voluntad del Estado, hace posible la subjetivación o derivación de la norma.
9. *El derecho subjetivo es la norma jurídica en su relación con aquella persona de cuyo poder de disposición se hace depender la realización de la voluntad del Estado en cuanto a la sanción, tal como en la norma jurídica se proclama.*
10. La existencia del derecho subjetivo implica dos elementos: el conjunto de condiciones que constituyen el hecho antijurídico y la acción judicial del titular del derecho.

Amén de estos rasgos genéricos para la reconstrucción kelseniana del concepto de derecho subjetivo, el autor plantea dos proble-

mas adicionales, ambos con gran poder de sugestión: primero, el problema del tiempo: los derechos subjetivos implican la derivación de la norma objetiva a una situación individual definida como condición de aplicación; pero ya individualizada la disposición genérica, la duración de la norma general y de la situación subjetiva no coinciden; el derecho subjetivo sólo puede hacerse efectivo cuando se produce el acto que funge como condición; antes, el derecho subjetivo mantiene sólo una situación *potencial*. En el caso de las normas que establecen derechos correlativos a deberes de abstención, el estado *potencial* del derecho se dilata en el tiempo y abarca todo el lapso que dura la vigencia del deber correlativo.<sup>89</sup>

El segundo problema que ocupa la atención de Kelsen, es si el Estado debe ser considerado como titular de derechos subjetivos; esto sólo es imaginable cuando media un desdoblamiento normativo y, por esa razón, se contempla la organización estatal como acreedora de todas las personas a quienes obliga una norma jurídica.<sup>90</sup> Esta afirmación kelseniana, a todas luces exagerada, tiene como propósito mantener la unidad de las nociones de deber y derecho, con objeto de no ceder al sentido de la división tradicional entre situaciones de derecho público y de derecho privado. El argumento tiene una dedicatoria especial contra Jellinek quien distingue los derechos públicos subjetivos por la mediación de la idea de *poder*, mientras coloca a los derechos subjetivos privados bajo el rubro de la *licitud*. Kelsen se opuso toda su vida a someterse a esta distinción, para él, el sistema jurídico mantuvo siempre una lógica unitaria y sólo reconoció la existencia de algunas diferencias secundarias de posición con respecto a la forma en que los órganos públicos participan en los procesos de creación y aplicación de las normas.

### 3.2.2. Las nociones modernas

a) *El peso del tema.* El proceso de maduración de las tesis kelsenianas es al mismo tiempo el periodo de su pulimiento en un

<sup>89</sup> *Ibid.*, pp. 547-548.

<sup>90</sup> *Ibid.*, pp. 577-578.

texto de asombrosa coherencia. Si se comparan las conclusiones sobre el tema del derecho subjetivo en su obra juvenil, con los postulados de la segunda edición de *La teoría pura*, casi cincuenta años después, indudablemente se percibirán algunos cambios, pero también una continuidad muy clara en los presupuestos centrales de las tesis. El Kelsen maduro tiene una preferencia más definida por el carácter integral de su teoría, al tiempo que se abandona menos a la polémica monográfica. Ello se traduce en una disminución drástica del número de páginas que dedica al derecho subjetivo; éstas apenas alcanzan para insistir en el carácter primario del *deber* respecto a la noción de derecho. El concepto del *deber*, mucho mejor trabajado en la obra de madurez, surge como el articulador básico de la teoría, propiciando los enlaces de los conceptos de obligación, responsabilidad, norma y, por ende, validez. Casi a vuela-pie retoma algunos de los señalamientos críticos contra la teoría del interés y contra la teoría de la voluntad pero, en realidad, utiliza su crítica a esta última como ocasión para plantear el aspecto más trascendente de su nueva formulación: la noción de derecho subjetivo *en sentido técnico*.

Desde luego, hay cambios que merecen por lo menos alguna mención: la noción de norma ya no se recarga con tanta insistencia en el concepto de voluntad del Estado, ahora se da paso a la plena identidad de estado y ordenamiento jurídico; el Kelsen maduro acepta más fácil la división entre derechos reales y personales, así sea porque su difundida referencialidad le facilita la exposición; hay ahora un reconocimiento de la denominación *competencia* para referirse a las potestades públicas y privadas, concepto al que antes mostró gran reticencia; existe, asimismo un desarrollo de la idea de permisión, que en la obra juvenil no aparecía; el concepto de relación jurídica como relación normativa, queda mucho más depurado en *La teoría pura*; fuera de estos tópicos, las tesis básicas desplantadas en los años juveniles generalmente se sostienen.

La noción kelseniana de derecho subjetivo en sentido técnico parece haberse beneficiado de un conocimiento mayor acerca del derecho anglosajón. En especial, la noción de *pretensión (claim)*

de tan clara raíz dentro del *Common Law* aparece como una nueva referencia. “La conducta del individuo, correspondiente a la conducta obligatoria de otro individuo, es designada, con usos lingüísticos más o menos consistentes, como contenido del “derecho”, en cuanto objeto de una “pretensión” correspondiente a la obligación”.<sup>91</sup> Como se aprecia, hay una identificación más clara de que la exigencia de la conducta debida es, en sí, el ejercicio de un derecho, si se trata de facultades sobre las cosas, correlativas a un deber genérico de respeto, en estos casos es adecuado utilizar el concepto de *goce*. El goce es a la pretensión como el deber de cumplir una prestación a favor de otro al deber universal de no intervenir en el “disfrute” de una cosa.<sup>92</sup> Con estas equivalencias se puede construir un concepto unitario de derecho subjetivo, aunque Kelsen va más allá: lo que pretende es demostrar que la noción de deber y derecho no son más que dos fases de un mismo complejo normativo, compuesto de una obligación y de sus derivaciones subjetivas. El derecho, y esto recuerda los *Problemas capitales*, no es sino reflejo o proyección de la obligación a la que se hipostasía.<sup>93</sup>

Kelsen dedica una apostilla a la explicación de la situación de los sujetos en torno al derecho subjetivo. Para él, sólo es sujeto el que tiene que ejecutar la conducta obligada; el derechohabiente, en cambio, no tiene otra función que la de objeto del cumplimiento de la obligación del primero. Si esta idea la extrapoláramos al ámbito político, cabría decir que la organización de las sociedades es una forma de distribuir obediencia, no de otorgar libertad.

b) *Derecho subjetivo en sentido técnico*. Cuando Kelsen comenta la tesis de Windscheid sobre el poder de voluntad, profundiza en la situación del agente de la voluntad y descubre que lo que el orden jurídico le otorga es una facultad para acudir al órgano de aplicación de la norma con la finalidad de pedir el cumplimiento forzoso. En este caso, la norma establece como condición para su aplicación existencia de la demanda o querrela de

<sup>91</sup> *Op. cit.*, supra nota (34), p. 140.

<sup>92</sup> *Loc. cit.*

<sup>93</sup> *Ibid.*, p. 141.

quien pretende obtener el cumplimiento por parte de quien se encuentra obligado a cumplir su petición. La norma provee al titular del derecho reflejo de una obligación una potestad jurídica que consiste en la posibilidad de demandar o querrellarse para obtener el cumplimiento por la vía judicial.<sup>94</sup>

Kelsen considera que la potestad para demandar es un elemento distinto a la obligación que llega a ser exigible a través de ese medio. Y sólo se puede hablar de titularidad de un derecho distinto a la obligación en relación con la *actio*; es decir, refiriéndose a la potestad de plantear pretensiones por la vía del órgano de aplicación de la norma. Esto es lo que constituye el sentido técnico del derecho subjetivo en la exposición kelseniana.<sup>95</sup>

El ejercicio del derecho de acción puede variar según el tipo de derecho subjetivo de que se trate, en el caso de los derechos personales, consiste en una petición de cumplimiento forzoso; en el supuesto de alguno de los derechos reales, básicos, la técnica de protección consiste en el ejercicio de la acción reivindicatoria. La potestad de ejercer la acción procesal es también un atributo normativo; o dicho de otro modo, una condición establecida en una norma objetiva para su aplicación. El derecho de acción con el derecho reflejo forman una unidad técnica; el derecho reflejo, por su parte, es la referencia que guía el ejercicio del derecho de acción. Pero en todo caso, la condición básica para cualquier activación procesal es que exista incumplimiento de la obligación principal por parte del sujeto que debe cumplir su contenido.

Para Kelsen, el dato medular del derecho subjetivo en el sentido técnico "reside en que el orden jurídico no confiere el poder jurídico a un órgano determinado de la comunidad, sino a un individuo, designado (...) como persona de derecho privado".<sup>96</sup> A éste le corresponde activar la maquinaria de cumplimiento y obtener el respaldo del aparato ejecutor en los términos que establece la propia norma.

<sup>94</sup> *Ibid.*, p. 147.

<sup>95</sup> *Loc. cit.*

<sup>96</sup> *Ibid.*, p. 149.

La noción *técnica* a la que se refiere Kelsen es realmente la culminación de una larga búsqueda; por fin el autor de *La teoría pura* consigue encontrar una categoría que le permite explicar la función protectora del derecho, sin tener que inmiscuirse con los *contenidos* —ya axiológicos, ya materiales— de las normas jurídicas. Una noción de este tipo no podía, por razones obvias, localizarse entre los institutos del derecho sustantivo, sino que fue menester sustraerla del ámbito procesal; sólo entre las normas que regulan la aplicación del derecho pudo identificarse una pieza con textura axiológica y semántica absolutamente neutra.

En el ámbito de los derechos políticos, al que por cierto pertenecen las libertades básicas, se establecen prohibiciones al órgano legislativo al que se impide proyectar las disposiciones que produce, cuando éstas entrañan un sentido que restrinja ciertos tipos de conducta autorizados como una prerrogativa de los ciudadanos. Tales derechos funcionan como garantías efectivas sólo cuando concurren dos factores: primero, que la Constitución no pueda modificarse sino a través de procedimientos extraordinarios y, segundo, que se conceda a los destinatarios de las facultades o libertades el derecho de querrellarse en caso de que exista menoscabo o restricción. En este caso, la acción tiene como propósito suprimir la ley que afecta negativamente la prerrogativa del sujeto.<sup>97</sup>

La relación jurídica es un vínculo entre el deber impuesto por una norma y la potestad conferida a un sujeto para poder reclamar ante el órgano aplicador su cumplimiento. Dicha relación es un factor que se constituye por el propio orden jurídico. No se trata, según Kelsen, de una forma de vestir ciertos hechos, sino del sentido normativo que se atribuye a determinados comportamientos normativamente vinculados. La relación jurídica, en síntesis, no es una relación entre individuos, sino entre situaciones normativas. Este enfoque deja definitivamente de lado los referentes iniciales: voluntad e interés.

<sup>97</sup> *Ibid.*, pp. 150-151.



### 3.3. El derecho subjetivo como función de lenguaje

#### 3.3.1 Algunas tesis de Alf Ross

a) *El dominio invisible*. Siguiendo la huella de Hägerström, Alf Ross desarrolla una búsqueda realista en torno a los usos de la noción de derechos subjetivos dentro del derecho. Su punto de arranque lo constituye una dicotomía básica: de una parte se coloca la idea tradicional que ve en los derechos subjetivos poderes, potestades o libertades reconocidas por el derecho y, por la otra, la jurisprudencia analítica que, con grandes reservas, acepta una noción funcional u operativa del derecho subjetivo, en el que no ve más que el producto de la racionalización práctica de la idea del deber.<sup>98</sup>

Ross renuncia a un enfoque exclusivamente normativo del tema y de entrada asume que, “como fenómeno jurídico, el derecho subjetivo es la realidad objetiva del derecho considerado de acuerdo a su alcance en cuanto a las posibilidades de conducta individual”.<sup>99</sup> Sobre este tipo de premisa es fácil después situar las explicaciones dentro de un horizonte empírico, acogiéndose a la influencia que el orden jurídico mantiene como motivo concreto de la acción de los individuos.<sup>100</sup> Bajo esta perspectiva, el influjo jurídico puede ser bien restrictivo de la actividad del sujeto, o bien, expansivo. El derecho se convierte en móvil de la acción, ya por que implique la forma de perseguir determinados intereses, o ya porque se asuman sus argumentos de validez. En todo caso se opera una *sugestión ideológica* sobre la voluntad del individuo que finalmente mueve sus actos. Ross acepta que el concepto de lo obligatorio es la noción primaria del derecho, porque las probabilidades de que la coacción se aplique, generan en los destinatarios de la norma la expectativa de que efectivamente habrá de aplicarse.<sup>101</sup>

<sup>98</sup> Vid, ROSS, Alf, *Hacia una ciencia realista del derecho. Crítica del dualismo en el derecho*, (trad. Julio Barboza), ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1961. pp. 186-187.

<sup>99</sup> *Ibid.*, p. 193.

<sup>100</sup> *Loc. cit.*

<sup>101</sup> *Ibid.*, p. 194.

“La obligación es la restricción de la conducta que se funda al mismo tiempo en el interés (riesgo de compulsión) y en la validez”.<sup>102</sup> Validez en este caso quiere decir: *expresión racionalizada de ciertos impulsos desinteresados de acción*. La motivación conductual obedece a dos vertientes complementarias: la del apercibimiento por la probabilidad compulsaria y el reconocimiento del carácter obligatorio del orden jurídico, al que se llega por consideraciones de tipo racional. En la concurrencia de interés y validez radica la posibilidad de entender al derecho como factor del mundo fáctico. Sin la noción de interés el derecho se despega irremisiblemente de la realidad.

Los derechos subjetivos proceden de racionalizaciones que se efectúan dentro del derecho; los deberes jurídicos, por su parte, conllevan una relativa certidumbre de su cumplimiento, debida al mecanismo de protección que se les asocia. Todo esto produce en el titular del derecho un “sentimiento peculiar de *poder, seguridad y confianza*, rodeado e iluminado por el *deber* que prohíbe a los otros menoscabar su posición jurídica, y por lo tanto otorga a la posesión de los derechos algo de lo sacrosanto que caracteriza al deber”.<sup>103</sup> Lo que Ross describe es la forma en que se efectúa la vivencia social de una situación protegida por el derecho; el ordenamiento jurídico reduce de manera importante la aleatoriedad sobre la base de la idea del deber garantizado. El derecho subjetivo es una apuesta segura por la eficacia de las garantías y un sentimiento que refuerza la confianza, sobre todo en las relaciones de intercambio. Para Ross, el problema dinámico; es decir, el de la circulación de los derechos es algo que ocupa un lugar central de la explicación: no se trata sólo de entender qué es y cómo opera un derecho subjetivo, sino que también debe explicarse cómo se realiza la transmisión de las facultades que derivan del derecho, a través de las transacciones cotidianas.

Ross nos deja ver un derecho subjetivo que cumple una función concreta en el mundo de los hechos, pero más adelante que la validez objetiva de esa situación jurídica es independiente de la si-

<sup>102</sup> *Loc. cit.*

<sup>103</sup> *Ibid.*, p. 209.

tuación fáctica que garantiza. Se trata, según Ross, de un *control invisible* y directo sobre una cosa, y la compulsión legal no es más que la consecuencia de dicho *dominio*.<sup>104</sup> El anverso de cualquier situación subjetiva de dominio (facultad, libertad o competencia) es la noción racionalizada de deber.

La racionalización del concepto del derecho subjetivo es estructuralmente coincidente con la perspectiva iusnaturalista, ya que ambos reconocen: un *sujeto* como fuente principal de las fuerzas inmateriales que genera la situación subjetiva; un *objeto*, sobre el que se ejerce el control y, finalmente, una *protección* procesal que garantiza el dominio del sujeto. Para Ross, la diferencia de su enfoque con el del iusnaturalismo, consiste en que, desde su perspectiva, no hay diferencia de fondo entre la conducta que el agente elige como preferida y el contenido del derecho. Se trata de una situación protegida que permite hacer lo que se prefiere; dicha preferencia, en virtud de la protección jurídica, se revela como una forma de *control*.<sup>105</sup>

b) *El derecho subjetivo como vacío semántico*. Los conceptos jurídicos fundamentales como el de derecho subjetivo, no aluden a algo en particular, son de categorías sin contenido semántico; su función consiste en describir el derecho. La idea del derecho subjetivo está ligada a la necesidad de ordenar el material jurídico; específicamente al requerimiento de establecer módulos conceptuales que simplifiquen la diversidad de las directivas de conducta y de sus posibles efectos. Este tipo de categorías funcionan como conectores entre determinadas situaciones fácticas y las consecuencias jurídicas que las normas les atribuyen.<sup>106</sup>

En el ejemplo de Ross, ser propietario puede significar cosas muy diversas, sin embargo, en concreto, si alguien adquiere algo por prescripción, por compraventa, por herencia, o por cualquier otra forma lícita, puede disponer de ella, recuperarla, percibir sus

<sup>104</sup> *Ibid.*, p. 210.

<sup>105</sup> *Ibid.*, p. 224.

<sup>106</sup> ROSS, Alf, *Sobre el derecho y la justicia*, (trad. Genaro Carrió), ed. EUDEBA, Buenos Aires, 1963. pp. 164-167.

frutos y, en todas las sentencias en las que se discuta la procedencia de una de sus consecuencias, el juez deberá sentenciar en favor de quien pueda acreditar que satisface la conectividad entre ciertos hechos generadores y las consecuencias que las normas atribuyen a esos hechos. Las normas jurídicas a final de cuentas son directivos que se dirigen, directa o indirectamente, a la conducta de los jueces.

El derecho subjetivo, para Ross, no designa fenómeno alguno; es una noción servil cuya transparencia semántica facilita la función de conexión entre "cierta pluralidad disyuntiva de hechos condicionantes con cierta pluralidad acumulativa de consecuencias jurídicas".<sup>107</sup> La función del teórico del derecho no puede encaminarse a indagar el contenido semántico de los derechos; lo que corresponde al especialista, es clasificar los usos del concepto; es decir, precisar las condiciones en las que se aplica. Así se puede establecer que se le usa para designar ventajas y, en este caso, el derecho se podría definir desde la perspectiva del sujeto al que favorece; otras veces se le utiliza para referirse a la posibilidad de acción de un sujeto y, entonces, funciona como sinónimo de *libertades en sentido negativo*.<sup>108</sup> Como quiera que el concepto se use, hay que considerar que es siempre el correlato de un deber o una restricción al prójimo, como lo expresa Ross. El derecho subjetivo incluye una facultad adicional: la posibilidad de demandar al sujeto obligado por la vía judicial el cumplimiento de su obligación.

A todos estos presupuestos les sigue un concepto de derecho subjetivo que resalta el uso del término "para indicar una situación en la que el orden jurídico desea asegurar a una persona libertad y potestad para comportarse como le plazca, a fin de que proteja sus propios intereses. El concepto (...) indica la autoafirmación autónoma del individuo".<sup>109</sup>

Fuera del contexto de la ciencia jurídica, donde los esfuerzos de depuración llevan a reconocer las nociones fundamentales como herramientas expresivas, la comprensión de los derechos subjeti-

<sup>107</sup> *Ibid.*, p. 168.

<sup>108</sup> *Ibid.*, p. 170.

<sup>109</sup> *Ibid.*, p. 171.

vos sigue aún presa en el influjo del pensamiento primitivo. Querer buscar una realidad o un fenómeno en el interior de un concepto que se refiere a un derecho subjetivo, equivale a buscar el soporte de los hechos en una realidad suprasensible que, desde luego, evoca el ambiente premoderno de la magia. Ross utiliza una fórmula muy clara para describir este fenómeno: se trata, dice, del poder del lenguaje sobre el pensamiento.<sup>110</sup> O, dicho más explícitamente, del poder que confiere al lenguaje su capacidad de objetivación y encuadramiento de las concepciones cognoscitivas.

El mito del derecho subjetivo, por llamarlo de algún modo, se construye sobre dos premisas: que se trata de una unidad simple que corresponde a un sujeto específico, y que dicho sujeto debe ser un ser humano.<sup>111</sup> Existe una idealización en ambos supuestos, porque el derecho se representa como unidad sólo en virtud de las necesidades expresivas y para ejemplificar una pluralidad de situaciones; por otro lado, cuando aparentemente identifica al ser humano, la norma interpela solo a un destinatario funcional. Como bien expresa Ulises Schmill, "las personificaciones son siempre parciales, pues sólo destacan una o varias relaciones condicionales, las que están en la base de ella".<sup>112</sup> Podemos afirmar que Juan es propietario, arrendador, fumador o estudiante; en cada caso, la referencia no incluye las cualidades personales íntegras del interpelado, sino sólo una forma de actuar relevante para punto de vista desde el que se considera la situación. Los conceptos intermedios como el de derecho subjetivo, según el mismo Schmill, generalmente son alcanzados por "errores categoriales", es decir, por la práctica habitual de suplantar su carácter sistemático por hechos de la realidad natural.<sup>113</sup>

Visto a distancia, el planteamiento de Ross parece incompleto, pues a pesar de que descubre con precisión el desfase entre el concepto realista del derecho subjetivo y su enfoque metafísico, se queda corto en la explicación del papel que juegan en la construc-

<sup>110</sup> *Ibid.*, p. 172.

<sup>111</sup> *Ibid.*, p. 173.

<sup>112</sup> SCHMILL ORDÓÑEZ, Ulises, *Reconstrucción pragmática de la teoría del derecho*, ed. Themis, México, 1997, p. 64.

<sup>113</sup> *Ibid.*, p. 61.

ción y, sobre todo en los usos posibles de dicha categoría, ambas perspectivas. No queda claro cómo una noción analíticamente depurada de derecho subjetivo tiene que habérselas con un contexto en el que los usos se encuentran en buena medida dominados por los influjos metafísicos. Falta quizás distinguir un punto de vista externo de otro interno para poder referir en mejores condiciones ambos alcances.

### 3.3.2 *Las precisiones de Olivecrona*

a) *El derecho subjetivo como signo de comunicación.* Algunos de los aspectos faltantes en la teoría de Ross son puntualmente suplidos por los planteamientos de Olivecrona. Cabe decir que, este jurista, asume por completo la idea del vacío semántico en el derecho subjetivo, pero, a diferencia de Ross, ubica con mucha precisión la forma en que acontece el uso del término en las prácticas sociales. Para Olivecrona, dentro de los grupos sociales, existen valores entendidos; se trata de ideas en torno al sentido básico de ciertos conceptos, los cuales se comparten y son asumidos por los miembros del grupo con entera naturalidad. Todo mundo sabe que tener derechos o deberes implica un conjunto de ideas que remiten a una situación de respeto recíproco, "consideramos como obvio que nosotros respetaremos los derechos de los demás y que cumpliremos nuestras obligaciones."<sup>114</sup>

La idea del deber se presenta como una referencia compartida incluso antes de cualquier racionalización. Se trata de un sentimiento recíproco cuya difusión en el grupo garantiza la aceptación del sentido básico de las normas. La fuerza del Estado complementa la idea de lo obligatorio, ejemplarizando con actos coactivos que van dirigidos a hacer cumplir las normas contra quienes excepcionalmente las infringen. Sólo bajo la base común en torno a la idea general de lo obligatorio ciertas palabras se pueden emplear como signos para comunicar sintéticamente ciertas directivas

<sup>114</sup> OLIVECRONA, Karl, *El derecho como hecho*, (trad., Luis López Guerra), ed. Labor Universitaria, Barcelona, 1980, pp. 180-184.



de conducta. Para este efecto no es preciso que tales signos posean un contenido semántico específico, puesto que su invocación remite a la idea genérica del reconocimiento de lo obligatorio en todas aquellas situaciones en las que es preciso utilizarlos.<sup>115</sup>

El derecho en general tiene un poder comunicativo innegable, lo peculiar es que, para concretar la transmisión de información, no es necesario que sus conceptos tengan un contenido semántico específico. Saber que alguien es propietario de una cosa, conlleva al mismo tiempo, el presupuesto de que la adquirió legalmente, de que la puede enajenar, de que sólo ha de ser enajenada con su consentimiento, etcétera. En el caso del derecho subjetivo, queda implícita la información adicional sobre todas las proyecciones posibles de la conducta autorizadas a partir de la situación especialmente reconocida por la ley a un sujeto.<sup>116</sup>

Olivecrona no participa en absoluto de la idea iusnaturalista de la preexistencia de los derechos con respecto a la ley; sin embargo, sí expresa la probabilidad de que una idea compartida acerca de los deberes y derechos a nivel del conocimiento cotidiano, preceda la expedición de las disposiciones legales.<sup>117</sup> Sin la predisposición de sus destinatarios la ley estaría condenada a la ineficacia. La noción de derecho subjetivo tiende un puente comunicativo entre la existencia de un determinado derecho, establecido por el orden positivo, y las consiguientes formas de adquirirlo. Alumbra, en todo caso, las circunstancias de acceso a las situaciones subjetivas previstas en la norma, facilitando la identificación de las consecuencias que se proyectarían sobre los sujetos interesados en determinada posición.<sup>118</sup> La función "vinculante" del derecho subjetivo resulta más clara si se piensa que, en un sistema jurídico, "la técnica apareció sin premeditación"; es decir, primero hubo una idea acerca de los derechos y luego otra sobre sus formas procesales de garantía.

<sup>115</sup> *Ibid.*, p. 185.

<sup>116</sup> *Ibid.*, p. 188.

<sup>117</sup> *Ibid.*, p. 190.

<sup>118</sup> *Ibid.*, p. 191.

b) *La función valorativa.* Los tribunales, al sentenciar un caso, no hacen sino negar o afirmar la existencia de un derecho subjetivo. Los derechos no se crean a partir de la resolución judicial; su existencia es anterior al inicio del litigio; lo que sucede es que la sentencia reemplaza las antiguas bases fácticas de los derechos, otorgando un nuevo punto de referencia a partir de la forma en la que queda confirmado el sentido *correcto* de la situación preexistente.<sup>119</sup> El juez es una especie de legislador para el caso en disputa, pero su función no es contemplativa, sino que modela específicamente la situación de las partes a partir de su participación en el procedimiento. Los tribunales "pueden formar ideas de derechos sobre el modelo de las ideas generales expresadas en las normas".<sup>120</sup> A su vez, el juez, cuando resuelve una controversia, actúa imbuido por los valores de los que participa. Los valores que se comparten forman "el espíritu del derecho, que anima la expresión verbal de las normas".<sup>121</sup>

Olivecrona utiliza las perspectivas de interioridad y exterioridad para el análisis del derecho que Ross desdeñó, atribuyendo el primer tipo de enfoque a quienes comparten un código mínimo de ideas y valores sobre los derechos y deberes. El aspecto interno conlleva una perspectiva subjetiva del ordenamiento jurídico, sin la cual no se podría mantener la tesis de la naturaleza fáctica del derecho. Retomando la idea de Austin acerca de *cómo hacer cosas con las palabras*, Olivecrona encuentra que los enunciados sobre los derechos preparan una forma de sedimentación imperativa del lenguaje. A través de lo que llama las *expresiones ejecutivas jurídicas*, se entabla la mediación entre el mundo natural y la esfera del derecho y, bajo este punto de vista, es válido afirmar "que *hacemos cosas con palabras* cuando realizamos matrimonios, bautizamos o establecemos derechos mediante palabras pronunciadas en ciertas circunstancias".<sup>122</sup>

<sup>119</sup> *Ibid.*, p. 191 y ss.

<sup>120</sup> *Ibid.*, p. 204.

<sup>121</sup> *Loc. cit.*

<sup>122</sup> *Ibid.*, p. 233.

La palabra derecho subjetivo cumple bajo estos parámetros dos funciones básicas: denota que el término se usa siempre bajo ciertas reglas y que también supone algunas ideas que rigurosamente acompañan al concepto, como la de la conducta correcta y obligatoria, a la que corresponde la idea básica de que alguien es titular de un derecho.<sup>123</sup>

#### IV. ALGUNOS PROBLEMAS EN BOCETO

Una revisión panorámica del tema de los derechos subjetivos siempre deja la sensación de haber cubierto apenas los aspectos abarcables en una mirada provisional. La vastedad del panorama inhibe en ocasiones los impulsos analíticos, sin embargo, en este ensayo han surgido algunas cuestiones que merecen por lo menos el esfuerzo de un planteamiento preliminar. A continuación se hará el intento de esbozar —y nada más que esbozar— tres asuntos: el de la situación del concepto de derecho subjetivo con los de: norma de competencia; derechos fundamentales e intereses difusos.

##### 4.1. *Derecho subjetivo y normas de competencia*

a) *La noción de Hart.* Cuando Hart efectúa la crítica al modelo básico de Austin, destaca la existencia de reglas jurídicas que no tienen posibilidades de encuadrarse en la estructura de los órdenes respaldados por amenazas. Por la importancia del pasaje hartiano es necesario hacer la siguiente transcripción:

Las reglas jurídicas que definen la manera de realizar contratos, celebrar matrimonios u otorgar testamentos válidos, no exigen que las personas actúen de modos determinados, lo quieran o no. Tales normas no imponen deberes u obligaciones. En lugar de ello, acuerdan a los particulares *facilidades* para llevar a cabo sus deseos, al otorgarles potestades para crear, mediante ciertos procedimientos y bajo ciertas condiciones, estructuras de facultades dentro del cuadro coercitivo del derecho.<sup>124</sup>

<sup>123</sup> *Ibid.*, pp. 233-234.

<sup>124</sup> *Op. cit. supra* nota (1), p. 35.

La idea de que existen reglas (o normas) cuya función es ampliar la esfera de acción de los agentes sociales, proviene, como ya se indicó, de Jellinek, quien expuso que el orden jurídico, por este medio, agrega capacidades de acción a los individuos por encima de aquellas posibilidades que la naturaleza les ha conferido.

Según la concepción expuesta, el derecho aparece como un ordenamiento facultador de la conducta social; esto es así particularmente dentro del ámbito de las construcciones artificiales que están en el origen de las instituciones modernas. Bajo esta lógica, el derecho proporciona una especie de contraseña formal a los sujetos para que éstos puedan desenvolverse como agentes de los contratos o de los otros mecanismos articuladores de la voluntad. La particularidad de este tipo de "habilitaciones" regulativas, es que detrás de las intenciones del sujeto, si éstas son coincidentes con el sentido de la norma, se encuentra el respaldo coactivo del ordenamiento vigente.

Si las normas primarias en sentido hartiano tienen como función la imposición obligatoria de ciertos sentidos de conducta, las normas secundarias lo que aportan son cauces jurídicos flexibles que sus destinatarios acomodan para funcionalizar la coactividad del ordenamiento y dirigirlo al logro de sus propios intereses, siempre que sus actos se logren mantener en el marco de licitud establecido por el propio derecho. De este modo el ordenamiento consigue un doble propósito: por una parte, inhibe las conductas prohibidas y, por la otra, estimula la utilización de sus mecanismos lícitos. Dicho de otro modo, pone al alcance genérico de sus destinatarios una serie de instrumentos útiles para garantizarles el sentido positivo de su acción. Con ello, el derecho logra encuadrar dentro del seno de sus moldes normativos la mayor parte de los comportamientos lícitos.

b) *La objeción kelseniana.* En los *Problemas capitales*, Kelsen se había opuesto a la idea de que el ordenamiento jurídico expande las posibilidades de comportamiento, argumentando que el orden jurídico sólo protege los efectos de ciertos actos pero:

Con ello, *no se amplía* (...) la capacidad humana o natural de obrar, no se agranda su radio de acción o su extensividad, sino que se aumenta su *in-*

*tensidad*, añadiendo a los efectos naturales de los actos otros efectos, que son los jurídicos.<sup>125</sup>

Como se observa, la postura kelseniana precisa que el derecho no es la causa eficiente para incrementar el radio de acción de los sujetos, sino solo una técnica de protección que mejora la probabilidad de los efectos deseados. Desde la perspectiva de Jellinek, el derecho otorga a los agentes sociales la seguridad y la amplitud que sus acciones no tenían en el estado de naturaleza; desde el punto de vista de Kelsen, el derecho confiere protección en la medida y en el grado que el propio ordenamiento lo define.

c) *Arribo preliminar*. El punto más interesante de la discusión planteada en los incisos anteriores no consiste en saber si el derecho amplía o restringe la capacidad de acción de los sujetos; lo relevante es tener en cuenta que el derecho define cauces de acción que son coherentes con el tipo de expectativas institucionales gestadas a partir de la modernidad. Desde este punto de vista, el derecho se ofrece como salvoconducto del interés individual. El otorgamiento de cauces funcionales para conseguir los fines propios se realiza en forma genérica, y los sujetos mejor adaptados a las claves institucionales del derecho, son los que pueden beneficiarse en mayor grado de la competencia que se plantea por el uso óptimo de los instrumentos jurídicos disponibles.

d) *El caso de la permisión positiva*. Con este nombre se refiere Kelsen a los derechos que derivan de la concesión o la licencia que otorga un órgano de la comunidad. De este postulado, extrapolando la tesis a un ámbito abierto, se puede afirmar:

1. Los derechos atribuidos mediante concesión se oponen en su sentido a la extensión de las libertades.
2. Un mercado desarrollado implica un uso excepcional de las *permisiones positivas*; por el contrario, un mercado incipien-

<sup>125</sup> *Op. cit.*, supra nota (66), p. 567.

te, conlleva al incremento en el uso de este tipo de situaciones subjetivas.

3. En una sociedad donde el mercado se encuentra en desarrollo, pueden suceder dos cosas:

- 3.a) El desplazamiento de las *permisiones positivas*; o
- 3.b) la utilización de los ámbitos de acción que otorgan los derechos que derivan de las *permisiones positivas*, para generar burbujas de mercado, haciendo circulares los derechos derivados de las concesiones.

La *permisión positiva* define un cauce de acción privada subordinado en su espacio a los lineamientos que impone la autoridad que otorga el acto constitutivo del derecho. Sometiendo al control público ciertos ámbitos acotados de mercado se logra un cierto tipo de intervencionismo regulatorio que puede compatibilizarse con las nociones neoliberales que hoy dominan los enfoques económicos.

## 4.2. *Derechos subjetivos vs. derechos fundamentales*

### 4.2.1. *La confrontación*

La crisis de legitimación que acusan la mayor parte de las instituciones y valores de origen liberal plantea problemas serios en el discurso de justificación de los derechos subjetivos. Ante los conflictos que resienten las sociedades contemporáneas por una distribución inequitativa de los recursos apropiables, el mercado ha dejado de tener prestigio moral. Asimismo, las instituciones y categorías jurídicas vinculadas a la mecánica del intercambio se encuentran, en general, bajo sospecha. En el caso de los derechos subjetivos en particular, el distanciamiento entre el derecho y la noción de justicia acarrea desbalances insuperables que dañan irremisiblemente su legitimidad. Las propuestas sistemáticas del liberalismo en sus distintas vertientes han aportado interpretaciones de enorme valor sobre el funcionamiento de los órdenes jurídicos contemporáneos, pero el tipo de discurso altamente formalizado que manejan no opera bien como justificación hacia el



conjunto de la sociedad. Las expectativas sociales en torno al derecho, ingenuas o no, continúan alimentándose con la idea de la justicia; la razón técnica, en cambio, es un ámbito para especialistas y operadores que no permea fácilmente su sentido hacia el contexto. El razonamiento especializado distingue con enorme precisión la especificidad de los fenómenos jurídicos, pero, al mismo tiempo, aísla al derecho, alienándolo respecto del grupo social donde se produce.

Para justificar la idea de la existencia de un cuerpo de derechos fundamentales, que debieran fungir como garantía mínima y universal para resguardar la condición personal de los individuos en cualquier contexto social en el que se encuentren, la legitimidad del discurso de los derechos subjetivos parece insuficiente. Las nuevas propuestas sobre los derechos fundamentales se ligan por eso al viejo tronco iusnaturalista y buscan su factor de legitimación fuera de los contornos normativos del orden jurídico. Se produce así una especie de reconquista moral desde el derecho. La revaloración de los orígenes iusnaturalistas es hoy patente en autores como Dworkin, quienes plantean un auténtico desafío a las distintas clases de positivismo, habiendo ganado para su causa numerosísimos adeptos en el intento.

#### 4.2.2. *El parteaguas de la igualdad.*

Uno de los esfuerzos mejor logrados por encontrar hoy un fundamento externo a los derechos fundamentales, es el que desarrolló Ferrajoli en sus escritos sobre el garantismo. Para este autor, los derechos fundamentales fungen como *condición* general de validez jurídica de toda la actividad del Estado.<sup>126</sup> Bajo esta intención, el derecho vuelve a ser un factor de valoración moral de la conducta estatal. Los derechos fundamentales equivaldrían en su función a un código de calificación moral, muy similar al derecho natural, tal como lo concebían los primeros pensadores modernos. El campo de las disposiciones iusfundamentales no se registra como un segmento ordinario del ordenamiento, sino como una condición básica de legitimidad.

<sup>126</sup> *Op. cit.*, supra nota (23), p. 905.

La idea central de Ferrajoli se construye a partir del reconocimiento de una doble versión de la igualdad: la igualdad jurídica, que incluye las *diferencias personales* pero excluye las *diferencias sociales*, y la igualdad económica y social, que se convierte en un propósito permanente de abatir las circunstancias diferenciales de los sujetos, para garantizarles a todos un potencial similar de desarrollo. Una idea útil en el planteamiento de Ferrajoli consiste en la asunción de un hecho básico: “no todas las desigualdades jurídicas son intolerables; lo son sólo aquellas que *obstaculizan* la vida, las libertades, la supervivencia y el desarrollo de las demás personas.”<sup>127</sup> Extrapolando estas ideas básicas, se puede afirmar que: existe una igualdad que exige *considerar* a los individuos como iguales, y otra que apunta a *hacerlos* iguales en sentido efectivo. La tensión entre las aspiraciones y los procesos reales se resuelve en fórmulas que expresan gradientes y nunca plenitudes. La desigualdad siempre se conserva como un dato y, muchas veces, es el propio ordenamiento el que apunta a sostenerla. Sin embargo, el derecho vive en tensión: por un lado conserva disposiciones que de hecho tutelan las diferencias, mientras, por otro, sostiene otras que tienden a compensarlas.<sup>128</sup>

Bajo las premisas anteriormente referidas, Ferrajoli puede inferir que, mientras el discurso clásico de los derechos subjetivos es un factor de mantenimiento de las diferencias, los derechos fundamentales son situaciones jurídicas que apuntan a realizar la igualdad. La diferencia práctica entre, por ejemplo, los derechos patrimoniales clásicos como la propiedad —ejemplo de un derecho que genera diferencias— y un derecho como la libertad de expresión, es que el primero requiere un título específico para constituirse, mientras que el otro ofrece lisa y llanamente una condición generalizada de disfrute a sus destinatarios.<sup>129</sup>

Aun los derechos fundamentales, en cuanto afianzan el valor singular de las personas, admiten la constitución de diferencias, pero debe existir una distinción entre lo que es una diferencia y lo

<sup>127</sup> *Ibid.*, p. 906.

<sup>128</sup> *Loc. cit.*

<sup>129</sup> *Ibid.*, p. 910

que son las desigualdades. La primera es el efecto lógico de la personalización de ciertos valores comunes en cada sujeto; la segunda, es una condición que escinde a los sujetos desde el punto de vista de las oportunidades económicas y políticas.<sup>130</sup>

La tesis de Ferrajoli consigue logros importantes en cuanto a la explicación del proceso de positivización de la moral en el ordenamiento jurídico, particularmente dentro del segmento que corresponde a los derechos fundamentales, pero conlleva todos los riesgos que acompañan normalmente a las tesis moralizadoras: la probable falta de consenso en torno a los contenidos. Como quiera que sea, lo cierto es que la lucha contemporánea por terrenalizar las promesas burguesas, plasmadas de diversa manera en los órdenes jurídicos, no encuentra un cauce cabal de expresión en las técnicas jurídicas de protección tradicionales, como es el caso de la que se asocia a los derechos subjetivos.

#### 4.3. *El desafío de los intereses difusos.*

Si contemplamos la escena contemporánea y, en especial, la forma que ha adoptado la defensa de ciertos intereses, como por ejemplo los urbanísticos o los ambientales, ha de reconocerse que los mecanismos procesales desarrollados para ese efecto —acciones populares o de clase— poco tienen que ver con las *actio* tradicionales, encargadas de actualizar la protección de los derechos subjetivos. La defensa de intereses que no se encuentran en lo inmediato dentro de la esfera personal o patrimonial del sujeto que formula la reclamación, es algo que violenta el carácter individualista de los diseños procesales clásicos. Desprender la acción procesal de lo que Kelsen denomina un *derecho reflejo*, implica una modificación radical a la idea de asociar la protección de un derecho a la prerrogativa sustancial que concede. Y no se trata de conceder cauces procesales para defender lo incierto, sino para obtener la protección de aquello que no puede tipificarse dentro de las matrices patrimoniales clásicas, o bien, dentro de los parámetros del daño personal directo.

<sup>130</sup> *Loc. cit.*

Stefano Rodotá en alguno de sus trabajos sobre la propiedad, dejó constancia del problema que aquí se aborda:

Ahora se hace visible una nueva trama determinada por el argumento y la difusión de intereses de naturaleza colectiva, que no plantean tanto la cuestión tradicional de la atribución subjetiva o de los criterios de gestión de los bienes en propiedad, sino que ponen en duda la aptitud misma de las técnicas dominiales para afrontar y resolver los nuevos problemas de uso y distribución de los recursos.<sup>131</sup>

El interés difuso redefine los cánones sobre la titularidad de los derechos y sobre la posesión de ciertos bienes, como por ejemplo, los recursos naturales. Este tipo de bienes, por encima de cualquier otro criterio jurídico que los envuelva, inclusive la propiedad, se vuelven objeto de protección a través de acciones que puede ejercer cualquier interesado en la sustentabilidad del ambiente, aunque no resienta de forma inmediata, en su persona o en sus bienes, una agresión conculcatoria.

<sup>131</sup> RODOTA, Stefano, *El terrible derecho*. Estudios sobre la propiedad privada, (trad. y prolog. Luis Díez Picazo), ed. Civitas, Boloña, 1986. p. 30.