



Universidad
Carlos III de Madrid

Máster Universitario en Estudios Avanzados en Derechos Humanos

Instituto de Derechos Humanos “Bartolomé de las Casas”

Curso académico 2016-2017

Trabajo Fin de Máster

En torno al concepto estructural de los derechos

Alcances de una aproximación analítico-formal al significado de *tener un
derecho*.

Uirá Menezes de Azevêdo

Tutor

Profesor Dr. Andrea Greppi

Getafe (Madrid), a 30 de enero de 2017

Palabras clave: derechos; derecho subjetivo; Wesley N. Hohfeld; privilegio, pretensión, poder, inmunidad; correlatividad entre derechos y deberes.

Resumen: Este trabajo explora los alcances de una aproximación estructural al concepto de derechos en sentido subjetivo, con el objetivo general de comprender bajo qué condiciones teóricas la noción de *tener derechos* es coherente con un uso no necesariamente limitado al lenguaje estrictamente jurídico. La hipótesis de la investigación es que la presencia y funcionamiento del concepto en otros ambientes discursivos (moral, político), objeto de críticas desde posiciones realistas y positivistas, puede beneficiarse teóricamente de una aproximación

estructural como la de Wesley N. Hohfeld. El trabajo defiende que concepciones relacionales como la hohfeldiana, de derechos como posiciones normativas, caminan hacia un modelo que, además de contribuir con un mejor razonamiento práctico, puede responder a las críticas negadoras y restrictivas del concepto de derechos. Esas respuestas, concluye el estudio, confiere a este tipo de aproximaciones una vocación para proveer un concepto estructural de derechos que funcione legítimamente en contextos de lenguaje no sólo jurídico-positivos.



Esta obra se encuentra sujeta a la licencia Creative Commons **Reconocimiento – No Comercial – Sin Obra Derivada**

*una voz antigua
de viento y de sal*

...

*la está llamando
hacia allá, como en sueño.*

Para Raíza y sus poemas nuevos,
con el amor que me enseñaste.

SUMARIO

1. Introducción.....	7
1.1. Motivaciones de la investigación.	7
1.2. Problema, objeto y objetivo.....	9
1.3. Análisis conceptuales y de justificación de derechos.	19
1.4. Del entorno a los alcances de la investigación.	29
2. Capítulo 1 - Críticas al concepto de derechos.....	31
2.1. Antecedentes. Derechos como derechos naturales.	33
2.2. Críticas a los derechos. Inexistencia o indefinición técnica.	40
2.2.1. Críticas a la existencia. Derechos, sinsentidos metafísicos.	42
2.2.1.1. León Duguit.	42
2.2.1.2. Alf Ross.	45
2.2.2. Críticas a la idoneidad técnica. Derechos, reflejos de obligaciones y técnica de protección.	50
2.2.2.1. Jeremy Bentham.....	50
2.2.2.2. Hans Kelsen.	53
3. Capítulo 2 – La estructura analítico-normativa de los derechos.	65
3.1. La reducción de derechos a deberes, impuestos por el Derecho.	65
3.2. Wesley N. Hohfeld y su proyecto analítico.....	68
3.2.1. Derechos como agregado (<i>bundle</i>) de posiciones normativas.....	72

3.2.2. Derechos y deberes. Matices de la correlatividad.....	86
3.2.3. Más allá de la no-interferencia. Derechos “a algo” y “a hacer daño a otros”.....	92
3.3. Balance y horizonte próximo.....	95
4. Conclusiones.....	97
5. Referencias.....	103

1. INTRODUCCIÓN.

1.1. Motivaciones de la investigación.

El objetivo general que anima este trabajo es la investigación en la teoría jurídica de un concepto estructural de derechos que pueda ser aceptado como comprensivo y coherente con el uso ordinario de la idea general de *tener derechos*, y que no esté necesariamente limitado al lenguaje estrictamente jurídico, sino que pueda funcionar en otros ambientes discursivos, como la política y la moral.

La idea de que tenemos derechos ha ocupado, en el tiempo, un lugar destacado en la política, en la moral y en el derecho. De hecho, los derechos se han constituido como una de las principales nociones en torno a las cuáles se organiza la vida en sociedad, ya sea como mecanismos de orientación de la conducta de las personas, como triunfos argumentativos en la resolución de disputas, como criterios de legitimidad de los sistemas sociales, o incluso como títulos que expresan ciertos objetivos políticos de una determinada comunidad.

Cualquiera que sea su sentido posible, de los muchos y disputados, esta noción según la cual somos, en cuanto individuos o grupo de individuos, titulares de facultades, intereses especialmente relevantes o prerrogativas frente a otras personas, grupo de personas, o mismo al Estado, es una idea de algún modo central y frecuente en muchos de los debates morales, jurídicos y políticos. Consecuentemente, se constituye también en fuente de importantes controversias. Frecuentemente estas controversias llegan al punto de complicar el entendimiento común sobre qué cosa sean los derechos, quienes lo poseen, o en qué circunstancias y cómo se puede reivindicarlos o ejercerlos. Los conceptos son instrumentos del lenguaje, y por lo tanto, la lucha por su efectividad supone que se sepa manejarlos bien, con vistas a aclarar las controversias que encierran.

Las inquietudes que inicialmente han inspirado la investigación en que ahora se convierte este trabajo derivaban de una motivación muy sencilla y común, vinculada con el viejo problema de la ineffectividad de los derechos –

especialmente de aquellos eventualmente considerados como fundamentales o como más importantes para una vida digna. La realización de los derechos, se sabe, es un problema histórico que tiene muchas causas, que a su vez varían enormemente en naturaleza y grado de complejidad. En efecto, la progresiva disminución e incluso la completa desaparición de la distancia que separa la enunciación de los derechos y su correspondiente realización son una utopía que persiste.

Esa preocupación inicial de carácter finalístico estaba orientada a los resultados en la práctica de las condiciones reales de distribución de los derechos en una sociedad. Como es frecuente en muchos estados del mundo, los derechos relacionados con la dignidad de la persona, derechos humanos o fundamentales, suelen estar declarados en su ley mayor, la Constitución. En países donde la distancia entre previsión y realización ocurre en mayor grado, la concordancia y satisfacción con la absorción de derechos por el Derecho positivo-constitucional a veces se hace acompañar, de manera paradójica, por un cierto sentimiento de rechazo y desconfianza, ante el riesgo permanente de que esa misma incorporación se constituya en una ilusión que cumple una función “ideológica” de falsa promesa.

Ese prejuicio ordinario de que la dimensión proyectada y normativa de derechos son “pura teoría” alimenta el desafío de la investigación filosófica acerca de su importancia “práctica”. Si el enfrentamiento al escepticismo generalizado podría pasar por la profundización de estudios teóricos sobre el problema abierto del fundamento y justificación de los derechos¹, esclarecer teóricamente qué se quiere decir con la afirmación de que alguien tiene derechos también puede neutralizar el desconocimiento, la ambigüedad y el obscurantismo que causan o refuerzan esa desconfianza.

¹ Al presentar uno de sus más conocidos trabajos teóricos, *Ética y derechos humanos. Un ensayo de fundamentación*. Barcelona: Ariel Ed., 1989, Carlos Santiago Nino señala que las “limitaciones del reconocimiento de los derechos a través del orden jurídico nacional y del internacional hace que, además de ese imprescindible e imperioso reconocimiento, deba apuntarse a un plano todavía más profundo: la formación de una conciencia moral de la humanidad acerca del valor de estos derechos (...). Es esta conciencia, una vez que arraigue firmemente y se generalice, lo que puede constituir el freno más perdurable y eficaz contra la acción de los enemigos de la dignidad” (p.4). Y más adelante completa: “Este libro tiene un objetivo esencialmente práctico: se trata de contribuir a la vigencia de los derechos del hombre a través de la discusión teórica de las ideas que les son adversas” (p. 6).

Por cierto, la verificación de la legitimidad de los diferentes sistemas jurídico-políticos suele depender, en una medida importante, del reconocimiento y grado de realización que los derechos gozan en ellos. Por esta razón, tan relevante como afirmar razones para el reconocimiento, protección y promoción de los derechos, es contar con un ambiente conceptual que se aproxime lo máximo posible a la claridad y seguridad, sin lo que se vuelve resbaladiza la propia verificación de dichos reconocimiento y realización. Por tanto, es necesario saber con nitidez qué cosa son los derechos, de dónde vienen, qué es necesario para que se considere que alguien es titular de ellos, o incluso cómo se justifica su adscripción, para saber entonces quiénes son sus titulares, si se disfruta de su ejercicio efectivo, y cuál es el grado de dicho disfrute. Aquella primera preocupación se reorientaba, de preguntas por razones y justificativas, hacia problemas de comprensión del significado mismo de los derechos.

Tales preocupaciones e inquietudes generales motivaban el trabajo que se tenía por delante, pero daban lugar también a preocupaciones de dos tipos, propias de una investigación. Primero, el de delimitar el objeto más concreto del trabajo, tomando antes en consideración qué problemas lo enmarcan y a los cuáles se dirige, para luego definir su objetivo general. Y en segundo lugar, era necesario abordar el clásico debate metodológico sobre la distinción entre fundamentar y describir derechos, analizando su alcance para el estudio que estaba por hacerse. A estos propósitos se orienta esta introducción.

1.2. Problema, objeto y objetivo.

Expresiones tan intensamente difundidas en el uso moral, político y jurídico, tanto en el nivel teórico como en el práctico, como es el caso de los derechos, tienen el inconveniente de no contar con el grado de claridad semántica que se desea cuando se pretende proceder a un análisis racional sobre su significado. Son cada vez más crecientes y variadas las referencias a los derechos en contextos absolutamente distintos, y en algunas ocasiones hasta contradictorios entre sí.

Por haber alcanzado una utilización enormemente generalizada, el concepto de derechos se hizo dueño de un grado de imprecisión que llega a ser considerado suficientemente problemático como para convertirse - al lado de problemas como su justificación teórica o protección práctica - en objeto de variados estudios² en el ámbito de la teoría y filosofía jurídicas.

La falta de seguridad respecto al contenido del concepto de derechos humanos, por ejemplo, es una de las más frecuentes fuentes de preocupación en tales estudios, ya que esa imprecisión terminológica puede dar lugar a usos lingüísticos sujetos a manipulaciones y apropiaciones ideológicas. Mientras más vago y ambiguo es un término, más fácilmente se puede distorsionar su sentido. No son pocas las ocasiones, efectivamente, en que se apela a estos derechos para justificar medidas y acciones con las que son, inversamente, violados gravemente.

Por eso, Gregorio Peces-Barba denuncia la existencia de una “retórica de los derechos humanos, al hacerse desde sectores alejados del ideal último que los fundamenta, un uso simplemente semántico de justificación y de

² Particularmente en España se ha desarrollado una producción extensa sobre el tema de los derechos en general, de la cual destaco el multicitado trabajo de Laporta, Francisco. “Sobre el concepto de derechos humanos”. *Doxa. Cuadernos de filosofía del derecho*, nº 4 (1987): 23-46, al cual sucedieron las réplicas de Pérez-Luño, Antonio E. “Concepto y concepción de los derechos humanos (Acotaciones a la ponencia de Francisco Laporta)”. *Doxa. Cuadernos de filosofía del derecho*, nº 4 (1987): 47-66, y de Atienza, Manuel y Juan Ruíz Manero. “A propósito del concepto derechos humanos de Francisco Laporta”, *Doxa. Cuadernos de filosofía del derecho*, nº 4 (1987): 67-69; debidamente respondidas por Laporta, Francisco en “Respuesta a Pérez-Luño, Atienza y Ruíz Manero”. *Doxa. Cuadernos de filosofía del derecho*, nº 4 (1987): 71-77. En sentido similar, incluso respecto a considerar la vaguedad del concepto de derechos humanos como un problema a ser evitado, se expresan Fernández García, Eusebio. *Teoría de la justicia y derechos humanos*. Madrid: Debate, 1984, p. 78; Pérez-Luño, Antonio E. *Derechos humanos, Estado de Derecho y Constitución*. Madrid: Tecnos, 1995, pp. 21 y ss.; Peces-Barba Martínez, Gregorio. *Curso de Derechos Fundamentales. Teoría General*. Madrid: B.O.E.-UCIII, 1995, p. 21-24; y Prieto Sanchís, Luís. *Estudios sobre derechos fundamentales*. Madrid: Debate, 1990, en especial los capítulos II y III. Véase además el libro de Barranco Avilés, M^a del Carmen. *El discurso de los derechos. Del problema terminológico al debate conceptual*. Madrid: Dickinson, 1996. La profesora Barranco hace un riguroso estudio lingüístico en el cual ofrece una comprensión sobre “a que se refieren los autores españoles con las distintas denominaciones que manejan para hablar de derechos humanos”, (p. XIII). Así, trata de identificar el ámbito de alcance terminológico del concepto, para, a partir de determinado contexto, identificar lo que puede o no ser considerado “derechos humanos”, bien así determinar cuáles son los criterios de legitimación intrínsecos en las elecciones del término por los teóricos.

legitimación de sistemas no democráticos”³, la cual se beneficia de la imprecisión del concepto y ayuda a profundizarla y reproducirla.

Las justificaciones de leyes contra el terrorismo, por ejemplo, que prevén métodos de investigación criminal gravemente atentatorios contra la dignidad del hombre, son tristes ejemplos de cómo ese concepto puede ser fácilmente transfigurado. Las críticas que autores como Ronald Dworkin hacen frente a posiciones utilitaristas refuerzan esa idea de que para *tomar los derechos en serio* puede ser necesario restringir el ámbito de su uso en el lenguaje⁴.

La profusión indiscriminada de significados de la expresión ‘derechos humanos’ tiene como causa no solamente alguna aparente vaguedad congénita⁵ del término, sino que también factores como la carga emotiva de que se revisten muchos de sus usos, lo que contribuiría a diluir los límites seguros de su sentido. Esa carga emotiva se ve reforzada por ciertas posiciones teóricas difundidas en los ambientes académicos y políticos, que no creen ser posible o necesario argumentar racionalmente sobre los valores. Desde estos planteamientos, y como especies de la categoría general de juicios morales que son, los derechos humanos sufren, como aquellos, la trampa tendida por el empirismo de que no es posible conferir validez cognitiva a lo que no sea “fácticamente comprobable”.

Por eso, el abandono de un procedimiento racional de comprensión de los valores tendría como efecto relegarlos al plano irracional de las pasiones y emociones⁶, donde todos los juicios tienen el mismo valor. Esa carga emotiva

³ Peces-Barba, *Curso de derechos...*, citado, p. 22.

⁴ Véase Dworkin, Ronald. *Derechos en serio*. 2ª ed. Trad. de Marta Guastavino. Barcelona: Ariel, 1989. Sobre la crítica de Dworkin contra la posibilidad de negociar a los derechos individuales para alcanzar objetivos colectivos - como la seguridad pública, por ejemplo -, véase sobretodo el capítulo 2 de su libro.

⁵ Prieto Sanchís, Luís. “Concepto de derechos humanos y problemas actuales”. *Derechos y Libertades*, núm. 1 (1993): pp. 92-99. La cita es de la p. 92.

⁶ En las muy conocidas palabras de Alf Ross, una teoría de los valores - como las teorías de la justicia o de los derechos humanos - no admite un examen racional sobre la validez de sus enunciados: “invocar la justicia, es como dar un golpe sobre la mesa: una expresión emocional que hace de la propia exigencia un postulado absoluto. (...) Es imposible tener una discusión racional con quien apela a la ‘justicia’, porque nada dice que pueda ser argüido en pro o en contra. Sus palabras constituyen persuasión, no argumento. La ideología de la justicia conduce a la intolerancia y al conflicto (...) [E]s una actitud militante de tipo biológico-emocional a la cual uno mismo se incita para la defensa ciega e implacable de ciertos intereses”. Ross, Alf. *Sobre*

tiene por detrás unas posiciones teóricas escépticas y relativistas, que a su vez fortalecen los planteamientos que critican a los derechos humanos.

De todas maneras, ese “emotivismo” es otro de los fenómenos que ayudan a ampliar la imprecisión del término, ya que la carga emotiva favorece a que cada uno otorgue el significado que estime adecuado, de acuerdo con sus gustos y preferencias personales. Además, es una invitación sumamente seductora para los usos “retóricos” del concepto.

Un examen léxico detenido sobre las condiciones de uso del concepto de derechos humanos fue llevado a cabo en España por María del Carmen Barranco. Para la profesora de la Universidad Carlos III de Madrid, la imprecisión del término es tenida para los iusfilósofos en general como un problema a ser evitado. Entre las varias razones que apunta en su estudio para que se combata esa imprecisión⁷ - además de los problemas relativos a la emotividad de la expresión y del riesgo de las apropiaciones y manipulaciones ideológicas, ya mencionados - están, por una parte, el riesgo de pérdida de fuerza reivindicatoria del concepto y, por otra, las dificultades que la imprecisión causa en un ambiente lingüístico teórico.

No es difícil deducir que, mientras menos exacta sea una expresión, menos poder de significación y convencimiento tendrá en cualesquiera de los contextos en que pueda ser utilizada, y favorecerá menos el entendimiento que la confusión, por lo que los valores que están por detrás de la noción de derechos quedan debilitados: “cuanto más se multiplique la nómina de los derechos humanos menos fuerza tendrán como exigencias”⁸. Esa advertencia es compartida por la profesora Barranco, ya que “si cualquier exigencia se presenta como derecho, la figura pierde su «fuerza»”⁹.

De otra parte, parece que trasladar el uso de una expresión que tiene orígenes marcadamente situadas en el lenguaje común, a un ambiente

el derecho y la justicia. 3ª ed., 1ª reimp. Buenos Aires: Editorial EUDEBA, 2006. La cita es de la p. 340.

⁷ Barranco Avilés, *El discurso de los derechos...*, citado, pp. 3-5.

⁸ Laporta, “Sobre el concepto de derechos humanos”, citado, p. 23.

⁹ Barranco Avilés, *El discurso de los derechos...*, citado, p. 6.

lingüístico teórico puede tanto ayudar como también agravar el problema de la imprecisión. Por muy bien intencionados que sean los estudios académicos destinados a investigar un concepto - como sus legítimos propósitos de disminuir confusiones, aclarar ámbitos de sentido y deshacer oscuridades -, parece que desgraciadamente pueden concurrir a agudizar el problema.

Su constatación, al examinar los estudios sobre derechos humanos en la literatura española post-1978, es que al incorporar en sus lenguajes técnicos aquella expresión, se buscan muchos “sustitutivos teóricos” para usar como sinónimos de la expresión original, lo que en una cierta medida da su porción de contribución para el problema de la falta de precisión del concepto¹⁰. “Derechos públicos subjetivos”, “libertades públicas”, “derechos naturales”, “derechos del hombre”, “derechos fundamentales”, “derechos morales”, “derechos individuales”, “derechos del ciudadano”, son algunas de las más frecuentes denominaciones que suelen ser utilizadas para sustituir o explicar el concepto de “derechos humanos” en el lenguaje teórico.

En síntesis, la problemática imprecisión y vaguedad de la expresión “derechos humanos” parece tener como causas el torrente de sustitutivos técnicos, la avalancha de sinónimos, y la fuerte carga emotiva que suele acompañar el concepto. Estos fenómenos dificultan el discurso racional, contribuyen a que la figura pierda su fuerza de reivindicación, porque devaluada, y también favorece a las posiciones críticas.

El problema de la precisión o adecuación del concepto de derechos, y de su terminología, acompaña la misma historia del concepto en sí. No solamente fueron siendo construidos “sustitutos terminológicos” y sinónimos para responder a contextos variados que a cada momento surgían, como en especial a partir del siglo XIX se produjeron restricciones de su significado llevado a cabo por las reacciones positivistas a la denunciada vaguedad y ambigüedad de la idea de derechos naturales presente en las declaraciones revolucionarias del siglo XVIII. Ese movimiento, aunque no se origine, se consolida en el seno del positivismo jurídico con la limitación del concepto de

¹⁰ Barranco Avilés, *El discurso de los derechos...*, citado, pp. 12 y ss.

derechos al contexto del Derecho objetivo estatal - ya sea por motivos políticos y/o por exigencias teórico-metodológicas.

La expresión 'derecho subjetivo' pasa a partir de ahí a monopolizar técnicamente la referencia a los derechos como aquellos que son atribuidos a ciertas personas, o clase de personas, en el ámbito de un sistema estatal de normas jurídicas. Sectores importantes de la tradición positivista en la teoría jurídica hasta hoy día defienden que no cabe hablar de derechos sino en relación con una norma positivada que declare expresamente su existencia. Conceptos tales como 'derechos morales' y 'derechos naturales' serían, en verdad, graves equívocos técnicos, que se refieren a realidades meta-jurídicas, meras pretensiones que, como tal, no pueden legítimamente recibir el nombre de 'derechos'¹¹.

¹¹ No solo, pero especialmente, en lengua española se ha producido un largo y denso debate teórico en torno a la noción de "derechos morales" como referente de la idea de derechos sin que estén necesariamente reconocidos por algún orden jurídico-positivo. Aunque se reconozca que en términos generales tal debate aporte argumentos relevantes para una comprensión de la idea de derechos, no lo vamos abordar aquí, sea por razones de espacio, sea porque en algunos casos la utilización de la expresión se establece refiriéndose a un *elemento material* (moral) de fondo como rasgo definitorio de los derechos. Es decir, sin embargo de que a esa concepción de la idea de derechos se le pueda perfectamente reconocer aquí no solo su relevancia sino que además su acierto, el debate en torno a ella no será discutido aquí, ya que esta investigación se centra sobre el examen de *rasgos estructurales* del concepto de derechos, como es el caso de su carácter relacional. Entre los numerosos escritos sobre el tema, destaco los siguientes: Ruiz Miguel, Alfonso. "Los derechos humanos como derechos morales. ¿Entre el problema verbal y la denominación confusa?". En *El fundamento de los derechos humanos*, edición a cargo de Gregorio Peces-Barba (ed.), 321-326. Madrid: Debate, 1990; Ruiz Miguel, Alfonso. "Los derechos humanos como derechos morales". *Anuario de derechos humanos*, nº 6, (1990): 149-160; García Añón, José. "Los derechos humanos como derechos morales: aproximación a unas teorías con problemas de concepto, fundamento y validez". En *Derechos humanos. Concepto, fundamentos, sujetos*, edición a cargo de Jesús Ballesteros (ed.), 61-85. Madrid: Tecnos, 1992; Rojo Sáenz, José M. "Los derechos morales en el pensamiento angloamericano". *Anuario de derechos humanos*, nº 5 (1988-89): 231-249; Laporta, Francisco. "Sobre el concepto de derechos humanos". *Doxa. Cuadernos de filosofía del derecho*, nº 4 (1987): 23-46; Pérez-Luño, Antonio E. "Concepto y concepción de los derechos humanos. (Acotaciones a la ponencia de Francisco Laporta)". *Doxa. Cuadernos de filosofía del derecho*. Nº 4 (1987): 47-66; Atienza, Manuel y Juan Ruiz Manero. "A propósito del concepto de derechos humanos de Francisco Laporta". *Doxa. Cuadernos de filosofía del derecho*. Nº 4 (1987): 67-69; Laporta, Francisco. "Respuesta a Pérez-Luño, Atienza y Ruiz Manero". *Doxa. Cuadernos de filosofía del derecho*. Nº 4 (1987): 71-77; Vernengo, Roberto. "Los derechos humanos como razones morales justificatorias". *Doxa. Cuadernos de filosofía del derecho*. Nº 7 (1990): 275-299; Laporta, Francisco. "Acotaciones del trampolín: respuesta a Roberto Vernengo". *Doxa. Cuadernos de filosofía del derecho*. Nº 7 (1990): 301-309; Nino, Carlos Santiago. *Introducción al análisis del derecho*. Buenos Aires: Astrea, 1980; Nino, Carlos Santiago. "Sobre los derechos morales". *Doxa. Cuadernos de filosofía del derecho*. Nº 7 (1990): 311-325; García Añón, Jose. "C. S. Nino y los derechos morales". *Anuario de filosofía del derecho*. Nº 11 (1994): 209-228; Rodríguez-Toubes Muñiz, Joaquín. *La razón de los derechos. Perspectivas actuales sobre la fundamentación de los derechos humanos*. Madrid: Tecnos, 1995; Rodríguez-Toubes Muñiz, Joaquín. "La polémica sobre la expresión 'derechos morales'".

Inversamente, también la locución 'derechos legales' sería una redundancia que dificultaría la comprensión del significado real de los derechos: los únicos y auténticos derechos son los que emanan de normas legales. No es incoherente, por eso, que muchos teóricos del derecho nieguen que, por ejemplo, los derechos humanos sean auténticos derechos (subjetivos), si no llegan a ser recogidos en normas de un orden jurídico-positivo; que, en suma, se pueda hablar de un derecho (subjetivo) sin que necesariamente esté referido al Derecho (objetivo).

En ese contexto, no es raro encontrar posiciones según las cuales las ideas de coacción y deber son elementos esenciales (correlatos conceptuales) de los derechos, por lo que no tendría sentido hablar de derechos sin la atribución correlativa de deberes y obligaciones. La existencia o titularidad de un derecho, su ejercicio, y los mecanismos de su protección serían dimensiones simultáneas e indisolubles. La reducción técnica promovida por el positivismo jurídico en el concepto de derechos, en algunos casos incluso identificando derechos con garantías o protecciones, podría conducir a que la ausencia de garantías de un derecho significaría que él no existiría como tal.

Esas limitaciones del sentido de los derechos llevadas a cabo por sectores del positivismo, aunque inspiradas por el combate contra la vaguedad e imprecisión, también causan dificultades para la comprensión del lenguaje de los derechos como, por ejemplo, un lenguaje de reivindicación y de crítica.

En el siglo XX, el gran movimiento de reconocimiento internacional de derechos post segunda guerra, que tiene como puntos culminantes la Declaración Universal de los Derechos Humanos de la Organización de las

Problemas de la ciencia jurídica. Homenaje a F. Puy Muñoz, Tomo II, 339-354. Santiago de Compostela: Universidad de Santiago de Compostela, 1991; Fernández García, Eusebio. *Teoría de la justicia y derechos humanos*. Madrid: Debate, 1984; Cruz Parceró, Juan Antonio. "Derechos morales: concepto y relevancia". *Isonomía: Revista de teoría y filosofía del derecho*, nº. 15 (2001): 55-79; y Peces-Barba, Gregorio. *Curso de derechos fundamentales*, citado. Gregorio Peces-Barba, en España, ha sido uno de los más importantes críticos de la utilización tanto de la expresión "derechos humanos" como de la "derechos morales". Para el profesor Peces-Barba, "'derechos humanos' no es la expresión adecuada", y su uso es "ambiguo que significa dos cosas distintas, que en la historia del pensamiento jurídico han expresado un enfrentamiento permanente, el punto de vista iusnaturalista y el positivista", en *Curso de derechos...*, citado, p. 24. Para él, el contexto de uso de esa expresión, y su utilización generalizada, no son razones suficientes para que se admita el lenguaje natural en sustitución a una definición de tipo estipulativo.

Naciones Unidas, de 1948, y los Pactos Internacionales que le siguieron en 1966, así como de los muchos movimientos sociales en el mundo de lucha por derechos, se utilizan de los derechos como un lenguaje de reivindicación. Tales derechos, cuya existencia no descansa necesariamente en que estén recogidos en una legislación positiva, aun así generan restricciones y embarazos (*accountabilities*) relevantes a cuenta de esas omisiones frente a la comunidad internacional (compromisos de rendir cuentas, sufrir fiscalizaciones, ser objeto de informes, etc.). Ellos se presentan, en ese escenario, como plataformas de crítica ante esa ausencia de reconocimiento y garantía, lo que no debilitaría su condición de derechos, sino que revelaría un refuerzo indirecto de su existencia precisamente en cuanto demanda por algo no reconocido - justamente para que lo sea¹².

Ya que todas aquellas variables terminologías y epítetos tratan de un radical común, 'derechos', que podría ser representado por una acepción más general, la teoría debería ser capaz de ofrecer una noción comprensiva de derechos, coherente con el uso de ese concepto en el lenguaje ordinario. Una concepción que pudiera a la vez minimizar las consecuencias negativas de la profusión de significados (confusiones y ambigüedades), integrar en un núcleo básico rasgos comunes a la pluralidad de términos y sentidos que existen, y además hacer funcionar sin limitaciones la expresión '*tengo derecho a*' en contextos discursivos no necesariamente jurídicos, necesitaría partir de una referencia a 'derechos' sin otros calificativos ('naturales', 'morales', 'fundamentales', 'humanos', 'subjetivos públicos', etc.).

A ese respecto, es muy esclarecedora la advertencia de Francisco Laporta, para quien es obvio que "para hablar con fundamento de 'derechos humanos' tenemos antes que saber hablar de 'derechos' sin más"¹³. Esto

¹² De modo parecido, Carlos Santiago Nino anota esta misma idea de que "en los contextos en que la alusión a derechos humanos adquiere una importancia radical para cuestionar leyes, instituciones, medidas o acciones, esos derechos no se identifican con los que surgen de normas del derecho positivo, sino que, en todo caso, se entiende que los derechos jurídicos así creados constituyen sólo una consagración, reconocimiento o medio de implementación de aquellos derechos que son lógicamente independientes de esta recepción jurídica. Se reclama el respeto de los derechos humanos aun frente a sistemas jurídicos que no los reconocen y *precisamente porque no los reconocen*", en *Ética y derechos...*, citado, p. 15. Cursiva del original.

¹³ Laporta, "Sobre el concepto de derechos humanos", citado, p. 24.

sugiere que un examen sobre cualquier de las acepciones o denominaciones mencionadas se sirve inevitablemente del soporte de una teoría general de los derechos. Esta también parece ser la posición de Mauricio Beuchot al señalar que “la filosofía de los derechos humanos supone una filosofía general del derecho como condición previa”¹⁴.

Los calificativos al término ‘derechos’ traen consigo problemas al sentido posible del radical común, porque cada uno representa un sentido posible del radical, aunque el radical en sí mismo pueda presentar otros sentidos no representados por los calificativos conocidos. Una de las hipótesis de las cuales arranca el estudio es la de que el concepto general de derecho “en sentido subjetivo” puede servir como esa noción básica, ese radical común de la idea de “derechos, sin más”; derechos sin calificativos.

Definido así el problema, lo que se propuso primero ha sido hacer un examen de las críticas al concepto de derecho subjetivo, recogiendo y examinando los problemas teóricos más frecuentes relacionados con ese concepto en la teoría jurídica.

La exploración de las objeciones más importantes a la idea de derechos ha permitido delimitar el universo de cuestiones que cercan el problema que se quería estudiar. A partir de las críticas, quedaron más claras las disputas que existen en torno al concepto, lo que ha permitido formular las preguntas más importantes para el trabajo, facilitando su delimitación: ¿es un concepto teórico técnicamente idóneo el de derecho subjetivo?; ¿designa alguna realidad empírica importante?; ¿los derechos son meros reflejos de obligaciones impuestas por el Estado?; ¿el lenguaje de los derechos puede ser sólo comprendido en el contexto de un sistema estatal de normas jurídicas positivadas?; ¿qué relación tiene la existencia de un derecho con la existencia de una norma o regla social (real o deseada)?

El primer capítulo se ocupa de esa identificación y discusión de las críticas más destacadas al concepto de derecho en sentido subjetivo: las de

¹⁴ Beuchot, Mauricio. “Mauricio Beuchot - Testimonios sobre la Filosofía del Derecho Contemporánea en México”. *Isonomía: Revista de Teoría y Filosofía del Derecho*. N° 7 (octubre/1997): 16-20. La cita es de la p. 17.

León Duguit, Alf Ross, Jeremy Bentham y Hans Kelsen. La selección de los autores se ha dado por la representatividad, relevancia e influencia de sus escritos sobre el concepto en examen.

Finalmente, el capítulo segundo se dedica a una propuesta teórica también muy influyente en los últimos cien años, y que disfruta de un relativo consenso entre teóricos del derecho como un ejemplo de concepto estructural de derechos: el trabajo de Wesley N. Hohfeld, escrito en 1913 en el contexto de la filosofía jurídica analítica norteamericana. La hipótesis de la que parte el trabajo es que la concepción relacional de derechos hohfeldiana como posiciones normativas es un modelo teórico que, además de ser dueña de un raro poder explicativo debido en gran parte al rigor lógico de su índole analítica, responde a las críticas negadoras o restrictivas al concepto de derechos hechas hasta su momento o incluso posteriormente, y esto le confiere una vocación para funcionar en contextos discursivos no necesariamente jurídico-positivos.

El trabajo de Hohfeld se ha destacado por la influencia que alcanzó no sólo en el ámbito de la teoría y filosofía jurídica en general, sino también en escritos filosóficos sobre los derechos¹⁵.

La literatura casi inagotable no solo sobre Hohfeld, sino sobre el tema general del estudio, ha sido filtrada mediante la selección de autores en razón de su presencia e importancia en las referencias encontradas durante la investigación, además del recurso natural a trabajos panorámicos como los de Juan Antonio Cruz Parceró¹⁶, William Edmundson¹⁷, Tom Campbell¹⁸, Carlos Santiago Nino¹⁹, Juan Ramón Páramo²⁰ y Leif Wenar²¹, que sirvieron de guías generales decisivos para la identificación de fuentes.

¹⁵ No son pocos los autores que al involucrarse en la tarea de examinar el concepto de los derechos (humanos, fundamentales, subjetivos) hacen referencia al estudio de Hohfeld, Wesley Newcomb. *Conceptos jurídicos fundamentales*. Traducción al español y nota preliminar de Genaro Carrió. 2ª ed. México: Fontamara, 1992. A ese respecto, véase Wenar, Leif, "Rights", *The Stanford Encyclopedia of Philosophy*, (Fall 2015 Edition), Edward N. Zalta (ed.), URL = <https://plato.stanford.edu/archives/fall2015/entries/rights/>.

¹⁶ Cruz Parceró, Juan Antonio. *El concepto de derecho subjetivo en la teoría contemporánea del Derecho*. 1ª reimp. con prólogo de Manuel Atienza. México: Fontamara, 2004.

¹⁷ Edmundson, William. *Uma introdução aos direitos*. São Paulo: Martins Fontes 2006.

¹⁸ Campbell, Tom. *Rights. A critical introduction*. Nueva York: Routledge, 2006.

¹⁹ Nino, Carlos Santiago (ed.). *Rights*, Cambridge: Dartmouth, 1992.

Finalmente, el alcance que puede tener una definición estructural de derechos depende en alguna medida de una cierta concepción previa sobre las diferencias y posibles implicaciones recíprocas entre conceptualarlos y fundamentarlos.

1.3. Análisis conceptuales y de justificación de derechos.

Cuando se pretende comprender expresiones del tipo “X tiene un derecho a Z”, o, lo que es lo mismo, el significado del concepto de derecho en sentido subjetivo, se puede hacerlo a partir de dos caminos metodológicos, el conceptual y el justificatorio.

Conceptualmente, se puede, por un lado, describir formalmente las diferentes posiciones que el sujeto X puede ocupar en un dado sistema normativo, y establecer las relaciones analítico-estructurales existentes entre esas posiciones y sus contrapartes lógicas. Esta primera aproximación conceptual es formal porque no se dedica a explorar qué significa, sustancialmente, tener un derecho; más bien, explora las posibles situaciones lógicas a las que están sometidos ciertos individuos cuando se afirma que son titulares de un derecho. Por otro lado, otra forma de aproximación igualmente descriptiva es la que busca determinar el elemento material común que caracteriza a los variados sentidos de los derechos, el núcleo que identifica sustancialmente la idea de derechos²². En otras palabras, es posible investigar conceptualmente qué se quiere designar por la idea de derechos tanto bajo una perspectiva lógico-formal (estructural), como bajo una perspectiva sustancial.

Aunque este segundo tipo (sustancial) de aproximación sea eminentemente descriptivo, suele llevar por detrás un examen de los valores que justifican la existencia y adscripción de derechos, o sea, a un examen no

²⁰ Páramo, Juan Ramón de, “Derecho subjetivo”. En *El derecho y la justicia. Enciclopedia Interamericana de Filosofía*, editado por Ernesto Garzón Valdés y Francisco Laporta, 367-394. Madrid: Ed, Trotta, 2000.

²¹ Wenar, "Rights", citado.

²² Tal es el eje de la clásica controversia entre las teorías de la voluntad y del interés, que sin embargo de seguir en abierto con interesantes desarrollos recientes, no tendrá lugar en este estudio sobre el carácter estructural, y no material, del concepto de derechos. Véase por ejemplo Kramer, Matthew H., Simmonds, N. E. y Steiner, Hillel. *A debate over rights: philosophical enquiries*. Nueva York: Oxford University Press, 2000.

solo sobre su concepto, sino que también sobre su fundamento. En efecto, mientras las cuestiones involucradas en la primera de las aproximaciones señaladas (formal, analítico-estructural) son de carácter predominantemente conceptual, en el segundo caso las dos teorías que explican el componente sustancial del derecho subjetivo (interés o voluntad) tienen, a la vez, aspectos tanto descriptivos como de justificación²³.

Si el planteamiento descriptivo en general procura explicitar las características del concepto mismo de derechos, sus rasgos definitorios, ya la fundamentación consiste en la búsqueda de los valores por los cuales los derechos – su existencia y adscripción – están justificados y, por lo tanto, deben ser defendidos. Las preguntas “¿qué derechos tenemos?” y “¿qué significa tener un derecho?”, por un lado, y “¿qué derechos debemos tener?”, “¿qué razones hay para que tengamos derechos?”, “¿por qué debe haber derechos?”, “¿qué criterios puede haber para su atribución?”, “¿a qué propósitos sirven ellos?”, “¿podríamos vivir sin ellos?”, por otro, ejemplifican bien los dos planes de análisis. Finalmente, la distinción propone, en definitiva, que mientras el concepto se entendería como un conjunto de enunciados sobre las características de una cierta realidad describable, o sobre las condiciones de aplicabilidad de una expresión lingüística, los juicios valorativos expresarían buenas razones (fundamentos) para el uso de esa expresión en un determinado contexto, o para la aceptación y defensa de lo aquella noción representa.

En lo que respecta en particular al problema que se examina, la distinción entre los planes del ser y del deber-ser puede traducirse en una distinción entre derechos que tienen una existencia jurídica y derechos que representan exigencias o reivindicaciones moralmente relevantes, aunque no cuenten con reconocimiento (validez) o protección jurídico-positiva.

²³ Edmundson, *Uma introdução aos direitos...*, citado, p. 157 y p. 159. En el mismo sentido, Campbell, *Rights*, citado, observa en la p. 43: “(...) *the two principal theories of rights that present themselves mainly as formal theories about meaning (...) in fact open the way to providing answers to all our questions about rights. (...) Both theories provides a bridge between the conceptual and the normative issues about rights.*” [... las dos principales teorías de derechos que se presentan a sí mismas principalmente como teorías formales acerca del significado, en verdad abren el camino para proveer respuestas a todas nuestras preguntas sobre derechos. (...). Ambas teorías proveen un puente entre las cuestiones conceptuales y normativas sobre derechos. Traducción mía].

La relevancia de esa distinción para la filosofía del derecho es decisiva hasta el punto que Hans Kelsen la toma como principio metodológico para construir su Teoría Pura del Derecho²⁴, una de las obras más representativas del positivismo jurídico del siglo XX, al lado de El Concepto de Derecho²⁵ de Herbert Hart.²⁶

Una de las cuestiones más frecuentes con la que se encuentra quien pretende hacer alguna averiguación conceptual es la del alcance de la distinción entre los juicios de esta índole y los de carácter valorativo o justificatorio. El buen desarrollo de una investigación conceptual puede empezar en cierta medida por alguna exploración de ese problema.

En el caso particular del concepto de derechos humanos, esa distinción ha sido objeto de exámenes detenidos por parte de iusfilósofos españoles, preocupados con la poca precisión de dicha noción. Para muchos de ellos, esa tarea de establecer un concepto de los derechos humanos es distinta a la de valorarlos (o de buscarles los fundamentos), como es el caso notorio de Gregorio Peces-Barba. En su propuesta dualista de aproximación a la comprensión de los derechos, Peces-Barba defiende que las cuestiones

²⁴ Kelsen, Hans. *Teoría Pura del Derecho*. 15ª ed. Trad. de Roberto J. Vernengo. México: Ed. Porrúa, 2007. Las conocidas líneas con las que inicia su libro son muy esclarecedoras: "La Teoría Pura del Derecho constituye una teoría sobre el derecho positivo (...). Es una doctrina general sobre el derecho, y no la interpretación de normas jurídicas particulares (...). Ofrece, sin embargo, también una teoría de la interpretación. En cuanto teoría pretende, exclusiva y únicamente, distinguir su objeto. Intenta dar respuesta a la pregunta de qué sea el derecho, y cómo sea; pero no, en cambio, a la pregunta de cómo el derecho deba ser o deba ser hecho. Es una ciencia jurídica; no, en cambio, política jurídica (...). Vale decir: quiere liberar a la ciencia jurídica de todos los elementos que le son extraños. Éste es su principio fundamental en cuanto al método (...). La jurisprudencia se ha confundido con la psicología, con la ética y la teoría política. Cuando la Teoría Pura del Derecho emprende la tarea de delimitar el conocimiento del derecho frente a otras disciplinas, no lo hace, por cierto, por ignorancia o rechazo de la relación, sino porque busca evitar un sincretismo metódico que oscurece la esencia de la ciencia jurídica y borra los límites que le traza la naturaleza de su objeto". (p. 15).

²⁵ Hart, H. L. *El concepto de derecho*. Trad. de Genaro R. Carrió. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1998. Para el profesor de Oxford, la teoría jurídica se destina a: "(...) [l]a clarificación de la estructura general del pensamiento jurídico, y no de la crítica del derecho o política jurídica", p. XX.

²⁶ Aunque tanto H. Kelsen como H. Hart hayan compartido la misma base metodológica en sus versiones del positivismo jurídico, con la adhesión y el recurso a la distinción entre "el derecho que es" y "el derecho que debe ser", en Hart el concepto particular de 'derecho subjetivo' es, como veremos, algo distinto al de Kelsen. Dicha diferencia será importante para el examen de la relación entre aquella opción metodológica y los conceptos de 'Derecho' y de 'derecho subjetivo' que de ella derivan en uno y en otro autor. Véase Hart, Herbert. "Are there any natural rights?", *The Philosophical Review* vol. 64. N° 02 (1955): 175-191 [hay traducción al castellano por Genaro Carrió, "¿Hay derechos naturales?". En *Derecho y Moral. Contribuciones a su Análisis*, 65-91. Buenos Aires: Depalma, 1962.

relativas al concepto de los derechos son distintas a las relativas a su fundamento²⁷, aunque sostenga que es precisamente esa distinción o separación que hace posible lo que él llama de visión integradora o comprensiva, no reduccionista; dualista. Así, una separación tajante entre dichos planes parece permitir a principio tanto la negación de la aproximación entre ambas nociones, como su afirmación en un cierto sentido. Peces-Barba denomina reduccionistas a las posiciones que confunden las tareas de describir y justificar los derechos, ofreciendo las mismas respuestas para ambas preguntas, como es el caso, para él, del positivismo ideológico y del iusnaturalismo racionalista moderno.²⁸

Así, establecer el concepto de derechos humanos sería describir qué son estos derechos, cómo se identifican, cómo se distinguen de otros derechos, y cuáles serían sus características propias. Distinta sería, por otro lado, la tarea de defender los derechos humanos como el modelo jurídico y político ideal de ordenación de la vida en sociedad, tras la exposición de las (mejores) razones para su aceptación y reconocimiento.

Aunque la utilidad de estas distinciones metodológicas no se pueda simplemente ignorar, pocos dejarán de admitir que los límites entre la dimensión conceptual y la justificatoria sean, como son, algo tenues – especialmente en el caso de los derechos. Liborio Hierro a ese respecto apunta que

“cuando utilizamos conceptos normativos resulta casi imposible separar la delimitación conceptual del problema de la fundamentación, es decir separar el nivel de la descripción del nivel de la justificación”²⁹.

De cualquier modo, una comprensión adecuada sobre el significado de ellos sólo puede alcanzarse si se logra comprender de forma conjunta las respuestas sobre lo que ellos son, a aquellas sobre lo que ellos deben ser. La

²⁷ Peces-Barba, Gregorio. *Curso de derechos fundamentales. Teoría general*. Madrid/Getafe: BOE/Univ. Carlos III, 1995. En especial el Capítulo IV, págs. 101 y siguientes.

²⁸ Peces-Barba, *Curso...*, citado, p. 39 y ss.

²⁹ Hierro, Liborio. “¿Qué derechos tenemos?”. *Doxa. Cuadernos de filosofía del derecho*, nº 23 (2000): p. 351-375. La cita es de la p. 355.

temática de la relación de diferenciación o de imbricación recíproca entre fundamentación y definición de los derechos merece cierta atención, entretanto, ya que puede ser entendida como una manifestación de una clásica distinción en la filosofía general entre hechos y valores, entre ser (*is; sein*) y deber ser (*ought; sollen*); en otras palabras, entre juicios descriptivos y juicios prescriptivos.

La referida distinción tiene su origen en un pasaje muy conocido del *Tratado sobre la Naturaleza Humana*, de David Hume³⁰, en donde él llama la atención para el problema existente en derivar lógicamente una evaluación a partir de una descripción. La presencia de esa advertencia de Hume, y de su desarrollo posterior, ha acompañado el desenvolvimiento de las filosofías moral y jurídica desde entonces hasta el día de hoy.

Entre los filósofos que se han dedicado a discutir la relación entre “hechos” y “valores” y los efectos de esa relación tanto para la filosofía como para las prácticas científicas, Hilary Putnam, por su actualidad, puede ofrecer alguna ayuda para lo que se quiere discutir aquí. Putnam ha publicado un importante y sistemático estudio³¹ en el que examina con detenimiento los términos de aquellas dos distinciones: la que se da entre juicios de hecho y de valor; y la presente entre juicios analíticos y sintéticos. Así como C. S. Nino, también Putnam argumenta que es posible asociar el contexto e implicaciones de esas dos dicotomías.

Según Putnam, la tradición filosófica del empirismo, desde David Hume, que pasa por Kant y llega al positivismo lógico del siglo XX, ha inaugurado y profundizado la idea de que los juicios valorativos no pueden ni ser verificables o falseables empíricamente (como los juicios sintéticos), ni ser verdaderos en razón de su significado lógico (como son los enunciados analíticos). A los valores restarían obligatoriamente la única forma restante de las tres clasificaciones en las que, según los positivistas lógicos, cabrían todos los

³⁰ Hume, David. *Tratado de la naturaleza humana*. Traducción, introducción y notas de Félix Duque. Barcelona: Orbis, 1984. La referencia (p. 225, Libro III, parte I, sección 1) es tomada de Putnam, Hilary. *El desplome de la dicotomía hecho/valor y otros ensayos*. Barcelona: Paidós Básica, 2004. Véase p. 28, nota nº 13.

³¹ Putnam, Hilary, *El desplome de la dicotomía hecho-valor y otros ensayos*, citado. Véanse en especial los capítulos 1 y 2.

juicios posibles: son juicios “sin valor cognitivo”, ya que estarían, al contrario de las dos clases anteriores, al margen de la razón³².

De esa forma, ambas distinciones tienen en común la oposición entre hechos y otra cosa, sea esa cosa un valor o un juicio analítico³³.

Si un juicio no puede ser clasificado ni como analítico ni como sintético,

“entonces esto bastará para demostrar que el supuesto ‘juicio’ es en el mejor de los casos ambiguo, que el hablante no tiene claro cuál de entre varios juicios diferentes quiere hacer o, en el peor de los casos, que no se da un auténtico juicio”.³⁴

Con eso quedan claros los inconvenientes, para Putnam, de que algunas distinciones (aparentemente) ingenuas se transformen en dicotomías perniciosas que crean distancias imposibles de ser cubiertas, como es el caso del tradicional abismo entre ser y deber-ser.

Su oposición a la dicotomía analítico/sintético se debe a que ella es, según cree, responsable por incapacitarnos para percibir tipos de enunciados que no se encajan bajo ninguna de las dos categorías – o más bien transitan entre ellas.

Así como en esa dicotomía, la separación entre enunciados sobre hechos y enunciados sobre valores también tiene en Hume su raíz. La conocida ‘falacia naturalista’, según la cual no se puede inferir (lógicamente) una valoración de un hecho, es también el resultado de una ampliación exagerada que los positivistas lógicos hicieron de la dicotomía analítico/sintético: si, contra Kant, no hay juicios sintéticos *a priori* entonces solo queda amplificar al máximo la única clase posible de juicios válidos – la de los juicios analíticos. De la misma forma, en el ámbito de la disyuntiva hechos/valores, la famosa *guillotina* se fortalece cuando parte importante de los positivistas también amplifican la idea humeana de que los juicios éticos o son simple expresión de sentimientos, o bien actos de voluntad del hablante; pero

³² Putnam, *El desplome...*, citado, p. 24.

³³ Putnam, *El desplome...*, citado, p. 22.

³⁴ Putnam, *El desplome...*, citado, p. 24.

nunca proposiciones que describen hechos o categorías con existencia histórica concreta.

Al introducir sus reflexiones sobre el concepto de derechos humanos, Carlos Santiago Nino llama la atención sobre la necesidad de tomar algunas precauciones con la dualidad entre un análisis sobre la descripción y otro sobre la justificación de los derechos³⁵. Al mismo tiempo, sugiere que los problemas de esa diferenciación serían análogos, en un plano más general, a los que se han producido respecto a la distinción referida entre juicios sintéticos, que describirían verdades fácticas o hechos observables empíricamente, y juicios analíticos, que serían enunciados sobre conceptos, valores o normas³⁶.

Para C. S. Nino, si los derechos no son ninguna realidad esencial abstracta inobservable, en tanto que concepto histórico³⁷, sino que también encierran una plataforma ética, un análisis conceptual sobre ellos no será suficiente ni cuando recoja una investigación puramente lexicográfica sobre sus distintos usos y variantes lingüísticos, ni tampoco como una aproximación de tipo estipulativo o definicional, que refleje una *decisión* propositiva y solitaria del hablante de cómo se debe utilizar dicho concepto³⁸.

Así, una larga lista de definiciones lexicográficas sólo sería útil si por lo menos algunas de ellas puedan ser asociadas de algún modo con la *adecuación* de su uso a un cierto y *relevante* contexto teórico, que a su vez enmarca y supone siempre un determinado esquema valorativo y justificatorio. Por esa razón es que para Nino

“no tiene sentido una elucidación conceptual - más allá de la mera investigación lexicográfica - que se lleve a cabo con independencia

³⁵ Nino, *Ética y derechos humanos...*, citado p. 12-13.

³⁶ Véase QUINE, Willard V. O. “Two dogmas of empiricism”. En *From a logical point of view*, 20-46. New York: Harper and Row, 1963, en donde hace una crítica a esa distinción.

³⁷ Peces-Barba, Gregorio, “Tránsito a la modernidad y derechos fundamentales”. En *Historia de los Derechos Fundamentales. Tomo I. Tránsito a la modernidad. Siglos XVI y XVII*, dirigido por Gregorio Peces-Barba Martínez y Eusebio Fernández García, 14-263. Madrid/Getafe: Dickinson, Univ. Carlos III de Madrid, 1998. La referencia es de la p. 15. El texto ha sido publicado anteriormente en el también suyo *Tránsito a la modernidad y derechos fundamentales*. Madrid: Mezquita, 1982.

³⁸ Nino, *Ética y derechos...*, citado, p. 12.

de la elaboración de la teoría - en este caso de índole normativa - que emplea el concepto en cuestión”.³⁹

Al afirmar que “la tarea filosófica fecunda pasa por una vía intermedia constituida por la *reconstrucción racional* de un concepto”⁴⁰, Carlos S. Nino quiere remarcar que es posible y recomendable conciliar las dos dimensiones mediante “un proceso de ajustes mutuos entre la elucidación conceptual y la elaboración de una teoría [sustantiva] en cuyo marco opera el concepto”⁴¹.

Algo parecido dice Juan Ramon de Páramo, para quien

“[s]i bien los problemas conceptuales se refieren a las condiciones de aplicabilidad del término *derecho*, las teorías normativas en las que se insertan los derechos pueden también delimitar su ámbito de aplicación. El itinerario es de ajustes mutuos, un camino de ida y vuelta en equilibrio reflexivo”⁴².

De igual manera observa Tom Campbell, cuando anota que las teorías de los derechos “*provides a bridge between the conceptual and the normative issues*”⁴³, añadiendo además que las aproximaciones de índole conceptual

“(...) *focus on more formal questions of meaning, analysis and definitions, although there are usually underlying evaluative agenda that relate to the justifying reasons why we would want to have a system of rights at all.*”⁴⁴

También esa es la posición de William Edmundson, al señalar que

“[u]na vez que la distinción entre lo conceptual y lo justificatorio no es rigurosamente delineada, frecuentemente se observan influencias mutuas entre los dos métodos. Nuestra representación conceptual

³⁹ Nino, *Ética y derechos...*, citado, p. 13.

⁴⁰ Nino, *Ética y derechos...*, citado, p. 12. La cursiva es del original.

⁴¹ Nino, *Ética y derechos...*, citado, p. 13.

⁴² Páramo, “Derecho Subjetivo”, citado, p. 369.

⁴³ Campbell, *Rights*, citado, p. 43: [proveen un puente entre las cuestiones conceptuales y normativas. Traducción mía.]

⁴⁴ Cambell, *Rights...*, citado, p. 43. [... se concentran en cuestiones más formales sobre significado, análisis y definición, aunque haya habitualmente una agenda evaluativa subyacente que se relaciona con las razones justificatorias por las cuales desearíamos tener un sistema de derechos, en definitiva. Traducción mía.]

de lo que un derecho es ha sido moldada por factores que envuelven el juicio acerca de cuáles deben ser las características de un derecho para que la condición de tenerlo sea compensadora.”⁴⁵

La modulación de aquella dicotomía se produce, entre otras razones, cuando se pone en evidencia que por detrás de ella hay una presuposición metafísica, una toma de posición teórica, ya que “la dicotomía hecho/valor no es una *distinción*, sino una *tesis* de metaética: la de que la ética no trata de cuestiones de hecho”⁴⁶.

Este tipo de errores - sigue Putnam - ha distorsionado tanto la tarea de razonar en el campo ético como la de describir la realidad. Sólo a través de una muestra de la *imbricación* recíproca entre hechos y valores es posible “advertir que evaluación y descripción están entretejidas y son interdependientes”⁴⁷.

Argumentos como el de Putnam acerca del “derrumbe” de la dicotomía hecho-valor parecen haber contribuido para unas construcciones metodológicamente más tenues incluso por parte de versiones contemporáneas del positivismo, también en el ámbito de la filosofía de los derechos, cuyas versiones tradicionales y más rígidas, anteriores al *soft positivism* de Herbert Hart, apostaban en una incomunicabilidad entre el mundo fáctico (‘científicamente” aprehensible) y el mundo de los valores; entre derechos y moralidad; y que imposibilitaban cualquier noción de derechos eventualmente desligada del Derecho positivo (objetivo; cognoscible).

Sin embargo, a partir de estos apuntes no sería prudente concluir sin más que, para ciertos fines y en ciertos contextos, la distinción no sea funcional, siempre y cuándo se ponga en claro los matices debidos. Parece ser también una consecuencia de argumentos como el de Putnam el incremento gradual en las últimas décadas de la tolerancia por parte del positivismo jurídico por admitir relaciones más cercanas entre el derecho y los valores⁴⁸.

⁴⁵ Edmundson, *Uma introdução...*, citado, p. 155. [Traducción mía].

⁴⁶ Putnam, *El desplome...*, citado, p. 34.

⁴⁷ Putnam, *El desplome...*, citado, p.16.

⁴⁸ Un importante repaso y reclasificación de la discusión sobre el contexto actual del positivismo jurídico pueden verse en el libro de Escudero Alday, Rafael. *Los calificativos del*

La creciente insuficiencia de un cierto positivismo para dar cuenta y explicar el uso cada vez más difundido de los derechos en lenguaje no jurídico, y la admisión de la complementariedad valorativa, por lo menos en sede de fundamentación, para la comprensión de los derechos humanos revela la intensidad de “los problemas que inmediatamente surgen en este punto en torno a la idea de la conexión/separación/confusión entre Derecho y Moral en materia del concepto y fundamento”⁴⁹.

Así es que la propuesta de Peces-Barba de “afrontar conjuntamente el problema del fundamento y del concepto de los derechos humanos”⁵⁰ se inserta, por sus propias palabras⁵¹, en el marco de un “normativismo corregido”, permitiendo una actitud menos cerrada respecto las relaciones entre el concepto y el fundamento de los derechos.

En la misma línea argumenta Rafael de Asís, para quien “todo concepto de derechos humanos presupone una toma de postura sobre su justificación; [y] por su parte, toda justificación parte de un concepto previo de los derechos”⁵².

En efecto, tanto parece cierto que el acto de valorar algo supone saber qué es lo que se valora, como también parece serlo el hecho de que cuando describimos algo lo hacemos en el marco de ciertas opciones teóricas previas que indican preferencias de fondo justificatorio (o normativo).

Javier de Lucas, por su vez, considera un riesgo mantener la reflexión acerca del fundamento aislada del análisis conceptual, por representar

“un peligro (...) pensar que se puede ofrecer un concepto de derechos que pudieran compartir todas las posiciones doctrinales

positivismo jurídico. El debate sobre la incorporación de la moral. Madrid: Thomson-Civitas, 2004.

⁴⁹ Vidal Gil, Ernesto J. “Los derechos humanos como derechos subjetivos”. En *Derechos humanos – concepto, fundamentos, sujetos*, edición a cargo de Jesús Ballesteros, 22-41. Madrid: Tecnos 1992. La cita es de la página 23.

⁵⁰ Peces-Barba, *Curso de derechos fundamentales...*, citado, p. 103.

⁵¹ Peces-Barba Martínez, Gregorio. *Introducción a la Filosofía del Derecho.* Madrid: Debate, 1983, p. 13; y Peces-Barba Martínez, Gregorio. *Derechos fundamentales.* Madrid: Servicio de Publicaciones de la Facultad de Derecho de la Univ. Complutense, 1986, págs. 28 y ss.

⁵² Asís Roig, Rafael de. *Sobre el concepto y el fundamento de los derechos: una aproximación dualista.* Madrid: Dickinson, 2001, p. 5.

que tratan de dar cuenta de la fundamentación, con independencia de su posición al respecto”⁵³

Es por eso que Carlos S. Nino propone ni identificar completamente los dos momentos ni tampoco ignorar lo que llamó de “ajustes mutuos” en los procesos de construcción del concepto de derechos humanos y de elaboración de la teoría normativa en cuyo marco se definen los criterios identificadores del concepto. En sus palabras, respecto al concepto de derechos humanos que propone en seguida:

“es obvio que este concepto se fue moldeando en el contexto de cierta concepción sustantiva que fue marcando algunos de sus rasgos distintivos. Pero no se puede esperar a hacer explícitos los aspectos básicos de esa concepción para caracterizar el concepto de derechos humanos, ya que este concepto debe ser empleado en la articulación de la concepción. Por lo tanto, es necesario que [se] adelante una caracterización provisional de la noción, dejando abierta la posibilidad de que el desarrollo de la concepción valorativa que fundamenta el reconocimiento de ciertos derechos (...) muestre que hay rasgos distintivos de éstos que fueron pasados por alto”.⁵⁴

1.4. Del entorno a los alcances de la investigación.

Es conveniente tener en cuenta que, aunque no sean la misma cosa, conceptualizar y fundamentar derechos son empresas poco distantes entre sí, lo que gana especial interés cuando se investiga los alcances posibles de una aproximación estructural de los derechos y su adecuación a lenguajes no estrictamente jurídicos.

La modulación de una separación que se conciba intransponible entre las dos dimensiones es importante para que se perciba, por otra parte, que el análisis de tipo lógico-estructural sobre los derechos, como el que los describe

⁵³ De Lucas, Javier. “Una nota sobre el concepto y la fundamentación de los derechos humanos. (A propósito de la polémica sobre los derechos morales”. *Doxa. Cuadernos de filosofía del derecho*, nº 10 (1991): 307-318. La cita es de la p. 309.

⁵⁴ Nino, *Ética...*, citado, p. 13-14.

como parte de una tipología formal, no es filosóficamente neutral, una vez que elimina la creencia - tentadora para muchos - de que los derechos tengan una existencia metafísica 'verdadera' o transcendental, o sean portadores de una quintaesencia moral específica y definida, distinta de otras posibles.

Los derechos, en una perspectiva estructural, no sirven para ser secuestrados por una u otra agenda política o moral en especial, sino que permanecen como construcciones sociales e históricas que pueden asumir semblantes tan variados y complejos como los de las sociedades de las que forman parte.

2. CAPÍTULO 1 - CRÍTICAS AL CONCEPTO DE DERECHOS.

Vivimos actualmente lo que parece merecer ser llamado de “el tiempo de los derechos”⁵⁵. Esa impresión no es gratuita, ya que el lenguaje de los derechos ha invadido casi todos los espacios más relevantes de disputa en la política, en la moral, y en el derecho propiamente dicho.

La alta reputación de la que gozan los derechos actualmente se explica por su notable capacidad para figurar como instrumentos lingüísticos en cuyos términos casi la totalidad de nuestras principales demandas pueden ser traducidas. Dicho fenómeno permite incluso que se afirme ser “muy escasas las posiciones, opiniones, reclamaciones, críticas o aspiraciones relacionadas con la vida social y política que no pueden ser enunciadas y afirmadas utilizándose el término ‘derechos’”⁵⁶.

Ese carácter popular de los derechos tiene en su origen algunas características⁵⁷ muy marcadas. Entre ellas pueden mencionarse: su carácter de *prioridad*⁵⁸ frente a otros objetivos o metas de índole colectiva; su vinculación con una *tradicón individualista*, que concibe al ser humano individualmente como unidad moral básica y, como tal, merecedor de igual valor, consideración y respeto; su asociación con una idea de *reparación*, real o esperada, ante el comportamiento de terceros; su promesa de *resolutividad* ante disputas políticas y morales complejas, para fornecer soluciones claras y

⁵⁵ Bobbio, Norberto. *El tiempo de los derechos*. Madrid: Sistema, 2001.

⁵⁶ Campbell, *Rights. A critical introduction...*, citado, p. 3: [“There is scarcely any position, opinion claim, criticism or aspiration relating to social and political life that is not asserted and affirmed using the term ‘rights’”. Traducción mía]. Y sigue: “In deed, that is little chance that any cause will be taken seriously in the contemporary world that cannot be expressed as a demand for the recognition or enforcement of rights of one sort or another”. [De hecho, hay pocas probabilidades de que cualquier demanda sea tomada en serio en el mundo contemporáneo si no puede ser expresada como una demanda por el reconocimiento o fortalecimiento de derechos de un tipo o de otro”. Traducción mía].

⁵⁷ Campbell, Tom, *Rights...*, citado, pp. 3-21.

⁵⁸ La idea de que los derechos tienen una prioridad sobre objetivos colectivos es conocida en el pensamiento de Ronald Dworkin. En sus palabras, “los derechos son mejor comprendidos como triunfos [*trumps*] sobre algunas justificaciones de fondo para decisiones políticas que establezcan una meta para la comunidad como un todo”, Dworkin, Ronald. “Rights as trumps”. En *Theories of Rights*, editado por Jeremy Waldron, 153-167. Nueva York: Oxford University Press, 1984. La cita es de la p. 153. Véase el también suyo *Derechos en serio*. 2ª ed. Barcelona: Ariel ed., 1989: “Para simplificar, podríamos afirmar que ninguna finalidad política será un derecho a menos que tenga cierto peso frente a los objetivos colectivos en general”, p. 161.

definitivas; su promesa de *seguridad*, en razón de la certeza que tienen los titulares de derechos acerca de la estabilidad de su situación personal respecto a la voluntad de terceros; y por fin, su pretensión de *generalidad* y *universalidad*, en el sentido de que los derechos se establecen no como privilegios de determinados individuos, sino como protección y promoción de intereses compartidos por todas las personas que se encuentren en una cierta situación fáctica – lo que en el caso de los derechos *humanos*⁵⁹ estaría todavía aún menos limitado por especificidades personales.

A pesar de todos estos atractivos del lenguaje de los derechos, en virtud de los cuales se esperaría una popularidad casi absoluta, están bastante difundidas algunas posiciones escépticas o críticas con respecto a su adecuación, política o teórica, para servir como instancias básicas a las cuáles podemos recurrir, y a las que podemos confiar una parte de la solución para los problemas de la vida en sociedad. El presente capítulo se dedica al examen de algunas de estas posiciones.

Es importante que se advierta que algunas de estas críticas, aunque se relacionen más directamente con la definición teórica (conceptual) de los derechos, no dejan de llevar por detrás una crítica político-ideológica, como es el caso de las de Jeremy Bentham, como se verá.

A continuación, conviene situar - aunque muy brevemente - el contexto histórico en el que surge la conocida asociación entre derechos naturales y derechos subjetivos, incluso porque ella servirá como punto de arranque para las primeras grandes críticas teóricas o conceptuales provenientes del movimiento del positivismo jurídico de Jeremy Bentham a Hans Kelsen - que más adelante se examinará. Es a partir de tales críticas positivistas a los derechos como naturales que se desarrollará, a su vez, una cierta teoría de derechos en sentido subjetivo como concepto técnico (formal y no ideológico), propio del contexto jurídico-estatal.

⁵⁹ Como vimos, en el caso de los derechos *humanos*, una consecuencia considerada indeseable de esa popularidad ha llevado algunos autores a intentar acotar el significado de la expresión, para resguardar un núcleo de certeza en contra de las manipulaciones ideológicas, y para proteger a esos derechos de una devaluación directamente proporcional a la vaguedad que, a principio, la expresión evoca. Éste es el caso en España, por ejemplo, de Gregorio Peces-Barba, entre otros lugares, en *Curso de derechos fundamentales...*, citado, p. 21 y ss.

2.1. Antecedentes. Derechos como derechos naturales.

Presentar o establecer la historia de un concepto o una idea, su origen y desarrollo, es una tarea difícil y por cierto merecedora de investigaciones autónomas. Este tipo de examen reúne sus propias polémicas y controversias intrínsecas, y tomarlo como se pretende aquí, como un medio para la comprensión del significado de *una cierta manifestación* de dicho concepto, encuentra sentido en la conveniencia de aclarar las motivaciones de los autores que en un determinado momento y contexto se dedicaron a teorizar sobre él. Es decir, el rescate histórico aquí se presta a intentar esclarecer qué cosa tenían en mente y a qué problemas se enfrentaban algunos filósofos a la hora de proponer y defender sus específicas versiones del concepto teórico en cuestión. Como consecuencia de ese uso instrumental y limitado del aporte histórico, es imposible escapar de las insuficiencias de que él padece aquí, siendo asimismo inevitable omitir muchos de los relevantes debates y problemáticas que la historia ofrece y suscita.

Es cierto también, por otro lado, que una concepción teórica previa de fondo condiciona cualquier investigación histórica, ya que la determinación del origen de un concepto depende de saber antes qué se busca. Así, algunas de las controversias entre historiadores sobre el origen de un concepto pueden no ser necesariamente históricas, sino que, por partir de formulaciones distintas del concepto teórico investigado, encierran antes disputas quizás conceptuales. Desde un punto de vista propiamente histórico, no serían exactamente disputas, sino construcciones más bien complementarias.

En el caso del concepto de derechos no es diferente⁶⁰. Por esas razones anteriores, y una vez restringido el alcance que el repaso histórico sobre la idea de los derechos tiene aquí, se tomará el trabajo historiográfico de Michel Villey⁶¹ como argumento director. En sus conocidos escritos, aunque no

⁶⁰ Cruz Parceró, Juan Antonio. *El lenguaje de los derechos. Ensayo para una teoría estructural de los derechos*. Madrid: Ed. Trotta, 2007. Véase las pp. 22-25.

⁶¹ Villey, Michel. *Estudios en torno a la noción de derecho subjetivo*. Valparaíso: Ediciones Universitarias de Valparaíso, 1976. URL: <https://pt.scribd.com/doc/128424110/Villey-Occam-y-el-derecho-subjetivo>.

exentos de censuras⁶², Michel Villey ha insistido en definir el origen histórico de la noción de derechos en la Baja Edad Media, en el siglo XIV - más específicamente en la filosofía nominalista e individualista de Guillermo de Occam. Según Villey, al defender a la Orden Franciscana en la polémica con el Papa Juan XXII y con la Orden Dominicana sobre el voto de pobreza y la legitimidad de la propiedad privada, el monje franciscano ha sido el responsable por “un momento copernicano de la historia de la ciencia del Derecho”⁶³: el uso del término “*ius*” como sinónimo de poder individual, la *subjetivización* del poder coactivo del Derecho como facultad y poder del individuo.

En un mundo entonces dominado por una cosmovisión clásica (aristotélico-tomista), de cohesión y armonía entre cosas que no son aisladas ni constituyen una realidad fragmentaria, sino que forman parte de un Orden Natural objetivo y funcional, no hay lugar para sujetos o personas individuales, ni mucho menos para figuras jurídicas que representen un poder subjetivo de facultad o decisión autónoma. En 1329 Juan XXII escribe una bula, “*Quia vir reprobus*”, en la que confronta la explicación jurídica de los franciscanos hasta entonces vigente sobre su relación, tras el voto de pobreza, con los bienes básicos de uso personal como ropas, comidas, libros, etc. Hasta entonces, esa relación era reconocida por bulas papales anteriores como un simple uso fáctico (*simplex usus facti*), pero sin propiedad o dominio (*jus utendi, usus fructus, possessio, proprietas* o *dominium*). Al atacar esa explicación, el Papa acaba por sostener que la propiedad de los miembros de esa Orden sobre sus cosas de uso más inmediato no puede ser objeto de renuncia individual, una vez que el *dominium* de los hombres sobre sus posesiones deriva del mismo *dominium* de Dios sobre la Tierra⁶⁴ - lo que en definitiva negaba la posibilidad

⁶² La objeción más conocida al estudio de Villey ha sido formulada por Tuck, Richard. *Natural Rights Theories. Their origin an development*. Nueva York: Cambridge University Press, 1979.

⁶³ Villey, *Estudios en torno...*, citado, p. 31.

⁶⁴ Michel Villey, recuperando al argumento de Juan XXII recuerda que “una de las enseñanzas de Santo Tomas de Aquino es que la propiedad privada es de Derecho natural, por las razones que da Aristóteles (...) [así como] el régimen de la propiedad parece el más apropiado para conducir al Hombre sobre la Tierra a su desenvolvimiento natural.” En Villey, *Estudios...*, p. 17. Y en seguida continúa: “Los franciscanos, invocando las bulas de sus protectores del siglo XIII, pretenden no tener sobre sus bienes sino el usus [uso], no la proprietas [propiedad] ni el jus utendi [derecho de usar] ni ninguna especie de jus [derecho] [todas esas palabras se hallan empleadas en Exiit qui seminat]. Esta aserción, replica el Papa, es técnicamente inadmisibile. Pretender que los franciscanos no tienen derecho es una ficción, ¿qué tienen entonces?: tienen

misma del voto de pobreza, e inversamente legitimaba la manutención de la riqueza eclesiástica. Con eso, el Papa pone en entredicho la legitimidad de la postura franciscana de renuncia y de desapego - ella misma quizás algo desconcertante para la banda ostentadora y opulenta de la Iglesia.

La respuesta de Guillermo de Occam tres años después (1332) se plasmó en un texto intitulado *Opus nonaginta dierum*, y se dirige directamente a aquella bula de Juan XXII. En ella, según percibe Villey, Occam defiende el voto de pobreza como un auténtico “*ius*”, un poder de decisión y renuncia del individuo, respaldando consecuentemente la posibilidad jurídica del uso de bienes sin que ello supusiera obligatoriamente su propiedad (“*ius utendi est potestas licita*”). Con eso, observa Villey, Occam introduce un cambio “revolucionario” frente a la tradición clásica aristotélica de la época, que consistió en posicionarnos

“en la frontera de dos mundos. Nace un nuevo orden social, en que el derecho individual será la célula elemental, y que se construirá todo entero sobre la noción de *potestas*, elevada a la dignidad de derecho [*ius*]. De ella penderán, en adelante, las leyes positivas, llegadas a ser la sola fuente del orden, salidas ellas mismas del seno de las potencias individuales; y paralelamente, el contenido individualista, liberal y utilitario de nuestro Derecho occidental.”⁶⁵

La interpretación de Villey sobre el nacimiento del concepto de derechos como poder o facultad individual tiene ese sentido histórico tan sugerente, que es la defensa del voto de pobreza como un derecho, como una libertad para renunciar a la riqueza y a la opulencia; una especie de homenaje anti-egoísta a la igualdad.

el uso estable y asegurado de sus alojamientos, de sus huertas y de sus graneros, perciben los frutos, detentan todo el commodum [ventaja], todo el valor de la cosa y, ¿tienen cara para alegar que todos estos bienes no serían jura in re [derecho sobre la cosa]? ¿No es en estos mismos valores en lo que consisten el jus utendi [derecho de usar], el jus fruendi [derecho de aprovechar los frutos]? Lógicamente debemos restituir a los franciscanos, de aquí en adelante, la propiedad. Es verdad que los Papas del siglo XIII han consentido teóricamente, para satisfacer los falsos escrúpulos de los franciscanos, en tomar sobre ellos el dominium, la proprietas. Pero esto no es sino una ficción.” Villey, Estudios..., citado, p. 18.

⁶⁵ Villey, *Estudios...*, citado, p. 31.

Más filósofo que propiamente jurista - al contrario de su adversario, cuya bula es considerada por Villey un aula de derecho Romano clásico - Guillermo de Occam necesita de otras herramientas, distintas de los conceptos técnico-jurídicos hasta entonces disponibles, para derrocar a la construcción romanista de Juan XXII. Será, así, su nominalismo que le va proporcionar las condiciones de fondo para el éxito de la tarea. Al “transportar al Derecho el lenguaje de los no técnicos”, formulando nuevas acepciones apropiadas a nuevos contextos y sin “reproducir por rutina las definiciones antiguas, a la manera de los glosadores”⁶⁶, ya que el uso de las palabras es convencional, Occam redefine el sentido del derecho en una dimensión metodológica individualista que sitúa al sujeto en el núcleo de las reflexiones a partir de ahí – cambio que indudablemente es un germen del humanismo racionalista moderno que se va construir tras un tránsito⁶⁷ lento, largo, gradual y complejo.

Aunque haber situado el origen histórico del concepto de los derechos en la polémica sobre la pobreza franciscana en el siglo XIV haya atraído críticas a Villey, el reconocimiento de la importancia de ese momento de clivaje es menos controvertido, siendo señalada incluso por críticos severos del profesor francés, como es el caso de Richard Tuck.

Lanzada ahí en el siglo XIV esa semilla para el florecimiento del racionalismo y del subjetivismo individualista renacentistas, el proceso de subjetivización del Derecho y edificación paulatina de la idea de derechos como facultades o poderes inherentes del individuo (derechos naturales) se consolida como un nuevo paradigma jurídico-filosófico, el iusnaturalismo racionalista moderno.

⁶⁶ *Idem, Ibid.*, p. 20.

⁶⁷ Según Gregorio Peces-Barba, “el tránsito a la modernidad es un momento revolucionario, de profunda ruptura, pero al mismo tiempo importantes elementos de su realidad ya se anuncian en la Edad Media, y otros elementos típicamente medievales sobrevivirán al fin de la Edad Media, en este tránsito a la modernidad y hasta el siglo XVIII”, en Peces-Barba, Gregorio, “Transito a la modernidad y derechos fundamentales”, citado, p. 17. Al respecto, véase también Peces-Barba Martínez, Gregorio. “Sobre el puesto de la historia en el concepto de derechos fundamentales”. *Anuario de derechos humanos*, n° 4, (1986-1987): 229-258, y Peces-Barba Martínez, *Curso de derechos fundamentales...*, citado, en especial el capítulo V (“Los derechos fundamentales como concepto histórico”), pp. 113-144. En sentido parecido, Fernández García, Eusebio. “Los derechos humanos y la historia”. En *Constitución y derechos fundamentales*, coordinado por Jerónimo Betegón et. al., 215-234. Madrid: Ministerio de la Presidencia, Secretaría General Técnica, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2004.

De acuerdo con Peces-Barba, el proceso histórico de gradual ruptura con los planteamientos iusnaturalistas clásicos se alimenta de varias aportaciones a lo largo de los siglos XVI y XVII, como las de Hugo Grocio, Francisco Suárez en la escolástica española, Thomas Hobbes, Samuel Pufendorf, entre otros. Sobre Grocio, con quién para Peces-Barba se inicia el iusnaturalismo racionalista⁶⁸, se destaca la distinción, ya en el primer capítulo de *Del Derecho de la Guerra y de la Paz* (1625), de un sentido de Derecho ya absorbido por el individualismo:

“[p]ara Grocio, Derecho es primero lo que es justo, segundo «... una cualidad moral de la persona, en virtud de la cual puede hacer o tener algo lícitamente», y tercero sinónimo de Ley. El segundo significado en la línea de lo que Passerin [D’entrèves] señala de que la teoría moderna del Derecho natural no es objetiva, sino subjetiva, es para Grocio algo que «compete... a la persona» y que llama «facultad»⁶⁹.

También en otros importantes autores de los siglos XVI-XVII aparecen algunas de las características más determinantes para la conformación del Derecho moderno, como la distinción paradigmática entre derecho subjetivo (*ius* para Thomas Hobbes, *ius dominativum* para Francisco Suárez) y Derecho objetivo – (*lex* para Hobbes, *ius praeceptivum* para Suárez)⁷⁰. En las palabras del propio Hobbes (1651),

“si bien aquellos que tratan de este tema suelen confundir *ius* y *lex*”, derecho (*right*) y ley (*law*); sin embargo, tales términos deberían mantener diferenciados; porque el derecho consiste en la libertad de hacer o de omitir, mientras que la ley determina y obliga a uno de esos extremos: así que la ley y el derecho difieren tanto entre sí cuanto obligación y libertad...”⁷¹.

⁶⁸ Peces-Barba Martínez, *Transito a la modernidad...*, citado, p. 86.

⁶⁹ Peces-Barba Martínez, *Transito a la modernidad...*, citado, p. 210. La cita de Grocio, Hugo. *Del derecho de la guerra y de la paz*. Ed. de la colección de «Clásicos Políticos», traducción, introducción y notas de Primitivo Mariño. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1987, p. 54. La cita es tomada de la nota 484.

⁷⁰ Peces-Barba Martínez, *Transito a la modernidad...*, citado, p. 54.

⁷¹ Hobbes, Thomas. *Leviatan*, parte 1, cap. 14. La cita es tomada de Peces-Barba, *Transito a la*

Así, si el individualismo nacido en el contexto histórico del llamado “tránsito a la modernidad” constituye el trasfondo filosófico-político en el que se desarrollan los derechos en sentido subjetivo, la expresión filosófico-jurídica originaria de ese pensamiento es el iusnaturalismo racionalista. La larga tradición del iusnaturalismo no es, pues, un invento de la modernidad, es decir, la historia del iusnaturalismo no se identifica con la historia de los derechos, en general. La llamada doctrina del Derecho Natural tendrá sus contornos radicalmente transformados a partir de ese *tránsito*, con el giro que le provoca la noción de derecho en sentido subjetivo.

El cambio conceptual producido por la modernidad en el iusnaturalismo, en relación con las manifestaciones anteriores de sus postulados, le despoja de sus orígenes medievales católicos como una filosofía asociada al conservadurismo, para reubicarlo como una doctrina intrínsecamente revolucionaria que se construye y se presenta como una resistencia a la opresión⁷².

El elemento importante para responder a estas cuestiones es la vinculación de la idea de derecho natural a la razón humana. El derecho natural moderno es el derecho de la razón, una razón inherente al hombre. La naturaleza (racional) humana pasa a ser el elemento que funda al Derecho, y no más Dios, como se caracterizaba el Derecho Natural premoderno. De ahí que los derechos (naturales), centrados en los hombres y derivados de su propia razón y naturaleza, asumen una dimensión de libertad, y no más de sujeción a un orden jurídico-normativo centrado tan sólo en deberes y obligaciones.

Si los derechos naturales subjetivos son un atributo que se adscribe a alguien, tales atributos se entienden no solamente como un objeto (título), sino que también como una *condición* del sujeto, un estatus personal, una subjetividad. El Derecho pasaba de sustantivo a adjetivo, a un predicado del sujeto, que se constituye en un proceso de personificación (*subjetivización*) del Derecho. En tal contexto, las reglas que adscriben derechos no emanan del

modernidad..., p. 210 (nota 480).

⁷² Fernández García, *Teoría de la justicia y derechos humanos...*, citado, pp. 88-95.

Estado, sino que del individuo mismo en el ejercicio de su racionalidad y autonomía, ya que, en la versión iusnaturalista del individualismo, el hombre antecede al Estado. A éste, con relación a los derechos, restaría tan sólo reconocerlos, respetarlos y garantizarlos.

La descripción que hace Eusebio Fernández del iusnaturalismo racionalista sitúa así, sino el origen, al menos la consolidación de la idea de derechos en sentido subjetivo en el contexto de esa corriente, asociada a su vez con la de derechos naturales del hombre. Según apunta el profesor Eusebio, es esa *personificación del Derecho*, entendido ahora como un poder del individuo, lo que constituye “el paso del Derecho natural objetivo (Derecho como norma) al Derecho natural subjetivo (Derecho como facultad inherente al sujeto)”⁷³, y que define específicamente al iusnaturalismo racionalista moderno. En efecto, ese movimiento de *subjetivización* del Derecho ha permitido además hablar en derechos (como poderes o facultades individuales) con independencia de las normas positivas promulgadas por el Poder soberano constituido. El ápice moderno de esa consagración de los derechos como inherentes al hombre se alcanza en el siglo XVIII con la promulgación de las declaraciones de Derechos de Virginia y de la Independencia de los EE.UU., ambas en 1776, y la de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, en 1789, en Francia.

Ese ropaje natural con el cual se reviste la idea de derecho en sentido subjetivo en el contexto expuesto arriba será objeto de muchas y variadas críticas⁷⁴. Entre ellas, interesan más directamente para esta investigación las formuladas particularmente por ciertos sectores del positivismo jurídico, orientadas que son a aspectos más bien técnicos o conceptuales de la idea de derechos.

⁷³ Fernández García, *Teoría de la justicia...*, citado, p. 91.

⁷⁴ Fernández García, Eusebio. “Iusnaturalismo”. En *El derecho y la justicia. Enciclopedia Iberoamericana de filosofía*, 2ª ed., editado por Ernesto Garzón Valdés y Francisco Laporta, 55-64. Madrid: Trotta, 2000. Véase especialmente la p. 58 y ss. También en otro lugar, Fernández García, *Teoría de la justicia...*, citado, pp. 95-100.

2.2. Críticas a los derechos. Inexistencia o indefinición técnica.

La dualidad de significado de la palabra “derecho” instaurada por el surgimiento de los derechos en sentido subjetivo puede ser considerada como uno de los puntos de partida más significativos para las controversias teóricas que se siguieron acerca del alcance de la idea de derechos como prerrogativas del sujeto. En efecto, se suele comprender o explicar el concepto a partir de esa dualidad, entre derecho en sentido subjetivo y Derecho en sentido objetivo. Mientras el primer sentido se refiere a la facultad o prerrogativa que tiene un cierto individuo o conjunto de individuos definida o reconocida por un dado sistema normativo, y que le(s) convierte en sujeto(s) de derechos; la segunda expresión representa al sistema normativo mismo, a la “regla del Derecho”.

La propia terminología de la dicotomía en algunos idiomas es en sí misma problemática: el uso de la misma palabra - “derecho” - para referirse a dos ideas completamente distintas - la facultad y la regla - sería ya un complicador. Por encima, los calificativos “objetivo” y “subjetivo”, además de poder indicar posiciones epistemológicas cuestionables (de que existirían como realidades empíricas *objetivas*, por ejemplo), poco ayudarían para aclarar el sentido que se quiere atribuir a una u otra idea, una vez que no es muy claro en qué sería el Derecho (regla) más *objetivo* que el derecho (prerrogativa). La prerrogativa también puede, *a priori*, darse como un dado objetivo al sujeto que pone la regla. La terminología da por supuesto una precedencia de la regla sobre la prerrogativa que es discutida en la historia de la teoría jurídica.

De este modo, algunas de las posiciones que defienden la existencia solamente del Derecho objetivo proponen la retirada de la expresión “derecho subjetivo”, reservando la palabra “derecho” exclusivamente para designar el sistema de normas. Esa exclusión no se da porque se reconoce que la expresión designa una realidad que, sin embargo, no debe ser llamada de “derecho”, pero porque no se cree en la existencia misma de lo que se pretende designar por “derecho subjetivo”.⁷⁵ En este caso, “lo que se discute es el concepto y no sólo el vocabulario”⁷⁶.

⁷⁵ La lúcida observación metodológica es del jurista belga Dabin, Jean. *El derecho subjetivo*. Madrid: Rev. Der. Privado, 1955, p. 6. Según sus palabras: “El problema del derecho subjetivo

El problema se desgrana, así, en las preguntas por la *existencia* del derecho subjetivo, por un lado, y por su *definición*, por otro. De ese modo, si no existe el derecho subjetivo, no hay sentido en discutir su definición. Si, entretanto, existe el concepto, puede haber controversia acerca de la mejor definición que se le puede dar. En este segundo caso, lo que se puede negar es una determinada definición del concepto, pero no el concepto como tal.

Conviene llamar la atención para esa idea porque ella determina las dos formas bajo las cuales es posible organizar las críticas al concepto de derecho subjetivo. En efecto, la primera consiste en una auténtica negación del concepto como tal, por absoluta falta de idoneidad semántica. En otros términos, lo que se trata es de negar la idea de derechos, o sea, de que hace sentido hablar en personas que son portadoras de unos derechos subjetivos, entendidos como prerrogativas o poderes que se adscriben a ellas en el marco de un dado sistema normativo. La segunda forma de crítica, hay que admitirse, no configura exactamente una negación de la idea como tal. No se niega, como en el primer caso, la *existencia* del derecho subjetivo; lo que se combate, aquí, es *una determinada definición* o comprensión de él.⁷⁷

De las ofensivas enderezadas a la existencia misma de los derechos, son referencias las emprendidas por León Duguit y Alf Ross. En efecto, es en estos autores que la negación pura y simple del derecho subjetivo encuentra su expresión más contundente.

se descompone en un problema de existencia y en otro de definición. Históricamente, el problema de la existencia del derecho subjetivo ha nacido bastante después que el problema de su definición: se disputaba desde hacía tiempo sobre la definición cuando, apoyándose en esas discusiones, la escuela objetiva pretendió despedir a los antagonistas negando el problema. En efecto, para ella sería imposible definir el derecho subjetivo, porque no existe tal derecho. Si se demuestra, en cambio, que el derecho subjetivo existe, será preciso ensayar el definirlo: lógicamente, si no cronológicamente, este problema ocupa el segundo lugar. Por otra parte, está ligado estrechamente con el primero, en cuando que la negación o la afirmación de un concepto depende de la definición que de él se dé. De donde resulta que el derecho subjetivo podría ser negado bajo un significado y afirmado bajo otro”.

⁷⁶ Dabin, *El derecho subjetivo...*, citado, p. 6.

⁷⁷ La posición de Hans Kelsen, como veremos más detenidamente, está a medio camino entre estos dos grupos, porque expresa una dependencia conceptual fuerte de los derechos ante a los deberes, aunque parezca más adecuado interpretarla menos como una negación y más como una devaluación del concepto.

2.2.1. Críticas a la existencia. Derechos, sinsentidos metafísicos.

2.2.1.1. León Duguit.

Es a partir de la idea de que el derecho subjetivo es un poder del que se revisten ciertas voluntades para prevalecer sobre otras que Duguit construye su crítica, que en verdad tiene por base su toma de posición filosófico-política acerca de los orígenes sociales y políticos del Derecho – y no “metafísicos” o “psicológicos”. Para él, el Derecho no puede jamás ser entendido a partir de la perspectiva del individuo. Según apunta Jean Dabin, la teoría de Duguit no es sino una específica manera, y definitivamente no la única, de entender al derecho subjetivo, lo cual

“supondría necesariamente en su titular un *poder de mando* unido a una *cualidad superior de su voluntad*, a la que correspondería - de modo adaptado - en la voluntad del individuo subordinado una *disminución correlativa*”.⁷⁸

La refutación consiste en que en la lógica del derecho en sentido subjetivo se establecería siempre una jerarquía, arbitrariamente definida, entre voluntades superiores e inferiores.

Pero la crítica de Duguit no es exclusivamente política. No sería posible aprehender científicamente una característica de la voluntad si, argumenta, la propia voluntad no es aprehensible por la razón. Ni las voluntades individuales ni las colectivas son algo cognoscible, ya que las segundas son, para Duguit, expresión de la suma de las primeras:

“[I]o único que puede ser captado en la realidad del derecho es el derecho objetivo, es decir, la regla de la disciplina social que se ve impuesta a los individuos que forman la sociedad (...): fuera de esta regla social, toda idea de derecho es inconcebible”⁷⁹.

La descomposición de la realidad jurídica en dos dimensiones distintas sería desde luego incomprensible. De hecho, los derechos subjetivos no

⁷⁸ Dabin, *El derecho subjetivo*, citado, p. 10, de cuyo análisis sobre las críticas de L. Duguit me sirvo. Las cursivas son mías.

⁷⁹ Dabin, *El derecho subjetivo*, citado, p. 10.

tendrían sentido ni como algo separado del Derecho objetivo, ni como consecuencia de éste⁸⁰. Si entendidos como apartados del Derecho objetivo, los derechos son una abstracción metafísica. Si entendidos como una consecuencia del Derecho objetivo, supondrían la posibilidad de que éste es capaz de definir voluntades superiores, y esto no es posible en razón de que el Derecho objetivo es él mismo resultado de una voluntad – un argumento circular y lógicamente paradójico.

En verdad, lo único que se podría afirmar sobre lo que se pretende designar como derechos subjetivos es que esta expresión se refiere tan solo a la existencia de ciertas situaciones jurídicas reguladas por el Derecho objetivo, y a las que están sometidos, activa o pasivamente, ciertos individuos. No hay nada de especial en la afirmación de que una persona tiene un derecho a expresarse libremente, ya que se está queriendo solamente describir la situación jurídica que la regla del derecho adscribe a esa persona, que podrá pedir (activamente) a los agentes públicos que intervengan caso esa libertad se encuentre amenazada por un tercero – que a su vez también está situado, aunque pasivamente, respecto a la misma regla⁸¹.

Al final:

“¿qué significación tiene en realidad esta proposición: Juan debe 100 pesetas a Pedro? Simplemente que si Juan no paga violará el derecho que ordena cumplir los compromisos aceptados. (...). No es el pretendido derecho de crédito el que obliga al agente público a intervenir: es la ley que le obliga, cuando el acreedor pide la intervención”⁸².

De la misma forma, cuando hay una infracción a la ley, no hay ningún derecho subjetivo a la represión, reparación o restitución: lo que hay es nada más que la aplicación de la regla del Derecho en función de la aplicación de

⁸⁰ En lo que, particularmente, se diferencia de Kelsen, como se verá.

⁸¹ Dabin, *El derecho subjetivo...*, p. 13.

⁸² Dabin, *El derecho subjetivo...*, pp. 18-19.

una consecuencia jurídica en virtud de la confirmación empírica de la hipótesis previamente establecida por tal regla del Derecho⁸³.

Naturalmente, alguien podría argumentar que Duguit sería obligado a admitir la existencia por lo menos de un derecho subjetivo a la vía del Derecho, un derecho a poner en marcha el sistema jurídico para hacer eficaz la coacción. A esto Duguit contesta con otra refutación de cuño lógico: la vía del Derecho presupone una violación al Derecho, y no sería lógico que el derecho (subjetivo) naciera del ilícito, del “anti-Derecho”⁸⁴.

Duguit también considera un error confundirse el derecho subjetivo con la riqueza, bien o ventaja garantizada por la regla del derecho:

“la propiedad está protegida por el derecho; pero no es un derecho, es una cosa, una utilidad, una riqueza. Lo que tiene el propietario no es un derecho, es una cosa. O bien usa de ella y la goza sin encontrar resistencia, y entonces no interviene la coacción, o bien encuentra una resistencia, y entonces interviene la coacción social, a petición suya, para derribar el obstáculo. La propiedad es la misma cosa. Así, la propiedad tomada en sí misma no es otra cosa que una riqueza (...)”⁸⁵,

y el derecho no puede ser el propio bien o riqueza. La ventaja es una realidad económica, una realidad moral, y no una realidad jurídica.

Exactamente lo mismo ocurre con lo que se estaría habituado a llamar derecho a la vida: lo que existiría en verdad es la vida en sí, como valor o bien poseído por el individuo. No integra el Derecho hasta que se encuentre bajo riesgo de violación, cuando entonces un aparato coactivo puede ser accionado en razón de que una regla del Derecho fue violada o está en vías de serlo⁸⁶.

⁸³ Dabin, *El derecho subjetivo...*, p. 15. Este argumento coincide exactamente con el de Alf Ross, para quién los derechos subjetivos no son nada más que herramientas lingüísticas que vinculan hechos condicionantes a consecuencias jurídicas, como se verá en seguida.

⁸⁴ Dabin, *El derecho subjetivo...*, p.15.

⁸⁵ Duguit, León. *Traité de droit constitutionnel*. 3ª ed., T. 1. París: E. de Boccard, 1927, p. 445-50. La cita es tomada de Dabin, *El derecho subjetivo...*, citado, p. 19. Aquí la aproximación con la crítica de Jeremy Bentham es inequívoca, aunque este último, como veremos, tenga como blanco específico a los derechos subjetivos como manifestaciones de derechos naturales.

⁸⁶ Dabin, *El derecho subjetivo...*, pp. 19-20.

Para decirlo en pocas palabras,

“jamás podrá demostrarse humanamente, el paso del derecho subjetivo al derecho objetivo, y como por otro lado es imposible admitir la anterioridad del derecho subjetivo al objetivo, el derecho subjetivo es una quimera. No hay tal derecho”⁸⁷.

2.2.1.2. Alf Ross.

Otra crítica perentoria a la existencia de un concepto autónomo de derecho subjetivo proviene del realismo escandinavo representado por Alf Ross. La crítica de Alf Ross se dirige hacia el concepto mismo del derecho subjetivo. No hay, para el exponente del realismo jurídico, ninguna realidad que pueda ser descrita por esa expresión, que no pasa simplemente de una herramienta lingüística que vincula ciertos hechos condicionantes a consecuencias normativas previamente establecidas por el Derecho (objetivo)⁸⁸.

Siendo simplemente una categoría lingüística de aproximación entre ciertos hechos y determinadas consecuencias, los derechos subjetivos no poseen autonomía conceptual propia, porque son desprovistos de contenido semántico. Ross defiende que cualquier descripción acerca de una relación jurídica en la que se utilice del término derecho subjetivo puede ser re-escrita sin el término. Esto porque el término no describe él mismo ninguna realidad empírica, ni mucho menos jurídica. No tiene, por consecuencia, contenido semántico ninguno, aunque pueda servir, al máximo, como economía del lenguaje.

Naturalmente, las objeciones de Ross llevan por detrás una particular comprensión acerca del Derecho y de la ciencia del derecho. En efecto, para Ross, la ciencia del derecho no es solamente una descripción de las normas

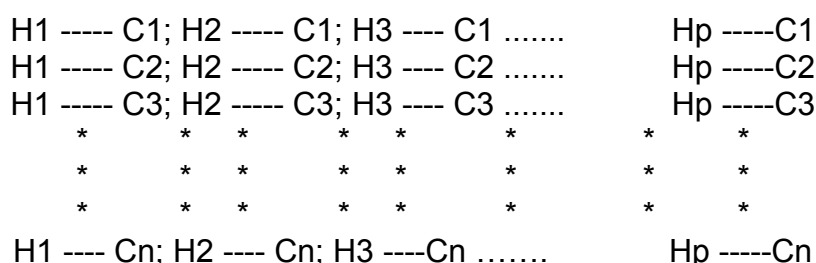
⁸⁷ Duguit, *Traité de droit constitutionnel...*, citado, p. 221. La cita es tomada de Dabin, *El derecho subjetivo...*, p. 20.

⁸⁸ Ross, Alf, *Sobre el derecho y la justicia...*, citado, p. 212.

vigentes como directivas a los jueces sobre cómo deben ser sus decisiones cuando los hechos realizan la hipótesis normativa. Para Ross,

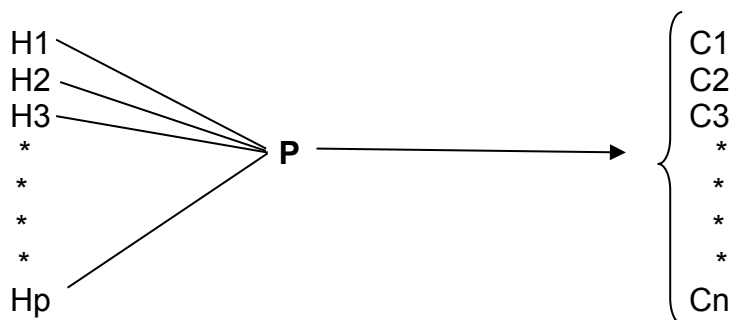
“la tarea del pensamiento jurídico consiste en conceptualizar las normas jurídicas de tal modo que ellas sean reducidas a un orden sistemático, exponiendo así el derecho vigente en la forma más sencilla y conveniente posible”.⁸⁹

Así, para sistematizar las hipótesis normativas en las que aparece lo que se suele denominar derechos subjetivos, y entre muchos tipos de normas jurídicas, recuerda que algunas de ellas pueden tener su estructura representada de la siguiente manera:



En el esquema arriba, “cada hecho [H] de una cierta totalidad de hechos condicionantes [H_p] está conectado con cada una de las consecuencias [C] de cierto grupo de consecuencias jurídicas [C_n]. En otras palabras, “una pluralidad acumulativa de consecuencias jurídicas está conectada con una pluralidad disyuntiva de hechos condicionantes”⁹⁰.

Pero esa vinculación entre hechos y consecuencias se da siempre mediada por una cierta *propiedad*, que sirve de ligadura entre las dos cosas, como en el esquema:



⁸⁹ Ross, Alf, *Sobre el derecho y la justicia...*, citado, p. 212.

⁹⁰ Ross, Alf, *Sobre el derecho y la justicia...*, citado, p. 212.

Éste sería para Ross precisamente el caso de lo que se llama derecho subjetivo.

El planteamiento de Ross tiene presupuestos epistemológicos empiristas muy evidentes. Para él, el valor y el concepto de “referencia semántica” que una determinada palabra o expresión posee depende de su previo compromiso con un concepto de verdad vinculado a la experiencia sensible. O sea, si la “referencia semántica” de una expresión no encuentra correspondencia en la realidad sensible (la única realidad que existe o que merece ser estudiada), entonces el concepto es vacío, o no se trata de nada relevante.

Para Ross, el concepto usual de derecho subjetivo no es científico, no es algo que posea una autenticidad teórica o dogmática. Se refiere tan sólo a una idea generalmente aceptada en un nivel precientífico. Según Ross, el concepto de derecho subjetivo tiene sentido solamente en tres contextos: (a) en la presentación abstracta del derecho vigente; (b) en el razonamiento judicial; o (c) como descripción de hechos puros. O sea, o cumple la función sencilla de describir al derecho vigente, o su aplicación a situaciones típicas concretas.

Así es que, para Ross, por ejemplo, al anunciar que

“todos tienen derecho a recibir de los órganos públicos informaciones de su interés particular, o de interés colectivo o general, que serán prestadas en el plazo de la ley, bajo pena de responsabilidad, a excepción de aquellas cuyo sigilo sea imprescindible a la seguridad de la sociedad y del Estado;”⁹¹

, el inciso XXXII del art. 5º de la Constitución Brasileña (1988) no estaría describiendo o asignando un derecho subjetivo (fundamental) a la información, sino que meramente diciendo que la negación por parte de las autoridades públicas en dar información a los ciudadanos es un hecho condicionante que puede implicar, como consecuencia de la regla, la responsabilidad jurídica de agentes públicos con la aplicación de una medida coactiva correspondiente.

⁹¹ Constitución Brasileña, art. 5º, inciso XXXII. Traducción mía.

También en la argumentación de abogados y jueces, la propiedad de conexión en la que consistiría el derecho subjetivo puede ser suprimida, ya que en verdad se trata simplemente de razonar acerca de la existencia de una específica consecuencia en virtud de la verificación de un cierto hecho. Así es el caso en el que un abogado aduce que su cliente tiene el derecho a que se le entregue el vehículo que ha adquirido por compra, pidiendo una sentencia para tal. Aquí no agregaría nada nuevo al razonamiento la idea del derecho a la propiedad, ya que en realidad, lo único que se quiere sostener es que (a) un contrato de compra y venta ha sido celebrado, y (b) que este acto tiene la repercusión específica de obligar al juez que prescriba una sentencia obligando el vendedor a la entrega⁹².

En todos estos casos, sin embargo, expresiones del tipo “tengo derecho a” o similares, en sí mismas, no significarían nada, porque “no designa[n] fenómeno alguno de ningún tipo”⁹³. Ross desprecia cualquier fuerza política, y no solo semántica, que la idea de tener derechos puede tener, por ejemplo, en el caso de la argumentación judicial.

Si el derecho subjetivo es tan solo una herramienta técnica de representación, que sirve funcionalmente como economía del lenguaje, una “mera” propiedad relacional, no podría *existir* como realidad autónoma. Aunque el uso lingüístico (técnico-jurídico o natural) de la idea de derechos induzca a la creencia de que estos tienen una sustancia, que son *algo* distinto de las funciones que desempeñan en el lenguaje, esto es, para Ross, un equívoco. El derecho subjetivo no es nada distinto de las funciones lingüísticas que cumple – defender lo contrario supondría

“una manera de pensar con arreglo a la cual ‘detrás’ de ciertas correlaciones funcionales se inserta una nueva realidad como ‘soporte’ o causa de esas correlaciones. Este poder del lenguaje sobre el pensamiento se origina posiblemente en ideas mágicas primitivas”⁹⁴.

⁹² Ross, *Sobre el derecho y la justicia...*, citado, p. 214.

⁹³ Ross, *Sobre el derecho y la justicia...*, citado, p. 215.

⁹⁴ Ross, *Sobre el derecho y la justicia...*, citado, p. 220.

En el ya clásico *Tû-Tû*⁹⁵, Ross recurre a la fábula del misionero sueco que llega a una tribu del sur del pacífico, para explicar el concepto de derechos subjetivos y de su papel en los sistemas jurídicos. Para los habitantes de esa comunidad, “*tû-tû*” se refiere a una fuerza fantasiosa, sin existencia material, que intermedia hechos y consecuencias en casos de violación de tabús. Esa entidad no añade nada a la realidad concreta, ya que lo único que aparece como manifestación empírica son los hechos y sus consecuencias, tal como es la idea del derecho subjetivo⁹⁶.

Las tradicionales disputas en torno al *contenido, elemento material o esencia* del concepto de derecho subjetivo - entre teorías de la voluntad o del interés - no tienen absolutamente ninguna potencialidad genuina de explicación; son pérdida de tiempo. No son otra cosa que una primitiva manera de explicación que, por metafísica, espiritualística y mágica, debe ser refutada.

Hecha esa advertencia, a Ross no le importa, sin embargo, y a diferencia de Duguit, sistematizar las funciones lingüísticas que la expresión cumple al designar ciertas posiciones jurídicas. Lo que el representante del realismo jurídico escandinavo critica es la tentativa teórica de establecer un concepto de derecho subjetivo. A Ross no le interesa la disputa por el concepto de derecho subjetivo, porque no existe una esencia “ontológica” de tal cosa, aunque esto no impida intentar teóricamente aclarar qué se quiere decir cuando se afirma que alguien es titular de un derecho subjetivo.

⁹⁵ Ross, Alf. *Tû-tû*. Traducción de Genaro Carrió. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1976.

⁹⁶ Ross, *Tû-tû*, citado, p. 9: “Es obvio que la tribu Aisat-naf vive en la más oscura superstición. ‘*Tû-tû*’, por supuesto, no es nada, una palabra desprovista de todo significado. Las premencionadas situaciones de violación del tabú dan origen, por cierto, a diversos efectos naturales, tales como el sentimiento de terror, pero obviamente no son estos fenómenos, ni otro alguno demostrable, lo que queda designado con la expresión ‘*tû-tû*’. La conversación acerca de *tû-tû* es un puro sinsentido” (p. 9). Y más adelante, pp. 20-21: “Pero quizá ha llegado el momento de dejar a un lado toda la impostura y admitir abiertamente lo que el lector tiene que haber descubierto ya, a saber, que esta alegoría se refiere a nosotros. Se trata de la discusión sobre el uso de expresiones tales como ‘derecho subjetivo’ (...)”

2.2.2. Críticas a la idoneidad técnica. Derechos, reflejos de obligaciones y técnica de protección.

2.2.2.1. *Jeremy Bentham*.

Los conocidos ataques que Jeremy Bentham dirige a la concepción de derechos subjetivos tienen como foco la específica construcción del concepto en el contexto del iusnaturalismo racionalista moderno. La idea de que existen unos derechos naturales inherentes al hombre en virtud de su propia naturaleza, de los que se es titular no por una concesión discrecional del Poder o por compasión, sino porque son derivados de la razón, parece a Bentham un completo desatino. Pensar en derechos subjetivos al margen del Derecho objetivo (positivo) es conferir peligrosamente a los individuos - con sus pasiones antisociales y egoístas, “grandes enemigas de la paz pública”⁹⁷ - un poder en contra del gobierno, lo que tiene o bien un fuerte sabor anárquico⁹⁸, o bien totalitario, ya que el contenido de tales derechos sólo podría ser determinado mediante el arbitrio.

Bentham es famoso por la acidez de sus críticas a los derechos naturales como derechos anteriores y superiores al Estado, que no los instituye, sino que lo único que puede hacer es reconocerlos como una realidad cuya existencia le precede. Si no son las leyes estatales las que crean el Derecho – y, juntamente con él, a los derechos – entonces no podemos saber qué cosa son los derechos, porque no podemos conocer a la naturaleza humana sin caer en voluntarismos apasionados. Como se ve, la crítica teórica sobre el concepto de derecho subjetivo va cargada también de tenor político, lo

⁹⁷ Bentham, Jeremy. “Anarchical fallacies. Being an examination of the Declaration of Rights issued during the French Revolution”. En *The works of Jeremy Bentham* vol. II, editado por John Bowring, pp. 489-534. Londres: Simpkin, Marshall & Co., 1843. La cita es de la p. 492.

⁹⁸ “*The revolution, which threw the government into the hands of the penners and adopters of this declaration, having been the effect of insurrection, the grand object evidently is to justify the cause. But by justifying it, they invite it: in justifying past insurrection, they plant and cultivate a propensity to perpetual insurrection in time future; they sow the seeds of anarchy broadcast: in justifying the demolition of existing authorities, they undermine all future ones, their own consequently in the number*”, en Bentham, “Anarchical fallacies”..., citado, pp. 496. [La revolución, que arrojó al gobierno en las manos de los redactores y partidarios de esta declaración, habiendo sido el efecto de la insurrección, su gran objetivo evidentemente es justificar la causa. Pero al justificarla, sugieren lo siguiente: al justificar la insurrección reciente, ellos plantan y cultivan una propensión a la perpetua insurrección en el futuro; siembran las semillas de la difusión de la anarquía: al justificar la demolición de las autoridades vigentes, ellos socavan todas las futuras autoridades, sus propias consecuencia en el acto. Traducción mía.]

que se refuerza cuando recordamos los interlocutores a los que se dirigía Bentham – los miembros del parlamento francés.

Al criticar el potencial anárquico⁹⁹ de esa particular comprensión de los derechos subjetivos, Bentham está constituyendo la base ideológica de su crítica conceptual del derecho subjetivo como categoría explicativa de los derechos naturales. Así, los “derechos legales” (*legal rights*) son los únicos derechos subjetivos, pues, en efecto, los derechos naturales “son simplemente sinsentidos; los derechos naturales e imprescriptibles son sinsentidos retóricos – sinsentidos sobre zancos”¹⁰⁰. Más adelante, es todavía más contundente:

*“Right, the substantive right, is the child of law: from real laws come real rights; but from imaginary laws from laws of nature, fancied and invented by poets, rhetoricians, and dealers in moral and intellectual poisons, come imaginary rights, a bastard brood of monsters, ‘gorgons and quimeras dire’. And thus it is, that from legal rights, the offspring of law, and friends of peace, come anti-legal rights, the mortal enemies of law, the subverters of government and the assassins of security”*¹⁰¹.

En resumen, no existen los derechos naturales; derechos (“*rights*”) y Derecho (“*law*”) son correlativos; los únicos derechos subjetivos son los “derechos legales”¹⁰². Precisamente por esa razón, el concepto de derecho

⁹⁹ En otro lugar, continúa: “es imposible razonar con fanáticos armados de un Derecho Natural que cada uno entiende a su modo (...). ¿No es esto poner las armas en las manos de todos los fanáticos contra todos los gobiernos? ¿En la inmensa variedad de ideas sobre la Ley Natural y la Ley Divina, no hallará cada uno alguna razón para resistir a todas las leyes humanas? ¿Hay un solo Estado que pueda mantenerse un día, si cada uno se cree obligado en conciencia a resistir a las Leyes que no fueran conformes a sus ideas particulares sobre la ley natural y la ley revelada?” en Bentham, Jeremy. *Tratados de legislación civil y penal*. Ed. a cargo de Magdalena Rodríguez Gil. Madrid: Editorial Nacional, 1981. La cita es de las p. 94-95.

¹⁰⁰ Bentham, Jeremy, “Anarchical fallacies”..., citado, p. 501. [Traducción mía del original: “Natural rights is simple nonsense: natural and imprescriptible rights, rhetorical nonsense, - nonsense upon stilts”].

¹⁰¹ Bentham, “Anarchical fallacies”..., citado, p. 523. [“derecho, el sustantivo derecho, es el hijo de la ley: de leyes reales provienen derechos reales; pero de leyes imaginarias, leyes de la naturaleza, inventadas e imaginadas por poetas, retóricos y mercantes en venenos morales e intelectuales, provienen derechos imaginarios, un nido bastardo de monstruos, ‘gorgonas y quimeras aterradoras’. Así, de los derechos legales, la progenie del Derecho, y amigos de la paz, nacen derechos antilegales, enemigos mortales del derecho, subversores del gobierno, y asesinos de la seguridad”. Traducción mía.]. Los destaques son del original.

¹⁰² Decir lo contrario es como hablar en “...a round square or an incorporeal body (...) a species of cold heat, a sort of dry moisture, a kind of resplendent darkness”. [... un cuadrado redondo, un cuerpo incorpóreo (...), una especie de calor frío, una suerte de humedad seca, una clase

subjetivo es un concepto formal, o sea, los poderes o facultades que ellos representan no se refieren a determinados contenidos. No se debe confundir los derechos con los bienes que ellos garantizan, ni con los deseos sobre estos bienes, ni con las razones para el reconocimiento de derechos, porque

*“... reasons for wishing there were such things as rights, are not rights; - a reason for wishing that a certain right were established, is not that right – want is no supply – hunger is not bread”*¹⁰³.

De todos modos, las ofensivas a los derechos subjetivos en tanto que asociados a la idea de derechos naturales, o en razón de la dualidad que supondría frente al Derecho objetivo, son una parte, quizás el comienzo, de las disputas en torno al significado del derecho subjetivo. El contexto teórico iuspositivista desde el cual ellas brotan es decisivo para su construcción, como bien observa Jesús González Amuchastegui:

“autores que consideran que la adhesión a una concepción positivista del derecho les obliga a centrar su análisis sobre el concepto de derecho subjetivo en el derecho positivo [sostienen] que algunos rasgos propios de los ordenamientos jurídicos - y de los derechos subjetivos legales o jurídicos - como la coacción, son también rasgos esenciales de la noción de derecho subjetivo”¹⁰⁴.

Norberto Bobbio, al describir al positivismo jurídico, no deja dudas de esa correspondencia para tal corriente como él la comprende:

“la adición del adjetivo ‘positivo’ al término ‘Derecho’ se convierte en un pleonasma precisamente porque – usando una fórmula sintética –

de oscuridad resplandeciente”. Traducción mía.]. Bentham, Jeremy. “Supply without burthen or escheat vice taxation”. En *Jeremy Bentham economic writings* Vol. 1, editado por W. Stark (ed.), 279-368. Londres: George Allen & Unwin Ltd, 1952. La cita está en las pp.334-335.

¹⁰³ Bentham, “Anarchical fallacies”..., citado, p. 501. [“Las razones para desear ciertos bienes como derechos no son derechos - una razón para desear que un cierto derecho sea establecido no es ella misma ese derecho - el deseo no es la satisfacción - el hambre no es el pan”. Traducción mía.]

¹⁰⁴ Amuchastegui, Jesús González. *Autonomía, Dignidad y Ciudadanía. Una teoría de los derechos humanos*. Madrid: Tirant lo Blanch Alternativa, 2004. La cita es de la p. 306.

el positivismo jurídico es la doctrina según la cual no existe más Derecho que el positivo”¹⁰⁵.

A consecuencia de lo anterior, lo que se sostiene desde una cierta zona del positivismo jurídico es que su defensa por unos criterios no valorativos para identificar la existencia y el contenido del Derecho les obligaría a reservar a la noción de derecho, también en sentido subjetivo, un uso exclusivamente jurídico-positivo. Es justo advertir entretanto que otros importantes representantes del positivismo jurídico, como Herbert Hart, han admitido exactamente lo opuesto, consintiendo el uso de la expresión “*tengo derecho a X*” en contextos no jurídico-positivos.¹⁰⁶

2.2.2.2. Hans Kelsen.

Si en el razonamiento sociológico de Duguit sobre el fenómeno jurídico, el Derecho no es más que una representación ficcional de la gran masa de manifestaciones sociales reales, en el sistema kelseniano sí podría caber preguntar si, aunque en el marco del orden Estatal, y a partir de ese orden, hay algún lugar para los derechos y cuál es ese lugar.

Mientras que para autores negadores de la idea en sí (Duguit) el concepto simplemente no existe por razones lógicas, sociológicas o antimetafísicas, para Kelsen, cuyas razones para la crítica tienen una naturaleza más bien metodológica, los derechos sí pueden existir, pero dentro de un marco definicional específico. Ninguna dimensión del derecho puede ser considerada una cualidad del individuo, porque la realidad jurídica está absorbida por el Estado, y a éste se vincula. De ser diferente, esa dimensión tendría una marca metafísica y por encima potencialmente antijurídica, en tanto

¹⁰⁵ Bobbio, Norberto. *El Positivismo Jurídico: lecciones de filosofía del derecho reunidas por el doctor Nello Morra*. Trad. de Rafael de Asís y Andrea Greppi. Madrid: Debate, 1993. La cita es de la p. 44. Publicado originalmente bajo el título *Il Positivismo Giuridico; lezioni di filosofia del diritto. Raccolte dal Dott. Nello Morra*. Turín: G. Giappichelli, 1979.

¹⁰⁶ Hart, “¿Hay derechos naturales?”, citado, p. 67: “Quizá pocos han de negar hoy, como algunos lo hicieron, que hay derechos en el campo moral; porque aquella negativa tenía usualmente por mira objetar alguna pretensión filosófica acerca del ‘status ontológico’ de los derechos, y dicha objeción es ahora expresada no como una negación de que haya derechos en el campo moral sino como una negación de alguna supuesta semejanza lógica entre las proposiciones usadas para invocar la existencia de derechos y proposiciones de otro tipo.”

que situada en una posición frente al Estado. De acuerdo con Kelsen, el individuo solo tiene existencia relevante para el Derecho si se tiene en cuenta su relación con la norma (estatal).

Cuando en 1911 Kelsen escribe su primer gran trabajo, los *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre*¹⁰⁷, en Alemania se habían desarrollado a lo largo del siglo XIX críticas importantes tanto a las concepciones de derechos naturales de los siglos precedentes y grabadas en las Declaraciones de derechos del final del siglo XVIII, como a las primeras concepciones positivistas también ahí germinadas, a ejemplo de la tradición exegeta que se edificó sobretudo en la Francia del *Code Napoleon* (1804). Friedrich C. V. Savigny había iniciado un movimiento teórico muy influyente, más tarde conocido como Escuela Histórica del Derecho, cuyos planteamientos se concentraban en defender un estudio de las condiciones históricas y concretas de producción y funcionamiento del derecho como requisito para su comprensión científica. Savigny denuncia las abstracciones del iusnaturalismo por representar una ilusión universalizante de que el derecho es un producto no de la historia y voluntades contextuales, sino de una razón común a todos los hombres y culturas. De ahí su conocida divergencia con Anton Thibaut sobre la (in)necesidad de, siguiendo el reciente modelo francés, elaborar nuevas leyes para toda Alemania reunidas en un código civil.

Savigny considera que la codificación es simplemente otra forma de idealización, que desconsidera las particularidades de las tradiciones regionales y culturales, además de constituir una aplicación impositiva de un modelo extranjero y ajeno, muy poco compatible con la realidad de la sociedad y pueblo alemanes de ese tiempo. Esa crítica al formalismo que hace Savigny en el seno del historicismo jurídico refuerza la disyuntiva clásica en la teoría jurídica entre perspectivas o acepciones formales y materiales, no siempre con carácter de oposición o dicotomía, sino que también frecuentemente en situación de complementaridad, entre forma y contenido. Las primeras nociones aún rudimentarias acerca del derecho como una realidad dual, objetiva y formal por parte de las reglas, y material y subjetiva por parte de los

¹⁰⁷ Kelsen, Hans. *Problemas capitales de la teoría jurídica del Estado*. México: Porrúa-UNAM, 1987.

sujetos, son expuestas por Savigny en la larga tradición de la jurisprudencia de los conceptos alemana desarrollada durante el siglo XIX¹⁰⁸.

Cuando Rudolph von Ihering a mediados del siglo XIX formula su teoría de los derechos como intereses jurídicamente protegidos (*Geist des römischen Rechts auf den verschiedenen Stufen seiner Entwicklung*¹⁰⁹), profundiza esa primera y embrionaria apropiación técnico-jurídica de la noción de derechos (“derechos naturales”, “derechos del hombre”, “derechos del ciudadano”), hasta el siglo XVIII una idea dominada por filósofos morales y políticos. Sólo a partir de Ihering es que verdaderamente la expresión “derecho subjetivo” va a aparecer y consolidarse, proliferando en los muchos idiomas de la tradición jurídica romano-germánica (“*diritto soggettivo*”, “*droit subjectif*”, “*direito subjetivo*”, “*subjektives Recht*”) - ahora como un concepto técnico integrante del dominio más propio del derecho.¹¹⁰

Así como Savigny, también Ihering estaba preocupado con un cierto formalismo lógico, tratando en contrapartida de contemplar dimensiones materiales, de contenido o sustancia en su teoría: “todo ese culto de la lógica

¹⁰⁸ El repaso de la filosofía jurídica de Savigny y de la pandectística alemana de esa época puede ser conferido en Larenz, Karl. *Metodología da Ciência do Direito*. 6ª ed. traducida al portugués por José Lamego. Lisboa, Fundação Calouste Gulbenkian, 1997. Véase, por ejemplo, este pasaje en donde Larenz examina la posición de Savigny de considerar a los costumbres como fuentes jurídicas materiales originarias, y su importancia para la propiedad y la compra y venta, facetas subjetivas del derecho: “[e]sta concepção sofre uma profunda alteração no momento em que SAVIGNY passou a considerar como fonte originária do Direito não já a lei, mas a comum convicção jurídica do povo, o «espírito do povo» - o que aconteceu, pela primeira vez, no seu escrito Vom Beruf unserer Zeit. A única forma em que uma tal convicção logra constituir-se não é, manifestamente, a de uma dedução lógica, mas a de um sentimento e intuição imediatos. Ora, na sua origem, esse sentimento e essa intuição não podem estar referidos a uma norma ou regra - concebível apenas como produto de um pensamento racional, por ser já geral e abstracto; eles só podem ter por objecto as concretas e ao mesmo tempo típicas formas de conduta que, justamente pela consciência da sua «necessidade intrínseca», são observadas pelo conjunto dos cidadãos, ou seja, as próprias relações da vida reconhecidas como típicas do ponto de vista do Direito. Estas relações da vida (como, por exemplo, o matrimónio, a patria potestas, a propriedade imobiliária e a compra e venda), na medida em que se pensam e organizam como uma ordem juridicamente vinculante, constituem os «institutos jurídicos» - que assim se convertem, para SAVIGNY, na origem e no fundamento de toda a evolução do Direito”. (p. 13).

¹⁰⁹ Hay traducción al castellano, Ihering, Rudolf von. *El espíritu del derecho romano en las diversas fases de su desarrollo*. Granada: Comares, 1998.

¹¹⁰ Cruz Parceró, Juan Antonio. “Cinco puntos para una teoría analítica de los derechos”. En *Normas, razones y derechos. Filosofía jurídica contemporánea en México*, edición de Rodolfo Vázquez, 303-322. Madrid: Trotta, 2001. Véase las pp. 304-305.

que quiere convertir la ciencia del Derecho en una matemática jurídica es un extravío y se basa en un desconocimiento de la *esencia* del Derecho”¹¹¹.

Son los intentos de definir al fenómeno jurídico, o a cualquier de sus aspectos, recurriendo a este tipo de esencias, presentes tanto en la concepción de Ihering de los derechos como “*intereses* jurídicamente protegidos”, como en la doctrina de los derechos naturales, que Kelsen tomará como crítica y punto de arranque para formular su propio concepto, formal y técnico, de derechos.

Son conocidas las palabras por las que Ihering articula su propuesta de definición de los derechos subjetivos:

“[d]os son los elementos que constituyen el concepto del derecho, uno substancial en el que reside el fin práctico del mismo, es decir, la utilidad, ventaja, ganancia, que ha de ser proporcionada por el derecho, y uno formal que se comporta con respecto a aquél fin meramente como medio, es decir, la protección del derecho, la demanda”¹¹².

Mientras el primer elemento (“*interés*”, “*ventaja*”, “*utilidad*”, “*disfrute*”, “*valor*”, “*bien*”) se refiere a los fines últimos del sujeto que lo posee, el segundo es una categoría medial, accesoria, de protección, y se refiere al derecho como aparato estatal objetivo, externo al sujeto. La característica definitiva de los derechos es por tanto el *fin* de proteger intereses individuales.

El principal ataque de Kelsen a la concepción finalística de Ihering¹¹³, de los derechos como intereses, comparte el mismo argumento de fondo de su famosa crítica a los derechos naturales: el contrasentido que representa apelar a un elemento sustancial (la libertad inherente o interés; lo protegido) para definir a una realidad que sólo puede ser comprendida a partir de un rasgo formal (la norma jurídica, la protección). Según Kelsen, Ihering establece una

¹¹¹ Véase el estudio de Rodríguez Paniagua, José M^a. “Rudolf von Ihering”. *Anuario de Filosofía del Derecho*, Tomo IV (1987): 249-270. La cita es de la p. 262 y el destaque es mío. En la misma línea, registra Ihering que “[a] vida não é o conceito; os conceitos é que existem por causa da vida. Não é o que a lógica postula que tem de acontecer; o que a vida, o comércio, o sentimento jurídico postulam é que tem de acontecer, seja isso logicamente necessário ou logicamente impossível”, en Larenz, Karl, *Metodologia da Ciência...*, citado, p. 58.

¹¹² Páramo, “Derecho subjetivo”..., citado, p. 370, de quién tomo la cita de Ihering.

¹¹³ Kelsen, *Problemas capitales...*, citado, pp. 495 y ss.

independencia que llega a convertirse en una contraposición, entre la sustancia y la forma, lo que impide derivar el derecho subjetivo del Derecho objetivo.

Por constituirse un hecho psíquico-individual de difícil aprensión racional, un interés no sirve como definición científica, sino que depende de lo que un individuo considera o siente relevante como benéfico, útil o ventajoso para sí mismo. Siendo el individuo quien decide, en último caso, sobre su existencia, en los casos en que un interés real y concreto no se diese, no podría existir un derecho. Siendo el derecho un interés, desapareciendo éste dejaría de existir aquél. Por otro lado, puede haber tanto derechos sin intereses (una propiedad sobre algo sin particular relevancia), como intereses sin derecho. Sin embargo Kelsen matizaría su concepción de “interés” para decir que lo que importa no es más el interés concreto que de hecho manifiesta el individuo sino que tan solo su posibilidad genérica reconocida y protegida por el legislador, Kelsen observa que no siempre el legislador reconoce ese “interés medio” y sí solamente la protección. Por eso, el elemento esencial del derecho subjetivo es precisamente la protección, y no el interés¹¹⁴.

Los derechos subjetivos aparecen así meramente como una forma de protección jurídica, una técnica particular de protección jurídica; son la acción procesal a que tiene a disposición un sujeto para reclamar ante a un juez el cumplimiento de un deber asignado por la norma jurídica a un tercero.

Para Kelsen no es posible admitir, en vista de los objetivos metodológicos de su teoría, la existencia del derecho subjetivo con independencia del Derecho objetivo (positivo). La concepción de pureza de la ciencia jurídica exige liberarla de elementos psicológicos, sociológicos y ético-políticos¹¹⁵, lo que hace que su noción de ‘derecho subjetivo’ sea una derivación lógica y encadenada de otros conceptos de su *estática*, como el de ‘deber’ (conducta jurídica obligatoria), a su vez derivado del concepto de ‘hecho

¹¹⁴ Kelsen, *Problemas capitales...*, citado, p. 501. Véase también Kelsen, Hans. *Teoría pura del derecho*. 15ª ed. Trad. de Roberto Vernengo, México: Editorial Porrúa, 2007, en donde anota: “Desde el punto de vista de una consideración orientada al derecho como norma, o sistema de normas, el derecho subjetivo no puede ser un interés protegido por el derecho, sino solamente la protección de aquel interés que el derecho objetivo. Y esa protección consiste en que el orden jurídico enlaza a la lesión de ese interés una sanción; es decir, estatuye una obligación jurídica de no lesionar ese interés, como la obligación jurídica del deudor de devolver al acreedor el préstamo recibido.”. La cita es de las p. 145-146.

¹¹⁵ Kelsen, *Teoría pura del derecho...*, citado, p. 15 y ss.

ilícito' (delito que antecede a la sanción), que descende del de 'sanción' (privación forzada de un bien y consecuencia normativa de una cierta conducta), el cual se encuentra finalmente en la estructura formal de su definición de 'norma jurídica'¹¹⁶. La confección de estos conceptos jurídicos formales, una de las tareas de la *Teoría Pura* como teoría general del Derecho, tiene en ese contexto la finalidad de proporcionar un sistema de definiciones preciso, capaz de estructurar un conjunto ordenado de representaciones que describa científica y objetivamente los órdenes jurídicos positivos.

La separación entre aquellos dos conceptos - y la posibilidad de que existiera un derecho subjetivo al margen del Derecho positivo - configura un sinsentido, una confusión terminológica que compromete la objetividad requerida por una doctrina jurídica que se pretende científica. El dualismo es político-ideológico, y no científico¹¹⁷.

¹¹⁶ Como registra Carlos Nino, es útil recordar que "*Kelsen thought that a canonical structure of a legal norm was a conditional one and that its distinctive consequence was the prescription of a coercitive action, that is the sanction. On the basis of this characterization of a legal norm, he constructed a system of legal concepts, so that each of them is defined on the basis of the former one. The primitive concept was that of sanction which was defined as a coercive deprivation of goods prescribed as a consequence of a certain conduct; then there comes the concept of unlawful act or delict which is characterized as the antecedent of the prescribed sanction in the legal norm; the following concept is that of legal obligatory conduct which is defined as the opposite to that which is antecedent of the prescribed conduct. How legal rights enter into this system depends on which notion we are employing (...)*" en Nino, Carlos Santiago. "Introduction". En *Rights*, editado por Carlos Santiago Nino, xi-xxxiii. Cambridge: Dartmouth, 1992. La cita es de la página xii. [Kelsen pensaba que una estructura canónica de una norma jurídica era condicionante y que su consecuencia distintiva era la prescripción de una acción coercitiva, es decir, la sanción. Sobre la base de esta caracterización de la norma jurídica, construyó un sistema de conceptos jurídicos, de modo que cada uno de ellos se define sobre la base del anterior. El concepto primordial era el de sanción que se definía como la privación coercitiva de bienes prescrita como consecuencia de cierta conducta; en seguida viene el concepto de acto ilícito o delito, que se caracteriza como el antecedente de la sanción prescrita en la norma legal; el concepto siguiente es el de la conducta legal obligatoria, que se define como el opuesto al antecedente, la conducta prescrita. La forma en que los derechos legales entran en este sistema depende de la noción que estamos empleando (...). Traducción libre mía]

¹¹⁷ "Aun cuando insostenible desde el punto de vista lógico, la teoría de la prioridad de los derechos subjetivos es de la mayor importancia política. Su propósito es obviamente ejercer influencia en la formación del derecho, más que analizar la naturaleza del derecho positivo. Si el orden jurídico no puede crear, sino únicamente garantizar la existencia de los derechos subjetivos, tampoco podrá destruirlos. (...). Todas estas consecuencias de la doctrina de la prioridad de los derechos subjetivos están en contradicción con la realidad jurídica. La doctrina de la prioridad del derecho subjetivo no es una descripción del derecho positivo, sino una ideología política.". Kelsen, Hans. *Teoría general del derecho y del estado*. 2ª ed., 3ª reimp. Traducción al castellano por Eduardo García Máynez. México: UNAM, 1983. La cita es de la p.93.

Los términos en que el profesor austriaco define su punto de vista son muy claros:

“sin presuponer una norma general reguladora de la conducta humana, cualquier juicio sobre existencia o inexistencia de derechos subjetivos resulta imposible. Allí donde existe un derecho subjetivo debe presuponerse la existencia de una regla jurídica. Los derechos subjetivos no pueden existir antes que el derecho objetivo. (...). Mientras un derecho subjetivo no ha sido ‘garantizado’ por el orden jurídico (...) no es todavía tal derecho subjetivo. Llega a serlo sólo en virtud de la garantía creado por el orden jurídico. Ello significa que el derecho objetivo y los subjetivos existen concomitantemente”¹¹⁸.

No es inesperado, por lo tanto, que al criticar a los derechos naturales y el dualismo que acompaña dicha doctrina, Kelsen llegue a la conclusión de que el derecho subjetivo no es más que un *reflejo* lógico de los deberes. Las obligaciones, según Kelsen, son la categoría normativa más genuina, afirmación en todo coherente con su concepto de Derecho basado en la idea de sanción. A los derechos restaría tan sólo el papel de servir como correlativo lingüístico para describir la posición de quien tiene a su disposición el aparato coactivo del Estado para poner en marcha las acciones procesales necesarias para forzar el cumplimiento por un tercero de su obligación.

En otras palabras, para Kelsen solo cabe comprender a los derechos subjetivos como posiciones jurídicas que explican la situación de quién, por efecto reflejo, es el beneficiario del cumplimiento de un deber establecido a un tercero por una norma dotada de coacción. El derecho es, en ese sentido, “necesariamente un derecho a la conducta ajena, o sea, a la conducta a que otro está jurídicamente obligado”. Y arremata: “[e]l derecho subjetivo de una persona presupone el deber jurídico de otra”¹¹⁹.

Como se ve, la definición de los derechos subjetivos se da de forma negativa respecto a la definición de los deberes a ellos correlativos; los derechos existen en función de la existencia de deberes, que a su vez parecen

¹¹⁸ Kelsen, *Teoría general del derecho y del Estado...*, citado, p. 92-93.

¹¹⁹ Kelsen, *Teoría general del derecho y del Estado...*, citado, p. 87.

tener respecto a aquellos algo así como una prioridad conceptual o lógica. De ahí que, según Kelsen, mientras se desconsidere la inevitable dependencia del derecho subjetivo a la idea de deber, aquél término carecerá de cualquier significado científico, en un retorno insostenible al dualismo de la doctrina del Derecho natural. Por otro lado, cualquier tentativa de definir a los derechos subjetivos en razón de su contenido o característica material estará condenada al fracaso; sólo la forma del concepto es capaz de explicarlo adecuadamente. Esa correspondencia entre Derecho objetivo - entendido como un conjunto de normas dotadas de sanción por el aparato coactivo del Estado -, y derechos subjetivos es lo que caracteriza la posición de Hans Kelsen, la cual puede interpretarse como una *devaluación* o *reducción* teórica del término 'derecho subjetivo'¹²⁰. En definitiva,

“la teoría pura del derecho deja a un lado este dualismo, (...) *reduce* a norma jurídica la obligación y el derecho subjetivo (en sentido subjetivo), norma que enlaza una sanción a determinada conducta (...), haciendo dependiente la ejecución de la sanción de una demanda que lo solicite; es decir, *reduce* el llamado derecho en sentido subjetivo al derecho objetivo”¹²¹.

Con esto, Kelsen afirma la unidad del Derecho, negando las posturas dualistas y devolviendo el derecho subjetivo al Derecho objetivo, ya que aquél, como reflejo de las obligaciones, está absorbido por ellas.

Como se dijo antes, además del sentido de la noción de derecho subjetivo como mero reflejo o correlativo de obligaciones - cuya única utilidad teórica sería simplificar la exposición de la relación jurídica, ya que desde la descripción científica del concepto el sentido es superfluo -, Kelsen va a aislar un sentido técnico del derecho subjetivo como acción procesal y mecanismo de protección. Se trata del poder jurídico otorgado a alguien, una acción dirigida a un órgano encargado de la aplicación de la sanción. Kelsen registra que la

¹²⁰ Esta interpretación de la posición de Kelsen es compartida por Prieto Sanchis, Luís. *Estudios sobre derechos fundamentales*. Madrid: Debate, 1990, quien lo reconoce como un auténtico “detractor” de la expresión ‘derecho subjetivo’, o por lo menos de su utilización abusiva. Véase especialmente el capítulo II, “Sobre el concepto jurídico de derechos fundamentales”, pp. 75-93.

¹²¹ Kelsen, *Teoría pura...*, citado, p. 199-200. Destagues míos.

relación jurídica no queda adecuadamente descrita si se hace mención solamente a la obligación incumplida (y su reflejo), sino que aísla el poder que el orden jurídico confiere al individuo para que se lleve adelante la acción de aplicación de la sanción¹²². En sus palabras,

“sólo cuando el orden jurídico confiere tal poder jurídico encontramos en el derecho en sentido subjetivo, diferente de la obligación jurídica, un derecho subjetivo en sentido técnico, consistente en un poder jurídico otorgado para llevar adelante una acción por incumplimiento de la obligación”¹²³.

Esta caracterización en sentido técnico del derecho subjetivo con la acción procesal atrae la crítica de que es posible tener el poder procesal, por ejemplo el de recurrir de una decisión, sin que se sea el titular a quien el cumplimiento de la obligación beneficia. Una importante matización de carácter metodológico a esa identificación entre el derecho subjetivo y la acción procesal puede ser encontrada en el conocido “modelo de tres gradas de los derechos subjetivos” de Robert Alexy:

“Si se entiende a los derechos subjetivos como posiciones y relaciones (...), es posible distinguir entre (a) razones para los derechos subjetivos, (b) derechos subjetivos como posiciones y relaciones jurídicas y (c) la posibilidad jurídica de hacer efectivos los derechos subjetivos. La distinción insuficiente entre estas tres cosas es una de las causas esenciales de la interminable polémica acerca del concepto de derechos subjetivo (...)”¹²⁴.

Kelsen va examinar en la Teoría Pura, además, otros tres sentidos del uso del concepto de derechos: las permisiones/autorizaciones, los derechos políticos y los derechos o libertades fundamentales.

Un permiso se da cuando se dice que alguien tiene un derecho a comportarse de una determinada forma en razón de la ausencia de una norma

¹²² Kelsen, *Teoría pura...*, citado, pp. 146-147.

¹²³ Kelsen, *Teoría pura...*, citado, p. 147.

¹²⁴ Alexy, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. 2ª ed. Trad. en castellano por Carlos Bernal Pulido. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007. La cita es de la p. 156.

que prohíba esta conducta, o de una que autorice algún órgano a hacerlo. Es conocido el recurso de Kelsen a su famoso “principio de clausura” para evidenciar la completitud del sistema jurídico y llenar sus lagunas, según el cual toda acción tiene un sentido deóntico-normativo (permitido, obligado o prohibido) porque “todo lo que no está prohibido está permitido”¹²⁵.

Derechos políticos son las facultades o autorizaciones que tienen la función de permitir la participación de un individuo en el proceso de producción de normas jurídicas. El derecho al voto o a ser elegido pone el individuo en una posición de creador de normas (generales). Son por tanto derechos subjetivos (públicos) de la misma forma que son los derechos subjetivos en cuanto acción procesal (sentido técnico, privado), por los cuales los individuos también participan en la producción de una norma jurídica, en ese caso individual; la sentencia¹²⁶.

Finalmente, incluidos en los derechos políticos kelsenianos están los llamados derechos o libertades fundamentales, entendidas éstas como las presentes en las constituciones de los Estados modernos y que disciplinan la libertad (inviolabilidad) de la propiedad, la igualdad ante la ley, las libertades personal, de opinión y de prensa, la libertad de conciencia, de religión, de reunión y asociación, etc. No son estas libertades - anota Kelsen - derechos subjetivos en sentido reflejo ni en sentido técnico, sino que son verdaderamente prohibiciones dirigidas al legislador, previendo un procedimiento para su anulación, por inconstitucionales, caso el legislador ordinario (u otro agente público en sede administrativa o judicial) las viole o limite¹²⁷.

¹²⁵ Esta solución de Kelsen ha recibido, por su vez, críticas importantes, como las de Carlos Alchourrón y Eugenio Bulygin. Para los profesores argentinos, el principio de clausura o bien es tautológico, o exige que de hecho exista una norma expresa producida por el legislador previendo explícitamente la permisión. Véase Alchourrón, Carlos y Eugenio Bulygin. *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales*. Buenos Aires: Ed. Astrea, 1987, especialmente las pp. 219-223.

¹²⁶ “El abarcar en un mismo concepto de derecho subjetivo al derecho subjetivo privado, en sentido específico – ese poder jurídico otorgado para reclamar por el incumplimiento de una obligación jurídica –, con el denominado derecho subjetivo político, que también es un poder jurídico, sólo es posible en la medida en que ambos cumplen la misma función jurídica: la participación de los sometidos al derecho en la producción del derecho; en cuanto en ambos se expresa la función de producción del derecho”, en Kelsen, *Teoría pura...*, citado, p. 151.

¹²⁷ “Las garantías constitucionales de los derechos y libertades básicos son disposiciones de la

En resumen, ni los derechos políticos (votar y ser elegido), ni las libertades fundamentales son para Kelsen auténticos derechos subjetivos: o bien sólo son derechos en la medida en que se vinculan al proceso de creación de normas jurídicas, o son prohibiciones - por tanto no son derechos - dirigidas al legislador, o solo son derechos en sentido técnico en cuanto puedan ser instrumentalizadas por alguna acción o procedimiento de anulación, por “inconstitucionales”, de aquellos actos normativos que las violen o limiten.

Sin embargo del reconocimiento de la poderosa influencia de la filosofía jurídica y pensamiento de Kelsen en el último siglo, y a pesar de las muchas críticas que él, como suele pasar con los clásicos, ha recibido, la reducción o simplificación de la noción de derechos a meros reflejos de obligaciones, o a simple técnica de protección o acción procesal, es un problema para el entendimiento común de esa noción tan diseminada en el lenguaje general según la cual “tenemos derechos”. Según Francisco Laporta, “el lenguaje de los derechos parece tener una fuerza explicativa/justificatoria propia que se desarrolla en un sentido radicalmente contrario”¹²⁸ a la descripción que hacen positivistas como Kelsen.

En el capítulo siguiente se examinará, en el marco de la filosofía jurídica de corte analítico, la propuesta de Wesley Newcomb Hohfeld de comprensión estructural de los derechos como posiciones y relaciones normativas, intermedia entre un uso estipulativo y los usos del concepto en el lenguaje común de la *praxis* jurídica, y que lanza luces sobre las críticas y reducciones estudiadas hasta aquí.

constitución que **determinan, en forma negativa**, el contenido de las leyes, y que prevén un procedimiento mediante el cual las leyes que no se adecuen a estas disposiciones, puedan ser anuladas”, Kelsen, *Teoría pura...*, citado, p. 153. Destaque mío.

¹²⁸ Laporta, “Sobre el concepto de derechos humanos”..., citado, p. 25.

3. CAPÍTULO 2 – LA ESTRUCTURA ANALÍTICO-NORMATIVA DE LOS DERECHOS.

3.1. La reducción de derechos a deberes, impuestos por el Derecho.

Como se ha visto anteriormente, las críticas al concepto de derechos examinadas se dirigen o bien a negar la existencia misma del concepto o a limitar su utilización, sea porque no tendrían ninguna relevancia teórica por no corresponder ni describir ninguna realidad empírica (casos de Duguit y Ross), sea en razón de la imprecisión técnica o vaguedad que su uso teóricamente equivocado promovería (casos de Bentham y Kelsen). En uno y otro caso, quienes las comparten suelen llegar a básicamente dos derivaciones.

La primera es la negación sin más de la idea misma de derechos (subjetivos), ya que si el Derecho en sentido objetivo es el único que existe, constituye la única realidad jurídica sobre la que hace sentido hablar. Los derechos en sentido subjetivo serían quimeras, palabras sin significado semántico propio o autónomo; sinsentidos. Para este tipo de posiciones negadoras del concepto, una parte importante de la cultura teórica no sólo filosófico-jurídica, sino moral y política de los últimos dos siglos - que ha inventado y desarrollado la noción de que las personas tienen derechos - estaría técnicamente equivocada. Su conclusión indirecta es un argumento para que se ignore gran parte de estos esfuerzos teóricos emprendidos hasta aquí. Del mismo modo, las reivindicaciones morales, sociales y políticas hechas en términos de derechos a lo largo de la historia serían equívocos; políticas públicas y programas de gobiernos (democráticos incluso) formulados con base en derechos, textos legales y tratados internacionales que recogen y reconocen derechos, y la *praxis* argumentativa judicial que les sigue, materializada en decisiones jurisprudenciales que hacen referencia a derechos - todo errores teóricos.

Aunque estas manifestaciones históricas no sean suficientes para afirmar la improcedencia de las críticas de que los derechos no son o no describen una realidad concreta y no tienen un significado propio (toda vez que

responderlas adecuadamente exigiría discutir también sus presupuestos filosóficos empiristas) son sin embargo un indicador de que por lo menos el éxito y adhesión de este tipo de reproches están algo limitados en la práctica social, jurídica y política. Responder a ello, afirmando la existencia, utilidad e importancia de los derechos invita a entender previamente qué son ellos y qué papel juegan en los contextos de lenguaje en los cuales están presentes. En definitiva, invita a comprender qué quieren decir, o a qué se refieren, quienes invocan derechos, o sobre ellos escriben y deciden.

La segunda derivación de las críticas, si no llega a negar existencia o importancia a los derechos, sí que consiste en limitar su ámbito de existencia y utilización al contexto jurídico-positivo del Derecho objetivo, entendido éste como conjunto organizado de reglas que imponen obligaciones coercitivamente por medio del Estado. A este último argumento están asociadas, aún, la muy difundida tesis de la correlación conceptual entre derechos y deberes (casos ejemplares de Bentham y Kelsen), el correspondiente problema sobre la naturaleza y grado de esa correlación, y aún, la cuestión de si dicha correlación es necesaria o solo contingente.

Como vimos, tanto Jeremy Bentham como Hans Kelsen, aunque desde contextos históricos y teóricos no exactamente idénticos, han insistido en la idea de que hablar de derechos, en sentido subjetivo, presupone hablar de obligaciones y deberes. Por lo tanto, implica concebir a los derechos como un sistema de reglas coactivas que establezcan un conjunto de prescripciones obligacionales orientadas a modificar la conducta de las personas mediante la aplicación de sanciones para el caso de su incumplimiento – es decir, presupone hablar de deberes, y de Derecho en sentido objetivo. En las palabras de Bentham, “los derechos son hijos del derecho”¹²⁹, y en las de Kelsen, “los derechos son mejor entendidos como reflejos de obligaciones” o “como acción procesal”¹³⁰.

Dicha concepción de derechos, muy difundida en el positivismo jurídico hasta la primera mitad del siglo XX y hasta hoy muy influyente, eleva

¹²⁹ Bentham, “Anarchical fallacies”, citado, p. 523.

¹³⁰ Kelsen, *Teoría pura del derecho*, citado, pp. 146-149.

dificultades para la comprensión no sólo de la forma con la que, en la propia práctica del derecho, los juristas y abogados se refieren a los derechos, sino también para la explicación de las nociones que de ahí se derivan y que se encuentran presentes en el lenguaje más amplio de la moral y en la política - como la de derechos *humanos*.

Incluso entre aquellos que admiten hablar de derechos como prerrogativas del individuo (Kelsen), tales derechos sólo tienen sentido como meros reflejos de las obligaciones establecidas por la norma estatal, de forma que dichas prerrogativas no son más que una imagen espejada de la existencia de deberes que les son previos, y que definen y condicionan su alcance y sentido. Decir que alguien es titular de un derecho no es nada más que afirmar que esa persona está en una situación en la que puede legítimamente beneficiarse de una obligación impuesta a un tercero. Más específicamente, tener un derecho es lo mismo que estar en posición de exigir, mediante una acción procesal, el cumplimiento de una obligación. El derecho equivaldría, al fin, precisamente a esa misma acción procesal.

Esta idea, que reduce la noción de derechos a un concepto técnico-instrumental, un mecanismo de protección judicial de intereses, ha servido como punto de partida para estudios conceptuales sobre la estructura de las relaciones normativas que incluyen derechos.

Para entender mejor esa identificación de los derechos con sus garantías o técnicas de protección jurídico-institucionales, resulta inevitable discutir una cierta y además muy conocida propuesta de comprensión del concepto de derecho subjetivo en el campo de la teoría analítica del derecho; una que ha ayudado ya hace poco más de un siglo a enfrentar cuestiones como las presentadas arriba: la llevada a cabo por el iusfilósofo y profesor norteamericano Wesley Newcomb Hohfeld (1879-1918). Entre sus motivaciones, figuraban la reducción y simplificación teórica y práctica entre las ideas de derechos y deberes, crítica que él expresa con las ya conocidas palabras:

“[u]no de los obstáculos mayores a la comprensión clara, enunciación aguda y solución verdadera de los problemas jurídicos,

surge con frecuencia de la suposición expresa o tácita de que las relaciones jurídicas pueden ser reducidas a derechos y deberes, y de que estas últimas categorías son, por lo tanto, adecuadas para analizar los intereses jurídicos más complicados [...] porque en cualquier problema jurídico como de otro tipo, las palabras ‘camaleón’ constituyen un peligro tanto para el pensamiento claro, como para la expresión lucida.”¹³¹

El examen que sigue tiene la intención de identificar en el análisis que hizo conocido a Hohfeld el alcance que tiene una exploración formal o estructural del concepto de derechos (subjettivos), qué contribuciones aportan sus aclaraciones lógicas sobre los sentidos de las relaciones entre derechos y deberes, y qué puertas franquean para el avance y desarrollo posteriores a su respecto.

3.2. Wesley N. Hohfeld y su proyecto analítico.

En 1913, un joven profesor Wesley N. Hohfeld publicó en el *Yale Law Journal*, a los 34 años, su conocido artículo *Fundamental Legal Conceptions as Applied in Legal Reasoning*¹³², en el que escudriña las posiciones normativas básicas y las correspondientes relaciones que se pueden establecer en el derecho entre dos personas, o grupos de personas. A pesar de su corta vida académica, tras haber desaparecido prematuramente a la edad de 39 años incompletos por problemas de salud, su trabajo ha ayudado e influenciado, y continúa a hacerlo, a generaciones posteriores de juristas y filósofos del derecho en la clarificación de su pensamiento y en la búsqueda de soluciones más adecuadas a problemas prácticos complejos.

La apuesta hohfeldiana de talante típicamente teórico-analítico (*analytical jurisprudence*) por la precisión conceptual y claridad del lenguaje consistió en identificar y clasificar, a partir de los usos del concepto de derecho

¹³¹ Hohfeld, Wesley Newcomb. *Conceptos jurídicos fundamentales*, citado, pp 45-46. Se ha manejado la traducción al español de Genaro Carrió, con su conocida *Nota preliminar*.

¹³² Originalmente publicado en *The Yale Law Journal* vol. 23, i6 (1913): 710-770, y posteriormente ampliado en el vol. 23 (1917) del mismo periódico. URL: http://digitalcommons.law.yale.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=5383&context=fss_papers.

subjetivo, tanto en la doctrina teórica como en la práctica judicial, los variados y distintos niveles de sentido que estos usos encierran. Su lucha y esfuerzo han tenido como objetivo la lucha contra la oscuridad y la imprecisión, y se puede afirmar sin muchas reservas que el análisis de Hohfeld sobre el derecho subjetivo disfruta de una relativa centralidad en la teoría jurídica, sea como inspiración para desarrollos posteriores, sea, por contraste y crítica, como punto de partida para la producción de concepciones alternativas. Su valor es mensurable, por tanto, no ya solamente por su consistencia teórica, sino también porque es prácticamente imposible, o al menos no del todo recomendable, que una investigación acerca del concepto de derecho subjetivo posterior a su trabajo lo ignore, sea para apoyarse en él, profundizarlo o criticarlo¹³³.

El rigor de su pensamiento, tan notable en sus escritos como es trabajosa su lectura¹³⁴, ha sido coherente - lo dicen con cierto consenso sus principales comentadores y contemporáneos más próximos - con una personalidad introspectiva y reservada, casi retraída; un profesor cuya inteligencia y talento eran distinguidamente raros, y que tenía hábitos solitarios

¹³³ Pierre Schlag, profesor de la University of Colorado Law School ha dicho que: “[s]trikingly, even the most objectionable aspects of Hohfeld’s work, for instance, his atomism, nonetheless yield extremely useful insights. Like any truly great work of legal scholarship, Hohfeld’s work not only helps us understand what it sets out to explore, but also serves to map out the problems it leaves unresolved.”. Schlag, Pierre, “How to do things with Hohfeld”. *Law and Contemporary Problems*, nº 78, (2015): 185-234. URL: <http://scholarship.law.duke.edu/lcp/vol78/iss1/8>. [Sorprendentemente, hasta mismo los aspectos más controvertidos de la obra de Hohfeld, a ejemplo de su atomismo, sin embargo proporcionan sugerencias extremadamente útiles. Al igual que cualquier trabajo realmente grande de la cultura jurídica, el trabajo de Hohfeld no sólo nos ayuda a entender aquello a que se propone explorar, sino que también sirve para mapear los problemas que deja sin resolver. Traducción mía]. La cita es de la p. 187.

¹³⁴ En el prefacio que escribe Arthur Corbin a la edición de 1964 de la obra de Hohfeld editada por Walter Cook, él así explica la no tan fácil aceptación de las ideas allí presentes a primera lectura: “Hohfeld may have hoped that his analysis of legal relations and his choice of terms would be generally accepted and followed in the course of time. Forty years of subsequent experience have shown that such a hope was in large part, but not altogether, vain. In fact, most people resent being shown that their thoughts are confused and their language unclear and inconsistent. (...) Hohfeld’s articles are disturbing to mental complacency, and he took no pains to ease the distress”. Corbin, Arthur. “Foreword”. En *Fundamental Legal Conceptions as Applied in Judicial Reasoning*, editado por Walter Wheeler Cook, vii-xv. New Haven: Yale University Press, 1964. [Hohfeld quizás hubiera esperado que su análisis de las relaciones jurídicas y su elección de términos fueran generalmente aceptadas y seguidas con el paso del tiempo. Cuarenta años de experiencia posterior han demostrado que tal esperanza hubiera sido en gran parte, aunque no del todo, vana. De hecho, la mayoría de la gente se resiente de que se les demuestre que sus pensamientos son confusos y su lenguaje poco claro e inconsistente. (...) Los artículos de Hohfeld perturban la complacencia mental y no se esfuerzan por aliviar la angustia. Traducción mía.]. La cita es de la p. ix.

de gran dedicación al trabajo y al estudio¹³⁵. Testigo de su disciplina, su colega y amigo Arthur Corbin, junto con quien fue profesor en la Yale Law School, recuerda que Hohfeld ha sido blanco de críticas de estudiantes¹³⁶ temerosos de su austeridad¹³⁷, razón por la que, “conmocionado y entristecido”, se desligó voluntariamente de la Stanford University y permaneció en Yale hasta el fin de su vida, después que un grupo de estudiantes dirigiera al Presidente de aquella escuela una carta pidiendo la no renovación de su contrato.

Estimar la contribución del análisis de Hohfeld para la teoría jurídica, y su utilidad para aclarar la noción de derechos en general, supone entender su propósito con exactitud. No se le debe atribuir a su trabajo más pretensión que la de ser un ensayo de jurisprudencia analítica que no soluciona, tomado en sí mismo, problemas dogmáticos (como averiguar si éste o aquél derecho, privilegio, potestad, etc., está o no presente en un cierto sistema jurídico o en un determinado área de él); sociológicos (como determinar causas o variables sociales que hacen nacer un derecho, un privilegio, una potestad, etc., o las condiciones bajo las cuales una comunidad los reivindica, o aún qué resultados concretos se producen en ella por su reconocimiento y/o realización); o filosófico-políticos o jurídicos (como reflexionar sobre si es más o menos justo o conveniente que en un dado sistema jurídico se hagan presentes ciertos derechos, privilegios, potestades, etc.). A lo mejor, “solo puede ayudar a

¹³⁵ Otro profesor de Yale y seguidor de Hohfeld, Karl Llewellyn una vez dijo que era difícil recordarse de una sola noche en que, mirando afuera al terminar su jornada, no encontrase la ventana del despacho de Hohfeld todavía brillando encendida. Llewellyn, Karl. “Wesley Newcomb Hohfeld – Teacher”. *The Yale Law Journal*, vol. 28, n° 8 (junio de 1919): 795-798. El pasaje está en la p. 797: “*Night after night it took him back to the office, in which he had worked through all the day, to work again, read, think, amidst a tangle of books and papers, long past the hour of closing. It is hard to recall a night when, looking out as my day closed, I did not find his office window bright*”.

¹³⁶ Corbin, “Foreword”, citado, p. x: “*The students called him bad names and complained bitterly. I once saw Dean Henry Wade Rogers (himself a Prussian taskmaster) put a fatherly hand on Hohfeld’s shoulder and heard him say: ‘Be kinder to them, Hohfeld’.*” [Los estudiantes lo llamaban por malos nombres y se quejaban amargamente. Una vez vi al decano Henry Wade Rogers (él mismo un profesor con rigor prusiano) poner una mano paternal en el hombro de Hohfeld y le oí decir: “Sea más amable con ellos, Hohfeld”. Traducción mía].

¹³⁷ Llewellyn escribió que Hohfeld era un profesor “*of the upper third*”, refiriéndose al hecho de que su severidad y nivel de exigencia lo hacían un hombre dirigido al tercio más dedicado y con más aptitud de la clase, siendo visto con asombro por los demás alumnos. Llewellyn, “Wesley Newcomb Hohfeld. Teacher”, citado, p. 797.

solucionarlos en cuanto contribuye a pensar en ellos con más claridad”¹³⁸. Algo muy parecido dijo Arthur Corbin al destacar que la plataforma de Hohfeld

*“solves no problem of social or juristic policy, but it does much to define and clarify the issue that is in dispute and thus enables the mind to concentrate on the interests and policies that are involved, and increases the probability of an informed and sound conclusion”*¹³⁹.

Sin embargo, aunque el proyecto hohfeldiano tenga estos límites, sus valiosas proyecciones y consecuencias pueden ir más allá de sus intenciones originarias¹⁴⁰.

Buscando recoger y aislar los núcleos de significado central de nociones jurídicas vigentes en el lenguaje, Hohfeld ofrece con la simple enunciación del material que constituye la base de su examen una respuesta a las críticas empiristas de Ross y Duguit, según las cuales la idea de derecho subjetivo no hace referencia a ninguna *realidad concreta*. La realidad a que se refiere el concepto está materializada precisamente en su uso lingüístico, en la práctica del lenguaje no sólo común, sino también teórico y técnico-profesional. No deja de ser curioso que el realismo jurídico de Alf Ross haya deplorado tan fuertemente al concepto de derecho subjetivo, y al mismo tiempo haya hecho un uso tan extendido de él, especialmente por intermedio de la plataforma de Hohfeld¹⁴¹.

¹³⁸ Carrió, Genaro. “Nota preliminar”. En Hohfeld, Wesley N., citado, p. 20.

¹³⁹ Corbin, *Foreword*, citado, p. xi. [...no resuelve ningún problema de política social o jurisdiccional, pero sí hace mucho para definir y aclarar la cuestión de que está en disputa, y por lo tanto habilita a la mente a concentrarse en los intereses y políticas en juego, aumentando la probabilidad de una conclusión informada y sólida. Traducción mía.]

¹⁴⁰ Schlag, “How to do things with Hohfeld”..., citado, p. 187: “*Where the full usefulness and power of Hohfeld’s analyses are not explicit, I will be pushing hard to show what can be done with his platform—specifically as regards its economic and political implications for law*”. [En donde la completa utilidad y poder del análisis de Hohfeld no son explícitos, voy a insistir duramente en mostrar qué se puede hacer con su plataforma – específicamente en lo que respecta a las implicaciones económicas y políticas para el derecho. Traducción mía.]. También Arthur Corbin menciona desarrollos en otros campos derivados del trabajo de Hohfeld, como es el caso del economista John R. Commons, quien “*mastered Hohfeld’s system and fully realized the service it can render in the analysis and solution of economic problems (...)*”. [...quién ha dominado el sistema de Hohfeld y se dio cuenta enteradamente de los servicios que ello puede rendir en el análisis y solución de problemas económicos. Traducción mía.], en “Foreword”..., citado, p. xiii.

¹⁴¹ Ross, *Sobre el derecho y la justicia*, citado, capítulos V a VII, pp. 197 a 250.

Desmembrando y descomponiendo el concepto de derecho subjetivo para reorganizar los sentidos que éste asume en la *praxis* - ambición moderada de su trabajo -, Hohfeld postula dos familias básicas de relaciones jurídicas formadas por ocho pares de conceptos, agrupados bajo los grandes criterios de *oposición* y *correlación*. Sus dos conocidas tablas de correlativos y opuestos sistematizan usos corrientes, mirando hacia el pasado; pero también apuntan al futuro, proponiendo que ellos, y los cuatro pares de relaciones que forman, den cuenta de manera acabada de (todas) las relaciones jurídicas posibles - su ambición máxima.¹⁴² De hecho, cree Hohfeld que sus conceptos generales puedan considerarse “el mínimo denominador común del derecho”¹⁴³. Según Corbin, el análisis jurídico para Hohfeld se destina a descubrir y precisar cuáles son los problemas que abogados y tribunales deben enfrentar, a fin de que no pierdan tiempo y esfuerzo tratando de solucionar problemas que no existen, o que no son los que verdaderamente interesan.

3.2.1. Derechos como agregado (*bundle*) de posiciones normativas.

Los criterios de correlación y oposición, ejes sobre los que se funda el modelo esquemático de Hohfeld, revelan un carácter relacional en su aproximación. Cada uno de los conceptos es explicado (y mejor entendido) no (sólo) por las ideas que encierra y describe *per se*, sino que su comprensión se completa mediante el análisis conjunto y global de sus correlativos y opuestos – en cada caso, por complementación o por contraste. Cada concepto por tanto es responsable por la comprensión mutua y conexa de otro concepto, lo que da cuerpo y organicidad a su diseño organizado de las relaciones jurídicas en las cuales las posiciones normativas básicas pueden ser identificadas.

A un lado, las *correlaciones* abarcan situaciones en que dos personas distintas figuran en los polos de una relación jurídica, polos que se complementan y se corresponden recíprocamente. Por otro lado, las *oposiciones* describen situaciones en las que está una misma y sola persona, representando, en cambio, no una relación jurídica, sino una relación

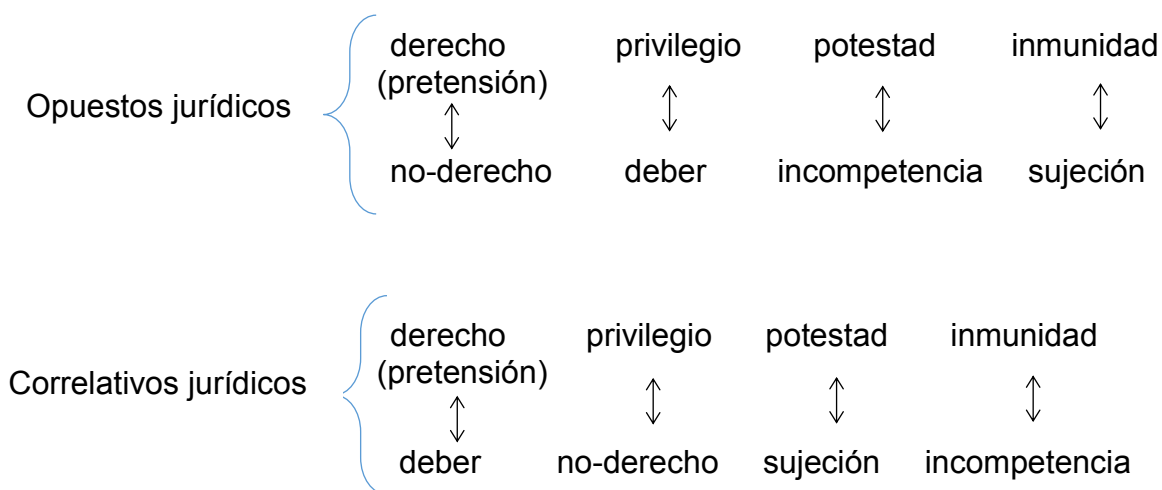
¹⁴² Carrió, “Nota preliminar”..., citado, pp. 12-13.

¹⁴³ Hohfeld, *Conceptos jurídicos fundamentales...*, citado, p. 86.

conceptual interna, por oposición, entre dos situaciones que se excluyen teóricamente (opuestos).

Los dos criterios de agrupamiento pueden ser explicados con estas otras palabras: (i) si dos conceptos se relacionan por *correlación*, eso significa que la aplicación de uno supone la aplicación del otro, lógica y simultáneamente, y siendo activa la posición de uno de los titulares, será forzosamente pasiva la del titular que se encuentre en el polo correspondiente - y viceversa; y (ii) si en cambio dos conceptos son *opuestos*, la existencia y aplicabilidad de uno implica la no existencia o no aplicabilidad del otro, y siendo activa la posición de un elemento, también será activa la de su opuesto - y viceversa. Bajo estos códigos, y para deshacer la simplificación de posiciones normativas distintas que suelen ser escondidas por los conceptos genéricos de “derecho subjetivo” y “deber”, Hohfeld ha recuperado y propuesto, respectivamente, las modalidades activas de *pretensión* (derecho en sentido estricto; *claim*), *privilegio*, *poder* e *inmunidad*, por un lado, y las modalidades pasivas de *deber* (sentido estricto), *no-derecho*, *sujeción* e *incompetencia*, por otro.

Las modalidades de relaciones normativas posibles que Hohfeld aísla han sido por él representadas gráficamente en sus conocidas tablas de opuestos y correlativos¹⁴⁴:



¹⁴⁴ Hohfeld, *Conceptos jurídicos fundamentales...*, citado, p. 47.

Las expresiones básicas *derechos* y *deberes*, así genéricamente expresadas, pueden abarcar sentidos y usos distintos que suelen estar ocultos bajo el uso indiscriminado y exclusivo de estas expresiones, y que necesitan ser expuestos. De ese modo, en su sentido más amplio, explicita Hohfeld, los derechos son en realidad un agregado (*bundle*) de posiciones, mientras que en un sentido más específico y preciso - estricto -, la palabra derecho es mejor entendida por la expresión *pretensión* (*claim*)¹⁴⁵.

La forma encontrada por Hohfeld para contornar los muchos equívocos, tanto judiciales como doctrinales, causados por dicho uso amplio e indiscriminado de la expresión *derecho* fue establecer un sentido más restricto para aquellas relaciones clásicas en las que se identifica claramente un *deber*¹⁴⁶ como correlativo, proponiendo en estos casos la utilización de la palabra *pretensión*¹⁴⁷.

Un derecho-pretensión es, así, la posición de quien detiene una exigencia ante a un tercero para que este actúe o deje de actuar de una determinada manera, cumpliendo de esa forma con un deber, a su vez correlativo a aquella pretensión. Una alusión usual de ese tipo de relación es aquella en la que una persona A, propietaria de un inmueble, tiene el derecho de exigir de otra, B, que no entre o que salga de ese lugar - caso en que B tiene frente a A ese preciso deber correlativo de no entrar en ese inmueble, o de salir de allí.

¹⁴⁵ Hohfeld, *Conceptos jurídicos fundamentales...*, citado, p. 47: "Tal y como ya se sugirió, la palabra 'derechos' (subjctivos) tiende a ser usada indiscriminadamente para cubrir lo que en un caso dado puede ser un privilegio, una potestad o una inmunidad, más que un derecho (subjctivo) en sentido estricto (...)"

¹⁴⁶ Hohfeld, *Conceptos jurídicos fundamentales...*, citado, p. 49: "[s]i reconocemos, como tenemos que hacerlo, el uso muy amplio y sin discriminaciones que se hace de la palabra 'derecho' (subjctivo) cabe preguntar qué indicio o pista hallamos en el lenguaje jurídico ordinario que sugiera una limitación de ella en la dirección de un significado definido y apropiado. Esa pista o indicio consiste en el 'deber' correlativo, porque no cabe duda de que aun aquellos que emplean la expresión y el concepto 'derecho' (subjctivo) en la forma más amplia posible están habituados a pensar en 'deber' como su correlativo invariable".

¹⁴⁷ El Juez Stayton, en *Mellinger c/ City of Houston* (1887), citado por Hohfeld, *Conceptos jurídicos fundamentales...*, citado, p. 50, nota 32a, define que: "[u]n derecho (subjctivo) ha sido correctamente definido como una pretensión bien fundada, y esto último no significa nada más y nada menos que una pretensión reconocida o tutelada por el orden jurídico".

De ese modo, los derechos en un sentido hohfeldiano más “limitado o propio” pueden ser *pretensiones (claims)* cuando impliquen lógicamente y correlativamente deberes u obligaciones en una relación bilateral.

Aquí es posible hacer dos distinciones: por un lado a) entre los derechos-pretensiones que tienen como obligaciones correlativas prestaciones negativas, y los que tienen como deberes correlativos prestaciones positivas; y por otro b) cuanto al tipo de obligación positiva que se exige para la satisfacción del derecho-pretensión, pudiendo incluir una prestación positiva que se dirige tan sólo al titular del derecho-pretensión, pero también pudiendo incluir un deber de interferir en la esfera de actuación de otra persona para amparar dicho derecho. Más adelante, al analizar más de cerca el problema de la correlatividad entre derechos y deberes, veremos otras consecuencias teóricas de la aportación hohfeldiana y algún desarrollo posterior, aunque su relevancia queda más explícita cuando nos encontramos con problemas concretos que encierran derechos. Algunos de estos problemas aparecen cuando no se especifica con nitidez en qué tipo de derechos estamos pensando: si en privilegios o en pretensiones, si en pretensiones de tipo negativo o de tipo positivo, y si en el último caso se trata de una obligación protectora o promocional¹⁴⁸.

Sin embargo, avanza Hohfeld, no todas las relaciones normativas que involucran *derechos* (sentido genérico) pueden ser explicadas recurriéndose a esa típica correlación con deberes¹⁴⁹. Tal es el caso de los llamados *privilegios*,

¹⁴⁸ Tom Campbell llama la atención para la relevancia de este tipo de distinciones a la hora de concebir un cierto modelo de Estado, en Campbell, *Rights...*, citado, p. 32: “*Such duties to protect right-bearers from the rights violations of others are often spoken of as the protection of rights, a duty that is usually given to states (...). Much controversy about rights relates to the extent to which the state should intervene to protect rights. Even more controversial is the extent to which states also have duties to directly further the interests of right-holders by providing direct assistance: a duty of promotion or furtherance rather than simply the protection of rights*”. [Tales deberes de proteger titulares de derechos de su violación por terceros son frecuentemente entendidos como una protección a los derechos, un deber que se suele asignar a los estados (...). Grande parte de las controversias acerca de los derechos se relaciona con la intensidad con la que el Estado debería o no intervenir para proteger los derechos. Todavía más controvertido es el grado de las obligaciones de los Estados en promover directamente los intereses de los titulares de derechos por medio de una prestación de asistencia directa: un deber de promoción o de fomento en lugar tan sólo de la protección de sus derechos. Traducción mía.]. Volveremos a esa discusión en el apartado 3.2.3.

¹⁴⁹ Para Hohfeld, resulta desde luego “inadecuado” cualquier tratamiento que ignore los sentidos más específicos de los derechos (subjetivos), como los privilegios, inmunidades y potestades, a generar “la impresión de que todas las relaciones jurídicas pueden ser incluidas

o *libertades*. En las tablas, Hohfeld posiciona los privilegios como correlativos de no-derechos, y como opuestos de deberes. Un privilegio es, así, la posición de quien tiene una permisión amplia para hacer o dejar de hacer algo (poder elegir un cierto curso de acción, o quedarse inerte), únicamente por el hecho de que no hay ninguna norma previa que le determine una obligación o un deber respecto de esa exacta elección o conducta - lo que caracteriza la negación de existencia de un deber, o su ausencia.

Paralelamente, en la relación con terceros, un privilegio o libertad (*claim*) también corresponde no al beneficio disfrutado por su titular (A) en consecuencia del cumplimiento por un tercero (B) de un deber de abstención a él asignado - lo que sería un derecho-pretensión -, sino que se correlaciona precisamente a una posición en la que terceros (B, C, D, etc.) *no tienen un derecho* a impedir, exigir u obligar el titular del privilegio (A) a hacer o dejar de hacer tal cosa - tienen (B, C, D, etc.) por lo tanto una ausencia de pretensión, *un no-derecho* respecto a (A). De esa forma, “un privilegio es el *opuesto* de un deber”¹⁵⁰, al mismo tiempo en que “el *correlativo* de esa relación es un ‘no-derecho’, expresión que usamos en razón de que no existe ninguna palabra acuñada para expresar este concepto”¹⁵¹.

La diferenciación estructural propuesta por Hohfeld entre los conceptos de derechos (pretensión) y privilegios deshace equívocos y borra confusiones presentes en lecciones doctrinales muy comunes hasta ese momento¹⁵² - y quizás actualmente.

bajo los conceptos de ‘derecho’ (subjetivo) y de ‘deber’”. Hohfeld, *Conceptos jurídicos fundamentales...*, citado, pp. 53-54.

¹⁵⁰ Hohfeld, *Conceptos jurídicos fundamentales...*, citado, p. 50. Cursiva mía.

¹⁵¹ Hohfeld, *Conceptos jurídicos fundamentales...*, citado, p. 51. Cursiva mía.

¹⁵² Son examinados por Hohfeld muchos ejemplos doctrinales de identificaciones inadecuadas entre los conceptos, como es el caso de este pasaje del profesor Thomas Holland, en la obra *The elements of jurisprudence*, New Jersey, 10^a ed., p. 82, *apud* Hohfeld, *Conceptos jurídicos fundamentales...*, citado, p. 53: “Si... el poder del Estado protege a una persona para que pueda llevar a cabo sus deseos, y compele a otras personas a realizar aquellos actos u omisiones que sean necesarios para que dichos deseos puedan llevarse a cabo, entonces la primera persona tiene ‘derecho’ a llevarlos a cabo” (subrayados míos). Como apunta Hohfeld, hay allí dos sentidos distintos confundidos bajo una única terminología: una al inicio que describe a un privilegio (*poder llevar a cabo sus intereses*), otra a continuación que describe a un derecho-pretensión (*otras personas están compelidas a acciones u omisiones dirigidas a realizar tales intereses*), y luego al final la repetición de la primera, que nuevamente describe a un privilegio (*la libertad del titular de los intereses de llevárselos a cabo*).

En obras publicadas muy recientemente, y que no solo de pasaje examinan estas distinciones, sino que tienen por objeto principal el análisis de la obra de Hohfeld, interpretan con dificultad el esfuerzo hohfeldiano de diferenciar derechos-pretensión de privilegios, y opuestos de correlativos. Es aparentemente el caso de Daniel Brantes Ferreira¹⁵³, que al comentar el ejemplo de la nota anterior (n. 152) anota:

“[l]a primera parte retrata privilegios en la medida que el individuo tiene el privilegio, la libertad legalmente asegurada de perseguir sus deseos, y los otros tienen, opuestamente a ese privilegio el deber de no interferir en esa libertad”.¹⁵⁴

Más adelante, aun sobre el mismo ejemplo:

“[l]a tercera parte, por los mismos motivos de la primera, en donde Holland dice derecho deben leerse privilegios, privilegios del individuo de perseguir sus deseos, o sea, la libertad que éste tiene de atingir a los mismos en contraposición al deber de los terceros de no-interferencia (...)”¹⁵⁵.

En otros dos momentos, mantiene que “opuestamente al privilegio del degustador de la ensalada tenemos el deber de A, B, C, D y otros de no interferir en tal acto”¹⁵⁶, y que

“podemos percibir que privilegio, en el esquema hohfeldiano, nada más es que una libertad (...), y que el único correlato de esa libertad, o sea de ese privilegio es la ausencia de pretensión [no-derecho] de terceros, bien así el único concepto fundamental opuesto es el deber que los terceros poseen de no-interferencia”.¹⁵⁷

¹⁵³ Ferreira, Daniel Brantes. *Teoria dos Direitos Subjetivos: Wesley Newcomb Hohfeld e os conceitos fundamentais do direito*. Rio de Janeiro: GZ ed., 2009.

¹⁵⁴ Ferreira, *Teoria dos direitos subjetivos...*, citado, p. 35. [Traducción mía del original en portugués. Cursivas y subrayado míos].

¹⁵⁵ Ferreira, *Teoria dos direitos subjetivos...*, citado, p. 35. [Traducción mía del original en portugués. Cursivas y subrayado también míos].

¹⁵⁶ Ferreira, *Teoria dos direitos subjetivos...*, citado, p. 37. [Traducción mía del original en portugués. Cursivas y subrayado también míos].

¹⁵⁷ Ferreira, *Teoria dos direitos subjetivos...*, citado, p. 38. [Traducción mía del original en portugués. Cursivas y subrayado también míos].

La impresión fuerte es que Ferreira no distingue claramente correlativos de oposiciones, y con eso tiene dificultades en comprender la importante distinción de Hohfeld entre derechos-pretensión y privilegios.

De igual manera, Hohfeld recoge casos de razonamientos de jueces en decisiones judiciales¹⁵⁸ a partir de los cuales hace importantes precisiones sobre el concepto de privilegio y su relación con los derechos-pretensión.

La primera de estas precisiones es que en una misma y compleja situación de relaciones agregadas (*bundles*), *privilegios* como el de realizar transacciones libremente (recuérdese, teniendo *no-derechos* como correlativos) pueden estar acompañados, en paralelo y con perfecta independencia, de *derechos-pretensión* - estos sí correlatos de *deberes*, como el deber general de no interferir en la libertad ajena de contratar:

“[e]s igualmente claro (...) que ese privilegio o libertad para tratar con otros a voluntad podría muy concebiblemente existir sin que hubiera derecho (pretensión) concomitante alguno contra los terceros respecto de ciertos tipos de interferencia. Que haya o no tales derechos (o pretensiones) concomitantes es, en definitiva, una cuestión de justicia y conveniencia (...). En consecuencia, será una *non sequitur* concluir que de la mera existencia de tales libertades se sigue que los ‘terceros’ están sometidos a un deber de no interferir.”¹⁵⁹

¹⁵⁸ De los casos judiciales suscitados dos son ejemplos especialmente esclarecedores: el caso *Quinn vs. Leathem*, y el caso *Mogul Steamship vs. Mac Gregor*, *apud* Hohfeld, *Conceptos jurídicos fundamentales...*, citado, pp. 56-57. En el primero, lord Lindley argumenta que: “Esta libertad [de realizar transacciones con terceros] es un derecho reconocido (...) [cuyo] correlativo es el deber general de cada individuo de no impedir el libre ejercicio de esta libertad” (subrayado mío). En el segundo, son las siguientes las palabras del lord Bowen: “Enfrentamos en este caso un aparente conflicto o antinomia entre dos derechos que son igualmente considerados (...): el derecho de los actores a ser protegidos por el ejercicio legítimo de su ocupación, y el derecho de los demandados a realizar su negocio como mejor les parezca, siempre que no cometan un acto ilícito en perjuicio de otros”. En este último caso, no hay un conflicto entre derechos, o es éste aparente: de un lado, lo que hay es un privilegio genérico de los demandados de tener un teatro como negocio, que se correlaciona a un no-derecho de los actores (no tienen ningún derecho) a exigir que los demandados no tengan un teatro como negocio y lo administren como se les parezca mejor (libre iniciativa); y de otro lado, existe un derecho-pretensión de los actores (que sí genera un deber). Si los demandados tienen privilegios, los actores carecen de derechos frente a ese privilegio. Si los actores tienen derechos-pretensión, los demandados carecen de privilegios.

¹⁵⁹ Hohfeld, *Conceptos jurídicos fundamentales...*, citado, p. 57.

Según esa perspectiva, la asignación de deberes tiene, pues, el efecto claro de proteger, promover o reforzar privilegios/libertades, pero no es una derivación lógica o conceptual, ni una implicación automática de aquellos/aquellas. Su presencia es conceptualmente accidental o contingente, y no una característica definidora de la existencia del privilegio/libertad. La aparición de un deber es así, según parece concluir Hohfeld, consecuencia de una decisión específica, autónoma y particular, aunque sin duda aporte eficacia. De esta forma, la relación de correlación, si se insiste en buscarla, sería más bien normativa, y no esencial, entre (este tipo de) derechos y deberes.

Otra precisión sobre la diferencia y relación entre privilegios y derechos-pretensión es que es lógicamente posible disponer de un privilegio manteniéndose un derecho-pretensión a él contingentemente agregado o concomitante, y viceversa, es decir, disponer de un derecho-pretensión y mantener un privilegio - ya que los destinatarios de unos y otros pueden ser distintos¹⁶⁰.

La protección contra la auto-incriminación, o el llamado derecho procesal al silencio, o a no declarar, es otro caso de privilegio citado por Hohfeld¹⁶¹. En ese caso, lo que existe es un privilegio, que no significa más que la ausencia del deber - opuesto - de declarar (el acusado puede quedarse sin hablar, o en silencio). Ya en términos de correlatividad, lo que hay es un no-derecho de otros, o sea, nadie tiene el derecho de exigir que el titular del privilegio hable. No tienen estos terceros, como correlativo lógico o implicación conceptual automática, el *deber* de no interferir en su silencio - aunque sí pueda ser de todo deseable y sin dudas un refuerzo al privilegio la adscripción de tal obligación. El deber general de no *forzar* nadie a hablar cuando éste no quiere afecta conceptualmente a un eventual y contingente, aunque deseado, derecho-pretensión de no ser torturado o amenazado, y no al privilegio de elegir entre hablar o permanecer callado.

¹⁶⁰ Véase el examen que hace Hohfeld del famoso ejemplo de la ensalada de Thomas Gray. Hohfeld, *Conceptos jurídicos fundamentales...*, citado, pp. 54 y ss.

¹⁶¹ Hohfeld, *Conceptos jurídicos fundamentales...*, citado, pp. 60-61.

Juan Antonio Cruz Parceró aclara bien esa confusión y recurso fácil a la idea de deber general de no interferencia como *correlativo* de privilegios, aludiendo al privilegio de ir y venir¹⁶².

Otros ejemplos ofrecidos por autores comentadores de la obra de Hohfeld son excepcionalmente interesantes para la comprensión de esta distinción entre derechos-pretensión y privilegios - quizá la que más atención ha atraído -, y de sus consecuencias.

Entre ellos, uno en particular, notorio por su fuerza explicativa además de ser frecuentemente recordado, es legado por Genaro Carrió, quien tras haber traducido al castellano la obra de Hohfeld, le añadió una valiosa *Nota preliminar*. En ella, el profesor argentino propone el siguiente ejercicio:

“Supongamos que queremos representar la situación normativa recíproca de dos púgiles durante un combate de boxeo, usando exclusivamente la relación ‘derecho-deber’ caracterizada de la siguiente manera estricta:

a) Decir que el sujeto A tiene el derecho de hacer (omitir) el acto X significa que A está autorizado a comportarse así y, específicamente, que el sujeto B tiene deber de no impedir que aquél realice (omita) tal acto (o, lo que es lo mismo, que el primero puede exigir que el segundo se abstenga de impedirsele); y

b) Paralelamente, decir que A tiene el deber de hacer (omitir) el acto Y significa decir que a A le está prohibido comportarse de manera contraria y, más específicamente, que B tiene el derecho de impedir que A omita (haga) dicho acto (o, lo que es lo mismo, que B puede exigir que A se comporte en la forma debida).

(...)

¹⁶² Cruz Parceró, *El concepto de derecho subjetivo...*, citado, p. 123: “(...) Ese deber de no impedirme caminar o no detenerme es el mero deber de no asaltarme el cual es correlativo a mi derecho de no ser asaltado. Este derecho es diferente de mi privilegio o libertad de caminar por el bosque, que es la mera expresión del hecho de que no existe norma alguna en contra de que camine”.

No cabe dudas, en tales circunstancias, de que tanto uno como otro púgil tiene el deber de no dar golpes bajos ni cabezazos a su oponente, así como el derecho de no le dé golpes bajos ni cabezazos. Podemos identificar de la misma manera una importante serie de derechos y deberes de ambos contendores.

Pero, ¿qué diremos del acto de dar un golpe ‘correcto’ al oponente? No cabe duda de que las reglas del boxeo no prohíben que A aseste a B un impecable golpe de puño en la mandíbula. Lejos de ello, el esfuerzo de A en tal sentido parece corresponder claramente al espíritu del deporte y A está autorizado expresamente a hacerlo. Es más, las reglas del mismo lo estimulan a comportarse así. Pero aunque las reglas del boxeo autorizan a A a dar golpes ‘correctos’ a B, sería indudablemente falso decir que A tiene el derecho de golpear así a B (en el sentido de ‘derecho’ caracterizado más arriba). A no tiene ese derecho, por la sencilla razón de que sería no solo falso, sino absurdo, sostener que B tiene el deber de no impedir que A le dé golpes de esa clase. Las reglas del boxeo expresamente autorizan a B a impedir que A le dé golpes (y lo mismo vale, por supuesto, respecto de B y A). Pero el hecho de que B (o A) no tenga el deber de dejarse golpear no significa que tenga el derecho de que A no lo golpee, en el sentido de que A (o B) tendría el deber de no golpearlo.”¹⁶³

Ese tipo de situaciones en las que hay una disputa reglamentada, con derechos y obligaciones recíprocamente definidos, pero en las que también se adscriben ciertas permisiones, autorizaciones o libertades concomitantes (*bundles*) que no implican ni suponen deberes *correlativos*, desafían las explicaciones que reducen las relaciones normativas exclusivamente a relaciones entre derechos y deberes recíprocos.

Así, cuando dos o más personas tienen el privilegio de disputar algo (participar de una lucha de boxeo, competir por clientes con el restaurante vecino, aplicar para una beca en una convocatoria, o concurrir a un puesto en

¹⁶³ CARRIÓ, “Nota preliminar”, citado, pp. 16-17. (Subrayados míos).

una oposición pública), entendido como libertad de concurrir o participar en esa disputa o competencia, pero la consecución o éxito finales dependen únicamente de sus propios esfuerzos y habilidades, no es adecuado afirmar que esas personas tienen el derecho-pretensión sobre esa cosa. No les está *garantizado* previamente, con tan solo el privilegio de participar o competir, el disfrute de esa cosa, en el sentido de que no se está, cuando se les asigna aquél privilegio, asignando también por imperativo lógico ninguna obligación o deber para que un tercero, o terceros, se abstenga(n) de interferir en la consecución de la cosa, o incluso promueva(n) o entregue(n) esa cosa a los titulares de dicho privilegio.

William Edmundson también reflexiona con otros ejemplos que privilegios son lógicamente independientes de derechos-pretensión, y que por eso no los implican, aunque puedan tener “su valor significativamente reducido si no viene acompañado de un derecho-pretensión de no-interferencia”, confirmando la idea de que “derechos importantes [como el derecho de propiedad] consisten en ‘paquetes’ de elementos hohfeldianos: derechos-pretensión, privilegios, poderes inmunidades, y sus correlativos”¹⁶⁴.

Según señala Edmundson, incluso el longevo debate *derechos in rem* vs. *derechos in personam* - en el cual los derechos (pretensiones) del primer grupo se dirigen hacia “el mundo entero”, como sería la propiedad, mientras que los del segundo tienen validez en contra de algunas personas determinadas - pierde sentido ante la diferenciación hohfeldiana.¹⁶⁵

¹⁶⁴ Edmundson, *Uma introdução aos direitos...*, citado, p. 123.

¹⁶⁵ Edmundson, *Uma introdução aos direitos...*, citado, p. 122: “Muchos derechos de exigir [pretensiones], en vez de tener validez *in rem*, tienen validez *in personam* (...). La mayoría de los derechos contractuales son de este último tipo. (...). Una permisión [privilegio] tiende, por naturaleza, a ser mantenida en contra de todo el mundo, es decir, *in rem*. Esto ocurre por ella consistir simplemente en la ausencia de un deber legal de no hacer algo, [lo que], normalmente, tiene validez ante cualquier persona. (...). La permisión [privilegio] que tengo de rascar mi nariz es solamente la ausencia de cualquier deber de no rascarla. Entre tanto (...), si yo firmar un contrato, puedo perder la permisión [privilegio] en contra de la otra parte del contrato - supongamos que yo sea un actor, y al rascarme la nariz esté perjudicando mi actuación. En este caso, no tengo la permisión [privilegio] ante mi empleador de rascarme la nariz, aunque yo siga teniéndola frente al todo el resto del mundo (no es necesario restringirnos a la cuestión de saber si mi permisión [privilegio] debe ser cualificada como *in personam* o *in rem*, ya que lo importante es solamente la naturaleza relacional de cada elemento hohfeldiano)”. [Traducción y subrayado míos].

Los otros dos pares de relaciones normativas descritas por Hohfeld - *potestad/sujeción* e *inmunidad/incompetencia* - guardan entre sí la misma relación lógica que los dos primeros pares - *privilegio/no-derecho* y *derecho (pretensión)/deber* -, en el sentido de que los correlativos pasivos de las dos posiciones activas de cada par constituyen sus opuestos recíprocos: así como ocurre con los *privilegios* y *derechos-pretensión* - que tienen como sus opuestos precisamente los correlativos *no-derecho* y *deber* - *sujeción* es el opuesto de *inmunidad*, e *incompetencia*, el opuesto de *potestad*. Se dice que estas cuatro últimas modalidades son “secundarias” o “indirectas” frente a las cuatro del grupo anterior (que podrían decirse “primarias”), porque aparecen como relacionadas con la posibilidad de *modificación* de las situaciones primarias. Poderes, inmunidades, sujeciones e incompetencias son consecuencia no de normas de conducta o de comportamiento que crean derechos, privilegios y obligaciones, sino que surgen de normas que establecen quiénes, y en qué circunstancias, pueden realizar actos que afecten (modifiquen o impidan) las situaciones normativas de otros¹⁶⁶. Algo parecido dice Edmundson cuando anota que “poderes e inmunidades son de ‘orden secundario’, en el sentido de que se traducen en modificaciones en la disposición entre derechos y permisiones de ‘orden primario’ y sus deberes y ‘no-derechos’ correlativos (...)”¹⁶⁷.

Cuando una pretensión, un deber, un privilegio o un no-derecho previamente existentes pueden sufrir una modificación por parte de un acto superviniente de alguien, entonces esa persona es titular de una potestad (*power*)¹⁶⁸. Son variados los ejemplos¹⁶⁹ que caracterizan una potestad: el *poder* de nombrar representantes privados para actuar en su interés, o incluso

¹⁶⁶ Manuel Atienza, al proponer la aplicación del esquema hohfeldiano hacia un concepto estructural de derechos humanos, así alude al tipo de normas que crean poderes, inmunidades y sus correlativos: “[n]aturalmente, estas ‘normas de competencia’ también regulan comportamientos (por eso son ‘normas’) en cuanto que obligan, prohíben, permiten o facultan a ciertos órganos (públicos o privados) a establecer – o a contribuir a establecer – nuevas normas.”, en Atienza, Manuel. “Una clasificación de los derechos humanos”. *Anuario de Derechos Humanos*, nº4, (1986-87): pp 29-43. La cita es de la p. 35. También en ese sentido, Sgarbi, Adrian. “Wesley Newcomb Hohfeld”, voz en *Dicionário de Filosofia do Direito*, organizado por Vicente de Paulo Barreto, 445-446. São Leopoldo y Rio de Janeiro: Eds. Unisinos e Renovar, 2003.

¹⁶⁷ Edmundson, *Uma introdução aos direitos...*, citado, p. 119.

¹⁶⁸ Hohfeld, *Conceptos jurídicos fundamentales...*, citado, p. 67.

¹⁶⁹ Hohfeld, *Conceptos jurídicos fundamentales...*, citado, pp. 68-73.

representantes públicos a través del voto ('derecho de participación') y, así, participar (aunque indirectamente) en la creación o alteración de las normas jurídicas; la potestad de realizar un testamento; de abandonar o vender una cosa de la que se es propietario, extinguiendo así su propio derecho respecto a esa cosa y creando pretensiones y privilegios para otra persona (que encuentre la cosa abandonada, o compre la cosa vendida); el *poder* del agente público de justicia de desalojar a un inquilino deudor en cumplimiento de un orden judicial; etc. En todos estos casos, la posición correlativa en la relación bilateral es de *sujeción*: representantes públicos o privados están sujetos al poder que ciudadanos o particulares tienen a que les otorguen o no, por el voto o instrumento particular, un mandato; ciudadanos en general, por otra parte, estarán sujetos a las normas de conducta que produzcan los representantes elegidos, en el ejercicio de sus potestades derivadas; el inquilino deudor está sujeto al desalojo que promueva el oficial de justicia; etc.

Lo mismo ocurre con las ofertas precontractuales de venta de inmuebles, productos o servicios, que son en sí potestades del ofertante y al mismo tiempo una auto-sujeción hacia quien acepte la oferta. Esa relación provisoria, que puede avanzar o no (ante la posibilidad de revocación de la oferta - otra potestad) en la dirección de formalizar el negocio, consiste en que el vendedor ahora está sujeto a vender el inmueble, producto o servicio, y el comprador tiene el poder de comprarlo - y si es el caso de que el comprador se comprometió a comprarlo mediante una propuesta formal de compra, también estará sujeto a ella¹⁷⁰.

Nótese que las potestades se distinguen de derechos-pretensión en razón de que son derivaciones de ellos: si una potestad es violada, surge inmediatamente un derecho-pretensión contra el titular desobediente de la

¹⁷⁰ Hohfeld, *Conceptos jurídicos fundamentales...*, citado, pp. 73-74: "(...) [S]upongamos que A envía una carta a B ofreciéndole en venta el inmueble Whitecare, de propiedad del primero (...). La carta es oportunamente recibida. Estos hechos operativos han creado una potestad a favor de B y una sujeción concomitante para A. Depositando una carta de aceptación en el correo, B tiene la potestad de imponer una obligación potencial o imperfecta *ex contractu* sobre A y sobre sí mismo."

sujeción correlativa - que pasa consecuentemente a tener un *deber*¹⁷¹. Las potestades son distintas también de los privilegios:

“si X, propietario de un inmueble, ha celebrado un contrato con Y, comprometiéndose a no venderlo a Z, los actos de X, necesarios para ejercer la potestad de enajenar el inmueble a Z son ‘privilegiados’ en las relaciones entre X y toda otra persona que no sea Y; pero obviamente, entre X e Y, el primero no tiene el privilegio de realizar los actos necesarios.”¹⁷²

La negación (opuesto) de una potestad es una *incompetencia*, o sea la ausencia de un poder volitivo para afectar la situación normativa de alguien.

Por otro lado, tampoco las sujeciones se confunden con los deberes; aluden más bien el estado anterior de suspensión en el cual el deber está latente, no teniendo más que la posibilidad de ser efectivamente creado, donde no hay nada que su titular pueda hacer para evitarlo cuando se den las condiciones de su creación. Piénsese en la sujeción a la que estamos sometidos de ser procesados judicialmente. El que lo seamos en algún momento no depende de ningún acto de voluntad nuestro, no está en nuestra esfera de decisión, sino que, al contrario, lo está en la de quien tiene la potestad de promover una acción judicial.

Finalmente, las *inmunidades* existen precisamente en oposición a las sujeciones, y se correlacionan con *incompetencias*. En otras palabras, alguien tiene una inmunidad cuando no puede tener su situación normativa afectada por el ejercicio de una potestad por parte de otra persona, estando excluida de la incidencia de una regla general que crea potestades, funcionando como verdadera protección frente a sujeciones. También ocurre cuando una norma confiere a una cierta persona, o a un cierto grupo de personas, una autorización expresa exceptuando la incidencia de una obligación o de un

¹⁷¹ Es precisa la aclaración de William Edmundson sobre la relación no más indirecta entre una potestad y un deber: “Decir que x tiene un poder [potestad] no significa afirmar que X, o cualquier otra persona, *tiene* un deber, sino que alguien *puede quedarse sujeto* a un deber caso X ejerza su poder. Es en ese sentido que la correlación entre poderes [potestades] (e inmunidades) y deberes es *indirecta*.”, Edmundson, *Uma introdução aos direitos...*, citado, p. 119. *Cursivas en el original. [Traducción mía]*.

¹⁷² Hohfeld, *Conceptos jurídicos fundamentales...*, citado, p. 78.

deber impuesto a todas las demás, excusándola(s) de cumplirlo. El caso clásico es la inmunidad tributaria, que no significa otra cosa sino que alguien está excluido (no sujeto a) de la potestad del Estado de cobrar tributos, o lo que es lo mismo, que el Estado es incompetente para cobrar impuestos a esa persona¹⁷³.

La metáfora frecuente - y ya un poco desgastada - utilizada para describir los últimos cuatro conceptos fundamentales nos dice que una potestad significa tener una espada frente a alguien, que correlativamente no tiene ningún escudo para defenderse; mientras que la inmunidad es precisamente la posesión de tal escudo, y su correlativo (incompetencia), la ausencia de una espada.

3.2.2. Derechos y deberes. Matices de la correlatividad.

El aporte de Hohfeld para la aclaración del concepto de derechos tiene entre sus muchos desenlaces uno particularmente interesante para enfrentar parte de las críticas examinadas en el capítulo precedente, que insisten en una correlatividad (o reducción) entre “derechos” y “deberes”. Aunque hayamos discutido arriba algunos contornos del problema, es conveniente observar su tratamiento más allá de las fronteras específicas del pensamiento de Hohfeld - aunque a partir de él -, una vez que otros autores de la tradición analítica, como David Lyons, han desarrollado matices también importantes para la comprensión amplia de la noción de “derechos”.

Puede ser provechoso así, si se quiere explorar el alcance del concepto de derecho en sentido subjetivo, examinar un poco más de cerca esa correlatividad con los deberes, poniendo en cuestión no sólo el carácter determinante de su presencia, sino también la medida de su intensidad. Como veremos, una comprensión más precisa sobre esto permitirá una visualización más clara de la relativa autonomía del concepto de derecho subjetivo, quizás dando pistas sobre el problema de su anterioridad (lógica, axiológica) respecto a deberes.

¹⁷³ Hohfeld, *Conceptos jurídicos fundamentales...*, citado, p. 82-3.

En efecto, ¿qué se quiere decir al afirmar que derechos y deberes (en términos generales, siempre e indistintamente) se “correlacionan”? Generalmente, esa afirmación significa que a todo derecho le corresponde un deber, que la existencia de un derecho exige e implica *siempre* la existencia de una obligación correspondiente, en términos de contenido y especificidad. Una correlación tal puede ser entendida como una correlación fuerte y determinada, ya que al derecho en cuestión sólo se le corresponde un deber, lo que supone una suerte de implicación recíproca o de *coexistencia* entre ellos.

En este caso, “se sostiene que derechos y deberes no simplemente implican uno al otro pero lo hacen porque son conceptualmente correlativos”¹⁷⁴, hasta el punto de que la existencia de uno no sólo implica la del otro, sino que además depende de ella. El ejemplo más clásico de este tipo de correlación, del cual hace uso David Lyons, es la típica relación de crédito: Bernardo debe 100 euros a Albino. En tal situación se puede decir sin vacilación que del mismo modo en que hay la obligación de Bernardo de pagar a Albino 100 euros, hay un derecho de Albino de recibir de Bernardo esa específica cuantía. Pero hay algo más en esto: la obligación de Bernardo es tal que él debe la exacta cuantía de 100 euros que a Albino le corresponde por derecho - y no otra -, y es precisamente Albino el destinatario de dicha obligación – y no otra persona. Equivalentemente, Albino no simplemente tiene un derecho, sino que tiene un derecho “en contra” de Bernardo, y a recibir precisamente 100 euros.

Ese patrón de correlatividad ocurre, naturalmente, no sólo en las relaciones de crédito, sino también en muchas otras ocasiones, como es el caso de otras relaciones contractuales, en actos que dan causa a indemnizaciones, en relaciones como las que se dan entre herederos y terceros beneficiarios de un testamento, o aún entre familiares respecto a una pensión alimenticia. En estos casos, es natural que se diga que hay una implicación lógica y recíprocamente completa entre derechos y deberes, y que por tanto, derechos y obligaciones “se correlacionan”.¹⁷⁵

¹⁷⁴ Lyons, David. “The correlativity of rights and duties”. *Noûs* vol. 4, nº 1 (1970): pp. 45-55, cuyo argumento se sigue. La cita es de la página 47, y el grifo es del original en inglés.

¹⁷⁵ Lyons, “The correlativity of rights and duties”, citado, p. 47.

Esta versión particularmente fuerte de la doctrina de la correlatividad, de nuevo, defiende que los enunciados sobre derechos y sobre deberes, si comparten los mismos sujetos y los mismos objetos, son equivalentes, es decir, no son más que formas gramaticales distintas por las cuáles una misma y única idea es enunciada¹⁷⁶. Es más, las fórmulas “A tiene el derecho a que B se comporte de una manera x” y “B tiene el deber de comportarse de la manera x a favor de A” se equivaldrían no solo lógicamente, sino también en razón sus contenidos (x). Partiendo del ejemplo anterior, el derecho de Albino *de ser pagado 100 euros* por Bernardo se enlaza con el deber “correlativo” de Bernardo *de pagar 100 euros* a Albino también en función de su contenido, constituyéndose, por lo tanto, en “dos caras de una misma moneda”¹⁷⁷.

Esa idea es importante, porque si se entiende de esa manera la correlatividad, entonces “la expresión del contenido del derecho se relaciona a la expresión del contenido de la obligación así como la voz pasiva se relaciona a la voz activa”¹⁷⁸. Ahora bien, ésta es precisamente una de las dificultades que presenta la tesis fuerte (conceptual) de la correlatividad. La suposición de que todos los derechos y deberes - porque que son correlativos - comparten siempre contenidos equivalentes es cuestionable, ya que hay casos en que esto no se verifica. A diferencia del ejemplo examinado, que trata de un derecho “pasivo” (*ser pagado*), cuando se trata de derechos “activos” (*a hacer algo*), la correlatividad o ya no se puede presentar, o por lo menos no se presenta con la misma fuerza ni bajo el padrón de una correlatividad *conceptual*.

El derecho fundamental a la libertad de expresión reconocido por muchos ordenamientos constitucionales es un ejemplo de esto. En ese caso, naturalmente se puede afirmar que Albino tiene un derecho a expresar libremente sus ideas, y también que puede haber un deber general (prohibición) de que las personas, con su comportamiento, no interfieran en el ejercicio por parte de Albino de su derecho. A primera vista, se podría pensar

¹⁷⁶ Quizás a esa idea quiso aludir el propio Hohfeld cuando se ha referido a posiciones “de mismo contenido y tenor”, para explicar la relación de oposición (y no de correlatividad) entre privilegios y deberes, en Hohfeld, *Conceptos jurídicos fundamentales...*, citado, p. 51.

¹⁷⁷ Lyons, “The correlativity of rights and duties”, citado, p. 49.

¹⁷⁸ Lyons, “The correlativity of rights and duties”, citado, p. 48. También funcionan bajo ese patrón ideas correlativas como “padre” e “hijo”, y “derecha” e “izquierda”.

que las dos afirmaciones están vinculadas y que, por lo tanto, estamos nuevamente frente a un caso de correlatividad conceptual entre un derecho y un deber. Veámoslo.

Decir que es legítimo que Albino se exprese libremente, por un lado, y que es ilegítimo que otros interfieran con que Albino se exprese libremente, por otro, son dos cosas conceptualmente distintas. Como vimos, una de las características de la correlatividad conceptual presente en el ejemplo anterior es que los contenidos del derecho y del deber equivalen a la misma proposición lingüística, simplemente enunciada gramaticalmente en voz activa o pasiva. Y esto no ocurre en el caso de derechos “activos” (o *privilegios* hohfeldianos) como el derecho a la libertad de expresión: el que Albino tenga un derecho *a hablar libremente* (1) no equivale conceptualmente al deber de terceros *a no interferir en el comportamiento* de Albino (2) – como en cambio está claro que ocurre con el contenido del ejemplo precedente de la deuda: *ser pago* y *pagar*. Este segundo enunciado (2) (obligacional) no sólo es completamente distinto del primero (derecho) sino que tiene un talante marcadamente general, y no específicamente relacionado con el particular derecho de Albino a expresarse libremente¹⁷⁹. Aunque se admita *una cierta* correlatividad, no se puede en absoluto afirmar que el derecho a expresarse libremente y la obligación general de no intervenir en ese derecho se correlacionen *de la misma forma* bajo la que se correlaciona el derecho de Albino a ser pagado 100 euros por Bernardo y el deber de Bernardo de pagar 100 euros a Albino.

Otro argumento parece también dificultar la extensión de este tipo de correlatividad para relaciones como la descrita arriba. Mientras que en el primer ejemplo Albino tiene el “poder” (*potestad*) de, mediante su libre elección, perdonar o no, parcial o integralmente, el débito de Bernardo, y así modificar la obligación por éste debida, en cambio, la libertad involucrada en el segundo derecho (libertad de expresión) no puede modificar en nada la obligación general que las personas tienen de no interferencia – la cual, por lo tanto, guarda una independencia conceptual respecto al derecho.

¹⁷⁹ Lyons, “The correlativity of rights and duties”, citado, p. 50.

Consecuentemente, la subordinación recíproca entre el derecho y el deber en este segundo caso es definitivamente inexistente, lo que torna la propia correlatividad algo más débil y contingente: el deber de no interferencia en verdad es creado no en el mismo momento lógico, sino como refuerzo y protección al ejercicio del derecho a la libertad de expresión.

Asimismo, es posible interpretar el derecho a la libertad de expresión como un derecho que se impone no ya a terceros en general, sino también a los miembros del congreso nacional, para que se abstengan de crear leyes que puedan interpretarse como limitadoras o impeditivas del ejercicio de dicha libertad – hipótesis en que las referidas leyes, caso editadas, podrían (y deberían) ser declaradas inválidas por la Corte Constitucional¹⁸⁰. Aquí, suponiéndose que la regla que impone la obligación al legislador deje de existir por alguna razón, dándoles permiso para editar libremente leyes de censura, si ellos eventualmente no ejercitan esa libertad, el derecho a la libertad de expresión permanecería incólume. Entendidos en cuanto *inmunidades*, derechos de este tipo no se correlacionan con deberes, y pueden incluso existir incluso sin que haya un deber correlativo.¹⁸¹

Lo mismo ocurre en la propia situación anterior del derecho de crédito, en donde Albino, a parte del derecho a recibir 100 euros, tiene también un derecho (concomitante) de perdonar o no la deuda, derecho que no presupone ni implica en absoluto ningún deber u obligación correlativos. La correlatividad varía, por lo tanto, de naturaleza e intensidad, porque, como se ha visto, hay más de una única situación normativa o relación jurídica representable por la idea de derecho subjetivo.

Todavía en el caso de la inmunidad, el deber general de no interferencia en una libertad puede tener muchos contenidos diferentes (no coaccionar, no amenazar, no matar, etc.), y no se puede simplemente asumirse que siempre que alguien es titular de una de estas obligaciones, alguien tiene un derecho correlativo a la libertad de expresión. De igual forma, aunque Albino no tuviera el derecho a la libertad de expresión, las interferencias a su acto (amenazas o

¹⁸⁰ Lyons, “The correlativity of rights and duties”, citado, p. 50.

¹⁸¹ Lyons, “The correlativity of rights and duties”, citado, p. 50.

coacciones) continuarían estando prohibidas, por lo que no es solamente el derecho de Albino que genera o implica el deber general de no intervenir.

Por todo esto, Lyons abunda en argumentos para afirmar que, así como pueden existir derechos sin obligaciones correlativas, también lo contrario es verdadero: “del hecho de que terceros tengan prohibido actuar interfiriendo en la conducta de A *no* se sigue que A tiene un derecho a hacer X”¹⁸². Lo anterior parece sugerir que hay formas de protección que no implican la existencia o adscripción de un derecho. Tener un derecho parece, desde esa perspectiva, significar *algo más* que estar protegido de alguna forma por el deber de un tercero de hacer o dejar de hacer algo.

Por el contrario, tampoco la existencia de un derecho activo se correlaciona (de la misma forma que se correlacionan derechos y deberes de crédito) con una obligación general de no interferencia. Esto porque dichas obligaciones son genéricas, y por lo tanto, no condicionan conceptualmente el derecho al cual se “(cor)relacionan”. Lo que Lyons quiere poner en evidencia es que la (cor)relación entre derechos activos y obligaciones generales es algo todavía más débil que en el caso de los derechos pasivos.

Los argumentos de Lyons para la refutación de la tesis de la correlatividad fuerte son una de las formas de objeciones hechas por los críticos de la vinculación conceptual o lógica entre deberes y derechos. A la negación de la correlatividad estricta, en efecto, suelen sumarse otros argumentos, como el que niega la afirmación kelseniana de que la realidad jurídica sólo estaría compuesta por enunciados deónticos, y, por lo tanto, todos los elementos del Derecho podrían reducirse a uno de los operadores deónticos típicos (prohibido, permitido u obligatorio). El análisis de Hohfeld ofrece un escape para esa comprensión monolítica y totalizante sobre los enunciados normativos y los derechos como elementos inevitablemente generados por enunciados deónticos¹⁸³.

¹⁸² Lyons, “The correlativity of rights and duties”, citado, p. 52.

¹⁸³ Véase. Alchourrón, Carlos y Bulygin, Eugenio. *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales*. Buenos Aires, Astrea, 1987, p.p. 97 y ss, según quiénes los sistemas jurídicos no están formados únicamente por operadores deónticos clásicos (derechos, permisiones, deberes y prohibiciones), sino que en ellos conviven pacíficamente otro tipos de

Por fin, la afirmación de una precedencia lógica, o axiológica, de los deberes frente a los derechos encuentra una contestación muy consistente en Francisco Laporta, para quién la deducción de que “A tiene un derecho porque B tiene una obligación (en su doble significado explicativo y justificatorio)” es contraintuitiva, ya que el lenguaje de los derechos

“suele llevar consigo la sugerencia fuerte de que el origen o el fundamento de esas obligaciones que se hacen gravitar en los demás es, precisamente, la previa existencia de mi derecho, o, lo que es lo mismo que los demás tienen algún deber u obligación con respecto a mí *porque* (en su doble sentido) yo tengo previamente un derecho, y no al revés”¹⁸⁴.

Algo semejante escribe Manuel Atienza, al decir que la exigibilidad jurídico-procesal o jurisdiccional de un derecho no es una condición dada de los derechos en cuánto tales (y por lo tanto su ausencia no sería evidencia de que no se pudiera hablar de derechos), ya que “hablar de que alguien tiene un derecho (en sentido amplio) frente a otro, es independiente de la protección de que pueden gozar tales derechos”¹⁸⁵.

3.2.3. Más allá de la no-interferencia. Derechos “a algo” y “a hacer daño a otros”.

Aunque la aportación de Hohfeld se enmarque en un contexto claramente conceptual y descriptivo, los análisis sobre derechos, como vimos, involucran y suelen estar compuestos por reflexiones y concepciones sobre sus fundamentos y consecuencias, morales o políticas¹⁸⁶. Estas siempre complejas concepciones condicionan y son condicionadas por las teorías que explican tal concepto, y no es diferente en el caso de Hohfeld. En un conocido estudio

enunciados (descriptivos, axiológicos, etc.). En el mismo sentido, Amuchastegui, *Autonomía, Dignidad y Ciudadanía...*, citado, p. 323-324.

¹⁸⁴ LAPORTA, Francisco. “Sobre el concepto de derechos humanos”..., citado, p. 25. A su vez, Juan Ramón de Páramo sigue no solamente el argumento estructural, sino que avanza, como Laporta, en una observación sobre la precedencia axiológica de los derechos sobre los deberes, considerando ser un “peligro” la idea de que nuestros derechos dependan de nuestros deberes. Páramo, “Derecho subjetivo”..., citado, p. 377.

¹⁸⁵ Atienza, “*Una clasificación de los derechos...*”, citado, pp. 41-42.

¹⁸⁶ Ver la Introducción de este trabajo.

sobre el impacto crítico del trabajo de Hohfeld en las bases de la teoría jurídica de tradición analítica de la segunda mitad del siglo XVIII y comienzo del siglo XIX - principalmente los pensamientos de Jeremy Bentham y John Austin -, Joseph W. Singer escribió que Hohfeld “no meramente corrige un error técnico de segundo orden sino que ofrece, basándose en un razonamiento sobre derechos, una crítica radical a la idea liberal de sistema jurídico”, habiendo “aniquilado a ambas visiones benthamita y austiniana de derechos y libertades”¹⁸⁷. Es a un cierto modelo de Estado - liberal - que Singer interpreta ser posible hacer repercutir, si bien indirectamente, la investigación de Hohfeld, lo que la lleva más allá de sus pretensiones conceptuales y la sitúa como modelo posible de crítica filosófico-política.

El liberalismo clásico - sigue Singer - apuesta por una justificación del Estado a partir de una determinada idea de libertad como no-interferencia: actuar libremente y con legitimidad significaría actuar sin provocar daños a terceros. La contradicción latente que, así enunciada, esa premisa oculta consiste en que el precio necesario para garantizar esa libertad es precisamente su negación: la seguridad, entendida como intervención del Estado en la libertad dañosa o mal ejercida, mediante actos legítimos de fuerza. La distinción “meta-teórica” a la que los autores liberales clásicos recurrieron para, según Singer, describir y justificar al sistema jurídico, con la intención de “mediar” y “neutralizar” aquella contradicción¹⁸⁸, ha sido la que se

¹⁸⁷ Singer, Joseph William. “The legal rights debate in analytical jurisprudence from Bentham to Hohfeld”. *Winsconsin Law Review*, nº 6, (1982): 975-1055. La cita es de la página 979. [Traducción mía del original en inglés: “Hohfeld did not merely correct a minor technical error but offered a radical critique of the liberal ideal of a legal system based on reasoning from rights. Hohfeld effectively annihilated both the Benthamite and Austinian views of legal rights and liberties”].

¹⁸⁸ Singer, “The legal rights debate...”, citado, p. 980: “These methods of mediating the fundamental contradiction seek to provide a meta-theory that can guide the rulemaker in choosing between the contradictory theories of freedom of action and security in particular instances. Such a theory is necessary in a liberal world because both the plaintiff and the defendant operate in a self-interested manner. The plaintiff claims that her security has been invaded by the harmful acts of the defendant. The defendant will respond that she is privileged to inflict the damage because to forbid her from doing so would illegitimately constrict her legal liberty. The purpose of a meta-theory is to provide a way to decide in particular cases which of the parties is right and which is wrong.” [Tales métodos de mediación de la contradicción fundamental buscan proporcionar una meta-teoría capaz de orientar legisladores en la elección, en casos particulares, entre las teorías contrapuestas de la libertad de acción y de la seguridad. Una teoría así es necesaria en un mundo liberal porque tanto el demandante como el demandado se comportan de manera auto-interesada. El demandante se queja de que su seguridad ha sido invadida por los actos dañosos del demandado. El demandado contestará que tiene el privilegio de infligir el daño, debido a que prohibirle de hacerlo constreñiría

da entre los llamados actos autorreferentes (*self-regarding acts*) y actos referidos a terceros (*other-regarding acts*). Mientras los primeros aluden a aquellas libertades o permisos jurídicos conferidos por el Estado para que las personas actúen sin que generen daños a terceros, los segundos identifican los actos prohibidos. Si los permisos jurídicos eran actos autorreferentes y como tal no dañosos, los deberes eran asignados por tanto como forma de que otros no interfirieran en estos mismos actos (deberes como obligaciones de abstención o no interferencia).

Esta formulación del liberalismo clásico oculta no sólo técnicamente, sino también desde un punto de vista “ideológico”, los permisos que el sistema jurídico da para que las libertades sean ejercitadas jurídicamente causando daños a otros, minimizando el grado y la frecuencia con que ese tipo de intervención ocurre y, luego, la dimensión de sus reflejos. Las críticas teóricas que empiezan a aparecer a partir de la segunda mitad del siglo XIX entre analíticos ‘modernos’ (Oliver Wendell Holmes, Henry Terry, Edwards Week y John Salmond – culminando con el trabajo de Hohfeld en 1913) demuestran justamente que los permisos dirigidos a terceros, permitidos jurídicamente y causantes de daños no reparables o compensables (*damnum absque injuria*), son más habituales de lo que suponían sus predecesores, y que ciertos intereses reciben protección solo hasta cierto punto, y otros no reciben protección alguna. Estos daños sin protección son los que se dan en las relaciones de competencia (económica), o que no se derivan de actos intencionales o de negligencia jurídicamente relevante.¹⁸⁹

El reconocimiento de que el derecho produce vencedores y perdedores, protegidos y víctimas, constituye un avance no sólo técnico-conceptual de los aportes modernos, sino que proporciona una crítica “ideológica” importante: la de que “mientras que unos tienen libertades, otros no tienen seguridad”¹⁹⁰;

ilegítimamente su libertad legal. El propósito de una meta-teoría es proporcionar una forma de decidir en casos particulares cuál de las partes está correcta y cuál está equivocada.]. Más adelante (p. 984), va a afirmar que su propio artículo es “*the story of the invention and destruction of that form of mediation*”. [... la historia de la invención y de la destrucción de tal forma de mediación].

¹⁸⁹ Singer, “The legal rights debate...”, citado, p. 984.

¹⁹⁰ Singer, “The legal rights debate...”, citado, p. 985.

tienen precisamente un *no-derecho* - análogo hohfeldiano del *damnum absque injuria*.¹⁹¹

Los deberes sólo pueden permanecer en ese cuadro como impedimentos a la interferencia dañosa: ésta es tan solo “una instancia especial de un deber de que las cosas ocurran de una determinada forma”¹⁹². El argumento parece trivial pero no lo es, ya que ha sido útil para rechazar la visión según la cual los derechos, como correlativos de deberes (no solo de no interferencia, sino también a que un cierto estado de cosas ocurra), no son fundamentalmente “negativos”. Los derechos pueden ser derechos “a algo”, al disfrute de algo; a una prestación positiva y no sólo a una “no interferencia”.

3.3. Balance y horizonte próximo.

El amplio terreno de contribuciones, progresos y desenlaces resultantes del aporte de Wesley N. Hohfeld al concepto de “derechos” para la teoría jurídica sigue estando sembrado, poco más de un siglo después de venir a luz. Los caminos para un balance mínimo de una teoría pueden ir desde las medidas de su influencia y utilidad, pasando por su capacidad para sobrevivir a las críticas más fuertes, hasta el haber dado cuenta de sus pretensiones declaradas y su potencialidad para proyectarse más allá de ellas.

Este trabajo no se propuso a discutir la extensa influencia del ensayo de Hohfeld en los últimos cien años, o a analizar las no pocas críticas que ha recibido¹⁹³. Las centenas de obras y artículos que se dedicaron en ese

¹⁹¹ Singer, “The legal rights debate...”, citado, p. 979: “*Hohfeld's article is significant because it represents the complete rejection of the meta-theory of self-regarding acts as a means to describe or justify the legal system. His analysis is also an important element of the legal realist assault on conceptualism. Hohfeld not only re-exposed the fundamental contradiction in liberal political theory, but offered a method of critique that could be used to attack future efforts to resolve the contradiction by revival of the classical sophistry.*” [El artículo de Hohfeld es significativo porque representa el completo rechazo de la meta-teoría de los *self-regarding acts* como un medio para describir o justificar el sistema jurídico. Su análisis es igualmente un importante elemento del ataque realista al conceptualismo. Hohfeld no solo volvió a dejar expuesta la contradicción fundamental en la teoría política liberal, sino que ofreció un método de crítica que se podría utilizar para atacar futuros esfuerzos de resolución de la contradicción por medio de la reactivación del sofisma clásico. Traducción mía.]

¹⁹² Edmundson, *Uma introdução...*, citado, p. 126.

¹⁹³ Kokourek, Albert. “The Hohfeldian System of Fundamental Legal Concepts”. *Illinois Law Review*. V. 15, (1920): pp. 24-39; Husik, Isaac. “Hohfeld’s Jurisprudence”. *University of*

intervalo de tiempo a debatir sus aportaciones son una evidencia de su utilidad y de su influencia. Recorro una vez más a Genaro Carrió para afirmar con él que, por lo menos en lo que respecta a su ambición moderada, Hohfeld se ha desobligado con grandeza de los desafíos autoimpuestos¹⁹⁴.

Algunos autores, como Juan Antonio Cruz Parceró, atribuyen a Herbert Hart el rescate del pensamiento de W. N. Hohfeld de una aparente indiferencia entre los teóricos del derecho desde la segunda década del siglo pasado, cuando ha sido publicado su artículo, hasta finales de los años cincuenta y principios de los sesenta. Refiriéndose al trabajo de Hohfeld, Hart apunta que:

*“[[]os juristas, para sus propios fines, han avanzado un trecho en la disección del concepto de derecho subjetivo jurídico (a legal right) y algunos de sus resultados son de valor para la elucidación de enunciados de la forma ‘X tiene derecho a...’ fuera de contextos jurídicos. No es el caso, por supuesto, de identificar simplemente los derechos morales con los jurídicos, pero existe una íntima conexión entre unos y otros, y ésta es de por sí una característica que distingue a uno derecho moral de otros conceptos morales fundamentales.”*¹⁹⁵

Por fin, sobra la conveniencia de algunas palabras de repaso sobre la utilidad de una comprensión formal/estructural de la noción de derechos, bien así respecto de qué perspectivas ese tipo de análisis proyecta como horizonte próximo. A eso se reserva las parcas conclusiones que siguen.

Pensilvania Law Review and American Law Register vol. 72. Nº 3, (1923-24): pp. 263-277; Halpin, Andrew. “Hohfeld’s conceptions: from eight to two”. *Cambridge Law Journal* vol. 44, (1985): pp. 435-457. Para una discusión de las principales críticas al trabajo de Hohfeld, remítase a Cruz Parceró, *El concepto de derecho subjetivo...*, citado, pp. 100-111.

¹⁹⁴ Carrió, “Nota preliminar”, citado, p. 20-21.

¹⁹⁵ Hart, “¿Hay derechos naturales?”, citado, p. 69.

4. CONCLUSIONES.

De las muchas situaciones reales posibles a las que se puede referir la afirmación de que alguien tiene un derecho están, por ejemplo, (i) que esa persona es titular de un derecho (legal) reconocido por un dado orden jurídico-positivo; (ii) que tiene el poder de reclamar coactivamente el cumplimiento de determinadas obligaciones por parte de terceros; (iii) que posee un *triunfo* para reivindicar políticamente ciertos bienes o beneficios ante otras personas o grupos; (iv) que tiene razones morales justificadas para exigir (moralmente) el reconocimiento por instituciones políticas y jurídicas de determinados derechos (legales); (v) que es portadora de determinados derechos por el simple hecho de ser persona, como condición esencial para vivir una vida con dignidad; entre otras. Algunas de esas situaciones pueden ser excluyentes o complementarias entre sí, a depender de la posición que se mantenga, desde la filosofía y teoría jurídicas, respecto al concepto de los derechos en sentido subjetivo.

La centralidad que los derechos ocupan en los discursos moral, jurídico y político, en especial desde la mitad del siglo pasado hasta los días de hoy, se explica por el creciente apelo a esos derechos como parámetros para medirse el valor y la dignidad de la vida humana. Precisamente por eso, son también frecuentemente considerados importantes criterios de legitimidad para los sistemas políticos y jurídicos – especialmente si hablamos de derechos *humanos*.

La forma por la cual comprendemos teóricamente a los derechos condiciona su ámbito de uso lingüístico. La salida encontrada por algunos paradigmas teóricos sobre esta noción para combatir el problema de su vaguedad (lo cual guarda alguna contingencia histórica), tras su negación o la brusca reducción y confinamiento de su sentido a un contexto privilegiado, se ha mostrado un error teórico, además de apelar a una metafísica parecida a la que se pretendía combatir, incapaz de comprender fenómenos históricos, discursivos y políticos de su lenguaje más general (como es el caso más simbólico del discurso de los derechos humanos). El concepto de derechos

necesita ser comprendido como un radical común comprensivo, que integre las muchas concepciones posibles, y sea compatible con sus usos diversos.

De lo que se ha discutido a lo largo de la investigación, se destacan las siguientes ideas:

- a) cualquier análisis teórico sobre los derechos exige una reflexión previa de índole metodológica para comprender la distinción (y relación) entre las tareas de conceptuarlos y fundamentarlos;
- b) la separación tajante entre conceptuar y justificar tiene por presupuesto filosófico unas dicotomías (hecho/valor; juicios analíticos/juicios sintéticos) que se han defendido desde el empirismo humeano, y fueron siendo reforzadas a un grado tal que impiden que se perciban comunicaciones importantes entre las dos dimensiones;
- c) para estas posiciones filosóficas, derechos cuya formulación sobre su existencia no sea un juicio sintético (sujeto a falsificación empírica y entendida como perteneciente a un orden normativo “objetivo” - positivo) serían inexistentes, y las afirmaciones sobre su existencia, sin valor cognitivo;
- d) aunque no sean operaciones idénticas, conceptuar (describir) y fundamentar (justificar) derechos son empresas que guardan entre sí una relación de imbricación recíproca, ya que los valores que justifican la adscripción de derechos suponen un concepto previo, que a su vez hace depender su construcción de su adecuación a esa concepción previa de carácter inevitablemente normativo;
- e) así, no configura necesariamente una contradicción, por lo tanto, el hecho de que el trabajo de corte estructural de Wesley Hohfeld se mueva entre una perspectiva de tipo lexicográfica, que reorganiza sentidos y usos ya existentes del concepto en la práctica y razonamiento jurídicos, y otra de tipo estipulativo y definicional, que ambiciona abarcar y definir un mínimo denominador común para las relaciones jurídicas;

- f) los derechos son un concepto histórico, no solo en el sentido de que no existen desde siempre y que aparecen como noción en un cierto momento y contexto histórico definidos (el pensamiento filosófico y político modernos), sino que son un concepto que se desarrolla en el tiempo, recibiendo aportes de muchas tradiciones de pensamiento y respondiendo a problemas y necesidades concretas que varían considerablemente en el tiempo y lugar;
- g) las críticas negadoras del concepto de derechos (Duguit y Ross) parten igualmente de presupuestos empiristas (“no son una realidad con correspondencia ‘sensible’”), habiendo contribuido para que, como respuesta, se haya puesto de relieve el carácter social e histórico (aunque lingüístico) de las normas que los crean;
- h) las críticas definicionales o técnicas no parten exclusivamente de argumentos políticos, como las de Bentham, sino que esgrimen razones “científicas” de seguridad y certeza terminológicas (Bentham y Kelsen), que terminan por limitar e aprisionar el concepto a contextos y sistemas normativos que no son los únicos en los que él opera o desempeña funciones;
- i) la noción amplia de derechos en sentido subjetivo agrega múltiples y distintas posiciones normativas (*bundle*), con sentidos propios y contextos particulares, pero con interrelaciones muy bien definidas que les dan forma y alcance precisos;
- j) los derechos tienen una estructura interna, aprehensible por las relaciones de las que hace parte, que es compleja, formando arreglos ordenados de componentes básicos que a su vez se organizan de tal forma que forman derechos más generales;
- k) la diferenciación lógica no solo entre privilegios y pretensiones (*claims*), sino también el aislamiento de las nociones de inmunidad y potestad, con la correspondiente identificación de sus opuestos y correlativos, hacen posible afirmar que los “derechos” (sentido amplio) son, en cierta medida, formal y estructuralmente -

conceptualmente - independientes de los deberes u obligaciones; y no sus correlativos automáticos o sus meros reflejos. Se puede decir y entender perfectamente que alguien tiene un derecho sin que eso implique también decir que un tercero tiene en relación con él una obligación;

- l) tener un derecho, al contrario de lo que dice Kelsen, no es solamente tener a su disposición y voluntad el acceso a una acción procesal, y por tanto no es una simple técnica de protección, sino que comporta variadas posiciones normativas distintas (privilegios, pretensiones, potestades, inmunidades);
- m) la reducción de los derechos a reflejos de obligaciones, o a una técnica de protección enfrenta dificultades lógicas (una protección supone la existencia previa del objeto a ser protegido), y de coherencia con la práctica jurídica y normativa en general, de modo que su correlatividad, por lo menos en términos fuertes, ha sido blanco de críticas de las que difícilmente puede librarse;
- n) siendo el argumento de la correlatividad entre derechos y obligaciones, o a una técnica de protección, central para la defensa de una existencia de los derechos restringida a contextos jurídico-positivos, una vez disuelto, se abre camino para, desde una perspectiva estructural, un uso del concepto por otros discursos, como el moral y el político;
- o) los derechos así comprendidos no dependen, para existir como tales, de contar antes - o incluso simultáneamente - con una protección institucional o una garantía; éstas se (cor)relacionan con los derechos en una dimensión ideal, y no necesariamente real, ya que lo único que se puede afirmar en la ausencia de un deber vinculado a un derecho es que puede ser deseable y necesario, desde una perspectiva moral o política, que vengan a existir tales deberes/obligaciones asignados a terceros para que no se los violen, o incluso que se los promuevan;

- p) lo anterior, si no puede llegar a sugerir que las afirmaciones sobre derechos son relativamente independientes del Derecho objetivo (como por ejemplo los llamados *derechos morales*), proporciona una descripción más coherente con el uso acreditado de la noción de derechos en los razonamientos moral y político, en contrapartida a la descripción presente en las posiciones positivistas examinadas y que critican o reducen su sentido;
- q) con la noción de *no-derecho*, Hohfeld ofrece un modelo de crítica a situaciones en las que, en disputas económicas y en sociedades competitivas, el ejercicio de las libertades por parte de algunos genera víctimas que no tienen como defenderse o exigir una reparación;
- r) el análisis puramente estructural es capaz de demostrar que los derechos no son, como entienden los liberales clásicos y sus modelos de Estado, simplemente una protección en contra de la interferencia de terceros en su esfera de libertad, o prohibiciones contra daños de terceros. Derechos pueden ser reivindicaciones o expectativas de disfrute de algo, que algo ocurra, o a un determinado estado de cosas; y
- s) con esto, una aproximación estructural hace más transparente los razonamientos jurídico, moral y político sobre derechos, y nos deja libres para que adoptemos los diseños sustanciales que nos parezcan más adecuados a las sociedades que imaginamos y en las que deseáramos vivir.

Por último, son obviamente muchos los límites de un estudio sobre los derechos que se restrinja a sus aspectos lógico-estructurales. La descomposición de los sentidos relacionales de los derechos deja abierta la importante cuestión de fondo sobre si hay y cuál sería el elemento común o la característica básica del concepto general de derechos capaz de dar unidad a las diversas modalidades descritas en la tipología. Hay una larga tradición en la teoría jurídica no solo alemana, sino anglosajona y española, en la que se disputa (o se intenta conciliar) las ideas de voluntad o interés como mejores

representaciones de esa característica interna material, o elemento común de los derechos.

Entre tanto, la utilidad y permanencia en el tiempo de los aportes del tipo de aproximación estructural a los derechos son confirmadas por el testimonio de debates y derivaciones filosóficas recientes que, a pesar de representar un refinamiento ulterior a la matriz de la que parten, reconocen la solidez de la fundación de la que arrancan:

“[t]hough Hohfeld’s work is not entirely beyond reproach, it offers a matrix of conceptual distinctions that is elegant, rigorous, and subtle. His distinctions are invaluable for anyone trying to make an informed assessment of the Interest Theory/Will Theory debate. While Hohfeld’s analytical framework is strictly neutral in that debate (for reasons which will later become apparent), it enables the contenders in the debate to achieve exactitude when stating their differences”¹⁹⁶

Esa “insuficiencia” o límite de la aproximación de corte estructural no tiene, de esta forma, porque ser necesariamente un defecto más que una oportunidad. En realidad, un trabajo de ese tipo prepara el camino para explorar por separado implicaciones importantes sobre las teorías del interés y de la voluntad, ya que la correlación derecho-deber tiene influencia en ese debate¹⁹⁷. A estas teorías, y a sus no pocas variaciones, va dirigido el futuro de un debate que sigue en abierto, hacia una teoría general de los derechos.

¹⁹⁶ Kramer et al, *A debate over rights...*, citado, p. 7. [Aunque el trabajo de Hohfeld no esté libre de críticas, ello ofrece una matriz de distinciones conceptuales que es elegante, rigurosa y sutil. Sus distinciones son inestimables a cualquiera que intente hacer una apreciación segura del debate entre las teorías de la voluntad e del interés. Aunque el esquema analítico de Hohfeld sea estrictamente neutral en tal debate (por razones que posteriormente quedarán aparentes), él habilita los contendores en el debate a alcanzar exactitud al presentar sus diferencias. Traducción mía].

¹⁹⁷ Páramo, “Derecho subjetivo”, citado, p. 378: “el conjunto de teorías sobre el concepto de derecho se pueden agrupar hoy en dos grupos diferenciados, aunque los dos derivan de la idea general de la conexión correlativa derecho/deber: la teoría del beneficiario o del interés y la teoría de la elección protegida.”

5. REFERENCIAS.

Alchourrón, Carlos y Eugenio Bulygin. *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales*. Buenos Aires: Astrea, 1987.

Alexy, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. 2ª ed. Trad. en castellano por Carlos Bernal Pulido. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007.

Amuchastegui, Jesús González. *Autonomía, Dignidad y Ciudadanía. Una teoría de los derechos humanos*. Madrid: Tirant lo Blanch Alternativa, 2004.

Asís Roig, Rafael De. "Sobre el concepto y el fundamento de los Derechos: una aproximación dualista". Madrid: Dickinson, 2001.

Atienza, Manuel y Juan Ruíz Manero. "A propósito del concepto derechos humanos de Francisco Laporta". *Doxa. Cuadernos de filosofía del derecho*, nº 4 (1987): 67-69.

Atienza, Manuel. "Una clasificación de los derechos humanos". *Anuario de Derechos Humanos*, nº4 (1986-87): 29-43.

Barranco Avilés, Mª del Carmen. *El discurso de los derechos. Del problema terminológico al debate conceptual*. Madrid: Dickinson, 1996.

Bentham, Jeremy. "Anarchical fallacies. Being an examination of the Declaration of Rights issued during the French Revolution". En *The works of Jeremy Bentham vol II*, editado por John Bowring, 489-534. Londres: Simpkin, Marshall & Co., 1843.

Bentham, Jeremy. "Supply without burthen or escheat vice taxation". En *Jeremy Bentham economic writings* Vol. 1, editado por W. Stark (ed.), 279-368. Londres: George Allen & Unwin Ltd, 1952.

Bentham, Jeremy. *Tratados de legislación civil y penal*, ed. a cargo de Magdalena Rodríguez Gil. Madrid: Editorial Nacional, 1981.

Beuchot, Mauricio. "Mauricio Beuchot - Testimonios sobre la Filosofía del Derecho Contemporánea en México". *Isonomía: Revista de Teoría y Filosofía del Derecho*, nº 7 (octubre/1997): 16-20.

Bobbio, Norberto. *El tiempo de los derechos*. Madrid: Sistema, 2001.

Bobbio, Norberto. *El Positivismo Jurídico: lecciones de filosofía del derecho reunidas por el doctor Nello Morra*. Trad. de Rafael de Asís y Andrea Greppi. Madrid: Debate, 1993.

Campbell, Tom. *Rights. A critical introduction*. Nueva York: Routledge, 2006.

Carrió, Genaro. "Nota preliminar". En Hohfeld Wesley N., *Conceptos jurídicos fundamentales*, 7-21. México: Fontamara, 1992

Corbin, Arthur. "Foreword". En *Fundamental Legal Conceptions as Applied in Judicial Reasoning*, editado por Walter Wheeler Cook, vii-xv. New Haven: Yale University Press, 1964.

Cruz Parceró, Juan Antonio. "Cinco puntos para una teoría analítica de los derechos". En *Normas, razones y derechos. Filosofía jurídica contemporánea en México*, edición de Rodolfo Vázquez (ed.), 303-322. Madrid: Trotta, 2001.

Cruz Parceró, Juan Antonio. "Derechos morales: concepto y relevancia". *Isonomía: Revista de teoría y filosofía del derecho*, n.º. 15 (2001): 55-79.

Cruz Parceró, Juan Antonio. *El concepto de derecho subjetivo en la teoría contemporánea del Derecho*. Mexico: Fontamara, 2004.

Cruz Parceró, Juan Antonio. *El lenguaje de los derechos. Ensayo para una teoría estructural de los derechos*. Madrid: Trotta, 2007.

Dabin, Jean. *El derecho subjetivo*. Trad. de Fco. Javier Osset. Madrid: Rev. Der. Privado, 1955.

De Lucas, Javier. "Una nota sobre el concepto y la fundamentación de los derechos humanos. (A propósito de la polémica sobre los derechos morales)". *Doxa. Cuadernos de filosofía del derecho*, n.º 10 (1991): 307-318.

Duguit, León. *Traité de droit constitutionnel*. 3ª ed., T. 1. París: E. de Boccard, 1927.

Dworkin, Ronald. "Rights as trumps". En *Theories of Rights*, editado por Jeremy Waldron, 153-167. Nueva York: Oxford University Press, 1984.

Dworkin, Ronald. *Derechos en serio*. 2ª ed. Trad. de Marta Guastavino. Barcelona: Ariel, 1989.

Edmundson, William. *Uma introdução aos direitos*. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

Escudero Alday, Rafael. *Los calificativos del positivismo jurídico. El debate sobre la incorporación de la moral*. Madrid: Thomson-Civitas, 2004.

Fernández García, Eusebio. "Iusnaturalismo". En *El derecho y la justicia. Enciclopedia Iberoamericana de filosofía*, 2ª ed., editado por Ernesto Garzón Valdés y Francisco Laporta, 55-64. Madrid: Trotta, 2000.

Fernández García, Eusebio. "Los derechos humanos y la historia". En *Constitución y derechos fundamentales*, coordinado por Jerónimo Betegón et. al., 215-234. Madrid: Ministerio de la Presidencia, Secretaría General Técnica, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2004.

Fernández García, Eusebio. *Teoría de la justicia y derechos humanos*. Madrid: Debate, 1984

Ferreira, Daniel Brantes. *Teoria dos Direitos Subjetivos: Wesley Newcomb Hohfeld e os conceitos fundamentais do direito*. Rio de Janeiro: GZ ed., 2009.

García Añón, Jose. "C. S. Nino y los derechos morales". *Anuario de filosofía del derecho*. Nº 11 (1994): 209-228.

García Añón, José. "Los derechos humanos como derechos morales: aproximación a unas teorías con problemas de concepto, fundamento y validez". En *Derechos humanos. Concepto, fundamentos, sujetos*, edición a cargo de Jesús Ballesteros (ed.), 61-85. Madrid: Tecnos, 1992.

Grocio, Hugo. *Del derecho de la guerra y de la paz*. Ed. de la Colección de Clásicos Políticos. Traducción, introducción y notas de Primitivo Mariño. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1987.

Halpin, Andrew. "Hohfeld's conceptions: from eight to two". *Cambridge Law Journal* v. 44 (1985): 435-457.

Hart, Herbert L. A. "¿Hay derechos naturales?". En *Derecho y Moral. Contribuciones a su Análisis*, 65-91. Traducción por Genaro Carrió. Buenos Aires: Depalma, 1962.

Hart, Herbert L. A. *El concepto de derecho*. Trad. de Genaro R. Carrió. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1998.

Hierro, Liborio. "¿Qué derechos tenemos?". *Doxa. Cuadernos de filosofía del derecho*, nº 23 (2000): 351-376.

Hohfeld, Wesley Newcomb. *Conceptos jurídicos fundamentales*. Traducción al español y nota preliminar de Genaro Carrió. 2ª ed. México: Fontamara, 1992.

Hume, David. *Tratado de la naturaleza humana*. Traducción, introducción y notas de Félix Duque. Barcelona: Osbis, 1984.

Husik, Isaac. "Hohfeld's Jurisprudence". *University of Pennsylvania law review and American law register* vol. 72, nº 3 (1923): 263-277.

Ihering, Rudolf von. *El espíritu del derecho romano en las diversas fases de su desarrollo*. Granada: Comares, 1998

Kelsen, Hans. *Teoría Pura del Derecho*. 15ª ed. Trad. de Roberto J. Vernengo. México: Porrúa, 2007.

Kelsen, Hans. *Problemas capitales de la teoría jurídica del Estado*. México: Porrúa-UNAM, 1987.

Kelsen, Hans. *Teoría general del derecho y del estado*. 2ª ed., 3ª reimp. Traducción al castellano por Eduardo García Máynez. México: UNAM, 1983.

Kokourek, Albert. "The Hohfeldian System of Fundamental Legal Concepts". *Illinois Law Review* v. 15, (1920): 24-39.

Kramer, Matthew H., Simmonds, N. E. y Steiner, Hillel. *A debate over rights: philosophical enquiries*. Nueva York: Oxford University Press, 2000.

Laporta, Francisco en "Respuesta a Pérez-Luño, Atienza y Ruíz Manero". *Doxa. Cuadernos de filosofía del derecho*, nº 4 (1987): 71-77.

Laporta, Francisco. "Acotaciones del trampolín: respuesta a Roberto Vernengo". *Doxa. Cuadernos de filosofía del derecho*. Nº 7 (1990): 301-309.

Laporta, Francisco. "Sobre el concepto de derechos humanos". *Doxa. Cuadernos de filosofía del derecho*, nº 4 (1987): 23-46.

Larenz, Karl. *Metodologia da Ciência do Direito*. 6ª ed. Lisboa, Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.

Llewellyn, Karl. "Wesley Newcomb Hohfeld-Teacher". En *The Yale Law Journal* vol. 28, nº 8 (junio de 1919): 795-798

Lyons, David. "The correlativity of rights and duties". *Noûs* vol. 4, nº 1 (1970): 45-55.

Nino, Carlos Santiago. "Introduction". En *Rights*, 11-33. Cambridge: Dartmouth, 1992.

Nino, Carlos Santiago. "Sobre los derechos morales". *Doxa. Cuadernos de filosofía del derecho*. Nº 7 (1990): 311-325.

Nino, Carlos Santiago. *Ética y derechos humanos. Un ensayo de fundamentación*. Barcelona: Ariel, 1989.

Nino, Carlos Santiago. *Introducción al análisis del derecho*. Buenos Aires: Astrea, 1980.

Páramo, Juan Ramón de. "Derecho subjetivo". En *El derecho y la Justicia. Enciclopedia Iberoamericana de Filosofía*, 2ª ed., editado por Ernesto Garzón Valdés y Francisco Laporta, 367-394. Madrid: Ed Trotta, 2000.

Peces-Barba Martínez, Gregorio, y Eusebio Fernández García. (Dir.). *Historia de los Derechos Fundamentales. Tomo I. Tránsito a la modernidad. Siglos XVI y XVII*. Madrid: Dickinson, Getafe: Univ. Carlos III de Madrid, 1998.

Peces-Barba Martínez, Gregorio. "Sobre el puesto de la historia en el concepto de derechos fundamentales". *Anuario de derechos humanos*, nº 4 (1986-1987): 219-258

Peces-Barba Martínez, Gregorio. *Tránsito a la modernidad y derechos fundamentales*. Madrid: Mezquita, 1982.

Peces-Barba Martínez, Gregorio. *Curso de Derechos Fundamentales. Teoría General*. Madrid: B.O.E.-UCIII, 1995, p. 21-24.

Peces-Barba Martínez, Gregorio. *Derechos fundamentales*. Madrid: Servicio de Publicaciones de la Facultad de Derecho de la Univ. Complutense, 1986.

Pérez-Luño, Antonio E. "Concepto y concepción de los derechos humanos (Acotaciones a la ponencia de Francisco Laporta)". *Doxa. Cuadernos de filosofía del derecho*, nº 4 (1987): 47-66.

Pérez-Luño, Antonio E. *Derechos humanos, Estado de Derecho y Constitución*. Madrid: Tecnos, 1995.

Prieto Sanchís, Luís. "Concepto de derechos humanos y problemas actuales". *Derechos y Libertades*, núm. 1 (1993): pp. 92-99.

Prieto Sanchís, Luís. *Estudios sobre derechos fundamentales*. Madrid: Debate, 1990.

Putnam, Hilary. *El desplome de la dicotomía hecho-valor y otros ensayos*. Barcelona: Paidós Básica, 2004.

Quine, Willard V. O. "Two dogmas of empiricism". En *From a logical point of view*, 20-46. New York: Harper and Row, 1963.

Rodríguez Paniagua, José M^a. "Rudolf von Ihering". *Anuario de Filosofía del Derecho*, Tomo IV (1987) 249-270.

Rodríguez-Toubes Muñiz, Joaquín. "La polémica sobre la expresión 'derechos morales'". *Problemas de la ciencia jurídica. Homenaje a F. Puy Muñoz*, Tomo II, 339-354. Santiago de Compostela: Universidad de Santiago de Compostela, 1991.

Rodríguez-Toubes Muñiz, Joaquín. *La razón de los derechos. Perspectivas actuales sobre la fundamentación de los derechos humanos*. Madrid: Tecnos, 1995.

Rojo Sáenz, José M. "Los derechos morales en el pensamiento angloamericano". *Anuario de derechos humanos*, nº 5 (1988-89): 231-249.

Ross, Alf. *Sobre el derecho y la justicia*. 3^a ed., 1^a reimp. Buenos Aires: Editorial EUDEBA, 2006.

Ross, Alf. *Tû-tû*. Traducción de Genaro Carrió. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1976.

Ruiz Miguel, Alfonso. "Los derechos humanos como derechos morales. ¿Entre el problema verbal y la denominación confusa?". En *El fundamento de los derechos humanos*, edición a cargo de Gregorio Peces-Barba (ed.), 321-326. Madrid: Debate, 1990.

Ruiz Miguel, Alfonso. "Los derechos humanos como derechos morales". *Anuario de derechos humanos*, nº 6, (1990): 149-160.

Schlag, Pierre. "How to do things with Hohfeld". *Law and Contemporary Problems*, nº 78 (2015): 185-234.

Sgarbi, Adrian. "Wesley Newcomb Hohfeld", voz en *Dicionário de Filosofia do Direito*, organizado por Vicente de Paulo Barreto, 445-446. São Leopoldo y Rio de Janeiro: Eds. Unisinos e Renovar, 2003.

Singer, Joseph William. "The legal rights debate in analytical jurisprudence from Bentham to Hohfeld". *Winsconsin Law Review*, nº 6 (1982): 975-1055.

Tuck, Richard. *Natural Rights Theories. Their origin an development*. Nueva York: Cambridge University Press, 1979.

Vernengo, Roberto. "Los derechos humanos como razones morales justificatorias". *Doxa. Cuadernos de filosofía del derecho*. N° 7 (1990): 275-299.

Vidal Gil, Ernesto J. "Los derechos humanos como derechos subjetivos". En *Derechos humanos - concepto, fundamentos, sujetos*, editado por Jesús Ballesteros, 22-41. Madrid: Tecnos, 1992.

Villey, Michel. *Estudios en torno a la noción de derecho subjetivo*. Valparaíso: Ediciones Universitarias de Valparaíso, 1976.
URL: <https://pt.scribd.com/doc/128424110/Villey-Occam-y-el-derecho-subjetivo>.

Wenar, Leif, "Rights", *The Stanford Encyclopedia of Philosophy*, (Fall 2015 Edition), Edward N. Zalta (ed.), URL = <https://plato.stanford.edu/archives/fall2015/entries/rights/>.