

## CAPÍTULO I

### Derechos sociales fundamentales como derechos subjetivos

El objetivo de este primer capítulo consiste en presentar un concepto adecuado de derechos sociales fundamentales. En este contexto es necesario delimitar en forma precisa los conceptos de derechos subjetivos y derechos fundamentales. Mi tesis puede resumirse en que los derechos sociales fundamentales son concebibles sin mayores dificultades como derechos subjetivos. Las objeciones y reservas contra esta propuesta pueden ser contrarrestadas mediante la distinción entre el contenido y la extensión de dichos conceptos.

La persistente discusión en torno a los derechos sociales fundamentales<sup>1</sup> radica, en parte, en que no existe claridad sobre el uso de los conceptos de derecho subjetivo y de derechos fundamentales. En la literatura jurídica no existe acuerdo sobre las características de estos conceptos. Así, por ejemplo, para algunos autores la exigibilidad judicial es elemento constitutivo del concepto de derechos subjetivos,<sup>2</sup> mientras que según

1 "Lo que sean los derechos sociales fundamentales es todo menos claro", K. Lange, *Soziale Grundrechte in der deutschen Verfassungsentwicklung und in den derzeitigen Landesverfassungen*, en: E.-W. Böckenförde/J. Jewitz/T. Ramm (eds.), *Soziale Grundrechte*, Heidelberg/Katlsruhe 1981, p. 48. Cfr. también D. Murswiek, *Grundrechte als Teilhaberechte, soziale Grundrechte*, en: J. Isensee/P. Kirchhof, *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, Tomo V, Heidelberg, 1992, p. 248: "El concepto de los derechos sociales fundamentales no es utilizado de manera unitaria".

2 H. Kelsen, *Reine Rechtslehre*, 2. Edición, Wien 1960, p. 139. (trad. esp.: Teoría pura del derecho, por Roberto J. Vernengo, 7. Ed., Editorial Porrúa, S.A., México 1993). Véase también de H. Kelsen, *Problemas capitales de la teoría jurídica del Estado* (Desarrollados con base en la doctrina de la proposición jurídica), trad. de la segunda edición por Wenceslao Roces, México 1987, pp. 540 y ss.

Sin adentrarse en el problema del estatuto ontológico de los derechos subjetivos, es decir, en la disyuntiva sobre si éstos deben entenderse de un modo realista-platónico como objetos reales, o, según una concepción nominalista, como objetos ficticios,<sup>11</sup> es posible hablar sobre el uso del concepto del derecho subjetivo en el discurso y la práctica jurídicas.<sup>12</sup>

Para la determinación del contenido del concepto, su estatuto ontológico es neutral. Aquí tan sólo se tratan las características del concepto de derecho subjetivo en el lenguaje jurídico.

### 1.2. El concepto del derecho subjetivo en sentido estricto

El adjetivo "subjetivo" se añade a la expresión "derecho" para distinguir el derecho de un sujeto del derecho "objetivo".<sup>13</sup> En el inglés no existe este problema terminológico. El derecho objetivo se denomina *law*, el derecho subjetivo *right*.

El debate en torno al concepto del derecho subjetivo es antiguo y complejo, por lo que la literatura correspondiente es amplia.<sup>14</sup> Así las cosas, no es aconsejable buscar el "ser" del concepto del derecho subjetivo como algo definitivo y ajeno a la realidad histórica de cada época, sino presentar un concepto adecuado que refleje el uso de este concepto en la práctica jurídica por medio de una reconstrucción racional de las características que generalmente se le asignan.<sup>15</sup>

Por derecho subjetivo, en su sentido más estricto, se entiende generalmente "el poder legal reconocido a un sujeto por medio de una norma legal,

11 H. Seiffert/ G. Radnizky (nota 6), p. 9.

12 Hart, *Bentham on Legal Rights*, en: A.W.B. Simpson (ed.), *Oxford Essays in Jurisprudence*, Oxford 1973, pp. 171-173.

13 H. Kelsen (nota 2), p. 131.

14 H.L.A. Hart (nota 12), p. 172; S. I. Benn, *Rights*, en: P. Edwards (ed.), *The Encyclopedia of Philosophy*, New York/London 1967, pp. 195 ss; H. Kelsen, *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre entwickelt aus der Lehre vom Rechtssatz*, Tübingen 1911, p. 568; R. Alexy (nota 3), p. 159.

15 H.L.A. Hart (nota 12), p. 172-173; S. I. Benn (nota 14), p. 197.

para la persecución de intereses propios mediante la exigencia a otro de hacer, permitir u omitir algo"<sup>16</sup>. Según esta definición, es posible distinguir tres características del derecho subjetivo: (i) una *norma jurídica*, (ii) una *obligación jurídica* de un otro derivada de esta norma, y (iii) un *poder jurídico* para la consecución de intereses propios reconocidos al sujeto (es decir, una *posición jurídica*).

### 1.3. Características

Las características del concepto de derecho subjetivo en sentido estricto son: una norma jurídica (M1), una obligación jurídica (M2) y una posición jurídica (M3). Todo aquello que cumpla con las características M1, M2 y M3 es un derecho subjetivo.<sup>17</sup> A continuación serán revisadas las mencionadas características, pero antes es necesario dar una explicación conceptual. En la definición del derecho subjetivo presentada, se resumen tres características (M1, M2, M3), pero M3 implica ya M1 y M2. En contra de esto se puede decir que tal representación de las características del derecho subjetivo desconoce la teoría general de las definiciones, según la cual las redundancias deben evitarse. La relación de implicación indica que están dadas dos definiciones distintas. De acuerdo a la primera definición, los derechos subjetivos son posiciones jurídicas (M3). De acuerdo a la segunda, las posiciones jurídicas (M3) están compuestas, entre otras cosas, por normas jurídicas (M1) y obligaciones jurídicas (M2). En aras de la claridad, nos ha parecido procedente desviarnos del procedimiento escalonado que se usa usualmente y, por razones pragmáticas, tomar las tres características —norma jurídica, obligación jurídica y posición jurídica— como si estuvieran en un mismo plano.

#### 1.3.1. La norma jurídica

Desde un punto de vista semántico, una norma es lo que se expresa con un enunciado normativo.<sup>18</sup> Todo enunciado normativo puede formularse

16 H. Maurer (nota 8), p. 141.

17 Esto puede ser formalizado como sigue a continuación: (x) (M1 x  $\wedge$  M2 x  $\wedge$  M3 x)  $\leftrightarrow$  Ds x (f). Eso significa: para toda x vale que cuando x cumple con las características M1, M2 y M3, x es un derecho subjetivo (Ds).

18 R. Alexy (nota 3), p. 45.

mediante una oración deóntica, con la que se declara que una acción es ordenada, prohibida o permitida,<sup>19</sup> o reducirse a ese tipo de oración.<sup>20</sup> Una norma expresada por un enunciado normativo es una norma jurídica cuando su cumplimiento puede ser forzado por el poder estatal legítimo.

Un derecho subjetivo presupone al menos una norma jurídica válida. La validez de una norma jurídica es condición necesaria, más no suficiente, de la existencia de un derecho subjetivo. Cuando existe un derecho subjetivo, debe regir una norma jurídica.<sup>21</sup> Lo contrario no es cierto. Del hecho de que una norma sea válida no se sigue la existencia de un derecho subjetivo, pues hay normas que establecen obligaciones jurídicas sin reconocer los correspondientes derechos subjetivos.

Existen diversas teorías de la validez referidas a las normas jurídicas.<sup>22</sup> Desde un punto de vista formal, todas las teorías de la validez tienen la misma estructura: "Cuando la norma N llena los criterios C<sub>1</sub>, ..., C<sub>n</sub>, entonces es válida."<sup>23</sup> Para muchas teorías positivistas de la validez, la creación de la norma de conformidad con el ordenamiento es un criterio determinante para su validez. De acuerdo a esto, una norma jurídica es válida cuando ha sido debidamente adoptada como parte de un orden jurídico.<sup>24</sup> Para una teoría realista de la validez, los hechos sociales (la eficacia social) son

determinantes como criterio de validez de las normas.<sup>25</sup> Para una teoría de la validez no positivista, la corrección del contenido, junto a los criterios de legalidad (la debida producción de la norma) y la eficacia social, son decisivas para determinar la validez de las normas.<sup>26</sup>

Diversos autores distinguen la validez de una norma de su existencia.<sup>27</sup> Según eso, la validez de una norma presupone su existencia, mientras que lo contrario no vale. No por existir una norma es ella válida. Así las cosas, una norma puede existir porque fue expedida, pero no ser válida porque la autoridad que la expidió carecía de la competencia jurídica para expedirla. La validez de una norma debe estar basada en un hecho normativo válido, es decir, su origen debe poderse encontrar en una norma válida.

En todos los sistemas jerarquizados de normas aparece el problema del rango, que ellas tienen y de su consiguiente alcance, problema que atañe a la pregunta de lo que abarcan las características de las normas jurídicas (M1). ¿Qué tipo de norma jurídica se usa para la determinación de un derecho subjetivo? En la literatura jurídica se discute si la norma jurídica, que es condición necesaria para la existencia de un derecho subjetivo, debe tener carácter exclusivamente *legal* porque implica la obligación correlativa de otro. Esta interpretación sirve a la realización de los principios de la democracia y del estado de derecho. La libertad del individuo sólo podría ser limitada con fundamento en una ley general. Pese a estos buenos argumentos, dicha interpretación es en exceso estrecha. Los derechos fundamentales tienen carácter obligatorio como derecho directamente vinculante.

19 "Generalmente hablando, las prescripciones son órdenes o permisos dados por alguien en una posición de autoridad a alguien en una posición de sujeto" G. H. v. Wright, *Norm and Action*, New York 1963, p. 7. (Trad. esp.: Norma y acción, por Pedro García Ferrero, Ed. Técnicos, Madrid 1979). Véase también R. Alexy (nota 3), p. 46.

20 Cf. R. Alexy, *Ross On Competence* (Exposición presentada en la All Ross's 100 Year Birthday Conference en Kopenhague 11. y 12. de Junio de 1999), pp. 19 ss.

21 R. Alexy, *Die Institutionalisierung der Menschenrechte im demokratischen Verfassungsstaat*, en: *Die Philosophie der Menschenrechte*, editado por S. Gosepath/ G. Lohmann, Frankfurt a.M. 1998, p. 246.

22 R. Alexy señala que hay por lo menos tres teorías de la validación de las normas: una sociológica, una jurídica y una ética; ibidem. (nota 3), pp. 49 ss.

23 R. Alexy (nota 3), p. 49.

24 Por ejemplo H. L. A. Hart en *The Concept of Law*, Oxford 1961, pp. 79 ss., diferencia entre *primary rules* y *secondary rules*. Las primeras determinan lo debido, lo ordenado, prohibido o permitido; la segundas determinan la creación, modificación o extinción de las primeras. Sólo aquellas normas jurídicas que cumplen con las exigencias de las *secondary rules* son válidas.

25 A. Ross, *On Law and Justice*, London 1958, p. 18; K. Olivecrona, *Law as Fact*, 2. Ed., London 1971, pp. 112 ss.

26 "Las normas individuales pierden su carácter legal y así su validez jurídica cuando son en extremo injustas", R. Alexy, *Begriff und Geltung des Rechts*, Freiburg/München 1992, p. 151. (trad. esp.: El Concepto y la validez del derecho, por Jorge M. Saña, 2. Ed., Gedisa, Barcelona 1997).

27 "La validez (...) de una norma significa la legalidad del acto de su estipulación", G. H. v. Wright (nota 19), p. 195. "Algunos filósofos, como Hans Kelsen en su período temprano, han tendido a identificar la validez con la legalidad de los actos de producción normativa y a ignorar o restarle importancia al aspecto fáctico de la ley como la eficacia de una voluntad ordenadora. Otros, como Axel Hägerström, han puesto todo el énfasis sobre la eficacia, en "la ley como un hecho", ignorando la noción normativa de la validez como legalidad", G. H. v. Wright (nota 19), p. 196.

Según una interpretación general, las normas de derechos fundamentales<sup>28</sup> sirven de base a los derechos subjetivos y a las obligaciones objetivas. Por esto es que no solamente las normas legales, sino también las normas de derechos fundamentales entran en consideración como fuente de derechos subjetivos.

### 1.3.2. La obligación jurídica

No existe un derecho subjetivo sin una obligación jurídica correlativa que obligue a un otro ("obligado") a hacer o dejar de hacer algo (objeto del derecho). "La condición lógico-jurídica de cualquier derecho subjetivo es una obligación jurídica que toca a otra persona, y que, por su parte, se basa en un enunciado jurídico objetivo".<sup>29</sup> En la literatura jurídica se habla de la correlación lógica entre derechos subjetivos y obligaciones jurídicas (tesis de la correlatividad).<sup>30</sup> La tesis de la correlatividad dice: los derechos y las obligaciones son correlativos, es decir, se implican mutuamente.

Sin embargo, la tesis de la correlatividad sólo es válida para un orden jurídico estrictamente privado, en el que a cada obligación le corresponde un derecho del otro y viceversa. Ello porque en un orden jurídico que incluye normas de derecho público es posible encontrar obligaciones jurídicas que imponen deberes a las autoridades sin que por ello exista un derecho subjetivo en cabeza de los beneficiarios a exigir el cumplimiento de los mencionados deberes, como es el caso de las normas que adoptan políticas generales de fomento o subvención.

Desde la perspectiva integral, tanto privada como pública, propia de los ordenamientos jurídicos modernos, la tesis de la correlatividad es errada. Un derecho subjetivo siempre implica la obligación jurídica de otro,

28 Véase R. Alexy (nota 3), pp. 54 ss.

29 H. Maurer (nota 8), p. 144.

30 D. Lyons, *The Correlativity of Rights and Duties*, en: C. S. Nino, *Rights, Aldershot/Hong Kong/Singapore/Sidney 1992*, pp. 49 ss.; H. Kelsen (nota 2), p. 132; H.L.A. Hart (nota 12), p. 183; J. Feinberg, *Rights, Justice and the Bounds of Liberty. Essays in Social Philosophy*, New Jersey 1980, pp. 130 ss. y pp. 143 ss.; J. Raz, *The Morality of Freedom*, Oxford 1986, p. 170.

pero no a toda obligación derivada de una norma jurídica corresponde un derecho subjetivo.<sup>31</sup> Es del todo posible que las obligaciones jurídicas sean establecidas sin derechos subjetivos correspondientes y que de ellas, entonces, no se pueda extraer un derecho subjetivo. Este es el caso en las normas jurídicas que obligan al Estado a hacer o dejar de hacer algo a favor de un interés general, sin que a estas obligaciones correspondan los derechos subjetivos del individuo favorecido por la promoción de tal interés. Los derechos y las obligaciones no son mutuamente condicionantes. Así, una norma jurídica que fomenta o subvenciona una actividad determinada, no necesariamente reconoce un derecho subjetivo a sus beneficiarios de manera que éstos puedan exigir el respeto o mantenimiento del fomento o de la subvención cuando ella es derogada por una norma posterior. La prohibición de la importación de bienes extranjeros para la protección de la producción nacional, por ejemplo, no implica un derecho del exportador nacional a exigir que se castigue al importador que incumple con dicha prohibición.

En materia de la obligación jurídica aparece también el problema de lo que abarca la característica M2. Aquí se trata, sobre todo, de la pregunta de si las obligaciones jurídicas deben ser expresamente consagradas en un enunciado normativo. La respuesta es necesariamente negativa. No hay obligaciones jurídicas sin normas jurídicas, pero las obligaciones jurídicas pueden ser determinadas de manera directa o indirecta. Una obligación directa puede estar determinada de manera expresa en un enunciado normativo. Como ejemplo cabe mencionar el artículo 6, inciso 2 de la Ley Fundamental Alemana: "El cuidado y la educación de los hijos es, en primer lugar, una obligación de los padres". Por interpretación una obligación indirecta se sigue del enunciado normativo, esto es, es una obligación que puede ser justificada por medio de una norma. Así, del artículo 2, inciso 2, frase 1 de

"La doctrina de correlatividad jurídica de derechos y obligaciones, F.A.) afirma que la atribución de derechos a una persona lógicamente encierra la existencia de al menos otra persona, que tiene obligaciones para con ésta". J. Feinberg, *Social Philosophy*, New Jersey 1973, p. 61. "Aunque centremos nuestra atención en contextos legales, parece haber algunas obligaciones *prima facie* que no se correlacionan con los derechos de otros. Muchas obligaciones de obediencia impuestas por dictámenes legales no son referidas a otras personas, sino más que nada a una autoridad impersonal como la "ley" o una señal de tráfico de pare", *op. cit.*, p. 63.

la Ley Fundamental —“cada quien tiene derecho a la vida”— se puede sustentar la existencia de la obligación de no matar al otro, aunque en el enunciado normativo esa obligación no está estipulada de manera expresa.

La problemática de las obligaciones jurídicas directas e indirectas se suma, entre otras cosas, a la problemática del efecto horizontal de los derechos fundamentales. Cuando las normas de derechos fundamentales son admitidas como base de obligaciones jurídicas,<sup>32</sup> cabe preguntarse en qué medida las obligaciones jurídicas basadas en normas de derechos fundamentales pueden imponerse a particulares, siendo que los derechos fundamentales originariamente fueron concebidos para contener al Estado, no a las personas privadas. Tal cuestión no será abordada en este lugar, sino cuando nos refiramos a la estructura de los derechos sociales fundamentales (ver capítulo II. 2. 2.).

### 1.3.3. La posición jurídica

La tercera característica del concepto del derecho subjetivo depara mayores dificultades. Tiene dos temas parciales posibles. Por un lado remite al *poter jurídico* reconocido por una norma jurídica,<sup>33</sup> por el otro, involucra el *interés* de un sujeto cuya protección se desea o persigue jurídicamente.<sup>34</sup> Este predicado doble, que aparece como tercera característica conceptual del derecho subjetivo, refleja la clásica discusión en torno a la justificación de los derechos subjetivos en la que se enfrascan la teoría de la voluntad<sup>35</sup> y la teoría del interés,<sup>36</sup> sin óbice de que en la actualidad se haya general-

zado la aceptación de éstas, teorías combinadas,<sup>37</sup> según lo cual ambas características son condiciones necesarias de los derechos subjetivos.

Sin embargo una mirada más detenida del asunto muestra que la ambivalente característica M3 puede formularse más claramente con un concepto unitario, el de *posición jurídica*. El interés o la voluntad del individuo funge como “razones” para una posición jurídica. Por esto el término de la posición jurídica traduce más claramente la tercera característica del concepto de derecho subjetivo.

¿Qué debe entenderse por posición jurídica? Como candidatas para una explicación surgen de inmediato las teorías de la voluntad y del interés. Además de éstas debe mencionarse la teoría analítica de los derechos, que concibe la característica de la posición jurídica más abstractamente sin descartar aquellas teorías, sino colocándolas bajo otra luz.<sup>38</sup>

Antes de analizar la característica de la posición jurídica es necesario dar respuesta a una posible objeción. Esta consiste en que podría ser superfluo hablar de posiciones jurídicas<sup>39</sup> por cuanto el concepto de la obligación jurídica hace innecesario el concepto de derecho subjetivo.<sup>40</sup> Dos argumentos contradicen esta afirmación: primero, la obligación jurídica y la norma jurídica no son condiciones que basten para la existencia de un derecho; segundo, la mención de posiciones jurídicas es para los sujetos jurídi-

32 Véase arriba 1.3.1. La norma jurídica.

33 H. Maurer (nota 8), p. 141.

34 H. Maurer (nota 8), p. 145.

35 B. Windscheid, *Lehrbuch des Pandektenrechts*, 9. Edición, Frankfurt a.M. 1906, p. 156; J. Austin, *Lectures on Jurisprudence*, Tomo 1, 5. Edición, London 1885, p. 410; H.L.A. Hart (nota 12), p. 183.

36 R. v. Ihering, *Geist des römischen Rechts auf den verschiedenen Stufen seiner Entwicklung*, parte 3, 5. Edición, Leipzig 1906, p. 351; J. Bentham, *An Introduction to the Principles of Moral and Legislation*, editado por J. H. Burns/H.L.A. Hart, London 1970, p. 206; D. Lyons, *Rights, Claimants and Beneficiaries*, en: *id.*, *Rights, Welfare and Mill's Moral Theory*, Oxford 1994, pp. 23 s.; N. McCormick, *Children's Rights: A Test-Case for Theories of Right*, en: *ARSP* 62 (1976), pp. 305 ss.; H. Shue, *Basic Rights*, New Jersey 1980, pp. 13 ss.

37

L. Enneccerus/H.C. Nipperdey, *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts*, 15. Ed., 1. y 2. Subtomos, Tübingen 1959/1960, p. 428; G. Jellinek, *System der subjektiven öffentlichen Rechte*, 2. Ed., Tübingen 1905, p. 44.

38

Desde una perspectiva analítica, Alexy ha llevado la discusión sobre la justificación de los derechos subjetivos a un mayor nivel de abstracción. En el modelo de tres niveles de derechos subjetivos propuesto se distingue entre enunciados sobre derechos, enunciados sobre la protección de derechos y enunciados sobre la fundamentación de derechos. *Si sólo tenemos en cuenta oraciones sobre derechos, por ejemplo el enunciado normativo “a [portador del derecho] tiene un derecho frente a b [obligado] un derecho [R] sobre G [el objeto]”, analíticamente se sigue que a se encuentra en una “posición jurídica”, en la que puede exigir G de b. Cfr. R. Alexy (nota 3), p. 164.*

39

Esta objeción en contra de la idea del derecho subjetivo fue elevada, entre otros, por H. Kelsen (nota 9) y por A. Foss (nota 10).

40

H. Kelsen (nota 2), p. 133.

cos, es decir para los portadores del derecho, de decisiva importancia política y jurídica.<sup>41</sup>

### 1) Poder jurídico y posición jurídica

En el caso de los conceptos de poder jurídico y posición jurídica, el adjetivo "jurídico(a)" remite a una norma y a una obligación presupuestas. El sustantivo "posición" puede ser equiparado al "poder jurídico" de un sujeto, en cuanto la facultad de imponer un derecho, lo cual refleja la posición jurídica del sujeto. Este fue el camino que tomó HANS KELSEN al elevar la facultad de demandar a característica constitutiva del concepto de derecho subjetivo.<sup>42</sup>

Importantes intuiciones favorecen esta concepción: (i) sin la posibilidad de exigir un derecho subjetivo, éste prácticamente no tendría sentido;<sup>43</sup> (ii) sin la posibilidad de hacer coercible el cumplimiento del derecho subjetivo no sería posible distinguir entre derechos jurídicos y morales. Así, cualquier persona podría intentar hacer valer cualquier beneficio, expectativa o demanda derivados de un enunciado normativo. Pero el reconocimiento jurídico de derechos morales derivados de la interpretación amenaza la libertad de terceros, pues esta interpretación sólo debe ser limitada por obligaciones jurídicas que correspondan a derechos que hayan sido establecidos o puedan ser establecidos jurídicamente.<sup>44</sup>

41 "Un mundo sin derecho a reclamar, no importa que tan lleno sea de benevolencia y devoción al deber, sufriría de un inmenso empobrecimiento moral. Las personas ya no esperarían un trato decente de otros sobre la base del merecimiento o de la justa exigencia (...). El daño a la autoestima individual y al desarrollo del carácter sería incalculable"; J. Feinberg (nota 31), p. 58. Cfr. R. Dworkin, *Taking Rights Seriously*, London 1978 (trad. esp.: *Los derechos en serio*, por María Guastavino, Editorial Ariel S.A., Barcelona 1984); id., *Rights as Trumps*, en: J. Waldron (ed.), *Theories of Rights*, 6. Ed., Oxford 1985, p. 153.

42 H. Kelsen (nota 2), p. 133.

43 "[Es] difícil pensar en derechos, excepto los capaces de ser ejercidos y esta concepción de los derechos correlativos a obligaciones como conteniendo poderes legales se acomoda a esta característica" H.L.A. Hart (nota 12), p. 192.

44 J. Habermas, *Die Einbeziehung des Anderen. Studien zur politischen Theorie*, Frankfurt a.M. 1996, p. 224, 296. (trad. esp.: *La inclusión del otro*, por Juan Carlos Velasco Arroyo y Gerard Vilar Roca, Paidós, Barcelona et al. 1999).

La característica de la posición jurídica, sin embargo, no debe confundirse con la del poder jurídico. La suposición de que la exigibilidad judicial es una característica constitutiva del concepto del derecho subjetivo no distingue entre enunciados sobre derechos y enunciados sobre la protección de los derechos.<sup>45</sup> "Tener" un derecho es condición de su exigibilidad. Los derechos subjetivos deben ser garantizados por la apertura de caminos legales, pero la exigibilidad (la facultad de demandar) no es una condición necesaria para la existencia de un derecho subjetivo. Las razones para los derechos son condiciones necesarias de los mismos, mientras que los derechos son condiciones necesarias para su exigibilidad.<sup>46</sup>

### 2) Intereses y posición jurídica

Como segundo candidato para esclarecer la característica de la posición jurídica aparecen los intereses del individuo, cuya protección se propone la norma jurídica. Según la opinión mayoritaria, un derecho subjetivo toma por dada una norma jurídica que "no solamente busca servir al interés colectivo, sino por lo menos también está dirigida a servir al interés de ciudadanos individuales".<sup>47</sup> El hecho de que las normas jurídicas le traen una ventaja al ciudadano (reflejo del derecho), no alcanza para justificar un derecho subjetivo. Es necesario que la ventaja sea querida por la norma jurídica.<sup>48</sup>

45 R. Alexy (nota 3), p. 166.

46 R. Alexy indica, "que de una escasa posibilidad de imposición no se puede concluir la no existencia de un derecho"; id. (nota 3), p. 168. No es obligatorio "tan sólo hablar de derechos cuando la habilidad legal para su imposición se halla en la "acción judicial", id., p. 167. Según Alexy, en el discurso legal se diferencia entre el derecho como una posición jurídica y la posibilidad de imposición, lo que, por ejemplo, está expuesto en el artículo 19, inciso 4 y § 42. Abs. 2 VwGO (Código Contencioso Administrativo alemán). Pero al orden jurídico no sólo le pertenecen posiciones que de hecho se puedan imponer judicialmente, sino también aquellas posiciones cuya posibilidad de imposición se pueda generar desde el punto del vista del orden jurídico; id., p. 168.

47 H. Maurer (nota 8), p. 145.

48 Por lo general debe extraerse el rumbo de los intereses de la norma jurídica pertinente. H. Maurer (nota 8), p. 145: "Es simple cuando una intención protectora del individuo es expresa en el texto de la ley (...). Cuando falta una reglamentación semejante se debe determinar, con ayuda de los medios de interpretación, si y en cuáles intereses individuales debe protegerla la reglamentación legal correspondiente".

BENTHAM propuso el criterio de *direct individual detriment* para establecer cuándo una norma jurídica no sólo es ventajosa para un sujeto, sino además tiene como finalidad servir a sus intereses. Así, dice la propuesta de BENTHAM:

"Si la proposición jurídica que busca beneficiar a un individuo y le confiere para ello un derecho, es interpretada simplemente en el sentido en que su desconocimiento constituye un detrimento individual directo, entonces tenemos un criterio para determinar cuando las leyes confieren derechos individuales, lo que evita complicados cuestionamientos sobre la intención legislativa 'actual'"<sup>49</sup>.

HART objetó la propuesta de BENTHAM porque ella no ofrece un criterio *suficiente ni necesario* para establecer cuándo una norma jurídica otorga un derecho subjetivo.<sup>50</sup> Para HART, el poder jurídico otorgado por la ley es, finalmente, el criterio decisivo para la determinación del derecho subjetivo.<sup>51</sup>

Independientemente de si la teoría de la voluntad suscrita por HART refuta la teoría de los intereses expuesta por BENTHAM, la capacidad de ambas teorías de brindar una descripción *completa* del discurso jurídico sobre los derechos es limitada. Esto lo señala el propio HART cuando afirma:

"Los varios elementos que utiliza la teoría del beneficio para analizar los derechos correlativos a obligaciones y aquellos que su rival, la teoría de la elección, usa para analizar estos y otros tipos de derechos (...) no son suficientes para proveer un análisis de los derechos individualmente garantizados constitucionalmente"<sup>52</sup>.

Por eso ya en 1973 invitaba a proseguir con el análisis del concepto de derecho subjetivo, como se usa en el discurso jurídico, sobre una base ampliada. En *Bentham on Legal Rights*, H.L.A. HART escribe:

"[En] vez de una teoría analítica general y explicativa que cubra todo el campo de los derechos legales, yo he proporcionado una teoría general en términos de la noción de la elección individual legalmente respetada, que tan sólo es satisfactoria a un nivel —el nivel del abogado preocupado con el funcionamiento de la ley 'ordinaria'—. Esto requiere ser complementado para acomodarse al importante desarrollo del lenguaje jurídico por parte de los constitucionalistas y la crítica individualista a la ley, para quienes el centro de la noción de los derechos no es de elección individual, ni de beneficio individual, sino las necesidades básicas o fundamentales de la persona"<sup>53</sup>.

En tiempos recientes, LARS LINDAHL<sup>54</sup> y ROBERT ALEXY<sup>55</sup> han llevado el análisis del concepto de derecho subjetivo a un nivel de abstracción más elevado, tal y como lo sugiriera en su momento H. L. A. HART.

### 3) La posición jurídica y las "razones válidas"

Para una teoría analítica de los derechos, la distinción entre norma y posición es esencial.<sup>56</sup> Pero, ¿qué debe comprenderse bajo una "posición"? ¿Qué es una posición más que una norma y una obligación? Para la fundamentación del término posición, primero debe distinguirse entre la posición en sentido lógico (formal), en el sentido de su contenido (sustancial) y en sentido político.

Desde una perspectiva lógica, una posición es la relación deóntica (OsaG) de acuerdo con la cual el individuo (a) está en la situación de poder exigir algo (G) de un otro (s). En sentido sustancial o de contenido, una posición es la situación que ocupa un individuo dentro de un orden normativo, que debe ser reconocida y protegida *prima facie* porque dicha posición puede ser justificada con buenas razones que hablan a favor del individuo. En sentido político, una posición significa que el individuo es tomado en serio. Las posiciones jurídicas tienen algo de "adicional" (*supervenient*) con

49 H.L.A. Hart (nota 12), p. 188.

50 H.L.A. Hart (nota 12), p. 195.

51 H.L.A. Hart (nota 12), pp. 191-192.

52 H.L.A. Hart (nota 12), p. 198.

53 H.L.A. Hart (nota 12), p. 201.

54 L. Lindahl, *Position and Change*, Dordrecht 1977.

55 R. Alexy (nota 3), p. 169 ss.

56 R. Alexy, *Recht, Vernunft, Diskurs*, Frankfurt a.M. 1995, p. 235; id. (nota 3), p. 163.

respecto a las normas y a los deberes porque pueden ser generadas por vía de la argumentación racional a partir de una o varias normas. Esto se debe, entre otras cosas, a que el individuo es, en primera instancia sujeto de los derechos (es decir, ciudadano) y no sólo objeto del orden jurídico (es decir, súbdito o vasallo).

Por esto los derechos subjetivos no son tan sólo aquellas posiciones jurídicas que aparecen de manera expresa o como reflejo de un deber jurídico en un enunciado normativo. Los derechos subjetivos son todas las posiciones jurídicas que se le pueden adscribir a un enunciado normativo o a una "red de enunciados normativos"<sup>57</sup> por medio de razones válidas.

HENRY SHUE definió acertadamente el derecho subjetivo como "posición".

"[E]l tener un derecho es estar en la posición de hacer exigencias a otros y el estar en tal posición implica, entre otras cosas, para la situación de uno mismo, caer bajo principios generales que son buenas razones por las que las exigencias de uno deberían ser garantizadas"<sup>58</sup>.

Según esto, bajo una posición jurídica, la posición del sujeto del derecho en un ordenamiento jurídico debe entenderse como (i) la que puede ser fundamentada con razones válidas y suficientes y (ii) la que cuyo no reconocimiento injustificado ocasiona un daño inminente al sujeto del derecho. Estos dos elementos de la posición jurídica serán descritos brevemente a continuación. En el cuarto capítulo de este libro nos ocuparemos de su justificación filosófica.

(i) Razones válidas son aquellas que pueden ganarse con la ayuda de la argumentación jurídica.<sup>59</sup> En la misma dirección, JOEL FEINBERG define los derechos como *valid claims*:

57 Aquí la diferenciación entre "enunciado normativo" y "red de enunciados normativos" tiene sentido porque las posiciones jurídicas no sólo pueden adscribirse a enunciados normativos individuales sino también a un conjunto de enunciados normativos parciales unidos mediante argumentación sistemática [red de enunciados normativos]. Cfr. R. Alexy (nota 3), pp. 54 ss.

58 H. Shue, *Basic Rights*, Princeton, N.J., 1980, p. 13.

59 R. Alexy, *Theorie der juristischen Argumentation*, 3. Edición, Frankfurt a.M., 1996.

"Prefiero definir los derechos como exigencias válidas a definirlos como exigencias justificadas, porque sospecho que justificación es una calificación demasiado amplia. 'Validez', como yo la entiendo, es una justificación de un tipo reducido, una justificación dentro de un sistema de reglas. Un hombre tiene un derecho legal cuando el reconocimiento oficial de su exigencia (como válida) es ordenado por las reglas vigentes"<sup>60</sup>.

La posición jurídica no debe confundirse con las razones que la sustentan, como parece ser el caso en la interpretación de FEINBERG. Aquí es determinante que se trate de razones jurídicamente válidas para poder hablar de una posición "jurídica".

(ii) La determinación de una posición jurídica puede, no obstante, presentarse también de modo negativo: el no reconocimiento injustificado de una posición jurídica tiene la potencialidad de ocasionarle un daño al sujeto del derecho. El segundo criterio corresponde al criterio del *direct individual detriment*, que fuera propuesto por JEREMÍAS BENTHAM para la determinación del derecho subjetivo.

Queda entonces tan sólo por resolver cuáles razones cuentan como válidas. Esta pregunta remite, entre otras cosas, a la relación entre derechos jurídicos y derechos morales, lo que constituye un tema central tanto de la justificación filosófica de los derechos como de la relación entre el derecho y la moral. Aquí sólo puede tratarse brevemente el primer tema, en conexión con el contenido conceptual del derecho subjetivo.

Se trata con ello del problema de la justificación de las posiciones jurídicas, el cual plantea la pregunta sobre el alcance de la característica de la posición jurídica (M3). La cuestión consiste en establecer cómo puede justificarse una posición jurídica. Una posición positivista<sup>61</sup> tan sólo permite normas jurídicas explícitamente establecidas como razo-

60 J. Feinberg (nota 31), p. 67.

61 H. Kelsen (nota 2), p. 130 ss.; id., *Allgemeine Theorie der Normen*, editado por K. Ringhoffer/R. Walter, Viena 1979, p. 110 ss.



nes para derechos, mientras que desde una perspectiva no positivista<sup>62</sup> también caben normas jurídicas ganadas interpretativamente.<sup>63</sup> En el primer caso se prefiere una interpretación semántica para la determinación de los derechos subjetivos con miras a garantizar así la seguridad jurídica, pues una consecuencia del reconocimiento de un derecho subjetivo es siempre la imposición de una obligación jurídica; es decir, un derecho subjetivo siempre implica la reducción silente de la libertad general.<sup>64</sup> En contraste, la perspectiva no positivista permite adscribir normas jurídicas a enunciados normativos mediante interpretación, con lo cual los derechos subjetivos adquieren una cierta primacía sobre el derecho objetivo porque pueden ser ganados mediante argumentación. Pero esta relación de primacía implica sólo una reducida pérdida de seguridad jurídica. Quien dice tener un derecho subjetivo debe justificarlo de manera jurídicamente correcta, lo que permite un control objetivo del reconocimiento de derechos y de la asignación consecuente de obligaciones. Desde una perspectiva teórica, las tendencias positivista y no positivista implican concepciones radicalmente distintas de los derechos. Se trata aquí, entre otras cosas, de la pregunta sobre si los derechos exhiben un carácter deontológico<sup>65</sup> o teleológico, si deben ser entendidos como reglas, principios o valores.<sup>66</sup>

La dilucidación del concepto de derecho subjetivo no estaría completa de no abordarse el aspecto de las formas y estructuras propias de los derechos subjetivos.

62 R. Alexy (nota 3), p. 168; R. Dworkin, *Taking Rights Seriously*, Londres 1978, p. 81 ss.; id., *Freedom's Law. The Moral Reading of the American Constitution*, Cambridge, Mass. 1996, p. 73.

63 R. Alexy (nota 3), pp. 61 ss.

64 Véase antes 1.3. 2.2 La obligación jurídica.

65 J. Habermas, *Faktizität und Geltung. Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaats*, 4. Edición, Frankfurt a.M. 1994, pp. 255, 312 y ss. (trad. esp.: Facticidad y validez, por Manuel Jiménez Redondo, Editorial Trotta, Madrid 1998); id., (nota 44), pp. 366 y ss.

66 Cfr. R. Dworkin, *Taking Rights Seriously*, Londres 1978, p. 90; H.L.A. Hart, *The Concept of Law, Postscript*, 2. Edición, Londres 1994, pp. 268 ss.; R. Alexy, *Zum Begriff des Rechtsprinzips*, en: id., (nota 56), pp. 177 ss.; id., *Individuelle Rechte und kollektive Güter*, en: id., (nota 56), p. 237.

#### 1.4. Forma y estructura del derecho subjetivo

Los derechos subjetivos pueden adoptar la forma de libertades, derechos a algo o competencias.<sup>67</sup>

##### 1.4.1. Libertades

El objeto de las libertades puede consistir en una acción o una alternativa de acción. En el primer caso se habla de libertades positivas, en el segundo de libertades negativas.<sup>68</sup> Las libertades negativas se componen de posiciones jurídicas mediante las que se permite hacer algo ( $p$ ) o no hacerlo ( $\neg p$ ). Una libertad negativa puede ser expresada por la fórmula  $L = P(p \vee \neg p)$ . Poseer una libertad negativa significa que uno puede realizar una acción  $p$  o no realizarla (dejar de hacerla). Un sujeto jurídico puede tener libertades negativas con respecto a otros. Por esto tiene sentido expresar la estructura de las libertades negativas como relaciones tripartitas ( $LabG$ ), es decir, una relación ( $L$ ) con tres elementos: el portador ( $a$ ) de la libertad ( $L$ ), el obligado ( $b$ ) y el objeto de la libertad ( $G$ ).<sup>69</sup>

##### 1.4.2. El derecho a algo

También la estructura del derecho ( $D$ ) a algo es una relación de tres elementos,<sup>70</sup> en la que el portador del derecho ( $a$ ) tiene derecho ( $D$ ) a una acción ( $G$ ) con respecto al obligado ( $b$ ).<sup>71</sup>

67 J. Bentham, *On Laws in General*, editado por H.L.A. Hart, Londres 1970, pp. 251 ss.; W. N. Hohfeld, *Fundamental Legal Conceptions as Applied in Judicial Reasoning and Other Essays*, New Haven 1923, p. 36 ss.; H.L.A. Hart (nota 12), p. 173; R. Alexy (nota 3), p. 171.

68 R. Alexy (nota 3), pp. 197 ss.

69 La estructura de las libertades negativas puede expresarse de la siguiente manera:  $LabG = PabG \wedge Pab\neg G$ . Cfr. R. Alexy (nota 3), p. 204.

70 R. Alexy expresa esta relación tripartita por medio de la fórmula  $DabG$ . Véase id., (nota 3), p. 171.

71 R. Alexy (nota 3), p. 172.

Los derechos a algo implican las obligaciones de otros. La tesis de la correlatividad<sup>72</sup> permite conectar la estructura del derecho a algo y la estructura de la obligación, y representarlas como correlativos jurídicos.<sup>73</sup> *DabG* ↔ *ObaG*, en donde *O* es el operador deóntico para la relación de lo ordenado, *b* es el obligado, *a* es el portador del derecho y *G* el objeto del derecho.

### 1) Derechos negativos y positivos

Según si el objeto de la obligación es un hacer (acción positiva) o un no hacer (acción negativa), el derecho correlativo es designado como derecho positivo o negativo. Los derechos negativos tienen como objeto un dejar de hacer del obligado, sea un individuo o una colectividad. Frente a eso, los derechos positivos tienen como objeto un hacer del obligado u obligados. Este "hacer" bien puede ser una acción material o fáctica, o una acción normativa.

### 2) Derechos relativos y absolutos

Los derechos a algo se dividen, por regla general, en derechos relativos (*ius in personam*) y derechos absolutos (*ius in rem*). La clasificación depende de si el obligado por el derecho es una persona en particular o la generalidad (*the world at large*)<sup>74</sup>.

### 3) Derechos especiales y generales

En la teoría jurídica, los derechos se clasifican en generales y especiales, según si la titularidad de un derecho presupone o no un título adquisitivo previo. Es así como los derechos especiales surgen a partir de un título adquisitivo, por ejemplo un contrato o una ley.<sup>75</sup> Los derechos generales no

72 Ver supra 1.3.2. La obligación jurídica.

73 R. Alexy (nota 3), pp. 185 ss.

74 J. Feinberg (nota 31), p. 59.

75 E. Tugendhat, *Vorlesungen über Ethik*, 3 Ed., Frankfurt 1995, pp. 341 ss. (trad. esp.: *Lecciones sobre ética*, por Luis Román Rabanaque, Gedisa, Barcelona 1997).

necesitan de tal título. Por ello se afirma que son categóricos. Este es el caso del derecho a la vida, para cuya titularidad no requiere la persona humana de un título adquisitivo. Los derechos humanos pertenecen a la última categoría.

La distinción entre derechos generales y especiales es central para la definición de los derechos fundamentales.<sup>76</sup> Por eso el concepto de los derechos generales —y con ello la distinción entre derechos generales y especiales— debe justificarse más detalladamente.

El derecho general se distingue en tres aspectos de otros derechos: por los sujetos de la relación, por el sentido lógico y por la fuente del derecho.

Según sus sujetos (titular y obligado), los derechos generales son universales, es decir, son derechos de titular universal y *erga omnes*, esto es, vinculan a todas las personas. La universalidad del círculo de titulares y de obligados depara distintos problemas. Se discute si los animales, las colectividades y los Estados pueden ser portadores de derechos.

Los problemas en torno a la estructura de los derechos humanos han sido esclarecidos parcialmente.<sup>77</sup> Una discusión detallada no es posible aquí, pues ello rebasaría los límites de esta investigación. Por eso, en este texto sólo se tratará el ejemplo principal de un derecho general, el derecho a la vida. Este comprende el derecho a no ser privado de la vida, el derecho a un mínimo existencial y el derecho a la protección. No sólo algunas, sino todas las personas deben respetar y garantizar el derecho general a la vida (derecho *erga omnes*).

De acuerdo a su carácter lógico, los derechos generales son derechos abstractos, es decir, derechos que solamente se dejan determinar en una situación fáctica concreta. En contradicción con los derechos especiales, para los cuales el objeto del derecho es determinado por ley o contrato, el objeto de los derechos generales necesita de una determinación. Mas aún, la positivación

76 Véase abajo 2.1.1.1) Definición.

77 Respecto a los problemas de la universalidad de la titularidad y de los obligados de los derechos humanos, véase, R. Alexy (nota 21), pp. 247-248.

de los derechos generales en un nivel constitucional no resuelve el problema de la indeterminación de los derechos generales, lo que está estrechamente relacionado con la característica de su cualidad abstracta.

Según su fuente jurídica, los derechos generales son derechos morales. Por un lado, los derechos generales son reconocidos en numerosas constituciones; por el otro, su sola inclusión en la constitución no basta para la justificación de los derechos generales, entre otras cosas porque las constituciones —a pesar de cláusulas de intangibilidad— pueden ser cambiadas. Para la justificación de los derechos generales es necesario remitirnos a razones filosóficas o sustanciales.

#### 1.4.3. Competencias

Las competencias (en inglés *powers* o *competences*) son posiciones jurídicas caracterizadas por el hecho de que un sujeto jurídico puede cambiar la posición jurídica de otro sujeto jurídico, sin que para ello sea necesaria una actuación adicional.<sup>78</sup> Los sujetos jurídicos, tanto privados como públicos, pueden ejercer competencias. En ambos casos, el ejercicio de las competencias constituye un acto institucional, es decir, para su ejercicio se dan por sentadas reglas constitutivas.<sup>79</sup> Sin estas reglas (normas de competencia) no sería posible cambiar las posiciones jurídicas mediante actos jurídicos.<sup>80</sup>

Según su estructura, las competencias también pueden ser expresadas como relaciones tripartitas. Que *a* tiene la competencia de cambiar la posición jurídica (*Pj*) de *b* —por ejemplo cuando *a* incluye a *b* en su testamento—, puede ser representado con ayuda del operador de competencia "*C*", como se sigue a continuación: *Cab(Pjb)*.<sup>81</sup> Esta notación expresa que la posición jurídica (*Pj*) de *b* (el no dueño) cambia por un acto (testamento) de *a* (el dueño), estipulado por una regla de competencia, cuyo ejercicio (*C*) hace

78 Cfr. R. Alexy (nota 3), p. 218.

79 J. R. Searle, *Speech Acts*, Cambridge 1969, pp. 33 ss. (trad. esp. *Actos de habla*, por Luis M. Valdés Villanueva, Cátedra, Madrid 1986). R. Alexy (nota 3), p. 215.

80 R. Alexy (nota 3), p. 216.

81 R. Alexy (nota 3), p. 218.

que *b* se convierta en dueño. Por lo demás, es posible distinguir entre las competencias de los ciudadanos y del Estado.

#### 1) Competencias del ciudadano

El orden jurídico reconoce competencias del ciudadano, con las que éste puede cambiar su posición jurídica (por ejemplo mediante el matrimonio) o cambiar la posición jurídica de otro (por ejemplo con la liberación del deudor). Las competencias del ciudadano no deben confundirse con simples permisos, cuya realización no tiene como consecuencia necesaria el cambio de una posición jurídica.

#### 2) Competencias estatales positivas

Las competencias positivas del Estado son creadas por medio de normas de competencia, cuyo cumplimiento no se halla en el ámbito de configuración de los órganos estatales. Las competencias no deben confundirse con el poder fáctico de actuación. Una norma de competencia promueve una actuación del Estado necesaria para el cambio de las posiciones jurídicas de otros. Este es el caso de las competencias estatales cuyo ejercicio viene dado por el orden jurídico y que por lo tanto promueven un cambio de la posición jurídica de otros. La reglamentación de la seguridad social, por ejemplo la estipulada en el artículo 74 inciso 1, numeral 7 de la Ley Fundamental de Bonn, es objeto de la legislación de desarrollo. Que los órganos estatales tengan la competencia para expedir normas jurídicas que reconocen el derecho a la seguridad social de los habitantes del país, y con ello la capacidad de cambiar sus posiciones jurídicas, no significa que los organismos estatales sean libres, es decir, que tengan el derecho de promulgar o no normas jurídicas con este propósito, a pesar de que tienen un cierto ámbito de configuración legislativa para la toma de decisiones en la materia. En los casos extremos, el no cumplimiento de una norma de competencias puede llevar a vulnerar derechos fundamentales debido a omisiones estatales.<sup>82</sup>

82 E.-W. Böckenförde (nota 7), p. 156; H.H. Klein, *Die Grundrechtliche Schutzpflicht*, DVBl. 1994, pp. 469 ss.

### 1.5. Contenido y alcance del concepto

Desde una perspectiva jurídico-filosófica, según la concepción liberal clásica, los derechos subjetivos son o libertades o derechos negativos, pero no derechos positivos. Tal posición también es apoyada por HABERMAS:

"Los derechos subjetivos (...) tienen el sentido de descargar a las personas jurídicas de los preceptos morales bien determinados concediéndoles a los actores espacios legales para las acciones guiadas por sus propias preferencias.<sup>83</sup> "Los derechos subjetivos con los que se construye el ordenamiento jurídico moderno tienen el sentido de dispensar a las personas jurídicas de las obligaciones morales. Con la introducción de los derechos subjetivos, que otorgan a los actores un espacio de acción en el que actuar conforme a sus propias preferencias, el derecho moderno hace valer el principio general de que está permitido todo lo que no está explícitamente prohibido"<sup>84</sup>.

Esta conceptualización de los derechos subjetivos confunde el contenido del concepto con su alcance y lleva a dos reducciones que no se pueden permitir: (i) la reducción, excluyente de los derechos positivos, de aquellas formas que podrían adoptar los "derechos subjetivos"; (ii) la reducción de la característica conceptual "posición jurídica" (M3) a la característica "norma jurídica" (M1).

(i) La reducción de los derechos a libertades y su clasificación como derechos negativos es injustificada, incompleta e induce a error. Es injustificada porque no muestra por qué los derechos subjetivos sólo pueden fundamentarse como derechos de libertad. Es incompleta porque ignora el uso del lenguaje jurídico sobre los derechos al no tener en cuenta el discurso de los derechos a actuaciones positivas o al ejercicio de competencias jurídicas del Estado. Y lleva a conclusiones erróneas porque confunde el contenido del concepto con su alcance.

(ii) Las preguntas por la forma y la estructura de los derechos subjetivos tocan su alcance, no su contenido conceptual. Una reducción de la

posición jurídica (M3) a la norma jurídica (M1) tiene como consecuencia que los derechos subjetivos se vuelven superfluos. A continuación se busca demostrar que es necesario distinguir entre contenido y alcance del concepto para poder postular un concepto adecuado del derecho subjetivo. Quien acepta esta distinción también tiene que rechazar la reducción de la posición jurídica (M3) a norma jurídica (M1).

La diferencia entre el contenido del concepto y lo que éste abarca es fácil de reconocer por medio de una simple formalización. Los derechos subjetivos (Ds) pueden ser definidos por la conjunción de las características de la norma jurídica (M1), la obligación jurídica (M2) y la posición jurídica (M3). Así, un derecho subjetivo existe cuando están dadas las características de la norma jurídica, la obligación jurídica y la posición jurídica.<sup>85</sup>

Para una parte de la doctrina jurídica, los derechos subjetivos tienen un alcance estrecho (A1), que se da por la conjunción de la norma jurídica explícita (Ne), la obligación jurídica (Oe) y la posición jurídica explícita (Pje).<sup>86</sup> Pero como la obligación jurídica explícita coincide con la norma jurídica explícita y la posición jurídica explícita sólo puede ser la norma jurídica explícita, se sigue, según esta estricta concepción de los derechos subjetivos, que estos se dejan reducir a normas jurídicas.

En contraposición, otra parte de la doctrina sostiene la tesis de que el alcance de los derechos subjetivos debe ser conservado para poder describir completamente el lenguaje de los derechos. Un alcance mayor (A2), entonces, puede representarse como la conjunción de una norma jurídica explícita o implícita (Ne v Ni) de la obligación jurídica explícita o implícita (Oe v Oi) y de la posición jurídica explícita o implícita (Pje v Pji).<sup>87</sup> La diferencia entre una norma jurídica explícita y una implícita —o entre una obligación jurídica explícita y una implícita— consiste en que la norma jurídica —o la obligación jurídica— puede obtenerse por medio de la interpretación de un "enunciado normativo" o de una "red de enunciados normativos"<sup>88</sup>.

85 (x) (M1 x  $\wedge$  M2 x  $\wedge$  M3 x)  $\leftrightarrow$  Ds x (1); véase arriba, nota 17.

86 A1: (x) (Ne x  $\wedge$  Oe x  $\wedge$  Pje x)  $\leftrightarrow$  Ds x (2).

87 A2: (x) [(Ne x v Ni x)  $\wedge$  (Oe x v Oi x)  $\wedge$  (Pje x v Pji x)]  $\leftrightarrow$  Ds x (3).

88 Véase arriba nota 57.

83 J. Habermas (nota 44), p. 224 (pp. 176-7 de la versión en español).

84 J. Habermas (nota 44), p. 296 (p. 250 de la versión en español).

Un alcance más estrecho del concepto del derecho subjetivo podría coincidir con el alcance amplio<sup>89</sup> si la norma jurídica -u obligación jurídica o posición jurídica- explícita fuese idéntica a la norma -u obligación jurídica o posición jurídica-, como sucede cuando se está ante un perfecto, completo y nada ambiguo contenido normativo.<sup>90</sup> De cualquier forma, es de anotar que un alcance amplio (A2) del concepto de derecho subjetivo encierra el alcance estrecho (A1). Un alcance amplio del concepto de derecho subjetivo puede ser compatible con el alcance estrecho (A1), pero no necesariamente.

En vista del carácter abierto de las normas de derechos fundamentales,<sup>91</sup> un alcance amplio del concepto del derecho subjetivo (A2) se evidencia como más adecuado que uno estrecho (A1). Pocas normas jurídicas postulan un derecho subjetivo de manera explícita y de manera indiscutible. Si redujéramos el concepto de derecho subjetivo a un alcance estrecho -o sea, a normas jurídicas explícitas-, entonces deberíamos limitar los derechos fundamentales a aquellos que de hecho están establecidos como tales en el texto de la Constitución. Disposiciones de derechos fundamentales como "todos los hombres son iguales ante la justicia" (artículo 3, inciso 1 de la Ley Fundamental de Bonn) o "el arte y la ciencia, la investigación y la enseñanza son libres" (artículo 5, inciso 3 de la Ley Fundamental de Bonn), de acuerdo a la concepción de alcance estrecho, no garantizarían derechos subjetivos. Tal concepción, sin embargo, no corresponde en manera alguna a la realidad de la práctica constitucional actual.

## 2. LOS DERECHOS SOCIALES FUNDAMENTALES COMO DERECHOS SUBJETIVOS

Una vez precisado el contenido del concepto del derecho subjetivo, debe mostrarse por qué los derechos sociales fundamentales se acomodan sin mayores problemas a dicho concepto, es decir, cumplen con la caracte-

<sup>89</sup>  $A1 \leftrightarrow A2$  (4).

<sup>90</sup>  $(x) (N \wedge O \wedge P) \leftrightarrow N \wedge O \wedge P$  (5).

<sup>91</sup> R. Alexy (nota 3), pp. 15 y ss., 58.

rísticas M1, M2 y M3. Con tal fin, los conceptos de derechos fundamentales y de derechos sociales fundamentales deben presentarse primeramente a partir de sus características constitutivas. Después deberá demostrarse si los derechos sociales fundamentales pueden clasificarse como derechos subjetivos.

### 2.1. Conceptos

#### 2.1.1. Derechos fundamentales

##### 1) Definición

ROBERT ALEXY define acertadamente los derechos fundamentales como "posiciones tan importantes que su otorgamiento o no otorgamiento no puede quedar en manos de la simple mayoría parlamentaria".<sup>92</sup>

Esta definición de los derechos fundamentales posee muchas ventajas. Su brevedad y grado de generalidad garantizan un amplio acuerdo. Por otro lado, la definición asocia directamente el concepto del derecho fundamental al concepto de la democracia,<sup>93</sup> con lo que los derechos fundamentales se anclan a la teoría política.

##### 2) Características

Los derechos fundamentales son derechos subjetivos con un alto grado de importancia. El concepto de derecho fundamental se compone entonces de las características del derecho subjetivo y de su importancia. Así, se puede decir que un derecho fundamental es aquel que cumple con las características del concepto de derecho subjetivo y con la característica de alto grado de importancia.<sup>94</sup>

<sup>92</sup> R. Alexy (nota 3), p. 406.

<sup>93</sup> C. R. Sunstein, *Constitutions and Democracies: an Epilogue*, en: J. Elster/R. Slagstad (ed.), *Constitutionalism and Democracy*, Cambridge 1988, pp. 327, 338.

<sup>94</sup> Si se denota el grado de importancia como M4, los derechos fundamentales (DF) pueden definirse de la siguiente manera:  $(x) (M1 \wedge M2 \wedge M3 \wedge M4 \wedge x) \leftrightarrow DF \wedge x$  (6). Pero, si vale  $\wedge (x) (M1 \wedge M2 \wedge M3 \wedge x) \leftrightarrow Ds \wedge x$  entonces también vale:  $(x)$