

del viejo sistema autoritario. También los relatos de Woldenberg pueden servirnos entonces para evitar un optimismo fácil, para reconocer que nuestro tránsito democrático permanecerá incompleto mientras sigamos aceptando como algo natural que la ética y la política nada tienen que ver o, peor aún, que la moral es un mero insumo de una lucha descarnada por el poder.

En todo caso, sólo me queda agradecerle a Raúl Trejo, director de *Etcétera*, a Ra-

fael Pérez Gay, director de la editorial Cal y Arena, y sobre todo a José Woldenberg, autor de esta brillante memoria, la oportunidad de haber podido recordar y reflexionar sobre un pasado que pareciendo en tantos sentidos muy lejano, sigue siendo una premisa indispensable para pensar nuestro presente y, ojalá, para proponernos un futuro deseable y posible, un futuro en el que la moral ya no pueda ser solamente, nunca más, un árbol que da moras.

## EL LENGUAJE DE LOS DERECHOS

Corina Yturbe

JUAN ANTONIO CRUZ PARCERO,  
*El concepto de derecho subjetivo*,  
México, Fontamara, Col. Doctrina  
Jurídica Contemporánea, 1999

En el Prólogo de su libro, Juan Antonio Cruz nos cuenta que en los años ochenta se puso de moda el uso retórico del lenguaje de los derechos humanos. Se trataba, en efecto, de un uso que cumplía una función meramente ideológica, ya que dichos derechos eran violados de manera cotidiana. Fue esa característica de la vida mexicana lo que le llevó a convertirse en un «militante» de la causa de los derechos (p. 13). Y fue esa militancia lo que le condujo a emprender, como un primer paso de la larga tarea que consiste en consolidar una cultura democrática a través de la defensa de los derechos humanos, el análisis del concepto de derecho subjetivo, «armazón teórico de la noción de derechos humanos», como señala Manuel Atienza en su Introducción (p. 10).

No puede negarse que el lenguaje de

los derechos cumple una importante función práctica: las reivindicaciones de los movimientos que buscan la satisfacción de nuevas necesidades materiales y morales adquieren cierta fuerza cuando se plantean en términos de derechos. Sin embargo, a pesar de los numerosos intentos de análisis para encontrar una definición satisfactoria, el lenguaje de los derechos sigue siendo muy ambiguo, poco riguroso y con frecuencia es utilizado de manera meramente retórica. Muchas veces no se sabe, por ejemplo, si se habla de derechos meramente proclamados, o si se habla de derechos reconocidos y protegidos en un ordenamiento jurídico inspirado en los principios del constitucionalismo. Además, como escribe Cruz Parcero, «de [...] dificultades genuinas por definir los conceptos jurídicos han surgido una serie de teorías irreconciliables entre sí» (p. 158). Y es que, en efecto, la mayoría de los problemas empíricos y conceptuales dependen de los diferentes usos de las palabras, es decir, de las definiciones a me-

nudo implícitas utilizadas, o en todo caso presupuestas, por quien habla.

*El concepto de derecho subjetivo* tiene, entre muchas otras, la enorme virtud de avanzar en la clarificación del lenguaje de los derechos, a través del análisis del concepto de derecho subjetivo —concepto central, de los más utilizados aunque también de los más incomprendidos por sus múltiples significados—, tomando como base a cuatro grandes teóricos del Derecho: Kelsen, Hohfeld, Hart y Dworkin. Dedicar un capítulo a cada uno de esos autores y nos muestra cuáles fueron sus principales aportaciones, sus insuficiencias y sus ventajas en el tratamiento de los problemas actuales más cruciales de la teoría del Derecho. Se trata de una obra de filosofía del Derecho, pero que no pertenece a la filosofía del Derecho de los filósofos, sino a la de los juristas. No encontraremos una concepción del mundo, una «filosofía» aplicada de manera mecánica al Derecho, ni la confusión entre filosofía del Derecho y teoría de la justicia. La filosofía del Derecho de los juristas —de la que este libro es un ejemplo— es una filosofía de estilo analítico, dirigida a los problemas conceptuales que se ocultan en el interior de la experiencia jurídica. El autor se pregunta por el significado de las expresiones lingüísticas, destaca y señala sus usos lingüísticos efectivos, su ambigüedad e indeterminación, y revela sus connotaciones valorativas, con frecuencia escondidas. Ese tipo de filosofía del Derecho no se puede hacer sin conocer el Derecho. Los problemas que trata son los de la ciencia jurídica, pero estudiados en un nivel de abstracción distinto y su objetivo es la crítica —y de ese modo el progreso— de la ciencia jurídica.

Es imposible señalar todos los hilos con los que esos autores fueron construyendo el concepto de derecho subjetivo, hilos que Cruz Parceró va tejiendo de ma-

nera prolija e inteligente para al final mostrarnos una trama donde aparecen con nitidez las discusiones, los problemas, las limitaciones, los conceptos en juego y las distintas concepciones sobre el Derecho, a partir de las cuales se explican los derechos subjetivos. Sólo un experto sería capaz de discutir los detalles y los argumentos a través de los cuales él reconstruye las teorías de Kelsen, Hohfeld, Hart y Dworkin. Me limitaré, entonces, a apuntar las grandes líneas y a anotar alguna perplejidad, que surge del contraste entre el rigor y la claridad con que se van construyendo las características del concepto de derecho subjetivo y la oscuridad en que se deja el concepto de derecho moral.

En el capítulo I, dedicado a Hans Kelsen, Cruz Parceró parte desde las primeras obras de ese teórico, en las que ya se encuentra el núcleo central de su concepción sobre el derecho subjetivo: el derecho subjetivo no es otra cosa que Derecho objetivo, es decir, norma jurídica. Después de una revisión minuciosa de las críticas de Kelsen a las teorías iusnaturalistas, de la voluntad (Windscheid), del interés (Jhering), de la combinación (Bernatzik y Jellinek) y a las teorías marxistas (Pasukanis), por sus contenidos iusnaturalistas, psicologistas o sociologistas, se llega a la conclusión de que Kelsen, una vez que ha reducido el derecho subjetivo a derecho objetivo, lo presenta como una técnica que el Derecho puede utilizar. Se nos explica, entonces, cuáles son, según Kelsen, los cinco sentidos en los que se puede hablar de derecho subjetivo: como reflejo de una obligación jurídica, derecho subjetivo privado en sentido técnico, como permisividad positiva, como derecho político y como libertad fundamental (p. 45). Cada uno de estos sentidos es ampliamente discutido junto con las críticas de importantes teóricos juristas. Cruz Parceró concluye este capítulo reconociendo el atrac-

tivo de las tesis de Kelsen, pero señalando que deja fuera muchos aspectos importantes del lenguaje de los derechos, los que —hasta cierto punto— serán abordados por los siguientes autores.

Wesley Newcomb Hohfeld (capítulo II) escribió únicamente nueve artículos, de los cuales sólo uno provocó una rica discusión y sigue siendo punto de referencia obligado para la aclaración del concepto de derecho subjetivo. Gracias a Cruz Parceró, aprendemos que la importancia de este joven solitario, que estudia hasta altas horas de la noche y quizá por ello muere a la temprana edad de 39 años de un ataque al corazón, radica en su análisis del concepto de derecho subjetivo desde el punto de vista de las posiciones o relaciones jurídicas: el concepto de derecho subjetivo en «sentido amplio» sería una conjunción de distintas relaciones o posiciones jurídicas. En «sentido estricto», el derecho subjetivo es aquel cuyo correlativo es el deber. Un aporte de Hohfeld es el análisis de la relación entre «privilegios» y «no derechos», a partir de la cual puede entenderse mejor lo que es la libertad: a partir de su tabla de opuestos jurídicos, Hohfeld muestra que en la medida en que unos tienen libertades otros no tienen derechos y que el grado de libertad de acción de unos se convierte en la inseguridad de los otros. Cruz Parceró señala que si bien es cierto que gran parte del sistema jurídico consiste en reglas que permiten que unos individuos dañen a otros, tener un privilegio o una libertad no significa que no se tenga ninguna protección, ya que en el sistema jurídico siempre hay «un *perímetro de protección* de obligaciones y prohibiciones» que protegen de ciertos daños (pp. 122-123).

A partir de la conjugación de la llamada filosofía del lenguaje ordinario (Austin) y de la filosofía liberal inglesa (Hobbes, Bentham, Mill), Hart aborda distintos

aspectos y problemas relacionados con los derechos subjetivos desde dos puntos de vista: uno conceptual o analítico a partir del cual se ocupa de la definición y análisis de los conceptos de derecho subjetivo y de derecho moral; y, a partir de la proximidad conceptual entre el lenguaje del Derecho y el de la moral, Hart se plantea el problema de la fundamentación de los derechos. Por esta vía, abre el camino de la discusión moral sobre los derechos, conectando el tema de los derechos subjetivos jurídicos con el problema de los derechos morales o naturales, pero manteniendo la separación conceptual entre Derecho y moral. En suma, «la obra de Hart, en relación al tema del derecho subjetivo, tiene el gran mérito de contener una enorme cantidad de sugerencias y, principalmente, el de haber abierto la discusión a temas que posiciones como la de Kelsen y Hohfeld habían dejado fuera, y que eran coto casi exclusivo de las meditaciones de autores iusnaturalistas. Hart logró conectar el tema de los derechos subjetivos (jurídicos) con el problema de los derechos morales o naturales, trazando un camino para la discusión en el terreno de la fundamentación o justificación de los derechos, despojándolos de los problemas más graves que presentaban las teorías del Derecho Natural» (p. 215).

Dworkin aborda la cuestión de los derechos subjetivos «sintonizándola en una “longitud de onda” diferente: la del discurso justificativo de carácter moral y político» (p. 292). Utilizando la clasificación de Alexy, Dworkin se interesaría por la discusión de cuestiones normativas, ético-filosóficas. Si seguimos la argumentación de Cruz Parceró, resulta que esta preocupación de Dworkin lo llevan a borrar toda diferencia entre derecho y moral: «en la teoría de Dworkin, la separación entre Derecho y moral, como mínimo, se difumina mucho, y tiende a desaparecer» (p. 292).

Empieza por establecer una distinción entre reglas y principios —los cuales, en última instancia son valores— y los equipara con los derechos morales. En esta confusión entre el valor y el derecho que protege a ese valor, al final nos quedamos con el valor y, se pierde el derecho. No se trata, desde luego, de negar la existencia de valores superiores al derecho, sino negar que esos valores sean derecho. En conclusión, al intentar establecer puentes más sólidos entre el derecho, la moral y la política, «Dworkin no nos ofrece una teoría autónoma de los derechos subjetivos jurídicos, sino que sitúa a éstos en el marco de una concepción de la “moralidad política” basada en derechos» (p. 293).

Entre las distintas maneras de comprender los vínculos complejos que existen entre moral, política y derecho, uno de los eslabones más obvios es el tema de los derechos subjetivos. El positivismo de Kelsen sigue vivo ya que la diferencia entre los universos de la moral, la política y el derecho sigue siendo válida. Podemos reconocer que en la teoría pura la vía para entender la relación entre esos tres universos estaba cerrada, desde el momento en que se impedía la entrada de los juicios de valor y de la política. Hart y, sobre todo, Dworkin, establecen las bases —cada uno a su manera y en distinta proporción— para un mejor entendimiento del problema del papel de la moral y la política en el derecho.

Sin embargo, hay cierta vaguedad cuando se introduce el término de «derechos morales». Esta expresión nada más parece funcionar bien en inglés, donde *right* y *law* son expresiones lingüísticas perfectamente diferenciadas, cosa que no ocurre en las lenguas de la Europa continental en las que *diritto*, *droit*, *recht*, *derecho*, se usan tanto para referirse al ordenamiento jurídico (Derecho objetivo) como a los derechos de las personas (de-

rechos subjetivos). No sé si un análisis desde la lingüística jurídica puede esclarecernos estos problemas, o si corremos el riesgo de complicarlos aún más. Sí sé que el libro de Cruz Parceró es un punto de partida fundamental en estas controversias.

Pero, el problema es que parecería que, por un lado, Cruz Parceró acepta que el término «derecho», ya sea que se entienda el derecho en sentido objetivo, es decir, como un conjunto de normas vinculantes, que se hacen valer mediante el recurso, en última instancia, a la coacción, ya sea que se entienda como derecho subjetivo, en alguna de sus innumerables acepciones, supone siempre que los derechos no son otra cosa que lo que establecen los ordenamientos particulares, en las distintas épocas y en los distintos lugares. Pero, por otro lado, introduce en su discusión la categoría de «derechos morales» sin aclarar qué son: si se acepta que el derecho y la moral son dos esferas diferenciadas de la vida práctica, ese concepto resulta incomprensible, o incluso contradictorio. Según Bobbio, si comparamos esta contraposición entre derechos morales y derechos jurídicos con la contraposición clásica entre los juristas continentales entre derechos naturales y derechos positivos, se trata, en ambos casos de una contraposición entre dos sistemas normativos distintos, donde lo que cambia es el criterio de distinción. En la distinción entre «derechos morales» y «derechos jurídicos», el criterio es el fundamento (recordemos que uno de los propósitos de Hart consistía en la fundamentación de los derechos), mientras que en la distinción entre «derechos naturales» y «derechos positivos» el criterio es el origen. Pero, en todos los casos, la palabra «derecho» —en el sentido de derecho subjetivo— se refiere a un sistema normativo (moral o natural, jurídico o positivo). No habría otra manera de en-

tender qué significan los derechos morales más que la de referirlos a un conjunto o un sistema de leyes que suelen llamarse morales. Pero, un código moral es un código de deberes (o de obligaciones), pero no uno de derechos. Y, como decía, al caracterizar un ordenamiento normativo jurídico, distinto de un ordenamiento moral o social, lo que importa es la legitimidad del uso de la fuerza para obtener la obediencia de las normas. La observación de las reglas morales depende, por el contrario, únicamente de las buenas razones que puedan ser adoptadas por dos contendientes para preferir su cumplimiento sobre su no cumplimiento. Y las buenas razones bastarían para fundar racionalmente una regla, pero desde luego no bastan para obtener su observación con cierta seguridad.

El fracaso del positivismo está en el auge del tema del derecho. En la matriz originaria de Kelsen, que intenta purificar el lenguaje de la ciencia jurídica, haciendo prescindibles ciertas categorías que cumplían una función ideológica, iba incluida la idea de erradicar los derechos subjetivos, en tanto que son reductibles al Derecho objetivo. Los intentos que siguieron esa línea no tuvieron eco. Hoy en día, hay un auge de los derechos humanos, es decir, la discusión jurídica contemporánea sería incomprendible sin el tema de los derechos humanos, que permean una gran parte de la discusión sobre el Derecho. Ellos son tanto la vara con que se mide la vigencia del Estado de derecho en cualquier parte del mundo, como la forma de expresar, de sintetizar, las nuevas demandas que las sociedades tratan de institucio-

nalizar a través del orden jurídico, demandas que van desde la protección del medio ambiente, hasta el reconocimiento de las diferencias de todo tipo. Y, una vez más, la importancia del tema de los derechos subjetivos vuelve a hacerse evidente.

El libro concluye con la discusión de tres problemas de gran relevancia para la filosofía del derecho, los cuales, de algún modo, sirven como hilo conductor en la presentación de las tesis de los cuatro autores discutidos, además de establecer un nexo entre el concepto de derecho subjetivo con algunos temas ineludibles del debate contemporáneo: la correlatividad entre derechos y obligaciones, la prioridad de los derechos o de los deberes y el carácter deóntico o valorativo de los derechos. Vale la pena mencionar, que a lo largo de todo el libro, no sólo aparecen esos cuatro teóricos del derecho, sino que se tienen presentes las tesis de autores contemporáneos que enriquecen y muestran el alcance actual de los problemas discutidos: Joseph Raz, Neil MacCormick, Robert Alexy, Carl Wellman, David Lyons, Carlos Nino, Francisco Laporta, son algunos de los autores cuyos argumentos ayudan a clarificar los temas y problemas del debate contemporáneo sobre los derechos subjetivos.

*El concepto de derecho subjetivo es mucho más que lo que aquí se ha esbozado: no queda sino agradecerle a Juan Antonio Cruz el habernos hecho comprender todo lo que decimos —y lo que no que no decimos— cuando hablamos de derechos, derechos cuya conquista nos conducirá a un mundo más civilizado y más humano.*