

DERECHOS: UNA CONTRIBUCIÓN ANALÍTICA

I. El derecho y los derechos	213
II. ¿Qué es un derecho?	215
III. Variedad de fundamentos	215
IV. El prejuicio positivista	217
V. La fuente de los derechos positivos	218
VI. “Verdaderos” derechos y derechos “sobre el papel”	220
VII. Derechos fundamentales	221
VIII. El contenido de los derechos fundamentales	223
IX. Derechos humanos	224
X. Discursos prescriptivos en términos de “dere- chos”	225
XI. Discursos descriptivos en términos de “derechos”	226

DERECHOS: UNA CONTRIBUCIÓN ANALÍTICA*

I. EL DERECHO Y LOS DERECHOS

El objeto de este trabajo es un análisis de los discursos en términos de “derechos”. Existen enunciados en términos de “derechos”, obviamente, tanto en el lenguaje “del” derecho, como en el lenguaje “sobre” el derecho, es decir, en el lenguaje de los juristas. En esta ocasión, sin embargo, no me ocuparé del lenguaje de las fuentes: mi análisis se circunscribe al lenguaje de los juristas.

Comenzaré con una descripción completamente banal, probablemente innecesaria, pero que se incluye por razones sistemáticas.

El término “derecho” (al igual que *droit*, *derecho*, *recht*, etcétera) es utilizado habitualmente con significados diferentes en contextos también diferentes.

Aquí me interesa destacar solamente dos entre estos significados.

Para captar esta distinción, bastará observar los dos enunciados siguientes:

1. “El derecho italiano prohíbe el homicidio”.
2. “Todos los ciudadanos tienen el derecho de reunirse de forma pacífica siempre que no se porten armas”.

En el primer enunciado, el término “derecho” hace referencia a un conjunto de reglas o de normas: es aquello que se suele denominar “derecho objetivo” (en inglés: *the law*). En el segundo, el mismo término se refiere en cambio a un atributo propio

* Traducción de Andrea Greppi, Universidad Carlos III de Madrid.

de ciertos sujetos: es lo que se suele denominar “derecho subjetivo” (en inglés: *a right*).

El adjetivo “jurídico” corresponde al sustantivo “derecho” en su primera acepción (se denomina “jurídico” todo aquello que pertenece al derecho objetivo o que se refiere a él). Por el contrario, a la segunda acepción del mismo término no le corresponde ningún adjetivo.

Para resaltar esta diferencia se podría también decir: el plural de “derecho” en la primera acepción es “ordenamiento (o sistema) jurídico”; el plural de “derecho” en su segunda acepción es “derechos”.

Un derecho subjetivo no es más que una pretensión atribuida a un sujeto (o a una clase de sujetos) frente a otro sujeto (o a otra clase de sujetos) a los que se les impone un deber (una obligación) correlativa. Poseer un derecho subjetivo frente a un determinado sujeto significa que es posible exigirle un determinado comportamiento: ese es el “contenido” del derecho subjetivo. El contenido de un derecho, en definitiva, no es más que el comportamiento que el titular del derecho puede exigir a otro sujeto.

Los derechos son pues atributos que corresponden a sujetos, en particular a sujetos humanos. Naturalmente los derechos no son atributos “naturales”, como la estatura física o los bigotes, son atributos “artificiales”. En otras palabras, los derechos son cualidades que los hombres poseen, si, y sólo si, les son atribuidas. ¿Atribuidas por qué o por quién? Los derechos son atribuidos a los hombres únicamente por normas: típicamente (pero no necesariamente) por normas jurídicas, es decir por el derecho objetivo.

Parecería natural llegar a la conclusión de que esta segunda acepción de “derecho” depende lógicamente de la primera: los hombres tienen derechos subjetivos en virtud del derecho objetivo. Pero, como se verá, esta conclusión no es acorde al lenguaje ordinario, en el cual se admite la existencia de derechos que son atribuidos por normas no jurídicas (y que por lo tanto no dependen del derecho objetivo).

II. ¿QUÉ ES UN DERECHO?

En mi opinión, en los enunciados del tipo “tengo derecho a decir lo que pienso”, “todos tienen derecho a un trato igual”, y similares, el vocablo “derecho” designa una *pretensión justificada*. Más en general, en todos sus usos, el término “derecho”—empleado en su segunda acepción, es decir, en sentido subjetivo— puede ser sustituido, sin alterar el significado, por las palabras “pretensión justificada”.

Desearía destacar que dos elementos pasan a constituir la noción de “derecho” (en sentido subjetivo): *a*) una pretensión (*claim*), y *b*) una justificación que aporte el fundamento a dicha pretensión. Una pretensión “infundada”, carente de justificaciones, no puede denominarse “derecho”; no sería apropiado utilizar el término “derecho” para hacer referencia a una pretensión infundada.

Ahora bien, ¿qué puede fundamentar o justificar un derecho? Una norma, naturalmente (y nada más). Por lo tanto la noción de “derecho” (en sentido subjetivo) es el resultado, por así decir, de la combinación de un elemento “subjetivo”, una pretensión, y de un elemento “objetivo”, una norma. Los derechos, pues, son *relativos*: relativos a una norma o a un sistema de normas que los configura.

Si se repara en esto, entonces ya se deberá reconocer que la idea, esencialmente iusnaturalista, de un derecho “absoluto”—es decir, de un derecho que no está fundado en ningún sistema normativo— es una idea contradictoria.

III. VARIEDAD DE FUNDAMENTOS

Un derecho (subjetivo) por definición, debe estar justificado por, o fundado en, una norma. Pero, naturalmente, las normas que aportan el fundamento a los diferentes derechos pueden pertenecer a sistemas normativos diferentes.

Puede ser útil diferenciar, dentro de la categoría de los sistemas normativos, dos subclases:

1. La subclase de los sistemas jurídicos positivos.

2. La subclase de los sistemas no-jurídicos y por lo tanto “morales” en sentido amplio (por ejemplo la moral cristiana, la moral islámica, la doctrina política marxista, la doctrina política liberal, el denominado “derecho natural” en una u otra de sus infinitas variedades, etcétera).

Esta simple distinción permite introducir una diferenciación ulterior, que posee una importancia decisiva:

- a) Algunos derechos están fundados en normas jurídicas positivas: podemos denominarlos “derechos positivos” (en inglés se dice *legal rights*; nosotros no podemos utilizar la expresión “derechos legales” por razones que se verán un poco más adelante; deberíamos decir “derechos jurídicos”, pero esta expresión en lengua italiana, así como otras expresiones análogas en otros idiomas, está viciada por un pleonismo).
- b) Otros derechos están fundados en normas no jurídicas o en cualquier caso no positivas: podemos llamarlos “derechos morales” o “naturales” o “no positivos”.

Cabe destacar que el concepto de “derechos morales”, frente a lo que algunos piensan, no es autocontradictorio. Los derechos subjetivos no son necesariamente positivos. Un derecho subjetivo puede ser denominado “moral” cuando esté justificado por una norma o un sistema de normas de carácter moral.

Es verdad, por otra parte, que en lenguaje común el término “derecho” (utilizado en sentido subjetivo) presupone habitualmente una referencia al derecho objetivo, es decir, a un sistema de normas positivas. Es quizá (también) ésta la razón por la cual el adjetivo “jurídico”, referido al sustantivo “derecho” parece —por lo menos en nuestras lenguas— pleonástico. Sin embargo, esta forma de expresión presupone una doctrina, precisamente esa doctrina que se denomina “positivismo jurídico”. Es una doctrina que se ha difundido en el pensamiento jurídico moderno, una doctrina que yo mismo comparto, pero, a pesar de ello,

no deja de ser una doctrina, es decir, una forma de pensar históricamente condicionada, contingente.

IV. EL PREJUICIO POSITIVISTA

El positivismo jurídico es el trasfondo de muchas actitudes habituales en materia de derechos. He aquí dos ejemplos.

1. Algunas veces se tiene ocasión de discutir si determinado derecho (subjetivo) es realmente un “verdadero” derecho. La controversia, como bien se verá, puede tener por objeto tres cuestiones diferentes (o una combinación entre alguna de ellas): *a*) la cuestión de si ese derecho está fundado o justificado; *b*) la cuestión de si ese derecho está fundado en un determinado ordenamiento jurídico positivo, y *c*) la cuestión de si ese determinado derecho es “justificable”, es decir, si puede ser hecho efectivo en el ámbito jurisdiccional.

Así pues, la primera cuestión atañe sencillamente al uso apropiado del término (como ya hemos visto, no sería adecuado denominar “derecho” a una pretensión no justificada). La segunda y la tercera cuestión, por el contrario, nacen de un prejuicio positivista, es decir, de la idea estrictamente positivista de que no puede existir ningún derecho (subjetivo) que no haya sido conferido por normas jurídicas positivas y que no sea susceptible de tutela jurisdiccional.

2. Normalmente la reivindicación de un derecho moral o “natural” no tiene otro objeto que el de obtener que tal derecho sea “positivado”, es decir, reconocido y garantizado por el derecho positivo. En otras palabras, quien reivindica un derecho moral, en la mayor parte de los casos, lleva a cabo una operación política con el objeto de cambiar el ordenamiento político vigente.

También esto es fruto del prejuicio positivista. Este prejuicio, evidentemente, es compartido también por los iusnaturalistas. Y no sin razón (como veremos a continuación).

Una observación al margen: todos los derechos positivos reconocidos y garantizados de los Estados modernos liberales nacen históricamente como derechos morales (“naturales”) y pare-

ce obvio considerar como cosa positiva el enriquecimiento del patrimonio de derechos propio de cada individuo. Pero se trata de una actitud ingenua. El reconocimiento de un derecho moral por parte del sistema jurídico positivo no es una cosa buena siempre y en toda circunstancia. Como se ha dicho, el contenido de un derecho atribuido a un determinado sujeto no es más que una obligación —de hacer o de no hacer— que se impone a otros sujetos. El reconocimiento de un derecho moral a un determinado sujeto, por parte del ordenamiento jurídico positivo, implica por lo tanto el nacimiento de obligaciones jurídicas que recaen sobre otros sujetos, y por lo tanto una limitación de la libertad de estos últimos. Por este motivo, el pensamiento político liberal tiene buenas razones para rechazar el *enforcement of morals*.

V. LA FUENTE DE LOS DERECHOS POSITIVOS

Los derechos positivos pueden ser diferenciados con provecho según el tipo de fuente de la que provienen. Por ejemplo, se podría decir:

1. Son derechos “constitucionales” aquellos que derivan de la Constitución.
2. Son derechos “legales” aquellos que derivan de la ley.
3. Por último, son derechos “contractuales” aquellos que nacen de los contratos (o en actos semejantes de autonomía privada).

Hablando en general, los derechos constitucionales se confieren a los individuos frente al Estado (“contra el Estado”), y en este sentido son derechos subjetivos “públicos”; en cambio, los derechos contractuales son derechos atribuidos a un individuo frente a otro individuo particular, y en dicho sentido podemos denominarlos derechos subjetivos “privados”.

Es el caso de remarcar, por otra parte, que la distinción entre derechos constitucionales y derechos legales no tienen razón de ser en aquellos sistemas jurídicos que se rigen por una Constitución flexible: porque en esos sistemas la Constitución no es jerárquicamente superior a la ley (ordinaria) y por lo tanto puede

ser modificada por la ley (ordinaria), y también modificada, derogada, suspendida, o abrogada; de esa forma los derechos constitucionales no poseen ninguna protección o garantía especial frente al legislador.

Por el contrario, la distinción entre derechos legales y derechos constitucionales reviste una importancia fundamental en los sistemas jurídicos que poseen una Constitución rígida. Porque si la Constitución es rígida, la ley ordinaria está jerárquicamente subordinada a ella, y por lo tanto no está autorizada a tocar en modo alguno las normas constitucionales. En esas circunstancias, un derecho subjetivo constitucional no puede ser limitado, suspendido, modificado o suprimido por las leyes ordinarias (que, por el contrario, bien pueden suprimir un derecho legal).

En otros términos, en los sistemas de Constitución rígida, los derechos subjetivos conferidos por una Constitución (o por una ley formalmente constitucional) se caracterizan por una particular capacidad de “resistencia”, por una protección auténticamente especial. Son derechos que el legislador ordinario (en cuanto que contrapuesto al legislador constituyente o constitucional) no está autorizado a limitar, suspender, modificar o suprimir.

Nótese, por lo demás, que en la doctrina se manejan dos conceptos diferentes de “Constitución rígida” (y, por consiguiente, de “Constitución flexible”).

- a) Algunos denominan rígida (en sentido débil) toda Constitución (escrita) que prevea un procedimiento “agravado” de revisión constitucional: una Constitución, por lo tanto, que no pueda ser modificada por la ley ordinaria.
- b) Otros denominan rígidas (en sentido fuerte) sólo aquellas Constituciones escritas que no sólo prevén un procedimiento agravado de revisión constitucional, sino que instituyen además un órgano competente para controlar la legitimidad constitucional de las leyes (ordinarias); a falta de dicho control, en efecto, la superioridad jerárquica de la Constitución no está garantizada, carece de cualquier clase de sanción.

VI. “VERDADEROS” DERECHOS Y DERECHOS “SOBRE EL PAPEL”

Lo que acabo de decir sobre las Constituciones flexibles nos lleva a otra distinción. Para llegar a ella es necesario avanzar otra precisión: una cosa es *atribuir* un derecho y otra cosa *garantizarlo*.

Para atribuir un derecho es suficiente una norma formulada, precisamente, como norma que atribuye derechos (por ejemplo, “todos tienen derecho de profesar su fe religiosa”). Para garantizar un derecho no es suficiente proclamarlo, es necesario además disponer de los mecanismos adecuados para su protección. La garantía de un derecho no puede ser establecida por la misma norma que lo confiere. Puede ser establecida sólo por otra norma (“secundaria”) que instituya mecanismos aptos para prevenir la violación de la primera, es decir, que prevea remedios para el caso de que la primera haya sido violada.

En los ordenamientos jurídicos modernos los derechos están garantizados —típicamente, aunque no exclusivamente— por mecanismos jurisdiccionales (no exclusivamente, porque los derechos pueden ser, y a menudo son, garantizados mediante otros sistemas; en general, funcionan como garantía de los derechos todas aquellas técnicas de organización constitucional que pueden ser reconducidas a la separación de poderes y, por ello, a la creación de contrapoderes).

Por otra parte, la tutela jurisdiccional de un derecho presupone, a su vez, por lo menos dos cosas:

1. Que el derecho en cuestión posea un contenido preciso.
2. Que el derecho en cuestión pueda ser ejercitado o reivindicado frente a un sujeto determinado también de forma precisa (una “contraparte”).

En resumen, un derecho de un sujeto determinado es susceptible de tutela jurisdiccional si, y sólo si, a ese derecho le corresponde el deber de otro sujeto claramente determinado, y si el deber en cuestión se refiere a un comportamiento igualmente determinado.

Sobre esta base podemos distinguir entre “verdaderos” derechos y derechos “sobre el papel”.

- a) Son “verdaderos” derechos aquellos que satisfacen conjuntamente tres condiciones: son susceptibles de tutela jurisdiccional; pueden ser ejercitados o reivindicados frente a un sujeto determinado, y su contenido consiste en una obligación de conducta bien definida, al igual que el sujeto que era su titular.
- b) Son derechos “sobre el papel” —derechos ficticios— todos aquellos que no satisfacen alguna de estas condiciones.

Como es obvio, todos los derechos morales o “naturales” —no reconocidos por un ordenamiento positivo— son por esta razón derechos “sobre el papel”. Pero la distinción entre “verdaderos” derechos y derechos “sobre el papel” no equivale exactamente a la distinción entre derechos morales y derechos positivos, porque también un derecho (subjetivo) positivo puede ser también un derecho “sobre el papel”. Es el caso de los llamados “derechos sociales”, como dentro de poco podremos ver.

VII. DERECHOS FUNDAMENTALES

Algunos derechos suelen ser denominados “fundamentales” con el objeto de destacar su importancia decisiva. Sin embargo, en este contexto, el término “fundamental” no significa solamente importancia. La expresión “derechos fundamentales” parece encerrar dos matices de significado: por un lado, se dicen fundamentales aquellos derechos que *dan fundamento* al sistema jurídico; por otro, se dicen fundamentales aquellos derechos que *no requieren el fundamento* del sistema jurídico. El primer matiz encierra una doctrina positivista del derecho; la segunda, una doctrina iusnaturalista.

1. En primer lugar, se dicen fundamentales aquellos derechos que reposan sobre normas jurídicas, a su vez, fundamentales. En el pensamiento jurídico moderno se consideran “normas fundamentales” de cada sistema jurídico las normas “materialmente” constitucionales.

Se dicen “formalmente” constitucionales todas (y sólo) las normas incluidas en un documento constitucional. Se dicen “materialmente” constitucionales todas las normas que, aunque no pertenecen a un documento constitucional (bien porque no existe Constitución escrita, bien porque las normas en cuestión han sido incluidas en simples leyes ordinarias), son relativas a la “materia” constitucional, es decir, son el contenido típico de las Constituciones, de forma que podrían y quizás deberían estar incluidas en una Constitución. Se consideran materialmente constitucionales todas aquellas normas que, por un lado, disciplinan las relaciones entre el Estado y los ciudadanos, y de otro, por ello mismo, versan sobre la organización de los poderes públicos.

A todas luces, pertenecen a esta categoría las normas que confieren a los individuos derechos *contra el Estado*, de los “derechos públicos subjetivos”, como se usa decir.

Es así como se suelen denominar “fundamentales” los derechos constitucionales de los particulares ante el Estado. Son formalmente constitucionales aquellos derechos consagrados por una Constitución escrita. Son materialmente constitucionales aquellos derechos que no han sido establecidos en un documento constitucional, pero que se refieren a las relaciones entre el Estado y los ciudadanos y que, por ese mismo motivo, inciden sobre la organización de los poderes públicos.

2. En segundo lugar, se denominan “fundamentales” aquellos derechos que no requieren a su vez un fundamento o una justificación, o por lo menos que no requieren un fundamento o una justificación jurídica positiva. En ese sentido, los derechos fundamentales son derechos morales o “naturales”.

Como puede observarse, en la noción de “derechos fundamentales” se combinan ideas iuspositivistas y iusnaturalistas. Los derechos naturales son, al mismo tiempo, derechos constitucionales (al menos “materialmente” constitucionales) y derechos morales.

Hay que decir que, habitualmente, la clase de los derechos fundamentales coincide perfectamente con la clase de los derechos que son considerados “inviolables”: no ya en el sentido de

que no puedan ser violados, sino en el sentido, obviamente, de que *no deben ser violados*.

En contextos de filosofía jurídica o política, la expresión “derechos inviolables” se refiere típicamente a derechos morales o “naturales”, previos al ordenamiento jurídico positivo e independientes de él: derechos que en ningún caso el Estado puede violar (derechos que, más bien, el ordenamiento jurídico debe recoger y proteger, allí donde aún no hayan sido reconocidos y protegidos).

Sin embargo, en el contexto de un documento constitucional (en particular, en el contexto de una Constitución rígida) y en contextos de dogmática constitucional, la expresión “derechos inviolables” puede también asumir un significado técnico-jurídico: son inviolables aquellos derechos (positivos, conferidos por la Constitución) que han sido sustraídos a la revisión constitucional.

VIII. EL CONTENIDO DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

Como se dijo anteriormente, el contenido de un derecho atribuido a un sujeto no es más que una obligación que recae sobre otro sujeto. Es posible, pues, clasificar los derechos fundamentales si su contenido consiste en una obligación de hacer o de omitir. Recuértese que estos derechos son derechos frente al Estado (el legislador, las administraciones públicas, etcétera). Pues bien:

1. Por un lado existen derechos fundamentales cuyo contenido es una acción del Estado; es el caso de los derechos que suelen ser denominados “sociales”, como el derecho a la salud, el derecho al trabajo, etcétera.

2. Por otro, existen derechos fundamentales cuyo contenido es una omisión (una abstención) del Estado; es el caso de los derechos de libertad (*libertés publiques*), como la libertad personal, la libertad de reunión, la libertad de asociación, etcétera.

Hay que señalar que, en la mayoría de los casos, los derechos sociales —al igual que los derechos morales— son derechos “sobre el papel”. Las disposiciones que, en muchas Constituciones

contemporáneas, confieren derechos sociales son celebradas de forma engañosa, ya que han sido formuladas como normas atributivas de derechos, pero en realidad no confieren ningún “verdadero” derecho. Ello por diferentes razones.

Las disposiciones constitucionales que confieren derechos sociales expresan normas programáticas o teleológicas dirigidas al legislador, es decir, normas que ordenan —o mejor “recomiendan”—¹ al legislador que realice un cierto programa de reforma económico-social o de perseguir determinados objetivos.

Ahora bien, por una parte el legislador, a pesar de que tiene la obligación de promover unos fines determinados, no tiene sin embargo ninguna obligación precisa por lo que respecta a los medios (a un medio determinado, entre los muchos que podrían ser utilizados para obtener dichos fines). Eso es como decir que los derechos sociales poseen un contenido altamente indeterminado.

Por otra parte, aunque estos derechos tuvieran un contenido preciso, tampoco estarían asegurados mediante garantías jurisdiccionales por la razón obvia de que el legislador no puede estar obligado a dictar leyes. Es cierto que si la Constitución es rígida (en sentido fuerte), el juez constitucional puede anular toda ley que viole un derecho social. Pero ningún juez constitucional puede anular la inexistencia de una ley (es decir, una ley inexistente). La omisión por parte del legislador carece de cualquier clase de sanción.

IX. DERECHOS HUMANOS

Las expresiones “derechos humanos” y “derechos del hombre” adquieren significación en esta oposición: hombre vs. ciudadano. En este contexto, sin embargo, el término “ciudadano” puede asumir dos significados diferentes:

1. Primer significado: es ciudadano todo aquel que no es extranjero, todo aquel que, en el ámbito de un sistema jurídico determinado, posee ciudadanía, en sentido técnico-jurídico.

¹ En italiano ambas posibilidades se expresan con los verbos *comandare* y *raccomandare*. N. del T.

2. Segundo significado: es ciudadano cualquier miembro de la “sociedad civil” en cuanto realidad diferente de, y opuesta, a la “sociedad política”, es decir al Estado (el ordenamiento jurídico). En el ámbito de algunas doctrinas, a decir verdad, la expresión “sociedad civil” (contrapuesta a “estado de naturaleza”) es sinónimo de “Estado”. Pero en el contexto que ahora nos interesa, la sociedad civil es preferentemente la sociedad que existe (se supone) antes del Estado y de forma completamente diferente del Estado.

Por ello la expresión “derechos humanos” puede ser utilizada en dos contextos doctrinales diferentes.

- a) En un contexto iuspositivista —es decir, en el caso en que esté referido a un sistema jurídico determinado, cuando se utilice el término “ciudadano” en sentido técnico— los derechos del hombre son derechos universales en el marco del sistema jurídico del que se trate: derechos que la Constitución atribuye no sólo a los ciudadanos sino también a todo aquel a quien el sistema jurídico pueda ser aplicado.
- b) En un contexto iusnaturalista los derechos humanos son derechos que pertenecen a todo hombre antes de la existencia del Estado e independientemente de ella. Son pues derechos morales o “naturales”: en cuanto tales son —como ya se ha visto— derechos “sobre el papel”.

X. DISCURSOS PRESCRIPTIVOS EN TÉRMINOS DE “DERECHOS”

Se habla normalmente de derechos en contextos de discurso prescriptivo. El término en cuestión recurre típicamente a enunciados prescriptivos (del tipo “yo tengo derecho a...”, “todos tienen el derecho de...”), que tienen por objeto *reivindicar* derechos.

1. Unas veces —cuando se hace referencia a un derecho (subjetivo) positivo, que ha sido o que podría llegar a ser violado— se pretende reivindicar la tutela (especialmente de tipo jurisdiccional) y/o el libre ejercicio del derecho en cuestión.

2. Otras veces —cuando se hace referencia a un derecho moral o “natural”— se pretende reivindicar el reconocimiento y la protección del derecho en cuestión por parte del ordenamiento jurídico positivo.

Los enunciados prescriptivos en términos de “derecho” no pueden ser considerados, obviamente, ni verdaderos ni falsos.

XI. DISCURSOS DESCRIPTIVOS EN TÉRMINOS DE “DERECHOS”

De los derechos, sin embargo, se puede hablar también en contextos de discurso descriptivo o, si se prefiere, cognoscitivo: no para reivindicar un derecho, sino para describir una norma o un sistema normativo que confiere el derecho en cuestión. Los enunciados descriptivos en términos de “derechos” pueden ser considerados verdaderos o falsos. A este respecto se abren sin embargo, por lo menos dos problemas diferentes.

1. En primer lugar hay un problema de identificación de los enunciados descriptivos en términos de “derechos”. En otras palabras: ¿cuándo se puede decir que un enunciado en términos de “derechos” es un enunciado descriptivo genuino?

La importancia de la cuestión deriva del hecho de que iusnaturalistas y iuspositivistas parecen ofrecer respuestas diferentes a ella. Según los iuspositivistas, ningún enunciado que haga referencia a derechos no-positivos (morales, “naturales”) podrá ser nunca un genuino enunciado descriptivo, es decir, verdadero o falso. Según los iusnaturalistas, en cambio, también los enunciados que afirman la existencia de derechos no positivos pueden ser descriptivos, verdaderos o falsos.

En mi opinión, es conveniente distinguir. Una cosa es un enunciado que afirme la existencia de un derecho (subjetivo) moral “absoluto”, es decir, no fundado en ningún sistema de normas; otra cosa es un enunciado que afirme la existencia de un derecho (subjetivo) moral “relativo”, es decir fundado en algún sistema normativo (moral) determinado.

Los iuspositivistas tienen razón obviamente al negar un carácter cognoscitivo o descriptivo a los enunciados del primer

tipo. Pero están equivocados al negar el carácter cognoscitivo también a los enunciados del segundo tipo. El derecho positivo no es una cosa ontológicamente diferente de un sistema moral cualquiera (o de una doctrina política cualquiera). La idea de que los ordenamientos jurídicos poseen una “existencia objetiva”, observable, de la cual carecerían los sistemas morales, no tiene fundamento alguno. Un ordenamiento jurídico estatal no es otra cosa que una serie desorganizada de discursos prescriptivos: precisamente igual que la moral cristiana o la doctrina política liberal. Si es posible conocer y describir los ordenamientos jurídicos positivos, también será posible conocer y describir los diversos sistemas de moral positiva.

Mi respuesta al problema planteado es, pues, la siguiente: para que un enunciado en términos de “derechos” pueda ser considerado descriptivo, es condición necesaria (aunque no suficiente) que el enunciado haya sido “relativizado”, es decir, que haga referencia a una norma o a un sistema normativo determinado. A falta de eso, el enunciado en cuestión no puede ser entendido como un enunciado del discurso prescriptivo.

En otras palabras: pueden ser interpretados como enunciados descriptivos los enunciados del tipo “según el derecho italiano, un determinado sujeto tiene el derecho X”, “según la moral cristiana, un determinado sujeto tiene el derecho Y”, “según la doctrina política de Rousseau, un determinado sujeto tiene el derecho Z”, etcétera. Pero no pueden ser interpretados como enunciados descriptivos todos aquellos que se refieren a un derecho (subjetivo) “absoluto”, es decir, no referido a algún sistema normativo: los enunciados de este tipo no describen un derecho, sino que reclaman el reconocimiento y la protección de un derecho (moral) por parte del ordenamiento jurídico positivo.

2. En segundo lugar, hay un problema de verificación de los enunciados descriptivos en términos de “derechos”. ¿Qué condiciones son necesarias para decir que un enunciado, que afirme la existencia de un derecho, es verdadero? Esta pregunta admite respuestas diferentes, en su mayor parte condicionadas por la adhesión a determinadas teorías del derecho y de la ciencia jurídica.

- a) Una primera respuesta posible es que un derecho subjetivo puede ser considerado existente sólo con la condición de que exista una norma que lo establece.

Si el derecho (subjetivo) del que se habla deriva de un sistema de normas morales, no hay ningún problema. Pero si, en cambio, el derecho en cuestión es un derecho positivo, difícilmente esta respuesta resultará satisfactoria. Sólo un pensamiento jurídico ingenuo puede prescindir de la distinción entre “verdaderos” derechos y derechos “sobre el papel”. Un jurista con experiencia dirá que un derecho reconocido, pero no garantizado, “no existe”, en el sentido de que es un derecho ficticio, de forma que el enunciado que afirma su existencia es falso.

- b) Una segunda respuesta posible es que un derecho (subjetivo) puede ser considerado como existente a condición de que no sólo exista una norma que lo establezca, sino también una norma (o un conjunto de normas) que asegure la tutela jurisdiccional de ese derecho. Evidentemente, quien responde de esta manera asume que sólo los derechos positivos pueden ser considerados (verdaderamente) existentes.

Esta respuesta, por otra parte, sobreentiende una teoría normativista de la ciencia jurídica, esto es, una teoría según la cual describir un ordenamiento jurídico es describir normas (no hechos, sino normas y nada más que normas). Como tal, esta respuesta no resultará satisfactoria para quienes —de forma “realista”— consideren que la ciencia jurídica no debe limitarse a describir normas (el “derecho de los libros”), sino que deba describir hechos, y precisamente aquellos hechos que constituyen las decisiones (el “derecho en acción”).

- c) Una tercera respuesta posible es que un derecho (subjetivo) puede decirse existente con la doble condición de que existan las normas de que se hablaba antes y que, además dichas normas sean incluso efectivas, es decir, realmente aplicadas por los jueces, de manera que sea posible pre-

ver que si el derecho en cuestión, en caso de que fuese violado, recibiría una efectiva tutela jurisdiccional.

Esta respuesta es característica de una teoría realista de la ciencia jurídica, esto es, una teoría según la cual describir un ordenamiento jurídico no es describir normas, sino describir hechos. Desde este punto de vista, una jurisprudencia auténticamente científica no puede limitarse a interpretar aquellos documentos normativos que constituyen las fuentes del derecho, sino que debe indagar empíricamente de qué manera las fuentes del derecho son interpretadas y aplicadas por los jueces, de forma que sea posible prever sus decisiones futuras.