

DERECHOS HUMANOS Y DERECHOS SUBJETIVOS

ROBERTO J. VERSENCO

1. Por de pronto conviene tener presente que, sea cuales fueran las creencias que sustentemos con respecto a los llamados derechos humanos, ellos, según resulta de un somero recorrido de los textos canónicos (desde la *Déclaration des droits de l'homme* hasta el repertorio que incluye nuestra Constitución o la Declaración Universal o el Pacto de San José), constituyen un conjunto extraordinariamente heterogéneo. Sería aventurado suponer que caben, con respecto a ese variado conjunto, indicar fundamentos únicos o exclusivos, válidos para todos ellos, sea cual fuere el tipo de fundamento que se investigue. Y también que toda esa variada colección admita un único tipo de clasificación, determinación conceptual, análisis o sistematización.

Para hablar con algún rigor, y al margen de la referencia a normas positivas nacionales o internacionales, deberían buscarse algunos criterios de identificación que delimiten, con un mínimo de aceptación, el campo de la discusión o de la investigación de tales derechos humanos. Me parece que delimitar los DH (como en adelante los abreviaré) a aquellos "derechos" que todo ser humano tendría por el mero hecho de ser hombre, no es muy satisfactorio: hay DH que algunos sujetos tienen, indudablemente, por ser alguna especificación de su humanidad, por ejemplo, por ser mujer, y no por contar con la propiedad genérica de ser hombre.

Pero aquí me interesa analizar en qué medida los DH son derecho, en algún sentido más preciso y más comprensible para los juristas que referencias tales como calificarlos de "derechos morales" (*moral rights*), categoría que, sea cual fuere su alcance, ciertamente no es categoría con la que contemos una definición conceptual aceptada por los juris-

tas (por cierto, cabe agregar, que tampoco la tiene en la multitud de los moralistas). Lo mismo vale para quien pretenda analizar, per obsecutus, los DH echando mano de categorías tan vagas e indefinidas, como "aspiraciones", "exigencias", "pretensiones", "intereses", "expectativas", etc., términos todos ellos a los que la ciencia jurídica pretérita ha recurrido en vano para explicar conceptualmente la noción de derecho insita en la expresión "derechos humanos".

2. En la teoría jurídica, en cambio, se cuenta con una distinción de la que conviene partir, a saber la de derecho objetivo y derecho subjetivo. Con respecto a la primera expresión, se acepta que sirve para denotar un conjunto cualquiera de normas jurídicas (término éste previamente definido y que aquí no desmenuzaremos).

Frente a este derecho objetivo —como el derecho positivo argentino—, que los ingleses, según dicen, llaman law, tenemos los derechos subjetivos (rights) a que aludimos cuando hablamos de "tener derecho a...". *Prima facie* estos derechos subjetivos, que los sujetos tienen, parecieran referirse, no a conjuntos de normas, sino a situaciones subjetivas en relación con conjuntos de normas positivas u otras. Teorías hay que reniegan de esta noción, como algunas líneas de la escolástica católica que ven en el derecho una cosa y luego tienen dificultades en reducir el "tener derecho" que algún sujeto invoca a la famosa *res iusta* (además, Tomás de Aquino no advirtió que tal cosa existiera, lo cual para esos pensadores religiosos es buena razón para negar a los juristas del siglo xx el uso de la expresión).

Pensadores marxistas, por el otro lado, no han dejado de advertir que a Marx tampoco le gustaba mucho la expresión, que podía ser considerada una típica noción ideológica carente de referencia objetiva y poco apta para su uso en el discurso científico. Hay morales no religiosas, como la propuesta en Bentham, que también ve en los derechos subjetivos una aberración conceptual. Y hay teóricos del derecho, como Ross, que, es sabido, consideran a los derechos subjetivos como una construcción teórica prescindible.

3. Lo cierto es que, tanto el lenguaje cotidiano no técnico, como la jerga profesional de los políticos y aun el lenguaje técnico de profesionales del derecho y juristas, conocen giros en que se dice que alguien tiene o no un cierto derecho, sin poner demasiado en claro qué relación tienen esos derechos que los sujetos ostentan con el derecho objetivo a

que los mismos sujetos están sometidos. Es frecuente en los textos de teoría general del derecho o en los tratados de filosofía jurídica, proceder a distinguir analíticamente diversos sentidos de la expresión "derecho" en sus usos de "tener derecho a", "el derecho a (a la vida, la propiedad, etcétera)". Kelsen, por ejemplo, propone diversas acepciones (cfr. *Teoría pura*, 2ª ed., § 49, *Allgemeine Theorie der Normen*, § XXXIII), distinciones que se mantienen en la bibliografía argentina (cfr. Nino, Carlos S., *Introducción al análisis del derecho*, cap. IV, 6; Vernengo, Roberto J., *Curso de teoría general del derecho*, 2ª ed., cap. VI, 6.1, 6.2).

Aquí trataremos de aplicar a algunos de los DH más renombrados las categorías conceptuales propuestas (quede en claro que las que se emplean a continuación son algunas de las propuestas en las teorías jurídicas actuales, y no todas; siendo la noción de derecho subjetivo especialmente ambigua, suponer un concepto único de derecho subjetivo, un repertorio finito y completo de sus acepciones, es incurrir en error desde el vamos). Sin meternos en la discusión sobre la conveniencia mayor o menor de las acepciones analíticamente propuestas, recurriremos a algunas de ellas para tratar de poner sobre un terreno más firme la cuestión de qué tiene que ver con el derecho los DH. Veamos estas acepciones:

a) Tengo derecho a hacer cierta cosa (p.ej., la acción A), cuando dicha acción no me está prohibida ni impuesta por ningún orden jurídico. Es decir: suponemos que A es, en el derecho objetivo de que se trate, facultativa para el sujeto x; o, lo que es lo mismo, en el sistema jurídico que nos interesa, es válida la norma $F(Ax)$: la acción A de x no está prohibida ni es obligatoria. Por tanto, a x le está permitido hacer A como también omitir A [$F(Ax) = P(Ax) \& PN(Ax)$]. El sujeto x es libre con respecto a la acción A.

b) Tengo derecho a exigir de otro cierta cosa (p.ej., la acción B). Ello implica que soy libre de exigir de y la acción B; por tanto, en el orden jurídico existe una norma válida que me faculta a ejercer mi pretensión (sea ésta la acción A del sujeto x, titular del derecho subjetivo). Pero esta segunda noción también requiere que en el orden jurídico exista una segunda norma válida que establezca la obligación jurídica del sujeto y de cumplir la acción B. Por tanto, derecho subjetivo, en este sentido, denominado "derecho reflejo", supone la existencia de por los menos dos normas: 1) $F(Ax)$, donde A es requerir B de y; y 2) $O(By)$; y

tiene el deber jurídico de cumplir B si *x* lleva a cabo la acción A.

c) Tengo derecho a que el sujeto *y* haga cierta cosa (p.ej., la acción B), no sólo cuando se verifica la existencia de un derecho subjetivo reflejo (esto es: *y* tiene el deber de hacer B y yo, *x*, la facultad de exigirselo), sino que además existe en el orden jurídico positivo una tercera norma que faculta a *x* a pedir que se sancione a *y* si no cumple con su deber de hacer B; los órganos sancionadores están obligados a actuar al pedido de *x*, conforme a las disposiciones procesales en vigor. Esta acepción constituye, para Kelsen, un "derecho subjetivo en sentido técnico". Normalmente el abogado se preocupa por averiguar si se dan esas normas para admitir que *x* tiene algún derecho frente a *y*.

d) En una acepción muy lata —como cuando hablamos del derecho a elegir a los gobernantes, o aun cuando afirmamos tener libertad de pensamiento o de reunión—, se alude a que la validez de ciertas normas generales —las que dicten los gobernantes electos— están condicionadas por ciertas acciones de *x*, el titular del derecho subjetivo "político". Para que la norma que promulgue la autoridad electa sea válida se requiere la intervención facultativa de *x* en su elección; para que valga la norma que autoriza ciertas formas de expresión del pensamiento o ciertos modos de reunirse, tiene que suponerse que *x* no ejercerá su facultad de obtener del órgano competente la anulación de esas normas.

4. Se habla del derecho a la vida. Entendemos, pues, que *x* (nuestro sujeto preferido, que cada cual puede ver representado en su yo) tiene derecho subjetivo a la vida. Es raro encontrar enunciación tal en los textos legales vigentes, nacionales o internacionales (en ellos se habla más bien de que *x* tiene derecho a que su vida sea respetada); pero es frecuente oír en boca de moralistas y religiosos referencias a este derecho a la vida, que se postula como supremo. Veamos cómo habría de entenderse si intentamos pensarlo en el marco de las definiciones de derechos subjetivos arriba propuestas. Esas nociones nos servirán como categorías conceptuales analíticas usadas para explicitar el contenido de ese derecho a la vida, algo así como los cristales que nos permiten ver de una u otra manera, con mayor o menor detalle, ciertos datos.

a) Si tengo derecho a la vida, en el sentido de tener libertad para vivir, suponemos que existe una norma que fa-

culta a x a vivir. Ello implica que jurídicamente le está permitido a x tanto vivir, como no vivir x . X , diríamos es dueño y señor de su vida. Por lo tanto, x vive mientras quiere y deja de vivir cuando lo desea. En otros términos: x cuenta con la facultad jurídica de cometer suicidio. En este sentido, parece claro que para muchos derechos positivos, y ciertamente para muchas morales prescriptivas, como la del catolicismo, x no tiene derecho subjetivo a la vida, pues se le prohíbe privarse de su vida.

b) Si el derecho a la vida es un derecho reflejo, tenemos que averiguar qué acciones de los otros puede x exigir para que él viva. Parece que las acciones de los demás que buscamos son ese "respeto" a la vida de x a que aluden los documentos internacionales.

A veces, sin embargo, se habla en forma más específica. Se dice, por ejemplo, que la madre embarazada está obligada a respetar la vida del feto: se dice que el médico está obligado a hacer lo posible por resguardar la vida del paciente. Pero en otros casos, aludimos a una "obligación pasiva universal", es decir de todo sujeto que no sea x , a omitir toda acción que constituya riesgo para la vida de x . O también: que toda acción de y , de todo sujeto que no sea x , contraria a la vida de x , está prohibida o debe ser prohibida. Norma general de tal extensión no pareciera existir: baste pensar que todas las morales cristianas y no cristianas, así como todos los derechos positivos, facultan a ciertas personas a que exijan de x que ofrende su vida. Si las autoridades estatales pueden declarar la guerra, y las autoridades religiosas proclamar una guerra santa, mal puede decirse que x tenga derecho a la vida en el sentido de que habría una obligación pasiva universal de respetársela.

La idea de que debe (seguramente en algún sentido no jurídico) prohibirse que algún sujeto, un y cualquiera dotado de poder, por caso, pueda obligar a x a morir, que yo sepa sólo ha sido enunciada rarísimas veces y sólo por moralistas que calificamos de utópicos.

c) ¿Tiene x derecho subjetivo en sentido estricto o técnico, a vivir? La respuesta es aún más limitada que en el caso anterior. Toda vez que alguien (p.ej., un órgano estatal), tiene derecho (en el sentido primero) a exigir la muerte de x (pena capital, guerra, etc.), mal podría contar x con derecho subjetivo en sentido técnico. Pero también se dan casos en que los derechos positivos sí otorgan la facultad de accionar para que x pida que se sancione a quien no respeta

su vida; o, aun, hay normas que facultan (en el primer sentido) a *x* para ponerse fuera del alcance de la amenaza contra su vida, por ejemplo, apartándose del servicio militar como objeto de conciencia.

En nuestro derecho, el derecho subjetivo de querrelar penalmente contra agresores, etc., constituye una interpretación plausible del derecho a la vida que tenemos. También, me parece, cabría interpretar como un derecho subjetivo de esta índole la facultad de ejercer legítima defensa contra el agresor que generalmente los derechos positivos admiten, si pensamos al titular de la acción de defensa como un órgano *ad hoc*.

d) Como derecho político tengo derecho a la vida—esto es, facultad de intervenir, como condición necesaria, en la producción o derogación de normas que afecten mi vida— si el orden jurídico prevé tal cosa. Como esta acepción remite, más que nada, a la creación y eliminación de normas generales, ello depende del régimen político.

Por lo común, en las democracias modernas ese derecho político a la vida se expresa mediante la exigencia de que aquellas normas generales que afecten la vida de *x*, como las de un Código Penal que prevea la pena capital o que hagan a la declaración de guerra, sólo pueden ser establecidas por órganos electivos. Es claro que tal cosa es, cuando se da, una feliz contingencia histórica: el hecho de que una sociedad sea democrática y dé participación a los súbditos en la creación y anulación de las normas generales que atañen al respeto de la vida humana.

5. Resulta, pues, que el “derecho a la vida” dista de ser cosa tan clara y evidente como se supone. ¿Qué resultados obtendríamos si aplicamos igual técnica de análisis a otros supuestos DH? ¿Cómo pensar, en este marco conceptual—que, repito, no es el único ni exclusivo—el “derecho a contraer matrimonio”, “el derecho al nombre propio”, “el derecho a la libertad”, “el derecho a la igualdad”, para poner algunos ejemplos que no parecen transparentes? Creo que es útil efectuar este ejercicio con los DH que encontramos enumerados en los textos internacionales. Creo, además, que algunos de los “derechos morales” que hoy se invocan no podrían ser vistos como derechos subjetivos, en los sentidos indicados, y, por ende, si son DH, tendríamos que elaborar otras categorías analíticas donde no aparecieran como “derecho”.