

RESEÑA DE LA OBRA: *EL LENGUAJE DE LOS DERECHOS. ENSAYO PARA UNA TEORÍA ESTRUCTURAL DE LOS DERECHOS**

Jesús ARELLANO GÓMEZ*

El texto que aquí se reseña resultó ser para mí una vista panorámica contemporánea de los derechos humanos y, con ello, de los problemas y peripecias que para su materialización se deben enfrentar y sobrellevar. La importancia de la estructura teórica que el autor nos presenta en su obra parece notarse más en un mundo en donde pareciera ser que hablar de derechos —sobre todo, de derechos humanos— es algo cotidiano, efímero, que raya en lo banal.

En estas líneas nos proponemos pues, de manera sucinta, dar cuenta de qué va el lenguaje de los derechos que, como una respuesta teórica y técnica, el profesor Cruz Parceró, investigador del Instituto de Investigaciones Filosóficas de la Universidad Nacional Autónoma de México, pone a consideración del lector.

El primer capítulo hace referencia a la evolución del concepto de derecho subjetivo, el cual ha sido ampliamente desarrollado únicamente por la teoría jurídica, sin desconocer la trascendencia que este concepto tiene sobre todos los sistemas normativos, dejando de lado otras perspectivas como lo es la moral.

El punto de partida es precisamente la diferencia conceptual que existe en los sistemas jurídicos del *common law* y los que son propios del *derecho continental*. Para el primero de ellos, existe una distinción entre lo que debe entenderse como derecho subjetivo, al cual se le denomina *rights*, y el derecho objetivo, al que denomina *law*; mientras que para la tradición continental europea, el término *derecho* suele utilizarse para referirse tanto a los derechos objetivos como subjetivos.

A partir del reconocimiento de esta distinción, Juan Antonio Cruz Parceró refiere que varios investigadores han tratado de encontrar a través de estudios históricos el origen del concepto de derecho subjetivo, y que estos estudios en sí representan un problema que se condiciona con el inicio de la propia investigación, ya que el historiador en su búsqueda, parte de una idea preconcebida de lo que son los derechos y, en consecuencia, los resultados siempre estarán enfocados a justificar la noción inicial.

Para ejemplificar, se precisan diversos estudios del surgimiento del concepto de derecho subjetivo unos afirman que: se remonta a las instituciones jurídicas del derecho

* Profesor investigador de tiempo completo de la División de Derecho, Política y Gobierno e imparte los cursos de Teoría del Derecho, Responsabilidad Patrimonial del Estado e Identidad y Legislación Universitaria, asimismo, se desempeña como Coordinador del programa educativo de Doctorado Iberoamericano en Derechos Humanos y Secretario Académico de la propia División. Contacto: arellano68@hotmail.com

romano cuando se hablaba de la potestad de *pater familie*, o bien, su origen está en la Edad Media, cuando se introduce la distinción entre derechos activos y pasivos, refiriéndose los primeros a la facultad o aptitud para hacer algo y los segundos, a la potestad que tienen la persona para que se le respete una situación jurídica o se le otorgue algo. Para los seguidores del iusnaturalismo racionalista de los siglos XII y XVIII, la respuesta al surgimiento del derecho subjetivo se da con el reconocimiento de que los ciudadanos tienen derechos innatos, como a la vida, la libertad y la propiedad, que ceden en parte al Estado para que este los proteja como derivación del contrato originario del que surge el orden social y que, ante la ineficacia o violencia del soberano, la sociedad puede poder resistencia legítima para defender sus derechos naturales. La reacción contra esta postura fue el positivismo surgido en Alemania, que negó la existencia de derechos naturales afirmando que eran construcciones irracionales y que sus pretensiones solo eran las de proteger a la burguesía olvidándose del hombre, afirmándose que solo hay un único origen de los derechos: los derechos subjetivos que son aquellos que se explicitan en el orden jurídico. Esta última escuela fue la doctrina imperante hasta el fin de la Segunda Guerra Mundial, momento en el cual se hizo un alto para dotar de contenido moral y político a lo que solemos referir como derechos.

En el apartado identificado con la teoría reduccionista de Hans Kelsen se hace un análisis del concepto de “derecho subjetivo”, el cual, para el jurista austriaco, se reducía al propio derecho objetivo, en función de que existe una serie de ideas conceptuales que se relacionan directamente y que, al concatenarse, arrojan ese resultado; a saber: derecho subjetivo, deber jurídico, hecho ilícito, sanción y, por último, norma jurídica. Sin embargo, Kelsen reconoció que pueden existir cinco sentidos en los que se suele hablar de derecho subjetivo: *a)* como reflejo de una obligación, *b)* en sentido técnico, *c)* como permisión positiva, *d)* como derecho político, y *e)* como libertad fundamental.

- a)* Como reflejo de una obligación, se afirma que la consecuencia del incumplimiento de una conducta por parte de dos sujetos de una relación jurídica no da lugar al surgimiento de un derecho distinto, sino que la facultad de pedir al otro el cumplimiento de su obligación solo es el reflejo del derecho primeramente violentado.
- b)* En sentido técnico, el derecho subjetivo es la potestad reconocida por el estado para que una persona pueda exigir el cumplimiento de una obligación.
- c)* Como permisión, que es la aptitud que tienen las personas de comportarse de la manera que deseen siempre y cuando no se encuentre prohibida.
- d)* Como derecho político, este sentido se resume en la capacidad que tienen las personas para participar en la producción de las normas jurídicas.
- e)* Como libertad fundamental, que es el reconocimiento del orden jurídico para que una persona pueda combatir una disposición que lo afecta, hasta la supresión de dicha ley.

Siguiendo con la teoría de Kelsen, en relación a la *diferencia entre derechos y garantías*, Juan Antonio Cruz Parceró señala que, bajo la teoría pura, se puede caer en dos errores. El

primero es el confundir un derecho subjetivo con la acción procesal para hacerlo efectivo; y el segundo, denominado por Ferrajoli como falacia garantista, que consiste en considerar que el reconocimiento constitucional o legal de un derecho es suficiente para garantizar al derecho, ya que la verdadera garantía de los derechos está en función de factores sociales y culturales, así como del funcionamiento del sistema constitucional y judicial.

Otra postura es la de Hohfeld, quien ve los derechos *como relaciones jurídicas*. Se describe partiendo de lo que señala Wesley Newcomb, la noción de derechos subjetivos se describe como la relación entre dos personas respecto a un objeto, sin embargo, esta relación no puede reducirse a las categorías de deberes y derechos, describiendo que, en toda relación jurídica, existen opuestos y correlativos que crean escenarios complejos en el desarrollo del derecho. Para Hohfeld, los deberes son aquello que constituyen verdaderos derechos subjetivos en sentido estricto, mientras que el resto de las relaciones de *no-derecho, sujeción e incompetencia* representan el sentido amplio de esta expresión, lo cual ha dado origen a teorías modernas sobre la noción de un núcleo que contiene la esencia de un derecho subjetivo, que se pueden traducir en la conjunción de dos o más pretensiones, privilegios, poderosos o inmunidades a las que les corresponderán deberes, no derechos, sujeciones e incompetencias.

El primer capítulo concluye con la reflexión de que el problema en la evolución de los derechos es el carácter formalista que se les atribuye y a la discusión relativa a si lo que surgen primero son los derechos o los deberes, desconociendo que unos y otros, lo que tratan de proteger, son los valores, los cuales son verdaderamente anteriores a los deberes y a las propias normas.

En el segundo capítulo, “Derechos morales: concepto y relevancia”, el autor advierte, como se señaló en párrafos anteriores, que existe una tendencia para negar que fuera del reconocimiento jurídico no existen otro tipos de normas que garanticen su eficacia. En ese sentido se pronunció Jeremy Bentham, quien afirmó que “el uso de la noción de derechos naturales —no jurídicos— en la discusión política y en la crítica de las instituciones sociales y leyes positivas es imposible de reconciliar con el ejercicio de poderes del gobierno; lo cual se debe a que los derechos naturales que reclaman los hombres son absolutos, cosa que no permite ninguna excepción o compromiso con otros valores”. Atendiendo a ello, teorías escépticas señalan que de nada sirve que existan derechos morales si los mismos no tienen mecanismos de protección. En respuesta, Juan Antonio Cruz Parceró dice que no deben confundirse los derechos con sus mecanismos procesales o garantías para hacerlos efectivos, además que en ciertas condiciones no existen garantías que hagan efectivos todos los derechos, por lo que la única ventaja de los ordenamientos jurídicos positivizados es que puede existir un respaldo institucionalizado por parte del Estado para tratar de defenderlos.

Un problema frecuente en relación con los derechos morales se encuentra precisamente en que su origen tiene una explicación metafísica, ya sea que surjan de la voluntad divina o bien que emanen de la naturaleza humana, cuestionándose que este tipo de derechos son inteligibles y no materiales. Sin embargo, su verdadera importancia

radica en la percepción generalizada que crea una especie de obligación para aquellas personas que son conscientes de que otra persona tiene un derecho moral que los vincula, sin que pueda exigirse su cumplimiento, sin embargo, como se ha dicho no hay garantías perfectas ni siquiera en los ordenamientos jurídicos, confundiendo así problemas conceptuales con problemas de fundamentación. Como corolario del capítulo, se señala que tener un derecho es estar en una posición moral o jurídica que justifica el reclamar o hacer algo o imponer deberes, más allá de que exista un reconocimiento expreso por parte del legislador.

En relación con el capítulo tercero, “Derechos sociales: clasificaciones, normas, acciones y fines”, el doctor Cruz Parceró señala que, desde el punto de vista del escepticismo, se niega la existencia de este tipo de derechos ya sea porque son conceptualmente imposibles o porque sus fines se consideran imposibles de realizar. Asimismo, es importante destacar que, como consecuencia del afán dogmático de lograr una clasificación total del derecho, aunado a la falta de consenso sobre lo que significan los derechos sociales, se han confundido o equiparado categorías de derechos que esencialmente no se corresponden, como es el caso de pensar que solo los derechos de trabajadores, madres, niños o grupos vulnerables son derechos sociales, excluyendo así de esta categoría de protección aquellos valores que no correspondan a ninguno de estos grupos.

Adicionalmente, de manera incorrecta se ha establecido que por exclusión son derechos sociales aquellos que no son derechos civiles o políticos —derechos pasivos— y que se caracterizan porque el Estado tiene la obligación de abstenerse de intervenir en su realización —en el entendido de que, en los derechos sociales, el Estado es la parte activa de la relación ya que tiene la obligación de hacer o dar algo para su protección. Sin embargo, estas afirmaciones son incorrectas, ya que, bajo ciertas circunstancias, en el caso de los derechos sociales, el Estado también tiene que abstenerse de realizar conductas que afecten su concreción. Y lo mismo sucede en el caso de derechos civiles o políticos en los que el aparato estatal debe realizar acciones positivas para poder garantizarlos.

Para poder ofrecer una respuesta en el sentido de qué son los derechos sociales, es de destacar los sentidos en los que existen, a saber:

- a) *En sentido amplio y como relaciones*, como ya se mencionó los derechos no solamente se traducen en enunciados procedimentales, en ocasiones están contruidos a base de valores o principios de ahí que existen derechos en sentido amplio, que solo pueden ser tener sentido a través de enunciados simples o concretos que a su vez son de a) precisión, b) medio/fin, y c) de ponderación.
- b) *Derechos que son reglas y derechos que son principios*, desde esta perspectiva se distingue que hay dos enunciados normativos los deónticos, aquellos que permiten, prohíben o permiten, y los no deónticos o consultivos. Los enunciados deónticos se dividen en principios y reglas. Los principios, si se siguen relacionan un caso con una solución, y pueden ser en sentido estricto que permiten, prohíben o permiten, o por medio de directrices que

lo que buscan es un resultado final. Las reglas relacionan un caso con una solución sin posibilidad de elegir entre su seguimiento o no, es decir, deben cumplirse para encontrar la solución, y a su vez se dividen en de acción que califican la conducta y de fin que califican el estado de una cosa o finalidad.

- c) *Normas de acción y normas de fin*, las normas de acción son aquellos dispositivos que deben seguirse para conseguir algo sin tomar en cuenta otras razones; mientras que las normas de fin son preceptos que deben seguirse, pero tomando en consideración la existencia de otras razones que pueden ser otros fines.

En concordancia con lo anterior, es importante distinguir cómo es que nos hemos de referir a los derechos sociales para poder entender que pueden ser derechos sociales positivos o morales protegidos por reglas o principios y, en consecuencia, si son normas de acción o normas de fin.

Asimismo, en este capítulo se dedica a analizar una clasificación que hace Robert Alexy, en relación con los derechos para entender su estructura, señalando que existen tres tipos: *derechos a algo, libertades y competencias*. Ampliando el apartado de derechos a algo, que se dividen en a) derechos a acciones negativas o derechos de defensa; y que sirven 1) para que no se impidan u obstaculicen determinadas acciones, 2) derechos a que no se afecte la propiedad, y 3) derecho a que no se afecte las situación jurídica de las personas; y b) derechos a acciones positivas o derechos a prestaciones; que se traducen en 1) *derechos a protección* del sujeto por parte de Estado, frente a terceros o a desastres naturales, 2) *derechos a organización y derechos procedimentales*, que son los procedimientos en los que el Estado debe invertir para garantizar el cumplimiento de sus fines, y 3) *derechos a prestaciones en sentido estricto*, son aquellos que obligan a dar recursos o prestar servicios a las individuo y son oponibles frente al Estado.

Para Alexy, desde el punto de vista de su estructura, existen tres tipos de normas: a) aquellas que puedan conferir derechos subjetivos o ser normas que obliguen al Estado; b) normas vinculantes o no vinculantes, es decir que puedan ser debatidas en los Tribunales; y c) normas que fundamentan derechos y deberes *definitivos* o *prima facie*, lo que se manifiesta en reglas o principios.

En concordancia con lo anterior, al establecer que los derechos sociales no pueden reducirse simplemente a derechos subjetivos públicos, sino que hay que atender al fin o valor que protegen y que su reconocimiento no es una condición que garantice su cumplimiento, se afirma que su justiciabilidad se centra en la forma o argumento mediante los cuales se plantea a los tribunales un problema relacionado con los derechos sociales.

El capítulo cuarto denominado “Sobre el concepto de derechos colectivos”, inicia haciendo un reflexión en torno a que esta categoría procura salvaguardar derechos de personas que se encuentran unidas por una condición o característica que de cierto modo los pone en una situación de desigualdad o desventaja frente al resto de una sociedad, señalando que su reconocimiento, al menos en nuestro país, ha sido resultado del impulso

jurídico supranacional, combinado con movimientos político sociales, como el levantamiento armado del Ejército Zapatista de Liberación Nacional, que desembocó en una reforma constitucional que reconoció a los pueblos indígenas la posibilidad de organizarse social, económica, política y culturalmente conforme a sus usos y costumbres.

Por lo que hace a la definición de derechos colectivos, Juan Antonio Cruz hace una referencia a los conceptos de derecho subjetivo de Ronald Dworkin y Joseph Raz, de los que infiere que existe una cuestión fundamental en relación a quién pueden ser sujeto de derechos, ya que la definición de Dworkin refiere que solo los individuos tienen derechos subjetivos; mientras que, desde su punto de vista, Raz sostiene una posición neutral al considerar que los titulares de estos derechos puede ser cualquier sujeto, por lo que, de nueva cuenta, se concluye que el concepto de derecho subjetivo tradicional es insuficiente para explicar el concepto de derechos colectivos. Y recurre nuevamente a las clasificaciones de Hohfeld y Alexy, de los que se desprenden cuestiones estructurales como lo son: la titularidad de un derecho, el destinatario del derecho y el objeto del derecho. Por lo que hace a la titularidad y destinatario del derecho se debe partir del principio de que los derechos colectivos son indivisibles por lo que no se puede caer en la tentación de particularizarlos y deben considerarse cuestiones relacionadas a su operatividad al interior de la comunidad o grupo; o bien, si se trata de una forma de protección contra la sociedad a la que se adscriben, a las primeras, Will Kymlicka las denomina restricciones internas, y a las segundas, protecciones externas. En relación con el objeto, se señala que son derechos que igualmente no pueden afirmarse como exclusivos de una sola persona, por lo que su titularidad esta diseminada entre diversas personas.

“Personas y Derechos” es el título del quinto capítulo, en cuya introducción hace referencia a la cuestión de quién puede ser considerado titular de derechos y quiénes, de hecho, lo son. Partiendo de la premisa de que para distintas sociedades hay personas que no gozan de derechos y hay cosas que sí los tienen, Cruz Parcero señala que el concepto de persona no es moral, biológico, ni metafísico: es un concepto normativo que hay que entender en función de los valores que se protegen. Asimismo, es necesario reconocer que el derecho no es solo descriptivo, sino que tiene márgenes de racionalidad que cumplen una función normativa que lleva a la reforma de normas.

Adicionalmente debe considerarse al momento de hablar de sujetos de derechos se hace referencia no solo a las personas sino al tipo de derechos —partiendo de la precisión de que existen derechos morales o jurídicos; entendida la moral como la capacidad de ser consciente y de sentir ser titular de derechos—, por lo que estos se dicen de las personas; mientras que los derechos jurídicos pertenecen a personas no capaces, futuras generaciones, la naturaleza o animales, y sobre los cuales recae una representación basada en un interés jurídicamente tutelado.

En el penúltimo capítulo “Las críticas al lenguaje de los derechos”, Juan Antonio Cruz Parcero retoma el tema de la proliferación de los derechos como producto de reflexiones sobre las atrocidades cometidas en la segunda guerra mundial, pero también como

consecuencia de la evolución histórica del derecho con base en otros movimientos como la independencia de Estados Unidos o la Revolución francesa. En relación con esta proliferación, advierte sobre la postura sostenida por teóricos que afirman que al utilizar sin discriminación alguna el lenguaje de derechos humanos para defender ciertos ideales, puede traer como consecuencia que este concepto pueda perder su valor moral para hacer frente a cuestiones que se denominan genéricamente como *verdaderamente importantes o trascendentes*. En reacción a lo anterior, refiere que la concepción liberal de los derechos reafirma la idea que los derechos humanos son conquistas sobre las cuales no se debe dar marcha atrás. De ahí lo importante por mantener la lucha es la progresividad de los derechos y el reconocimiento de nuevos. Si bien esta corriente enfrenta cuestionamientos, como el hecho de poner al individuo por encima de las mayorías o concederle una libertad absoluta, estos argumentos han sido desarticulados por los propios juristas ya que se estima que existe una falacia al afirmar que los derechos humanos son individuales o tienden a proteger la individualidad. Lo que hacen es dotar de interés a las personas que se encuentran en una situación de vulnerabilidad para que a través de la reacción institucional se protejan esos derechos no en favor de una sola persona, sino de toda la sociedad. Cruz Parceró señala que “el problema del lenguaje de los derechos no consiste entonces en el individualismo. El lenguaje de los derechos es compatible con hablar de derechos de grupos y comunidades”. Por lo que hace a la libertad, el liberalismo reconoce a través de lo que señala Isaiah Berlin, esto es, que existe una libertad en sentido negativo, que se traduce en la no interferencia, y una libertad en sentido positivo, que es la posibilidad de que la persona actúe y se desarrolle. En esta medida es que el liberalismo sugiere que los seres humanos tenemos la capacidad de hacer valer derechos, así como la posibilidad de no hacerlos valer y que esta posición es precisamente una conquista que va más allá de declaraciones políticas que en ocasiones reconocen ciertos derechos pero que en un contexto cerrado no cuentan con los mecanismos institucionales para hacerlos efectivos.

Asimismo, se critica que, en el abuso del lenguaje de los derechos, cuando en una discusión se habla de derechos humanos, esta sola expresión limita o termina con los debates sobre cuestiones de fondo, como en el caso de los derechos al aborto o a la libertad reproductiva. Porque, al darle prioridad a un derecho sobre otro, pareciera ser que en automático se niega la esencia y funcionalidad del derecho vencido; sin embargo, como lo afirma el autor de la obra, “tener un derecho es tener una pretensión válida, y una pretensión válida está basada solamente en razones que prevalecen sobre otras razones que compiten”, por lo que debe analizarse en cada caso cuál es el valor que se protege y no adoptar posturas absolutas para resolver todos los problemas bajo el mismo tamiz.

Finalmente, cierra este capítulo señalando que un problema de los derechos es que su efectividad se traduce en costos para el Estado, pero que esto no debe verse como excusa para su desconocimiento, incluso cuando ya existe un reconocimiento jurídico, el cual, puede ser el primer paso, pero no el último para su efectividad.

El último capítulo del libro, “El problema del uso de conceptos jurídicos y su repercusión práctica”, el autor lo dedica al estudio de la jurisprudencia mexicana; concretamente, de cómo se han mal reconocido o interpretado, los conceptos de derecho subjetivo, interés legítimo e interés jurídico. En este orden de ideas, señala como la jurisprudencia ha resuelto pronunciarse sobre los alcances de determinados conceptos, supuestamente, basándose en aportaciones dogmáticas, lo cual se ha hecho de manera irresponsable o sin tener en cuenta la esencia doctrinal completa que se invoca. Un ejemplo es precisamente la combinación de las tesis de Kelsen y Ihering, ya que nuestra jurisprudencia, al momento de definir al derecho subjetivo, no toma en cuenta que el primero de los autores basa su posición en un reconocimiento expreso de la ley, sobre el derecho a algo, negando la posibilidad de que existan meras intenciones; mientras que el otro señala que basta con un interés para que se pueda hablar jurídicamente de una protección; el resultado de la combinación de estas teorías antagónicas es la creación de vacíos normativos que terminan por no definir ningún concepto y restringen a las personas el acceso a la justicia.

Como se desprende de esta obra, el derecho debe ser asumido como una disciplina que debe estudiarse no a partir de criterios formalistas o reduccionistas sino a partir de un lenguaje expansivo, atendiendo a los conceptos, principios y valores que se desean proteger para el desarrollo de la sociedad y la realización de los seres humanos.