

SOBRE LOS DERECHOS

RICARDO A. GUIBOURG

Universidad de Buenos Aires

Resumen

Los sistemas jurídicos se presentan a menudo como conjuntos de derechos, que las normas ponen en vigor. En este artículo trato de aclarar el concepto de derecho subjetivo de acuerdo con los diferentes matices en los que, de hecho, se interpreta tal idea. En efecto, si el derecho se mira desde el punto de vista del legislador, el deseo de hacer que cierta acción sea efectivamente accesible para el titular del derecho correspondiente admite diferentes grados o niveles de intensidad, y cada uno de ellos puede representarse mediante diferentes configuraciones de deberes y competencias.

El primer nivel, el más débil de todos, es la permisón negativa: hacer p no está prohibido. En el segundo nivel, el legislador considera el tema y lo juzga bastante importante para emitir una norma que expresamente garantice a los ciudadanos la permisón de hacer p. En el tercer nivel, aun sin una permisón explícita, el legislador quiere impedir a la autoridad delegada prohibir p. Prohíbe, pues, a dichas autoridades emitir una norma que incluya esa prohibición. En el cuarto nivel o grado, el superior trata de impedir a la autoridad delegada desobedecer aquel propósito. Para hacerlo, establece que la prohibición de p está fuera de la competencia de cualquiera de sus delegados. En el quinto, el hecho de que p está permitido y no puede prohibirse no es bastante para el legislador, que insiste en que el sujeto que desee hacer p no se vea estorbado por terceros. En el sexto nivel, el legislador reconoce que, aun si nadie opone un obstáculo a p, algunas personas no son por sí mismas capaces de llevar a cabo esa acción. Para resolver esta última dificultad, el legislador establece, para todos los sujetos, o para algunos de ellos en cierta situación favorable, o aun para alguna autoridad delegada, la obligación de dar ayuda efectiva a cualquier persona que desee hacer p pero encuentre alguna dificultad para ello.

Individualizados y definidos esos seis niveles de intensidad de derechos, pueden proponerse ejemplos para cada nivel.

El propósito de este trabajo no es mantener ni cambiar las prioridades existentes, ni tampoco negar la importancia de los derechos ni proponer que los tribunales los ignoren. Es mostrar la realidad operativa de los derechos, comparada con el énfasis diverso que se les atribuye en el discurso político, que ahora es profundamente recibido en el campo jurídico. El análisis de los niveles expuestos puede ser una herramienta útil para comprender ciertas dificultades del discurso jurídico comparado con su práctica.

PALABRAS CLAVE: Derechos; Acción; Obligación; Prohibición Competencia.

Abstract

Legal systems are often presented as sets of rights, and legal norms operate to ensure these rights. In this paper, I try to clarify the concept of right according to the different

shades in which, as a matter of fact, the idea of a right is interpreted. As a matter of fact, if law is seen from the point of view of the legislator, the will to make a certain action effectively accessible by the bearer of the corresponding right admits different degrees or levels of intensity, and each of those levels can be represented by a different configuration of duties or competences.

The first level, the weakest of them all, is represented by negative permission: doing p is not forbidden. At the second level, the legislator has considered the matter and deemed it important enough to enact legislation expressly granting citizens the permission to do p. In the third level, even without a superior explicit permission, the legislator wants to prevent a delegate authority to prohibit p. So, she forbids such authorities from enacting a norm which includes that prohibition. In the fourth level or degree, the superior tries to prevent the delegate authority from disobeying its purpose. In order to do so, it establishes that the prohibition of p is out of the competence of any of its delegates. In the fifth degree, the fact that p is permitted and cannot be forbidden is not enough for the legislator: she insists that the subject willing to do p shall not be prevented from it by third persons. In the sixth level, the legislator acknowledges that, even if nobody opposes an obstacle to p, some willing persons are not individually able to perform such behaviour. In order to solve this last difficulty, the legislator establishes an obligation, for every subject, or for some of them in a certain favourable situation, or even for a delegate authority, of giving an effective help to any person willing to perform p but finding some obstacle to do so.

Once individuated and defined those six levels of intensity of rights, some examples of each degree may be proposed.

The aim of this paper is not to maintain or to change the present priorities, nor to deny the importance of rights or encourage courts to ignore them. Its purpose is to show the operative reality of rights, compared with the different emphasis they are attributed to within the political discourse, presently deeply received in the legal field. The analysis of the levels exposed above may be a useful tool to understand some difficulties of the legal discourse when compared to the legal practice.

KEY WORDS: Rights; Action; Obligation; Prohibition; Competence.

1. Un concepto central de nuestro tiempo

En los tiempos que corren, los sistemas jurídicos se presentan como conjuntos de derechos, respecto de los cuales las normas operan para reconocerlos explícitamente y asegurarlos. Las constituciones contienen declaraciones de derechos cada vez más nutridas y en ocasiones, como en el caso argentino, incorporan a su propio nivel ciertas convenciones internacionales que proclaman otros derechos. Los jueces juran cumplir y aplicar la ley, pero este último concepto se entiende presidido por tales declaraciones, frente a las cuales ninguna ley inferior puede prevalecer. Las convenciones internacionales se fundan, como siempre, en el derecho de los tratados; pero, una vez acordadas, tienden a aplicarse también a los estados que no las han ratificado con invocación del concepto de *ius cogens*. De esta manera, un sistema jurídico moderno se entiende fundado, ante todo,

en ciertos derechos que no necesitan ser legislados ni acordados expresamente por organismo alguno ni por los estados nacionales; en segundo lugar, por los tratados en la medida en que ellos se conformen o se interpreten según aquellos derechos superiores; en tercero, por las constituciones de los estados en cuanto garantizan derechos, siempre que no se opongan a los niveles anteriores y, antes bien, los confirmen y señalen; en cuarto, por las leyes u otras normas inferiores sancionadas por los órganos a los que la constitución haya conferido competencia para crearlas.

El hecho de que estas normas de cuarta categoría son precisamente las que indican con alguna precisión la conducta que cada uno debe cumplir para no infringir el derecho no parece inmutar al discurso jurídico, que está cortado a la medida epistemológica del derecho natural: la vieja escolástica puede considerarse superada, pero la nueva confianza en los derechos o principios en general, y en los derechos humanos en especial, reposa, como la anterior, en la postulación de algún método capaz de aprehender ciertas prescripciones que se hallan por encima de la voluntad de los hombres. De acuerdo con este punto de vista, es posible usar el razonamiento para determinar el modo correcto de resolver una controversia jurídica, aun en ausencia de ley positiva o en el caso de que ella deba entenderse inaplicable a la luz de un principio superior. Si dos o más principios o derechos se presentan enfrentados en un caso concreto, basta con ponderarlos razonablemente para advertir cuál de ellos debe prevalecer frente a los demás.

Son muchos los autores que sostienen hoy en día esa tesis, pero entre los principales es preciso considerar a Ronald Dworkin y a Robert Alexy. El primero propone concebir el sistema jurídico de acuerdo con lo que llama “el método de los derechos”. Tales derechos o principios, cuando su importancia excede el nivel de los estándares políticos, operan como *cartas de triunfo*, capaces de sobreponerse –contramayoritariamente, si es preciso– a otras normas inferiores (Dworkin 1993). Alexy, a su vez, señala que los principios son mandatos de optimización y propone un método, la *fórmula del peso*, que a su juicio permite ejercer la ponderación con exactitud matemática (Alexy 2004a, p. 165; 2004b, pp. 40-44; 2008, p. 1).

Nada hay que decir en cuanto se tome nota del hecho de que derechos y principios se hallan consagrados por las capas jerárquicamente superiores del sistema jurídico, por lo que han de imponerse a las leyes. El problema aparece a la hora de aplicar esa superioridad jerárquica, porque los mandatos de optimización no indican por sí mismos la conducta prescripta para su cumplimiento, con lo que el problema de la interpretación, presente en todas las jerarquías y prácticas del derecho, alcanza en ellos su dificultad más pronunciada.

He tenido en otros escritos oportunidad de criticar aquel punto de vista, señalando: a) que no existe un método apropiado para descubrir los derechos y principios susceptibles de ser consagrados por tratados y constituciones o aplicados aun en defecto de esos instrumentos; b) que, si bien sería preciso un algoritmo para comparar el peso relativo de los principios en pugna (ponderarlos), la fórmula propuesta por Alexy reposa para cada caso sobre valoraciones subjetivas del observador, defecto que su traducción numérica no es suficiente para suplir; c) que, desde el punto de vista de la técnica normativa y no desde el de la retórica política, el mejor medio para establecer derechos no consiste tanto en enunciarlos sino en elaborar normas de conducta que impongan las obligaciones necesarias para lograr ese objetivo (Guibourg 2008, 2010). Pero en este trabajo no repetiré esas críticas e intentaré clarificar el concepto de derecho (subjetivo) de acuerdo con los diversos matices con los que es, de hecho, interpretado.

2. La vaguedad del concepto y la clasificación de Kelsen

Una vez clarificada la ambigüedad de derecho objetivo y derecho subjetivo para centrar la atención en esta última expresión, la idea de los derechos muestra aún una considerable polisemia cuando se intenta examinarla a la luz de las circunstancias verificables que hayan de constituir su contenido. Kelsen (Cf. 1958, pp. 87-105; 1981, pp. 138-157) ha proporcionado una clasificación lúcida, pero no exenta de perplejidades, de los distintos significados que se atribuyen a la palabra, a saber:

a) *Permisión negativa*. En este primer sentido, decimos que tenemos derecho a llevar a cabo una conducta cuando no existe en el sistema jurídico de referencia norma alguna que prohíba hacerlo.

b) *Permisión positiva*. En este otro sentido, tenemos derecho a realizar una acción cuando el sistema jurídico de referencia contiene una norma que nos la permite expresamente. Es posible debatir si esta situación normativa y la anterior merecen quedar asimiladas en un mismo concepto o bien es preferible conceder relevancia a la diferencia entre las dos. En el primer sistema deóntico de von Wright (1951) se adoptaba la primera actitud; en los posteriores (von Wright 1963, p. 85), así como en la elaboración de Alchourrón y Bulygin (Alchourrón y Bulygin, 1974), se postula la segunda. Es posible, sin embargo, sostener una o la otra según el punto de vista del observador. Desde el punto de vista del súbdito que desea saber qué acciones u omisiones le están prohibidas y qué otras le son permitidas, el sistema normativo se presenta como un estado de cosas momen-

táneamente estático, en el que la permisión negativa y la positiva tienen exactamente el mismo contenido útil. En cambio, si quien examina la situación es un operador del derecho encargado de dictar normas o resoluciones, la diferencia entre las dos permisiones adquiere relevancia en cuanto puede modificar la amplitud de la competencia del órgano para adoptar una decisión dotada de validez (Cf. Guibourg 1999, pp. 138 y 139).

c) *Derecho reflejo*. Cuando una persona tiene una obligación, el beneficiario de esa obligación tiene un derecho que no consiste sino en el reflejo del deber ajeno. Es posible destacar que, para tener un derecho en este sentido, no es necesario ser una persona capaz, ni siquiera ser lo que suele llamarse un sujeto de derecho. En efecto, el acreedor de una suma de dinero tiene derecho a que su deudor le pague; un menor tiene derecho a ser protegido y alimentado por sus padres; la sociedad (o el estado) tiene derecho a que los ciudadanos se abstengan de cometer delitos; un caballo tiene derecho a no ser maltratado, ya que hay leyes que prohíben hacerlo; finalmente, un monumento público, objeto inanimado, tiene derecho a no ser ensuciado con *graffiti*, toda vez que las normas municipales castigan a quien lo haga (Guibourg 1999, p. 98). Es posible pensar estas extensiones como una errónea interpretación de ciertos caracteres implícitos en cualquier concepto de derecho, o bien como un defecto de la propia concepción del derecho reflejo, que Kelsen limitará mediante otra acepción de la palabra, o incluso como una muestra de las inconsistencias a las que conduce el antropocentrismo implícito en el discurso jurídico.

d) *Derecho en sentido técnico, o como poder jurídico*. En esta acepción, tiene un derecho quien se ve investido de la facultad de exigir el cumplimiento de una obligación ajena, o el castigo de su incumplimiento. Esta facultad, que Kelsen identifica como típica del derecho capitalista, se presenta como una delegación del poder estatal, ya que este poder se pone a disposición de un particular para ejercer la coacción y no actúa si el titular del derecho no lo solicita. Este concepto de derecho puede verse como un complemento del anterior, en la medida en que el beneficiario de una obligación ajena solo es titular de un derecho si tiene en sus manos el poder de demandar usando en su beneficio las instituciones estatales. Sin embargo, esa idea integradora, tributaria de la definición del derecho como un “interés jurídicamente protegido” y del adagio según el cual “el interés es la medida de la acción”, presupone una situación habitual pero lógicamente contingente. En efecto, podría concebirse una situación en la que el beneficiario de una obligación no tuviese acción procesal alguna para requerirla y, en cambio, esa acción se hallase en manos de otro particu-

lar que no es beneficiario del mismo deber. Tal estado de cosas parece extremadamente improbable, pero esta apariencia es fruto de un sistema normativo de ficciones. De hecho, si un menor es acreedor de una prestación, la acción no puede ser ejercida sino por su progenitor o tutor. La ley finge que el propio menor entabla la demanda “por intermedio de su representante legal”; pero el desmenuzamiento que el propio Kelsen ejerce respecto de los conceptos de capacidad de hecho y de persona jurídica permite advertir que solo se trata de un recurso lingüístico tradicionalmente aceptado (Guibourg 2011, p. 391).

e) *Derechos políticos*. En una democracia, el ciudadano puede votar y, en ciertas condiciones, ser votado. En cualquiera de los dos casos, participa, indirectamente o directamente, en la creación de normas generales. Si las acepciones anteriores configuraban derechos individuales, que cada individuo tiene frente a otro, el derecho político, aunque se ejerce individualmente, no tiene efecto alguno sino como parte de una conducta que requiere otros participantes: el elector tiene derecho (reflejo) a que su voto sea contado junto con los votos de los otros ciudadanos; el legislador vota a su vez dentro del cuerpo colegiado del que forma parte; el titular del poder ejecutivo puede dictar decretos por sí, pero se halla sujeto a un sistema de frenos y contrapesos. Sea como fuere, los resultados son colectivos porque constituyen normas jurídicas generales, salvo el caso de ciertas decisiones de tipo administrativo.

f) *Garantías constitucionales*. Kelsen las plantea como la participación del ciudadano en la derogación de normas generales, con lo que constituyen la versión inversa de los derechos políticos. Esta clase de derechos no se ejerce colectivamente, sino en forma individual, cuando el súbdito ataca como inconstitucional una norma general cuya aplicación a su caso juzga incompatible con la constitución. Si la acción se inserta en un sistema de control constitucional central, una resolución favorable deroga la norma por completo; si corresponde a un sistema difuso, la declara inaplicable respecto del caso concreto del ciudadano impugnante. Este carácter contramayoritario de las garantías ha llevado a Dworkin a compararlas con las cartas de triunfo en los juegos de barajas. Puede observarse que, después de todo, el valor de esa carta de triunfo depende del órgano judicial encargado del control: el tribunal, de única o última instancia, puede declarar constitucional una ley inconstitucional o inconstitucional una ley constitucional, lo que pone en tela de juicio el significado de la palabra “inconstitucional”, abre paso a la discutible tesis de Kelsen sobre el contenido alternativo de las normas y conduce a imaginar las

garantías como un elemento más –tan falible como los otros– del sistema de frenos y contrapesos (Guibourg 1986, pp. 51 a 55). Sin embargo, esta observación es ajena a la concepción de los derechos y se halla más relacionada con las dificultades sistemáticas de la cosa juzgada.

3. Los derechos humanos y la intensidad de los derechos

Las diferencias expuestas precedentemente, aun con sus observaciones y dificultades, han quedado opacadas por el nuevo paradigma del derecho objetivo, que ha invertido la relación entre derechos y obligaciones. Si antes –como resulta del análisis de Kelsen– la definición de los derechos subjetivos podía entenderse como derivada del análisis de las obligaciones que los constituían y justificaban, en nuestros días las obligaciones se juzgan derivadas de los derechos y las normas, aunque no desdennan establecer deberes, enfatizan por encima de ellos los derechos que proclaman para todas las personas o para ciertos grupos de ellas. Cuando su alcance es muy general, se da a los derechos el calificativo de *humanos*, se los enuncia en textos constitucionales o en tratados internacionales y aun se los impone a estados que no han suscripto los tratados, o incluso con efecto retroactivo, bajo la forma del derecho internacional *ius cogens*.

No es esta la oportunidad para examinar el origen ni la justificación de los derechos humanos, pero sí para advertir que ese modelo, dotado de gran prestigio político, se derrama hacia los estratos inferiores del sistema normativo e invierte la técnica con la que dicho sistema se enuncia.

El fenómeno está lejos de ser novedoso: la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, de 1789, impuso ese método, que paulatinamente fue extendiéndose a las constituciones del mundo. Sin embargo, hay que considerar que los primeros derechos así enunciados procuraban restringir la arbitrariedad de las autoridades estatales: su efecto era negativo, como típicamente lo describe Kelsen al tratar de las garantías constitucionales. Invocar una de estas garantías implicaba paralizar una exigencia o eliminar una limitación impuesta por las normas, de tal suerte que las obligaciones subsistentes eran todas las establecidas por el derecho, menos aquellas que entrasen en conflicto con los derechos.

Más adelante, sin embargo, los derechos se ampliaron (mediante “generaciones” sucesivas) a ciertas garantías sociales y económicas y aun a ciertos estados de cosas cuyos beneficiarios no son individualizables, porque se confunden en el conjunto de la sociedad. En estas condiciones, y cualquiera sea la justificación de tales derechos, la norma que los establece no señala las conductas concretas que han de exigirse para alcanzar tales estados de cosas. Los derechos se asimilan así a los principios

o, como dice Alexy, a “mandatos de optimización”; pero el camino para optimizar el valor así dispuesto queda delegado a otras autoridades: la legislativa o, más frecuentemente, la judicial.

En estas condiciones, vale la pena examinar más de cerca el concepto de derecho subjetivo del que haya de derivar una obligación o un conjunto de deberes o bien su ausencia¹. En efecto, si se mira el derecho desde el punto de vista del legislador, la voluntad de que cierta acción sea efectivamente accesible por quien tiene derecho a ella admite distintos grados de intensidad y cada uno de esos grados puede representarse por una configuración diferente de obligaciones y competencias.

El primer grado, el más débil, está representado por la permisividad negativa: no hay en el sistema S una norma tal que prohíba a los sujetos ejercer la acción p. Tal vez el legislador no ha encarado aún el tema, pero el hecho es que no ha adoptado la decisión de prohibir la conducta. En fórmula, y siempre por referencia al sistema S,

$$\text{Derecho 1 p} =_{\text{df}} \forall p \notin S$$

donde S es el sistema normativo de referencia y la prohibición de la conducta p no forma parte de S.

En el segundo grado, el legislador ha considerado el asunto y lo juzgó suficientemente importante como para disponer la expresa permisividad de p. Para el sujeto, el efecto en un momento dado es exactamente el mismo que en el grado anterior; sin embargo, en la dimensión dinámica del sistema normativo el efecto es diferente: cualquier disposición de una autoridad delegada que pretenda prohibir p deberá ceder ante la permisividad de grado superior; no porque dicha acción normativa esté a su vez prohibida o caiga fuera de los límites de la competencia de la autoridad delegada, sino por simple aplicación del principio *lex superior*. En términos estáticos, pues, este grado de derecho puede representarse así:

$$\text{Derecho 2 p} =_{\text{df}} Pp \in S$$

En la notación usada precedentemente, la permisividad de p forma parte de S.

En el tercer grado, aun sin necesidad de una permisividad expresa de nivel superior, el legislador quiere evitar que sus delegados prohíban p. El medio empleado consiste en prohibir a los delegados emitir una norma que

¹ El desarrollo que sigue está inspirado Guibourg y Mendonca (2011). Debo también a Mendonca valiosas observaciones acerca de las fórmulas empleadas para representar cada grado de los derechos.

contenga esa prohibición. Sin embargo, y a menos que p esté expresamente permitida por el superior, cualquier delegado podría desafiar la prohibición y vedar a los súbditos, dentro de su competencia, la conducta p . Tal prohibición delegada sería válida, pero la autoridad que la estableciera estaría infringiendo una prohibición y podría quedar sujeta a alguna sanción que el legislador supremo le aplicase en virtud de su desobediencia.

Para representar en fórmulas esta situación, es preciso introducir la noción de delegación de autoridad o jerarquía normativa, que se indicará con la constante H seguida de variables de autoridad (m, n) en orden decreciente de jerarquía. Así, en S ,

$$\text{Derecho 3 } (m)p =_{df} H(m,n) \supset \{V[V(n)p] \in S\}$$

En palabras: cuando el derecho de tercer grado ha sido establecido por una autoridad m , la autoridad inferior a ella tiene prohibido prohibir p .

En el cuarto grado, el superior procura evitar la situación prevista en el grado anterior y, para eso, establece que la prohibición de p se encuentra fuera del ámbito de competencia de cualquiera de sus delegados. En este caso, si un delegado dictase tal norma, ella sería inválida en virtud de su incompetencia. Que el delegado sufra o no sufra una sanción por su actitud es tema ajeno a este grado del derecho, aunque puede suceder si, además, subsiste la prohibición del grado anterior. Pero, incluso cuando esté obstruida la posibilidad de una norma prohibitiva de p , nada impide aún que terceras personas opongan obstáculos a la conducta permitida por el sistema normativo. En S ,

$$\text{Derecho 4 } (m)p =_{df} [H(m,n).P(m)p \in S] \supset \neg[V(n)p \supset Vp \in S]$$

Esto es: el derecho de cuarto grado, establecido en el nivel normativo de m , consiste en que, para cualquier autoridad inferior a m , la prohibición de p por parte de ella no llega a integrar a su vez S .

En el quinto grado, el legislador no se conforma con que la conducta p esté permitida y no pueda ser prohibida: está interesado en que el sujeto que desee llevar a cabo esa conducta no se vea impedido de hacerlo por hechos de terceros. Dicta, por lo tanto, una norma que prohíbe a todas las personas interferir con el ciudadano que ejecute la conducta p . Representar esta situación requiere el empleo de la lógica de la acción, como la propone von Wright: siempre en S ,

$$\text{Derecho 5 } p =_{df} (x)(y) \{V d(x) \neg[d(y) \neg pTp]\} \in S$$

En otros términos, queda prohibido a toda persona hacer que cualquier otra (titular del derecho) no lleve a cabo la conducta p .

En el sexto grado, el legislador advierte que, incluso cuando nadie opusiera trabas a la conducta p , algunos sujetos no están individualmente en condiciones propicias para cumplirla, aun cuando así lo desearan. Para suplir esta última dificultad, el legislador establece una obligación, dirigida a todos los sujetos en general, a algunos de ellos que se encuentren en cierta situación favorable o incluso a cierta autoridad delegada, de prestar auxilio efectivo a cualquier sujeto que desee llevar a cabo p pero encuentre dificultades para hacerlo.

$$\text{Derecho } 6 p =_{df} (Ex)(y) \{O d(x) [d(y) \rightarrow pTp]\} \in S$$

Hay, pues, algún sujeto x tal que está obligado a (colaborar para) que y realice la conducta p . La relación de la fórmula con el concepto es aquí aproximativa, ya que introducir como variables la voluntad de y , así como la noción de colaboración suficiente, requeriría una notable complejidad en la formulación.

4. Examen de derechos subjetivos a la luz de los grados de intensidad

Individualizados y definidos los seis grados de intensidad de los derechos, conviene proponer algunos ejemplos de cada uno.

Usar corbata parece un derecho de intensidad 1: es una conducta facultativa que no se encuentra especialmente protegida por la ley.

Contratar corresponde a la intensidad 2: está expresamente permitido, pero una norma sobreviniente podría prohibir ciertas clases o modalidades del contrato.

Cuando un ciudadano es imputado en una causa penal, puede solicitar al juez la exención de prisión, que consiste en el derecho a no ser detenido por esa imputación mientras dure el proceso. Si el juez otorga el beneficio, y mientras él se mantenga, la autoridad policial no podría arrestar al ciudadano imputado en el marco procesal de referencia sin incurrir en desobediencia; sin embargo, esto no implica que la policía haya perdido su capacidad general de practicar detenciones ni que la eventual detención del ciudadano beneficiario de la medida hubiese necesariamente de considerarse un delito de secuestro. En estas condiciones, la exención de prisión podría encuadrarse en la intensidad 3.

La Constitución establece que cualquier ciudadano puede publicar sus ideas por la prensa sin censura previa. Esto implica que ningún orga-

nismo del estado tiene autoridad (competencia) para impedir una publicación, de modo que quien pretendiese crear una norma con ese contenido no lograría que tal norma entrase a formar parte del sistema jurídico. Claro está que tal derecho no implica que cualquier ciudadano pueda exigir a un periódico que publique sus propias ideas: cada periódico decide por sí mismo qué publicar y qué no publicar, de modo que el ciudadano podría ver en los hechos impedida la difusión de su idea a menos que la emprendiese personalmente. La libertad de prensa, pues, parece un derecho de intensidad 4.

En época de elecciones, los ciudadanos tienen derecho a votar y, en algunas legislaciones, la obligación de hacerlo. Es claro que –salvo ciertas circunstancias previstas en la ley– ningún organismo estatal tiene competencia para impedirlo y, si lo hiciera, incurriría además en un acto prohibido. Pero esta prohibición se dirige también a los particulares: quien estorbase a un ciudadano la emisión de su voto, llevando a cabo alguna conducta destinada a impedirlo, incurriría también en una prohibición legal, lo que contribuye a situar el derecho al voto en el marco de la intensidad 5.

A su vez, un ejemplo de la intensidad 6 puede hallarse en el derecho a la educación. Educarse no está prohibido, sino expresamente permitido; cualquier autoridad que pretendiese impedir la educación de un niño actuaría ilegalmente, pero también lo haría una persona privada que llevase a cabo alguna acción en ese mismo sentido. Sin embargo, la garantía no se agota allí: los padres tienen la responsabilidad de velar por la educación de sus hijos y, como se prevé que el cumplimiento de tal responsabilidad requiere ayuda externa e instituciones escolares, el sistema educativo –del que en última instancia es responsable el estado– está globalmente obligado a facilitar la instrucción de los menores. Ha de notarse que, en este nivel de intensidad de los derechos, no es preciso que todos estén obligados a prestar auxilio (como en el caso de la obligación de asistencia, cuya omisión en caso de peligro de muerte puede derivar en el delito de abandono de persona), sino que al menos haya alguien obligado a facilitar el ejercicio del derecho por parte de quien no pueda ejercerlo por sí mismo.

5. Una nueva mirada sobre los derechos fundamentales

A partir de los ejemplos señalados, es interesante examinar la situación en la que se encuentran muchos de los derechos fundamentales, o humanos, o constitucionales, que, como se señaló al principio de este trabajo, constituyen el eje en el que gira el pensamiento jurídico de nuestro tiempo.

Si se aprecian los derechos más tradicionales, es fácil afirmar que el derecho de escuchar música es de grado 1, el de trabajar o ejercer industria lícita tiene grado 2, el de no ser castigado sin juicio previo es de grado 3, la libertad de palabra es de grado 4; el de no ser reducido a esclavitud es de grado 5, junto con el de vivir en un medioambiente sano, en tanto el derecho a la defensa en juicio es de grado 6.

Resulta de lo dicho que la intensidad operativa de los derechos no coincide necesariamente con la jerarquía relativa de las normas jurídicas que los establecen ni tampoco con la jerarquía político-moral que les atribuimos. La jerarquía normativa conserva alguna influencia en la intensidad 4 y, en menor grado, en las intensidades 3 y 2, en la medida en la que la garantía del derecho asegurado depende de la relación entre normas superiores e inferiores; pero, en otros aspectos, las tres jerarquías son diferentes e independientes.

Esta reflexión adquiere especial importancia cuando se la considera en el marco principialista mencionado en el primer apartado de este trabajo. Como punto de partida, son las normas positivas las que determinan cuál es la intensidad con la que un derecho se halla establecido; pero, si en la decisión de los casos concretos los jueces han de aplicar los principios generales según su jerarquía político-moral (comparación implícita en la idea un tanto engañosa de la ponderación de derechos y principios), cada sentencia fijará, con relativa independencia de los textos legales, el nivel de protección que haya de asignarse al derecho invocado. En efecto, cualquier decisión, aunque haya sido concebida para un reclamo individual, constituye necesariamente la aplicación de un criterio general, disponible en la mente de quien lo usa para ser aplicable también a cualquier otro caso que guarde con el anterior suficiente semejanza en características relevantes.

Un ejemplo de esta delegación de funciones, así como de las dificultades que ella comporta, es el derecho a una vivienda digna. Explícitamente contenido en el texto constitucional, tal derecho no se encuentra garantizado por un sistema que permita a cada ciudadano satisfacerlo y apenas da lugar a políticas que, de modo sumamente parcial y dependiente de las disponibilidades presupuestarias o de la política económica general, promueven la construcción de viviendas accesibles a los menos favorecidos. El derecho, pues, se halla operativamente previsto en el sistema positivo como de intensidad 2. Cuando se lo invoca en un caso concreto, ya sea para justificar la ocupación de un inmueble de propiedad de un tercero o para exigir que el estado provea una vivienda a quien la necesita, se lo proyecta como de intensidad 6. Si el juez accede al reclamo, no solo está resolviendo el caso a él sometido: también está proponiendo un

criterio general aplicable a una clase de casos de la que el caso presente forma parte. Es claro que distintos jueces pueden sostener diferentes criterios; pero este hecho no es sino una manifestación de cómo el sistema jurídico se diversifica a medida que la interpretación judicial afecta jerarquías más altas del sistema normativo.

Por ejemplo, la Corte Suprema argentina condenó a la ciudad de Buenos Aires a proveer una vivienda a una mujer desempleada e indigente que tenía a su cargo un hijo discapacitado². Aplicó para adoptar esa decisión la norma constitucional que asegura el derecho a una vivienda digna; pero de tal decisión se desprende un criterio general indudable: cualquier persona desempleada e indigente que al menos tenga a su cargo un hijo discapacitado debe recibir del municipio donde reside un lugar digno donde pueda vivir. Si este criterio se convirtiera en ley, y con mayor razón si se lo extrapolara a otras situaciones de necesidad extrema, su aplicación requeriría un cambio radical en las prioridades económicas y financieras, no solo de una ciudad sino de todas las ciudades y, probablemente, de la nación entera. Es probable que este cambio pueda reputarse como justo; pero, en un contexto donde muchas prioridades compiten entre sí, es preciso preguntarse quién ha de juzgar acerca del valor comparativo de aquellas prioridades en cada momento. Se trata de una decisión de política colectiva, tradicionalmente encargada a los poderes políticos; pero tal potestad ha de competir con los criterios generales implícitos en la interpretación judicial de la intensidad que quepa asignar a los derechos.

Este trabajo no tiene por objeto proponer el mantenimiento ni el cambio de las prioridades, como tampoco el de negar la importancia de los derechos ni propugnar que ellos sean ignorados en sede judicial. Su propósito es echar una mirada a la realidad operativa de los derechos en comparación con el diverso énfasis con el que ellos son sostenidos en el discurso político, hoy profusamente recibido en el ámbito jurídico. Declarar derechos es propio del ideario político, en tanto proyectar las obligaciones capaces de ponerlos en práctica es tarea indispensable del derecho. Cuando se establecen derechos, es raro que se prevea explícitamente el nivel de intensidad de su aseguramiento concreto. Cuando, al mismo tiempo, se delega en los jueces la función de determinar esa intensidad a partir de los casos individuales, se abre un abanico de criterios posibles que, acaso, pueden limitar el alcance de los derechos u ordenar su satisfacción de un modo cuya generalización sea problemática o controvertida. El aná-

² CSJN, 24 de abril de 2012, “Q. C., S. Y., c/ Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires s/ amparo”.

lisis de los niveles aquí expuestos puede constituir una herramienta útil para comprender mejor esa dificultad.

Bibliografía

- Alchourrón, C. E. y Bulygin, E. (1974), *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales*, Buenos Aires, Astrea.
- Alexy, R. (2004a), “The Nature of Legal Philosophy”, *Ratio Juris* 17 (2), pp. 156–167.
- (2004b), “Discourse Theory and Fundamental Rights”, en Menéndez, A. J. y Eriksen, E. O. (eds.), *Fundamental Rights through Discourse. On Robert Alexy’s Legal Theory*, Oslo, European and Theoretical Perspectives, pp. 35-51.
- (2008), “Sobre reglas y principios. Entrevista a Robert Alexy”, en *La Ley Actualidad*, 30 de octubre, p. 1-3.
- Dworkin, R. (1993), *Los derechos en serio*, Barcelona, Planeta-Agostini.
- Guibourg, R. A. (1986), *Derecho, sistema y realidad*, Buenos Aires, Astrea.
- (1999), *Pensar en las normas*, Buenos Aires, Eudeba.
- (2008), “Una concepción analítica del derecho”, en Botero Bernal, A. (coord.), *Filosofía del derecho argentina*, Bogotá, Temis.
- (2010), “On Alexy’s Weighing Formula”, in *ARSP*, 124, pp. 145-159.
- (2011) “El legado de Hans Kelsen”, en Clérico, L. y Sieckmann, J. (eds.), *La teoría del derecho de Hans Kelsen*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia.
- Guibourg, R. A. y Mendonca, D. (2011), “Permisión, protección y libertad”, en *La Ley*, 20 de abril.
- Kelsen, H. (1958), *Teoría general del derecho y del estado*, México, UNAM.
- (1981), *Teoría pura del derecho*, México, UNAM.
- Wright, G. H. von (1951), “Deontic Logic”, *Mind* 60 (237), pp.1-15.
- (1963), *Norm and Action*, Londres, Routledge.