

¿Nuestros derechos nos obligan? Una revisión de la teoría de los Derechos Fundamentales

Pablo MARSHALL BARBERAN*

“Las creencias comprensivas acerca de la vida son como ciudadelas que deben ser defendidas contra el enemigo. Los filósofos emplean su fuerza intelectual en argumentos contra objeciones, reales o posibles, a sus doctrinas; y aunque las razones que encuentren y la lógica que empleen sean complejas, ingeniosas y formidables, no son sino armas defensivas; la fortaleza interior (la visión de la vida por cuya causa libran la guerra) resultará, por lo general, relativamente simple y elemental.”

Isaiah Berlin (Berlin, 1993)

Introducción

La distinción entre derecho subjetivo y derecho objetivo es fundamental para determinar la aplicación del derecho constitucional en la adjudicación judicial. El sistema constitucional de los derechos fundamentales, puede funcionar de dos maneras (o funciona comúnmente de dos maneras): primero, mediante el sistema de derechos subjetivos del cual algo pretendo explicar aquí; y segundo, mediante el efecto que despliegan las normas de derecho fundamental en cuanto derecho objetivo. Es así como la jurisprudencia constitucional alemana habla de un orden objetivo de valores, “que en tanto decisión básica jurídico-constitucional, vale para todos los ámbitos del derecho y proporciona directrices e impulsos para la legislación, la administración y la justicia.” (BverfGE 39, 1 (41). *Cit. en Alexy, 1993: 507*), planteando una teoría objetiva de los derechos fundamentales, según la cual éstos no sólo cumplen su tradicional papel de defensa frente al estado, sino que como valores supremos dentro del ordenamiento jurídico, también fungen como mandatos de actuación y deberes de protección para los poderes públicos. Es de esta manera como se puede plantear convincentemente el efecto horizontal de los derechos fundamentales, esto es, en las relaciones recíprocas entre particulares, actuando como límite a la autonomía de la voluntad, en ordenamientos que solo prevén directamente protección contra actos de autoridad.

La idea de este trabajo es explicar, como insinúa el título cínicamente, por qué los derechos fundamentales, concebidos como derechos subjetivos, no pueden obligar a su titular. Para esto me valdré de una explicación analítica, para luego plantear una explicación histórico-ideológica que satisfará la exigencia de contenido de la explicación analítica.

Primeramente plantearé el concepto de derecho subjetivo que utilizaré, esto es, el concepto de derecho subjetivo como relaciones jurídicas del que se vale Robert Alexy, siguiendo a Wesley Newcomb Hohfeld. (I) Después me referiré al modelo de tres gradas de enunciados sobre derechos, obteniendo de ese planteamiento algunas características importantes para el tratamiento de las cuestiones sobre los dere-

* Universidad de Chile.

chos fundamentales como derechos subjetivos. (II) Finalmente, utilizaré este planteamiento para exponer cómo el modelo de los derechos como relaciones jurídicas, con las particulares características emanadas de su calidad de derechos fundamentales, funciona en el tratamiento del derecho fundamental a la vida en un caso constitucional de huelga de hambre. (III)

I.

“Los conceptos fundamentales pertenecientes a la esfera de los derechos subjetivos(...) no han sido creados por los autores de derecho, sino heredados de ideas generalmente aceptadas” (Ross, 1997: 213). Es así como en la tradición jurídica occidental se ha dedicado a otorgarle y también a negarle sentidos posibles al concepto de derecho subjetivo y a sus conceptos relacionados.

Las teorías tradicionales en torno al concepto de derecho subjetivo pueden clasificarse en tres: la teoría de la voluntad, la teoría del interés y la teoría ecléctica interés-voluntad. Las críticas que se han dirigido entre sí estas teorías, y de las que han sido objeto por parte de las teorías escépticas de Hans Kelsen y Alf Ross, hacen que para el tratamiento de las cuestiones en torno a los derechos subjetivos se haya preferido una teoría que explique los derechos subjetivos como relaciones.

Al respecto Alexy hace una distinción entre los conceptos fuertes de los derechos y los conceptos débiles de los derechos. “Un concepto fuerte de derecho es un concepto de acuerdo al cual todos los rasgos que se consideran importantes en conexión con los derechos, son elementos del concepto de derecho” como en Rudolf Von Ihering y Bernhard Windscheid (Alexy, 1993: 24). Las teorías escépticas de los derechos, como las de Kelsen y Ross, también son representantes de un concepto fuerte de derecho. Alexy asegura que los conceptos fuertes de derecho tienen una desventaja: “transforman cuestiones substanciales de la teoría del derecho muy discutidas en problemas conceptuales” (Alexy, 1993: 24). Es así como Alexy plantea la necesidad de un concepto débil de los derechos, esto es, un concepto que entienda a los derechos como relaciones jurídicas, como Hohfeld. Las normas sitúan a los sujetos en posiciones determinadas, lo que hace referencia no a ciertas propiedades sino a relaciones entre sujetos.

La idea general de Hohfeld consiste en que los derechos son deberes vistos desde otra perspectiva: “no cabe duda de que aún aquellos que emplean la expresión y el concepto ‘derecho’ (subjetivo) en la forma más amplia posible están habituados a pensar en ‘deber’ como su correlativo invariable” (Hohfeld, 2001: 49. *Cfr.* Alexy, 1993: 203). Cualquier derecho implica un deber, y decir que A tiene un derecho significa que B tiene la obligación correlativa. Sin la atribución de un deber a B la atribución de un derecho a A no tendría sentido. Hohfeld incorpora cuatro modalidades a través de las cuales pueden manifestarse los derechos y las obligaciones correlativas. Para él, “A podría disponer, según el ordenamiento, de una acción para exigir, de un Poder, de una Libertad y de una Inmunidad. [A su vez] el individuo B estaría ‘correlativamente’ en situación de Deber, de Sujeción, de No-derecho y de Incompetencia respectivamente.” (Laporta, 1987: 26)¹

Alexy luego de señalar que es “aconsejable [...] utilizar la expresión ‘derecho (subjetivo)’, siguiendo el uso existente, como un concepto general para posiciones muy diferentes, y luego, dentro del marco de este concepto, trazar distinciones y llevar a cabo caracterizaciones terminológicas” (Alexy, 1993: 185)

¹ Una clara explicación y corrección del sistema de Hohfeld en Alexy, 1993: 202-210.

toma el modelo de Hohfeld para explicar la noción de ‘derechos a algo’, que es una concepción sofisticada del sistema de derechos como pretensiones de Hohfeld. Tomando la estructura más general posible sostendré, que si bien un derecho puede formularse en términos absolutos (del modo: A tiene un derecho a G), esa formulación en nada ayuda a la clarificación de cuáles sujetos se ven vinculados por dicha relación. Es así como la determinación de los derechos subjetivos como relaciones triádicas formadas por el portador del derecho (titular), el obligado por el derecho y el objeto del derecho, es útil. La gran consecuencia que tiene este análisis es que en cuanto titular de un derecho sólo se puede obligar al sujeto vinculado por la obligación correlativa al derecho. Una norma válida coloca a un sujeto individual en una posición jurídica, que puede ser expresada mediante la misma norma individual aludida², por ejemplo: A tiene derecho a P frente a B. Es en este plano que se puede hablar de ‘derechos subjetivos como posiciones (y relaciones)’. En base a una estructura relacional como la planteada, los derechos ‘a algo’ se diferencian exclusivamente en lo que respecta a su objeto (Alexy, 1993: 188), que sin embargo siempre es una acción del destinatario del derecho. Esta acción puede ser una acción positiva, o sea una prestación o puede ser una acción negativa, o sea una omisión. Los derechos a acciones negativas pueden subclasificarse en derechos a no impedimento de acciones (ejemplo de este tipo de derechos son la libertad de movimiento, la manifestación de la fe, la expresión de opinión [Alexy, 1993: 189]), derechos a no afectación de propiedades y situaciones (ejemplo de este tipo de derechos son los derechos a la salud y a la vida), y por último derechos a la no eliminación de posiciones jurídicas (el ejemplo paradigmático de este tipo de derecho es el derecho de propiedad). Los derechos a acciones positivas por otro lado se pueden subclasificar en derechos a acciones positivas fácticas y derechos a acciones positivas normativas (Alexy, 1993: 186-210).

Alexy hace coincidir un esquema de modalidades deónticas³, expresado en el rectángulo deóntico, conformado por cuatro posiciones básicas (mandato, prohibición, permisión negativa y permisión positiva), con el esquema de Hohfeld de relaciones jurídicas en el ámbito de los derechos a algo (no-derecho, derecho, obligación y privilegio) lo cual da por resultado un esquema de relaciones jurídicas conversas, el

² En cuanto reformulable en normas individuales los derechos subjetivos tienen una estructura relacional, esto significa que sitúan a los sujetos en posiciones en las cuales la titularidad de un derecho no es posible si a ella no está relacionada una obligación correlativa, puede entenderse que los derechos no son absolutos, o sea, que A no tiene derecho al honor o la libre expresión sin más, sino que A tiene derecho al honor o a la libre expresión frente a B, o frente a C, o frente a B y C, etc., esto manifiesta, que los derechos son subjetivamente relativos, pero al fin y al cabo la construcción de un derecho absoluto se configura sobre la base de la suma de relaciones individuales. La exclusión de la antijuridicidad de una violación de un derecho fundamental, o el caso de la preferencia de otro derecho fundamental en una determinada colisión entre derechos fundamentales, habla a favor de la utilidad práctica de una concepción puramente relativa de los derechos fundamentales como derechos subjetivos. Esto nada dice en relación a la existencia de derechos subjetivamente absolutos, pero este tipo de derechos pueden ser caracterizados como la adición de todos los derechos relativos, respecto a todos los sujetos del sistema jurídico. El caso especial de la libertad jurídica de rango constitucional de carácter absoluta es la excepción en este caso pero al no adquirir el carácter de derecho subjetivo no nos plantea problemas de desarrollo funcional. Kelsen habla de derechos subjetivos absolutos y relativos. *Vid.* Kelsen, 1998: 143.

³ Un modelo que reduce los derechos subjetivos a operadores deónticos, en Kelsen, 1998.

cual reduce el sistema de posiciones de 'derecho a algo' a un marco de lógica deóntica general, subjetivamente relativizado y diferenciado⁴, y objetivamente determinado.^{5 6}

Este 'modelo analítico' permite clarificar la influencia sobre el sistema normativo, que ejercen los derechos. La clarificación que este modelo simple ofrece, o sea, la determinación de las conductas jurídicamente permitidas por los derechos, es un argumento de peso, si se toma en cuenta que la certeza y la libertad jurídica que ésta entrega, son fundamentales para la reconstrucción teórico-dogmática del sistema jurídico occidental (*Vid.* Aarnio, 1991: 26). También importante para lograr una adecuada comprensión del modelo de derechos subjetivos en Alexy, es reconocer la diferencia estructural que existe entre las normas.

Las normas jurídicas sitúan a los sujetos de derecho en posiciones jurídicas a las cuales está asociado un derecho. Consiguientemente, los derechos subjetivos son estatuidos por normas jurídicas. Norma es aquello que es expresado por una o más disposiciones. Sostener que los derechos son normas jurídicas de un tipo especial, es de alguna manera plausible, pero prefiero diferenciarlos analíticamente para no perderme en el que aparentase ser otro problema.

Una cuestión fundamental en la teoría de Alexy, es la distinción entre reglas y principios, como tipos de normas. Las reglas, en tanto normas, pueden caracterizarse como 'mandatos definitivos', y los principios como 'mandatos de optimización', esto significa, mandan que algo debe hacerse en la mayor medida posible. Los derechos estatuidos por reglas son derechos 'definitivos', los derechos estatuidos por principios son derechos '*prima facie*'. El modo de aplicación de los primeros es la subsunción, el de los segundos es la ponderación. Esta distinción, entre reglas y principios, tiene tanto consecuencias en la aplicación (*Cfr.* Alexy, 1993: 69-70) y en la justificación de los derechos, como en su conexión con el razonamiento

⁴ Quieto tratar la consideración sobre la existencia de deberes jurídicos establecidos para el mismo sujeto que es titular del derecho correlativo.

Se ha sostenido por algunos, la existencia de derechos-deberes, derechos que al mismo tiempo que entregan prerrogativas, libertades o prestaciones, exigen, en razón de eso otro tanto (así White y Haksar *Cit. en* de Páramo, 1996). Típicamente se ha planteado la existencia de este tipo de instituciones en el campo de las relaciones de pertenencia o dependencia. Aquí analizaré brevemente dos razones que creo han incitado a confusión. (Aunque no considero la hipótesis simple de la obligatoriedad del ejercicio del derecho aquí.) La primera es la asociación a un mismo nombre (derecho X), de derechos y deberes diferentes, en cuanto a que la simetría en la configuración o perfección del supuesto de hecho de aplicación del derecho no es tal. Por tanto, hablan de deberes y derechos distintos, pero que comúnmente van asociados, a instituciones complejas. Nadie habla del derecho-deber emanado de la compraventa, sino de los derechos y los deberes, tanto del comprador como del vendedor. Si se analiza con cuidado, se notará que en la mayoría de los casos, por ejemplo del derecho de familia, los derechos-deberes, no son sino derechos con deberes correlativos, posicionados en otros sujetos; y deberes con derechos correlativos en otros sujetos; o simplemente, y en la mayoría de los casos, prescripciones normativas legislativas o reglamentarias sin derecho subjetivo correlativo.

La segunda confusión dice relación con la identificación de los sujetos titulares de los derechos y los sujetos vinculados por las obligaciones. El decir que existe un derecho-deber a la educación, por lo menos en Chile, quiere decir que existe una preferencia a favor de los padres a la hora de determinar quién será el educador de los hijos (derecho cuyos titulares son los padres); al decir que hay un deber de educación, no se establece un derecho a favor de los padres sino a favor del o los hijos, derecho a que los padres (o el Estado) les provean de medios necesarios dentro de sus posibilidades. Lo que lleva de nuevo a la existencia de derechos y obligaciones correlativos. Estas dos confusiones, expresan en parte las carencias de sofisticación dogmática de algunas áreas del derecho (me refiero más especialmente, al derecho de familia, al derecho laboral y al derecho procesal), que sostienen elaboraciones como las de los derechos-deberes como objeciones a un planteamiento como el que aquí se afirma.

⁵ Ver esquema en Alexy, 1993: 208

⁶ Sosteniendo concepciones que conciben a los derechos como algo distinto de, y no generado por, enunciados deónticos típicos: Hart (Hart, 1962), Joel Feinberg (*Cit. en* de Páramo, 1996) y Ronald Dworkin (Dworkin, 1999) entre otros.

jurídico (Cfr. Alexy, 1993). Simplificando bastante, la principal explicación para la distinción anterior es la determinación o indeterminación del supuesto de hecho de la aplicación de la norma. En el caso de las reglas, el supuesto o condición de aplicación está determinado, o sea, es un conjunto de propiedades determinadas, cuya ausencia determina su inaplicación, y cuya existencia determina la aplicación de la regla, con la forma de una consecuencia o solución al problema normativo planteado. Nada dice esto respecto de los problemas de penumbras que recorren el lenguaje normativo, y “en los que las palabras no resultan obviamente aplicables ni obviamente no aplicables” (Hart, 1962: 26). Muy distinto es el caso de la aplicación de principios, en los cuales la condición o supuesto de aplicación se determina, fijándose también en la concurrencia de propiedades determinadas, pero limitada por las posibilidades jurídicas y fácticas. Las posibilidades fácticas se determinan fundamentalmente en base a los principios de necesidad y adecuación⁷. Las posibilidades normativas o jurídicas se determinan, por un lado, en el límite que constituyen las reglas como mandatos definitivos frente a mandatos *prima facie* como los principios, y por otro, en el límite que constituyen los principios opuestos, lo cual nos obliga a referirnos al principio de proporcionalidad en sentido estricto⁸, como fundamento de la técnica de la ponderación para la determinación de los principios que en el caso concreto deben ser preferidos (Vid. Alexy, 1993: 83-172).⁹

La noción de derechos establecidos por normas de distinta estructura (Vid. Alexy, 2000. Cfr. Aarnio, 1997: 17-18), supone una doble relevancia para nuestro análisis: primero, los derechos establecidos por normas con estructura de principio, por lo anotado más arriba, no admiten el carácter de absolutos (Vid. Alexy, 1993: 105-109. Cfr. Alexy, 1993: 534; y Alexy, 1997). Segundo, los derechos tienen una función normativa, en cuanto derechos subjetivos, que plantean soluciones de ‘carácter limitado’¹⁰ a la hora de la regulación conductual.

Según lo expuesto en este apartado, podría plantearse la cuestión de si nuestros derechos pueden obligarnos. Y la respuesta debiera ser negativa. Cuando se habla de derechos, también se habla de normas que permiten o facultan (permisiones: libertades); cuando se habla de deberes, también se habla generalmente de normas que prohíben o mandan (mandatos y prohibiciones: límites a las libertades). Cuando una conducta parece insoportable, normalmente se opta por prohibirla. Pero cuando se establecen derechos para particulares, que no excluyen, definitivamente la realización de la conducta normada, sino que

⁷ Los cuales dependen fundamentalmente de los ‘cursos de acción alternativos’ posibles para la realización de la acción que limita o afecta el derecho fundamental. Vid. Alexy, 1993

⁸ Que puede formularse de la siguiente manera: cuanto más intensa sea la interferencia en un principio, más importante tiene que ser la realización del otro principio. Vid. Alexy, 1993

⁹ La fórmula de la ponderación, puede tomarse en cuenta como una herramienta relevante para solucionar los casos en que dos derechos fundamentales concurren.

¹⁰ Limitación, subjetiva y estructural en cuanto los derechos forman parte del orden jurídico, que busca ciertos fines y establece condiciones de reconstrucción para su aplicación, fundamentalmente en la dogmática. El carácter limitado de la labor normativa de los derechos, se manifiesta por lo menos en cuatro notas distintivas de los derechos subjetivos. A) En el carácter (contingente) de principios de las normas que los establecen, lo cual no los hacen aplicables definitivamente (sin el examen de otras consideraciones) a ningún caso. Esta consideración vale al menos para los derechos establecidos por principios. B) Este carácter limitado se ratifica a la hora de calificar a las relaciones jurídicas de los derechos como subjetivamente relativas. C) Existen limitaciones de carácter volitivo para la aplicación de los derechos, pues su aplicación está condicionada por la decisión del derechohabiente. Este rasgo es esencial en nuestra argumentación, que como se darán cuenta plantea en algún sentido, la cuestión debatida como un problema analítico más que un problema metafísico. D) Por último, una consecuencia estructural para el sistema jurídico en que existen derechos, que en cuanto decisiones políticas a favor del individuo (o la comunidad), que establecen ámbitos de autonomía que excluyen de la influencia de terceros, amparados o no por alguna clase de legitimidad, o de políticas públicas mayoritarias, difumina la posibilidad de regulación de ciertas áreas de la vida social.

facultan al titular para ejercer su exclusión mediante su decisión voluntaria, se considera que no son insoportables, que pueden ser dañinos, y para esos casos la víctima del daño posee una protección que cautela su interés, véase un derecho. Los derechos son exigencias de posibilidades, basadas finalmente en la voluntad de su titular, de prohibir o mandar a los demás.

Quiero explicar por qué aquí este problema se soluciona de manera conceptual, y no de manera metafísica (o quizás política). Si bien algo he dicho de los derechos, no podré convencer a todos de esta concepción de los derechos subjetivos. Lo que sí puedo hacer fácilmente, es decir qué es lo que 'no son' los derechos. Claramente los derechos no crean prohibiciones o mandatos para su titular, los establecen para otros. Simplemente, cuando se habla de derechos se habla de otras cosas. Es raro escuchar: 'lo obligué a cumplir su propio derecho'. Y que sea raro, dice algo de que el uso de la palabra derecho no es el adecuado en estos casos. Uno tiene derechos y obligaciones, no tiene derechos que lo obligan, ni obligaciones que le estatuyen situaciones jurídicas beneficiosas: simplemente es lo uno o lo otro. Esto no obsta a que se puedan establecer mandatos y prohibiciones (de hecho puede entenderse que la mayor parte de las normas penales protegen derechos fundamentales. *Cfr.* Bascuñán Rodríguez, 2003). Lo que es inaceptable, es que se tenga la desfachatez de llamar a los mandatos y prohibiciones, 'derechos'. Esto trae una consecuencia importante: si los derechos no pueden mandarnos o prohibirnos, no pueden obligarnos. Pretendo explicar en el siguiente apartado, por qué cuando se dice en la Constitución que tengo derechos, en medida alguna se puede estar diciendo que tengo obligaciones.

II.

Gran parte de las discusiones sobre el tema se han provocado por no tomar en cuenta un modelo diferenciado de las cuestiones en torno a los derechos subjetivos¹¹. Un modelo tal, es hallado en la formulación de Alexy, de la diferenciación de enunciados sobre derechos (en alguna medida explicados en la primera parte), enunciados sobre razones para derechos y enunciados sobre la protección de derechos (*Vid.* Alexy, 1993: 182. *Cfr.* Kelsen, 1998: 138-156; y Ferrajoli, 2001). El déficit de diferenciación de estos tres niveles es, en buena parte, responsable de la oscuridad en el discurso de los derechos. En él se confunde comúnmente, al derecho subjetivo con sus fundamentos o con su protección (Alexy, 1993: 178). Las relaciones de fundamentación que Alexy plantea, sin dudas clarifican el discurso de los derechos, en cuanto discurso complejo, de intrincadas relaciones y problemas que se sitúan tanto en un contexto de explicación como de justificación.

Los enunciados sobre razones para los derechos, tienen una naturaleza diferenciada del derecho mismo en cuanto éste es su objeto de fundamentación. Alexy nos plantea así las cuestiones de fundamentación. La naturaleza de enunciado de razón es de dar razón para algo, ese algo no es la razón misma, sino su objeto, un derecho enunciado en una norma¹². Las cuestiones normativas del tipo ético-filosófico según Alexy, son las que se preguntan ¿por qué los individuos tienen derechos? y ¿qué derechos

¹¹ Ihering había tomado conciencia del problema al identificar las razones de los derechos con el interés diferenciándolos de la protección de los derechos: "Dos son los elementos que constituyen el concepto de derecho, uno substancial, en que reside el fin práctico del mismo, es decir, la utilidad, ventaja, ganancia, que ha de ser proporcionada por el derecho, y uno formal que se comporta con respecto a aquel fin meramente como medio, es decir, la protección del derecho, la demanda" (*Cit. en* Alexy, 1993).

¹² Esto nos lleva inmediatamente al problema de la prioridad de las normas positivas sobre los derechos. *Vid.* Laporta, 1987: 30; Nino, 1990; Nino, 1989; y Hoerster, 1992.

tienen? Las cuestiones empíricas son las que tratan sobre la historia, las consecuencias sociales y las funciones de los derechos subjetivos (Alexy, 1993: 174). Cuestiones tales son ejemplos de razones que pueden usarse (o se han usado) como enunciados sobre razones para derechos, con el objeto, como anteriormente señalé, de fundamentar enunciados normativos positivos sobre derechos. Las razones para derechos a través de la historia han cambiado su orientación justificatoria, y es particularmente importante explicar la especial fundamentación que existe para los derechos fundamentales como derechos subjetivos. Los fundamentos de los derechos en gran medida determinan su régimen de utilización. Sin claridad de las razones de por qué tenemos derechos o qué derechos tenemos, mal podemos preocuparnos por la protección jurisdiccional de esos derechos. Primero, quiero señalar algunas razones que fundamentan el carácter liberal de los derechos subjetivos¹³ (a). Después, pretendo justificar que si bien la fundamentación de los derechos fundamentales es en gran medida tributaria del modelo liberal-general de derechos subjetivos, su explicación no se agota allí, y requiere algunas observaciones adicionales que diferencien el modelo de los derechos fundamentales, del modelo de los derechos subjetivos privados (b).

(a) La cultura jurídica occidental se basa primordialmente en la noción de ‘derecho’ (subjetivo), para la regulación de la vida en sociedad. La utilización de tal término no es baladí, para una argumentación que pretende explicar la función ideológica y política del derecho moderno, y del estado como su productor natural.

Las concepciones sobre los fundamentos del estado son diversas, y las relaciones entre esos fundamentos y la libertad del individuo también lo son. La concepción que se adopte sobre el rol del estado (y del derecho), como conjunto de instituciones normativas, en relación con la sociedad y con el individuo, es fundamental a la hora de determinar las esferas de legitimidad donde cada uno de esos elementos, componentes del mundo social, puede desarrollarse. En nuestra ‘contemporaneidad’ occidental, las concepciones acerca del rol del estado, de la sociedad y del individuo, son contradictorias¹⁴, pero mantienen un piso común. La esfera individual, tiende a mantener algún grado de autonomía, con tal que el individuo y la sociedad coexistan, y éste no sea absorbido por aquella. El mundo social en que la mayoría toma todas las decisiones, no respeta esta individualidad mínima. Por otro lado, cuando todas las decisiones están entregadas a la esfera individual, normalmente no se respetarán valores y bienes colectivos considerados por muchos como valiosos. Es por eso que se debe buscar un estado de equilibrio, además de establecer una línea demarcatoria entre lo que puede resolverse lícitamente por la sociedad, y lo que queda entregado a la esfera individual.¹⁵ Justamente, la esfera que queda entregada a los individuos es la que se caratula como libertad individual. Con el fin de estructurar institucionalmente dicha libertad, y hacerla inmune a las intromisiones de la mayoría social, de los grupos dominantes o del propio estado, es que se establecen derechos. “La función de los derechos es impedir y resolver conflictos, delimitando un área de elección dentro de la cual los deseos o pretensiones de una persona tendrán prioridad sobre los deseos o elecciones de otros” (Wellman *Cit. en* de Paramo, 1996)

¹³ Tal premisa es inmanente a este trabajo, lo que imagino ha sido aprehendido en gran medida en la lectura de su primera parte. La explicación de los derechos subjetivos en base a argumentos que se usan comúnmente para los derechos en un sentido más cercano a los derechos fundamentales, no obsta que sean argumentos valederos.

¹⁴ Una breve pero completa reseña se encuentra en Gargarella, 1999.

¹⁵ Derechos como restricciones que están fuera de los objetivos sociales, en Nozick, 1990; derechos con base en distintas justificaciones sociales internas, pero siempre como algo no negociable, en Rawls, 2000; y Dworkin, 1999: 37): “los derechos individuales son triunfos políticos en manos de los individuos. Los individuos tienen derechos cuando, por alguna razón, una meta colectiva no es justificación suficiente para negarles lo que, en cuanto individuos, desean tener o hacer, o cuando no justifica suficientemente que se les imponga alguna pérdida o perjuicio”.

Para Michael Villey la idea de derecho subjetivo germina de un proceso histórico acaecido en el Medioevo, en el cual el *'ius'* (el derecho) deja progresivamente de referirse a 'lo justo', para pasar a identificarse con 'la ley'. Esa transformación, marca el paso desde el estado de justicia del derecho romano originado en el "reconocimiento de situaciones concretas y particularizadas de poderes fácticos o de normas del 'buen derecho antiguo', a las que se da expresión jurídica solemne" (de Paramo, 1996: 373) y en las cuales el derecho se asocia a un status que otorga derechos (en su moderno sentido) y también deberes¹⁶, hacia un orden subjetivista-individualista donde ese orden objetivo es reducido a relaciones subjetivas de poder, basadas en una legitimación en base a la ley (Villey, 1977). Marca el paso del derecho como función social hacia una permisión, una libertad o una ventaja.

Villey sitúa puntualmente el nacimiento de este nuevo concepto de derecho subjetivizado en el alegato de Guillermo de Occam, en la disputa del Papa Juan XXIII con los franciscanos. El nuevo uso de carácter vulgarizado, según Villey, se tiende a imponer en la tradición occidental gracias a los aportes de Hugo Grocio, Thomas Hobbes, John Locke, Immanuel Kant y Samuel Freiherr von Pufendorf, entre otros, que adhiriendo a la concepción moderna, produjeron una renovación general que culminó con el triunfo del individualismo y el subjetivismo. Estos regímenes nacen bajo una concepción de la dignidad humana según la cual la libertad, la capacidad de iniciativa, el derecho a determinar la acción de la sociedad, etcétera, hacen necesaria la creación de los derechos subjetivos (Taylor, 1985: 57).

El análisis crítico de Villey puede vincularse en su búsqueda con una objeción más importante en cuanto a la perfección de la noción derechos subjetivos, esta es, la existencia de derechos colectivos cuya titularidad pertenece a grupos, minorías, o la sociedad entera. Esta objeción, que es una crítica vigente desde la perspectiva comunitaria, tiene como blanco la noción de derecho propia de la tradición jurídica liberal individualista, tanto en el sentido de la titularidad activa, del rol de los derechos (fundamentales) en la sociedad moderna (pasivo o reactivo), y del contenido y funcionamiento en las estructuras constitucionales de salvaguardia de tales derechos, sugiriendo "articular una teoría de los derechos colectivos que complemente los derechos individuales actualmente reconocidos como derechos fundamentales". (Torrisco, 2003: 63)¹⁷

El individualismo, el subjetivismo y en general la filosofía liberal parte de las premisas filosóficas y antropológicas determinadas y sin duda discutibles, de que "en principio, toda persona es moralmente capaz de formar autónomamente sus fines y de seleccionar racionalmente los medio idóneos para alcanzarlos" (Ferrerres, 1997: 71). Pero no se debe olvidar que el discurso de la sociedad occidental en su totalidad está permeado por esa visión del hombre y de la sociedad. Muchas de las objeciones contra esta concepción, han sido recibidas¹⁸, en alguna medida y han hecho replantearse al liberalismo, pero no se podría decir que lo hayan hecho retroceder, y mucho menos que hayan ganado la batalla. Por lo tanto, me

¹⁶ Villey recuerda que el *ius* es definido por el *Digesto* "como lo que es justo (*id quod justum est*): aplicada al individuo, esta palabra designa la parte justa que deberá atribuírsele (*jus suum cuique tribuendum*) con relación a los otros, en esta tarea de repartición (*tributio*) entre varios [...] Esta parte distribuida puede comportar también cargas: así recibir el derecho de ciudadanía (*jus civitatis*) implica la obligación hacia la colectividad de hacer el servicio militar" (Villey, 1977: 162).

¹⁷ Respondiendo indirectamente a esta objeción, Alexy, 1994: 179-208. También al respecto, Farrel, 2000.

¹⁸ Por ejemplo, Taylor plantea una crítica fundada: "si se considera al individuo como autosuficiente, el derecho a la vida sólo exige que los otros se abstengan de atacarme. Pero cuando se reconoce el grado en que las condiciones de la vida misma, y sobre todo las de una vida plenamente humana, dependen de la sociedad, los derechos de la persona pueden exigir no sólo la no ingerencia de los otros sino también su concurso activo" (Taylor, 1985: 60). Plantear la objeción igualitaria de los derechos (también) como acciones positivas, a la tradición clásica de derechos como omisiones, y determinar en qué medida esta objeción es satisfecha por un modelo liberal, es una tarea que no puedo realizar, por razones de espacio aquí.

parece razonable sostener que “[l]as instituciones jurídicas que se expresan en derechos subjetivos tienen un fundamento moral que supone una opción fundamental por la constitución autónomamente responsable de la persona en su ámbito de vida más inmediato” (Larenz *Cit. en* Barros, 1999: 11). Los derechos establecen una defensa condicionada, a la manifestación de la voluntad del titular del derecho¹⁹, y justamente esto es lo que los diferencia de otros instrumentos jurídicos de protección de bienes que el derecho considera valiosos, como el derecho penal.²⁰

(b) La adopción de ‘derechos’ por la constitución, encierra una opción elemental por una lógica individualista-subjetivista, en cuanto a protección de intereses individuales, en el sentido expresado.²¹ Los derechos fundamentales como derechos de libertad son normas de distribución de competencias entre los individuos (sociedad) y el Estado. Sin embargo, la perfección de la noción de derecho subjetivo como un aparato liberal, no condiciona totalmente el discurso sobre el fundamento de los derechos fundamentales. Los derechos fundamentales son establecidos en textos constitucionales, lo que además de darles una jerarquía normativa superior, los establece como parámetros de control del actuar de la autoridad. Es por esto último que se habla de los derechos fundamentales como derechos subjetivos públicos²², en contraposición de los derechos subjetivos privados, que regulan las relaciones entre particulares.

Proteger a los individuos privados de los ataques que pueden provenir de sus semejantes es totalmente distinto que protegerlos de los ataques del *leviathan* (o por lo menos, así se pensó en un comienzo). Se puede caracterizar el derecho privado como aquel en que “los individuos son considerados principalmente en una relación de coordinación, los unos con respecto a los otros. Por tanto, regula el derecho privado las relaciones de los individuos como tales” (Jellinek, 2000: 359); en tanto el derecho público puede considerarse como regulador de “relaciones entre distintos sujetos dotados de ‘imperium’ (...) y las relaciones de ellos con los sometidos al poder” (Jellinek, 2000: 360).

Basándose en la distinción de Jellinek, se puede intentar estructurar un modelo tridimensional de áreas de racionalidad del derecho. Primero, el derecho privado, en el que actúan los individuos, en base a razones e intereses individuales. Donde la autonomía del individuo en la realización de actos y contratos es lo esencial. La posición que dicha autonomía ocupa en el sistema económico es prominente. “Ámbitos de acción éticamente neutralizados dependen de las decisiones descentrales de sujetos individuales guiados por intereses, orientados en cada caso a su propio éxito” (Habermas, 2001: 148). Las “relaciones incluidas en el ámbito del Derecho Privado, que desde el punto de vista de la regulación jurídica consis-

¹⁹ Es cuando se confunde el objeto del derecho con el derecho mismo, que se objeta la asunción de un paradigma social en el modelo de los derechos. Si se objetivan los derechos, se tiende a su desnaturalización, así puedo sostener que pasa con la adopción del sistema de los derechos en sociedades que no tienen una tradición liberal y que no otorgan a la libertad individual un lugar privilegiado. “En el interior de estos sistemas una declaración de derechos tiene el mismo sentido que una declaración de objetivos sociales fundamentales, en la medida que no sea pura fachada.” (Taylor, 1985: 55) Este es el caso de los países comunistas, hoy casi extintos y de países de Asia.

²⁰ Hart diferencia las obligaciones civiles de las penales por la manera en que vinculan al individuo. En las civiles la ley otorga completo control al titular del derecho, sobre el deber de otra persona. En cambio un sujeto protegido “solamente por la legislación penal no tiene poder para liberar a nadie de sus deberes.” (*Cit. en* de Paramo, 1996)

²¹ La adopción de una teoría material de los derechos fundamentales, a mi parecer se encuentra orientada hacia una teoría liberal y democrática. Liberal en un sentido débil, en cuanto ve el fin de los derechos fundamentales en la libertad negativa frente al estado, pero no de manera exclusiva, admitiendo otras opciones fundamentales, pero con una carga de argumentación a favor de la libertad. Democrática porque “los derechos fundamentales, en cuanto no se refieren a la esfera privada o íntima, ‘representan sobre todo, posiciones de una libre participación en la comunidad.’” (Kruger *Cit. en* Alexy, 1993: 543)

²² La noción es introducida por Jellinek y Ottmar Buhler (Gavara de Cara, 1994)

ten en una coordinación entre individuos sin intervención material del estado” (Gavara de Cara, 1994: 40), hacen pensar a los derechos subjetivos privados con un carácter contra mayoritario, como derechos del individuo, y con el fin de excluir a los demás del disfrute de dicha titularidad.

Segundo, el derecho penal, donde la participación individual de los particulares como titulares de derechos es irrelevante, lo que se manifiesta típicamente en que el ejercicio de la acción penal (pública) y el seguimiento del proceso penal que es llevado a cabo por el estado. Se puede pensar en el derecho penal (dentro de la lógica legitimatoria de la potestad punitiva del estado) en ausencia de instituciones como derechos subjetivos, como un área pro mayoritaria (o contra individual) de racionalidad del derecho. Su fin es imponer a los individuos las decisiones de la mayoría, en cuanto a la regulación de las conductas consideradas intolerables.²³

Tercero, el derecho constitucional, que si bien recoge el uso de los derechos como instituciones liberales, se centra en una labor de protección de bienes a través de derechos fundamentales, esto es, decisiones básicas tomadas por el legislador constitucional que tienen tanto un carácter contra mayoritario, como parcialmente un carácter contra individual. Lo que se explica en su operatividad en un nivel estatal y en un nivel individual.

Los derechos fundamentales como derechos subjetivos públicos son los límites imperativos para los órganos del estado. Los sistemas de derechos fundamentales evolucionan cuando se comisiona a un ente constitucional llevar la tarea de ser su contralor. El contralor de la constitución es el encargado de proteger a los individuos del estado. Es el encargado de proteger las esferas de autonomía y proteger también las condiciones sustantivas para el ejercicio de esas autonomías, cuando éstas están también consagradas en derechos. Se puede hablar de la labor del contralor de la constitución como una labor de protección por invalidación o anulación (*Vid.* Taylor, 1985; y Dworkin, 1999).²⁴ El contralor de la constitución puede llevar a cabo su labor de diversas maneras. Es posible establecer por lo menos tres dicotomías relevantes para determinar la labor del contralor de los derechos: primero, control preventivo o represivo; segundo, control concreto o abstracto, y; tercero, control horizontal o vertical. Es también posible, en base a estas disyunciones crear un modelo de análisis con posibilidades ideales de control a las cuales les corresponde un sistema argumental, procedimental y funcionalmente diferenciado. Las maneras de caracterizar esas posibilidades determinan y limitan en gran medida el discurso de los derechos en cada uno de los contextos diferenciados. Aquí no voy a determinar en qué medida las particularidades de cada posibilidad del modelo diferenciado, limitan la caracterización puramente subjetiva de los derechos fundamentales, pues me concentraré en el modelo de control de constitucionalidad de los actos normativos del estado, esto es, en el control vertical de constitucionalidad.²⁵

²³ La teoría de la pena, como una teoría de la fundamentación de la pena penal es quizás una de las cuestiones más debatidas del derecho penal. La expresión aquí hecha es, sin lugar a dudas burda, pero también funcionalmente ilustrativa.

²⁴ Esto en contraposición a la protección mediante sanción o simplemente la reparación como protección, del derecho penal y civil respectivamente.

²⁵ El modelo de derechos a prestaciones positivas, como se dijo, satisface al estado social de derecho sin contradecir el modelo liberal de los derechos fundamentales. Las objeciones del fenómeno del poder privado, de la constitución como norma sobre la que se asienta la unidad del ordenamiento y su influencia sobre el derecho privado, y por último, el nuevo marco del estado social justifican (parcialmente) una ampliación del sujeto pasivo de los derechos fundamentales, o sea un efecto horizontal de los derechos, pero en medida alguna justifican la pérdida de su carácter subjetivo (Bilbao Ubillos, 1997). Las objeciones se resumen, en que el control horizontal, esto es, de las actuaciones entre particulares, es una actividad que uno, no toma en serio la lógica del sistema de derecho privado, y dos, no toma en serio la legitimidad democrática de la ley.

Porque la ley es la voz de la soberanía popular, la democracia presupone el gobierno conforme a la ley, en cuanto la única forma de legitimación liberal del gobierno es el autogobierno: “la democracia lleva esta aspiración de autogobierno al plano de las decisiones colectivas que deben tomarse a fin de coordinar esos espacios de libertad individual” (Ferrerres, 1997: 71). “[L]a fuente de toda legitimidad radica en el proceso democrático de producción del derecho; y ese proceso apela a su vez al principio de soberanía popular” (Habermas, 2001: 155). El legislador en cuanto legislador democrático, está legitimado para plantear la fórmula de equilibrio, en que el respeto de los derechos incluye la “subordinación abstracta de los derechos subjetivos al derecho objetivo, subordinación en la que la legitimidad del derecho objetivo descansa finalmente en la legalidad de una dominación política entendida en términos de ‘positivismo de la ley’” (Habermas, 2001: 154). La legislación no es entendida como una sola fuente de restricciones, sino también de protección de los derechos. La idea de Jürgen Habermas del equilibrio autoreferente entre derechos liberales y soberanía popular, entre liberalismo y republicanism, se compromete en un modelo en que el respeto de los primeros no es posible sin el respeto de la segunda, y viceversa: los derechos fundamentan su propia restricción, y a su vez su propia protección.

Sólo en este contexto de afectación legítima de los derechos, es que puede hablarse de la distinción entre ámbito de regulación y ámbito de protección. En el ámbito de regulación el legislador puede reglamentar o restringir el ejercicio, resolviendo conflictos entre derechos, en definitiva, regular la afectación. Normalmente al resolver conflictos entre derechos, el legislador restringe un derecho y protege otro. También se pueden restringir derechos fundándose en consideraciones político-sociales, argumentaciones basadas en decisiones mayoritarias.²⁶ El ámbito de regulación establece un mecanismo procedimental de justificación de las afectaciones que no satisfacen estándares de legitimidad, en cuanto no derrotan la validez *prima facie* del derecho fundamental; es entonces que puede decirse que intervienen en el ámbito de protección: que lo violan. Aquí es necesario utilizar el modelo de reglas y principios, que nos provee un espacio para argumentar en pos o en contra de la violación de un derecho, y la declaración del acto normativo como inconstitucional o no.

Puedo determinar entonces que los derechos fundamentales operan en dos niveles diversos. Son obligatorios para el estado que es el natural vinculado por ellos. En este nivel, operan como derechos subjetivos a través de un control de derecho objetivo. Pero la estructura de los derechos fundamentales, hace que en un segundo nivel, una vez que, tras el control de constitucionalidad, estos fueron ‘obligatoriamente’ protegidos de la violación estatal, dependa de la voluntad del titular, de su propia autonomía, el aprovechamiento de la libertad proveída por el derecho. Es en este segundo nivel que se puede hablar de derechos fundamentales como derechos subjetivos. Es así como, el contralor de los derechos ‘debe’ obligatoriamente cautelar los derechos de la intervención de los actos normativos del estado, debiendo cautelar la libertad jurídica que constituyen los derechos a acciones negativas, o a libertades no protegidas. Cuando se sitúan en este plano, los derechos se estructuran como libertades, en las que no se puede discutir si los derechos fundamentales son obligatorios o no. Cuando una norma constitucional establece el derecho a la libertad de expresión, estatuye una situación jurídica en la que al individuo titular del derecho le es permitido expresarse o no expresarse (junto con que al estado le es obligatorio omitir acciones que afecten de tal manera el derecho, que lo violen, afectando en definitiva el poder de decisión o el contenido libre de la manifestación); en medida alguna es un derecho que permita expresarse, y prohíba no expresarse

²⁶ Estos dos tipos de afectación legal son difíciles de distinguir, y más bien soy de la opinión que generalmente coinciden, y la discrepancia no es más que una cuestión de interpretación.

(eso no sería un derecho, sino una obligación). Si ese derecho además está asociado a una protección, que puede consistir en un derecho a acciones positivas o a una protección no constitucional, se levanta sobre él un perímetro de obligatoriedad limitada, la cual en medida alguna afectará (por una cuestión de racionalidad medio-fin) el contenido de libertad del derecho. Distinto quizás es el caso de derechos a acciones positivas, cuya función es garantizar no sólo la libertad jurídica, sino también en la mayoría de los casos, la libertad económico-social. En este respecto la configuración del derecho como acción obligatoria para el proveedor, esto es, para el estado, en nada afecta la caracterización de los derechos como libertades. Si bien los niños tienen derecho a educación, los padres de ellos, legítimamente como sus representantes morales, pueden decidir no hacer uso de la prestación, ocurriendo lo mismo que con la libertad de expresión: tienen la libertad de educarse o de no educarse. En los dos casos el derecho es planteado como una libertad de acción, primero jurídica, después económica-social.

Los derechos subjetivos privados son pura voluntad, en el sentido que no sólo se tiene la posibilidad de disposición del derecho, sino también se tiene la posibilidad de su alienabilidad. En el ámbito de los derechos fundamentales, si bien el espacio de autonomía privada que ellos protegen es también disponible y enajenable, el núcleo de protección de bienes considerados fundamento de esa libertad o autonomía, se excluye de la alienabilidad, no así de la disponibilidad (típicos son los casos de si uno puede consentir su propia muerte por otro o de la esclavitud). Los derechos pues, pueden clasificarse de nuevo, en instrumentales y personalísimos. Esta es una cuestión compleja que no resulta susceptible de ser tratada aquí. El núcleo indisponible de los derechos fundamentales sería entonces la inalienabilidad de derechos considerados personalísimos o inalienables.

Con lo expresado puedo reiterar, retomando la pregunta inicial por la obligatoriedad de nuestros derechos para con nosotros mismos, que es una contradicción en los términos, hablar de derechos que autoobligan, en la medida que los derechos son portadores de libertad y no de obligaciones o prohibiciones para su titular. El objeto de los derechos fundamentales es la libertad de acción, proveída de maneras diversas (positivas y negativas). “[L]o específico de los derechos [...] es otorgar un poder de decisión al individuo” (Taylor, 1985: 53). Y que esa consideración se reconstruye también en el modelo de los derechos fundamentales, en cuanto existe un espacio legítimo para la obligatoriedad en la legislación, y los derechos fundamentales funcionan como límites a esas barreras estatales a la libertad.²⁷ Los derechos siempre nos plantean alternativas, y si se quiere cambiar este régimen de operación de los derechos fundamentales como derechos subjetivos, simplemente hay que prescindir de ellos. De los derechos.

III.

Creo que la contribución teórica debe tener de alguna u otra manera una aplicación, en este caso analizaré una sentencia, utilizándola como modelo de aplicación de la teoría de los derechos fundamentales en nuestra constitución. Se trata de Fernando Rozas Vial y otros con Párroco de San Roque y otros (Recurso de Protección, Corte Suprema, 1984).

El caso es más o menos el siguiente en cuanto nos interesa: alumnos de la Universidad Católica de Chile en desacuerdo con alguna decisión de esa pontificia casa de estudios, se manifestaron declarándose

²⁷ Como ya se dijo, una función de los derechos fundamentales como vinculantes a los demás individuos de la sociedad es de naturaleza dudosa, y exige una comprobación argumentativa.

en huelga de hambre indefinida, en el local de la parroquia San Roque, facilitado por el párroco para tal efecto. Las autoridades académicas descontentas con los hechos, entablaron un recurso de protección que solicitaba a la corte respectiva el inmediato cese de la manifestación de protesta por parte de los ayunantes, en los siguientes términos:

“1º A fs. 1, don Fernando Rozas Vial, Juan de Dios Vial Correa, (...) recurren de protección porque los señores Patricio Ponce, Manuel Peña, (...), que están en huelga de hambre desde hace más de un mes en el interior de la Parroquia San Roque, (...) perturban y amenazan, primeramente sus [propios] derechos y garantías contemplados en el N° 1º del artículo 19 de la Constitución Política, que asegura a todas las personas el derecho a la vida y a la integridad física y psíquica de las personas”;

o sea, impetraban la cesación de la actividad de protesta justificándola en la perturbación de derechos de los propios estudiantes, contra los cuales solicitan la medida. Esta corte otorga la medida solicitada, fundando su resolución, tanto en el derecho a la vida de los estudiantes huelguistas, como en el derecho a la honra de las autoridades académicas.

Al sostener:

“8º Que los recurrentes en nombre de los ayunantes han solicitado a este Tribunal se les proteja su derecho a la vida y a su integridad física y psíquica...” ;

los recurrentes se estaban arrojando la titularidad activa de la acción que protege el derecho fundamental, o la facultad de actuar en representación de los recurridos.

Fiel representante de la opinión de la jurisprudencia y doctrina nacional, Eduardo Soto efectúa el siguiente razonamiento, en relación al caso en cuestión, siendo totalmente coincidente, por lo demás, con la argumentación de esa corte:

“Pero en verdad no hay tal paradoja, ni tal aparente contradicción; porque si bien en el caso concreto se interpuso la acción invocando la protección del derecho a la vida «a nombre de» las personas ayunantes, verdaderos titulares del derecho a la vida y para protegérselas a ellos mismos de su propia actitud al exponerse imprudentemente a la muerte y, por lo tanto, los recurrentes aparecen como plenamente legitimados procesalmente para obrar, lo cierto es que igualmente poseían los recurrentes la titularidad de la acción, esto es legitimación activa, si hubiesen actuado a nombre propio, pues eran asimismo titulares del derecho, que tienen para impedir todo atentado que se pretenda consumir en contra de la vida ajena y de su integridad, derecho que les nace no sólo del art. 19 N° 1 de la Constitución, que asegura la inviolabilidad de toda vida humana, incluso de la del que está por nacer, sino también y primariamente de la ley natural, de la ley de la propia naturaleza humana, ya que si bien nadie puede atentar contra la vida nuestra no significa ello que alguien pueda disponer de la suya destruyéndola, y el hombre no sólo tiene el deber de impedir esa autodestrucción que un prójimo intenta consumir sino también el derecho de actuar en tal sentido. Cierro, sí, que el fallo acepta la tesis de la legitimación activa en razón de actuar los recurrentes «a nombre de» los titulares

del derecho a la vida, siendo suficiente, entonces, su actuación y entendiéndose debidamente cumplidos los requisitos referentes a la titularidad de la acción” (Soto Kloss, 1991: 68).

La explicación de Soto hace identificar algunos problemas, que se deben tratar, los cuales ayudarán a comprender mejor, por qué la solución de esa corte al caso es insostenible, y por qué el propio Soto no hace bien en sostener una posición como la planteada. Estos son: la cuestión de la capacidad de ejercicio de los derechos y del paternalismo injustificado en la solución de la corte (a); la contradicción del texto de la constitución por la resolución (b); la desnaturalización del derecho en la argumentación de Soto (c), y; las posibilidades de solución de la cuestión constitucional de huelga de hambre (d).

(a) La autonomía del individuo, justificada en casi todas las concepciones aceptables del estado y de la sociedad, como se vio, exige algún grado de protección en base a derechos. Desde que existen, los derechos han sido de unos pocos, unos pocos que cada vez son más. Las restricciones en el pasado han sido de la más diversas índoles, cuales han tendido, sin embargo a desaparecer, en pos del modelo democrático (y liberal) de la universalidad de los derechos. ¿Pero algo hay en la autonomía, que hace que no se otorgue a todos? (No obstante ser titulares de derechos).

Una limitante, sostenida como legítima aún por los defensores de un modelo democrático (y liberal), tiene que ver con lo que frecuentemente llaman ‘capacidad’, siendo este límite, la negación no del derecho, sino de la titularidad de la voluntad de la cual depende su efectivo disfrute y disponibilidad. Es normal, que en las sociedades modernas, se tienda a incapacitar a los sujetos que no pueden manifestar su voluntad, como los niños y los enajenados mentales. Pero no es normal incapacitar a los sujetos que sí lo pueden hacer. En esos casos se habla de ‘paternalismo’.

Por paternalismo se puede entender la búsqueda por parte de uno, del bien del otro, sin contar en medida alguna con su aceptación. Manuel Atienza establece tres condiciones básicas para la aceptación de una medida paternalista: primero, la medida debe estar encaminada a la búsqueda de un bien (de manera objetiva); segundo, los sujetos a los cuales se destina la medida no pueden prestar su consentimiento por poseer una incapacidad básica; tercero, se puede presumir que prestarían su consentimiento si la incapacidad no existiera (Atienza, 1995: 111-112). Las actuaciones que no cumplen con estos requisitos no están justificadas desde una perspectiva democrática y deben *prima facie* rechazarse.

El límite entre el grupo de los incapaces del tipo niños y locos, con el grupo de los incapaces del tipo disidentes ideológicos es tenue, y muchas veces se ha apelado a su difuminación. La exigencia que plantea un modelo medianamente liberal, es dilucidar esa línea y atribuir a todas las personas (en principio) sustentadoras de modelos alternativos de concepciones sobre la vida, plena capacidad dentro de la esfera de la libertad individual. Atribuir al mayor número de sujetos posible la capacidad para decidir por ellos mismos: dónde, cómo y cuándo usar sus derechos, es una exigencia que debe plantearse toda democracia. Como dice Víctor Ferreres, siguiendo a John Rawls: “No puede el demócrata confiar en las personas en el espacio público – donde expresan sus concepciones sobre la justicia y las hacen valer con su voto–, pero desconfiar de ellas en el espacio privado –donde desarrollan el plan de vida que autónomamente se han forjado para sí, y que pueden compartir con otras personas con las que deciden asociarse– el demócrata debe ser, al mismo tiempo, un liberal” (Ferreres, 1997: 69). Esta exigencia, como se entenderá, no es satisfecha por el uso que los recurrentes (ni esa corte) dan al derecho fundamental, en cuanto se atribuyen la capacidad de los ayunantes para actuar en defensa de sus intereses (de los de los ayunantes), tratándolos como incapaces.

(b) En cuanto la pretensión es acogida, tampoco la corte satisface la exigencia expresa que establece nuestra constitución en su artículo 20, donde el ‘afectado’ puede “ocurrir por sí o por cualquiera a su nombre”. ¿Es un tercero actuando claramente en contra de ‘mi voluntad’ alguien que pueda actuar ‘a mi nombre’? es una pregunta que dejo planteada, pero que sin duda no admite respuesta afirmativa.

(c) Soto en su exposición, tiende a confundir el objeto de protección del derecho con el derecho mismo. Está de más decir que atribuye al objeto del derecho un contenido que no coincide con la versión aquí revisada. Soto pretende identificar el derecho a la vida con una obligación de preservar la vida propia y la de los demás, a toda costa. Todo lo planteado en cuanto los derechos fundamentales son derechos subjetivos, bien vale una reconsideración de la posición del lector que se encuentre *prima facie* de acuerdo con la decisión que Soto avala. Si el derecho fundamental a la vida coincidiera con *la* versión de Soto, las palabras de la constitución sin dudas serían distintas, dirían algo así como: ‘Es obligatorio preservar toda vida humana, a todo coste y bajo toda circunstancia.’ Enunciado que coincidiría más con un orden autoritario del tipo fascista o comunista, que con el orden constitucional liberal que nos atañe. Es por las razones de texto, como por las razones de contexto que Soto se equivoca. La configuración del derecho a la vida como un derecho fundamental en un orden constitucional liberal, se estructura como una libertad. Cuando alguien tiene derecho a la vida, tiene derecho a vivir y a no vivir. Es la alternativa la que configura la libertad de acción que hace al derecho tal, y no mera permisión. El derecho a la vida tiene una estructura análoga al derecho a la libre expresión: “tener este derecho significa que somos libres de expresarnos en un sentido u en otro y que los demás –en particular el estado- no puede impedirnos ejercer esta libertad, aunque tampoco tenga por qué hacer nada para facilitárnosla; de la misma manera, podemos vivir o dejar de vivir y el estado, naturalmente, no puede matarnos, pero tampoco tiene ningún deber positivo de preservar nuestra vida. [...] Ahora bien, el estado sí que tiene deber positivo de velar por la salud y la vida [...] de los ciudadanos [...]; lo que ocurre es que no puede tomar medidas encaminadas a este objetivo que vayan en contra de la voluntad de los afectados” (Atienza, 1995: 107-108).

(d) Es necesario analizar brevemente las consideraciones que debe tener una instancia judicial que se pronuncia sobre la afectación de un derecho, pues el nivel de afectación tolerable por la sociedad debe establecerse de alguna u otra manera en criterios interpretativos y evaluativos, con el fin de determinar cuándo la afectación de un derecho fundamental se transforma en violación.²⁸ En este caso analizaré algunas hipotéticas soluciones, para analizar la licitud de la aplicación de la cesación de la huelga de hambre como atentado contra el derecho a la vida.

La consideración que subyace tras una opción como la de la corte o la de los recurrentes es la de considerar la vida como un bien de tal valor del que no cabe disponer libremente, o sea, un bien de carácter sagrado.²⁹ Y por tanto corresponde la imposición de la cesación de la huelga, aún en contra de la voluntad de los huelguistas. Tal concepción tiene fundamentalmente dos problemas: primero, se apoya para su justificación en el derecho natural (como en Soto), el cual, es más bien dudoso que se cuente entre

²⁸ Debe ponderar y mostrar los criterios de ponderación. *Cfr.* Alexy, 1993.

²⁹ Esto implica que, a) el derecho a la vida acarrea también “la obligación de hacer lo posible por conservarla, pues en rigor nadie es dueño absoluto de su propia vida, ya que no la crea, sino que la recibe.” O bien, b) “la vida es la base y fundamento del ejercicio de todos los derechos individuales (...) pues sin este no pueden ejercerse los demás”. Lo cual acarrea que siempre prevalecerá ante un hipotético conflicto con otro derecho. A lo cual se puede contestar a) “¿cuáles serían los derechos que nosotros hemos creado y no recibidos? Y, si los hubiera, ¿querría decir que no podemos disponer de ningún derecho?”; o bien, b) que de que X sea condición necesaria de Y, de ello no se deriva su prioridad axiológica. (Atienza, 1995: 102)

las fuentes de nuestro ordenamiento (Atienza, 1995: 101); segundo, que debe demostrarse que el derecho a la vida es obligatorio para su titular, lo cual propone una tarea difícil al defensor de tal tesis.

Otra opción posible, es considerar que los huelguistas tienen la libertad de realizar la huelga de hambre, y nadie tiene la facultad de imponerles su cesación en contra de su voluntad. Con una excepción. Cuando se llega al extremo tal, de la pérdida de conocimiento por parte de los huelguistas, no se sabe cuál es la voluntad del huelguista. En esa circunstancia pues, “la pérdida de conciencia le priva de la posibilidad de modificar su criterio, y se está ante una voluntad presunta que no es suficiente para aplacar el mandato de protección impuesto al estado por el derecho a la vida.” (Atienza, 1995: 98). La existencia de institutos tales como el testamento vital, hacen que la carga de la prueba del consentimiento o de la falta de éste, en esta opción, recaiga sobre el estado.³⁰

Por último es concebible pensar que los huelguistas tienen la libertad de realizar la huelga de hambre, y nadie tiene facultad de imponerles su cesación en contra de su voluntad, sin excepción, e inclusive hasta la muerte. Esta medida puede justificarse en una concepción del derecho a la vida entendido como un derecho fundamental en el sentido antes explicado (con la voluntad del titular como límite a la protección del estado).³¹ La opción por insertarse en una huelga de hambre, llegando como es común a instancias riesgosas para la vida, constituyen parte del núcleo de la autonomía que el derecho a la vida protege. Desde esta concepción existe una carga de argumentación en contra del que quiere evitar las consecuencias del ejercicio de tal autonomía. En nuestra opinión, el único legitimado puede ser el estado.

Puede que, por muchos haya sido malentendido el sentido de este trabajo, por lo que quisiera aclarar que no defendiendo una concepción omisiva o mínima del Estado (quizás en otro trabajo, uno sobre los derechos a prestaciones fácticas, por ejemplo, defendería una concepción mucho más robusta del Estado que muchos de mis hipotéticos críticos aquí). Lo que defiendo es una concepción liberal de los derechos, un respeto al individuo y respecto a su decisión individual. Defiendo la igual consideración que nos debemos unos a otros. Y sin lugar a dudas defiendo la intimidad y la dignidad de cada uno, entendidas como el espacio para tomar sus propias ‘buenas’ decisiones.

Referencias bibliográficas

Aarnio, Aulis (1997), «Las reglas en serio», En: *La normatividad del derecho*, Ed. Gedisa, Barcelona, España.

——— (1991), *Lo racional como lo razonable*, Ed. CEC, Madrid, España.

Alexy, Robert (1994), «Derechos individuales y bienes colectivos», En: *El concepto y validez del derecho*, Editorial Gedisa, Barcelona.

——— (1993), «Derechos, Razonamiento jurídico y discurso racional», En: *Derecho y Razón Práctica*, Distribuciones Fontamara, México.

——— (1997), *Teoría de la argumentación jurídica*, Ed. CEC, Madrid.

³⁰ Es interesante notar que esta carga de argumentación puede ser cambiada, teniendo en cuenta la existencia de instrumentos del tipo de los ‘testamentos vitales’.

³¹ En este supuesto es sumamente conflictiva la exigencia de comprobación del ejercicio de la voluntad en la medida que en situaciones de alta tensión, como las huelgas de hambre, es difícil comprobarse que los sujetos actúan con pleno conocimiento de causa y de manera libre y espontánea.

- (1993), *Teoría de los derechos fundamentales*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid.
- Alexy, Robert. () «» En: N° .: (traducción inédita de Rodrigo Correa G.) (2000), «Sobre la Estructura de los Principios Jurídicos», En: *Ratio Juris*, N° 13, págs. 294-304.
- Arienza, Manuel (1995), *Tras la Justicia*, Ed. Ariel, Barcelona.
- Barros, Enrique (1999), «Límites de los derechos subjetivos privados. Introducción a la doctrina del abuso de derecho», En: *Derecho y humanidades*, N° 7,
- Bascuñán Rodríguez, Antonio (2003), «Derechos fundamentales y Derecho Penal», En: *Los derechos fundamentales: SELA 2001*, Editores del puerto, Buenos Aires.
- Berlin, Isaiah (1993), «John Stuart Mill y los fines de la vida», En: *Sobre la Libertad*, Ed. Alianza, Buenos Aires.
- Bilbao Ubillos, Juan María (1997), *La eficacia de los derechos fundamentales frente a particulares*, Ed. CEC, Madrid.
- de Páramo, Juan Ramón (1996), «Derecho subjetivo», En: *El Derecho y la Justicia*, Ed. Trotta, Madrid.
- Dworkin, Ronald (1999), *Los derechos en serio*, Ed. Ariel, Barcelona.
- Farrel, Martín (2000), «El alcance (limitado) del multiculturalismo», En: *Universalismo y Multiculturalismo*, Eudeba, Buenos Aires.
- Ferrajoli, Luigi (2001), *Los fundamentos de los Derechos Fundamentales*, Ed. Trotta, Madrid.
- Ferreres, Victor (1997), *Justicia constitucional y democracia*, Ed. CEC, Madrid.
- Gargarella, Roberto (1999), *Las teorías de la justicia después de Rawls*, Paidós, Barcelona.
- Gavara de Cara, Juan Carlos (1994), *Derechos Fundamentales y Desarrollo legislativo*, Ed. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid.
- Habermas, Jürgen (2001), *Facticidad y Validez*, Ed. Trotta, Madrid.
- Hart, H.L.A. (1962), «¿Hay derechos naturales?» En: *Derecho y Moral. Contribuciones a su análisis*, Ed. Depalma, Buenos Aires.
- Hoerster, Norbert (1992), «Ética jurídica sin metafísica», En: *En defensa del positivismo jurídico*, Ed. Gedisa, Barcelona.
- Hohfeld, W.N. (2001), *Conceptos Jurídicos Fundamentales*, Ed. Fontamara, México.
- Jellinek, Georg (2000), *Teoría general del Estado*, Ed. Fondo de Cultura Económica, México.
- Kelsen, Hans (1998), *Teoría pura del derecho*, Ed. Porrúa, México.
- Laporta, Francisco (1987), «Sobre el concepto de derechos humanos», En: *Doxa*, N° 4, págs. 23-46.
- Nino, Carlos Santiago (1989), *Ética y Derechos Humanos*, Ed. Astrea, Buenos Aires.
- (1990), «Sobre los derechos morales», En: *Doxa*, N° 7,
- Nozick, Robert (1990), *Anarquía, Estado y Utopía*, Ed. Fondo de Cultura Económica, México.
- Rawls, John (2000), *Teoría de la Justicia*, Ed. Fondo de Cultura Económica, México.
- Ross, Alf (1997), *Sobre el derecho y la justicia*, Ed. Eudeba, Buenos Aires.
- Soto Kloss, Eduardo (1991), «El derecho a la vida y nación de persona en la constitución», En: *Revista de derecho y jurisprudencia*, N° 88, págs. 55-60.

Taylor, Charles (1985), «Los fundamentos filosóficos de los derechos humanos. Complemento a la relación del profesor Mathieu», En: *Los fundamentos filosóficos de los derechos humanos*, Ed. Serval, Barcelona.

Torbisco, Neus (2003), «La interculturalidad posible: el reconocimiento de los derechos colectivos», En: *Los derechos fundamentales: SELA 2001*, Editores del puerto, Buenos Aires.

Villey, Michel (1977), *Estudios en torno a la noción de derecho subjetivo*, Ed. Universitaria de Valparaíso, Valparaíso.