

LOS NUEVOS DERECHOS EN EL ESTADO CONSTITUCIONAL: ALGUNAS CLARIFICACIONES A PARTIR DE LA *INTEREST* *THEORY*

THE NEW RIGHTS IN THE CONSTITUTIONAL STATE: SOME CLARIFICATIONS STARTING FROM THE INTEREST THEORY

Michele Zezza *

RESUMEN: El objetivo principal del artículo es evidenciar que una posible fundamentación teórica de los nuevos derechos emergentes se puede encontrar en la concepción según la cual los derechos, entendidos como exigencias morales, dotadas de una prioridad lógica y axiológica respecto a los deberes derivados o derivables, constituyen el núcleo germinal de grupos mutables de posiciones subjetivas ("*grounds of duties*"). Dicha línea de reconstrucción se puede considerar solidaria con el intento de atribuir la misma dignidad teórica, en línea de principio, a todos los derechos, incluso cuando los mismos no estén reconocidos en un ordenamiento jurídico y por lo tanto su reivindicación sólo tiene sentido desde el punto de vista de la crítica moral del derecho.

ABSTRACT: *The main aim of this article is to show that there is a possible theoretical foundation of new emerging rights found in the idea that the rights, conceived as moral demands with logical and axiological priority over derivatives or derivable duties, constitute the germinal nucleus of mutable groups subjective positions ("grounds of duties"). This line of thought may be considered consistent with the attempt to assign to all rights, in principle, the same theoretical dignity, even when they are not recognized by a certain legal order. Therefore, their assertion only makes sense from the standpoint of legal moral criticism.*

PALABRAS CLAVES: nuevos derechos, Estado constitucional, teoría de los intereses.

KEYWORDS: *new rights, constitutional State, interest theory.*

Fecha de recepción: 03/10/2016
Fecha de aceptación: 15/12/2016

doi: <https://doi.org/10.20318/universitas.2017.3559>

* Estudiante de doctorado en las Universidades de Pisa y Sevilla. E-Mail: michele.zezza@for.unipi.it

«It is hard nowadays to find any merit in the claim that all rights must in the end derive from the same justification. Individual rights exist when the interests of some person, taken by themselves, justify the imposition of duties on others. There may be many such justifications – that is, many different ways and bases on which this sort of importance may be attributed to individual interest» (J. WALDRON, *Can Communal Goods be Human Rights?*).

«[W]e can attribute a right to someone even if we cannot yet specify how the right should be fleshed out – and therefore even if we cannot yet specify the person against whom the right will be held» (M. KRAMER, *Rights without Trimmings*).

1.- ALGUNAS METAMORFOSIS DE LOS DERECHOS EN EL ESTADO CONSTITUCIONAL

Si asumimos, siguiendo a Feinberg, que la especificidad del lenguaje normativo de los derechos consista en su “*activity of claiming*”¹, cabe observar que, en sus formulaciones más recientes, la propia noción de derecho subjetivo ha sido afectada por un significativo proceso de reelaboración. Paralelamente a la multiplicación de las exigencias sociales², han notablemente aumentado las formas de titularidad de derechos (individuos, colectividades, animales, plantas, objetos inanimados, generaciones futuras etc.). Se trata de nuevos sujetos, a veces aún no dotados de un claro estatuto normativo, que no siempre pueden o saben

¹ J. FEINBERG, *The Nature and Value of Rights*, «Journal of Value Inquiry», 4, 1970, p. 252. A Feinberg se le debe la utilización de la expresión “pretensiones moralmente válidas”, con la que subraya cómo el acto de *pretender* es un acto *performativo*, por el que uno se siente “en derecho” de crear expectativas sobre los demás y, en este sentido, los derechos son pretendidos solo por aquellos que los tienen. Cfr. ID., “The Social Importance of Moral Rights”, *Philosophical Perspectives*, núm. 6, 1992, pp. 175-198.

² Con referencia al tema de la proliferación de los derechos (objetivos, exigencias, necesidades, pretensiones etc.) en los ordenamientos jurídicos contemporáneos, véanse sobre todo: C. WELLMAN, *The Proliferation of Rights. Moral Progress or Empty Rhetoric?*, Boulder (CO), Westview Press, 1999. En una perspectiva crítica: U. ALLEGRETTI, *Diritti e stato nella mondializzazione*, Troina (En), Città aperta, 2002, pp. 121-197; M. CARTABIA, *L’ora dei diritti fondamentali nell’Unione europea*, in ID. (a cargo de), *I diritti in azione*, Bologna, Il Mulino, p. 58; C. DOUZINAS, *The End of Human Rights. Critical Legal Thought at the Turn of the Century*, Oxford, Hart, 2000; C. GEARTY, *Can Human Rights Survive?*, Cambridge, Cambridge University Press, 2006; M. GLENDON, *Rights talk : the impoverishment of political discourse*, Free Press, New York, 1991; R. FALK, *L’eclisse dei diritti umani*, en L. BIMBI (ed. a cargo de), *Not in My Name. Guerra e diritto*, Roma, Editori Riuniti, 2003, pp. 72-86; ID., *The Great Terror War*, Gloucestershire, Arris Books, 2003, pp. 147-172; A. PINTORE, «*Diritti insaziabili*», en ead., *I diritti della democrazia*, Laterza, Roma-Bari, 2004, pp. 98 ss.; G. PRETEROSSO, *L’Occidente contro se stesso*, Roma-Bari, Laterza, 2004; D. ZOLO, *Fondamentalismo umanitario*, en M. IGNATIEFF, *Una ragionevole apologia dei diritti umani*, tr. it., Feltrinelli, Milano, 2003.

expresar racionalmente su voluntad, lo que requiere, respecto al carácter antropocéntrico que connotaba a los derechos tradicionales, una ampliación del círculo de la moralidad. Respecto a las fases anteriores de la evolución de los derechos, referidas a las tradicionales libertades de signo individual y a los derechos económicos, sociales y culturales, la estrategia reivindicativa de los derechos humanos se presenta hoy en día, en las actuales sociedades globalizadas y multiculturales, con rasgos peculiares, al incluir nuevas posiciones jurídicas subjetivas e intereses colectivos, nuevos instrumentos de concretización y tutela jurídica³.

El Estado constitucional contemporáneo, por su actitud a incorporar una pluralidad de valores y principios conflictuales⁴, puede ser caracterizado como el marco jurídico-político de reconocimiento y garantía de un conjunto de nuevos derechos que, aunque de contenido heterogéneo⁵, encuentran su fundamento axiológico en el

³ Para una aproximación al debate teórico-filosófico sobre los nuevos derechos, véanse sobre todo: M. AGUILERA VAQUÉS *et al.* (a cargo de), *Derechos emergentes: desarrollo y medio ambiente*, Tirant lo Blanch, 2014; S. CASTIGNONE, *Nuovi diritti e nuovi soggetti: appunti di bioetica e biodiritto*, Genova, Ecig, 1996; J. RODRÍGUEZ MERINO, *Bioética y derechos emergentes*, Dykinson, Madrid, 2011; A. PISANÒ, *Diritti deumanizzati: animali, ambiente, generazioni future, specie umana*, Giuffrè, Milano, 2012; A. PÉREZ LUÑO, *Las generaciones de derechos fundamentales*, «Revista del Centro de Estudios Constitucionales», 10, 1991, pp. 203 ss.; ID., *La tercera generación de derechos humanos*, Navarra, Aranzadi, 2006; ID., *El nuevo paradigma de los Derechos fundamentales en el Estado Constitucional*, «Crónica Jurídica Hispalense», 11, 2013, pp. 459 ss.; M. RODRÍGUEZ PALOP, *La nueva generación de derechos humanos: origen y justificación*, Dykinson, Madrid, 2010.

⁴ Sobre el fundamento político-cultural pluralista de las constituciones contemporáneas, véanse en particular: P. HÄBERLE, *Pluralismo y Constitución. Estudios de Teoría Constitucional de la sociedad abierta*, ed. a cargo de E. Mikunda, Tecnos, Madrid, 2002; G. POSTEMA, *In Defense of "French Nonsense". Fundamental Rights in Constitutional Jurisprudence*, en N. MACCORMICK, Z. BANKOWSKI (ed. a cargo de), *Enlightenment, Rights and Revolution. Essays in Legal and Social Philosophy*, Aberdeen, Aberdeen University Press, 1989, pp. 107-133; F. SCHAUER, "An Essay on Constitutional Language", *UCLA Law Review*, 29, 1982, pp. 797-832; C. SUNSTEIN, *Legal Reasoning and Political Conflict*, Oxford, Oxford University Press, 1996; G. ZAGREBELSKY, *Il diritto mite*, Torino, Einaudi, 1992, en particular pp. 16, 170-173.

Por otra parte, sobre el tema de la competitividad (inconmensurabilidad, conflictividad) entre derechos ya véanse: N. BOBBIO, "Sul fondamento dei diritti dell'uomo", en ID., *L'età dei diritti*, Torino, Einaudi, 1990; N. LUHMANN, *Grundrechte als Institution : ein Beitrag zur politischen Soziologie*, Duncker & Humblot, Berlin, 1965; C. PERELMAN, "Peut-on fonder les droits de l'homme?", en ID., *Droit, Morale et Philosophie*, Librairie Generale de Droit et de jurisprudence, Paris, 1968. A este planteamiento, finalmente, se puede asociar el enfoque "anti-fundacionalista" de corte pragmatista de autores como E. RABOSSI, *La teoría de los derechos humanos naturalizada*, «Revista del Centro de Estudios Constitucionales», 5, 1990, pp. 159-175; R. RORTY, *Human rights, Rationality and Sentimentality*, en ID., *Truth and progress*, Cambridge University Press, Cambridge, 1998.

⁵ El catálogo de los derechos de la nueva generación constituye un conjunto abierto, dinámico, flexible, incluyente y por tanto de difícil delimitación. A este

valor de la solidaridad, es decir en un espíritu sinérgico de cooperación y participación.

Las garantías frente a la manipulación genética, el derecho a morir con dignidad, las reivindicaciones de los colectivos feministas y ambientalistas, el derecho a la paz internacional, al desarrollo, a la calidad de vida o a la libertad informática y otras pretensiones y exigencias (en particular, todos los derechos conectados a las esferas del bioderecho y de las biotecnologías) han adquirido y siguen adquiriendo un protagonismo indiscutible en el sistema de las necesidades básicas de los individuos y de los grupos sociales⁶.

El constitucionalismo contemporáneo, por tanto, ha indudablemente comportado grandes innovaciones, en relación con el número y la calidad de los derechos. Sin embargo, debido a estas metamorfosis, uno de los riesgos principales de los actuales Estados constitucionales es que todos los intereses y reivindicaciones se transformen en derechos, con una consiguiente pérdida de su poder adquisitivo. En este sentido, observa Roberto Bin:

la stonatura è evidente: la vendita dei titoli nobiliari prelude alla perdita del loro significato sociale, e così è pure per lo status costituzionale dei "diritti". Elargire lo status di diritto costituzionalmente riconosciuto ad interessi che

respecto, en la literatura jurídico-filosófica se pueden destacar dos grandes reconstrucciones taxonómicas de los derechos. 1) Una primera generación compuesta por los derechos de libertad (civiles y políticos), una segunda generación compuesta por los derechos sociales, una tercera compuesta por los derechos "colectivos" y de solidaridad: P. ALSTON, *A Third Generation of Solidarity Rights: Progressive Development or Obfuscation of International Human Rights Law?*, «Netherlands International Law Review», 29, 3, 1982, pp. 307 ss.; S. MARKS, *Emerging Human Rights: A New Generation for the 1980s?*, «Rutgers Law Review», 33, 1981, pp. 435 ss.; J. WALDRON, *Liberal Rights: Two Sides of the Coin*, en ID., *Liberal Rights. Collected Papers 1981-1991*, Cambridge U.P., Cambridge, 1993, pp. 5 ss.; ID., *Votes as Powers*, en M. FRIEDMAN et al. (a cargo de), *Rights and Reason. Essays in Honor of Carl Wellman*, Kluwer, Dordrecht, 2000, p. 46; C. WELLMAN, *Solidarity, the Individual and Human Rights*, «Human Rights Quarterly», 22, 2000, pp. 639 ss.; K. VASAK, *A 30-year Struggle : the Sustained Efforts to give force of Law to the Universal Declaration of Human Rights*, UNESCO Courier, 1977, p. 29; 2) Los derechos de la primera generación son los derechos civiles, los derechos de la segunda generación son los derechos políticos, los derechos de la tercera generación son los derechos sociales, y los derechos de la cuarta generación son todos los demás: N. BOBBIO, *L'età dei diritti*, Einaudi, Torino, 1990, pp. 26-27; E. DICIOTTI, *Il mercato delle libertà. L'incompatibilità tra proprietà privata e diritti*, Il Mulino, Bologna, 2006, p. 73; G. PECES-BARBA MARTÍNEZ, *Diritti sociali: origine e concetto*, «Sociologia del diritto», 1, 2000, p. 36; G. PINO, *Diritti e interpretazione. Il ragionamento giuridico nello Stato costituzionale*, Il Mulino, Bologna, 2010, p. 150.

⁶ Sobre el tema de las necesidades básicas (radicales), véanse en particular: M. AÑÓN ROIG, *Necesidades y derechos. Un ensayo de fundamentación*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1994, pp. 276-279; EAD., J. DE LUCAS, *Necesidades, Razones y derechos*, «Doxa», 7, 1990, pp. 55 ss.; L. HIERRO, *¿Derechos humanos o necesidades humanas? Problemas de un concepto*, «Sistema», 46, 1982, pp. 45 ss.; A. PÉREZ LUÑO, *Derechos humanos, estado de derecho y constitución*, Madrid, Tecnos, 2010, pp. 162-184.

filtrano per la porticina di un'interpretazione spregiudicata, rende assai poco credibile poi il tentativo di spendere questo status per rintuzzare altri interessi antagonisti, privi di titolo nobiliare⁷.

Una duda análoga la expresa, entre otros, Jeremy Waldron:

even from a liberal standpoint, the worst that can happen is that we start taking rights for granted in moral and political discussion. Few of us want the language of rights to degenerate into a sort of lingua franca in which moral and political values of all or any kinds may be expressed. To take rights seriously means to be aware of what is distinctive and controversial about a claim of right⁸.

A raíz de estas características estructurales del constitucionalismo contemporáneo, y en sintonía con las políticas económicas y administrativas de la mayoría de los Países occidentales, en las últimas décadas han surgido algunas teorías que conciben el fenómeno de la expansión anómica de los derechos como uno de los principales factores de la crisis del "Tiempo de los derechos", proponiendo al contrario una redefinición de su catálogo (y de sus garantías) en una dirección expresamente deflacionista. Según esta orientación doctrinal, que se podría definir de "minimalista", la multiplicación incontrolada de los derechos habría producido una auténtica saturación de la autonomía de la decisión política y económica; la actitud a reformular cualquier pretensión, incluso las más idiosincráticas, en términos de derechos, sería inversamente proporcional a la fuerza que tienen como exigencias morales.

2.- EL PARADIGMA GENERACIONAL Y SUS (POSIBLES) IMPLICACIONES NORMATIVAS

Una primera crítica, frecuentemente dirigida hacia los nuevos derechos emergentes, consiste en el subrayar la estrecha vinculación entre la actuación de esta clase de derechos y la intervención por parte de los poderes públicos (legislativos, judiciales y administrativos), además con una elevada connotación política y

⁷ R. BIN, *Diritti e fraintendimenti*, «Ragion pratica», 14, 2000, pp. 23-24.

⁸ J. WALDRON, *The Right to Private Property*, Clarendon Press, Oxford, 1988, p. 91. A este propósito, cfr. también: D. LYONS, *Rights, Welfare, and Mill's Moral Theory*, Oxford University Press, Oxford, 1994, p. 6; L. SUMNER, *The Moral Foundation of Rights*, Clarendon Press, Oxford, 1987, pp. 8-9, 15, 163; J. WALDRON, *The Right to Private Property*, Oxford Clarendon Press, Oxford, 1988, p. 63. G. CORSO, *Diritti umani*, «Ragion pratica», 7, 1996, pp. 59 ss., utiliza la metáfora de la substracción como efecto de la acumulación de los derechos, cfr. pp. 59-60.

Para algunos ejemplos, provenientes respectivamente de la jurisprudencia italiana y alemana: E. LAMARQUE, *L'attuazione giudiziaria dei diritti costituzionali*, «Quaderni costituzionali», 2, 2008, pp. 278 ss. (espec. pp. 292-293); M. KUMM, *Who's Afraid of the Total Constitution? Constitutional Rights as Principles and the Constitutionalization of Private Law in Germany*, «German Law Journal», 7, 4, 2006, p. 348.

discrecional. Las consecuencias serían, por una parte, que la eventual inercia de dichos poderes en la concreción de los derechos no podría ser sancionada con instrumentos jurídicos, por la otra que unos derechos reconocidos en sede jurisprudencial serían indefinidamente ponderados con derechos expresamente reconocidos por la Constitución⁹.

A menudo, además, los críticos de la proliferación de los derechos conciben los verdaderos derechos como obligaciones de abstención, por parte de los poderes públicos, de ciertas modalidades de conducta previamente definidas y taxativamente enumeradas; paralelamente, los derechos sociales y los derechos de las siguientes generaciones, estigmatizados por su carácter intolerablemente indeterminado, se convierten en derechos en sentido derivado, inauténtico, metafórico.

Siguiendo en esto a Isaiah Berlin y a su principio liberal de la primacía de la libertad negativa respecto de la positiva¹⁰, estas orientaciones suelen concebir los verdaderos derechos como obligaciones de abstención, por parte de los poderes públicos, de ciertas tipologías de conducta previamente definidas y taxativamente enumeradas, para concluir que el catálogo de los derechos tendría que circunscribirse a las libertades civiles clásicas (los tradicionales derechos públicos subjetivos), las que sólo definen y tutelan la capacidad de obrar de cada individuo ("*side-constraints*" según la definición de Nozick, o "*agency*", en las palabras de Ignatieff, en ocasiones calificada como *free, basic* o *human*¹¹).

Desde un punto de vista teórico, estas reconstrucciones atribuyen a la sucesión histórica de las diferentes categorías de

⁹ Veáanse sobre todo T. ALEINIKOFF, *Constitutional Law in the Age of Balancing*, «Yale Law Journal», 96, 1987, pp. 943 ss.; A. BHAGWAT, *Hard Cases and the (D)Evolution of Constitutional Doctrine*, «Connecticut Law Review», 30, 1998, pp. 961 ss.

Más en general, sobre la escasez de legitimación democrática de la ponderación judicial, se remite también a la exposición de C. BERNAL PULIDO, «II. La carencia de legitimidad del Tribunal Constitucional para aplicar el principio de proporcionalidad», en ID., *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2003, pp. 193-248.

¹⁰ I. BERLIN, *Two concepts of liberty: an inaugural lecture delivered before the University of Oxford on 31 October 1958*, Oxford, Oxford Clarendon Press, 1958.

¹¹ «[H]uman rights is only a systematic agenda of "negative liberty", a tool kit against oppression, a tool kit that individual agents must be free to use as they see fit within the broader frame of cultural and religious beliefs that they live by» (M. IGNATIEFF, *Human Rights as Politics and Idolatry*, Princeton University Press, Princeton, Oxford, 2001, p. 57). Para algunas líneas análogas de argumentación, que propugnan una restricción del catálogo de los derechos constitucionalmente reconocidos a las libertades clásicas de la tradición del Estado de derecho liberal: T. NAGEL, *Mortal Questions*, Cambridge, Cambridge University Press, 1979; R. NOZICK, *Anarchy, State, and Utopia*, New York, Basic Books, 1974; C. SCHMITT, *Verfassungslehre*, Berlin, Duncker & Humblot, 1928; H. STEINER, *The structure of a Set of Compossible Rights*, «Journal of Philosophy», 74, 1977, pp. 767 ss.

derechos una neta distinción estructural, de corte axiológico, entre derechos negativos, entendidos como "auto-ejecutivos", y derechos positivos a prestaciones públicas, de crédito hacia el Estado¹². Los primeros se caracterizarían por imponer abstenciones negativas para el Estado (p. ej., abstenerse de matar, de torturar, imponer censura, violar la correspondencia etc.) mientras que los segundos requerirían obligaciones positivas (erogación de fondos públicos, recursos estatales: por ejemplo, en el caso de los derechos sociales, dar prestaciones de salud, de educación etc.). De esta manera, una aproximada escansión cronológica se convierte, con un intento mistificador, en una explícita jerarquía valorial¹³.

3.- DERECHOS FUNDAMENTALES Y PODERES DE DETERMINACIÓN

El modelo de taxonomía que acabamos de describir acaba mistificando la realidad. Uno de los méritos principales del análisis de Cass Sunstein y Stephen Holmes es lo de subrayar, sobre todo con argumentos de derecho tributario, la raíz ideológica de la distinción entre derechos costosos y gratuitos. Sin embargo, al inferir, a través de una violación de la ley de Hume, de la ineficacia coyuntural de un derecho su inexistencia¹⁴, incluso en este enfoque se observa una confusión conceptual entre dos distintos planes de las normas jurídicas: la validez y la eficacia.

La práctica de la administración de los derechos evidencia cómo la justiciabilidad de cualquier derecho siempre requiere de la prestación de un servicio público y la activación de un conjunto de garantías jurisdiccionales o "secundarias"¹⁵ aprontado por sujetos

¹² Sobre la distinción teórica (no axiológica) entre derechos "activos" que tienen como objeto una conducta del titular del derecho (libertades y poderes), y derechos "pasivos" que tienen como contenido una conducta de un sujeto diferente del titular (pretensiones e inmunidades): J. FEINBERG, *Social Philosophy*, Englewood Cliffs, Prentice-Hall, 1973, pp. 59-60; N. MACCORMICK, *Institutions of Law. An Essay in Legal Theory*, Oxford University Press, Oxford, 2007, pp. 123-130.

¹³ Insisten sobre la valencia eminentemente historiográfica de las clasificaciones generacionales: R. BIN, *Diritti e fraintendimenti*, «Ragion pratica», 2000, 14, pp. 15 ss.; ID., *Nuovi diritti e vecchie questioni*, en A. PÉREZ MIRAS, G. TARUEL LOZANO, E. RAFFIOTTA (a cargo de), *Desafíos para los derechos de la persona ante el siglo XXI: Vida y Ciencia*, Aranzadi, Madrid, 2013, pp. 91 ss.; A. PIZZORUSSO, *Il patrimonio costituzionale europeo*, Il Mulino, Bologna, 2002, p. 50; C. WELMANN, *Solidarity, the Individual and Human Rights*, «Human Rights Quarterly», 22, 2000, pp. 639-641.

¹⁴ «An interest qualifies as a right when an effective legal system treats it as such by using collective resources to defend it» (S. HOLMES, C. SUNSTEIN, *The Cost of Rights : Why Liberty Depends on Taxes*, Norton & Company, New York, London, 1999, p. 17).

¹⁵ Cfr. L. FERRAJOLI, *Diritti fondamentali*, en ID., *Diritti fondamentali. Un dibattito teorico*, ed. a cargo de E. VITALE, Roma-Bari, Laterza, 2001, pp. 26-33. Sobre la distinción entre garantías primarias y secundarias véase también: ID., *Principia iuris. Teoria del diritto e della democrazia. Vol. 1. Teoria del diritto*, Laterza, Roma-

públicos, que es más adecuado concebir como parte del "perímetro protector" (no de su núcleo, o *core*) del mismo derecho¹⁶.

Todos los derechos fundamentales, entendidos como situaciones jurídicas subjetivas atribuidas por normas de derecho positivo, como siempre implican gastos estatales (sea en el caso de la represión de sus vulneraciones como en aquello de la preparación de las condiciones para su goce), prescriben también obligaciones positivas. Que se trate de tutela de la integridad física o de la seguridad social, de debido proceso o de derecho al voto, siempre es necesaria la presencia de un aparato jurisdiccional de protección contra eventuales inejecuciones o violaciones, eso es, medidas de control, de reparación o de sanción que tutelen el ejercicio del propio derecho¹⁷. A este respecto podemos seguir la argumentación de Jeremy Waldron, cuando escribe: «one and the same right may generate both negative and positive duties [...] it is impossible to say definitively of a given right that it is purely negative (or purely positive) in character»¹⁸.

Bari, 2007, pp. 196-197, 668-695 (espec. p. 673).

Para unas, diferentes, argumentaciones sobre la inverosimilitud del modelo minimalista, cfr. B. CELANO, *Come deve essere la disciplina costituzionale dei diritti?*, en S. POZZOLO (ed. a cargo de), *La legge e i diritti*, Giappichelli, Torino, 2002, pp. 89-123; ID., *Diritti, principi e valori nello stato costituzionale di diritto: tre ipotesi di ricostruzione*, en P. COMANDUCCI, R. GUASTINI (ed. a cargo de), *Analisi e Diritto. Ricerche di giurisprudenza analitica*, Torino, Giappichelli, 2004, pp. 53-74; P. COMANDUCCI, "Problemi di compatibilità tra diritti fondamentali", en ID., R. GUASTINI (ed. a cargo de), *Analisi e diritto. Ricerche di giurisprudenza analitica*, cit., pp. 320, 326; A. MARMOR, *On the Limits of Rights*, «Law and Philosophy», 16, 1, 1997, pp. 1-18; T. MAZZARESE, *Minimalismo dei diritti: pragmatismo antiretorico o liberalismo individualista?*, «Ragion Pratica», 1, 2006, pp. 179-208; G. PINO, *Il linguaggio dei diritti*, «Ragion Pratica», 31, 2008, pp. 393-409; ID., *Crisi dell'età dei diritti?*, «Etica & Politica», 15, 1, 2013, pp. 87-119; ID., *Diritti e interpretazione. Il ragionamento giuridico nello Stato costituzionale*, Il Mulino, Bologna, 2010, pp. 211-215; A. SCHIAVELLO, *La fine dell'età dei diritti*, «Etica & Politica», 15, 1, 2013, pp. 120-145; C. WELLMAN, *On Conflicts between Rights*, «Law and Philosophy», 14, 1995, p. 273; ID., *The Proliferation of Rights. Moral Progress or Empty Rhetoric?*, cit.

¹⁶ Sobre la idea del perímetro protector: H. HART, *Legal Rights*, pp. 171-173; G. WILLIAMS, *The Concept of Legal Liberty*, pp. 1144, 1150 (como antecedente doctrinal). Para un desarrollo conceptual más reciente: R. ALEXY, *Teoría de los derechos fundamentales* (1986), Cepc, Madrid, 2001, pp. 224-32; M. KRAMER, *Rights Without Trimmings*, pp. 11-12; C. WELLMAN, *Interpreting the Bill of Rights: Alternative Conceptions of Rights*, en ID., *An Approach to Rights. Studies in the Philosophy of Law and Morals*, Kluwer, Dordrecht, 1997, p. 239; ID., *The Proliferation of Rights*, cit., pp. 8-9 (que distingue entre el *core* y los *associated elements* de cada derecho).

¹⁷ Tom Campbell describe este cambio de planteamiento como un desplazamiento del "torture paradigm" (la mera obligación de abstención en el ejercicio de un derecho) al "health care paradigm" (la obligación de intervención activa para proteger un derecho). Cfr. T. CAMPBELL, *Human Rights: A Culture of Controversy*, «Journal of Law and Society», 26, 1999, pp. 18-20.

¹⁸ J. WALDRON, *Rights in Conflict*, en ID., *Liberal Rights. Collected Papers 1981-1991*, Cambridge University Press, Cambridge, 1993, p. 214.

También los derechos civiles y políticos más elementales¹⁹, reconducibles a las funciones tradicionales del Estado de derecho liberal, exigen conductas positivas como la institución de aparatos burocráticos, la elaboración de normas y reglamentos, el ejercicio de una actividad administrativa y del poder de policía, la protección frente a las interferencias ilícitas del propio Estado, la eventual imposición de condenas por parte del poder judicial en caso de vulneración, la institución de aparatos de pública seguridad y de infraestructuras etc. No sólo la asistencia sanitaria o la instrucción pública, sino también, por ejemplo, la defensa del orden público o la represión penal de los reatos, necesitan ser financiados a través de elecciones políticas. Todos los derechos que garantiza el Estado implican un costo, financiado con recursos monetarios obtenidos a través de la recaudación de impuestos; si llegan a faltar las reservas en las arcas de la tesorería tampoco los derechos más elementales se pueden asegurar. Paralelamente, ni siquiera los derechos sociales y de la última generación pueden agotarse en obligaciones positivas: cuando los titulares hayan ya accedido al bien que constituye el objeto de esos derechos, el poder estatal sigue teniendo la obligación de abstenerse de realizar conductas que lo afecten²⁰. Luego, por supuesto siempre existirá la posibilidad de violación o falta de actuación de un derecho: forma parte de la propia noción de derecho subjetivo (mejor dicho, de su perímetro protector), la posibilidad de activar un aparato jurisdiccional de garantías que intervengan para asegurar su efectiva protección²¹.

Sobre la copresencia de perfiles de tutela negativa y positiva en la disciplina constitucional de los derechos, véanse también los análisis: de R. BIN, *Diritti e fraintimenti*, «Ragion pratica», 14, 2000, pp. 15 ss.; C. FABRE, *Social Rights under the Constitution : Government and the Decent Life*, Oxford, Oxford Clarendon Press, 2000; E. DICIOTTI, *Il mercato delle libertà: l'incompatibilità tra proprietà privata e diritti*, Il Mulino, Bologna, 2006, pp. 87-92, 102-111; L. FERRAJOLI, *Principia iuris*, vol. I, cit., pp. 325, 327; S. HOLMES, C. SUNSTEIN, *The Cost of Rights : Why Liberty Depends on Taxes*, cit.; G. PINO, *Crisi dell'età dei diritti?*, «Etica & Politica», 15, 1, 2013, pp. 87 ss.; H. SHUE, *Basic Rights*, Princeton University Press, Princeton, 1980; C. WELLMAN, *Solidarity, the Individual and Human Rights*, «Human Rights Quarterly», 22, 3, 2000, pp. 639-641.

¹⁹ «[E]ven with regard to those first generation rights which are not participatory, it is seldom merely *inaction* that is called for» (J. WALDRON, *Can Communal Goods be Human Rights?*, en ID., *Liberal Rights*, Cambridge University Press, Cambridge, p. 344).

²⁰ «[I]f the point of a given right is to ensure that a certain choice can actually be exercised at a certain time [...], then it seems clear that facilitating the exercise may be sometimes as important as not obstructing it» (J. WALDRON, *Liberal Rights: Two Sides of the Coin*, en ID., *Liberal Rights. Collected Papers 1981-1991*, cit., p. 9).

²¹ Sobre el aparato de garantías jurisdiccionales como parte de la noción de derecho subjetivo cfr., más recientemente: R. GUASTINI, *Diritti*, en P. COMANDUCCI, R. GUASTINI (a cargo de), *Analisi e diritto*, Giappichelli, Torino, 1994, pp. 163-174; A. PACE, *Problematica delle libertà costituzionali. Parte generale*, Cedam, Padova, 2003, pp. 174-175. A la noción de perímetro protector

Por efecto de la estructura nomodinámica que caracteriza el fenómeno jurídico (que regula su producción a través de la institución de poderes normativos), los derechos fundamentales siempre exigen “poderes de determinación” que los hagan efectivos, a través de la creación de específicas instituciones (jurisdiccionales, parajurisdiccionales, administrativas etc.), de la elaboración de normativas y reglamentaciones, de la predisposición de recursos financieros y de infraestructuras etc.

4.- NUEVOS DERECHOS E INTEREST THEORY: UNA PROPUESTA DE FUNDAMENTACIÓN TEÓRICA

La tesis de la correlatividad estrecha entre deberes y derechos parece encontrar algunos problemas a la hora de explicar el significado que los derechos sociales tienen en el catálogo global de los derechos. Más adecuado, a este respecto, es el modelo de fundamentación teórica ofrecido por la *interest theory* contemporánea, especialmente en las versiones de autores como Neil MacCormick, Joseph Raz, Matthew Kramer y Jeremy Waldron, por su explícito reconocimiento de la prioridad conceptual y axiológica de los derechos frente a un conjunto de obligaciones multiformes.

La concepción según la cual los derechos constituyen el núcleo germinal de grupos mutables de posiciones subjetivas (“*grounds of duties*”) constituye una de las principales adquisiciones de la *jurisprudence* anglosajona de la segunda mitad del siglo XX; representa un momento central por la paulatina elaboración de una concepción “dinámica” (post-hohfeldiana) del vocabulario de los derechos entendidos como exigencias morales, ubicadas a un nivel que precede su conversión en derechos fundamentales en el plano positivo, y por tanto dotadas de una prioridad lógica y axiológica respecto a los deberes derivados o derivables²². Desde este punto de

se puede asociar la de “laguna secundaria”, que consiste en la ausencia de una garantía jurisdiccional (secundaria) de un derecho (cfr. L. FERRAJOLI, *Principia iuris*, vol. I, cit., pp. 196-198, 668-701).

²² Formulaciones características de esta orientación doctrinal se pueden encontrar en: R. DWORKIN, *Taking Rights Seriously*, Duckworth, London, 1978, p. 171; N. MACCORMICK, *Children’s Rights: A Test Case for Theories of Rights*, «Archiv für Rechts – und Sozialphilosophie», 62, 1976, pp. 308, 309, 312, 313; ID., *Rights in Legislation*, en P. HACKER, J. RAZ (a cargo de), *Law, Morality and Society*, Clarendon, Oxford, 1977, pp. 188, 201; ID., *Rights, Claims and Remedies*, «Law and Philosophy», 1, 1982, pp. 337, 346-349; J. FEINBERG, *The Nature and Value of Rights*, «Journal of Value Inquiry», 4, 1970, p. 26; D. LYONS, “Rights, Claimants and Beneficiaries”, en Id. *Rights, Welfare, and Mill’s Moral Theory*, New York, NY, Oxford University Press, 1994; A. MARMOR, *On the Limits of Rights*, «Law and Philosophy», 16, 1997, p. 3; J. RAZ, *The Morality of Freedom*, Clarendon, Oxford, 1986, pp. 167, 171, 185; ID., *Legal Rights*, en ID., *Ethics in the Public Domain*, Clarendon, Oxford, 1994, p. 269; N. SIMMONDS, *Rights at the Cutting Edge*, en M. KRAMER, ID., N. STEINER, *A Debate over Rights*, Clarendon, Oxford, 1998, pp. 149-50; L. SUMNER, *The Moral Foundation of Rights*, Clarendon, Oxford, 1987, pp. 148

vista, los derechos son entendidos principalmente como "situaciones favorables" de carácter argumentativo o justificativo: puede ocurrir que se reconozca un derecho a un sujeto, no necesariamente humano, aun cuando todavía no hayan sido claramente determinados los titulares del deber correspondiente²³.

Todo derecho, en diferentes condiciones de relevancia y sobre el fundamento de los nexos dinámicos que del mismo derivan, justifica el reconocimiento o la atribución de diferentes grupos de posiciones hohfeldianas (pretensiones, libertades, poderes, inmunidades). Un derecho existe cuando un cierto interés (su elemento justificativo) se considere suficientemente importante para justificar la atribución a los individuos de una serie de posiciones hohfeldianas, y para imponer a otra las posiciones correlativas idóneas para tutelar ese interés²⁴. Ahora bien, la ventaja principal de dicha línea de reconstrucción es que se puede considerar solidaria con el intento de atribuir la misma dignidad teórica, en línea de principio, a todos los derechos, incluso cuando los mismos no estén reconocidos en un ordenamiento jurídico y por tanto su reivindicación sólo tenga sentido desde el punto de vista de la crítica moral del derecho. Los derechos subjetivos llegan a identificarse con posiciones moleculares complejas, que incluyen al mismo tiempo elementos positivos y negativos, y de los que descenden distintas oleadas de específicas posiciones subjetivas²⁵.

51-52; J. WALDRON, *The Right to Private Property*, Clarendon, Oxford, 1988, pp. 79-87.

²³ «[W]e can attribute a right to someone even if we cannot yet specify how the right should be fleshed out – and therefore even if we cannot yet specify the person against whom the right will be held» (M. KRAMER, *Rights without Trimmings*, en *A Debate over Rights*, a cargo de Id., N. Simmonds, H. Steiner, Oxford Clarendon Press, Oxford, 1998, p. 45).

Como argumenta MacCormick en un ejemplo, es razonablemente posible opinar que cada niño tiene derecho a la educación sin saber con precisión quién tiene la obligación y el poder de proporcionarla (N. MACCORMICK, *Children's Rights: A Test Case for Theories of Rights*, «Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie», 62, 3, 1976, p. 313).

En un sentido opuesto, la propuesta de Karl Wellman, según el cual solo un sujeto autónomo e independiente (un agente moral, capaz de actuar intencionalmente en vista de un fin) puede ser titular de derechos (cfr. K. WELLMAN, *An Approach to Rights*, Dordrecht, Kluwer, 1997).

²⁴ Según Joel Feinberg, la especificidad del lenguaje normativo de los derechos consiste en su "activity of claiming". Desde este enfoque, una pretensión es un acto performativo, por el que un individuo se siente "en derecho" de crear expectativas sobre los demás. Cfr. J. FEINBERG, *The Nature and Value of Rights*, en «Journal of Value Inquiry», 4, 1970, p. 252; ID., *The Social Importance of Moral Rights*, en «Philosophical Perspectives», 6, 1992, pp. 175-198.

²⁵ Sobre la idea de los derechos como posiciones "moleculares": J. FINNIS, *Natural Law and Natural Rights*, Oxford Clarendon Press, Oxford, 1980, p. 201; J. WALDRON, *Introduction*, en J. Waldron (a cargo de), *Theories of Rights*, cit., pp. 10-11; G. Postema, *In Defense of 'French Nonsense'*, cit., pp. 109-114; J. THOMSON, *The Realm of Rights*, Harvard University Press, Cambridge (MA), 1990, pp. 55 ss. (algunos derechos son *cluster-rights*, aglomerados de posiciones

Establecidas estas premisas, cabe matizar que, para reducir su proliferación y conflictividad, la oportunidad de conceptualizar derechos de sujetos que no pueden ejercerlos directamente debe necesariamente encontrar algunos límites, fijados por el libre debate de la comunidad jurídica, en la pretensión de extender el mecanismo de la representancia a prescindir (o incluso en contra) de la elección del titular.

5.- CONCLUSIONES

El estudio ha tratado de demostrar que: 1) La realidad de la administración de los derechos en los Estados constitucionales contemporáneos entraña amplios márgenes de indeterminación, al evidenciar una predisposición estructural de los valores incorporados al conflicto: todo derecho encuentra potenciales limitaciones en otros derechos, intereses, bienes, exigencias, finalidades sociales y políticas. A partir de los principios constitucionales atributivos de derechos fundamentales, como subraya especialmente un planteamiento "dinámico" en materia de derechos fundamentales, en la mayoría de los casos se puede derivar una miríada de deberes conflictuales (o, en general, otras posiciones normativas) y no determinables de manera precisa. 2) En segundo lugar, la práctica de la administración de los derechos evidencia cómo la justiciabilidad de cualquier derecho siempre requiere la prestación de un servicio público y la activación de un conjunto de garantías jurisdiccionales o "secundarias" aprontada por sujetos públicos. 3) Por lo tanto, cabe rechazar como "ideológicas" todas aquellas reconstrucciones que atribuyen a la sucesión histórica de las diferentes categorías de derechos una neta distinción estructural, de corte axiológico, entre derechos negativos, entendidos como "auto-ejecutivos", y derechos positivos a prestaciones públicas, de crédito hacia el Estado. 4) Viceversa, una posible fundamentación teórica de los nuevos derechos emergentes se puede encontrar en la concepción según la cual los derechos, entendidos como exigencias morales, dotadas de una prioridad lógica y axiológica respecto a los deberes derivados o derivables, constituyen el núcleo germinal de grupos mutables de posiciones subjetivas ("*grounds of duties*"). Dicha línea de reconstrucción se puede considerar solidaria con el intento de atribuir la misma dignidad teórica, en línea de principio, a todos los derechos, incluso cuando los mismos no estén reconocidos en un ordenamiento jurídico y por lo tanto su reivindicación sólo tiene sentido desde el punto de vista de la crítica moral del derecho.

hohfeldianas, «*rights that contain other rights*»); J. RAZ, *Legal Rights*, cit., pp. 254-276; N. MACCORMICK, *Rights in Legislation*, cit. pp. 198-209; J. WALDRON, *Rights in Conflict*, cit., spec. pp. 212-214; ID., *The Right to Private Property*, Oxford Clarendon Press, Oxford, 1988, pp. 84 ss.; M. KRAMER, *Rights Without Trimmings*, cit., espec. pp. 41-44.