

DERECHOS SUBJETIVOS E INTERESES JURÍDICOS.

A PROPÓSITO DE UN TEXTO DE JUAN ANTONIO CRUZ
PARCERO

*Pedro Salazar Ugarte**

Quiero comenzar esta nota crítica felicitando a Juan Antonio por el artículo que comento. Se trata del texto “Derecho Subjetivo e interés jurídico en la Jurisprudencia mexicana” que fue publicado en los *Cuadernos de Investigación del Instituto de la Judicatura Federal* en el 2003¹. Mi felicitación no es una mera fórmula de cortesía ni la reproducción de una práctica muy difundida entre los académicos mexicanos, me atrevería a decir que sobre todo entre los estudiosos del derecho, que en lo personal, considero nociva: el elogio fácil, irreflexivo y autocomplaciente. Si celebro el texto de Juan Antonio es porque me parece claro, interesante, analíticamente agudo e intelectualmente comprometido. De hecho, me enfrento a la difícil tarea de comentar un escrito, con la finalidad de identificar los aspectos discutibles del mismo, con el que estoy de acuerdo en lo fundamental. No sólo: estoy consciente de que al aventurarme en los comentarios de este trabajo, me adentro inevitablemente en el nicho temático que Juan Antonio mejor conoce y que domina como pocos (al menos en México): “el concepto de derecho subjetivo” (Fontamara, 1999). Esto, lo confieso, me hace sentir un poco incómodo. Sin embargo, a pesar de mi desventaja como aficionado comentarista en la jaula del experto, me atrevo a señalar algunos aspectos del documento que desde mi perspectiva merecen discusión.

Organizaré mis reflexiones en tres apartados:

1) El primero se dirige a desentrañar la pertinencia de algunas de las distinciones analíticas esbozadas en el texto. Advierto desde ahora que

* Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM.

¹ J. A. Cruz Parcero, “Derecho subjetivo e interés jurídico en la jurisprudencia mexicana», *Juez. Cuadernos de Investigación del Instituto de la Judicatura Federal*, vol. II, No. 3, 2003, pp. 67-87.

mis observaciones están más orientadas a profundizar el ejercicio propuesto por Juan Antonio que a cuestionar la pertinencia de su análisis.

2) El segundo grupo de comentarios escapa de las fronteras del documento y, aunque siempre a partir del mismo, intenta reconstruir críticamente algunos de los alcances y efectos de la concepción de derecho subjetivo ‘en sentido amplio’ que desde hace tiempo defiende Cruz Parceró. Mis observaciones echarán mano de algunas tesis sostenidas por el mismo Juan Antonio en otras partes: por ejemplo, en su libro *El concepto de derecho subjetivo (op. cit.)* y en su artículo “Derechos morales: concepto y relevancia” (*Isonomía*, 15, octubre 2001).

3) Finalmente, me pareció interesante observar las tesis de Juan Antonio a la luz de algunos de los cambios propuestos en la iniciativa de reforma constitucional en materia de Derechos Humanos presentada por el Presidente de México al Poder Constituyente Permanente en abril de 2004. Lo único que pretendo evidenciar son los aspectos de dicha iniciativa que adquieren relevancia a la luz del texto de Cruz Parceró.

1) Algo sobre las cuestiones conceptuales

Juan Antonio tiene razón cuando afirma que el desconocimiento de las teorías jurídicas contemporáneas y la creencia de que la Teoría Jurídica no influye en la práctica judicial son males que aquejan a nuestro sistema de administración de justicia. Sólo subrayo que su crítica es bidimensional: se dirige, por un lado, a los juristas que por comodidad, inercia o convicción ideológica reproducen acríticamente teorías propias de paradigmas jurídicos que no corresponden al constitucionalismo democrático y autorestringen los alcances de su tarea al ámbito estrictamente académico y, por el otro, a los administradores de justicia que hacen de su práctica profesional un coto inmune a la reflexión teórica. Esta doble cara del problema –que amerita ser analizado desde ambas perspectivas (la de los juristas y la de los jueces) y en su conjunto– constituye en sí misma una aportación del documento que amerita ulteriores reflexiones: ¿por qué sucede esto? y ¿cómo debemos enfrentarlo? son interrogantes relevantes. Después de todo la comunicación crítica y constructiva entre los estudiosos del derecho y los administradores de justicia es una condición necesaria (aunque no suficiente) para que la teoría no sea una actividad miope y para que los aparatos de justicia

comprendan los alcances de su actividad en un Estado Democrático Constitucional.

Pero el núcleo del texto gira alrededor de las *confusiones* conceptuales que Juan Antonio identifica en la jurisprudencia mexicana y que son, desagregadamente, seis:

c.1. Entre ‘interés jurídico’ e ‘interés legítimo’ (en materia administrativa) que, como nos recuerda Juan Antonio, ya ha sido parcialmente superada mediante una contradicción de tesis pero que, para los fines de este comentario, me permite utilizar solamente el primer concepto (IJ) en los enunciados sucesivos.

c.2. Entre ‘interés jurídico (o legítimo)’ y ‘derecho subjetivo’. (Como bien señala Cruz Parceró, en una lectura errada de la tesis de Ihering que afirma que “un derecho subjetivo es un interés jurídicamente protegido”, la jurisprudencia mexicana ha sostenido que un “interés jurídico es un derecho subjetivo”).

c.3. Una tercera identificación entre ‘derecho subjetivo’ con la facultad o poder jurídico de exigir un deber (es decir: con la noción de ‘acción procesal’). Esto, sostiene Juan Antonio, es un eco de las tesis kelsenianas.

c.4. Una cuarta identificación (que es una simple sustitución de términos de las dos anteriores) entre ‘interés jurídico’ y ‘acción procesal’.

c.5. Una quinta identificación jurisprudencial entre ‘garantías individuales’ y ‘derechos subjetivos públicos’.

c.6. Finalmente, como una consecuencia de la identificación anterior, las ‘garantías individuales (o constitucionales)’ terminan reduciéndose a meras ‘acciones procesales’.

En realidad se trata de dos ecuaciones conceptuales de las cuales la segunda es una variación (en su dimensión pública) de la primera:

e.1: Interés Jurídico = Derecho Subjetivo = Acción Procesal

e.2: Garantía Individual = Derecho Subjetivo Público = Acción Procesal

Estas identificaciones conceptuales, explica Juan Antonio, “han conformado una visión estrecha y confusa de lo que son los derechos, que repercute de modo directo en la protección que se les dispensa” (p. 2). La lógica pervertida es la siguiente: cuando no hay un deber jurídico específico y una acción procesal para reclamar un deber, entonces no

hay un derecho subjetivo y, por lo tanto, no hay interés jurídico. Por ello el juez desecha la demanda de amparo.

Pero el alcance pernicioso de estas confusiones solo es totalmente evidente cuando les adicionamos la siguiente *distinción* sostenida por los jueces y la doctrina y que también es identificada por Cruz Parceró:

11. (la distinción) entre los “derechos fundamentales del hombre (o derechos humanos)” y los “derechos subjetivos”.

De esta forma, sentencia Juan Antonio, resulta que los “derechos humanos o fundamentales no son derechos subjetivos, sino que cualquier cosa que sean (...) son protegidos por derechos subjetivos, es decir, en este caso por una acción constitucional de Amparo” (p. 13).

Creo que es mucha la carne que Juan Antonio pone en el asador y estoy convencido de que conviene cocinarla por separado. Me parece que la concatenación que implícitamente traza Cruz Parceró entre los nudos de la madeja de problemas no se sigue necesariamente y que, por lo mismo, conviene identificar los diferentes problemas para enfrentarlos separadamente. Por razones de espacio únicamente me limito a enlistar algunos de estos problemas con la finalidad de resaltar que pueden y deben discutirse de manera independiente.

p.1. Un núcleo problemático (que amerita una discusión en sí misma y que, me parece, encierra el problema medular que preocupa a Juan Antonio) es la concepción que adoptamos de ‘derecho subjetivo’ (en *sentido restringido a lá* Kelsen o *a lá* Guastini; en *sentido amplio* y dotado de una importante carga valorativa como propone Cruz Parceró). La opción que adoptemos está grávida de implicaciones teóricas y prácticas que van *mucho más allá* de los defectos analítico/conceptuales en los que ha incurrido la jurisprudencia mexicana.

p.2. Otro problema (estrechamente relacionado con el anterior pero que no se agota en el mismo) se refiere a la (discutible) confusión entre un derecho subjetivo y sus garantías secundarias (la acción procesal para reclamar un deber). Recorro a una referencia teórica que sintetiza la idea: para zanjar la discusión entre Luigi Ferrajoli y Riccardo Guastini (relativa sobre todo a los derechos sociales que para el primero son derechos subjetivos en sentido pleno y para el segundo derechos de papel porque su contenido es indeterminado y no son justiciables) hace falta algo

más que una toma de posición a favor de una ‘concepción ampliada de los derechos subjetivos.

p.3. Un tercer problema tiene que ver con los alcances del concepto de ‘interés jurídico’ y su (im)pertinencia para valer como requisito que debe ser acreditado para dar curso a una demanda de amparo: tengo la impresión de que si liberamos este concepto de su identificación con la ‘concepción reduccionista de los derechos subjetivos’ denunciada por Cruz Parceró, tendría potencialidades diferentes.

p.4. Un cuarto problema (que Juan Antonio hace bien en calificar como una “barbaridad”) se refiere a la identidad entre ‘interés jurídico’ y ‘acción procesal’. Pero la ejecución de esta escisión no implica necesariamente una distinción entre esta última noción (acción procesal) y la de ‘derecho subjetivo’. Bien podemos reducir el contenido de los ‘derechos subjetivos’ al deber procesalmente exigible a los terceros (‘acción procesal’) como hace, por ejemplo, Guastini; sin confundir al ‘interés jurídico’ con estos conceptos.

p.5. Finalmente, otra serie de problemas emanan de la distinción doctrinal entre las ‘garantías individuales (o constitucionales)’ (identificadas como ‘derechos subjetivos públicos’) y la idea de los ‘derechos fundamentales del hombre’. No sobra señalar que en este caso se trata de un problema teórico pero que tiene un carácter, por decirlo de alguna manera, *local* ya que responde a una deficiente formulación de la constitución mexicana (que en su apartado dogmático utiliza la fórmula de ‘garantías individuales’ para referirse a los bienes jurídicos que tradicionalmente corresponden a los ‘derechos humanos (o fundamentales)’).

Vale la pena reiterarlo: no pretendo afirmar que no existan interconexiones (incluso estrechas como demuestra Juan Antonio) pero sí quiero afirmar que se trata de problemas distintos que deben ser enfrentados de manera independiente. Me parece que esta sola constatación pone a debate el argumento que atraviesa transversalmente el artículo de Juan Antonio pero sin negar la pertinencia de las distinciones que propone ni el sentido general que orienta su propuesta.

2) Algunas implicaciones de la concepción de ‘Derecho subjetivo en sentido amplio’ que defiende Cruz Parceró.

Ya desde su libro *El concepto de derecho subjetivo (op. cit.)*, siguiendo la distinción que hace Hohfeld entre los tres sentidos en que solemos decir que tenemos un derecho (privilegio, poder, inmunidad), Cruz Parceró, ha defendido la tesis de que no existe una correlación necesaria entre los conceptos de “derecho” y “deber”. Asimismo ha sostenido la tesis de que (contenida también en su artículo “Derechos morales: concepto y relevancia” publicado en *Isonomía*) lo que es “lógicamente” anterior tanto a los deberes como a los derechos son los “valores” o “bienes” que se intenta proteger. Por lo mismo la prioridad justificativa no la tienen ni los deberes ni los derechos sino los valores (*El concepto...*, p. 299). En parte por ello, Juan Antonio, abraza la tesis de Dworkin de que los derechos fundamentales no operan como reglas sino como principios que indican un curso de acción (o un valor que se protege). Asimismo se alinea con la teoría garantista de Luigi Ferrajoli que distingue claramente entre la existencia de un derecho (fundamental) y la existencia de sus garantías.

Esta postura teórica que reivindica fuertemente la dimensión moral de los derechos (subjetivos) fundamentales es perfectamente consistente con una de las primeras afirmaciones que hace Cruz Parceró en el texto que comento: “El desarrollo y consolidación de un sistema democrático le reserva a la administración de justicia un papel fundamental en (el proceso de protección de los derechos), no sólo una función de árbitro o control, sino una función de promoción de la protección de los derechos”. Por razones de espacio solamente me limito a señalar que se trata de una tesis muy controvertida que ha dado lugar a un prolijo y abierto debate que en el fondo gira sobre una cuestión toral para la democracia constitucional: ¿quién debe tener la última palabra para decidir sobre las cuestiones fundamentales?, ¿los ciudadanos y sus representantes o los jueces (intérpretes) constitucionales? Autores como Jeremy Waldron, Anna Pintore, John Hart Ely, Pier Paolo Portinaro, entre otros, han advertido los peligros que puede conllevar para la democracia la instauración de una “aristocracia de la toga”. Otros, desde una perspectiva más específicamente jurídica, como Juan Carlos Bayón han insistido que los derechos fundamentales deberían tener una formulación constitucional exclusivamente en forma de reglas para reducir el

ámbito de poder que implica para los jueces la interpretación de los principios. Además, me parece que existe una contradicción implícita en las tesis de Cruz Parceró: ¿porqué tenemos que esperar que los jueces, que hoy aprovechan las confusiones conceptuales para hacer rígidos “los requisitos para la legitimación procesal en el amparo y en materia administrativa” (p. 10), adoptarán una actitud más ‘garantista’ si ampliamos su margen de interpretación en materia de derechos fundamentales? Creo que tanto el problema teórico como la (‘aparente’) contradicción práctica merecen ser enfrentados por el autor.

Por otra parte, quiero subrayar que Juan Antonio defiende que los “intereses colectivos o comunitarios” puedan (incluso ‘que deban’) ser considerados derechos subjetivos. (Aprovecho para señalar que, desde mi perspectiva, los derechos sociales y económicos no son equivalentes como sugiere Cruz Parceró a los derechos culturales y/o colectivos porque los primeros son derechos individuales aunque se ejerzan colectivamente). Cruz Parceró sostiene que la protección de estos ‘bienes’ se ve obstaculizada porque, al no apegarse a la definición de corte kelseniano adoptado por la jurisprudencia, se les ha negado el carácter de ‘derechos subjetivos’. Creo que el problema es un poco más complicado: más allá de la postura que adoptemos en torno a la definición de ‘derechos subjetivos’ queda pendiente otra discusión (ciertamente teórica que no dogmática) sobre la pertinencia de otorgarle el carácter de ‘derechos’ a los ‘intereses colectivos’. Podemos acordar con Cruz Parceró que la definición kelseniana que reduce los derechos a sus garantías es inapropiada y reductiva (aplicándola, por ejemplo, a los derechos sociales y económicos) pero ello no supone que reconozcamos la existencia de ‘derechos colectivos’. En lo personal, considero que la noción de ‘derecho colectivo’ es aporética con una concepción liberal (en sentido político) del estado democrático constitucional. Esto, muy esquemáticamente, porque los supuestos ‘derechos colectivos’ son teóricamente incompatibles (entran inevitablemente en conflicto) con la naturaleza individual de algunos derechos fundamentales como, por ejemplo, las que Bobbio llamó las “cuatro grandes libertades de los modernos”: la libertad personal, la libertad de pensamiento, la libertad de asociación y la libertad de reunión (*Teoria Generale della Política*, Einaudi, 1999).

3. La propuesta de Cruz Parceró a la luz de la iniciativa constitucional en materia de Derechos Humanos

Creo que el texto de Juan Antonio es una excelente guía para valorar críticamente una parte importante de la iniciativa de reforma constitucional en materia de Derechos Humanos que presentó el Presidente de México al Constituyente Permanente en días pasados. Por desgracia en la iniciativa presidencial persiste la confusión entre los conceptos de ‘derechos fundamentales’ y ‘garantías individuales (constitucionales)’. Paradójicamente con la propuesta de reforma se reconoce la naturaleza nociva de la confusión y se busca superar la omisión constitucional en el reconocimiento expreso de los ‘derechos humanos’ y las consecuencias que de ello se derivan (página 6 de la iniciativa), pero una pésima técnica legislativa termina por aumentar las confusiones. Para muestra basta con citar dos párrafos de la exposición de motivos de la citada reforma:

De aprobarse la presente iniciativa, **se cerraría de manera definitiva una larga discusión sobre los alcances de la protección de los derechos humanos a través de las garantías individuales**, y se fortalecería el esquema de protección de los derechos humanos con pleno respeto a la supremacía del orden jurídico interno.

En efecto, **los derechos humanos**, cuyo reconocimiento y protección quedarían plasmados expresamente en el texto constitucional, **se agruparían junto con las garantías individuales que otorga la propia Constitución, bajo el rubro genérico de “Derechos Fundamentales”**, con lo cual, en consideración del Ejecutivo Federal a mi cargo, quedan contenidos ambos conceptos de manera armónica, **sin necesidad de entrar en discusiones doctrinarias sobre el origen y alcance de unos u otros.** (p. 7).

No pretendo extenderme porque me parece que la redacción (sobre todo en las partes subrayadas) es elocuente. Sin embargo, me parece adecuado subrayar cómo la última frase de los párrafos reproducidos contrasta frontalmente con el llamado urgente de Juan Antonio Cruz para que el debate doctrinario ocupe el lugar que debe corresponderle en un estado constitucional democrático. Lástima porque esto, como bien insiste Cruz Parceró, sólo redundaría en una deficiente protección de los derechos fundamentales.