

Configuración y restricción de derechos subjetivos por la perspectiva del ejercicio de posiciones jurídicas fundamentales

Maria Cláudia Cachapuz¹

Resumen: *El presente estudio se ocupa de uno de los temas centrales en el ámbito interdisciplinar de la Teoría General del Derecho y del Derecho Civil, referente al análisis del contenido de derechos subjetivos y a la configuración y restricción de derechos subjetivos. Parte de la constatación de que el Derecho Civil, por integrar el sistema jurídico, sufre los efectos de las normas jusfundamentales en un carácter genérico. La materia interesa al estudio jurídico profundizado en la medida en la que permite el enfrentamiento del problema de las limitaciones y de la ponderación a derechos subjetivos, tanto en una dimensión institucional, como en una relación específica y particular de determinada situación concreta de conflicto de intereses. Contrapone las visiones de Häberle y de Alexy con relación a la adopción de teorías interna y externa de restricciones a derechos fundamentales, proponiendo, a la luz del modelo analítico de posiciones jurídicas fundamentales de Hohfeld, la interpretación correcta para el análisis de casos difíciles.*

Palabras-clave: *Teoría General del Derecho. Derechos subjetivos. Argumentación. Interpretación. Restricciones a derechos.*

1. Introducción (o sobre el interés jurídico de la materia):

Una de los temas centrales a ser enfrentados cuando se trabaja, en el ámbito interdisciplinar de la Teoría General del Derecho y de los conceptos fundamentales de Derecho Civil, con el análisis de derechos subjetivos, es, sin duda, lo relacionado con la configuración y la restricción a derechos. Es decir, con el propio concepto de derecho para un análisis jurídico, aunque no se reduzca exclusivamente a un problema conceptual. Eso resulta de algunas circunstancias bastantes específicas, comenzando por la constatación de que el Derecho Civil, por integrar el sistema jurídico – y, aquí, aún en un examen preliminar de la cuestión –, sufre la irradiación de los efectos de las normas jusfundamentales de forma genérica. Lo que corresponde afirmar, incluso de manera amplia, es que no hay forma de desvincular el examen de los institutos del Derecho Civil de todas las relaciones que lo integran del ámbito de actuación de los derechos fundamentales. Por lo tanto, relaciones jusfundamentales (ALEXY, 2001) tanto pueden estar asociadas a una dimensión universal de establecimiento de institutos jurídico-civiles por medio de la construcción de enunciados dogmáticos (normativos, jurisprudenciales, doctrinarios, argumentativos) – tal como se ha visto en

¹ Doctora en Derecho Civil por la UFRGS/Brasil. Profesora de Derecho Civil en la Universidad Federal de Rio Grande do Sul (UFRGS)/Brasil y de la Maestría en Derecho y Sociedad de Unilasalle/Brasil. Magistrada con actuación en el Tribunal de Justicia de Rio Grande do Sul/Brasil.

el examen de las fuentes jurídicas –, como a una dimensión particular de apropiación de los efectos jurídicos en el ámbito de las relaciones civiles entre los individuos. Y, en ese sentido, por el examen de cualquier relación de la vida social que, por la irradiación de sus efectos en situaciones que envuelvan derechos generales de libertad e igualdad en cualquier nivel, pueda interesar a una test jurídico en una esfera pública de relación.

Existe también un interés específico en el estudio de las configuraciones y restricciones de derechos por la pertinencia del tema a la cuestión de la interpretación jurídica. La materia interesa en la medida que permite el enfrentamiento del problema de las limitaciones y de la interpretación (en ámbito abstracto) y de la ponderación (en ámbito concreto) a derechos subjetivos – y la medida de su ocurrencia por la actuación del intérprete judicial – tanto en una dimensión institucional, como en una relación específica y particular de determinada situación concreta de conflicto de intereses –, por lo tanto, única y exclusiva. Häberle (2003, p. 73) es quien sistematizó esta doble dimensión del problema al enfrentar el tema de la dualidad dimensional de los derechos fundamentales, reconociendo tanto una dimensión institucional, implicada por el alcance universal adquirido por los derechos fundamentales cuando comprendidos por criterios de libertad, como una dimensión jurídico-individual de esos mismos derechos, cuando comprendidos como “derechos de la persona” (HÄBERLE, 2003, p. 73). Los reflejos de ese “doble carácter de los derechos fundamentales” (HÄBERLE, 2003, p. 73) es lo que, en la visión de Alexy (2001), aunque con críticas a la adopción de una concepción amplia de configuración en Häberle (ALEXY, 2001, p. 322), permite que se extraiga una comprensión igualmente dual con relación a las restricciones a derechos fundamentales – y, por extensión de la irradiación de efectos, a derechos subjetivo-civiles –, como hipótesis de configuración y de restricción propiamente dicha a derechos fundamentales.

Asimismo, en la medida en la que se relaciona a una situación de interpretación jurídica, la materia de las restricciones a derechos subjetivos interesa, sobremanera, cuando permite identificar, en la construcción de institutos generales o de soluciones concretas específicas al caso en análisis, teorías diversas para la explicación del fenómeno jurídico. Es lo que Alexy, de forma clara, destaca como resultado del posicionamiento del intérprete al adherir, desde un determinado posicionamiento jurídico-filosófico, a una teoría interna o externa de restricción a derechos fundamentales. Una polémica que, para Alexy, no se traduce como mera

cuestión de constitución conceptual, sino que demuestra las íntimas conexiones existentes entre restricciones y presupuestos normativos generales. De acuerdo con Alexy, aunque con ello apenas informe una tendencia de interpretación, “quien sostiene una teoría individualista del Estado y la sociedad, tenderá más a teoría externa y aquél a quien le interese la posición de miembro o membrecía en una comunidad, tenderá a la teoría interna” (ALEXY, 2001, p. 269). La explicación para tal afirmativa, sin embargo, no es de carácter político-jurídico, aunque pueda permitir una asociación entre el acto de interpretarse la posibilidad de restricciones a derechos subjetivos con visiones ideológicas distintas sobre cuestiones de libertad y justicia. La preocupación de Alexy está centrada, en el fondo, en la medida de asociación posible entre el movimiento de restricción de un derecho y la simultánea, o no, situación de configuración de ese mismo derecho – sea por parte del legislador, sea por parte del intérprete para el caso. De allí porque el interés de estudio de la materia parte de examen de la extensión del concepto de restricción (*lato sensu*) aplicado por el intérprete y de la medida en la que tal aplicación corresponde a las exigencias de una racionalidad suficiente al enfrentamiento del tema.

2. El duplo carácter de los derechos fundamentales en Häberle:

Häberle (2003), al preocuparse con la discusión sobre la garantía de un contenido esencial a los derechos fundamentales, defiende, de forma específica sobre el tema, la teoría de que los derechos fundamentales comparten de un doble carácter en su estructura, como se evidenciara dos dimensiones de un mismo fenómeno simultáneamente. O sea, tanto presentan una dimensión institucional-objetiva, en la que estaría contenida una “garantía jurídico-constitucional de ámbitos vitales regulados y conformados con arreglo a criterios de libertad” (HÄBERLE, 2003, p. 73), como una dimensión jurídico-individual, en la que están garantizados a titulares (individuales o colectivos) derechos públicos subjetivos. Se trata de dimensiones complementarias que, según Häberle, no se contraponen aisladamente ni se relacionan en una coordinación de medio/fin, sino que antes se ven integradas en una simultaneidad de actuación en términos interpretativos: “En este enfoque de los derechos fundamentales se toma en consideración tanto lo ‘inevitablemente institucional’ en el Derecho como lo personal” (HÄBERLE, 2003, p. 75).

Este condicionamiento recíproco de las dos dimensiones que componen, según Häberle, la esencia de los derechos fundamentales (HÄBERLE, 2003, p. 74), debe seguir coordinado por una pretensión de promoción de libertad. En más de una oportunidad, Häberle acentúa que el objetivo del reconocimiento de una doble dimensión a los derechos fundamentales es el de promover un sentido de libertad a las relaciones jusfundamentales – “la institucionalización de los derechos fundamentales no va paralela a una disfumación de la libertad individual; al contrario, pretende y opera un fortalecimiento de la libertad” (HÄBERLE, 2003, p. 75) -, incluso cuando se trata de establecer un carácter institucional por la dogmática jurídica.

El objeto del pensamiento institucional es, por lo tanto, insertar al individuo y su libertad en las regulaciones y relaciones vitales objetivas y, al revés, llevar a estas regulaciones La creatividad y La potencia creadora de los individuos. (HÄBERLE, 2003, p. 82)

La libertad que es presupuesta y considerada como orientadora al establecimiento de derechos fundamentales no tiene rasgos, además, de un pensamiento voluntarista¹. Tampoco debe seguir, para Häberle, una visión formalista o positivista del Derecho², capaz de dejar en el ámbito de la discrecionalidad del intérprete – cuando no exista una determinación normativa suficiente en el sistema para la interpretación – la situación de restricción, o no, de derechos subjetivos. La dimensión institucional-objetiva estructurada por Häberle pretende ser justificada por una orientación de interpretación realista del Derecho, por la conexión muy próxima que sostiene entre el proceso de recepción de derechos fundamentales en el ámbito de una Constitución y la propia identificación de esos derechos en sociedad: “Por medio de estas normas jurídicas, que no son mera ‘transformación’ de la libertad o de los derechos fundamentales, se hace efectiva la idea de derechos fundamentales en la realidad social” (HÄBERLE, 2003, p. 97). El ámbito institucional es complementado por la dimensión subjetiva de los derechos fundamentales, ofrecida por la actuación del individuo en concreto al llenar “de vida” los institutos jurídicos (HÄBERLE, 2003, p. 99).

Si existe una simultánea identificación de las dimensiones pertinentes a los derechos fundamentales, de forma que una esté esencialmente vinculada a la otra en la propia configuración de los derechos, la lógica en Häberle es de que toda y cualquier restricción a derechos fundamentales esté necesariamente relacionada a una

concepción amplia de configuración de esos mismos derechos. Situación que, según Alexy, sería plenamente justificable racionalmente en caso de utilizarse esta misma idea de configuración como un “concepto superior” (ALEXY, 2001, p. 323), capaz de ser aplicado tanto para la actividad restrictiva como para la actividad no restrictiva del legislador. En la medida, sin embargo, en que la configuración, además de la aplicación amplia, es también utilizada como un concepto de oposición al de restricción – lo que queda claro, en Häberle, cuando al adoptar una teoría interna de explicación a la restricción de derechos fundamentales, afirma que todo la teoría de la inadmisibilidad de un derecho debe estar apoyada directamente en el contenido de este derecho y en los deberes que igualmente la integran (HÄBERLE, 2003, p. 167) -, y, por lo tanto, no guardando distinción para las hipótesis de correlación entre derechos y deberes, hay fallas considerables de argumentación.

Primero, porque, como acentuado por Alexy (2001), el simple hecho de haber justificación a una norma para que desempeñe una función restrictiva al derecho de alguien no otorga, simultáneamente, carácter de configuración o de “conformidad” (HÄBERLE, 2003, p. 168) a ese mismo derecho. En la perspectiva de promoción de libertad y porque presupuesta, de una forma ideal, una situación de intervención del Derecho para cohibir una libertad de actuar antijurídica, la norma que restringe la conducta – sea en la definición del tipo penal, sea en el establecimiento de una determinada prohibición u orden administrativo o civil – permanece siendo restrictiva, y no corresponde presuponer, por su establecimiento, un acto de configuración de derecho. Si la pretensión es efectivamente la de promover el libre desarrollo de la personalidad, como defendida por Häberle (2003, p. 98), no sería necesario exigir a los individuos que aguardasen la edición espontánea de la norma – aunque resultante de una fuente-hecho³ – para la efectiva delimitación del actuar en el espacio público. Habría contradicción y, por lo tanto, ausencia de racionalidad en la justificación del argumento.

Al sostener que la función del legislador es tanto la de limitación como la de conformación a derechos fundamentales, refiriéndose de forma específica no apenas a normas que establezcan competencias, sino, principalmente, a normas que garanticen derechos fundamentales, Häberle retoma el parámetro de la dualidad para, entonces, reconocer un doble contenido a la garantía de los derechos fundamentales y, precisamente, en la materia pertinente a la restricción y configuración de derechos. Aclara que, en la perspectiva de ejercicio de función por parte el legislador, hay tanto

un condicionamiento que implica la prohibición de lesionar un derecho fundamental, como una determinación dirigida a la conformación específica de cada derecho (HÄBERLE, 2003, p. 169). Corresponde conferir a la hipótesis de configuración un carácter aún más amplio que al de restricción, en la medida en la que la actividad de restricción se disuelve en la idea de existencia de un límite inmanente a la conformación de todo y cualquier derecho. Tal comprensión jurídica, por el propio examen del argumento puesto, conduce a la imposibilidad de sustentación de la relación de dualidad pretendida por el autor. Existe, para Häberle, siempre, configuración de derechos, estableciéndose límites por los propios parámetros ofrecidos por la conformación del actuar humano a un “ideal” destacado en el ámbito constitucional. En el ámbito ordinario, dados los límites superiores establecidos en la Constitución, la actividad legislativa pasa a obedecer a una discrecionalidad. Algo que, por lo tanto, no se exime de la crítica que, al final, trabaja Häberle, al contrario de lo sostenido por el propio autor, con una construcción de justificación eminentemente formalista en materia de restricciones a derechos fundamentales⁴.

De ‘conformación’ puede ya conceptualmente solo hablarse donde existe algo a conformar: es el ‘ideal’ que la Constitución ha elaborado de cada derecho fundamental. En lo restante, la Constitución se despojó de su propio rango, abrió al legislador el camino para la regulación normativa de tipo discrecional. (HÄBERLE, 2003, p. 169)

La explicación de Häberle acerca del problema de la conformación de derechos de forma amplia igualmente no aparta el riesgo apuntado a un voluntarismo en términos jurídicos. Ello se observa justamente por la dificultad de sustentación, por el autor, de la forma como debe ocurrir la intervención del legislador en términos de conformación de derechos por la identificación de determinados ideales sociales. Una construcción que mezcla realismo jurídico con el carácter de autoridad que es conferido al legislador desde las competencias establecidas en el ámbito público, evidenciando un riesgo voluntarista considerable a la actividad creativa conferida al intérprete jurídico⁵.

De ‘conformación’ se habla aquí con toda intención: la legislación da al derecho la forma concreta, se trata de una actividad jurídica creativa de alto rango. La intervención del legislador en el ámbito

de los derechos fundamentales es tanto más apremiante, y tanto mayor por consiguiente la necesidad de conformación y limitación de un derecho de libertad, cuanto más intensa sea la ‘relación social’ de la correspondiente libertad. Puesto que la libertad de creencias opera en el interior de la persona, la función de conformación y limitación del legislador pasa claramente a segundo término. Es, por ello, la libertad menos ‘social’. No obstante, tan pronto como una libertad entra en ‘contacto social’ – y este es el caso normal -, y la libertad iusfundamental precisamente trata en lo esencial de la coordinación de ámbitos vitales, será accesible al derecho y a la regulación del legislador ordinario. El legislador se ve entonces inducido tanto a la conformación como a la limitación de los derechos fundamentales. (HÄBERLE, 2003, p. 170)

Además, no hay desafío jurídico, en términos de progreso⁶ al enunciado dogmático, cuando se ve establecida, de forma rígida, una preponderancia a la dimensión de configuración de derechos con relación a la actividad restrictiva. Häberle, aún al tratar de la naturaleza y de la función de la legislación a los derechos fundamentales, llega a afirmar, como premisa y sin advertir de que se trate de un argumento meramente conceptual, que “el contenido de la Constitución no está en ningún caso amenazado por uno de tales procesos de concretización; al contrario, experimenta una reafirmación” (HÄBERLE, 2003, p. 173). Por lo tanto, si la pretensión es la de interpretar, hacia el futuro, en un sentido de promoción del desarrollo libre de la personalidad, solamente una concepción amplia de libertad – incompatible, por lo tanto, al establecimiento *a priori* de límites a los enunciados por la superioridad a una configuración ampliada, que rechaza una idea igualmente amplia de libertad en sentido negativo – permite alcanzar, potencialmente, el sentido de estabilización y de progreso simultáneos al enfrentamiento del tema de los derechos fundamentales.

Para la promoción de un sentido de libertad del individuo, no basta la sustitución del derecho general de libertad negativa por una concepción concreta de libertad. Debe exigirse, aun abstractamente, que la libertad negativa sea una condición necesaria, aunque no sea suficiente, al alcance de dignidad a la persona humana. O sea, debe presuponerse que libertad y dignidad caminen, paralelamente, en un mismo sentido de construcción de estructuras que garanticen los derechos fundamentales, y no como principios que puedan oponerse, como limitadores, uno al otro. La curiosa

bilateralidad de la situación se revela por el hecho de que no se puede hablar de libertad si no hay respeto a un principio de dignidad humana, en la medida en la que es éste el que asegura, en último análisis, la posibilidad de que se garanticen las libertades subjetivas y las diferencias individuales. De igual forma, no se habla en dignidad humana si no se organizan, en sociedad, las libertades individuales, por el establecimiento de un deber respeto mutuo entre los ciudadanos.

El principio de la libertad negativa formula sólo una de las condiciones para la garantía de la dignidad de la persona. A más del principio formal de la libertad negativa, al principio de la dignidad de la persona hay que vincularlo con principios materiales que se refieren a las condiciones concretas de las cuales depende el cumplimiento de la garantía de la dignidad de la persona. Entre los principios materiales se cuentan, entre otros, aquellos que valen para la protección del ámbito más interno y aquéllos que otorgan al individuo un derecho *prima facie* a la auto-presentación frente a sus congéneres. (ALEXY, 2001, p. 348)

De allí el rechazo, debidamente justificado en Alexy, a la adopción de una teoría interna de restricción a derechos fundamentales, como defendida por Häberle a la luz de la doctrina de Wolfgang Siebert⁷. Para Häberle, cuando leída la teoría interna de restricción a derechos en conexión al instituto del abuso del derecho, quedaría explicada la relación del concepto de límite con la idea de contenido de un derecho: “El objetivo de la teoría interna es ver en una unidad el contenido y los límites de un derecho” (HÄBERLE, 2003, p. 167). La idea de límite al ejercicio de un derecho, ya que íntimamente identificada con el contenido y con la esencia de ese derecho, apenas permite, en Häberle, reforzar la comprensión referida de que el desafío argumentativo a cada caso nuevo propuesto es prácticamente inviable en términos jurídicos. Una vez que el Derecho sigue apenas reafirmandose institucionalmente – como una finalidad propia del sistema – a cada estudio particular propuesto al análisis del intérprete, cualquier función de progreso efectivamente conectado a un ideal de libertad individual sigue comprometido cuando adoptada una teoría interna de restricciones a derechos. Y esto es así, siguiendo a Häberle, porque o hay un compromiso individual a lo que queda conformado legislativamente, o no hay derecho: “Cualquier delimitación de un derecho fundamental por el legislador es simultáneamente material, determinación puntual del contenido del derecho” (HÄBERLE, 2003, p. 167).

3. La concepción estrecha de configuración de Alexy:

En un sentido completamente distinto, sigue el empeño de Alexy a la adopción de una teoría externa de restricciones a derechos fundamentales. El autor, partiendo de una visión discursiva del sistema jurídico, orientada por una interpretación fundada en argumentos jurídicos y en bases racionales, con pretensión de corrección, sostiene que la tarea del intérprete – que es la tarea científica de la dogmática (ALEXY, 2001, p. 43) – asume tres compromisos centrales (ALEXY, 2012, p. 243): (i) el análisis lógico de conceptos jurídicos; (ii) a reconducción de este análisis a un sistema que opere por medio de enunciados, conectando fuentes jurídicas; (iii) la aplicación de los resultados de este análisis en la fundamentación de las decisiones jurídicas, tengan ellas una finalidad de alcance ideal y abstracto (universal) o inclusive real y concreto (particular). Eso no reduce, sin embargo, la tarea del intérprete a un trabajo puramente analítico.

Una dogmática del Derecho es una serie de enunciados que se refieren a las normas establecidas y a la aplicación del Derecho, pero no pueden identificarse con su descripción, están entre sí en una relación de coherencia mutua, se forman y discuten en el marco de una ciencia jurídica que funciona institucionalmente y tiene contenido normativo. (ALEXY, 2012, p. 246)

Existe, en la definición de Alexy, el compromiso asumido por el intérprete con relación a la argumentación jurídica, de forma que toda y cualquier interpretación en el Derecho tenga un alcance institucional y, simultáneamente, una preocupación por viabilizar la corrección de rumbos en la adopción de soluciones jurídicas que se presenten necesarias a la resolución de conflictos propuestos de forma particular. Algo que se desdobra en funciones propias de ejercicio de la interpretación por medio del análisis de las funciones de estabilización, progreso, descarga, técnica, control y heurística de la propia dogmática (ALEXY, 2012, p. 255).

En ese panorama, la comprensión es de que, en términos de derechos fundamentales, hay efectivamente una doble dimensión de análisis cuando se trata del tema de la restricción a derechos. Alexy identifica, en la posibilidad de permanente

corrección del sistema, un presupuesto de libertad máxima al individuo en su actuar público, que importa en proporcional libertad negativa en términos restrictivos. El control por parte del Derecho es, por lo tanto, externo, siempre que se identifique una situación de conflicto suficiente y necesario para promover esta intervención institucional. Esto explica la relevancia del problema de las restricciones al tema de los derechos fundamentales.

Obviamente, para dilucidar el alcance de la doble dimensión restrictiva a los derechos fundamentales por el Derecho – como configuración y restricción propiamente dicha –, parte el autor de algunos presupuestos específicos de análisis. En primer lugar, el presupuesto de que el concepto de restricción comprende dos particularidades bastantes distintas: el derecho y sus restricciones. Esto significa reconocer que hay dos momentos de identificación de un derecho. El momento del derecho en sí mismo, sin cualquier especie de restricción; y el momento en el que el derecho, por circunstancias especiales y justificadas, puede sufrir restricciones. Este, para Alexy, es el “derecho restringido” (ALEXY, 2012, p. 268). Por consecuencia, cuando efectuado el mismo examen restrictivo con relación a la norma jusfundamental, el presupuesto del que se parte es el de que no toda norma de derecho ordinario, que tenga por objeto una situación de interés de un derecho fundamental, importa en una restricción a derecho. Es posible que se trate de norma que simplemente tenga por finalidad la configuración de un derecho (ALEXY, 2001, p. 322).

Ejemplo claro de tal construcción normativa en el ordenamiento jurídico brasileño es el del enunciado del art. 21 del Código Civil, cuando, en su primera parte determina que “la vida privada de la persona natural es inviolable”. No hay cualquier indicación de restricción al derecho fundamental igualmente positivado en el art. 5º, inc. X, de la Constitución Federal brasileña, cuando cuida de la protección a la intimidad y a la vida privada de la persona natural. Por el contrario, lo que establece la norma infra-constitucional, es una configuración, en el ámbito de las relaciones entre privados – por lo tanto, facilitando, *a priori*, la interpretación para el caso, por la descarga de argumentación que ofrece – de la garantía de un derecho fundamental positivado en la Constitución. El artículo referido difiere, por consecuencia, del alcance normativo evidenciado en el enunciado del *caput* del art. 20 del Código Civil, cuya redacción ofrece una norma de restricción legislativa a la garantía constitucional del mismo art. 5º, inc. X, de la Constitución Federal, específicamente con relación a la

protección del honor y la imagen de las personas⁸. Una diferenciación relevante en términos de interpretación – exigiendo un comportamiento de justificación diverso al intérprete jurídico, en razón del grado de descarga previsto en la norma infraconstitucional –, que acaba por permitir la identificación clara de la distinción entre una norma construida con una finalidad impropia de configuración (art. 20 del CC) – o sea, que indebidamente acaba por explicitar una situación de limitación de libertades – y otra de correcto enfrentamiento normativo de restricción de derechos en el ámbito de la legislación ordinaria (art. 21 del CC).

Un segundo presupuesto se refiere al énfasis necesario para el alcance posible de un concepto de configuración de derechos. Apenas una concepción estrecha del concepto de conformación de derechos se presenta posible, para Alexy, si la intención es la de potencializar la libertad del individuo en sociedad para que desarrolle, efectivamente, su autonomía⁹. En contrapartida, debe concebirse un concepto amplio de restricción, posibilitándose el permanente desafío a lo que está instalado en el sistema jurídico.

Hay una proporcionalidad en tal construcción ofrecida. Cuando se está frente a un concepto estrecho de conformación y un concepto amplio de restricción de derechos, el equilibrio, en el ejercicio de argumentación, es alcanzado por la lógica del propio sistema jurídico y de las funciones exigidas a los enunciados dogmáticos – especialmente en relación a las funciones de *estabilización*, *progreso* y *descarga* de argumentos. O sea, aquello que se ve configurado como un derecho no necesita justificación, por ampararse en la descarga de argumentación propia del sistema jurídico. La restricción al derecho, de otra parte, exige argumentación necesaria y suficiente para el desafío a la garantía jufundamental, aunque sea para la edición de una norma por la vía ordinaria. Y esta es la distinción esencial a ser efectuada por la adopción de una teoría externa de restricción a derechos fundamentales.

Al mantenerse amplio el ámbito de lo requiere y es susceptible de justificación, mediante un concepto estrecho de configuración, no se asegura todavía, por cierto, que sólo habrán de llevarse a cabo restricciones permitidas, pero sí que ninguna restricción podrá liberarse de la fundamentación; ello es un presupuesto esencial para que sólo se normen restricciones permitidas. (ALEXY, 2001, p. 329)

Tales consideraciones acerca del ámbito de actuación de las configuraciones y restricciones a derechos permiten, además, que se identifique que toda solución extraída de una ponderación realizada delante de un conflicto de derechos fundamentales sea comprendida como el producto de una restricción en concreto, y no como la configuración de un derecho. De ello se extrae, en términos interpretativos y con coherencia suficiente a la pretensión de reconocimiento de una dimensión institucional al sistema jurídico, la concepción de que la regla establecida para el caso, como resultado de una ponderación efectuada de forma particular, no necesariamente configura un enunciado dogmático suficiente para que sea utilizada genéricamente como regla a toda y cualquier situación de conducta en términos análogos. La propia analogía, en caso de sea utilizada para establecimiento de un *par de comparación* en términos interpretativos, impone el ejercicio propio de ponderación¹⁰. Esto contesta, en parte, a la indagación acerca de papel y de la fuerza del enunciado jurisprudencial en la *civil law*, en la medida en que se exige una prueba más amplia de racionalidad – y, por lo tanto, no fundado en las peculiaridades de una única decisión jurídica en términos de interpretación – para la descarga de argumentos cuando desafiada la configuración específica de un derecho. Es lo que normalmente ocurre cuando existe un interés en conflicto y derechos fundamentales en concreto a ser ponderados.

No se desestima, además, la misma racionalidad, para la prueba de la universalidad, pues la restricción es propuesta legislativamente – por lo tanto, cuando está dirigida al legislador, y no al juez. El mismo compromiso de descarga de argumentos con relación al desafío de la protección de derechos generales de libertad e igualdad es exigido al intérprete, en caso de que, en la edición de ley infra-constitucional, quede evidenciada una justa restricción – y, por lo tanto, lícita – a derecho fundamental. En tal hipótesis – y como antes visto en la diferencia de redacción entre los enunciados normativos de los artículos 20 y 21 del Código Civil brasileño –, continúa reconociéndose una norma de carácter restrictivo, y no de conformación, de derechos.

El criterio de no obstaculización de la realización del principio iusfundamental implica que siempre que sea necesaria (caso de derecho fundamental actual) o meramente posible (caso de derecho fundamental potencial) una ponderación orientada por el principio de proporcionalidad, no debe suponerse una configuración, sino una restricción. (ALEXY, 2001, p. 328)

Hay todavía un tercer presupuesto, en Alexy, resultante de los anteriores y relativo a la distinción entre configuración y restricción, a ser tenido en cuenta: el hecho de que el carácter de razonabilidad inclusive de justicia acogido para la edición de una norma y para a tipificación de una conducta (por el establecimiento de una prohibición, de un hacer obligatorio o por el establecimiento de competencias que alcancen el ejercicio de posiciones jurídico-civiles) por argumentos jusfundamentales, no aleja la dimensión restrictiva de esta misma norma, cuando alcance un derecho general de libertad o de igualdad de la persona (ALEXY, 2001, p. 324). Aquí, el examen de análisis de la fundamentación en Alexy exige un detalle más amplio para evitar equívocos. Justamente porque afecta la situación central de la distinción de comprensión jurídica, para la adopción de una teoría externa o interna de restricciones a derechos fundamentales.

La preocupación de Alexy, en ese punto, es con el hecho determinante, en Häberle, para la adopción de una teoría interna de restricciones de derechos fundamentales: la constatación de que cualquier limitación de un derecho fundamental debe ser vista como parte de la determinación de su contenido. Según Häberle, “el legislador que limita los derechos fundamentales también los determina con ello en cuanto a su contenido y al revés” (HÄBERLE, 2003, p. 167). La fragilidad de tal construcción quedó antes apuntada por la crítica ofrecida por Alexy, en el sentido de que, para la adopción de una teoría interna, sería siempre necesario un condicionamiento del examen de cualquier restricción a la hipótesis de abuso de un derecho, puesto que presupuesto previamente un determinado contenido conformador de un derecho por parte el sistema jurídico. Tal situación, aparentemente, permite al intérprete aceptar, de forma más flexible, una relativización de la concepción material de un derecho cuando se trata de analizar un caso concreto – aunque el ejercicio de interpretación se torne bastante difícil, por la necesidad, en la misma medida, de la configuración previa del propio concepto de abuso de derecho. Pero se trata de una situación de construcción argumentativa extremadamente difícil cuando el problema es de un supuesto abuso por parte del legislador en la configuración del tipo normativo, al editar una norma restrictiva de un derecho fundamental en el ámbito infraconstitucional.

Debe distinguirse: una realidad es la de las normas de configuración de institutos de Derecho Civil – generando competencias específicas para el caso de

capacidad, casamiento, propiedad, establecimiento de sociedad –, en los que hay una confirmación de determinadas garantías constitucionales jusfundamentales. En esas hipótesis, es posible que se vean establecidas situaciones de conformación de derechos, para garantizarse, justamente, la titularidad de determinadas posiciones jurídicas. Otra circunstancia es la de las normas que, estableciendo prohibiciones o determinaciones de un hacer específico, generen restricciones al ejercicio de libertades. Aunque sean necesarias tales restricciones – para que exista una harmónica convivencia de los individuos en sociedad –, no se reconoce en la libertad residual – que es el producto de la ponderación del legislador – la configuración de un derecho. Éste es siempre presupuesto, siempre pre-existente, porque está fundado en una libertad de actuar en sociedad. Lo que se promueve por medio del establecimiento de restricciones también en el ámbito legislativo es una intervención del Derecho para la regulación de las conductas en el espacio público.

No por otro motivo, donde los adeptos de una teoría interna de restricciones observan una situación de conclusión al conocimiento del contenido jurídico de un derecho – lo que impide, *prima facie*, avanzar en la interpretación –, los defensores de una teoría externa de restricción a derechos fundamentales observan un comienzo de interpretación, aunque sin la certeza, *a priori*, de hacia dónde se llega¹¹.

4. El sistema de posiciones jurídicas como un sistema de posiciones jurídicas fundamentales:

Situación conexa, consecuentemente, al tema de las restricciones y configuraciones de derechos es la del análisis de las posiciones jurídicas fundamentales que pueden ser identificadas en el sistema jurídico cuando observados los derechos fundamentales como derechos subjetivos. O sea, cuando se conectan los derechos fundamentales positivados en el ordenamiento jurídico con sus titulares, desde un enfoque analítico¹², de forma tal que se identifiquen situaciones específicas de ejercicio de derecho o de sujeción a determinadas restricciones por encontrarse las personas – vinculados a tales derechos subjetivos – bajo determinada perspectiva de actuación en sociedad. La conexión parece resultar, por lógica, de la forma como los individuos se vinculan en el espacio público, asumiendo posiciones e intereses

diversos, en la medida en la que se conectan, por titularidad, al ejercicio de determinados derechos y, en tal medida, le otorgan determinado contenido. Así, tanto la cuestión de la dualidad dimensional de las restricciones a derechos subjetivos, como la cuestión relativa a las posiciones jurídicas fundamentales asumidas en frente al ejercicio de posiciones jurídicas, se ocupan de la misma cuestión de fondo: de que se trata un derecho subjetivo.

Alexy parte de un sistema tríade de posiciones jurídicas fundamentales cuando estudia, con base en una teoría analítica, a que se hace referencia cuando se habla de derecho subjetivo. Para tanto, ofrece una estructura triple de identificación de las comprensiones posibles a la concepción de derecho subjetivo, a partir de las relaciones jurídicas establecidas entre titulares de pretensiones de actuar en sociedad. Según Alexy, son tres las concepciones posibles a la comprensión de la estructura de los derechos subjetivos: (a) los derechos a algo; (b) las libertades; (c) las competencias.

Cuando se refiere a *derechos a algo* Alexy se preocupa con una relación entre titulares de derechos y deberes a partir la estructuración de una relación jurídica en la que hay, claramente, foco en el objeto del derecho en cuestión – en tal caso, para reconocer que el objeto de un derecho a algo “es siempre una acción del destinatario” (ALEXY, 2001, p. 187). De forma directa, al tratar los *derechos a algo*, Alexy los asocia a la estructura ofrecida por W. N. Hohfeld (2009) en la definición de opuestos y correlativos jurídicos de posiciones jurídicas entre deberes y derechos, aunque acentúe determinadas diferencias específicas (ALEXY, 2001, p. 202). En la estructura de la idea de *derechos a algo*, reconoce Alexy una posición jurídica fuerte con relación a la realización del objeto pretendido, independientemente de tratarse de una relación entre privados o de una relación entre el particular y el Estado, en lo que podría ser identificado, en relación al titular del derecho, como un “derecho de defensa” – cuando se trate de un derecho a una acción negativa de alguien o del Estado, capaz de abarcar (i) el derecho de no impedir acciones individuales; (ii) el derecho a lo no afectación de propiedades y situaciones de garantías individuales; (iii) el derecho a la no eliminación de posiciones jurídicas – o como un “derecho a una pretensión” – en la realización de derechos a acciones positivas, tanto con relación a prestaciones fácticas, como con relación a prestaciones normativas.

Otra concepción de derecho subjetivo, para Alexy, se relaciona con una prerrogativa de *libertad*. En la estructura analítica referida, hay una relación

igualmente trial entre el titular de una libertad – o de la negativa de ésta –, un impedimento a esta libertad y un objeto de libertad. En tal hipótesis, defiende Alexy que el objeto de una libertad – porque tratada como una concepción aplicada de libertad al sistema jurídico – es siempre una “alternativa de acción” (ALEXY, 2001, p. 214), porque se presupone la posibilidad amplia de una libertad negativa.

El objeto de una *libertad*, por lo tanto, al contrario de un *derecho a algo*, traduce a su titular una posición jurídica frágil o relativa al establecimiento de una conformación de ese derecho, desde luego, por el ordenamiento jurídico, justamente porque permite apenas una determinación no definitiva con relación al ejercicio de la libertad presupuesta. Lo que se quiere confirmar con tal afirmación, no es la circunstancia de ausencia de libertad, y sí la consideración de que, siendo esta presupuesta, la libertad jurídica es siempre correspondiente – justamente para potenciar iguales prerrogativas de libertad en sociedad – a un deber opuesto de cumplimiento y este privilegio, asegurado, en la relación jurídica, por una concepción amplia de libertad negativa.

En Hohfeld, esta relación jurídica es explicada a partir de un modelo de opuestos jurídicos, en que en la misma proporción que se establece una relación entre libertad y deber se asocia una proporcionalidad entre derecho subjetivo y no derecho. Corresponde, por lo tanto, a la inversión propuesta por Hohfeld en cuanto a los correlativos jurídicos, en que a una libertad – traducida por Hohfeld como un *privilegio* (HOHFELD, 2009, p. 53) – se correlaciona un no derecho y a un derecho subjetivo se correlaciona un deber (HOHFELD, 2009, p. 49).

Un privilegio es el opuesto de un deber, y el correlativo de un no-derecho. En ejemplo último, mientras que X tiene un derecho o pretensión a que Y no entre en el inmueble del primero, X tiene el privilegio de entrar en el inmueble; o, con otras palabras, X no tiene el deber de permanecer fuera del mismo. El privilegio de entrar en el inmueble es la negación del deber de permanecer fuera de él (HOHFELD, 2009, p. 53).

No se puede dejar de identificar que entre los modelos de opuestos y los modelos de *correlativos jurídicos*, como presentados en Hohfeld, existe una misma determinación de razones distintivas para la interpretación con relación a las ofrecidas por Alexy en la diferenciación entre principios y reglas. Cuando se parte de un

modelo de *opuestos jurídicos* – como entre derecho y no derecho, libertad y deber (HOHFELD, 2009, p. 49) –, porque propuesto el conflicto en virtud del test de relaciones jusfundamentales, hay una determinación apenas *a priori* del derecho en discusión, permitiendo, tal como en la relación normativa al nivel de los principios, que, muy poco pueda decirse sobre la conformación del derecho. Es diferente de la asociación que pueda hacerse desde modelos de *correlativos jurídicos* – como entre derecho y deber, libertad y no derecho. En éstos, la determinación parte de una razón definitiva *prima facie*, como al nivel de las reglas, justamente porque presupone descarga de argumentos distintos con relación a la posición jurídica de donde se parte – por correlación de derechos y deberes, de libertades y no derechos. Se presupone, desde el punto de vista formal, que esta correlación de posiciones jurídicas corresponde a una universalidad ideal de conductas. Lo que no evita, por lo tanto, en el desafío concreto de la situación de igualdad o libertad presupuesta al modelo que, evidenciado el conflicto, se pase a comprender una posición jurídica por la perspectiva de un modelo de *opuestos jurídicos*, conduciendo la interpretación hacia una determinación no más definitiva con relación a la conformación de un derecho.

Pero hay todavía una tercera concepción posible al reconocimiento de un derecho subjetivo, según Alexy, que corresponde a las *competencias*. O sea, a la porción de concepción de un derecho desde la idea de ejercicio de un poder o, más específicamente, de un poder jurídico. La aproximación aquí ofrecida es con la posibilidad de modificarse una situación jurídica del individuo por la práctica de determinadas acciones que conduzcan a una posición jurídica reconocida institucionalmente. Lo que se reconoce es la prerrogativa de que, desde un conjunto de actos, se alcance a la persona, por medio de un previo establecimiento institucional – fáctico o normativo –, una condición de titularidad de un derecho que, en principio, no posee por naturaleza. Es el típico caso relacionado al establecimiento de derechos/poderes por la conformación de institutos y competencias de Derecho Civil, como en la hipótesis de situaciones de propiedad, de casamiento, de sucesiones.

Hohfeld igualmente trató el tema de las competencias como relacionado a la idea de derecho, pero buscó, en la misma proporción identificada para las concepciones de *derechos a algo* y de *libertades* posteriormente definidas por Alexy, establecer parámetros de correlación o de oposición entre posiciones jurídicas resultantes de una competencia o de una ausencia de una competencia (una no competencia) y de una inmunidad (no sujeción) o sujeción. No se limitó, por lo tanto,

al sistema de posiciones jurídicas fundamentales de Alexy, sino que amplió el cuadro de variables disponibles para posibilitar, lógicamente, la identificación de un sistema que guardase simetría y proporcionalidad para la explicación del fenómeno jurídico. O sea, por la perspectiva de posiciones jurídicas *correlacionadas*, competencia y sujeción guardan la misma relación que derecho subjetivo y deber, así como la ausencia de competencia genera una situación de inmunidad genérica a la observancia de titularidad de una determinada posición jurídica institucional por tercero, tal como se identifica entre el ejercicio de una libertad y la observancia contraria de un no derecho; ya por la perspectiva de posiciones jurídicas *opuestas*, una competencia y una ausencia de competencia guardan la misma relación que la idea de un derecho a un no derecho. Lo mismo se observa entre la inmunidad genérica a la observancia de titularidad de una determinada posición jurídica institucional por parte de un tercero y una sujeción a la titularidad de tercero con relación a la situación opuesta de ejercicio de una libertad y el deber contrapuesto (la libertad negativa).

Al establecer un cuadro de visualización de concepciones semejantes a derechos y deberes desde el ejercicio de posiciones jurídicas en el actuar público, Hohfeld parece haber ofrecido un esquema analítico bastante amplio, que permite una explicación lógica de la dinámica de manifestación del fenómeno jurídico para cualquier relación del Derecho. Y esto así porque parte, para la observación de una concepción del derecho – aquí tomado de forma amplia –, tanto de una idea de derecho a algo, como de las ideas de libertad, de competencia (poder) o de inmunidad (no sujeción). El sistema de análisis del concepto de derecho no desde una dimensión conformadora – como parece reducirse la apreciación de Häberle, inicialmente afrontada –, sino abierta a la observancia de diferentes posiciones jurídicas ejercidas por los sujetos en el sistema jurídico, permite, por la simetría ofrecida, una prueba permanente de la coherencia del sistema jurídico para fines de interpretación.

5. Oposición y correlación de derechos y la aproximación de una interpretación por la restricción y configuración de derechos:

Si se considera correcta la prueba analítica propuesta por Hohfeld al sistema jurídico en términos de interpretación, permitiendo que se pueda sustituir, conforme el objeto del actuar (la *oposición* o la *correlación* de derechos), las variables de

condicionamiento a la manifestación de posiciones jurídicas ejercidas por los sujetos de derecho en el actuar público, la idea es que se pueda igualmente confirmar, por el esquema, si existe racionalidad en la construcción de una interpretación que sostenga que la concepción de derecho deba, necesariamente, partir de una restricción externa o de una restricción interna a derechos fundamentales. En parte, Alexy (2001, p. 233) propuso un test similar, al analizar, a partir la concepción de derecho como una competencia en carácter estricto – y no como un comportamiento resultante del establecimiento de una competencia – la distinción entre las dimensiones de ilicitud y de validez de un acto jurídico.

El incumplimiento de una norma de competencia no conduce a la ilicitud sino a la nulidad o a la deficiencia del acto. Cuando un comportamiento que es el incumplimiento de una norma de competencia es, sin embargo, calificado de ilícito, se presupone a más de la norma de competencia, una norma de comportamiento que ordena el ejercicio correcto de la competencia (ALEXY, 2001, p. 233).

Aplicado el ejemplo al esquema de Hohfeld, la situación es claramente identificada si se propone el análisis de una invalidez a partir de una situación de opuestos jurídicos, justamente, porque comprometida, abstractamente, una situación de oposición entre la previsión institucional de una competencia y la ausencia, en concreto, de esta competencia. Si la situación, de forma diversa, es la de ejercicio de posiciones jurídicas correlativas – entre el ejercicio de una competencia y su correlativa posición jurídica de sujeción -, entonces el resultado de este conflicto se resuelve, no por el análisis de una situación de invalidez, sino por el establecimiento de una relación de ilegalidad.

La comparación que ahora se propone está dirigida al tema inaugural de este estudio en el campo de la interpretación a las restricciones y configuraciones de derechos subjetivos. O sea, probar, a partir de un sistema analítico de posiciones jurídicas fundamentales, en qué medida se justifica, racionalmente, la aplicación de las teorías interna o externa a la restricción a derechos. Tratándose de una relación bidimensional, como inicialmente sostenida por Häberle y Alexy – de distinción de dimensiones de restricción y de configuración a derechos – la hipótesis sería la de probar en qué medida las relaciones de oposición y correlación de posiciones

jurídicas, correspondientes a derechos y deberes, pueden ser sustituidas por situaciones de restricción y de correlación de posiciones jurídicas.

Una pista inicial es ofrecida por Alexy cuando aclara sobre los bártulos que pueden sufrir restricciones: “Restringibles son bienes iusfundamentalmente protegidos (libertades/situaciones/posiciones de derecho ordinario) y posiciones prima facie concedidas por principios iusfundamentales” (ALEXY, 2001, p. 272). Por lo tanto, cuando no exista relación directa con una proposición jusfundamental, no se habla de restricciones a derechos: “Las normas que no tienen nada que ver con un derecho fundamental no son con respecto a este derecho fundamental normas restrictivas y tampoco normas configuradoras” (ALEXY, 2001, p. 322). Pero siempre que exista un contenido jurídico relacionado a derechos fundamentales, es posible hablar de restricción a derechos. Lo que, sin embargo, no corresponde a afirmar es que siempre que se trate de una interpretación acerca de un derecho fundamental autorizada ocurrirá la identificación de una situación restrictiva de un derecho: “Una norma no restrictiva en el ámbito de un derecho fundamental es una norma que tiene algo que ver con aquello que abarca el derecho fundamental. Siguiendo una terminología difundida, puede decirse que esta norma lo configura” (ALEXY, 2001, p. 322).

Frente a una situación de restricción, no obstante, Alexy, como antes visto, no reconoce al derecho restringido una situación de configuración. Esto se da, justamente, porque se ofrece una concepción de restricción *en oposición* a la de configuración de derechos, en la que se presupone una situación de libertad para los titulares de derechos y deberes (o de libertad y no derechos) que se encuentren en posiciones jurídicas de sentido contrario. El ejemplo aplicado por Alexy es con relación a los modelos de normas de mandatos y de prohibiciones (ALEXY, 2001, p. 325) en la que se visualiza la hipótesis en la relación del sujeto de derecho con el Estado. Pero lo mismo se aplica con relación a los conflictos de libertades de particulares.

Con relación a normas de establecimiento de competencias – como en el caso de los institutos jurídicos de Derecho Civil –, igualmente, el reconocimiento es de que se pueda comprender que, cuando sostenida una situación de oposición a una garantía jusfundamental, no se descartaría la posibilidad de comprensión de un carácter restrictivo de esa norma. El ejemplo de Alexy es clarificador: “Un legislador que derogara las normas del matrimonio civil violaría no sólo una garantía objetiva de la institución jurídica del matrimonio sino que también lesionaría el derecho subjetivo

del individuo a contraer un matrimonio jurídicamente válido y poder practicarlo conforme al derecho” (ALEXY, 2001, 325).

Es posible que se reconozca, por lo tanto, que entre posiciones jurídicas fundamentales y restricciones a derechos subjetivos existan conexiones bastante más angostas para fines de interpretación de los conflictos propuestos en la vida de relación. Según Alexy, al menos en términos jusfundamentales, la respuesta más simple está en el hecho de que “un derecho fundamental como un todo es un haz de posiciones iusfundamentales” (ALEXY, 2001, p. 241). Adaptándose el mismo ejercicio interpretativo para toda y cualquier relación jurídica – incluyéndose, principalmente, las relaciones de Derecho Civil de forma general y, en casos difíciles, los reflejos de concepciones jusfundamentales en el ámbito de las relaciones civiles entre privados –, es posible que se extraiga la comprensión de que *un derecho subjetivo, visto de forma amplia, es un haz de posiciones jurídicas fundamentales*. En tal medida, es la identificación de una determinada posición jurídica, en perspectiva de correlación o de oposición a una situación de ventaja (un derecho, una libertad, una competencia o una inmunidad) o desventaja jurídica (un deber, un no derecho, una no competencia o una sujeción), siguiendo el modelo de Hohfeld, que permitirá identificarse, frente a la condición concreta propuesta, hipótesis de análisis restrictivo o de conformación de un derecho subjetivo.

En las relaciones civiles, cuando se trate de una discusión jurídica que demande examen sobre posiciones fundadas en opuestos jurídicos – consecuentemente, exigiendo la aplicación de principios –, la hipótesis de interpretación corresponderá, *prima facie*, a una situación de restricción a derecho subjetivo; tratándose de un examen de posiciones jurídicas basado en correlativos jurídicos – y siempre y cuando que no exista una discusión preliminar entre libertades –, corresponderá, *a priori*, a una situación de configuración a un determinado derecho subjetivo. Lo que exigirá, en el primer caso, una interpretación orientada, enseguida, a la aplicación de una teoría externa de restricciones a derechos, ya que se orienta a la resolución de un conflicto identificado en concreto; y, en la segunda hipótesis, a la aplicación, *a priori*, de una teoría interna de restricciones a derechos, puesto que la interpretación está orientada por un acuerdo previo con relación a la conformación de determinado derecho. Esto, sin embargo, no exime al intérprete, en la segunda hipótesis, de un análisis de la universalidad presupuesta. En ambos casos, se privilegia, *prima facie*, la autonomía de participación de los individuos en el actuar

público, sea porque reconocida la circunstancia de libertad presupuesta – en el primer caso –, sea porque identificada la promoción de una autonomía, fundada en el acuerdo entre los envueltos, en la hipótesis de correlación de derechos. Pero esto no aparta, específicamente en el segundo caso, la exigencia de una prueba de la universalidad de la conducta – rechazando un pensamiento de tipo utilitarista – siempre que el centro de la discusión reconduzca a un problema de derecho fundamental. Consecuentemente, a una situación de enfrentamiento de una libertad. Tal circunstancia, necesariamente, desplazará el foco de la interpretación hacia una situación de opuestos jurídicos – en la medida en la que se exige una condición de ponderación entre libertades –, observadas posiciones jurídicas capaces de contraponer un derecho a un no derecho, una libertad a un deber.

6. Conclusiones:

El presente estudio se ocupa de uno de los temas centrales, en el ámbito del Derecho Civil, relativo al análisis del contenido de derechos subjetivos y a la configuración y restricción de derechos subjetivos. Parte de la constatación de que el Derecho Civil, por integrar el sistema jurídico, sufre los efectos de las normas jusfundamentales de forma genérica. La materia interesa en la medida en que permite el enfrentamiento del problema de las limitaciones y de la ponderación de derechos subjetivos, tanto en una dimensión institucional, como en una relación específica y particular de determinada situación concreta de conflicto de intereses. O sea, por el análisis relativo, en la interpretación, a la aplicación de una teoría interna o externa de restricción a derechos fundamentales.

Por argumentos distintos, Häberle (2003) defiende la teoría de que los derechos fundamentales comparten de un doble carácter en su estructura: tanto presentan una dimensión institucional-objetiva, como una dimensión jurídico-individual, otorgando sus titulares derechos públicos subjetivos. Se trata de dimensiones complementarias que se ven integradas en una simultaneidad de actuación en términos interpretativos. La lógica de Häberle es que toda y cualquier restricción a derechos fundamentales esté necesariamente relacionada a una concepción amplia de configuración de estos mismos derechos. Eso explica la indicación de aplicación de una teoría interna a la restricción de derechos fundamentales. Por su parte, Alexy adopta una teoría externa de restricciones a

derechos fundamentales, partiendo de una visión discursiva del sistema jurídico, orientada por una interpretación fundada en argumentos jurídicos y en bases racionales, con pretensión de corrección. Como presupuesto a la interpretación, se encuentra la comprensión de que el concepto de restricción tiene dos particularidades distintas: el derecho y sus restricciones. Luego, apenas una concepción estrecha del concepto de conformación de derechos se presenta posible al intérprete si la intención es la de potenciar la libertad del individuo en sociedad de forma a desarrollar, efectivamente, su autonomía. Como explica Alexy, el hecho de existir un carácter de justicia para la edición de una norma y para la tipificación de una conducta por argumentos jusfundamentales no aleja la dimensión restrictiva de esta misma norma, cuando alcance un derecho general de libertad o de igualdad de la persona.

Situación conexas al tema de las restricciones y configuraciones de derechos, es el análisis de las posiciones jurídicas fundamentales que pueden ser identificadas en el sistema jurídico, cuando observados los derechos fundamentales como derechos subjetivos. La conexión resulta, lógicamente, de la forma como los individuos se vinculan en el espacio público, asumiendo posiciones e intereses diversos en el ejercicio de derechos y deberes, libertades y no derechos. La comparación que se propone, consecuentemente, es el de probar el sistema analítico de posiciones jurídicas fundamentales, como en el modelo de Hohfeld, buscando justificar, racionalmente, la aplicación de las teorías interna o externa de restricción a derechos subjetivos. Es lo que se propone como la comprensión de que *un derecho subjetivo, visto de forma amplia, es un haz de posiciones jurídicas fundamentales.*

En ese sentido, es la identificación de una determinada posición jurídica, en perspectiva de correlación o de oposición a una situación de ventaja (un derecho, una libertad, una competencia o una inmunidad) o desventaja jurídica (un deber, un no derecho, una no competencia o una sujeción), algo que permitirá identificar, frente a la condición concreta propuesta, hipótesis de análisis restrictivo – por la adopción de una teoría externa – o conformativa – por la adopción de una teoría interna – de un derecho subjetivo. No apartará, específicamente en el segundo caso, la exigencia de prueba de la universalidad de la conducta – rechazando un pensamiento de tipo utilitarista – siempre que el centro de la discusión reconduzca a un problema de derecho fundamental. Tal circunstancia desplazará el foco de la interpretación para una situación de opuestos jurídicos – en la medida en la que se exige una condición de

ponderación entre libertades –, observadas posiciones jurídicas capaces de contraponer un derecho a un no derecho, una libertad a un deber.

7. Notas:

¹ Según Häberle, “el voluntarismo reduce el Derecho a las relaciones entre voluntades” (HÄBERLE, 2003, p. 88).

² En la crítica al positivismo jurídico, sostiene Häberle: “El positivismo y el formalismo ignoran la relación con la realidad del derecho y los derechos fundamentales. Su validez fáctica – y ésta es esencialmente un fenómeno institucional – no tiene ningún tipo de relevancia para este pensamiento” (HÄBERLE, 2003, p. 92).

³ El concepto de fuente-hecho se traduce en la idea de costumbre, que es el hecho de la vida de relación captado por el Derecho a la que se atribuye relevancia jurídica. Se trata de una norma constitutiva, modificativa o extintiva de un derecho establecida desde la existencia de cierto estado de cosas con capacidad para producir determinado resultado institucional. La costumbre nace de un hábito de conducta que, repetido en sociedad, genera la crítica social cuando desatendida. Para volverse norma jurídica, se agrega a la crítica social un juicio de relevancia jurídica, pautado por una idea de corrección y de coherencia a los demás enunciados dogmáticos del sistema jurídico. La caracterización de una regla social como costumbre jurídica es suficientemente presentada por Josep Aguiló Regla en los siguientes términos: “Lo que se trata de mostrar es que si no se tomase en cuenta la regla social en cuestión se frustraría un valor o un bien reconocido por el propio orden jurídico” (REGLA, 2012, p. 125). Se aproxima, de cierta forma, a la distinción ofrecida por Alexy de las posiciones jurídicas consecuentes de competencias generadas a partir de normas de comportamiento: “Las normas de comportamiento no crean alternativas de acción que sin ellas serían imposibles sino que tan sólo califican acciones al estatuir obligaciones, derechos a algo y libertades” (ALEXY, 2001, p. 232).

⁴ La crítica no consigue ser apartada ni siquiera cuando Häberle explica que, conceptualmente, no hay que hablarse de discrecionalidad cuando la actividad del legislador está pautada por una doble dimensión de garantía a los derechos fundamentales: “Conceptualmente también le es retirada al legislador la discrecionalidad, dado que se habla de la función de limitación y de conformación. La cuestión sobre la función del legislador es, así pues, al mismo tiempo la cuestión sobre los límites (internos) de su actividad” (HÄBERLE, 2003, p. 169). Tratándose del efectivo ejercicio de competencias por parte del legislador, no se puede justificar la discrecionalidad con bases eminentemente conceptuales, como referido por el autor.

⁵ La interpretación es la misma exigida con relación al examen del caso concreto, como apunta Häberle, recurriendo a un argumento por analogía: “La limitación y la conformación legislativas de los derechos fundamentales es análoga al descubrimiento creativo del Derecho por el juez. En uno y otro caso se desarrollan el sentido y alcance de las normas por medio del encuentro con las circunstancias de la vida” (HÄBERLE, 2003, p. 173).

⁶ La idea de progreso aquí analizada, de hecho, guarda afinidad con la actividad de estabilización, resultante de la admisión de la universalidad como idea reguladora, por apuntar al progreso de la especie, no al progreso individual. Sin embargo, debe haber en la función de progreso también un dato abstracto de corrección a lo estable, en la misma medida en la que se predispone en la normatividad – aún en abstracto – una corrección de rumbos desde el discurso real propuesto en concreto. Eso ocurre no porque el progreso, en esta hipótesis, dependa, de forma casuística, de un determinado hecho concreto para imponerse como idea reguladora – si ésta ya está presupuesta. Ocurre, eso sí, porque el enunciado dogmático se abre tanto a la tarea de fundamentación realizada en la actividad legislativa, como a los valores en permanente cambio en la sociedad. Es lo que sostiene Alexy al afirmar que “la ampliación de la discusión jurídica en la dimensión temporal, objetual y personal, hace posible ofrecer comprobaciones y diferenciar los enunciados dogmáticos en una medida considerablemente mayor de lo que sería posible en discusiones que se desarrollan en forma puntual. Con ello se hace posible algo así como un progreso de la dogmática” (ALEXY, 2012, p. 257).

⁷ En el análisis de la conformación de derechos subjetivos, con reflejos específicos en el ámbito del Derecho Civil, Siebert defiende la adopción de una teoría interna de restricciones a derechos fundamentales entre los años de 1934 y 1935, contribuyendo, en la misma oportunidad, como profesor en la Alemania nazi e identificado con la Escuela de Kiel, juntamente con Karl Larenz, Franz Wieacker, Ernst Rudolf Huber, Georg Dahm y Frederich Schaffstein (BLANC, Carlos Aguiar. La fundamentación teórica del Terror de Estado en la filosofía jurídica nacionalsocialista de Karl Larenz. In: AFD (Anuario de Filosofía Del Derecho), año XXX. Madrid: CPAGR, 2014, p. 119-137).

⁸ Redacción del *caput* art. 20 del Código Civil brasileño: “Salvo que autorizadas, o si necesarias a la administración de la justicia o al mantenimiento del orden público, la divulgación de escritos, la transmisión de la palabra, o la publicación, la exposición o la utilización de la imagen de una persona podrán ser prohibidas, a su petición y sin perjuicio de la indemnización que corresponda, si le afectan el honor, la buena fama o la respetabilidad, o si se destinan a fines comerciales.”

⁹ Cuando se habla de autonomía, se está, en verdad, discutiendo una cuestión más amplia que la presupuesta en un derecho general de libertad por el individuo. Habermas es quien establece una distinción bastante clara: los conceptos se diferencian por el ámbito de su extensión. Mientras la libertad es siempre subjetiva, porque fundada en las peculiaridades del individuo – sus “máximas de prudencia, por las preferencias o motivos racionales” (Habermas, 2004) –, la autonomía es un concepto que presupone una estructura de intersubjetividad, determinado por máximas aprobadas por la prueba de la universalización. Según Habermas, “en cuanto a la libertad subjetiva, no es difícil imaginar que algunas personas puedan gozar de la libertad y otras no, o que algunas personas puedan

ser más libres que otras. La autonomía, por el contrario, no es un concepto distributivo y no puede ser alcanzado individualmente. En tal sentido enfático, una persona solo puede ser libre si todas las demás lo son igualmente. La idea que quiero subrayar es la siguiente: con su noción de autonomía, Kant ya introduce un concepto que solo puede explicarse plenamente dentro de una estructura intersubjetivista” (Habermas, 2004, p. 13).

¹⁰ En la referencia de Alexy, la analogía no debe ser despreciada como forma de argumento, sin embargo, como se basa en principios de universalidad y de igualdad, exige que sea enfrentada todo la dificultad típica de aplicación de un principio de igualdad: “El establecimiento de la semejanza jurídicamente relevante no puede surgir únicamente de semejante análisis, (...) presupone valoración. Para la fundamentación de esta valoración son admisibles todos los argumentos posibles en el discurso jurídico” (ALEXY, 2012, p. 269).

¹¹ En ello se traduce la función *heurística* del enunciado dogmático: Los enunciados dogmáticos, por el texto que presentan, ofrecen, para fines de argumentación, un punto de partida, pero no necesariamente de certeza en cuanto al resultado a ser alcanzado desde la situación concreta de análisis propuesto. Por la función heurística, propia de los enunciados jurídicos, se permite la apertura del sistema, por la interpretación, a un nuevo consenso, capaz de poner a prueba las libertades individuales. Tal pretensión de corrección, por lo demás, implica el reconocimiento simultáneo de una pretensión de justificación, que eleva la decisión adoptada y aproxima los conceptos de derecho y moral: “El hecho de que una decisión judicial no esté justificada del todo, o que esté justificada de acuerdo con estándares irracionales, o mal justificada, no la priva de su carácter de decisión judicial. En lo a que esto respecta, la pretensión de justificabilidad no tiene un carácter definitorio sino calificativo. Sin embargo, la pretensión de justificabilidad crea la posibilidad de presentar mejores contraargumentos que pueden cambiar la práctica de la justificación para el futuro” (ALEXY, 1998, p. 131).

¹² En el análisis de los derechos fundamentales como derechos subjetivos, Alexy sostiene la posibilidad de establecimiento de un modelo de tres niveles de conceptualización de derechos subjetivos. Los derechos pueden ser vistos, en un *enfoque normativo*, como correspondientes a las razones ofrecidas para saber el porqué de alguien ser titular de un derecho y que derecho es este – algo que aproxima la interpretación de los derechos subjetivos a una visión más positivista del Derecho; en una *perspectiva empírica*, por el abordaje de análisis de los derechos subjetivos en relación a argumentos históricos y teleológicos – por lo tanto, con aproximaciones a una visión más funcionalista y sociológica del Derecho; y, por fin, en un enfoque *analítico*, en el que se adopta como elementos constitutivos del concepto de derecho tanto el fin práctico alcanzado por determinado derecho subjetivo – “es decir, la utilidad, ventaja, ganancia, que ha de ser proporcionada por el derecho” (ALEXY, 2001, p. 179) –, como la protección ofrecida por este derecho en el sistema jurídico. La aproximación, en tal caso, es a una doctrina de carácter discursivo.

8. Referencias bibliográficas:

ALEXY, Robert. Sobre las relaciones necesarias entre el derecho y la moral. In: VÁSQUEZ, Rodolfo. **Derecho y moral. Ensayos sobre un debate contemporáneo**. Barcelona: Gedisa, 1998.

_____. **Teoría de la argumentación jurídica**. Madrid: CEPC, 2012.

_____. **Teoría de los derechos fundamentales**. Madrid: CEPC, 2001.

BLANC, Carlos Aguiar. La fundamentación teórica del Terror de Estado en la filosofía jurídica nacionalsocialista de Karl Larenz. In: **AFD (Anuario de Filosofía del Derecho)**, ano XXX. Madrid: CPAGR, 2014.

HÄBERLE, Peter. **La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales**. Madrid: Dykinson, 2003.

HABERMAS, Jürgen. **O futuro da natureza humana**. São Paulo: Martins Fontes, 2004.

HOHFELD, W. N. **Conceptos jurídicos fundamentales**. México: Fontamara, 2009.

REGLA, Josep Aguiló. **Teoría general de las fuentes del derecho (y el orden jurídico)**. Barcelona: Ariel, 2012.
