

La inalienabilidad de los derechos como incompetencia del titular

The inalienability of rights as holder's disability

Por NOELIA MARTÍNEZ DOALLO
Universidade da Coruña

RESUMEN

Concebir los derechos como una protección no-paternalista de los intereses de sus titulares supone aceptar que su aspecto más relevante consiste en la provisión de una competencia para renunciar o consentir su inobservancia por terceros, lo cual no tiene por qué coincidir con la mejor estimación de sus intereses, aun cuando estos últimos juegan un papel importante en la justificación de las posiciones jurídicas implicadas.

A partir de la tesis de la correlatividad, los conceptos jurídicos fundamentales de W. N. Hohfeld y una tesis de la combinación que armoniza los elementos de la voluntad e interés en la explicación de los derechos, en el presente artículo se tratará de mostrar por qué afirmar el carácter inalienable de los derechos contradice la función que estos desempeñan en los ordenamientos jurídicos modernos.

Palabras clave: Correlatividad. Derecho subjetivo. Hohfeld. Inalienabilidad. Incompetencia.

ABSTRACT

The understanding of rights as non-paternalistic protections of its holder's concerns entails that the most important aspect of them is the provision of a power either to waive or to consent their encroachment by others, which does

not necessarily coincide with the best appraisal of his/her interests, even when they play an important role in the justification of the subjective legal positions.

From the correlativity thesis, the fundamental legal conceptions devised by W. N. Hohfeld and a combination thesis that merges the elements of will and interest in the explanation of rights, I will try to show why to stand up for the inalienable character of rights contradicts the function they perform in modern legal systems.

Keywords: *Correlativity. Disability. Hohfeld. Inalienability. Subjective right.*

SUMARIO: 1. EL CONCEPTO DE DERECHO SUBJETIVO Y SU INTERPRETACIÓN. 1.1 *La interpretación de los conceptos jurídicos fundamentales de W. N. Hohfeld.* 1.2 *La estructura conceptual de los derechos subjetivos.* – 2. EL PRESUNTO CARÁCTER INALIENABLE DE LOS DERECHOS. 2.1 *La inalienabilidad de los derechos en sentido estricto.* 2.2 *Formas de alienación de los derechos.* – 3. LA INALIENABILIDAD DE LOS DERECHOS COMO INCOMPETENCIA DEL TITULAR. 3.1 *Alcance conceptual de la alienación de los derechos.* 3.2 *Una defensa de la alienabilidad prima facie de los derechos.*

SUMMARY: 1. THE CONCEPT OF SUBJECTIVE RIGHT AND ITS INTERPRETATION. 1.1 *The Interpretation of the Hohfeldian Fundamental Legal Conceptions.* 1.2 *The Conceptual Structure of Subjective Rights.* – 2. THE SUPPOSED INALIENABLE CHARACTER OF RIGHTS. 2.1 *The Inalienability of Rights in a Strict Sense.* 2.2 *Ways of Rights' Alienation.* – 3. INALIENABILITY OF RIGHTS AS HOLDER'S DISABILITY. 3.1 *Conceptual Scope of Rights' Alienation.* 3.2 *A Defense of Prima Facie Alienability of Rights.*

1. EL CONCEPTO DE DERECHO SUBJETIVO Y SU INTERPRETACIÓN

1.1 **La interpretación de los conceptos jurídicos fundamentales de W. N. Hohfeld**

En su artículo de 1913 Wesley Newcomb Hohfeld clasificó todas las relaciones jurídicas subjetivas posibles en las dos tablas de «opuestos» (*opposites*) y «correlativos» (*correlatives*) que a continuación se reproducen¹:

¹ HOHFELD, W. N., *Conceptos Jurídicos Fundamentales*, traducción de Genaro R. Carrió, Fontamara, México [1913], 1997, p. 47.

Tabla. Pares conceptuales de opuestos y correlativos hohfeldianos

<i>Jural opposites</i> – Opuestos jurídicos	<i>Right (claim)</i> – Derecho (pretensión)	<i>Privilege</i> – Privilegio libertad	<i>Power</i> – Poder competencia potestad	<i>Immunity</i> – Inmunidad
	<i>No-right</i> – No-derecho	<i>Duty</i> – Deber	<i>Disability</i> – Incompetencia incapacidad	<i>Liability</i> – Sujeción
<i>Jural correlatives</i> – Correlativos jurídicos	<i>Right (claim)</i> – Derecho (pretensión)	<i>Privilege</i> – Privilegio libertad	<i>Power</i> – Poder competencia potestad	<i>Immunity</i> – Inmunidad
	<i>Duty</i> – Deber	<i>No-right</i> – No-derecho	<i>Liability</i> – Sujeción	<i>Disability</i> – Incompetencia incapacidad

Los ocho conceptos obtenidos fueron considerados por el profesor de Yale como el «mínimo común denominador» del lenguaje jurídico. Su esquema supone una propuesta conceptual simplificada de todas las relaciones jurídicas subjetivas integradas por dos posiciones jurídicas básicas, en donde el concepto de «posición jurídica» se refiere a una situación normativa concreta de un sujeto respecto de otro².

El estudio del esquema de Hohfeld requiere de su interpretación, ya que su planteamiento carece de nutridas explicaciones que permitan conocer de manera directa el sentido exacto de los términos empleados, si bien la doctrina se ha ocupado de esclarecer el alcance en el que Hohfeld consideró que un individuo puede ostentar una posición jurídica subjetiva, lo cual no ha dejado de generar dudas y desacuerdos acerca de los conceptos hohfeldianos y su operatividad³.

² PEÑA FREIRE, A., «Concepto y estructuras de las potestades jurídicas», *Cuadernos electrónicos de Filosofía del Derecho*, 21, 2010, p. 63.

³ Entre los comentaristas y críticos a la propuesta de Hohfeld, cabe señalar los trabajos de múltiples autores pertenecientes a diversas culturas jurídicas, extremo que avala la gran influencia y repercusión que han tenido los conceptos jurídicos fundamentales hohfeldianos. Sin ánimo exhaustivo, cabe citar a autores como: CORBIN, A., «Legal Analysis and Terminology», *Yale Journal*, 29, 1919, pp. 163-173. KOCUREK, A., «The Hohfeldian System of Fundamental Legal Concepts», *Illinois Law Review*, 15, 1920, pp. 24-39. RADIN, M., «A Restatement of Hohfeld», *Harvard Law Review*, 51(7), 1938, pp. 1141-1164. STONE, J., *Legal System and Lawyers' Reasoning*, Maitland Publications, Sydney [1964], 1968. ANDERSON, A. R. y WEINBERGER, O., «The logic of Hohfeldian Propositions», *Logique et Analyse*, 12, 1970, pp. 231-242. HISLOP, D. J., «The Hohfeldian System of Fundamental Legal Concep-

Para realizar dicha interpretación se requiere la consideración de dos distinciones elementales⁴, a saber: entre tipos de normas y entre clases de acciones humanas⁵. Respecto de los tipos de normas, se han de diferenciar las normas regulativas, prescriptivas o de conducta de las normas de competencia o sobre la producción jurídica. Por lo que se refiere a las normas de conducta, estas poseen carácter deóntico en tanto que se orientan al establecimiento de condiciones sobre el comportamiento de sus destinatarios, prescribiendo lo que estos deben (normas obligatorias), no deben (prohibiciones o normas negativas) o pueden hacer (normas permisivas). Por lo tanto, se tratan de prescripciones o regulaciones, es decir, son normas dictadas por una autoridad normativa y dirigidas a otro u otros sujetos normativos, de quienes se pretende que adopten una cierta conducta⁶.

No obstante, los ordenamientos jurídicos no solo están constituidos por prescripciones amparadas por la amenaza de sanciones, sino que también contienen «reglas sobre reglas» que indican cómo proceder para producir cambios normativos; en otras palabras, instrucciones para alcanzar determinados resultados jurídicos⁷, cuya función consiste en otorgar facilidades para realizar ciertos actos o definir las condiciones y límites bajo los que tales actos o decisiones serán válidos, pero sin llegar a exigir una conducta concreta⁸. Así pues, estas normas de competencia señalan que la obtención de determinados cambios jurídicos está condicionada por la realización de unos hechos o actos específicos⁹. A esta definición de las normas de competencia subyace la idea de que la noción de «producción» de las normas incluye su «modificación» y «derogación», y que la validez jurídica de una norma depende de la observancia de lo establecido en aquellas normas

tions», *ARSP*, LXXVII/3, 1991, pp. 53-89. NIEMI, M., *Hohfeld y el análisis de los derechos*, traducción de Raúl M. Mejía, Fontamara, México [1996], 2001. OÑATE LABORDE, A., *Los Conceptos Jurídicos Fundamentales de W. N. Hohfeld*, UNAM, Instituto de Investigaciones Filosóficas, México, 1977. AZZONI, G. M., «Interpretazioni di Hohfeld», en *Materiali per una Storia della Cultura Giuridica*, 24(2), 1994, pp. 443-487. Cfr. CRUZ PARCERO, J. A., *El concepto de derecho subjetivo en la teoría contemporánea del Derecho*, Fontamara, México, 1999, pp. 79-148.

⁴ HART, H. L. A., *El concepto de derecho*, traducción de G. R. Carrió, Abeledo-Perrot, Buenos Aires [1961], 1995, *vid.* capítulos III y V. ROSS, A., *Lógica de las normas*, traducción de S. P. Hierro, Comares, Granada [1969], 2000, pp. 18-72. ALCHOURRÓN, C., y BULYGIN, E., «Definiciones y normas», en ALCHOURRÓN, C., y BULYGIN, E., *Análisis lógico del Derecho*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid [1983], 1991, pp. 439-463.

⁵ ARRIAGADA, M. B., «Fundamentalidad, interdefinibilidad y circularidad. Tres tesis sobre Hohfeld bajo discusión», *Revus*, 35, 2018, p. 9. *Vid.* también en ARRIAGADA, M. B., «El concepto hohfeldiano de derecho subjetivo», *Revista de Ciencias Sociales*, 65, 2014, p. 16.

⁶ WRIGHT, G. H. v., *Norma y Acción*, traducción de P. García Ferrero, Tecnos, Madrid [1963], 1970, pp. 26-27 y 87 ss. Cfr. PEÑA FREIRE, A., *op. cit.*, pp. 70-71.

⁷ HART, H. L. A., *El concepto de derecho*, *cit.*, p. 52.

⁸ *Ibidem*, p. 35.

⁹ PEÑA FREIRE, A., *op. cit.*, p. 73.

de competencia que otorgan las correspondientes potestades para su producción. Además, estas normas contienen tanto las competencias para producir normas («normas que confieren competencias»); como las que condicionan el ejercicio de tales competencias («metanormas de competencia»)¹⁰. Por consiguiente, el elemento diferenciador entre normas de conducta y normas de competencia reside en la consecuencia derivada de su inobservancia, pues mientras que el incumplimiento de las primeras lleva aparejada la imposición de una sanción, la transgresión de lo estipulado en las segundas conduce a la nulidad o invalidez jurídica del acto en cuestión¹¹.

En cuanto a la distinción referida a los tipos de acciones humanas, estas se dividen en acciones puramente físicas y acciones normativas. El criterio para distinguir ambos tipos de conductas pasa por determinar si su realización y las consecuencias que de su realización se siguen han sido o no definidas o constituidas por normas de competencia. Así pues, mientras que las acciones físicas o materiales pueden ser realizadas y descritas sin referencia a norma alguna, aunque podrían ser reguladas por normas de conducta adquiriendo con ello significado jurídico; las acciones normativas, por el contrario, han de ser necesariamente definidas o constituidas en virtud de normas de competencia¹².

El examen de estas distinciones permite clasificar las relaciones jurídicas de la propuesta de Hohfeld en «relaciones de primer orden» (derecho/deber), con carácter deóntico, compuestas por normas de conducta y cuya función consiste en disuadir la realización de ciertas conductas consideradas reprochables; y «relaciones de segundo orden» (potestad/sujeción), en las que se insertan reglas secundarias referidas a normas de competencia o sobre la producción jurídica, dirigidas al establecimiento del procedimiento a seguir para la realización de determinados actos jurídicos y que, a su vez, otorgan facilidades a sus titulares para alcanzar algunas de sus aspiraciones.

Además, en cada uno de los dos grupos de relaciones solo hay un concepto que pueda ser explicado sin referencia a otro: en las relaciones de primer orden es el concepto de deber¹³, mientras que en las

¹⁰ ARRIAGADA, M. B., «Las cortes constitucionales frente a los “derechos civiles y políticos”. Una mirada desde la teoría analítica del derecho», *Revista Española de Derecho Constitucional*, 105, 2015, pp. 112-113. ORUNESU, C., *Positivismo jurídico y sistemas constitucionales*, Marcial Pons, Madrid, 2012, pp. 119-120. GUASTINI, R., «Cinco observaciones sobre validez y derogación», *Discusiones*, 2, 2001, p. 60. KELSEN, H., *Teoría Pura del Derecho*, 2.^a edición, traducción de Roberto J. Vernengo, UNAM, México [1960], 1986, pp. 201-208.

¹¹ Entre los autores que han empleado estas distinciones, cabe mencionar de nuevo a H. L. A. HART (*vid. El concepto de derecho*, cit., *idem*); A. ROSS (*vid. Lógica de las normas*, cit., p. 123), y Alchourrón, C. y Bulygin, E. (*vid. Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales*, Astrea, Buenos Aires, 1987, p. 461).

¹² ARRIAGADA, M. B., «Fundamentalidad, indefinibilidad e interdefinibilidad y circularidad. Tres tesis sobre Hohfeld bajo discusión», cit., p. 10.

¹³ Otros autores señalan el concepto de «derecho» en vez del de «deber» como concepto primitivo del esquema hohfeldiano, pues argumentan que el concepto de

relaciones de segundo orden es el de potestad, que pueden ser explicados con referencia a la acción de un sujeto situado en la respectiva posición jurídica. De este modo, un deber constituye la exigencia impuesta por una norma de conducta referida a la realización u omisión de una acción puramente física o normativa, mientras que una potestad es la posibilidad legal, conferida por una norma de competencia, de realizar u omitir una acción normativa. Aceptar lo anterior permite afirmar que las relaciones jurídicas «derecho/deber» y «potestad/sujeción» son básicas o elementales, pues cualquier relación fundamentada en normas jurídicas puede reducirse a alguna de ellas o a alguna de sus posibles combinaciones¹⁴.

Es relativamente frecuente que los derechos subjetivos sean concebidos como posiciones «activas»; mientras que los deberes, en contraste, son habitualmente configurados como posiciones «pasivas»¹⁵. Sin embargo, una clasificación como la descrita evidencia un uso impreciso y vacilante de los pares de calificativos «activo/pasivo» y «positivo/negativo», pudiéndose objetar que estas parejas indican realidades diversas. Así pues, mientras que los adjetivos «activo» y «pasivo» aluden a la realización de la conducta descrita por la norma, el par «positivo» y «negativo» se refiere a la posición beneficiaria de tal conducta. Por consiguiente, el concepto de derecho en sentido subjetivo, delimitado a través del «deber», ha de concebirse como «pasivo» y consistente en el beneficio obtenido de la realización de una determinada conducta por el deudor, ya consista en el respeto de una determinada situación (omisión) o a la realización o entrega de algo (acción)¹⁶, afirmación que se justifica por la constatación de que quien ha de realizar la conducta descrita en la norma es el sujeto obligado, quedando el titular del derecho a la espera de que el primero cumpla tal conducta. Por otra parte, el objeto del derecho tiende a proporcionar una ventaja a su titular, es decir, el derecho se configura como una «posición positiva» de este, mientras que el deudor se situará en una posición onerosa o «negativa», en el sentido de que debe realizar la conducta debida. En virtud de lo anterior, la posición deudora constituye una modalidad activa, en tanto que indica una obligación de hacer u omitir; al tiempo que negativa, pues supone una carga para el deudor. En

libertad se obtiene a través de la negación de un derecho. Cfr. VEGA, J., «El sujeto de derecho y la relación jurídica. De las modalidades deónticas a las posiciones jurídicas de Hohfeld», en González Lagier, D. (Coord.), *Conceptos básicos del derecho*, Marcial Pons, Madrid, 2015, pp. 127-128.

¹⁴ ARRIAGADA, M. B., «El concepto hohfeldiano de derecho subjetivo», cit., pp. 40-41.

¹⁵ Por ejemplo, PEÑA FREIRE escribe textualmente que «“A” es el sujeto activo del derecho y “B”, en tanto que titular del deber correlativo, es el sujeto pasivo del derecho», vid. PEÑA FREIRE, A., *op. cit.*, p. 64.

¹⁶ CRUZ PARCERO, J. A., *El lenguaje de los derechos. Ensayo para una teoría estructural de los derechos*, Trotta, Madrid, 2007, p. 24. Vid. también en ARRIAGADA, M. B., «Fundamentalidad, interdefinibilidad y circularidad. Tres tesis sobre Hohfeld bajo discusión», cit., p. 14.

contrapartida, el titular del derecho ostenta una posición pasiva, a la espera del cumplimiento del deudor; y positiva, pues ostenta la posición acreedora¹⁷. Suscribir lo anterior apuntala aquella tesis que afirma que las relaciones jurídicas subjetivas de primer orden pueden ser definidas a partir del concepto de deber, pues en definitiva este delimita la pretensión de la contraparte en la relación, o lo que es lo mismo, el contenido del derecho subjetivo correlativo.

Probablemente esta confusión proviene de la constatación de que los derechos subjetivos son invariablemente garantizados en los ordenamientos jurídicos a través de la concesión de acciones judiciales a sus titulares. Sin embargo, en atención al esquema hohfeldiano, estas acciones han de concebirse como potestades que habilitan a los titulares o a sus representantes, según los casos, a reivindicar ante la autoridad competente sus «posiciones positivas» jurídicamente fundamentadas en una norma de conducta que establece una conducta debida¹⁸. Estas potestades, necesariamente aparejadas a los derechos subjetivos, establecen relaciones que han de ser objeto de una consideración separada en el análisis conceptual hohfeldiano, aun cuando están evidentemente conectadas mediante una relación de instrumentalidad respecto del derecho subjetivo del que traen causa¹⁹. La diferencia fundamental consiste en que es una norma de competencia la que habilita al titular del derecho para el ejercicio de dicha potestad. De este modo, resultaría verosímil que un mismo enunciado normativo combine proposiciones relativas a ambos tipos de normas, de conducta y de competencia. Con todo, este no es el panorama habitual, sino que normalmente unas y otras aparecen ubicadas en secciones distintas del ordenamiento jurídico. En contraste con lo que ocurre en las relaciones de primer orden, en las relaciones regidas por potestades, la «posición activa» corresponderá al titular de dicha potestad, quien coincidirá con el titular del derecho, mientras que el acreedor ostentará una «posición pasiva», al quedar sujeto al cambio jurídico provocado por la contraparte. De nuevo, esta confusión podría precisamente

¹⁷ ARRIAGADA, M. B., «Fundamentalidad, interdefinibilidad y circularidad. Tres tesis sobre Hohfeld bajo discusión», cit., *idem*.

¹⁸ Este fenómeno ha sido denominado por la doctrina como «derechos subjetivos complejos». Vid. KELSEN H., *Teoría Pura del Derecho*, 2.^a ed., cit., pp. 146-149 y 152. HART, H. L. A., «Legal Rights», en HART, H. L. A., *Essays on Bentham. Studies in Jurisprudence and Political Theory*, Oxford University Press, New York, 1982, pp. 183-184 y 188. Cfr. ARRIAGADA, M. B., «Conceptos jurídicos de Derecho subjetivo», *Eunomía, Revista en cultura de la legalidad*, 11, 2016, p. 159.

¹⁹ En este mismo sentido se ha pronunciado M. B. Arriagada: «[a]lgo distinto a tener un derecho subjetivo hohfeldiano (o un derecho reflejo kelseniano) es que al titular de un derecho de este tipo se le confiera, además, el poder de poner en movimiento, mediante una acción, el procedimiento destinado a reconocer el incumplimiento de la obligación por el deudor, y por tanto, el poder de participar en la producción de la norma jurídica individual de la sentencia judicial en la que se estatuye una sanción concreta por dicho incumplimiento». Vid. ARRIAGADA, M. B., «El concepto hohfeldiano de derecho subjetivo», cit., p. 30.

derivar de no diferenciar correctamente el objeto del derecho de los instrumentos jurídicos en manos del titular para la protección o garantía de su posición jurídica subjetiva.

Estas acotaciones se consideran aquí no solo útiles, sino sobre todo necesarias para la comprensión precisa los conceptos jurídicos fundamentales empleados por Hohfeld, pues permiten interpretar la propuesta del profesor norteamericano sin deformar el significado que parece haber otorgado a las posiciones jurídicas subjetivas básicas descritas en su esquema, pues de otro modo las categorías conceptuales presentadas podrían albergar cualquier posición subjetiva, extremo que ha favorecido la crítica y el desmerecimiento de su valiosa propuesta conceptual.

En atención a estas y otras consideraciones estimadas complementarias, en lo que sigue se tratará de explicar la inalienabilidad de los derechos a la luz de los conceptos operados por Hohfeld, con el objetivo de demostrar que afirmar dicho carácter contradice la función que los derechos desempeñan en los ordenamientos jurídicos modernos.

1.2 La estructura conceptual de los derechos subjetivos

A pesar de los numerosos esfuerzos doctrinales, el término «derecho» en sentido subjetivo continúa siendo empleado con excesiva vaguedad no solo en el discurso político, sino también en el lenguaje jurídico. Habitualmente, dicho término es indistintamente empleado con el significado de privilegio, potestad o inmunidad. En un intento por superar dicha situación, Hohfeld partió de la tesis de la correlatividad con el propósito de delimitar el concepto de derecho subjetivo a través de su correlativo, es decir, el «deber», ya que la violación del deber equivale a la invasión del derecho. Por lo demás, Hohfeld estimó como más oportuno el empleo del término «pretensión» (*claim*) para hacer referencia a la noción de derecho subjetivo en un sentido «limitado y propio»²⁰. En esta línea, Robert Alexy también ha mostrado su preferencia por el concepto de «pretensión», al considerar que expresa de manera adecuada el carácter relacional de la expresión «derecho a algo», pues siempre tiene como destinatario a otro sujeto, siendo el objeto una acción o una omisión en ambos casos. Sin embargo, el profesor de Kiel ha renunciado expresamente al empleo del término pretensión en un sentido técnico debido a las dudas que presenta respecto de su actualidad, la determinación de la contraparte y la posibilidad entablar una demanda. Estas razones han llevado a Alexy a emplear la expresión «derecho a algo», si bien reconoce ambas expresiones como lingüísticamente admisibles²¹. No obstante, la propuesta del profesor

²⁰ HOHFELD, W. N., *op. cit.*, p. 50.

²¹ ALEXY, R., *Teoría de los derechos fundamentales*, Centro de Estudios Constitucionales y Políticos, Madrid [1985], 2012, p. 163.

alemán es claramente más profunda que la de Hohfeld, pues el concepto de derecho o pretensión articulado por este último no parece integrar ciertos elementos que habitualmente acompañan a la idea de la tenencia de un derecho subjetivo, como ocurre con la potestad para demandar ante el órgano competente el incumplimiento de la norma de conducta de la que trae causa la pretensión.

Una estructura más completa de los derechos como pretensiones ha sido propuesta por Alan Gewirth, quien los describió a través de la siguiente fórmula: «A tiene un derecho a X frente a B en virtud de Y». De esta estructura se derivan los 5 elementos principales que configuran a los derechos, a saber: (a) el acreedor o titular del derecho; (b) la naturaleza del derecho, es decir, lo que significa para su titular ostentarlo; (c) el objeto del derecho; (d) el deudor o titular de la obligación, y, por último, (e) el fundamento que justifica la existencia del derecho mismo²².

Considerando esta estructura, un posible argumento conceptual acerca de la naturaleza de los derechos afirma que lo verdaderamente característico y genuino de dichas posiciones jurídicas subjetivas es la posibilidad de su titular de disponer del objeto del derecho, afirmación que evidentemente excede el concepto hohfeldiano de derecho como pretensión en los términos en los que ha sido interpretado. Este argumento entiende la alienabilidad como parte del concepto mismo de derechos en sentido subjetivo, pues estima que lo valioso de estos es que puedan ser invocados, no invocados o renunciados por sus titulares²³. En este sentido, los derechos son concebidos como protecciones no-paternalistas de los intereses de sus titulares, siendo su aspecto más relevante que el titular pueda renunciar o consentir su inobservancia por terceros, y ello en virtud de razones que no necesariamente tienen por qué coincidir con la mejor estimación de sus intereses²⁴. Una aproximación como la descrita concuerda con la «tesis de la voluntad» o de la «elección» (*will/choice theory of rights*)²⁵. Con todo, suscribir lo anterior no necesariamente ha de implicar la renun-

²² GEWIRTH, A., «Why Rights Are Indispensable», *Mind. New Series*, 95/379, 1986, pp. 329-344, p. 329.

²³ BUCHANAN, A., «What's So Special About Rights?», *Social Philosophy and Policy*, 1, vol. 2, 1984, p. 79.

²⁴ Cfr. BROCK D., *Life and Death*, Cambridge University Press, New York, 1993, p. 105.

²⁵ Entre los autores que han suscrito la tesis de la voluntad, destacan nombres tan célebres como Kant, Savigny, Windscheid, Wellman y Steiner, entre otros. Cfr. WENAR, L., «Rights», en Zalta, E. N. (ed.), *The Stanford Encyclopedia of Philosophy*, Fall 2015 Edition. Disponible online: <https://plato.stanford.edu/archives/fall2015/entries/rights/> (última visita 28 de marzo de 2020).

Por lo que respecta a la tradición anglosajona, sobresalen los planteamientos de H. L. A Hart, quien concibió los derechos como «elecciones protegidas» (*protected choices*), vid. HART, H. L. A., *Essays on Bentham. Studies in Jurisprudence and Political Theory*, cit., pp. 174-193. En esta misma línea se ha posicionado RAINBOLT, G. W., *The concept of rights*, Springer, Dordrecht, 2006, p. 99.

cia a incluir la noción de interés en la estructura explicativa de los derechos, si bien referida al objeto del derecho y no a su naturaleza, lo cual permitiría enunciar una suerte de tesis combinada que incluya también algunos de los argumentos presentes en la «tesis del interés» o del «beneficio»²⁶ acerca de la explicación de los derechos (*interest/benefit theory of rights*). En un sentido similar parece haberse posicionado el propio Gewirth, aunque su vinculación de los elementos de la voluntad y el interés no coincide con la anteriormente descrita, sino que definió la naturaleza de los derechos en atención al objeto del derecho y el deudor²⁷.

Aceptar la tesis de la combinación supone afirmar que en los enunciados acerca de derechos han de integrarse los dos tipos en los que las normas han sido clasificadas, a saber: una norma de conducta que establece un comportamiento debido por el deudor junto con una norma de competencia que establece un poder, competencia o facultad del titular del derecho y que le habilita para reclamar el comportamiento descrito en la norma de conducta. Si se reformula lo anterior empleando los términos enunciados por Kelsen, entonces el sujeto acreedor ostenta un «derecho reflejo» correlativo al deber establecido por la referida norma de conducta²⁸, al tiempo que ostenta un «derecho en sentido técnico», en tanto que una norma de competencia le otorgue la facultad de reclamar el cumplimiento de su derecho reflejo ante la autoridad competente, lo cual se ha de producir necesariamente, dado que en caso contrario afirmar la posición jurídica subjetiva carecería de sentido.

Una propuesta conceptual como la descrita integra los denominados «derechos de segunda clase» junto con los de «primera clase»²⁹, es decir, aúna las posiciones jurídicas subjetivas que permiten a su titular crear, extinguir o transmitir aquellas otras posiciones que el orden jurídico pone a su disposición, encaminadas a la aplicación de los medios que este le confiere, y aquellas posiciones jurídicas subjetivas sobre las que versa el eventual acto de disposición, respectivamente. Lo que parece evidente es que, tal y como han sido descritos, tanto los derechos de primera clase como los de segunda se han de concebir como normas de competencia o sobre la producción jurídica, lo que concuer-

²⁶ En cuanto a los representantes de la tesis del interés, se ha de citar al ilustre jurista alemán R. v. Ihering, para quien el factor fin constituía la característica definitoria del concepto de derecho subjetivo, entendido como un interés jurídicamente protegido. Vid. IHERING, R. v., *El espíritu del Derecho romano en las diversas fases de su desarrollo*, Comares, Granada [1838], 1998, p. 821. Otros exponentes bien conocidos de esta concepción han sido Bentham, Austin, Lyons, MacCormick, Raz y Kramer. Cfr. WENAR, L., *op. cit.*, *idem*.

²⁷ GEWIRTH, A., «Why Rights Are Indispensable», *cit.*, p. 336.

²⁸ ARRIAGADA, M. B., «El concepto hohfeldiano de derecho subjetivo», *cit.*, p. 28.

²⁹ Kelsen empleó esta clasificación de los derechos en la articulación de su crítica a la tesis de la voluntad de Windscheid, *vid.* KELSEN, H., *Problemas capitales de la Teoría jurídica del Estado (Desarrollados con base en la doctrina de la proposición jurídica)*, traducción de Wenceslao Roces, Porrúa, México [1911], 1987, pp. 501 y 516.

da ampliamente con la comprensión kelseniana de los derechos en sentido subjetivo como instrumentos de participación de los individuos en el orden jurídico³⁰. En virtud de lo anterior, podría parecer que las normas de conducta que establecen los denominados derechos reflejos presentan un exiguuo impacto en la descripción de la posición del titular del derecho en sentido técnico, pero en realidad cumplen la importante función de delimitar el contenido del deber correlativo, que tal y como se ha adelantado se vincula al elemento del interés o beneficio del acreedor. Ello permite integrar la tesis de la combinación a partir de un planteamiento de inspiración kelseniana, al menos desde una perspectiva terminológica y al margen las evidentes discrepancias que el propio Kelsen habría alegado al respecto de la inclusión de elementos que consideraba ajenos a la ciencia jurídica, planteamiento estimado aquí excesivamente parcial y reduccionista, dado el origen indudablemente sociocultural del Derecho³¹.

2. EL PRESUNTO CARÁCTER INALIENABLE DE LOS DERECHOS

2.1 La inalienabilidad de los derechos en sentido estricto

Defender la inalienabilidad de algunos derechos, a saber: los denominados «derechos fundamentales», entendidos como el resultado de la positivización de los derechos humanos a través del ordenamiento constitucional³² y especie del género «derecho subjetivo»³³, equivale a negar la posibilidad de su enajenación por el simple consentimiento de su titular³⁴, que carece de la suficiente fuerza normativa para producir cambios tanto en su propia posición jurídica como en la de los

³⁰ KELSEN, H., *Teoría General del Derecho y del Estado*, traducción de Eduardo García Máynez, UNAM, México [1925], 1983, pp. 98-99 y 105. KELSEN, H., *Teoría General de las Normas*, Traducción de Hugo Carlos Deloy y Jacobs, Trillas, México [1979], 1994, p. 143.

³¹ Con todo, esta misma crítica podría ser efectuada en los mismos términos al propio Hohfeld, quien acusó a los tribunales de su tiempo de incurrir en una «infortunada e inveterada tendencia a confundir y mezclar los elementos jurídicos y los no jurídicos en un problema dado», *vid. HOHFELD, W. N., op. cit.*, p. 31.

³² En este sentido, el concepto de derechos humanos y derechos fundamentales se configuran como dos caras de una misma moneda en la descripción de una sola y misma realidad, aunque con una doble naturaleza: ideal y real. Así, el concepto de derechos fundamentales hace referencia a la dimensión real, esto es, a la presencia de las posiciones jurídicas individuales a través de ellos protegidas en un ordenamiento jurídico determinado; mientras que los derechos humanos aluden a una dimensión ideal, en tanto que representan su naturaleza moral y se encuentran directamente relacionados con la fundamentación de las posiciones jurídicas obtenidas.

³³ HIERRO, L., «¿Qué derechos tenemos?», *Doxa*, 23, 2000, pp. 354-356.

³⁴ MCCONNELL, T., *Inalienable Rights: the limits of consent in medicine and the law*, Oxford University Press, Oxford, 2000, p. ix.

sujetos sobre los que recae el deber correlativo a su derecho. Desde esta perspectiva, la cuestión referida a la inalienabilidad de estos derechos se circunscribe a la pregunta acerca de su disponibilidad por el titular³⁵. Esclarecer el concepto de inalienabilidad exige la ineludible tarea de diferenciarlo de las otras características tradicionalmente atribuidas a los derechos humanos, a saber, la universalidad y, especialmente, el carácter absoluto³⁶.

El carácter general de la universalidad de los derechos humanos aparece principalmente referido a la titularidad de los mismos y vinculado a los principios de dignidad e igualdad humana. Defender la universalidad de estos derechos implica afirmar que su titularidad corresponde sin excepción a todo ser humano, en tanto que poseedor de un «estatus moral pleno» (*full moral status*)³⁷. Esta concepción conecta de manera directa tales derechos con los conceptos de ser humano y persona, configurándose la cualidad de ser un «ser humano» como una condición necesaria y suficiente³⁸ para ser titular de dichos derechos³⁹. Sin embargo, afirmar la titularidad de los derechos por todos los seres humanos, al menos *a priori*, no indica nada acerca de la eventual justificabilidad de las restricciones a la disponibilidad de su objeto mediante las formas estándar de alienación de los derechos que serán analizadas más adelante. Por consiguiente, cabe concluir que la universalidad de los derechos humanos y su presunta inalienabilidad constituyen cuestiones esencialmente distintas.

Por otra parte, aceptar que la inobservancia de determinados deberes correlativos a derechos nunca está justificada equivale a sostener el carácter absoluto de estos últimos. Por consiguiente, la norma en la que se establezca un derecho absoluto nunca presentará excepcio-

³⁵ En este punto Francisco Laporta introduce la idea de la «irrenunciabilidad moral» de los derechos, *vid.* LAPORTA, F., «Sobre el concepto de los derechos humanos», *Doxa*, 4, 1987, p. 43.

³⁶ LAPORTA, F., *op. cit.*, p. 42.

³⁷ Jeremy Waldron emplea dicha expresión para afirmar que solo el lenguaje de los derechos es capaz de expresar el «estatus moral pleno» del titular-demandante. WALDRON, J., «The Role of Rights in Practical Reasoning: “Rights” versus “Needs”», *The Journal of Ethics*, 4(1/2): «Rights, Equality, and Liberty», Universidad Torcuato Di Tella, Law and Philosophy Lectures 1995-1997 (Jan.-Mar., 2000), p. 131.

³⁸ No obstante, como ha señalado Alf Ross, la proposición referida a que tan solo los seres humanos pueden ser sujetos de derechos resulta inconveniente, pues si se acepta la existencia de situaciones jurídicas en las que resulta posible sustituir sujetos no-humanos en virtud de la posición de un interés cuyo contenido está definido por obligaciones de otros, entonces no existirá ninguna razón para negar que la titularidad de un derecho pueda ser ocupada por un individuo no-humano (piénsese, por ejemplo, en la prohibición de maltratar a los animales domésticos o en la legislación en materia de bienestar animal). Otra cuestión será la titularidad de potestades referidas al ejercicio de acciones procesales y al control judicial de tales posiciones, dadas las características propias del orden jurídico como creación genuinamente humana. *Vid.* ROSS, A., *Hacia una ciencia realista del Derecho. Crítica del dualismo en el Derecho*, traducción de Julio Barboza, Abeledo-Perrot, Buenos Aires [1946], 1961, p. 215.

³⁹ LAPORTA, F., *op. cit.*, pp. 32 ss.

nes⁴⁰. La tesis más extendida en favor del carácter absoluto de los derechos humanos afirma que solo un estricto subconjunto de estos es absoluto⁴¹. En contraposición, sostener la existencia de derechos no-absolutos, exige determinar qué inobservancias están justificadas⁴². Con todo, es posible observar un amplio acuerdo, tanto doctrinal como jurisprudencial, al respecto de la negación del carácter absoluto de los derechos, pues estos aparecen frecuentemente limitados no solo en atención a la necesidad de ponderar la realización de distintos derechos, sino que tales limitaciones también provienen de la voluntad del constituyente de preservar ciertos bienes o intereses considerados valiosos, pero que no necesariamente tienen por qué coincidir con el contenido de otros derechos⁴³.

Una adecuada distinción entre el carácter absoluto y el rasgo de la inalienabilidad puede servir tanto para afirmar la presencia de esta última como para descartarla. Si se considera que carácter absoluto e inalienabilidad son lo mismo, entonces probar la inexistencia de uno implicaría asimismo afirmar la inexistencia del otro y viceversa. En tal sentido, suscribir la tesis mayoritaria acerca de la negación del carácter absoluto supondría la consecuente negación de la inalienabilidad, es decir, se estaría afirmando la alienabilidad. Por el contrario, si se afirma que dichos rasgos responden a realidades distintas, entonces se ha de buscar aquello que los diferencia. Así pues, mientras que la inalienabilidad se restringe a la imposibilidad de disposición del derecho por parte de su titular, el carácter absoluto se circunscribe a la imposibilidad de que terceros, especialmente los poderes del Estado, dispongan del derecho de alguien, es decir, lo anulen.

Aceptar lo anterior implica afirmar que la diferencia entre ambos rasgos reside en quién tiene prohibida la conducta dispositiva, esto es, el propio titular en el caso de la inalienabilidad o cualquier tercero en el supuesto del carácter absoluto. Con todo, considerando la tesis de la correlatividad, en ambos casos el resultado parece ser el mismo, pues tanto negar el carácter absoluto como negar la inalienabilidad equivale a afirmar la incolumidad del deber correlativo. Si, por el contrario, se niegan ambos rasgos, entonces se habilita una posibilidad referida a la producción de un cambio en las posiciones jurídicas de los sujetos implicados, quedando en suspenso el deber correlativo y, por consiguiente, no pudiendo ser exigido ni por el extitular del derecho ni por algún tercero.

⁴⁰ Cfr. THOMSON J. J., *Rights, Restitution and Risks*, Harvard University Press, Cambridge, 1986, p. 53. GEWIRTH, A., *Human Rights*, University of Chicago Press, Chicago, 1982, p. 219.

⁴¹ Por ejemplo, el derecho a no ser torturado. Cfr. FINNIS, J., *Natural Law and Natural Rights*, 2.nd Edition, Oxford University Press, Clarendon [1980] 2011, p. 467.

⁴² McCONNELL, T., *op. cit.*, p. 6.

⁴³ PRIETO SANCHÍS, L., *Estudios sobre derechos fundamentales*, Debate, Madrid, 1990, p. 85.

Desde una perspectiva positivista, se podría alegar que en última instancia la imposibilidad de disponer del derecho por el propio titular y/o inobservar el deber correlativo por los terceros ha de proceder invariablemente de una norma jurídica que establezca una prohibición en tal sentido. En caso de no existir una prescripción como la descrita, dicha posibilidad quedará a disposición de los sujetos involucrados, pues de la ausencia de tipificación de una conducta como jurídicamente debida es lógico derivar su irrelevancia jurídica, mientras que la presencia de un derecho subjetivo desprovisto tales limitaciones permite suponer que los actos dispositivos están implícitamente permitidos en virtud de su titularidad⁴⁴.

En general, y a salvo de la existencia de una excepción legal, los destinatarios de los deberes correlativos a derechos subjetivos de la contraparte han de observar las conductas descritas en la norma. La presencia de excepciones que en determinadas circunstancias permiten la inobservancia de conductas *a priori* debidas, como podría ser el caso de la legítima defensa en el Derecho penal, ejemplifica la debilidad del argumento en favor del carácter absoluto de ciertos derechos. En todo caso, la existencia de estas excepciones al cumplimiento de los deberes cuestiona el carácter absoluto de los derechos correlativos, incluidas aquellas posiciones jurídicas consideradas fundamentales, como así sucede en el caso de la colisión de derechos fundamentales.

La prohibición que impide a su titular disponer de su propia posición jurídica ha de venir invariablemente impuesta por una norma imperativa en tal sentido, estableciéndose con ello límites al ejercicio de los derechos. A este planteamiento subyace la idea de que los derechos subjetivos son posiciones derivadas de una serie de normas de conducta y competencia que establecen deberes correlativos a derechos y facultades correlativas a sujeciones de la contraparte, respectivamente. De este modo, los derechos subjetivos, entendidos como pretensiones de su titular, constituyen ámbitos que permanecen bajo su control, en virtud de lo dispuesto a través de normas jurídicas esencialmente dispositivas, pues en otro caso se estaría afirmando la presencia de normas imperativas del tipo básico deóntico del mandato o la prohibición que, por lo demás, no necesariamente han de ser correlativas a una posición jurídica subjetiva de la contraparte en la relación.

En virtud de lo anterior, la distinción entre inalienabilidad y carácter absoluto se difumina considerablemente, pues en ambos casos la prohibición de la conducta dispositiva ha de venir impuesta por una norma imperativa y la consecuencia es la misma: la incolumidad del deber correlativo. Por lo tanto, lo único que los diferencia es el sujeto sobre quien recae dicha prohibición: el titular del derecho en el caso de la inalienabilidad y los terceros en el caso del carácter absoluto. Sin embargo, prescindir de esta última diferencia permitiría reconducir la

⁴⁴ ATIENZA, M., y RUIZ MANERO, J., *Las piezas del derecho. Teoría de los enunciados jurídicos*, 2.^a ed. act., Ariel, Barcelona, 2004, pp. 128-131.

presunta inalienabilidad de los derechos humanos a la negación de su carácter absoluto, pues si se entiende que la facultad de disposición integra invariablemente el contenido de los derechos junto con la constatación de que el ejercicio de estos nunca es ilimitado, entonces se obtendrá que negar la posibilidad de enajenar un derecho equivale a negar el carácter absoluto de su ejercicio.

2.2 Formas de alienación de los derechos

Como ya se ha anticipado, existen diversas formas estándar en las que un derecho puede ser alienado. Joel Feinberg distinguió dos formas en las que los derechos pueden enajenarse: desistir un derecho que se sigue poseyendo (*waiver*), o renunciar totalmente al mismo (*relinquish*)⁴⁵. En el caso del desistimiento, tan solo se aliena el ejercicio del derecho y no su titularidad⁴⁶, la cual persiste. De este modo, el desistimiento se trataría de una alienación transitoria del derecho, siendo su ejercicio recuperable mediante la revocación del consentimiento. Por el contrario, la renuncia implica la pérdida total del derecho, al desistirse de la titularidad misma de manera permanente e irrevocable⁴⁷. A este planteamiento subyace la distinción entre bien jurídico y derecho al bien jurídico, pues para Feinberg los derechos podían desistirse, pero no renunciarse, afirmación que descansa en el convencimiento de que lo único alienable es el bien jurídico y no el derecho a tal bien jurídico; o lo que es lo mismo, el profesor de Arizona justificaba la alienación del ejercicio del derecho, pero no así de su titularidad.

Sin embargo, esta distinción se basa en una premisa discutible que relaciona los conceptos de alienabilidad y revocabilidad, haciendo depender el primero del segundo, a lo cual se puede objetar que la revocabilidad de un acto de alienación solo indica sus consecuencias, pero no muestra nada acerca de su resultado, ni mucho menos explica el significado que la alienabilidad de los derechos alberga. Además, dicho planteamiento no permite establecer un modelo extensible a todos los derechos, al no proporcionar un criterio universalizable, pues la revocabilidad o irrevocabilidad del acto de alienación depende fundamentalmente del objeto del derecho en cuestión.

Un ejemplo permite ilustrar esta objeción. Aplicando la distinción expuesta al derecho fundamental a la vida o alguna de sus manifestaciones, la alienación del ejercicio del derecho resulta irrevocable, en tanto que la vida que ha sido perdida es definitivamente irrecuperable.

⁴⁵ FEINBERG, J., *Right, Justice and the Bounds of Liberty*, Princeton University Press, Princeton: NJ, 1980, pp. 242-246.

⁴⁶ A favor de la tesis de la libertad respecto del ejercicio del derecho y no en cuanto a su titularidad, *vid.* VAN DER VEER, D., «Are Human Rights Alienable?», *Philosophical Studies*, 37, 1980, pp. 165 ss. LAPORTA, F., *op. cit.*, p. 44.

⁴⁷ FEINBERG, J., *op. cit.*, p. 246.

No obstante, podría acusarse a este planteamiento de confundir el bien y el objeto del derecho, de modo que lo que realmente estaría sucediendo en el ejemplo propuesto es que al perderse el objeto del derecho (la vida), su ejercicio deviene en irrealizable, pero ello no ha de ser óbice para cuestionar la titularidad del derecho que permanece vinculada al bien (el valor de la vida humana), entendido como una entidad eterna e inalienable. Sin embargo, podría replicarse que alegar lo anterior supone el abandono del plano consecuencialista de partida subyacente a la distinción entre titularidad y ejercicio como argumento a favor de la inalienabilidad referida a la titularidad de los derechos y en virtud de su irrecuperabilidad. En tanto que lo que se discute aquí es el empleo consecuencialista de la dicotomía entre titularidad y ejercicio, y las consecuencias se producen en el plano del ser, el recurso a la distinción entre objeto y bien resulta inadecuada, pues el bien pertenece al plano del deber ser y es por medio de un objeto considerado como «algo bueno» que se conecta al ser de las cosas. Por lo demás, la idea del bien subyacente no tiene por qué comunicar su eventual inalienabilidad al objeto del que se predica «lo bueno», sino que su función es de fundamentación, pues una vez trasladado al plano de lo fáctico a través del objeto podrá colisionar con otro bien. Ciertamente, bien y objeto no son lo mismo: el bien aparece referido a un deber ser, mientras que el objeto se refiere al ser de algo. Un objeto puede ser o no ser un bien, pero afirmar que un bien tenga existencia al margen de todo objeto constituye una afirmación incierta y demasiado compleja como para ser abordada en estas líneas, pero que en todo caso carece de relevancia en el plano en el que se produce la discusión.

Con todo, no se pretende aquí desmerecer la utilidad de una explicación acerca del fundamento de los derechos en atención a una idea del bien subyacente, sino que tan solo se procura mostrar como la discriminación operada presenta una realización imperfecta en el plano fáctico, en donde las categorías obtenidas en el plano puramente teórico no son tan consistentes. Consecuentemente, la discriminación entre ejercicio y titularidad de los derechos carece de operatividad en aquellos supuestos problemáticos en los que desistimiento y renuncia coinciden desde un punto de vista fáctico, siendo impracticable una revocación del desistimiento del derecho a la vida.

Adicionalmente, otro argumento en contra del planteamiento de Feinberg podría invocar la caducidad de la revocabilidad, pues sucede que, llegado un momento concreto, la alienación del ejercicio de un derecho *a priori* revocable puede devenir irrevocable, como sucede en el supuesto del consentimiento informado del paciente, una vez realizada la intervención médica inicialmente consentida, no pudiéndose revocar el consentimiento otorgado después de la completa realización de dicha intervención, por motivos evidentes.

Ciertamente, la abstención o ejercicio de un derecho, en donde este ni se afirma ni se reclama, no tiene por qué constituir un supuesto de alienación, dado que ello no autoriza la transgresión y el derecho es

retenido por su titular⁴⁸. Por lo tanto, cabe concluir que abstención e inalienabilidad son compatibles, en tanto que nociones diversas y no vinculadas. No obstante, afirmar la existencia de «derechos inalienables obligatorios» supondría la concurrencia de ambos conceptos, a saber: no-abstención e inalienabilidad, pues un derecho simplemente inalienable podría no ser ejercitado a pesar de no poder ser renunciado ni transmitido. Estos presuntos «derechos obligatorios» (*mandatory rights*)⁴⁹ no podrían ser desistidos, renunciados ni transferidos, no pudiendo su titular abstenerse siquiera de su ejercicio. Por ende, afirmar la existencia de derechos obligatorios equivale a afirmar la existencia de «obligaciones para con nosotros mismos» (*duties to ourselves*)⁵⁰, siendo tales derechos más que inalienables.

Otro modo de alienar un derecho consiste en transmitirlo. Ello supondrá un cambio normativo bilateral, es decir, el titular del derecho autoriza a un individuo a realizar actos a los que no estaba autorizado con anterioridad, lo cual es común tanto a la renuncia como al desistimiento, al tiempo que se autoimpone nuevas obligaciones. La transferencia de un derecho no necesariamente ha de ser irrevocable ni permanente⁵¹. Además, en algunos casos resulta posible desistir y renunciar un derecho, pero no así transmitirlo, pudiéndose invocar nuevamente en este punto el supuesto del derecho a la vida, cuya transmisión resulta materialmente imposible.

Por último, un sector doctrinal se ha empeñado en considerar la «confiscación» (*forfeiture*) como un modo de alienación de los derechos⁵². En este sentido, la realización de un acto típico por parte del titular cuya consecuencia jurídica supone la afectación de su derecho ha sido interpretada como una especie de «renuncia mediata», cuando se haya llevado a cabo con la intención de alienar el derecho en cuestión. Se trataría de aprovechar la consecuencia jurídica de una norma con la intención de alienar un derecho.

Sin embargo, no parece posible considerar la confiscación de un derecho como una forma de alienación, en tanto que la afectación del derecho no es resultado de un acto del titular, sino que se trata de una consecuencia jurídica derivada de una conducta tipificada. Sostener lo

⁴⁸ McCONNELL, T., *op. cit.*, *idem*.

⁴⁹ Feinberg incluyó entre estos derechos el derecho a la educación y el derecho a ser vacunado frente a ciertas enfermedades, pues afirmaba que estos derechos involucran «libertades parciales» (*half-liberties*) respecto de sus objetos, ya que el titular ostenta un derecho y no una mera libertad, respecto al objeto de estos derechos, *vid.* FEINBERG, J., *op. cit.* p. 157.

⁵⁰ En contra del concepto de «deberes para con nosotros mismos» se ha posicionado Marcus, *vid.* SINGER, M., *Generalization in Ethics*, Atheneum, New York [1961], 1971, p. 315. A favor de este concepto, *vid.* HILL, T., *Autonomy and Self-respect*, Cambridge University Press, New York, 1991, capítulo 10.

⁵¹ A efectos ilustrativos, McConnell propone considerar un contrato de arrendamiento de duración anual, *vid.* McCONNELL, T., *op. cit.*, p. 11.

⁵² MEYERS, D. T., *Inalienable Rights: A Defense*, Columbia University Press, New York, 1985, pp. 2 y 9.

anterior requiere distinguir de manera adecuada los supuestos de alienación de aquellos otros de confiscación. Así pues, en primer lugar, la justificabilidad de la inobservancia de los deberes correlativos al derecho es diferente en cada caso, pues mientras que en el supuesto de la alienación ha de ser el consentimiento del titular lo que justifique la inobservancia del derecho, en el caso de la confiscación es la transgresión de una norma de conducta por el titular del derecho lo que desencadena la consecuencia jurídica prevista para el caso de su inobservancia y que afecta a dicha titularidad. En segundo lugar, aunque en relación con lo anterior, el origen de la voluntad que compromete al derecho es diferente en cada caso: en el supuesto de la alienación es la declaración intencionada y voluntaria del titular, mientras que en el supuesto de la confiscación se requiere que la conducta haya sido previamente tipificada por el legislador de forma que la consecuencia jurídica de la norma implique la afectación del derecho en cuestión⁵³. En virtud lo anterior, parece posible afirmar que en el caso de la confiscación se estaría más bien cuestionando el carácter absoluto del derecho, el cual se pliega ante la consecuencia jurídica prevista por una norma, lo cual, en última instancia, depende de la voluntad del legislador, es decir, de una voluntad externa y diferenciada respecto de la del titular del derecho.

Asimismo, se podría alegar que el consentimiento no es suficiente ni necesario para alienar un derecho⁵⁴. No es suficiente porque la aceptación de la inalienabilidad como rasgo de todos los derechos fundamentales impediría la disposición por parte de su titular. Tampoco sería necesario porque tanto la confiscación como la anulación del deber correlativo por una consideración moral más fuerte constituyen «vulneraciones justificadas» de estos derechos⁵⁵. No obstante, sostener lo anterior supondría reconducir la cuestión al carácter absoluto, dado que tanto la confiscación como la anulación por motivos morales más fuertes constituyen ejemplos de negación del carácter absoluto y no de alienación. Sin embargo, aun en el supuesto de aceptar la inalienabilidad como característica inexcusable de ciertos derechos, ello no implica que el otorgamiento de consentimiento por parte del titular sea irrelevante a los efectos de indemnizar la lesión provocada por del acto de transgresión⁵⁶, bajo el postulado de que a quien consiente no se le puede provocar daño alguno o *volenti non fit injuria*, brocardo que resume el principio de respeto de lo estipulado por la libre voluntad de las partes implicadas en la relación jurídica subjetiva, aun cuando ello pueda ser percibido por los demás como inaceptable o injusto.

Con todo, lo anterior no es compatible con la defensa del carácter inalienable de ciertos derechos, pues defender que el consentimiento

⁵³ McCONNELL, T., *op. cit.*, pp. 13-14.

⁵⁴ *Ibidem*, p. 43.

⁵⁵ *Ibidem*, p. 20.

⁵⁶ *Ibidem*, p. 44.

produce efectos sobre la posición jurídica del titular del derecho enajenado, quien no podrá reclamar la vulneración del mismo en virtud de su acto de disposición, equivale a afirmar su carácter alienable, ya que cuando la conducta que vulnera el contenido del derecho esté prohibida por una norma imperativa, pero el eventual derecho en sentido técnico haya decaído en virtud del consentimiento de su titular, entonces aquella prohibición no provendrá del presunto carácter inalienable del derecho, sino de la negación de su carácter absoluto, pues la producción de los efectos derivados del libre ejercicio de los mismos colisionará con una prohibición impuesta por el ordenamiento jurídico objetivo a través de una norma imperativa que recae sobre los titulares de la conducta debida, pero que en realidad tan solo afecta de manera indirecta al titular del derecho, quien no podrá reclamar la vulneración de su posición jurídica en tanto que otorgó un consentimiento libre y voluntario favorable a su transgresión.

3. LA INALIENABILIDAD DE LOS DERECHOS COMO INCOMPETENCIA DEL TITULAR

3.1 Alcance conceptual de la alienación de los derechos

Analizar las implicaciones derivadas de la eventual alienación de los derechos permite entender el grueso del dilema acerca de la afirmación de su inalienabilidad y observar la cuestión en su conjunto. En este sentido, si el otorgamiento del consentimiento legitima un acto que en caso contrario supondría la «vulneración de un derecho»⁵⁷, entonces el deber correlativo quedará en suspenso, lo cual se traduce en el otorgamiento de un «derecho especial para actuar»⁵⁸ en un sentido que sería «injusto» y «prohibido»⁵⁹ de no existir la aquiescencia del titular.

Si recurrimos de nuevo a la terminología acuñada por Hohfeld, la alienación de un derecho supondría el establecimiento de un «privilegio» para el extitular del deber, que quedaría en suspenso en virtud de un acto de disposición válido del anterior titular del derecho, quien pasa a ocupar una posición jurídica de «no-derecho», que también trae causa en su acto de disposición.

Hohfeld configuró el concepto de «potestad» como una posición jurídica correlativa a una «sujeción» y opuesta a una «incompeten-

⁵⁷ LOMASKY, L. E., *Persons, Rights and the Moral Community*, University Press, New York/Oxford, 1987, p. 211.

⁵⁸ SIMMONS, A. J., *Moral Principles and Political Obligations*, Princeton University Press, Princeton, 1979, p. 76.

⁵⁹ FLETCHER, G., *Basic Concepts of Legal Thought*, Oxford University Press, New York, 1996, p. 109.

cia». En este sentido, el concepto de potestad se presenta como sinónimo de competencia jurídica, y oponible a los de «incompetencia» o «incapacidad»⁶⁰. El propio Hohfeld advirtió la ambigüedad generada por el empleo de la categoría de «derecho» para hacer referencia a una posición de poder o capacidad, pues tales conceptos denotan un grupo específico de hechos operativos y no una relación jurídica como tal. Por consiguiente, solo resultaría posible hablar de «poder en sentido técnico»⁶¹ cuando el cambio en una relación jurídica se manifiesta en virtud de una decisión voluntaria.

No obstante, en la práctica el concepto de poder coexiste con otras relaciones. En este sentido, en la relación «poder/privilegio», el titular del poder no lleva a cabo ninguna conducta ilícita ni por ejercitar el poder, ni por no hacerlo, como ocurriría en el caso de la comprensión de la alienación de los derechos como una competencia de su titular. En contraste con lo anterior, en la relación «poder/deber», se comete un acto ilícito al no ejercitar el poder que altera la situación de un tercero, de manera que la abstención está prohibida y, en lo que respecta al vínculo entre los conceptos de poder y deber de no ejercitarlo, el poder aparece supeditado al deber de no ejercitarse. Cabe puntualizar al respecto que, a pesar de que Hohfeld no hizo referencia a la noción de poder como ejercicio ilícito, sí consideró la posibilidad de que el ejercicio de un poder estuviera prohibido⁶².

Por lo que respecta al concepto de «sujeción», Hohfeld lo concibió como correlativo a una «potestad» y contrario a una «inmunidad», en el sentido de exención⁶³. Habitualmente, el concepto de «sujeción» es entendido como sometido a la creación de un deber, pero en la propuesta de Hohfeld tiene un significado matizado en tanto que concepto opuesto al de inmunidad, de modo que aparece vinculado al padecimiento del cambio jurídico derivado de su correlativo, es decir, una potestad de la contraparte. Así pues, resulta posible entender el concepto de sujeción como el sometimiento a un cambio jurídico, mientras que el concepto de inmunidad se configura como la posibilidad de resistencia frente al mismo, en tanto que esfera del individuo libre de injerencia.

Con todo, la posición de sujeción no tiene por qué ser siempre onerosa, sino que el cambio jurídico fruto del ejercicio del poder o competencia puede beneficiar al individuo situado en la posición de sujeción. En este sentido, Cruz Parceró ha reprochado a la tesis de Hohfeld el hecho de haber obviado que las modificaciones jurídicas derivadas del desempeño de una potestad pueden ser tanto favorables como des-

⁶⁰ HOHFELD, W. N., *op. cit.*, p. 67.

⁶¹ *Ibidem*, p. 68.

⁶² Un ejemplo de la prohibición del ejercicio de un poder sería el caso de un «contrato de no-venta». Cfr. CRUZ PARCERO, J. A., *El concepto de derecho subjetivo en la teoría contemporánea del Derecho*, cit., p. 129.

⁶³ HOHFELD, W. N., *op. cit.*, pp. 78-80.

favorables al individuo colocado en la posición de sujeción⁶⁴, aunque reconoce que estas observaciones podrían incorporarse fácilmente al esquema hohfeldiano.

Conceptualizar la alienación de un derecho como un poder o competencia de su titular excede en cierta medida la propuesta de Hohfeld, pues encierra una concepción acerca de los derechos subjetivos como complejos o compuestos de potestades de los titulares, lo cual constituye una reformulación de la tesis presentada por el profesor de Yale. Con todo, tomar los conceptos hohfeldianos para reconstruir las posiciones jurídicas subjetivas en consideración de todas sus implicaciones posibles, incluidos los tradicionales caracteres de los derechos humanos, resulta útil y aporta nuevos usos a planteamientos preexistentes, si bien es cierto que requiere dotarlos de cierta flexibilidad⁶⁵. En este sentido, parece posible alegar que la titularidad de un derecho sitúa al sujeto en una posición jurídica que le permite exigir el deber al deudor, de manera que el primero ostenta una «potestad» correlativa a una «sujeción» del segundo, en tanto que, cuando el deudor no cumpla su deber, el titular podrá ejercitar su pretensión a través de la acción judicial, es decir, ostenta un derecho subjetivo en sentido técnico kelseniano, que el ordenamiento jurídico habilita para el caso de incumplimiento de lo establecido en aquella norma de conducta que establece el deber correlativo al derecho reflejo. De este modo, el titular podrá realizar un cambio en la posición jurídica del deudor, quien pasará a ser un «deudor-demandado», así como en su propia posición jurídica, convirtiéndose con ello el titular en un «acreedor-demandante».

⁶⁴ CRUZ PARCERO, J. A., *El concepto de derecho subjetivo en la teoría contemporánea del Derecho*, cit., p. 140.

⁶⁵ En contra de esta flexibilización, que requiere la consideración de elementos calificados como «extrajurídicos», ya se habían postulado autores como Kelsen, quien había criticado duramente a los mayores exponentes europeos de las tesis de la voluntad y del interés: Windscheid y Ihering, respectivamente, precisamente por el motivo expuesto (vid. KELSEN, H., *Problemas capitales de la Teoría jurídica del Estado*, cit., *idem*); y el propio Hohfeld (vid. HOFELD, W. N., *op. cit.*, p. 31). Más recientemente, en esta misma línea también se ha posicionado Arriagada (vid. ARRIAGADA, M. B., «El concepto hohfeldiano de derecho subjetivo», cit., pp. 41-42).

A *contrario*, quien escribe no considera impropio ni equivocado integrar elementos de esta índole, pues estos se hallan presentes en todos los contextos en los que surgen y se aplican los diversos tipos de normas que integran los ordenamientos jurídicos. Además, estimar su consideración en la definición y delimitación de las posiciones jurídicas subjetivas previsiblemente permitirá alcanzar una explicación más completa de las realidades jurídicas descritas. Es más, obviar tales elementos se presenta como indeseable, en tanto que ello podría conllevar el riesgo de caer en un positivismo ideológico demasiado rígido e irreflexivo, incapaz de adaptarse a los cambios de la sociedad en la que ha de operar y a la que se debe el Derecho eficaz. Con todo, con esta afirmación no se pretende promover la inobservancia de aquella exigencia metodológica relativa a la delimitación lo más precisa posible de la naturaleza de cada uno de los elementos considerados, ya sean estos estrictamente jurídicos o de otra índole, así como la función que estos cumplen en el seno del ordenamiento jurídico y en el Derecho entendido como una ciencia social, pues pretender su configuración como una «ciencia exacta» implica necesariamente desnaturalizarlo.

Además, y en virtud del interés legítimo que el titular ostenta respecto del objeto del derecho que justifica la existencia del deber correlativo, se podría alegar que este posee una «potestad» hohfeldiana entendida como una facultad de disposición respecto del objeto del derecho, de modo que mediante un acto de voluntad del propio titular se produce un cambio normativo bilateral, a saber: el titular deja de estar en posesión del derecho, no pudiendo por tanto reivindicar la conducta debida al deudor, quien se ve liberado del deber correlativo, que queda asimismo en suspenso. Por consiguiente, el titular de un derecho subjetivo tiene una «competencia» o «potestad» para demandar el cumplimiento del deber correlativo, junto a otra concerniente a la disposición de su posición jurídica subjetiva, a salvo de la presencia de una limitación legal en tal sentido, generalmente justificada por la promoción del ejercicio de los derechos de los demás o del bien común.

Los defensores de la inalienabilidad con toda seguridad negarán la existencia de una potestad del titular para disponer del derecho, aunque resulta dudoso que también nieguen la presencia de un derecho en sentido técnico kelseniano, pues la posición jurídica subjetiva quedaría vacía⁶⁶. Tal y como ya se ha adelantado, la explicación de un derecho en sentido técnico como el descrito por Kelsen supone la presencia de la norma de competencia que convive de manera simbiótica con la norma de conducta que establece el derecho reflejo, lo cual hemos traducido en términos hohfeldianos a la presencia de una competencia o potestad paralela y conectada a la pretensión. Si lo anterior es correcto, entonces el titular siempre podrá disponer de su derecho en tanto que su inobservancia no sea perseguible de oficio por los poderes estatales, pues al no ejercitar la acción judicial, no recaerá la consecuencia jurídica prevista para el supuesto de incumplimiento de la conducta equivalente a la inobservancia de la norma, lo cual podría ser considerado como una forma, más o menos indirecta, de alienación.

A simple vista, podría parecer que este planteamiento se contradice con la objeción realizada a quienes sostienen la confiscación como una forma de alienación, pues si aprovechar la consecuencia jurídica de una norma como excusa para la disposición de un derecho no puede ser considerada como un supuesto de alienación, tampoco la ausencia de ejercicio de una potestad (la acción judicial) podrá serlo. Sin embargo, el panorama trazado en uno y otro caso es ampliamente diverso. La primera diferencia reside en que, mientras que el supuesto de la confiscación se trata de la aplicación de una norma imperativa, el no ejercicio

⁶⁶ A contrario, Luigi Ferrajoli ha defendido la posibilidad de afirmar la existencia de derechos subjetivos incluso cuando se encuentren desprovistos de las garantías para su aplicación coactiva, si bien reconoce que en tales supuestos el ordenamiento jurídico en cuestión presenta una «indebida laguna que ha de ser colmada por la legislación». Vid. FERRAJOLI, L., *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, Trotta, Madrid, 2009, p. 26.

del derecho en sentido técnico por el titular se traduce en una abstención de su competencia para reivindicar una conducta que le es debida, es decir, renuncia a su competencia. La segunda diferencia es más relevante y proviene de que dicha renuncia emana directamente de la voluntad del titular, quien decide no reivindicar su posición jurídica en determinadas circunstancias, de manera que el dominio de la situación continúa estando en su poder, explicación que coincide con aquella concepción de los derechos como instrumentos en manos de sus titulares y orientados a hacer valer sus intereses legítimos.

Con independencia de que se suscriba o no un argumento conceptual acerca de los derechos, desde una perspectiva analítica la ruta trazada por la alienación de un derecho pasa por el concepto de «competencia» o «potestad» jurídica en términos hohfeldianos, aunque se ha de considerar de nuevo que el contenido del propio derecho también incide en la posibilidad material de alienarlo o no. Así, si se toma como ejemplo el supuesto del derecho de libre decisión acerca del sometimiento o rechazo de un tratamiento o intervención médica en el supuesto del consentimiento informado del paciente, se podrá fácilmente observar como el derecho resulta materialmente inalienable, en tanto que su contenido versa sobre la emisión de una declaración de voluntad por parte del titular, de modo que una eventual alienación del derecho supondrá por sí misma una declaración de voluntad de su titular, quien en todo caso estará decidiendo en un determinado sentido. Por consiguiente, cabe concluir que la vertiente decisoria del derecho al consentimiento informado resulta materialmente inalienable, al coincidir su alienación con el contenido del derecho.

Por último, podría pensarse en la posibilidad o imposibilidad de su recobro como una consecuencia de la alienación de los derechos. No obstante, aunque como ya se ha tenido ocasión de mostrar constituye una consideración frecuente en defensa de la inalienabilidad de la titularidad de los derechos, la posibilidad de recobrar un derecho resulta ser una cuestión eminentemente diferente a la de su alienabilidad, aun cuando alienabilidad y recobro comparten su fundamento, a saber: el consentimiento del titular, y a ambas subyace la idea de la voluntad del titular como sustento de la existencia de los derechos. Sin embargo, constatar la imposibilidad de recobro de un derecho tan solo aporta información acerca de las consecuencias previsibles de alienar un derecho, lo cual es necesariamente casuista y relativo a derechos concretos o, lo que es lo mismo, no universalizable, ya que dependerá del contenido material de los derechos concretos a considerar.

Para demostrar lo anterior, cabe retomar el supuesto del derecho al consentimiento informado del paciente. Por lo que se refiere a la alienación del derecho de libre decisión, el titular que decida delegar la toma de decisión en un tercero podrá recobrar el derecho en cualquier momento anterior a su sometimiento a la intervención o tratamiento indicado, así como en cualquier momento posterior a la provisión de la información asistencial por parte del médico, en caso de rechazo. De este modo,

resulta posible afirmar que este derecho es recobrable en cualquier momento a través de la simple declaración por parte de su titular en tal sentido. Sin embargo, una vez realizado el tratamiento o intervención el derecho deviene en última instancia irrecuperable, lo cual pone en la pista de la caducidad de dicha revocabilidad.

Este ejemplo permite concluir que hacer depender la defensa de la inalienabilidad de la imposibilidad de recobrar ciertas posiciones jurídicas subjetivas resulta insatisfactorio, pues lo realmente relevante es la aceptabilidad o no del acto de disposición en términos de justicia, cuestión que podría justificar la imposición de restricciones al ejercicio de los derechos en virtud de su carácter no absoluto y con base tanto en los derechos de los demás como en la salvaguardia de la moral vigente, el orden público y el bien común⁶⁷.

3.2 Una defensa de la alienabilidad *prima facie* de los derechos

A la luz de los presupuestos anteriormente descritos, cabe reiterar que para poder sostener la alienabilidad de los derechos se ha de aceptar la necesaria presencia de una norma de competencia implícita que permite al titular efectuar el acto de disposición en el que consiste la alienación de su derecho. Sin embargo, la redacción habitual de los enunciados normativos que establecen derechos subjetivos no siempre incluye tales extremos, sino que de manera inconstante a veces lo hace y otras no, mediante el reconocimiento, por ejemplo, de la posibilidad de renunciar a la posición jurídica subjetiva concedida por la norma, como así ocurre en el caso del derecho a recibir la información asistencial adecuada a la intervención o tratamiento en el marco del consentimiento informado del paciente⁶⁸, circunstancia que incluso ha permitido a algunos autores afirmar la existencia de un verdadero «derecho a no saber»⁶⁹, lo cual muestra tanto la *vis expansiva* de las posiciones jurídicas subjetivas relativas a pretensiones, como que su función consiste en equilibrar la situación a favor de su titular, quien será competente para realizar un cambio en las posiciones jurídicas de las partes

⁶⁷ En este sentido, Dworkin ha señalado que alegar que los ciudadanos tienen un derecho frente al Estado no necesariamente implica afirmar que su suspensión nunca esté justificada, lo cual sucederá cuando ello sea necesario para la protección de los derechos de los demás, prevenir una catástrofe o, incluso, obtener un beneficio público incuestionable. DWORKIN, R. M., *Taking rights seriously*, Cambridge, Harvard University Press [1977], 1978, p. 91.

⁶⁸ El artículo 4.1 de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica establece que «[a]demás, toda persona tiene derecho a que se respete su voluntad de no ser informada» (*vid.* BOE núm. 274, de 15 de noviembre de 2002. BOE-A-2002-22188).

⁶⁹ En este sentido, Roberto Andorno ha afirmado la existencia de un auténtico «derecho a no saber», entendido como una expresión de la autonomía, *vid.* ANDORNO, R., *Principles of International Biolaw*, Bruylant, Bruxelles, 2013, p. 128.

implicadas a través de un acto dependiente de su simple voluntad, como ocurre en el ejemplo relativo a la renuncia del derecho a la información asistencial por el paciente. Trasladando lo anterior a términos hohfeldianos, la posición del paciente, quien inicialmente ostentaba un «derecho», cambia a otra de «no-derecho», en virtud de un acto de voluntad propio equiparable a la renuncia de su posición jurídica subjetiva, lo cual desencadena la consecuencia de privilegiar la conducta inicialmente debida por el médico, que queda en suspenso en virtud de aquel acto de disposición efectuado por el propio paciente.

Por lo demás, sostener el carácter alienable de los derechos requiere abordar los dilemas generados por la distinción entre su titularidad y ejercicio alegada por algunos autores para defender la inalienabilidad de la titularidad de los derechos, al entender que a lo único que realmente se puede renunciar es a su ejercicio⁷⁰, siendo por lo tanto no-ejercicio e inalienabilidad compatibles. Sin embargo, partir de un argumento conceptual acerca de los derechos como el descrito en líneas precedentes permite observar como la relevancia de dicha distinción decae considerablemente, pues si lo que realmente define a los derechos es la colocación del titular en una situación aventajada en el marco de una relación, lo cual equivale a afirmar su competencia, entonces la negación de aquella norma de competencia implícita que habilita la alienación del derecho resulta en la decadencia de la naturaleza de dichas posiciones jurídicas subjetivas y, consecuentemente, de la titularidad misma, pues tener un derecho del que no se puede disponer equivale, en definitiva, a la mera presencia de una norma imperativa que establece una conducta debida desprovista de aquella norma de competencia que habilita al titular para disponer con libertad de su pretensión. El titular, al disponer libremente de su derecho podrá alienarlo, en tanto que la inobservancia de la norma de conducta no desencadenará consecuencia jurídica alguna para la contraparte en la relación, con excepción de aquellas infracciones de la norma perseguibles de oficio.

Sustentar la vacuidad de la distinción entre titularidad y ejercicio de los derechos puede presentarse para muchos como una afirmación alarmante desde el punto de vista de la garantía y salvaguardia de determinadas posiciones consideradas fundamentales, siendo previsible una objeción de inframoralización. Ciertamente, podría parecer que desmentir dicha distinción conduciría a la privación de la titularidad de los derechos a grupos completos de seres humanos, como los niños o los incapaces, quienes no presentan la suficiente habilidad para hacerse cargo del ejercicio de los derechos, concebidos como herramientas al servicio de la autonomía de los seres humanos, cualidad que estos grupos todavía no poseen o han perdido temporal o definitivamente.

⁷⁰ FEINBERG, J., *op. cit.*, pp. 242-246. VAN DER VEER, D., *op. cit.*, *idem*. LAPORTA, F., *op. cit.*, p. 44.

Sin embargo, una crítica como la anticipada, aunque bien intencionada, es consecuencialista y lógicamente defectuosa. En primer lugar, es consecuencialista por que no describe los derechos a partir de su naturaleza, sino desde unas consecuencias que se prevé que surgirán en caso de afirmar la superfluidad de la distinción entre titularidad y ejercicio de los derechos. En segundo lugar, y más importante, es lógicamente defectuosa, pues incurre en un argumento *non sequitur* al concluir que de la ausencia de diferenciación entre la titularidad de los derechos y su ejercicio necesariamente se deriva un privilegio referido a una conducta que de otro modo sería exigible, lo cual no tiene por qué ocurrir, pues en sede de un sistema jurídico aceptable no solo es permisible, sino incluso en ciertas ocasiones adecuado, afirmar la existencia de deberes desprovistos de derechos subjetivos correlativos. Se tratarían pues de normas de conducta articuladas mediante las modalidades deónticas básicas del mandato o la prohibición, según los casos, que a lo sumo podrían considerarse correlativas al Derecho objetivo del Estado que prohíbe ciertas actuaciones de los individuos, pero que no necesariamente pone a disposición de los particulares su reclamación, sino que persigue tales conductas de oficio a través de sus delegados o funcionarios.

Esta aproximación presenta evidentes ventajas, pues en aquellos supuestos en los que los presuntos titulares de derechos ostentan en verdad una titularidad desnuda, esto es, desprovista del ejercicio de los mismos en virtud de su incapacidad natural para ello, realmente nada garantiza que el interés delimitado por el objeto de su posición vaya a ser observado y, en caso de que no lo sea, que los sujetos delegados habilitados para reclamar su cumplimiento vayan a atender a dicho interés. Corresponderá pues, según este planteamiento, al propio Estado, a través del Derecho objetivo y sus instituciones, velar por la observancia de determinadas conductas orientadas a la salvaguardia de intereses considerados fundamentales por la comunidad político-jurídica y que se considera que individuos incapaces para reivindicarlos tendrían y actuarían en consecuencia si ello estuviese a su alcance. Por consiguiente, el estatus moral de estos individuos no se rebaja, sino que se aumenta, pues se consideran sus circunstancias reales particulares y no simplemente se equiparan a un patrón de pretendida normalidad que trata de homogeneizar situaciones evidentemente desiguales. Así pues, en suma, la necesaria observación de tales consideraciones deriva de un imperativo de justicia material conectado con el valor de la igualdad moral de todos los seres humanos, esquivándose con ello la referida objeción de inframoralización.

Una vez descartada la adecuación de la distinción entre ejercicio y titularidad de los derechos en materia de alienabilidad, suscribir un argumento conceptual acerca de los derechos se presenta como la opción más operativa, pues en otro caso la técnica jurídica más apropiada parece ser el establecimiento de un deber desprovisto de un derecho subjetivo correlativo, cuyo incumplimiento ha de ser necesariamente

perseguible de oficio. Admitir lo anterior conduce de algún modo a afirmar la prioridad de los deberes sobre los derechos, perspectiva a partir de la cual se desdibuja inevitablemente la delimitación entre el carácter absoluto y la inalienabilidad, en tanto que ambos rasgos se traducen en la imposibilidad de suprimir un deber.

Sin embargo, aceptar que los derechos son instrumentos jurídicos en manos de sus titulares implica asimismo la aceptación de una diferencia sustancial en el caso de la inalienabilidad, pues el derecho correlativo al deber que permanece quedará en suspenso, al no poder ser dispuesto por su titular. Si lo anterior es correcto, entonces en realidad el supuesto carácter inalienable de algunos derechos equivale a un deber desnudo de la contraparte, esto es, desprovisto de un derecho correlativo, pudiendo incluso ser afirmada la presencia de deberes o inmunidades sobre el propio titular. En este sentido, se ha apuntado que sostener la inalienabilidad de los derechos sugiere el reconocimiento de «inmunidades para con nosotros mismos»⁷¹. Una inmunidad supone una protección fuerte frente a algún cambio en nuestra posición jurídica, a lo cual subyace la negación de aquella norma de competencia que establece la potestad en la que consiste el derecho según el planteamiento ofrecido por el argumento conceptual. De este modo, el consentimiento del titular sería normativamente ineficaz para producir el cambio jurídico derivado de su acto de disposición, al carecer de aquella potestad o competencia hohfeldiana para disponer del objeto de su derecho.

En definitiva, afirmar la inalienabilidad de los derechos equivale a negar la operatividad de tales posiciones jurídicas subjetivas, pues se estará consiguientemente negando aquella norma de competencia que establece la potestad para ejercitar parte de su contenido, esto es, disponer de su objeto a través de una declaración de voluntad libre del titular o, incluso, no reclamarlos ante la autoridad competente cuando se haya inobservado el deber correlativo. De esta suerte, y en virtud de la flexibilización operada en líneas anteriores al respecto de los conceptos jurídicos fundamentales de Hohfeld, se obtiene que en realidad los defensores del carácter inalienable de algunos derechos están afirmando la incompetencia del titular para disponer de su interés legítimo como mejor convenga a su libre criterio. Sin embargo, esta concepción resulta inadecuada pues, en última instancia, los derechos subjetivos se han fraguado a través de la historia jurídica europea, y especialmente a partir de la Modernidad, como herramientas al servicio de la autonomía y libertad personales, en tanto que máximas de la cultura y sociedad occidentales.

No obstante, nada impide que pueda surgir un conflicto entre aquellas posiciones jurídicas que promueven el respeto hacia la autonomía individual, así como entre estas y una consideración moral lo suficien-

⁷¹ Cfr. THOMPSON, J. J., *The Realm of Rights*, Harvard University Press, Cambridge, 1990, p. 59. LAPORTA, F., *op. cit.*, *idem*.

temente fuerte como para hacerle frente. Ejemplo de ello sería la tan indeseable como frecuente colisión entre derechos fundamentales, o incluso la confrontación de una posición jurídica subjetiva con una consideración relativa a un elemento del bien común. En tales circunstancias, los ordenamientos jurídicos han de prever un mecanismo de solución de conflictos que, llegado el caso, posibilitará la limitación justificada de los derechos individuales, lo cual se podrá materializar a nivel normativo a través de modalidades deónticas idóneas como el mandato o la prohibición. Sin embargo, si se acepta el planteamiento propuesto, en tales situaciones la controversia ya no se produce en el plano de la inalienabilidad, sino que se desplaza al ámbito del carácter absoluto. Así pues, la negación de este último posibilita la imposición de limitaciones justificadas a la disposición de ciertos derechos bajo determinadas circunstancias.