

# Derechos subjetivos y derechos conflictivos. La contribución de Herbert L.A. Hart y de Gino Germani a la comprensión de los derechos subjetivos en la modernidad líquida.\*

Subjective rights and conflictive rights. The Contribution of  
Herbert L.A. Hart and Gino Germani to the comprehension  
of subjective rights in liquid modernity

Por Marco Alberto Quiroz Vitale \*\*\*

ORCID: 0000-0002-5696-4840

**Resumen:** En este trabajo se tratarán los aportes hechos por Germani a la comprensión del sentido sociológico de los derechos en las sociedades modernizadas y en un contexto global, partiendo de la célebre definición de *Marginalidad* como falta de participación o exclusión de los derechos. Pasaré entonces a delinear el significado de “derecho subjetivo” en el ámbito de una sociedad modernizada en la que prevalece el tipo ideal de la acción electiva. Trataré en esta nada fácil tarea ilustrando una teoría de los derechos subjetivos, aquella de Herbert Lionel Adolphus Hart. Los estudios de Hart, parecen particularmente útiles porque son coherentes con la postura de Germani. Los dos autores condviden una premisa meta-teórica, esto es que los seres humanos merecen gozar de una igual libertad. Ambos, después también reconocen en la “facultad de elegir” de los seres humanos adultos, el paso que caracteriza a la sociedad contemporánea.

**Palabras clave:** Derechos Subjetivos, Acción electiva, Modernidad Líquida, Gino Germani, Herbert L. a. Hart

---

\*Recibido el 29/10/2017 y Aprobado para su publicación el 5/06/2018.

\*\* El presente trabajo se basa en el texto de la ponencia hecha por el Autor en la Universidad Nacional de Córdoba, Facultad de Derecho

\*\*\* Università degli Studi di Milano. Correo Electrónico: [marco.quiroz@unimi.it](mailto:marco.quiroz@unimi.it)

**Abstract:** In this paper the Author will discuss the contributions made by Germani to the understanding of rights from a sociological point of view, in modernized societies and in a global context, starting from the famous definition of Marginality as “lack of participation” or “exclusion of rights”. The Author will, then, delineate the meaning of "subjective right" in the realm of a modernized society in which the ideal type of *elective action* is prevailing. I will deal with this difficult task by illustrating the Herbert Lionel Adolphus Hart's theory of subjective rights. Hart's studies seem particularly useful because they are consistent with Germani's position. The two authors share a meta-theoretical premise: that human beings deserve to enjoy “equal freedom”. Both later also recognize in the "faculty of choice" of adult human beings, the step that characterizes contemporary society.

**Keywords:** Subjective Rights, Elective Action, Liquid Modernity, Gino Germani, Herbert L. a. Hart

\*\*\*

## Introducción

H.L.A. Hart (1907-1992) es considerado como uno de los más influyentes filósofos del derecho del siglo pasado, cuyas obras constituyen un punto de referencia para muchas partes de la filosofía del derecho contemporáneo. Para mi modo de ver en sus primeras obras, escritas poco después de pasar de la práctica forense a la cátedra de Jurisprudencia en Oxford, en el 1952, dio uno de las mayores contribuciones para la comprensión de los “derechos subjetivos” en nuestra época. Sin embargo, el análisis de Hart asume un significado más amplio gracias a la sociología política y jurídica de Gino Germani (1911-1979), uno de los sociólogos italianos que ha gozado de mayor éxito internacional, aunque vivió la mayor parte de su vida fuera del país donde nació. Germani vivió en Argentina desde 1934 hasta 1966 y allí comenzó su brillante carrera, de alguna manera, sorprendente, como investigador social y profesor universitario. Fue primero, un exiliado, al igual que muchos otros que huyeron de los horrores del fascismo, pero más tarde – después de la caída del régimen - permaneció en Argentina para contribuir al progreso social, científico y moral, de este País que se convirtió en su Patria de adopción (Germani, A., 2004: 273-288).

Una relectura crítica de Hart, impone sin embargo abandonar el debate tradicional, un poco trillado, que contrapone artificiosamente “la teoría de la voluntad” – Will Theory – en la versión clásica de Von Savigny y de Windcheid, entre otros, a la “teoría del interés” según Ihering, Bentham o la más reciente formulación operada por Neil MacCornick (1976). Para la teoría de la Voluntad el derecho subjetivo es un señorío de la voluntad otorgado por el orden jurídico o un poder de la voluntad que reina con el consentimiento de todos (Valencia Zea, 1979: 223). Para la teoría del interés, el sujeto tiene un derecho si el cumplimiento de la obligación sinalagmática preserva sus intereses y no es necesario que sea capaz de renunciar

a la ejecución de la obligación o a exigirla.<sup>1</sup> En la perspectiva de Hart, la capacidad de elegir es, al revés, un carácter esencial del sujeto titular del derecho y la teoría desarrollada por Hart es, en realidad, una “teoría de la elección”. En este sentido, parece una prometedora trayectoria de investigación la comparación con las obras del sociólogo italo-argentino Gino Germani. El concepto central en la sociología política y legal de Germani es, de hecho, la libertad entendida como un producto cultural que, de manera ambigua, caracteriza la existencia de los individuos. Según Domínguez Maneiro (2004) en ese sentido, Gino Germani es un autor de actualidad hoy en día, porque manifestó una tendencia contraria a la estructural-funcionalista de los años Sesenta del siglo pasado y cambió el foco de la investigación desde el "orden" y la 'integración social' a las condiciones - subjetivas y objetivas - que mantenían y extendían la libertad de los individuos. Los dos autores ponen en el centro de la investigación a los hombres que son capaces de elegir y que en la acción electiva manifiestan su propia libertad.

### **Derechos positivos y el Derecho Natural**

En el ensayo *Definition and Theory in Jurisprudence* de 1953, Hart se concentra sobre el uso siempre más amplio entre los juristas del término “derecho subjetivo” y, de su experiencia de abogado, lo describe en términos de situación que compete al sujeto a quien se atribuye por el sistema jurídico una especial facultad de elección, la de hacer sí que la correspondiente obligación sea cumplida (Hart, 1989: 35). Este cumplimiento, advierte Hart, consiste normalmente en una ventaja para el titular del derecho subjetivo, pero no necesariamente; como en el “contrato a favor de un tercero” en el que el beneficio no se dirige al titular del derecho: por eso la teoría del interés no es satisfactoria. Una igual caracterización de los derechos subjetivos se adapta a una relectura socio-jurídica gracias a la obra de Germani, pues ha evidenciado el prevalecer progresivo de la *acción electiva*, esto es fundada en la elección, en la época moderna. La elección del titular del derecho se inscribe en un horizonte de posibilidades, porque en la sociedad moderna frente a una situación dada la persona debe dar su propia solución, debe elegir, decidir por sí misma. Pues, advierte Germani, esta elección no es del todo libre o indeterminada pero el marco normativo es distinto: no se prescribe un comportamiento determinado sin embargo se prescribe como realizar la elección misma. “Es importante observar que, del mismo modo que un individuo que en una sociedad tradicional incurre en una violación de la norma y es castigado si no se ajusta al comportamiento prescrito para una situación dada, en una sociedad industrial viola la norma el que no sabe elegir, el que elige en desacuerdo con los criterios prescritos para esa clase de situación” (Germani, 1965: 73).

La convergencia entre la reflexión de los dos autores es aún más profunda, como se evidencia del análisis desarrollado por Hart en un ensayo de 1955 “Are there any Natural Rights?” Hart individualiza el fundamento de los derechos subjetivos en un derecho natural: “El derecho de todos los hombres por igual a ser libres” (Hart. 1990: 46). Hart formula este

---

<sup>1</sup> Una descripción fomal de la *querelle* se debe a Céline Fabre: “de acuerdo con la teoría de la voluntad, X tiene un derecho frente a Y para que Y haga  $\phi$  si, y solo si, X es capaz de renunciar a, o exigir, la realización por Y de su deber de hacer  $\phi$  y si es capaz de de renunciar a, o exigir la reparaciones en caso de que Y no haga  $\phi$ . De acuerdo con la teoría del interés, X tiene un derecho frente a Y de que Y haga  $\phi$  si el cumplimiento por parte del Y de su deber de hacer  $\phi$  preserva ciertos interés(es) de X” (Fabre, 2012: 299-300).

fundamento de los derechos positivos en términos muy claros refiriéndose a cada ser humano adulto, capaz de cumplir una meta escogida que en cuanto tal (esto es no en virtud de pertenecer a una sociedad o de la especial relación que lo liga a los demás), tiene derecho (como libertad negativa) a que todos se abstengan de ejercer actos de coerción o de restricción de la libertad en su contra, salvo que sean actos de resistencia a actos de coerción o restricción; y del resto, tiene derecho (entendido como libertad positiva) de cumplir cualquier acto que no se entienda como dirigido a restringir o constreñir la libertad, o a hacer daño a otras personas.

El “derecho de todos los hombres por igual a ser libres” no es un derecho positivo sino natural, en el sentido que le es debido al ser humano con precedencia al *pactum societatis* y, a diferencia de los derechos morales, no es creado o conferido “por acto voluntario” de los hombres, sino que es un presupuesto porque los derechos morales pueden ser acordados. También en este aspecto de la teoría de los derechos subjetivos de Hart se justifica un paralelo entre los dos autores que consideran a la libertad del ser humano en el centro de la reflexión, esto es el postulado de la reflexión social y jurídica.

La intuición del Hart debe ser perfeccionada con las observaciones psicosociales de Germani sobre la capacidad de elegir de los hombres. La elección no es siempre el “señorío de la voluntad” porque la elección como acto deliberado requiere el desarrollo de una personalidad autónoma: “Es Evidente que la libertad que el individuo ha adquirido con el desarrollo de la sociedad moderna significa un progreso enorme sobre su situación; sin embargo, aquí también encontramos que - en la presente etapa - o bien se llega a un ulterior despliegue de los principios de racionalidad que aseguran al individuo el desarrollo de una personalidad autónoma, o bien asistiremos a una involución que nos conducirá a etapas ya superadas” (Germani, 2006: 71) Germani describe la tradición como la época en la que los hombres se hallan expuestos a las técnicas de estandarización y masificación y al riesgo de la irracionalidad que se manifiesta con la propensión y a la entrega y al sometimiento voluntario de la propia individualidad a autoridades sociales que la anulan. En este sentido la elección no es siempre expresión de voluntad de un ser racional y capaz de asumir decisiones adecuadas a sus intereses (Jaramillo Jiménez & Cáceres, 2011).

### **Derechos disponibles y acción electiva**

La especificidad de los derechos subjetivos, acordados por voluntad de los hombres, es que constituyen otras tantas modalidades de acción que implican la capacidad, moralmente justificada, de “limitar la libertad de otra persona” o de “determinar cómo esta deba actuar” (Hart, 1990: 53).

Al respecto Hart, siempre en el ensayo “Are There any Natural Rights?”, introduce una distinción entre *Derechos Especiales y Generales*, como implícitamente, en su ensayo precedente, introducía una distinción entre derechos subjetivos disponibles y no disponibles. Los derechos subjetivos tienen todos en común, como algo anticipado, lo que le atribuyen a su titular, una justificación moral para determinar cómo deba actuar otro sujeto.

Hart llama *generales* o absolutos (según una terminología más común en Europa continental) a aquellos derechos que, en ausencia de una especial relación entre los sujetos, sacan su justificación directamente del *igual derecho a ser libres*. Se trata entonces de

derechos defensivos a los que corresponden las obligaciones de “no interferir” y a los que son sometidos todos los otros sujetos y no sólo los ligados por una particular relación con el titular del derecho; ellos, releva Hart “No son derechos propios de quienes los detentan sino derechos que tienen todos los hombres capaces de elegir, en ausencia de aquellas condiciones especiales que dan origen a derechos especiales.”.

La afirmación de los derechos *especiales* (o relativos) en cambio, apela al derecho natural de todos los hombres por igual a ser libres sólo indirectamente; en efecto los derechos subjetivos en este segundo caso surgen de un acuerdo especial entre los sujetos. Los derechos se crean “por una elección deliberada de la parte sobre la cual recae la obligación” (Hart, 1990: 55) como una promesa o un consentimiento; también por una “reciprocidad de restricciones” como las que se crean entre los sujetos que acuerdan en conducir una empresa en común y por lo tanto se someten a observar ciertas reglas; en fin, algunos derechos subjetivos tienen su origen en la relación específica natural que liga a los sujetos como en la relación entre padres e hijos. En todo caso, en efecto, los sujetos que han prestado su consentimiento, han concedido una autorización o efectuado una promesa y lo han hecho en el ámbito de su libertad de escoger, esto es en virtud del derecho natural fundamental; así pues, en la constitución de la sociedad política o de las relaciones naturales encontramos la afirmación voluntaria de limitaciones recíprocas de la igual libertad. Concluye entonces Hart: que tanto en el caso de los derechos especiales, como en el caso de los derechos generales su reconocimiento comporta pues siempre el reconocimiento del igual derecho a todos los hombres a ser libres (Hart, 1990:59).

### **Derechos no disponibles y acción prescriptiva**

La construcción teórica de Hart nos parece coherente y convincente, sin embargo, presenta al menos un punto que no ha quedado expresado.

Si de un lado, el elemento unificador de los derechos subjetivos como se ha delineado antes está constituido por el ejercicio de la facultad de elección del titular del derecho, sin embargo, Hart respecto a los casos en los que a la atribución de un derecho no corresponda una facultad de escoger, se limita a observar: “Si hay derechos subjetivos irrenunciables esos necesitan de un tratamiento especial”. En efecto más que cualquier objeción puesta por los sostenedores de la teoría del interés, es el mismo Hart que indica el límite de su construcción, sin embargo, este límite constituye el mérito si releemos la teoría de los derechos subjetivos a la luz del análisis de la sociología de Germani.

En verdad, Hart, aplicando su propio peculiar método de “análisis” en el lenguaje jurídico del novecientos, individualiza el desarrollo de un uso peculiar de la afirmación: “un sujeto tiene el derecho de expresar su propio pensamiento” o también “un sujeto tiene derecho de pretender la restitución del bien arrendado”, estas afirmaciones de los derechos subjetivos, aún con sus evidentes diferencias ligadas al diverso contexto y a la diversa amplitud de iguales expresiones, ellas tienen en común lo que el sistema jurídico en las sociedades modernas – fundado sobre el reconocimiento iusnaturalista de *igual libertad para todos los seres humanos* – se orienta siempre más claramente hacia la imposición de obligaciones que son hechos dependientes de la elección del sujeto, titular del derecho subjetivo o de su representante.

En términos socio-jurídicos relevamos esta peculiaridad del surgir y difundirse de los derechos entendidos como instrumentos de acción social que refuerzan las elecciones de los sujetos. Estas observaciones muestran también cómo en el sistema jurídico, como lo previsto por Germani, haya progresivamente prevalecido la acción electiva en desmedro de la acción prescriptiva. “En el caso de acción electiva existe también un marco normativo que regula los fines, los medios y las relaciones entre ellos, pero ese marco normativo se caracteriza por el hecho de imponer cierta elección en lugar de prescribir cierto curso de acción fijo, en respuesta a cada situación socialmente tipificada” (Germani, 1965: 56).

En suma, el mismo diferenciarse del sistema jurídico hacia la afirmación generalizada de los derechos subjetivos, mina desde dentro la fuerza imperativa y la misma coerción del derecho que cada vez menos se puede concebir como un tótem al que se le debe una ciega obediencia.

La acción prescriptiva, sin embargo, no ha desaparecido del sistema jurídico y por el contrario podemos hipotetizar que en tal subsistema social se conserve, más que en otro, estructuras preceptivas que ponen límites insuperables a la libertad individual. Sin recurrir a las típicas ejemplificaciones del derecho penal es suficiente recordar los derechos “indisponibles” a los que hacía mención Hart; son indisponibles, en algunos ordenamientos, los derechos de la personalidad, los derechos sobre sus propios órganos por lo que, fuera de las hipótesis normadas en forma heterónoma de la donación de los órganos, no depende de la elección del titular del derecho la posibilidad de que mediante consentimiento o autorización le sean extraídos sus órganos. En mi país, no depende de la elección de la mujer la posibilidad de utilizar su propio útero para favorecer un deseo de maternidad de otra persona, no realizable por vía natural. Iguales derechos, ya sea referidos a particulares, pueden ser realizados sólo a través de modalidades determinadas por el derecho objetivo; la acción de los particulares no expresa entonces una elección individual sino la del grupo de referencia o de la sociedad en general, que a través del derecho expresa elecciones de valor y afirmaciones de principios inderogables. Los derechos indisponibles expresan una típica forma de acción prescriptiva en el sistema jurídico.

### **La lucha por el derecho y los derechos “conflictivos”**

La contribución directa de la sociología de Gino Germani a la comprensión del sistema jurídico está hecha por los estudios sobre la marginación social de los años sesenta del siglo pasado. Este tema ha jugado un papel clave en la reflexión del sociólogo de su primera y extensa teoría en 1973 – expresada en su ensayo “El Concepto de marginalidad” – hasta que apareció el ensayo póstumo, en los Estados Unidos, con el título de *Marginality* (1980).

Germani es el autor de una coherente, original y potencialmente completa teoría “de rango medio” sobre el tema de la marginalidad y adecuada para guiar la investigación empírica; la relevancia de la teoría de Germani puede explicarse por el hecho de que está conectada a un horizonte más amplio - la sociología de la modernización - en particular a los estudios del cambio social en la cultura occidental y a la transición de formas corporativas de la pre-modernidad hasta formas totalmente moderna (Delfino, 2012). El sociólogo ítalo-argentino ofrece una definición aparentemente simple de la marginalidad: como “exclusión de los derechos” o “falta de participación” de individuos y grupos en aquellas esferas en las

que deben participar según criterios específicos, según un esquema normativo en el que el primero y fundamental criterio es precisamente el principio de igualdad.

Germani ha destacado tres elementos en la definición de marginalidad:

- 1) la marginalidad *aparece* como una situación de no participación (o de exclusión según los casos) en áreas determinadas del *quehacer social*, de una variedad de roles que todo individuo debería poder desempeñar, ya sea en términos de participación pasiva (consumo de bienes y de servicios) – ya sea en términos de participación activa bajo formas de intervención en la toma de decisiones, según una distinción adoptada por algunos estudiosos, ya sea en toda las otras formas que pudieran no estar comprendidas en esa clasificación.

- 2) la *percepción* de la marginalidad como no participación (a menudo combinada con exclusión forzosa, legal/o de hecho o como resultante de segregación o situaciones semejantes), se genera de una determinada *concepción normativa* del conjunto de derechos que corresponden al ser humano en cuanto tal, y, sobre todo, de los principios de igualdad y de libertad. Esta última concebida no sólo como un derecho formal, sino, particularmente como ejercicio concreto tanto en las esferas que afectan directamente a la vida de cada individuo, como en aquellas en que se trata de su comunidad local, de su ubicación, así como en el nivel más amplio de la sociedad nacional.

- 3) la *noción* de marginalidad no es más que la última – o la más reciente – expresión del proceso iniciado en el mundo moderno desde el iluminismo hacia la conquista de los “derechos del hombre” y la extensión progresiva de los mismos a todos los sectores de la sociedad, a todos sus órdenes e instituciones a todos los grupos y categorías sociales y, por fin, a todas las áreas dentro de un país y a todos los países dentro de un sistema internacional que, ahora, abarca el planeta entero” (Germani, 1973: 33-37).

Este paradigma, generalmente atribuido a los estudios de Germani, se caracteriza por ofrecer una explicación sistémica y estructural de la participación social y política. El grado de participación y el compromiso de los individuos dentro de cualquier sistema político, están estrechamente relacionados con la posición que ocupan en la estructura de oportunidades sociales. Sin embargo, el contraste entre "centro" y "periferia" del sistema es, cada vez, menos capaz de representar, aunque sólo sea metafóricamente, la complejidad de la sociedad posmoderna, pero el paradigma estructural de la participación sigue ofreciendo, sobre todo en los estudios socio-legales, pistas de reflexión y sigue teniendo amplio poder explicativo (Quiroz Vitale, 2015). Siempre que este concepto se entienda en su dimensión de proceso. La palabra “participación” evoca acciones, actividades y cambio. En esta perspectiva, la no participación no expresa una condición estática – la lejanía de un mítico centro de la sociedad – sino que más bien se refiere a una situación histórica, cultural y política y consiste en el impedimentos a la realización de la participación plena y real de algunos grupos en desmedro de otros (Giardiello, 2011: 124).

Por lo tanto, el contraste entre los dos paradigmas es más aparente que real si se entiende correctamente el segundo paradigma, el de Germani, a la luz de una concepción procesual y conflictual implícita en la dinámica de la modernización (Germani, 1973: 66-69).

El núcleo normativo al que hace referencia Germani, introduce, pues, una dimensión del "deber ser" de la participación en todos los principales campos de acción social y la atribución de derechos y correlativos deberes de participación: el derecho a la educación y el deber de cuidar la propia educación, el derecho al trabajo y el deber de trabajar, etc. Sin embargo, la participación se vuelve problemática y conflictual, haciendo visible la marginalidad, con relación al elemento normativo, sólo en sociedades en las que coexisten varios esquemas normativos o en los que el esquema dominante haya perdido coherencia interna.

La Participación se vuelve problemática con referencia a las contradicciones de los mensajes normativos. Mientras que en la época premoderna o durante la primera modernidad, permanecían fuertes las tradiciones del pasado, las grandes elecciones eran imputables más al grupo o a la familia y señalaban, en todo caso, sólo algunos aspectos decisivos de la vida individual, hoy en cambio las elecciones se dan en todos los campos de la existencia y, como observaba el sociólogo italiano Melucci: "Las decisiones deben ser siempre renovadas porque las que hemos hecho ayer se esfumaron. Encontramos la necesidad de decidir continuamente, sabiendo que la incertidumbre queda como una condición que tenderá a re-aparecer" (2010: 105). El empuje a la participación y por lo tanto a la distinción entre sectores participantes y sectores marginales de la sociedad, se inscribe en este escenario, en el que los individuos están llamados a escoger los valores y las normas en el marco de un complejo pluralismo político y jurídico. La participación deviene esencial porque a través de ella los individuos iguales y libres pueden ponerse de acuerdo sobre los valores y las normas que regulan la acción.

También, entonces, el núcleo normativo está disponible a la continua y recurrente revisión de las reglas sociales, de los valores y de las normas éticas y jurídicas que permiten a los individuos a actuar socialmente. Los sectores marginales no están entonces también bajo este perfil necesariamente, aquellos pobres o desviados, pero son aquellos para los cuales las reglas y el núcleo normativo de la sociedad son un dato externo respecto a la propia capacidad de acción y relación, mientras que los sectores participantes son aquellos que recurren a crear y redefinir continuamente el cuadro normativo - de por sí elástico, provisorio y mutable - de la sociedad a través de la participación en la vida económica, en la vida política, en las elecciones colectivas, a través del ejercicio de los derechos y en el acceso en el sistema de welfare (o Bienestar), a través de la creación de ámbitos de vida asociativa fuera de las instituciones estatales, a través de las actividades gratuitas y voluntarias, a través de las manifestaciones religiosas o espirituales y de pensamiento, a través del acceso y la creación de la cultura culta o popular.

Podemos ahora buscar una respuesta a las siguientes preguntas ¿qué significa considerar "marginal" a quien haya sido excluido de derechos? ¿Esta expresión es equivalente a la de "falta de participación"? Si consideramos a los derechos, significativos en la hipótesis de su exclusión, los subjetivos y disponibles, entonces "exclusión de los derechos" significa reducción de la capacidad de actuar socialmente a través de la elección que se atribuye al titular de los derechos y, correlativamente, sujeción al derecho objetivo, coercitivo, prescriptivo cuya acción constrictiva no depende de la elección del titular del derecho. Como la marginalidad entendida como "falta de participación" es el lado oscuro de la participación activa de los grupos y de los particulares en la construcción de las mismas estructuras sociales y de las relaciones que componen los varios sistemas y subsistemas de

la sociedad en su conjunto; así la marginalidad definida como exclusión de los derechos señala lo inacabado y el regreso del fenómeno global de extensión universal de los derechos (subjctivos disponibles) que –por su íntima estructura- llevan consigo la referencia a la facultad de elegir de su titular y entonces, más que otro derecho, son coherentes con la estructura electiva la acción moderna.

Los derechos, como muestra Germani, son transversales –también Hart a menudo subraya la insuficiencia de una descripción de los derechos basada sobre el tipo de “contenido” objeto del derecho – y la frontera de su reconocimiento/exclusión delinea en cada subsistema la línea de sombra de la marginalidad.

Las luchas de la marginalización de la que Germani nos ha dado algunos ejemplos fundamentales históricos, son las luchas para la salida de individuos y grupos del sector marginal a través de las posibilidades de la acción social reforzada que la atribución de un derecho (subjctivo disponible) permite, dado que es el titular del derecho que hace una elección. Por eso solamente el sujeto está en grado de influir – en términos moralmente justificados – sobre el accionar social de uno o más sujetos que, en dependencia de la elección del titular del derecho, podrán obrar en el ámbito de cursos de acción o inacción delineados por las normas jurídicas. La exclusión de los derechos, viceversa, des potencia -no tanto en términos simbólicos, pero sobre todo en términos concretos- la posibilidad de actuar electivamente en forma eficaz y entonces de participar en la construcción de la sociedad de la que forma parte.

Ahora la “lucha por el Derecho” se conduce, por ejemplo, en el campo de la moral familiar y sexual, y se desarrolla a través de la reclamación de nuevos derechos como “los matrimonios entre personas del mismo sexo”, la “adopción del hijo de la pareja del mismo sexo”, el “útero en alquiler” y así por el estilo.

Es de observar, sin embargo, que no todo derecho subjctivo está disponible. Las luchas de los grupos marginales para transformar derechos no disponibles en otros tantos derechos que dejan al titular la facultad de elección son las más ásperas y las que suscitan mayores conflictos porque ponen en discusión los valores fundantes de la sociedad y los comportamientos prescriptivos que individualizan en un sólido núcleo no negociable, disuelto el cual la integración social se vuelve problemática.

Las resistencias y las invitaciones a la prudencia en el reconocimiento de estos pedidos me parece justificadas en cuanto no se trata sólo de una cuestión de extensión de los derechos (subjctivos y disponibles) sino de una transformación de la naturaleza de los derechos mismos; su paso del núcleo prescriptivo al electivo con una serie de consecuencias en cascada sobre la sociedad difícilmente previsibles y con la posibilidad de efectos no queridos ni deseados que imponen, en todo caso, una reflexión seria.

## **Conclusión**

Las reflexiones, desarrolladas en este trabajo, concuerdan perfectamente con las observaciones de los grandes juristas civilistas según los cuales la voluntad y la iniciativa de las personas es importante mas no absoluta porqué el individuo puede hacer solo lo que, satisfaciendo sus propias necesidades, sea socialmente útil, así los derechos subjctivos son: “los poderes, facultades, situaciones o autorizaciones que confieren, garantizan y protegen el

ordenamiento jurídico (Derecho Objetivo) a los sujetos de derecho, aparte de su capacidad de querer, para la satisfacción armónica de las necesidades (intereses) individuales y sociales, cuyo ejercicio dentro de los límites del propio ordenamiento, está librado a la iniciativa de su titular o de su representante” (Torres Vásquez, 2015: 396-38)

Lo que parece evidente es que el sistema jurídico, como orden social, parece recorrido por un dualismo irreductible: actuar electivo y actuar prescriptivo concurren en la sociedad aún en la postmoderna, con la prevalencia del primero sobre el segundo. Así los derechos, también los subjetivos, siguen siendo en parte disponibles y en parte no disponibles, con una extensión progresiva de los derechos que atribuyen a la elección del titular un valor esencial, pero sin que pueda hipotetizarse un orden jurídico, carente de tractos prescriptivos, entendido en sentido Germaniano esto es constituido por normas que no les atribuyen a los destinatarios una ventaja de escoger, sino que establecen uno y solo un camino de acción. No podemos entonces hacer otra cosa que relieves como sea irreal hipotetizar una *reductio ad unum* (reducir a uno) la definición de los derechos. Los derechos - como las estructuras del accionar - quedan dos: los derechos disponibles y los no disponibles. La objeción, que la existencia de derechos que no dependen de la elección de sus titulares impugnaría el análisis de Hart y por tanto le quitarían prestigio a menos que se considere la naturaleza dual de los derechos; al contrario, desconocer esta dualidad conduce al análisis defectuoso de la realidad de los discursos jurídicos y a conclusiones científicamente erradas.

## Referencias bibliográficas

- Delfino, A. (2012). La noción de marginalidad en la teoría social latinoamericana: surgimiento y actualidad. *Universitas humanística*, 74, pp. 17-34
- Fabre, C. (2012). Derechos póstumos. En M. K. Kramer, C. Grant, B. Colburn & A. Hatzistavrou (eds.), *El legado de H.L.A. Hart. Filosofía jurídica, política y moral*, Madrid: Marcial Pons
- Germani, A. (2004). *Gino Germani: del Antifascismo a la sociología*, Buenos Aires: Taurus.
- Germani, G. (1965). *Política y Sociedad en unepoca de transición. De la sociedad tradicional a la sociedad de masas*, Buenos Aires: Paidós.
- Germani, G. (1973). *El concepto de marginalidad*, Buenos Aires: Nueva Visión.
- Germani, G. (1980). *Marginality*, New Brunswick: Transaction Publishers.
- Germani, G. (2006). Anomia y desintegración social. En Blanco A. (ed) *Gino Germani: la renovación intelectual de la sociología*, Bernal: Editorial de la Universidad Nacional de Quilmes.
- Giardiello M. (2011). *Sociologia della Marginalità. Il contributo di Gino Germani*, Roma: Carocci.
- Hart, H.L.A. (1989). Definition and Theory in Jurisprudence. En *Essays in Jurisprudence and Philosophy*, Oxdord: Claredonn Press.

Hart, L.H.A. (1990) ¿Existen los Derechos Naturales?, *Estudios Publicos*, 37.

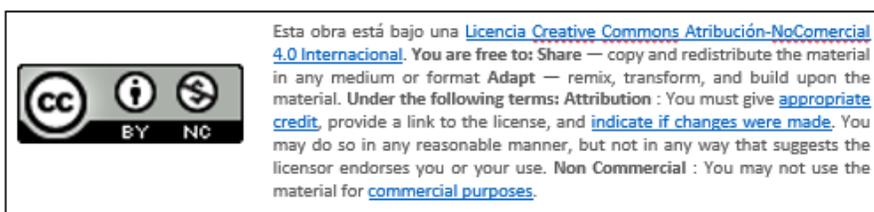
Jaramillo Jiménez J. E. & Cáceres D. O. (2011). Gino Germani y la historia de la sociología en Argentina. Entrevista al sociólogo Alejandro Blanco, *Revista Colombiana de Sociología*, 34, 2.

MacCormick, N. (1976). Children's Rights: A Test-Case for Theories of Right, *Archiv für Rechtsund Sozialphilosophie*, 62

Quiroz Vitale M. A. (2015), *Gino Germani sociologo dei diritti e delle libertà*, Mimesis, Milano-Udine.

Torres Vasquez, A. (2015), *Introducción al Derecho. Teoría general del Derecho*, Lima: Instituto Pacifico.

Valencia Zea, A. (1979). *Derecho Civil*, Bogotá: Temis.



DOI: 10.26612/2525-0469/2018.6.01