

[2] NINO, Carlos S., El concepto de Derechos Humanos

## CAPÍTULO PRIMERO

### EL CONCEPTO DE DERECHOS HUMANOS

#### INTRODUCCIÓN

Este capítulo pretende ocuparse de un tema de índole conceptual. A diferencia de los capítulos siguientes, aquí no se encarará la cuestión de cómo pueden fundamentarse los derechos humanos - y, en consecuencia, cuáles son tales derechos-, sino la de precisar la noción de derechos humanos, es decir establecer las condiciones de aplicabilidad de la expresión "derechos humanos".

Esta distinción entre análisis conceptual y un desarrollo teórico de carácter normativo o justificatorio requiere alguna aclaración, ya que está amenazada por confusiones que pueden perjudicar a ambas tareas. A primera vista la legitimidad de la distinción parece indiscutible: la tarea de elucidación conceptual es previa e independiente de la de la valoración de los fenómenos referidos por los conceptos en cuestión, ya que sin tal elucidación no es posible determinar qué es lo que se está valorando.

Sin embargo, tal vez podrían extenderse a esta distinción las dudas que han surgido<sup>1</sup> acerca de la distinción paralela entre juicios analíticos y juicios sintéticos, o con contenido fáctico. En el caso de la distinción presente entre juicios analíticos (o sea juicios que involucran un análisis conceptual) y juicios valorativos o normativos, las dudas podrían presentarse de este modo: si se parte de la base de que el análisis de un concepto como el de derechos humanos no consiste en dar cuenta de alguna esencia inobservable, reflejada por el concepto en cuestión, que esté de algún modo intercalada en la realidad, entre los hechos observables, se hace difícil determinar cuáles son los criterios que guían tal análisis. Obviamente la tarea de elucidación conceptual pretende ofrecer algo más que una buena investigación lexicográfica acerca del uso de una cierta expresión lingüística, tal como la que se lleva a cabo en la confección de un diccionario. Tampoco se satisface esa tarea con la propuesta de definiciones estipulativas, que simplemente expresan la decisión del hablante de usar una palabra con cierto significado o la recomendación de que otros así la empleen; si fuera de esta manera carecerían de sentido todas las controversias que la elucidación conceptual suele provocar. Se afirma que la tarea filosófica fecunda pasa por una vía intermedia constituida por la reconstrucción racional de un concepto<sup>2</sup>; ella consiste en la transformación de un concepto inexacto y vago empleado en algún ámbito por otro más preciso y exacto que pueda ser usado en la mayoría de las ocasiones en que se usa el concepto anterior. Pero el hecho es que hay múltiples alternativas para dar precisión a un concepto vago, y, admitiendo que la mayor precisión implica necesariamente restringir en algo el ámbito de aplicabilidad del concepto, todas las alternativas pueden ser incomparables en cuanto a la capacidad del concepto reconstruido para reemplazar en diferentes ocasiones al concepto original. En relación con un caso como el de la noción de derechos humanos, no se ve qué otra cosa podría hacerse que no fuera ofrecer una larguísima lista de definiciones más o menos precisas asociadas de algún modo con el empleo de la expresión en algún contexto. Sin embargo, sólo algunas definiciones serán de utilidad, y ellas son las que recogen distinciones que

---

<sup>1</sup> Estas dudas surgieron, principalmente, a partir del artículo de Quine, W. V. O., *Two Dogmas of Empiricism*. en "From a Logical Point of View", New York. 1963, p. 21 Y siguientes.

<sup>2</sup> Acerca de esta idea de reconstrucción racional, ver Alchourrón, Carlos E. - Bulygin, Eugenio, *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales*, Bs. As., Astrea, 1975.

son relevantes en el esquema valorativo o justificatorio en cuyo marco opera la noción de derechos humanos.

Por lo tanto, no tiene sentido una elucidación conceptual -más allá de la mera investigación lexicográfica- que se lleve a cabo con independencia de la elaboración de la teoría -en este caso de índole normativa- que emplea el concepto en cuestión.

No obstante, se podría replicar que esta objeción es sólo parcialmente legítima: por un lado, es cierto que la articulación de la teoría que incorpora el concepto determina en última instancia cuáles son sus propiedades relevantes. Por ejemplo, si nuestra teoría normativa no puede justificar una diferencia básica entre el tratamiento debido a los hombres y el que se debe dar a los demás animales, no tendría sentido proponer un concepto de derechos individuales que sea aplicable sólo a los seres humanos. Pero, por otro lado ya se ha dicho que no puede haber valoración si no se identifica previamente -a través de ciertos conceptos- lo que se valora, y supone una perniciosa confusión pensar que la identificación en cuestión se constituye a través de la valoración, de modo que lo que parecen enunciados normativos sustantivos terminan siendo, en última instancia, enunciados analíticos. Esto implicaría desentenderse de la dimensión pragmática -la apelación a la acción- inherente a una teoría normativa y ausente en un mero esquema conceptual.

La forma de conciliar estas consideraciones consiste, según creo, en admitir que hay un proceso de ajustes mutuos entre la elucidación conceptual y la elaboración de la teoría en cuyo marco opera el concepto: se comienza con una caracterización provisoria de la noción en cuestión tomando en cuenta rasgos que se supone a priori teóricamente relevantes. Ello permite articular una teoría sustantiva que requiere la identificación de los fenómenos o situaciones denotados por tal noción. La articulación de la teoría hace posible, a su vez, perfilar mejor el concepto en cuestión, tal vez incluyendo en su designación propiedades teóricamente relevantes que habían pasado inadvertidas al comienzo del proceso o excluyendo rasgos que no son teóricamente significativos.

Éste es el proceso que voy a comenzar aquí en relación con la noción de derechos humanos. Es obvio que este concepto se fue moldeando en el contexto de cierta concepción moral sustantiva que fue marcando algunos de sus rasgos distintivos.

Pero no se puede esperar a hacer explícitos los aspectos básicos de esa concepción para caracterizar el concepto de derechos humanos, ya que este concepto debe ser empleado en la articulación de la concepción. Por lo tanto es necesario que adelante una caracterización provisional de la noción, dejando abierta la posibilidad de que el desarrollo de la concepción valorativa que fundamenta el reconocimiento de ciertos derechos humanos muestre que hay rasgos distintivos de éstos que fueron pasados por alto.

## **2. LOS DERECHOS HUMANOS COMO DERECHOS MORALES. EL IUS NATURALISMO**

Un punto conceptual que suele generar agudas confusiones, aun cuando ha gozado de un progresivo esclarecimiento en los últimos tiempos, es el de la especie de derechos a la que se alude cuando se habla de derechos humanos. Aunque - sobre todo en castellano- parece un pleonasma hablar de "derechos jurídicos" y huele a inconsistencia referirse a "derechos morales", tiene pleno sentido preguntarse si los derechos humanos son de índole jurídica o

moral o si corresponden a esa categoría mestiza constituida por el derecho natural (o si pueden ser a la vez morales, jurídicos y "jurídico-naturales").

Aquí conviene aclarar qué quiere decir que los derechos humanos sean de una u otra índole. Se presupone<sup>3</sup> que las proposiciones acerca de derechos en general y de derechos humanos en especial (así como las que aluden a deberes, responsabilidades, etc.) son equivalentes a proposiciones acerca del contenido de reglas o principios de un determinado sistema normativo. Según sea el carácter moral, jurídico o de derecho natural del sistema normativo aludido por tales proposiciones, así será la índole de los derechos referidos por los enunciados originarios.

A primera vista, parece obvio que cuando hablamos de derechos humanos aludimos a situaciones normativas que están estipuladas en disposiciones de derecho positivo nacional e internacional, como los arts. 14 y 18 de la Constitución de la Nación Argentina, o en el Pacto internacional de derechos económicos, sociales y culturales de 1966. Con esta interpretación los derechos humanos serían primordialmente derechos jurídicos, tanto como, por ejemplo, el derecho que tiene en la Argentina un locador para desalojar de un inmueble al locatario que debe dos meses de alquiler. No hay dudas de que en muchos contextos, por ejemplo en referencias históricas, cuando se habla de derechos humanos se hace mención a estos derechos jurídicos. Pero en los contextos en que la alusión a derechos humanos adquiere una importancia radical para cuestionar leyes, instituciones, medidas o acciones, esos derechos no se identifican con los que surgen de normas del derecho positivo sino que, en todo caso, se entiende que los derechos jurídicos así creados constituyen sólo una consagración, reconocimiento o medio de implementación de aquellos derechos que son lógicamente independientes de esta recepción jurídica.

Se reclama el respeto de los derechos humanos aun frente a sistemas jurídicos que no los reconocen y precisamente porque no los reconocen. Por ejemplo, frente a una protesta por el hecho de que en la Unión Soviética no se reconoce el derecho a formar asociaciones políticas distintas del partido comunista, no cabe la réplica de que el orden jurídico soviético no admite tal disenso, ya que ella, de ser cierto, abonaría precisamente la protesta.

La percepción de esta circunstancia ha llevado, desde hace siglos, a muchos teóricos a sostener la tesis de que los derechos humanos tienen origen no en el orden jurídico positivo sino en un "derecho natural", o sea en un sistema normativo que se caracteriza por el hecho de que el criterio según el cual ciertas normas pertenecen a él no está basado en actos contingentes de dictado o reconocimiento por parte de ciertos individuos, sino en su justificación intrínseca. Bajo el amparo de esta idea es que el reconocimiento de los derechos humanos se fue materializando en el desarrollo espiritual de la humanidad, como lo ilustra, por ejemplo, la Declaración de la Independencia de los Estados Unidos.

En otro lugar<sup>4</sup> he sostenido que el iusnaturalismo puede caracterizarse por la defensa de dos tesis fundamentales: a) que hay principios que determinan la justicia de las instituciones sociales y establecen parámetros de virtud personal que son universalmente válidos independientemente de su reconocimiento efectivo por ciertos órganos o individuos; b) que un sistema normativo, aun cuando sea efectivamente reconocido por órganos que tienen acceso al aparato coactivo estatal<sup>5</sup>, no puede ser calificado como derecho si no satisface los principios

---

<sup>3</sup> Ver este punto en Nino, Carlos S., *Introducción al análisis del derecho*, Bs. As., Astrea, 1980, p. 196 Y Martin, R. - Nickel, J. W., *Recent Work on the Concept of Right*, en "American Philosophical Quarterly", julio 1980, vol. 17, n° 3, p. 175

<sup>4</sup> Nino, *Introducción al análisis del derecho*, p. 28 Y siguientes.

<sup>5</sup> Ver la relevancia de esta propiedad en Nino, *Introducción al análisis del derecho*, p. 127 Y siguientes

aludidos en el punto anterior.

Como sostuve en el mismo y en otros lugares<sup>6</sup>, el positivismo conceptual (por contraste con otras posiciones como el positivismo ideológico), que está representado por autores como Bentham, Austin, Kelsen, Ross, Hart, etc., no se opone, como tal, a la tesis a, sino a la tesis b. Con respecto a la primera tesis los positivistas mantienen posiciones diversas, independientemente de su positivismo. Bentham y Austin la aceptan al defender un sistema ético utilitarista, Hart mantiene hacia ella una actitud cautelosamente abierta, Kelsen y Ross la rechazan terminantemente. En lo que coinciden todos, y es ello por lo tanto lo que es distintivo de su posición común positivista, es en el rechazo de la tesis b, o sea en su afirmación de la tesis opuesta de que la identificación del contenido y existencia de un orden jurídico positivo debe basarse exclusivamente en circunstancias fácticas como la calificada de insuficiente por la formulación de la tesis b, sin recurrir a consideraciones valorativas. Como también he sostenido<sup>7</sup>, esta controversia acerca de la tesis b es una mera disputa verbal y su significación desaparece no bien se abandona el prejuicio esencialista de que debe haber un único concepto de derecho. Si se advierte que pueden coexistir para ser empleados en distintos contextos -tal como de hecho son empleados- tanto un concepto normativo de derecho (que alude a las normas que deben justificadamente ser reconocidas por los órganos estatales) como un concepto descriptivo de derecho (que alude a las normas que son de hecho reconocidas por los órganos estatales), la discusión filosófica de fondo se desvanece, subsistiendo meramente la posible cuestión acerca de cuál de estos conceptos es funcionalmente más adecuado en diferentes contextos (cuestión que es también relativa por la posibilidad de traducir, tal vez con algún costo en economía expositiva, las proposiciones que emplean un concepto en proposiciones que emplean el otro<sup>8</sup>). He aducido que una vez que se comprende esta conclusión -que es tal vez demasiado obvia como para ganar rápida adhesión-, se evapora una buena parte de los problemas tradicionales de la filosofía del derecho que derivan del presupuesto de que hay un único concepto de derecho. ¿Qué ocurre con el problema del origen de los derechos humanos en un supuesto derecho natural?

Esta posición no depende de la aceptación de la tesis b del iusnaturalismo sino que está, en todo caso, asociada con la tesis a que, como dije, los positivistas conceptuales, en su carácter de tales, no rechazan, aunque tienen diversas posiciones a su respecto. Aquí es decisivo identificar en qué puede consistir el disenso de algunos positivistas respecto de la tesis a. En primer lugar, prácticamente todos los positivistas, aun en los casos en que aceptan el núcleo de esta tesis, se resistirán a designar al sistema de principios con el rótulo "derecho natural". Ello es así, creo, por dos razones. La primera, porque esta terminología que incluye la expresión "derecho" puede generar confusiones que involucren introducir subrepticamente la tesis b del iusnaturalismo, impidiendo que se cuente con un concepto puramente descriptivo de derecho. La segunda posible razón general por la que los positivistas no son proclives a denominar "derecho natural" al conjunto de principios aludidos por la tesis a es que ello puede sugerir -no sólo por razones etimológicas sino por el contexto histórico en que surgió la expresión- una particular concepción metaética acerca de la forma de fundamentar tales principios, a saber: a través de su derivación de proposiciones acerca de la naturaleza humana, y más específicamente, a través de su derivación del enfoque aristotélico-tomista de la naturaleza humana. Si bien algunos positivistas

---

<sup>6</sup>Nino, *Introducción al análisis del derecho*, p. 37 Y ss.; *Los conceptos de derecho*, en "Crítica", agosto 1981, vol. XIII, n° 38, y *Dworkin and Legal Positivism*, en "Mind", octubre 1980, vol. LXXXIX, n° 356, p. 519 Y siguientes

<sup>7</sup> Nino, *Los conceptos de derecho*, en "Crítica", agosto 1981, vol. XIII, n° 38.

<sup>8</sup> Nino, *Los conceptos de derecho*, en "Crítica", agosto 1981, vol. XIII, n° 38

-como Bentham- no son del todo enemigos de la idea de que la fundamentación de los principios a que alude la tesis a -el principio utilitarista para Bentham- esté conectada con hipótesis acerca de la naturaleza humana, los positivistas prefieren recurrir a expresiones de uso corriente o de cuño filosófico, que sean más neutrales respecto de la cuestión de fundamentación, aunque hacen referencia a prácticamente lo mismo que se alude con la expresión "derecho natural", es decir, a un conjunto de principios ideales que proveen una justificación final de instituciones y acciones. De este modo se suele hablar de concepciones "axiológicas" o "valorativas" o "ideológicas", o de principios de una "moral ideal o crítica", o de "teorías de ética normativa", etcétera. Esta diferencia terminológica no implica una diferencia sustancial de enfoque acerca del carácter de los principios de los que derivan los derechos humanos, sino que simplemente elimina posibles implicaciones acerca de la fundamentación de tales principios<sup>9</sup>.

Esta cuestión de fundamentación, si bien es obviamente de vital importancia, no es relevante para el concepto de derechos humanos (nadie diría que dos personas usan la expresión "derechos humanos" con diferentes significados sólo por el hecho de que difieren acerca de cómo fundamentar los principios ideales a los que aluden con tal expresión).

Pero, por supuesto, es obvio que algunos positivistas se oponen a la tesis de que los derechos humanos están establecidos por principios de derecho natural, no por una cuestión superficial de terminología, sino por la razón de fondo de que -en contra de lo que sostiene la tesis a del iusnaturalismo- según ellos no existen principios ideales que justifiquen en última instancia instituciones o acciones (llámeselos como se los llame), o alternativamente, de que tales principios no son universalmente válidos sino relativos a épocas y circunstancias, o de que ellos no son cognoscibles a través de procedimientos intersubjetivos. Por supuesto que esta posición muy difundida (que suele recibir las denominaciones de subjetivismo, relativismo o escepticismo ético -no obstante las diferencias sustanciales que hay entre estas tesis filosóficas, como después vamos a ver-) involucran un desafío muy serio e ineludible, que trataré de encarar en el capítulo siguiente. Pero lo que ahora interesa es determinar cómo esta posición afecta al concepto de derechos humanos, o, en otras palabras, lo que debe preocuparnos es si tenemos necesariamente que tomar partido respecto de ella para caracterizar una noción provisional de derechos humanos que sea operativa para la articulación de una cierta teoría normativa. La respuesta es, obviamente, que, como en el caso de la objeción anterior, está en nosotros la alternativa de caracterizar una noción tal que deje abierta también esta cuestión (que está asociada, por supuesto, con la precedente) de modo de permitir contar con herramientas conceptuales que deberán ser usadas al encarar en última instancia ese mismo problema de fundamentar los principios de justicia básicos.

La neutralidad frente a la posición escéptica se satisface eliminando toda exigencia de que los principios aludidos por la expresión "derechos humanos" existan o sean cognoscibles. Es importante distinguir aquí una tesis semántica de una tesis ontológica y de una tesis epistemológica: el hecho de sostener que un concepto alude a ciertas entidades o fenómenos no implica sostener que ellos existan o que sean cognoscibles, de lo contrario sería imposible interpretar las mitologías como tales. Creo que con esta aclaración fundamental los escépticos en materia ética podrán aceptar la tesis de que los derechos humanos son derechos establecidos por principios morales, por más que agreguen a continuación que tales derechos son, en consecuencia -como los principios de los que derivan-, relativos, subjetivos o inexistentes.

Tal vez será prudente que diga algo más positivo acerca de qué entiendo por "principios morales", ya que he obliterado toda referencia a su fundamentación como parte del concepto

---

<sup>9</sup> Ver este punto en Feimberg, J. Social Philosophy, New Jersey 1973, pag, 85

de derechos humanos. En el capítulo III voy a hacer un análisis más exhaustivo del concepto referido por esa expresión.

Por el momento sólo necesito adelantar sucintamente la mención de algunos rasgos distintivos que permiten eludir confusiones con otros estándares que son ajenos al concepto que estoy analizando: a) los principios morales a que aludo son tales que si existieran, su existencia estaría dada por su validez o aceptabilidad y no por su reconocimiento efectivo o aceptación real por ciertos individuos; no son, en consecuencia, principios de una moral positiva sino de una moral crítica o ideal que puede o no tener vigencia en algún ámbito; b) si estos principios fueran aceptados para justificar ciertas conductas, ellos serían aceptados como justificación final de esas conductas; es decir, no hay principios de otra clase que prevalezcan sobre ellos para valorar una acción que esté comprendida en su dominio; c) los principios morales pueden valorar cualquier conducta (en especial, tanto acciones que sólo conciernen al agente como las que interesan a terceros; tanto acciones de funcionarios como de particulares, etcétera). Si una conducta está o no sometida a valoración moral no puede determinarse a priori, sino que depende del contenido de los principios morales básicos.

### **3. LA RELEVANCIA DE LOS DERECHOS MORALES PARA LA TEORÍA Y LA PRÁCTICA JURÍDICAS**

Frente a la conclusión de que los derechos humanos son derechos de índole moral y no jurídica algunos podrían inferir que ellos son, en consecuencia, irrelevantes para la teoría y la práctica del derecho. Sin embargo, esto es un error, y lo es aun cuando presupongamos un concepto positivista, o sea puramente descriptivo y no valorativo, de derecho o sistema jurídico.

El equívoco fundamental en que incurren los autores autodenominados iusnaturalistas respecto de la posición positivista es el de suponer que, cuando ella se expresa diciendo que la adecuación a pautas de justicia es irrelevante para determinar el contenido y existencia de un orden jurídico, ello implica que tal adecuación también es irrelevante cuando se trata de evaluar el derecho o de decidir si él debe ser obedecido, reconocido o aplicado. La identificación de un sistema jurídico es una cuestión teórica que puede resolverse en forma valorativamente neutra (dependiendo por supuesto del concepto de derecho que se presuponga); la decisión acerca de qué actitudes y qué curso acción debe adaptarse frente a un cierto orden jurídico o ante una determinada norma jurídica, es una cuestión práctica que, como voy a tratar de mostrarlo a continuación, no puede resolverse sin comprometerse, explícita o implícitamente, con ciertos principios de justicia y moralidad social, como los que establecen derechos individuales básicos.

Si el derecho se caracterizara, como pretenden los positivistas, sobre la base de una secuencia compleja de hechos, las proposiciones acerca de lo que el derecho dispone serían de índole fáctica y, por lo tanto, no expresarían razones operativas para justificar decisiones aun cuando el derecho fuera determinado. Para justificar sus decisiones los jueces deben recurrir, y de hecho lo hacen explícita o implícitamente, a razones justificatorias, y en un ámbito donde están en conflicto intereses de diferentes individuos, sólo constituyen razones justificatorias -por definición, tal como luego veremos- principios morales considerados válidos (como el principio moral -que seguramente debe combinarse con otros en cualquier sistema plausible- de que debe decidirse según lo que dispone un derecho positivo eficaz). Si se adoptara, en cambio, un concepto normativo y no puramente descriptivo de derecho como el propugnado por los iusnaturalistas (o sea un concepto que denota aquellas reglas que deben ser reconocidas y

aplicadas), las proposiciones acerca de lo que el derecho dispone sí expresarían razones para justificar decisiones, pero ello es así sólo porque en la identificación del derecho ya se ha acudido a los principios de justicia que estarán presupuestos en tales proposiciones. Además todo orden jurídico padece de indeterminaciones, generadas por lagunas, contradicciones, ambigüedades, imprecisiones. y ellas no pueden ser resueltas sin acudir directamente a consideraciones valorativas.

Esto se conecta con la metodología y funciones de la llamada "ciencia jurídica"; o ella abandona su importantísimo papel actual de auxiliar a los jueces a superar las indeterminaciones aludidas (con lo que se transformaría en alguna actividad irreconocible, quizá "científica" pero posiblemente intrascendente<sup>10</sup>), o ella encara las consideraciones valorativas de las que esa superación depende necesariamente. La dogmática jurídica que se desarrolla actualmente en los países de tradición continental europea de hecho toma posición respecto de cuestiones axiológicas, pero lo suele hacer en forma encubierta bajo la pretensión conceptualista de que pueden derivarse soluciones normativas del mero análisis y combinación de nociones jurídicas (como se suele hacer a partir de la supuesta definición de "delito", que claramente no es tal sino que encubre principios valorativos<sup>11</sup>), o de teorías acerca de la "naturaleza" de ciertas instituciones jurídicas, o empleando ciertos "métodos" de la argumentación jurídica<sup>12</sup>. El carácter lógicamente espurio de estos recursos para justificar soluciones jurídicas ya ha sido suficientemente demostrado<sup>13</sup>, poniéndose de manifiesto que las conclusiones en cuestión, por ser de carácter normativo, sólo pueden justificarse sobre la base de normas.

Aquí hay un punto que conviene aclarar, porque es relevante para comprender lo que acabo de decir, tanto respecto de la actividad judicial como de la ciencia del derecho: sostuve que las soluciones normativas, como las que los jueces adoptan y los juristas propugnan, no pueden justificarse sobre la base de proposiciones descriptivas acerca de normas jurídicas bajo un concepto puramente descriptivo de derecho como el propuesto por los positivistas, ya que tales proposiciones describirían en última instancia una secuencia compleja de hechos que, como tales, son compatibles con cualquier decisión. Pero se podría objetar que es absurdo concluir de allí que tales decisiones deben basarse en principios morales, ya que ello implica saltarse la alternativa más obvia: que se fundamenten en las normas jurídicas mismas y no en las proposiciones que las describen. Pero, en primer lugar, como hemos visto, no siempre hay una norma jurídica precisa para justificar acabadamente la decisión que debe adoptarse. En segundo lugar, aun cuando haya tal norma jurídica, ella no puede incorporarse, como tal, al razonamiento justificatorio de un juez o de un jurista con independencia de juicios valorativos. Ello es así porque es esencial al carácter normativo de una norma jurídica o a su distintividad como norma jurídica la existencia de ciertos rasgos que hacen a su formulación y que inevitablemente se pierden cuando se la trata de reproducir en el razonamiento justificatorio que conduce a una decisión. Trátese de razonar, por ejemplo, tomando como premisa una norma que diga: "Levántase desde hoy el estado de sitio en toda la República" y se verá que es imposible continuar el razonamiento. Claro está que se podría cambiar la formulación diciendo, por ejemplo, "el estado de sitio debe considerarse levantado", pero ahora ya no sabemos si se trata de una norma jurídica, de una proposición normativa o de un juicio valorativo que endosa

---

<sup>10</sup> Ver una argumentación más extensa en este sentido en Nino, Carlos S., *Algunos modelos meto do lógicos de "ciencia" jurídica*, Valencia, Ven., 1980.

<sup>11</sup> Ver esto en Nino, Carlos S., *Los límites de la responsabilidad penal*. Bs. As., Astrea, 1980

<sup>12</sup> Ver una crítica de este método en Nino, Carlos S., *Consideraciones sobre la dogmática jurídica*, México, 1974

<sup>13</sup> Ver, p.ej., Ross, Alí, *Sobre el derecho y la justicia*, tr. G. R. Carrió, Bs. As., Eudeba, 1963; Carrió, Genaro R., *Notas sobre derecho y lenguaje*, Bs. As., Abeledo-Perrot, 1968, Y Alchourrón - Bulygin, Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales

cierta norma jurídica. Mi hipótesis, que no puedo detenerme a demostrar aquí, es que cuando los jueces apoyan sus decisiones en normas jurídicas lo hacen a través de juicios que llamo "de adhesión normativa" y que consisten en juicios valorativos que se infieren de principios morales que prescriben obedecer el orden jurídico y de proposiciones descriptivas de ese orden jurídico. Estas consideraciones muestran, según creo, la primordial importancia que tiene para la teoría y la práctica jurídicas la cuestión de ética normativa o sustantiva acerca de cuáles son los principios válidos de justicia y moralidad social y cuáles son sus implicaciones para diversas áreas jurídicas.

Esta importancia es todavía más decisiva en el caso de los principios morales que generan derechos humanos. En otros casos una norma jurídica puede tener un contenido incompatible con lo prescrito por principios morales válidos y, no obstante, ser moralmente obligatoria puesto que su origen en procedimientos moralmente legítimos (como los de índole democrática) hace que prevalezcan las razones en favor de su observancia (razones fundadas en la necesidad de mantener cierto orden y paz social y de respetar aquellos procedimientos) sobre las razones en pro de desobedecerla. Pero cuando se trata del reconocimiento de los derechos humanos, la cuestión es de tal importancia moral que difícilmente esté justificada una norma jurídica -y las decisiones judiciales y administrativas basadas en ella- que negara o retaceara ese reconocimiento, por más que su origen sea legítimo. Ello hace que la atención, aun de jueces y juristas, deba centrarse en determinar cuáles son los derechos humanos que derivan de principios morales válidos, estén o no consagrados en normas jurídicas positivas, ya que, si los derechos que derivan de estas normas no coinciden con aquéllos, se los deberá hacer coincidir por vía interpretativa o se deberá ir más allá de tales normas positivas en tanto se pretenda alcanzar una decisión justificada.

Por ejemplo, si hay un derecho moral básico a no ser torturado, la posición moral de un juez no se altera por el hecho de que aquel derecho no esté consagrado en el sistema jurídico: a diferencia de otros casos en que atenerse a las prescripciones jurídicas puede estar moralmente justificado aunque ellas sean moderadamente injustas, ésta es una situación en que probablemente la decisión no esté justificada si se desconoce un derecho semejante. Naturalmente, esto no implica que sea superflua la consagración jurídica de los derechos humanos: al contrario, tal consagración en el derecho positivo de distintos Estados y en el derecho internacional es una de las grandes conquistas de la humanidad por cuya consolidación debe bregarse constantemente, ya que el reconocimiento jurídico de los derechos humanos los hace más ciertos y menos controvertibles, y, sobre todo, provee de medios (como la declaración de inconstitucionalidad de una ley) para neutralizar su violación. Pero este reconocimiento jurídico, si bien es un paso decisivo para lograr el respeto de los derechos humanos, no es ni necesario ni suficiente para ello: su ausencia no modifica de ningún modo la ilegitimidad de las normas y las decisiones que los desconozcan, y su presencia no exime de la necesidad de recurrir a argumentos morales para establecer los alcances de tales derechos.

## **EL "STATUS" NORMATIVO DE LOS DERECHOS MORALES**

Admitido que los derechos humanos derivan de principios morales, o más precisamente, de un sistema de principios morales, la pregunta que corresponde ahora hacerse es acerca del tipo de situación normativa que tiene que darse para que surjan tales derechos. En otras palabras: ¿surgen derechos morales de una mera ausencia de obligaciones morales o de la adscripción de obligaciones morales a otros; o de la permisón moral positiva de ciertos actos; o de la falta de

competencia moral de las autoridades; o de todas estas circunstancias en conjunto; o de ninguna de ellas sino de alguna situación más básica?

Éste es un problema que se presenta en el análisis del concepto de derecho subjetivo en general, y se reproduce tanto en relación con los derechos jurídicos como con los derechos morales, o sea que se trate de derechos básicos o de derechos derivados. Como se sabe, hay diversas posiciones acerca de cuál es el análisis adecuado de la noción de derecho subjetivo. Vamos a revisar primero, siguiendo las distinciones de Hohfeld, Kelsen y von Wright<sup>15</sup>, algunas propuestas acerca de posibles significados que la expresión "derecho subjetivo" podría tener en enunciados formulados en contextos jurídicos y morales, para ver luego si hay razones para considerar que algunos de ellos son distintivos del tipo de discurso en el que se alegan derechos humanos.

**a) DERECHO COMO AUSENCIA DE PROHIBICIÓN.** En algunos contextos, frases del tipo "tengo derecho a x" se limitan a dar cuenta del hecho de que en el sistema que se toma como referencia no hay una norma o principio que prohíba x (o sea que obligue a -x); esto es lo que Hohfeld llama "libertad" y van Wright "permisión débil"<sup>16</sup>. Salvo que el sistema incluya, lo que es una cuestión contingente, una norma de clausura que permita toda conducta no prohibida -con lo que se pasaría automáticamente al significado siguiente-, aquí se trata, como insisten Alchourrón y Bulygin, de una mera falta de calificación normativa, o sea de una laguna normativa. Esto implica que del solo hecho de que alguien tenga un derecho a cierta acción en este sentido mínimo, no se infiere nada respecto de, por ejemplo, cómo deben reaccionar los demás ante esa acción (la proposición de que no hay una norma que prohíba x es compatible con la proposición de que no hay una norma que prohíba impedir x, o de que hay una norma que permite impedir x).

Esto quiere decir que, en este sentido, el tener derecho a una conducta no implica ningún tipo de protección de esa conducta.

**b) DERECHO COMO PERMISIÓN DIRECTA.** En otros contextos, enunciados de la forma "tengo derecho a x" parecen hacer referencia a la existencia en el sistema de una norma que permite o autoriza la realización de x (esta norma puede ser el principio de clausura a que se aludió en el punto anterior). Digo "parecen" porque, no obstante la existencia de muchas formulaciones de normas que recurren a términos como "derecho", "permiso", "licencia", "autorización", etc., los teóricos están divididos acerca de si éstas son normas autónomas o si son, por ejemplo, reducibles a normas de deber; en este caso, este significado de "derecho" se confundiría completamente con el siguiente, que alude a obligaciones correlativas de otros. Las dudas pueden estar en parte fundadas en el hecho de que no se advierte con claridad cuál es la función pragmática de la emisión de una norma permisiva, a diferencia de lo que ocurre con la de las normas de obligación (aquí la función pragmática de tal emisión parece ser la de influir en la conducta del destinatario). La cuestión posiblemente sea aun más compleja en el caso de los principios morales que en el de las normas jurídicas, ya que en este último caso el análisis de las normas permisivas

---

<sup>15</sup> Kelsen, Hans, *Teoría general del derecho y del Estado*, tr. E. García Maynez, México, 1950, la parte, cap. VI. y *Teoría pura del derecho*. 2a. ed., tr. R. Vernengo, México, 1979, cap. 29; Hohfeld, W. N., *Conceptos jurídicos fundamentales*, tr. G. R. Carrió, Bs. As., 1968; von Wright, G. H., *Norma y acción*, tr. P. García Ferrero, Madrid, 1970.

<sup>16</sup> Hohfeld, *Conceptos jurídicos fundamentales*, p. 50 Y ss.; von Wright, *Norma y acción*

puede avanzar por lo menos hasta el punto de concluir que ellas implican como mínimo una promesa del que las emite de no interferir la conducta permitida (si un policía me permite estacionar en cierto lugar y a renglón seguido me confecciona una boleta, yo puedo concluir o que su permiso no era serio, o que no lo respetó, y, en este caso/reaccionaría como si el agente hubiera violado una promesa de no interferir). En cambio, en el caso de los principios morales esto no parece ser aplicable por no haber, por definición (como luego veremos), un órgano emisor. De cualquier modo se podría sostener que la asociación de los permisos con promesas implica su reducción a normas de obligación, ya que las promesas son deberes autoimpuestos.

**c) DERECHO COMO CORRELATO DE OBLIGACIONES ACTIVAS O PASIVAS DE OTROS.** En muchas situaciones, frases de la forma "tengo derecho a x" hacen referencia a la existencia, en el sistema relevante, de una norma que impone a otros el deber de dejar de hacer x o de facilitarme la realización de x -si x es una acción- o de proporcionarme (o hacerme x) o no quitarme (o no hacerme x) -si x es un bien o beneficio-. Como se ve, las obligaciones pueden ser activas o pasivas, según exijan actos u omisiones. Muchas veces las obligaciones son de tal generalidad - como la de no ejercer violencia contra otro- que sólo constituyen un "perímetro protector" para el ejercicio de libertades del tipo de la subsección a.

Muchos teóricos presuponen que éste es el sentido central de "derecho" (subjeto), y muchos creen que es, por lo menos, el más claro de todos. Esto último constituye un exceso de optimismo, como se advierte apenas se hurga en la relación entre la conducta obligatoria y el goce del derecho por otro: no basta obviamente ser el destinatario de la conducta obligatoria de otros para ser titular del correlativo derecho (el destinatario de la conducta obligatoria del verdugo es el condenado a muerte y no por eso tiene derecho a ser ejecutado).

De ahí que Bentham<sup>17</sup> haya introducido la idea del beneficio, pero esto implica entrar en un terreno resbaladizo puesto que, por ejemplo, los beneficiarios de la conducta de alguien consistente en pagar sus deudas pueden ser, por ejemplo, más que nadie sus familiares, que salen ganando por el hecho de que no le queda dinero para embriagarse como solía hacerla, lo que lo impulsa a trabajar. Otros modifican la idea y hablan del beneficio buscado<sup>18</sup>; pero ¿por quién? ¿Por el que realiza la conducta obligatoria (y puede tener, por. ej., el propósito malicioso de que el acreedor tenga dinero para embriagarse él)?

¿Por quien emite la norma (que vaya a saber qué objetivo real busca)? Además Hart<sup>19</sup> señala que en muchos casos el titular de un derecho frente a un deber es otro individuo que el que obviamente se beneficia: si hago prometer a un amigo que cuidará a mi abuela enferma durante mi ausencia, soy yo y no mi abuela quien tiene derecho a la conducta prometida, a pesar de que es ella y no yo quien se beneficia directamente con su cumplimiento.

**d) DERECHO COMO DEMANDA.** Las consideraciones precedentes llevan a algunos autores a sostener que el significado de derecho como correlativo de deberes de otros debe o bien completarse, o reemplazarse, o alternarse en diferentes contextos con la referencia a la posibilidad del titular del derecho de reclamar o demandar cierta conducta de alguien. Kelsen<sup>20</sup> de nomina "sentido estricto o técnico" al significado de "derecho" según el cual la frase "tengo derecho a x"

---

<sup>17</sup> Ver Bentham, Jeremy, *An Introduction to the Principles of Morals and Legislation*, ed. por J. H. Burns y H. L. A. Hart, London, 1970, p. 207.

<sup>18</sup> Ver Lyons, D., *Rights, Claimants, and Beneficiaries*, en Lyons, D., comp., "Rights", 1979, Belmont Cal., p. 63 Y siguientes

<sup>19</sup> Hart, H. L. A., *Bentham on Legal Rights*, en Lyons, comp., "Rights", p. 84 Y siguientes

<sup>20</sup> Ver Kelsen, *Teoría general del derecho y del Estado*, p. 90 Y siguientes

alude a la existencia en el sistema de una norma que condiciona a la voluntad del individuo en cuestión el deber de un juez de condenar a alguien a la realización de x. Hart<sup>21</sup> también hace resaltar que los casos centrales de derecho se dan cuando se tiene el poder de liberar o no a otro de un deber o de hacerla o no cumplir, y que, en consecuencia, buena parte de los derechos (comprendiendo también a las meras libertades de hacer o no hacer algo en el marco de un perímetro de deberes protectores pero no correlativos) consisten en elecciones protegidas -por el sistema jurídico- cuando se trata de derechos de esa índole. Por su parte, Feinberg<sup>22</sup> 22, poniendo más el acento en los derechos morales que en los jurídicos, a diferencia de los autores anteriores, destaca que lo distintivo de los derechos es que son reclamos válidos (que pueden ser meramente de algo, sin dirigirse a nadie en particular, o pueden además ser contra alguien). Sin embargo, la idea de poder o de posibilidad de demandar o reclamar presenta varias dificultades. En primer lugar, no todo derecho da a su titular la facultad de desobligar a quien tiene el deber correlativo; existen derechos irrenunciables y, en especial (como advierte el mismo Hart), derechos acerca de conductas que son a la vez el contenido de deberes: tal es el caso de los derechos a la educación y al voto. En segundo término, tampoco todo derecho incluye la facultad de demandar, en un sentido fuerte, su cumplimiento o la materialización de las consecuencias normativas de su incumplimiento; ello no ocurre con la mayoría de los derechos protegidos por sanciones penales en relación con la pretensión de que se hagan efectivas tales sanciones. Finalmente, la idea de reclamo o demanda no parece ser constitutiva del concepto de derecho sino presuponer tal concepto: se demanda el cumplimiento de un derecho o se reclama por su incumplimiento; por otra parte, el de demandar es en sí mismo un derecho que es distinguible, aunque sea parasitario, del derecho principal que se demanda.

e) **DERECHO COMO INMUNIDAD.** Aun los autores que defienden algunas de las dos últimas interpretaciones del concepto de derecho -como es el caso de Hart<sup>23</sup> - advierten que ellas no cubren algunas aplicaciones del concepto que son especialmente relevantes para nuestro caso. Se trata de las situaciones en que la frase "tengo derecho a x" se dirige a descalificar alguna regulación o medida adoptada por órganos públicos. Se sostiene que, en este caso, el significado de "derecho" que es pertinente es el que Hohfeld llamaba "inmunidad" y que está constituido por la falta de competencia de un cierto órgano para alterar nuestra situación normativa o para realizar un acto que va en nuestro detrimento. Adviértase que este sentido se asemeja al caso de la subsección a en que lo que describe es la ausencia de una norma, la norma que daría competencia al órgano en cuestión para dictar ciertas otras normas o para realizar determinados actos. Otra alternativa, sugerida por Alchourrón y Bulygin<sup>24</sup>, es que cuando se consagra este tipo de derecho -como las garantías constitucionales- se esté derogando anticipadamente cualquier norma que interfiera la conducta sobre la que versa el derecho. Pero la derogación, según ellos mismos sugieren<sup>25</sup>, es un acto que no genera una norma independiente, sino que tiene el efecto de incidir en la pertenencia de ciertas normas a un sistema según, los criterios que definen tal pertenencia; o sea que, de cualquier modo, este tipo de derechos aluden a una ¡lita de normas y no a la existencia de normas de algún tipo. Esto conduce a preguntar si no estaremos frente a un significado de "derecho" tan poco operativo como el sentido de la subsección a para impugnar acciones o medidas. La falta de competencias para dictar normas parece implicar la inexistencia

---

<sup>21</sup> Hart, H. L. A., *Bentham on Legal Rights*, en Lyons, comp., "Rights",

<sup>22</sup> Feinberg, J., *The Nature and Value of Rights*, en Lyons, comp "Rights", p. 84 Y siguientes

<sup>23</sup> Hart, H. L. A., *Bentham on Legal Rights*, en Lyons, comp., "Rights" p. 146 Y siguientes

<sup>24</sup> Ver Alchourrón, Carlos E. - Bulygin, Ernesto, *Sobre la existencia de las normas jurídicas*, Valencia, Universidad de Carabobo, 1979, p. 94

<sup>25</sup> Alchourrón - Bulygin, *Sobre la existencia de las normas jurídicas*, p. 85

de tales normas, sobre todo si se incluye entre las normas de competencia una especie de regla de reconocimiento aplicable a los actos normativos del poder soberano y nuestro criterio de pertenencia estipula que, salvo esa regla, ninguna norma pertenecerá al sistema si no está dictada por órganos competentes según normas del sistema. Sin embargo, aquí es necesario hacer una distinción: la respuesta anterior es válida cuando los derechos en cuestión son de tipo jurídico; o sea cuando ellos aluden a la falta de competencia jurídica para dictar normas jurídicas. En cambio cuando se trata de derechos morales, ellos aluden a la falta de competencia moral para dictar normas jurídicas y, en este caso, tal falta de competencia no incide, obviamente, en la existencia de las normas jurídicas sino en su validez moral. Pero entonces se reproduce el problema del sentido de la subsección a de "derecho", porque la falta de competencia moral para dictar normas jurídicas no implica necesariamente que haya prohibición moral de hacerla, salvo (como es plausible suponer) que haya un principio moral que establezca tal prohibición para todo caso de falta de competencia; si existiera ese principio moral este sentido se reduciría al sentido de la subsección c.

## **5. UNA PROPOSTA DE RECONSTRUCCIÓN DEL CONCEPTO DE DERECHO MORAL**

El examen precedente parece mostrar que el significado dominante de "derecho subjetivo" es el señalado en la subsección c, o sea el que alude a deberes correlativos de otros o a deberes que forman un "perímetro protector". Recuérdese que el significado de la subsección a, si bien parece recoger un elemento necesario de todo derecho, es claramente insuficiente, ya que no puede recurrirse a este concepto negativo para descalificar acciones o regulaciones. Lo mismo ocurre con la noción de inmunidad de la subsección e, que también es de índole negativa. El significado de la subsección b es, como vimos, dudosamente autónomo, ya que depende de la noción de norma permisiva, que para muchos es reducible a la de norma de obligación. Por su parte, el significado de la subsección d no siempre es aplicable y además, cuando lo es, no opera en forma autónoma sino que se adiciona al que alude a obligaciones.

¿Son, entonces, los derechos -incluidos los derechos individuales básicos- reducibles a deberes correlativos de otros?

A pesar de que el análisis precedente parece conducir a una propuesta afirmativa, hay una circunstancia que hace dudar seriamente sobre su adecuación, sobre todo en el contexto del discurso moral. Los deberes no parecen ser el elemento primitivo de una teoría moral sino que parecen estar en función de ciertos derechos, sobre todo cuando son deberes hacia otros.

La fundamentación más obvia de la estipulación de determinados deberes es que ellos son necesarios para proteger o materializar derechos correlativos. Si alguien pregunta por qué tiene el deber de no matar a un semejante, la respuesta natural, y aparentemente no vacía, es que todos los hombres tienen derecho a la vida. Esto parece estar confirmado por las dificultades, que hemos visto; para inferir quién es el titular del derecho a partir del simple dato de quién es el destinatario de la conducta obligatoria: pareciera que debe haber un criterio

independiente de ese dato (que no consiste en el mero beneficio) para concluir que el condenado a muerte no tiene derecho a la acción del verdugo; que la familia del deudor proclive a la bebida no es la titular del derecho al pago de sus deudas; que el acreedor de tales deudas sí lo es, no obstante el posible propósito malicioso del deudor de que sea él quien se beba el dinero en vino; que soy yo y no mi abuela quien tiene derecho a que cuiden de ella. Por otra parte,

una concepción moral cuyos principios básicos establezcan deberes Y no derechos o fines sociales parece a priori poco atractiva<sup>26</sup>.

Esto parece conducirnos a un callejón sin salida, ya que no hay aparentemente un significado de "derecho subjetivo" que sea independiente de la referencia a obligaciones Y que no tenga los inconvenientes de todos los restantes que han sido analizados. La dificultad se complica por el hecho de que presuponemos que ese significado debe ser uniforme en diferentes aplicaciones, ya que es poco plausible suponer que, por ejemplo, el derecho a la vida y el de la libertad de conciencia tengan sólo en común el uso homonímico Y accidental de la misma expresión "derecho" para referirse a ellos; de ser ello así, la fundamentación de los derechos sería, además, tremendamente compleja, pues implicaría fundamentar situaciones de índole radicalmente heterogénea.

Para apreciar cuán difícil es satisfacer este requisito de uniformidad es importante prestar atención a la diversidad de contenidos que aparentemente representan derechos tales como el derecho a la vida, a la libertad de conciencia, al control de ciertos recursos económicos, a una vivienda adecuada, a no ser penado sino por un delito establecido en una ley no retroactiva, a la libertad de comportamiento sexual que no trascienda a terceros, etcétera. Obsérvese que estos derechos se refieren: 1) a la posibilidad del titular del derecho de realizar o no realizar una clase de acciones; 2) a la exclusión de acciones de terceros que puedan significar un detrimento para el titular del derecho (sea porque impliquen "quitarle" o porque comprendan "hacerle" algo malo) o a la realización de acciones de terceros que involucren un beneficio para el titular del derecho (sea porque impliquen "darle" algo o "hacerle" algo bueno); 3) al goce de algún bien o de una situación beneficiosa o a la evitación de algún malo situación pernicioso. Se podría pensar que 3 es reducible a 2, ya que, aunque no todo bien o mal está constituido por acciones u omisiones de terceros, cuando se alegan derechos en el contexto de una moral intersubjetiva se exige la materialización de situaciones valiosas a través de conductas de terceros. Sin embargo, esta propuesta no es plausible, ya que en estos casos (y quizás en todos aquellos en los que se da el contenido 2) es la pretensión justificada de gozar de algún bien (como la vida), de estar exento de algún mal (como el sufrimiento físico), lo que fundamenta la exigencia de alguna acción u omisión de terceros, por lo que una posible reducción debería recorrer el camino inverso. Lo mismo podría decirse acerca de la relación entre 1 y 2; si bien es cierto que la pretensión de tener abierta la posibilidad de realizar algún tipo de acciones muchas veces se traduce en nada más que un reclamo dirigido a acciones u omisiones de terceros que restringen esa posibilidad, aquella pretensión no es reducible a este reclamo, ya que el fundamento de la exigencia dirigida a terceros es el valor de la posibilidad de actuar. Si conectamos esto con lo que se dijo antes en relación con el significado de "derecho" como correlativo de deberes de otros, es posible sugerir que cuando un derecho tiene el contenido 2, o sea cuando se refiere a la conducta de gente distinta del titular del derecho, posiblemente se trate de un derecho derivado, que presupone el derecho a la realización de cierta acción por el titular del derecho (contenido 1) o al goce de cierto beneficio o exención de determinado perjuicio (contenido 3).

A primera vista los contenidos 1 Y 3 parecen irreductibles entre sí. Esto es quizá lo que explica la persistencia, con diferentes presentaciones, de dos enfoques alternativos de los derechos subjetivos: el que los asocia con intereses (Jhering) y el que los asocia con manifestaciones de voluntad (Savigny). Esta misma dualidad se da contemporáneamente entre la concepción de Hart

---

<sup>26</sup> Ver Mackie, J. L., *Can There Be a Right-Based Moral Theory?*, en *Midwest Studies in Philosophy*, 111., 1978

de los derechos como "decisiones protegidas" y la de quienes defienden contra sus críticas la teoría de Bentham del "beneficio".

No obstante, se podría sugerir una vía de reducción de 1 a 3 señalando que la capacidad o posibilidad de realizar ciertas acciones es uno de los posibles intereses o beneficios -junto con otros que no consisten en la libertad de actuar, como el que está constituido por el acceso a atención médica adecuada cuyo goce es el contenido de derechos.

Esto implicaría que el dilema tradicional entre, por un lado, identificar a los derechos con intereses, y, por el otro, hacerla con manifestaciones o ejercicios de la voluntad, es un falso dilema, puesto que algunos de nuestros intereses no consisten en gozar de cierta situación estática o en contar con determinados bienes sino en disponer de la posibilidad de optar entre diferentes cursos de acción.

Si es plausible considerar la posibilidad de realizar ciertas acciones como un tipo de interés, podemos entonces concentrarnos en la idea de beneficio o ventaja con el fin de volver a preguntarnos cómo deben ellos estar concedidos por el sistema moral presupuesto para constituir el contenido de un derecho. Ronald Dworkin<sup>27</sup> sugiere dos rasgos distintos de los derechos que pueden ser tomados en cuenta con provecho: a) en primer término los derechos se distinguen de otros estados de cosas socialmente valiosos que pueden constituir objetivos colectivos (como el aumento del "producto bruto o la defensa nacional) en que los primeros son distributivos e individualizados, proveyendo de recursos u oportunidades a cada uno de los individuos que integran la clase que goza del derecho en cuestión. En cambio, las situaciones sociales valiosas que son contenido de objetivos colectivos involucran beneficios agregativos y no individualizados, admitiendo la posibilidad de una distribución diversa entre los individuos según resulte eficiente para maximizar el monto global de tales beneficios; b) en segundo lugar, los derechos (aun cuando no sean absolutos y puedan ceder frente a otros derechos u objetivos sociales colectivos especialmente urgentes) constituyen un límite o umbral (o como dice Dworkin, una "carta de triunfo") en contra de medidas fundadas en la persecución de objetivos sociales colectivos. Si un supuesto derecho cediera cada vez que se demostrase que su desconocimiento conduce a una situación socialmente valiosa, no sería un derecho genuino sino, en todo caso, una concesión precaria que se hace sólo en vista del interés colectivo. (Esto tiene la importante consecuencia de permitirnos advertir que la frase tan frecuente "los derechos individuales deben estar supeditados al bien común" expresa un enunciado auto contradictorio. Los derechos individuales constituyen por definición restricciones a la persecución del bien común, y si la satisfacción del bienestar colectivo fuera el único parámetro para juzgar instituciones y medidas sociales, los derechos serían vacuos y superfluos.)

Creo que estos rasgos distintivos de los derechos individuales se pueden ilustrar poniendo como ejemplo el diverso tratamiento que un beneficio tiene según sea el contenido de un derecho o el objeto de una política que persigue ventajas sociales colectivas. Supongamos que el "beneficio" en cuestión (las comillas indican que no necesitamos pronunciarnos por ahora acerca de si se trata o no de un auténtico beneficio) sea la posibilidad de control individual de la natalidad a través del empleo de medios anticonceptivos. En un caso, esta supuesta ventaja puede ser concedida, como efectivamente ocurre en algunos países, en función de cierto objetivo colectivo: el beneficio social resultante de una limitación del crecimiento de la población que haga posible que más gente goce de mejores condiciones de vida. En otro caso, el beneficio en cuestión puede ser concedido como contenido de un derecho, sobre la base de que corresponde a las propias parejas la decisión consciente sobre la oportunidad de procrear. No se trata aquí de

---

<sup>27</sup> Dworkin, Ronald, *Taking Rights Seriously*, Cambridge, Mass., p. 91-92.

determinar si este recurso debe ser concedido de un modo u otro o si debe ser del todo concedido. Se trata de advertir la radical diferencia entre los dos casos. Primero, cuando el acceso a los medios anticonceptivos es concedido en función de objetivos colectivos, es admisible que sea asignado de maneras diversas según sea más eficiente para alcanzarlos. Por ejemplo, puede proveerse de anticonceptivos sólo a aquellas parejas que, por sus condiciones biológicas, sociales, etc., son, según se supone, más fecundas, o puede proveerse sólo a un número determinado de parejas, etcétera. En cambio, si ese acceso a anticonceptivos se concede como un derecho, estas discriminaciones no son admisibles y sólo lo serán las que estén apoyadas no en consideraciones de eficiencia sino en diferencias moralmente relevantes (p.ej., en la mayor D menor dificultad que tengan para criar adecuadamente a los hijos). En segundo lugar, cuando el control de la natalidad persigue alcanzar una situación social valiosa, puede interrumpirse no bien esa situación se materializa o cuando se percibe que se ha llegado a un grado en que tiene consecuencias contraproducentes para otros objetivos sociales (como la defensa nacional), etcétera. Ello no ocurre así cuando el control de la 'natalidad es objeto de derecho; sólo cuando entra en conflicto con otros derechos o con objetivos sociales especialmente urgentes él podría ser restringido sin desvanecerse el derecho que lo protege. Si el supuesto derecho de controlar la procreación estuviera totalmente subeditado a la satisfacción de objetivos sociales colectivos, este caso se confundiría con el anterior y sería superfluo el derecho en cuestión. Si admitimos que estos rasgos son distintivos de los derechos individuales básicos, la cuestión que se plantea es la de cómo ellos pueden ser incorporados en una caracterización del concepto que supere la deficiencia de las propuestas que examinamos antes.

D. N. Maccormick propone una caracterización de derechos morales que aparentemente recoge los rasgos señalados por Dworkin en una forma satisfactoria: "adscribir a todos los miembros de la clase E un derecho al tratamiento T es presuponer que T es, en circunstancias normales, un bien para cada miembro de E, y que T es un bien de tal importancia que sería erróneo o incorrecto (wrong) que le sea negado o quitado a cualquier miembro de E"<sup>28</sup>.

Esta caracterización requiere varios comentarios. En primer lugar, obsérvese que ella implica que el concepto de derecho individual deja de ser una noción puramente deóntica (como lo es, en cambio, cuando se lo define a partir de la ausencia o presencia de ciertas obligaciones) para ser, al menos parcialmente, una noción valorativa: un elemento esencial de la caracterización es, en efecto, que el tratamiento que es contenido del derecho sea un bien, algo valioso, para los miembros de la clase a la que se adscribe el derecho. Sin embargo, la vinculación con las categorías deónticas de prohibición y obligación podría estar dada por la cláusula que alude a la incorrección de la denegación o privación del tratamiento en cuestión; se podría aducir que "x es moralmente incorrecto" es equivalente a "x está moralmente prohibido" y, en consecuencia, a "no -x es moralmente obligatorio". De ser esto así, parece que estaríamos de nuevo en apuros, ya que el concepto de derecho se definiría en función de deberes correlativos y otra vez se desvanecería la posibilidad de justificar tales deberes sobre la base de que ellos protegen o implementan el derecho respectivo. Una posibilidad de escape sería recurrir aquí también a la noción de bien o valor y reemplazar (o interpretar) la exigencia de que sea moralmente correcto privar a algún miembro de la clase e del tratamiento T, por el requerimiento aparentemente más débil de que tal privación sea moralmente disvaliosa o

---

<sup>28</sup> Ver esta caracterización en Maccormick, D.N., *Rights in Legislation*, en Hacker, P. M. S. - Raz, J., comps., "Law, Morality and Society. Essays in Honour of H. L. A. Hart", Oxford, 1977, p. 204

perjudicial, no sólo para el miembro de la clase e afectado sino tomando en cuenta los intereses de todos los miembros de la clase más amplia que tomemos como marco de referencia (p.ej., una cierta sociedad); pero esto implicaría precisamente cancelar uno de los rasgos distintivos de los derechos, que es, como vimos, aislar ciertos intereses del cálculo de beneficios y perjuicios sociales y del juego de diversos valores.

Creo, en cambio, que la salida consiste en advertir que lo que se debe moralmente hacer no coincide completamente con los deberes u obligaciones morales sino que tiene un dominio más amplio: por ejemplo, casi todos coincidiríamos en que se debe moralmente suprimir la miseria y la guerra, pero muchos pensarán que nadie en especial tiene el deber o la obligación de operar tal supresión; al menos parece ser cierto que el primer enunciado no implica necesariamente el segundo. La diferencia entre ambos juicios morales se oculta en castellano por la coincidencia homonímica entre el verbo "deber" y el sustantivo "deber", pero esa diferencia se advierte en otros idiomas que cuentan con expresiones distintas para cada función gramatical (ought to y duty en inglés; sollen y Pflicht en alemán, etcétera). La idea de que algo deba ser o deba hacerse (el uso de ambas expresiones se justifica porque aquí se califican tanto acciones como estados de cosas que no son acciones) no parece estar sometida al principio de que deber implica poder, como lo está el deber o la obligación de hacer algo (tiene sentido decir que debe suprimirse o que no debe existir miseria en la India aunque sea imposible erradicarla, mientras que es absurdo decir que alguien tiene el deber de salvar a un individuo que se está ahogando, cuando no sabe nadar). Por otra parte, un deber (como un derecho) es individualizado, en el sentido de que siempre presupone un titular; en cambio, el que algo deba ser o deba hacerse no presupone necesariamente que haya alguien especialmente encargado de su concreción. Que algo deba hacerse en el sentido más débil, implica entre otras cosas que los actos que impiden materializar ese algo pueden justificadamente ser impedidos. Creo que esta distinción permite por fin hacer compartibles dos exigencias respecto del derecho subjetivo que parecerían inconciliables. En primer lugar, que implique restricciones a ciertas acciones de terceros, que no dependan de un cálculo de cómo las consecuencias de éstas afectan ciertos objetivos, bienes o valores sociales de índole agregativa. En segundo término, que el concepto de derecho pueda figurar significativamente en enunciados que justifiquen en forma no vacua adscripciones de deberes u obligaciones a terceros. Esto último se logra con la distinción mencionada, ya que la forma más plausible de justificar deberes es recurrir a lo que debe ser o debe hacerse, con el agregado de consideraciones acerca, en primer término, de la situación especial de ciertos individuos respecto del estado de cosas en cuestión (como, p.ej., algún rol particular vinculado a su materialización) y, en segundo lugar, de la posibilidad de operar la concreción de ese estado de cosas (la adscripción de deberes que protegen derechos es lo que determina el alcance de éstos, tal como veremos en el capítulo VIII) .

En la caracterización de Maccormick de derecho subjetivo moral se recurre a la idea de "tratamiento". Creo que ella restringe indebidamente esa caracterización, ya que no comprende la posibilidad de realizar acciones y se centra exclusivamente en el comportamiento de terceros. Esto se evita si se acude a expresiones más neutrales como "ventaja", "satisfacción de interés" o "acceso a una cierta situación" (las dos primeras tienen el inconveniente de hacer que la caracterización sea ligeramente redundante, ya que implican adelantar, lo que luego se hace explícito, que el objeto del derecho es algo que es en bien del titular).

Así como la última cláusula de la caracterización -la que se refiere al hecho de que es incorrecto o indebido privar de la ventaja en cuestión a un miembro de C- recoge el rasgo distintivo de los derechos de servir de restricción a la persecución de objetivos sociales colectivos, la referencia a que el contenido del derecho debe representar un bien para cada miembro de C recoge su

carácter distributivo e individualizado. No basta que se trate de algo de lo que sea incorrecto privar a un individuo para que sea el contenido de un derecho; debe ser algo que se supone beneficioso para él. Este "para él" requiere alguna aclaración: en este nivel de análisis conceptual no debe asumirse que algo es beneficioso para un individuo si y sólo si él lo recibe como tal. Si esto es así o no, es una grave cuestión de ética normativa que discutiremos en el capítulo V y que no debe prejuzgarse; lo único que el concepto de derecho moral requiere es que la situación que constituye su contenido se su ponga generalmente beneficiosa para los titulares de tal derecho, compartan ellos o no tal suposición. El elemento de generalidad o normalidad que califica a la idea de beneficio en toda adscripción de derechos sirve para encarar casos anómalos como el del pago de deudas o el de servicios prometidos que benefician a terceros distintos del acreedor o del destinatario de la promesa: un préstamo o una promesa generan derechos debido a la presuposición de que la devolución del préstamo o el cumplimiento de la promesa son normalmente en bien de la persona que ha hecho el préstamo o recibido la promesa (y en verdad el ejemplo de Hart no constituye una excepción de este juicio general, ya que el titular del derecho cuenta con el beneficio cierto de eximirse del cumplimiento personal de la obligación de cuidar a su abuela).

Me parece, entonces, que estas consideraciones apoyan la caracterización de derecho subjetivo moral propuesta por Maccormick con las modificaciones que he sugerido: Se adscribe a alguien el derecho moral de acceder a una situación S (que puede ser la posibilidad de realizar cierta acción o la de disponer de determinados recursos o la de verse librado de ciertas contingencias) cuando el individuo en cuestión pertenece a una clase e y se presupone que S implica normalmente para cada miembro de e un bien de tal importancia que debe facilitarse su acceso a S y es moralmente erróneo impedir tal acceso.

Esta definición está indicando que una teoría de los derechos individuales debe estar constituida, como veremos en la segunda parte, por principios acerca del bien de los individuos y acerca de la distribución de ese bien.

## 6. LOS RASGOS DISTINTIVOS DE LOS DERECHOS HUMANOS Y EL CONCEPTO DE PERSONA MORAL

La reconstrucción conceptual propuesta es aplicable en principio a todos los derechos morales. Pero es obvio que no todos los derechos morales constituyen aquello que se suele aludir con el rótulo "derechos humanos". Por ejemplo, yo tengo el derecho moral a que un amigo me devuelva el libro que le he prestado pero, si no lo hace, difícilmente podré recurrir a Amnesty International denunciando que mis derechos humanos han sido menoscabados.

Un obvio rasgo distintivo de los derechos humanos es que ellos versan sobre bienes de fundamental importancia para sus, titulares, o al menos -para proseguir la estrategia adoptada anteriormente- bienes que son normalmente de importancia primordial. Este rasgo ha sido recogido en caracterizaciones como las de Feinberg<sup>29</sup> y Cranston<sup>30</sup>.

Sin embargo, esta propiedad de importancia sobresaliente no parece ser suficiente para distinguir los derechos humanos de otros derechos morales: el acceso a libros es esencial para

---

<sup>29</sup>

<sup>30</sup>

un intelectual y el contar con fertilizantes puede ser vital para un agricultor, no obstante lo cual nadie vería la supresión de esos bienes como violatoria de los derechos humanos de esa gente.

El hecho de que en estos ejemplos se aluda a subclases de hombres nos está indicando cuál es, aparentemente, el rasgo distintivo más obvio de los derechos humanos: como el nombre de estos derechos lo sugiere, la clase de sus beneficiarios está integrada por todos los hombres y nada más que los hombres; su posesión no puede estar restringida a subclases de individuos humanos - como los obreros o los artistas- o extenderse más allá de la especie humana.

No obstante que esto es válido como formulación genérica y aproximada, trae aparejadas algunas dificultades serias cuando se pretende ser más explícito y preciso. Decir que los sujetos de los derechos humanos son todos los hombres y nada más que ellos es equivalente a sostener que los principios que establecen estos derechos tienen como única condición de aplicación referida a los sujetos normativos la propiedad de constituir un individuo humano. La pertenencia a la especie humana es, según esta formulación, condición necesaria y suficiente para gozar de los derechos en cuestión, en tanto que otras propiedades -raza, sexo, inteligencia, actos cometidos o padecidos, etc.- son irrelevantes. Sin embargo, inmediatamente aparecen contraejemplos problemáticos. En primer lugar, hay derechos -como el de la libertad de movimientos- que están sujetos a condiciones de aplicación negativas, como es la no comisión de delitos que justificadamente involucren penas privativas de la libertad. En segundo término, hay candidatos senos a derechos humanos, como el derecho a asistencia médica adecuada o a jubilación por vejez, que están condicionados por circunstancias positivas que se adicionan a la mera pertenencia a la especie humana, como las de estar enfermo o ser viejo.

En síntesis, los derechos humanos no parecen ser siempre, al contrario de lo que suele suponerse, incondicionales, y, en consecuencia (dado que las condiciones a las que están sujetos restringen la clase de sus beneficiarios), tampoco parecen ser universales.

El primer tipo de contraejemplos podrían, sin embargo, enfrentarse tal vez con éxito si distinguimos, como lo sugiere Joseph Raz<sup>31</sup>, una clase especial de condiciones de aplicación entre las que son tomadas en cuenta en la enunciación de un principio moral: ellas son las que sirven de fundamento o razón al de la consecuencia normativa estipulada en tal principio según la justificación de éste. De este modo, se podría decir que, aunque la posesión del derecho a moverse sin impedimentos depende tanto de la circunstancia de ser un individuo humano como de no haber cometido un delito que merezca cárcel, sólo la primera y no la última forma parte de la razón por la cual el derecho se reconoce. Los derechos, humanos serían así aquellos derechos morales que se poseen sólo por la razón de ser un individuo humano.

En cuanto al segundo tipo de contraejemplos, ellos pueden ser dejados a un lado si se advierte que derechos como el de asistencia médica o el de pensión por vejez son sólo casos especiales o instrumentales respecto de derechos más fundamentales y genéricos que parecen presentar el rasgo que estamos analizando: tal es el caso del derecho a la salud y el de contar con medios mínimos de subsistencia. Que ellos subyacen a los derechos anteriores se muestra, primero, por el hecho de que el derecho a la asistencia médica cuando se está enfermo es reconocido paralelamente al derecho a medidas asistenciales preventivas (vacunas, etc.) cuando no se está enfermo -lo que los presenta a ambos como derivaciones de un 'mismo derecho a la salud, y, segundo, por el hecho de que la pensión por vejez podría suprimirse legítimamente si el pretendido beneficiario contara con medios propios de Subsistencia, lo que muestra que el derecho a aquella es sólo instrumental respecto del derecho más básico a la Subsistencia.

---

<sup>31</sup> Ver Raz, Joseph, *Principles of Equality*, en "Mind", julio 1978, vol. JXXXVII, n° 347, p. 322

Si concordamos, entonces, en que los derechos humanos son derechos morales que se conceden tomando como única propiedad relevante de sus beneficiarios la de pertenecer a la especie humana, de aquí se infiere que todos los hombres poseen un título igual a esos derechos en la medida en que todos exhiben en el mismo grado esa propiedad relevante.

Esto responde a un principio formal del razonamiento moral que establece que si una propiedad es la única circunstancia fáctica relevante para fundamentar una cierta calificación normativa o valorativa de índole moral de la situación que presenta esa propiedad, entonces el grado de esa calificación dependerá de la medida en que se materializa la propiedad en cuestión (esto es una implicación del rasgo formal de los juicios morales, que mencionaremos en el capítulo III Y que es conocido como "superveniencia"). Por ejemplo, si la obligación moral de pagar impuestos dependiese exclusivamente del hecho de ser rico, la obligación tendrá mayor peso y alcance en la medida en que se sea más rico.

Al decir que, si la única circunstancia fáctica relevante para la fundamentación de los derechos humanos fuera el hecho de ser un hombre, entonces todos los seres humanos tendrían necesariamente un título igual a tales derechos, se está presuponiendo que la propiedad de ser hombre es del tipo "todo-a-nada", como las de ser argentino o abogado, y no de índole gradual, como la de ser rico o alto. Éste es el sentido más común que tiene el repetido slogan "todos los hombres son iguales". Cuando se aduce que él es obviamente falso, se incurre en el error de suponer que el slogan implica cosas como que todos los hombres son igualmente hombres. Esto no es una trivialidad ni una tautología generada por la forma lógica del enunciado, ya que no todas las frases de la forma "todos los A son igualmente A" son, como es obvio, verdaderas: no es cierto, por ejemplo, que todos los ricos sean igualmente ricos o que todos los individuos inteligentes sean igualmente inteligentes. La frase en cuestión envuelve, entonces, una importante afirmación acerca del carácter no gradual del predicado "hombre".

Una cuestión distinta es la de determinar si esa afirmación es verdadera, cosa que es decisiva para evaluar la propuesta de caracterizar a los derechos humanos como aquellos derechos morales de que los hombres gozan sólo por el hecho de ser tales. Aun cuando no es posible encarar aquí una elucidación del concepto de hombre empleado en contextos morales, es necesario advertir acerca de las dificultades que presenta esa elucidación cuando se la lleva a cabo con miras a caracterizar la noción de derechos humanos: a menos que se sostenga que la propiedad de ser un individuo humano es una propiedad primitiva e inanalizable, lo que parece poco plausible, el carácter gradual o no gradual de esa propiedad dependerá de la índole que tengan las propiedades más simples en cuyos términos se analiza aquélla. y aquí aparece un dilema constituido por dos alternativas. La primera consiste en caracterizar el concepto de hombre sobre la base de propiedades que se presentan *prima facie* como moralmente relevantes -tales como las propiedades de racionalidad y la capacidad de proponerse fines que toma en cuenta Kant<sup>32</sup> pero en este caso se llega a la conclusión chocante (no -ya a nuestras intuiciones morales, que por ahora deben ser desatendidas, sino a nuestras intuiciones lingüísticas o conceptuales) de que hay hombres que lo son en menor grado que otros, puesto que aquellas propiedades son típicamente de índole gradual. La segunda alternativa es caracterizar el concepto de hombre en términos de rasgos biológicos muy elementales -tales como la estructura cromosómica de sus células<sup>33</sup> que presenten todos los hombres de igual grado, y

---

<sup>32</sup> Ver un estudio sobre propiedades relevantes para caracterizar a la humanidad en la concepción de Kant, en Hill (h.), Thomas E., *Humanity as an End in Itself*, en "Ethics", octubre 1980, vol. 91, n° 1, p. 85-86.

<sup>33</sup> Que aun siendo uno de los criterios más simples que pueden tomarse "en cuenta, plantea problemas respecto de los mogólicos, cuyas células tienen un cromosoma de más.

nada más que los hombres. Sin embargo, en este otro caso no se advierte claramente cómo esos rasgos biológicos, que aparecen desvinculados del contenido de los derechos humanos pueden servir de único fundamento para conceder tales derechos. Suponer que ello es así parece involucrar un burdo "especismo" análogo a posiciones racistas.

Frente a este dilema desagradable lo que debemos hacer es identificar y rechazar el presupuesto que nos conduce a él. Este presupuesto es que el concepto de persona moral tiene que denotar a una clase de individuos (tal como la de los seres humanos) que se distinguen por ciertas propiedades fácticas que están mencionadas en principios morales fundamentales como condición de ciertos derechos.

Creo que debemos tomar en cuenta que, como dice Bruce Ackerman<sup>35</sup> 35, la ciudadanía moral no es una cuestión de teoría biológica (ni de ningún tipo de teoría descriptiva), sino de teoría política, o sea de teoría moral en un sentido amplio. Esto significa que necesitamos producir un cambio radical de estrategia filosófica: tenemos que determinar primero cuáles son los principios morales de los que los derechos básicos derivan y sólo después podemos definir a las personas morales como la clase de todos aquellos individuos (o entidades) que poseen las propiedades que son factualmente necesarias para gozar o ejercer tales derechos. Esto quiere decir que los principios fundamentales de los que los derechos humanos derivan son categóricos, en el sentido de que ellos no condicionan la titularidad de tales derechos a la posesión de una u otra característica. Estos principios son erga omnes, o sea se aplican a todos y a todo. Es simplemente una cuestión de hecho que sólo ciertos individuos o entidades pueden gozar o ejercitar en cierto grado los derechos generados por estos principios. Esto presupone, naturalmente, la distinción entre ser titular de un derecho y estar capacitado para ejercerlo: mi derecho de expresarme libremente incluye mi derecho de hacerla en chino, y éste es entonces un derecho que tengo pero no puedo ejercer. La idea es que la personalidad moral es un concepto relacionado no con el hecho de ser titular de derechos morales fundamentales sino con el hecho de poseer las condiciones para ejercerlos o gozar de ellos.

Quiénes son personas morales dependerá entonces de quiénes pueden gozar de los derechos generados por los principios morales básicos. En el curso de este trabajo se propondrán tres principios, de cuya combinación derivan los derechos humanos fundamentales.

Uno es el principio de inviolabilidad de la persona, que prohíbe imponer sacrificios a un individuo sólo en razón de que ello beneficia a otros individuos; el segundo principio es el de autonomía de la persona y él asigna un valor intrínseco a la persecución de planes de vida e ideales de excelencia (y, en virtud de un principio complementario, al placer y a la ausencia de dolor); el tercer principio, el de dignidad de la persona, prescribe tratar a los hombres de acuerdo con sus voliciones y no en relación con otras propiedades sobre las cuales no tienen control.

Tomando en cuenta tanto el contenido como la fundamentación de estos principios que se propondrá, podría concluirse que ellos resultan superfluos si no se aplican a individuos con aptitudes potenciales, en primer lugar, para tener conciencia de su propia identidad como un centro de imputación de deseos, intereses, creencias, etc., independientemente de otros e irremplazable; en segundo término, para moldear tramos de su vida de acuerdo con ideales, principios, etc., libremente adoptados (y para sentir placer y dolor); y, en tercer término, para formar voliciones y tomar decisiones (este tercer rasgo probablemente esté implícito en los anteriores).

---

<sup>35</sup>Ackerman, Bruce *Social Justice in the Liberal State*, New Haven 1980, p 78

Es interesante señalar que hay cierta proximidad entre estas propiedades y las que ha mencionado Robert Nozick recientemente<sup>36</sup> como constitutivas de la "base moral", o sea las características en virtud de las cuales alguien se hace acreedor a un comportamiento moral y que son, según él, la de ser un yo autorreflexivo y la de ser un ser capaz de perseguir valores.

Sin embargo, ambas propuestas son demasiado vagas para juzgar acerca de su eventual coincidencia. También exigiría mucho mayor precisión y desarrollo la determinación de si las capacidades mencionadas convergen, en última instancia, en una sola capacidad básica constitutiva de la personalidad moral.

La sugerencia sería, entonces, que los derechos básicos son aquellos derechos morales de que gozan todos los seres con capacidad potencial para tener conciencia de su identidad como un titular independiente de intereses y para ajustar su vida a sus propios juicios de valor.

La clase e a la que alude la caracterización de derechos morales estaría compuesta por tales seres, o sea por todas las personas morales.

Si esto es así, el llamar "derechos humanos" a estos derechos morales: hace referencia al hecho contingente de que esa clase e está principalmente constituida en el mundo que conocemos por seres humanos. Pero no hay garantía a priori de que todas las personas morales sean hombres, de que todos los hombres sean personas morales y de que todos los hombres tengan el mismo grado de personalidad moral. Estas conclusiones no parecen ahora objetables (como lo eran cuando se referían a la titularidad de los derechos) ya que no están basadas en una limitación arbitraria del alcance de nuestros principios morales, sino en hechos claros que determinan la posibilidad o imposibilidad de ejercitar los derechos que derivan de aquéllos. Al contrario, reconocer que hay límites fácticos y no normativos a la condición de persona moral tiene la consecuencia de admitir que los principios morales de los que derivan los derechos básicos prescriben una permanente extensión de esa condición, mediante la superación de los obstáculos de hecho para gozar de los derechos en cuestión.

Esta visión heterodoxa de la personalidad moral tiene consecuencias extremadamente relevantes para el tratamiento de cuestiones como el aborto, la eutanasia, los derechos de los animales, de las generaciones futuras, etcétera. Esto se verá una vez expuestos los principios morales básicos de los que los derechos "humanos" derivan. Pero previamente debe decirse algo acerca de la posibilidad de fundamentar racionalmente tales principios<sup>37</sup>.

---

<sup>36</sup> Nozick, Robert, *Philosophical Explanations*, Oxford, 1981, p. 451 Y siguientes

<sup>37</sup> Conviene completar el análisis conceptual de este capítulo con una breve referencia al tema de si la noción de derechos humanos incluye o no alguna especificación acerca de los responsables de la preservación y expansión de tales derechos. Aquí hay una discordancia entre, por un lado, el hecho de que el discurso acerca de los derechos humanos se haya desarrollado históricamente como un reclamo de protección frente a órganos estatales, conservando aun hoy día ese carácter, y, por el otro, la convicción de que esos derechos son erga omnes y se ven igualmente afectados tanttJ por la acción de las autoridades como por la de los particulares. Esta discordancia ha dado lugar a divergencias entre teóricos y a quejas de que es hipócrita acusar sólo a los gobiernos establecidos de violación de derechos humanos, haciendo caso omiso de violaciones por parte de delincuentes comunes y de terroristas.

Creo que esta discordancia se explica en relación no a aspectos esenciales de la noción de derechos humanos sino a rasgos con textuales o conversacionales del tipo de discurso en el que se suele apelar a tales derechos: como vimos, los derechos humanos son derechos de índole moral. Uno suele invocar derechos morales sólo cuando no hay derechos jurídicos eficazmente reconocidos que los amparen, no porque éstos tengan mayor fuerza justificatoria que aquéllos (ya que, según dijimos, las normas jurídicas sólo constituyen razones justificatorias cuando están respaldadas por principios morales), sino porque son más precisos y menos controvertibles. Cuando son los particulares los que vulneran los derechos humanos, generalmente si hay algún remedio para la situación, éste se puede obtener mediante la sola invocación ante las autoridades de derechos jurídicos correlativos (bajo el presupuesto compartido de que ellos están moralmente justificados): en tales casos es superfluo apelar a los derechos morales subyacentes. No ocurre lo mismo cuando son las propias autoridades las que incurrn en prácticas violatorias de los derechos humanos: ello. implica que no hay, en el respectivo sistema, derechos jurídicos efectivamente reconocidos y obliga a apelar, entonces, directamente a derechos morales y a dirigirse a un auditorio diferente del que suele ser destinatario del discurso jurídico.

