

---

# **Cuadernos de Investigaciones**

**Nº 13**

## **Dos ensayos sobre problemas de fundamentación de los derechos humanos**

**Roberto J. Vernengo**



**Instituto de Investigaciones Jurídicas y Sociales  
"Ambrosio L. Gioja"**

**1989**

**Facultad de Derecho y Ciencias Sociales. U.B.A.**

---

# ÍNDICE

Presentación	2
--------------	---

## **Fundamentaciones Morales de los Derechos Humanos:**

I. Los derechos humanos entre el derecho y la moral	3
II. Derecho objetivo y códigos morales prescriptivos	5
III. Derechos subjetivos y prescripciones morales	9
IV. Los fundamentos morales de los derechos humanos: funciones teóricas y políticas	14

## **Los derechos Humanos como Razones Morales Justificadorias:**

I. ¿Son los derechos humanos entidades morales?	20
II. Derechos subjetivos y razones justificatorias	23
III. Los derechos humanos como bienes y su interpretación	25
IV. Sistemas normativos no jurídicos	27
V. Características de los derechos humanos	28
VI. Las justificaciones de los derechos humanos	31

## PRESENTACIÓN

Los derechos humanos son asunto importante: a todos nos incumbe personalmente que se respeten y que se extiendan. Pero son también problemas. Como tales, no estamos muy seguros de ellos; dudamos de que efectivamente los hayamos conquistado. Ni siquiera estamos muy seguros de que los entendamos cabalmente: no tenemos aún una teoría suficiente para pensarlos con plenitud. Quizás los recursos tradicionales y envejecidos de la ciencia jurídica no responden a fenómenos nuevos que necesitan de nuevas categorías y de nuevos recursos teóricos. De ahí, me parece, que abunde la literatura sobre fundamentación de los derechos humanos, como una suerte de defensa preventiva.

Por lo que sé, la misma es abundante y heterogénea. A veces, el autor desde las primeras líneas se pregunta por qué este asunto, el de los derechos del hombre, precisa de fundamentación. Algunos pensadores prestigiosos consideran, con bastante razón que estas disquisiciones carecen de objeto y son residuos de antiguas historias ya superadas. Otros buscan en la religión, en la historia, en la moral o en las morales, en la psicología social, elementos que expliquen qué son estos derechos humanos, para qué nos ocupamos de ellos y por qué es menester combatir para lograrlos. Pienso, con todo, que en estas búsquedas hay mucha confusión.

Estas páginas, que quizás mañana formen junto a otras un volumen más sólido, sólo pretenden repasar algunas fundamentaciones de los derechos humanos que recurren a la moral o a lo que suele llamarse razones morales. Tratándose de ensayos separados, no he querido evitar las reiteraciones, pues los dos capítulos admiten lectura independiente. Son además ensayos críticos, en el sentido de que no especulan sobre el tema en el aire, sino que toman como trampolín para el texto las opiniones de otros autores. No pretenden, sin embargo, ejercer la exégesis del pensamiento de nadie.

Buenos Aires, febrero de 1989

# **FUNDAMENTACIONES MORALES DE LOS DERECHOS HUMANOS**

## **I**

### **Los derechos humanos entre el derecho y la moral**

Las relaciones entre el derecho y la moral han sido siempre complejas. Entre otras cosas, por no establecerse con suficiente claridad los términos de la relación o relaciones, ni definirse satisfactoriamente las que se pretende establecer o postular. Así, parece notorio que se trata de cosas distintas si en el dominio de la relación nos referimos al derecho objetivo positivo de un estado, esto es: a un conjunto de normas positivas, o a otra cosa, como pudieran ser algunos de los conjuntos normativos denominados derechos naturales o derechos subjetivos. Y, en el contradominio de la relación, la singular moral anunciada es, por lo común, un repertorio de morales prescriptivas, o una serie de principios metaéticos, cuando no conjuntos heterogéneos de enunciados de la más variada índole.

Interesa aquí, dado que buscamos indagar por los fundamentos morales de los llamados actualmente derechos humanos, poner primeramente en claro qué ha de entenderse cuando se habla de una relación de determinación entre un derecho objetivo positivo y una moral prescriptiva específica. En segundo término, nos interesa poner en claro cómo pensar esa relación cuando se trata de derechos subjetivos y de un código moral. Por fin, puestos más o menos en claro los términos de la relación, interesa precisar cuáles son las relaciones que tanto interesan a moralistas, iusfilósofos, teólogos y políticos cuando se afanan en evocar las relaciones que necesariamente se darían entre el derecho y la moral, donde por lo general se entiende con gran vaguedad conceptual, y con gran eficacia ideológica, las relaciones necesarias postuladas entre todo derecho positivo y el código moral que el político, el teólogo, el filósofo o el moralista prefiera.

La primera cuestión ha recibido una respuesta perentoria en el pensamiento religioso tradicional, respuesta que suele ser reiterada machaconamente en los escritores adscriptos al tomismo contemporáneo: el derecho positivo puede bien ser conclusión deductiva de un sistema moral, como el derecho natural postulado en mérito a tesis religiosas, o bien puede ser considerado globalmente, para poder ser admitido como válido, como subalterno a la moral admitida. Se trata, pues, de posiciones que definen la relación entre la moral y el derecho positivo en términos lógicos. Cabe preguntar si las consecuencias que tal forma de definir la relación acarreasen tomadas suficientemente en cuenta cuando, luego, en un discurso de tipo persuasivo, político o ideológico, se sigue insistiendo en la determinación del derecho por la

moral o lo que es lo mismo, cuando se sostiene la moralidad del derecho como condición de la validez, de la legitimidad o del significado de todo derecho positivo.

Va de suyo que puede indagarse por otro tipo de relaciones entre el derecho positivo de un estado histórico y la moral que interese. Por ejemplo, si por moral se entiende la moralidad positiva de una sociedad en un momento determinado de su desarrollo histórico, cabe investigar qué tipo de relaciones empíricas se han dado entre ambos códigos; dado que, por lo común, juristas y moralistas aluden a códigos normativos, las relaciones que se destacan suelen ser las que pueden darse entre conjuntos de enunciados normativos: ambos pueden ser compatibles o inconsistentes; pueden ser pensados en relaciones jerárquicas disímiles; pueden ser considerados en relaciones distintas de fundamentación, para señalar posibilidades interesantes; Estas relaciones no son puramente lógicas, pues dependen en todo caso de decisiones empíricas adoptadas por los creadores o por los destinatarios de esas normas jurídicas y de esos preceptos morales. El caso del juez obligado por el derecho positivo a aplicar normas jurídicas repugnantes con los preceptos morales religiosos que en conciencia asume, es una situación típica del interés práctico que esta problemática puede tener.

Si bien no es cosa rara que un ordenamiento jurídico sea globalmente juzgado conforme a pautas morales, como cuando se descalifica desde un punto de vista semejante al derecho del período hitleriano, o, con mayor generalidad, cuando se pone bajo ese rótulo deprecatorio al sistema jurídico al que atacamos, actualmente el lema preferido reside en la cuestión de la fundamentación moral de ciertos derechos subjetivos. La propiedad, por ejemplo, como conjunto privilegiado de derechos subjetivos, suele ser caracterizada como intrínsecamente moral y buena por los interesados en resguardar sus propiedades, y como intrínsecamente perversa e inmoral por quienes nada o poco tienen que conservar y que quizás abriguen pretensiones incompatibles con los intereses de los propietarios. A veces la defensa moral de ciertos derechos subjetivos, como los de propiedad, puede presentarse como una condena al sistema jurídico, al derecho objetivo, que afecte esos intereses: es reiterado el discurso de quienes arguyen que toda violación de los derechos subjetivos de los propietarios implica la ilegitimidad del régimen político y del sistema jurídico que permitiera tales atropellos. Pero también es lugar común en la literatura política de los últimos siglos, calificar en términos morales a los sistemas sociales que no han incorporado a sus ordenamientos jurídicos el reconocimiento expreso de ciertos derechos subjetivos, aún sin cuestionar la validez global del derecho objetivo de que se trate. Parece notorio que, tratándose, en rigor, de conflictos reales encubiertos ideológicamente, la ambigüedad frecuente del vocabulario jurídico y moral, permite un cómodo desplazamiento de las referencias más o menos aceptadas del lenguaje usado.

Pero tenemos también la pretensión más fuerte de que ciertos derechos subjetivos —cuyo repertorio es variable, pero que incluye a los derechos humanos hoy consagrados por

múltiples constituciones modernas y por convenios y declaraciones internacionales—, no sean considerados contingentes derechos (subjetivos), reconocidos o garantizados por contingentes normas jurídicas positivas, sino principios morales cuya alcurnia y validez no podrían dejar de ser admitidos por ningún derecho positivo. De ahí, a considerar en algún sentido a los derechos humanos, pura y simplemente, como principios morales, no hay mayor distancia. Lo acredita la reiterada tesis de que los derechos humanos son, ante todo, derechos morales.

Puesta alguna precisión en estas cuestiones preliminares, entiendo que cabe discutir más fructíferamente el asunto de cuáles sean las relaciones que efectivamente se postulan entre el derecho y la moral. Y la de cómo entender la cuestión de una fundamentación moral de los derechos humanos.

## II

### **Derecho objetivo y códigos morales prescriptivos**

Parece notorio que, a un nivel intuitivo ingenuo, preceptos morales y disposiciones jurídicas son contingentemente coincidentes. Sin embargo en un nivel reflexivo más influido por creencias religiosas o ideologías conservadoras, el hombre de la calle, aunque acepta que numerosas instituciones jurídicas son moralmente irrelevantes o inocuas, se resistiría a admitir que todo lo que dispone el derecho objetivo es moralmente obligatorio o a que, en ciertos casos, no puedan darse discrepancias en la forma en que ciertos actos o estados de cosas son regulados por el derecho y por algún código moral. Y ello aún para actos de la más extremada gravedad: en conciencia puedo negarme a reconocer la facultad de terminar con la vida de quien sea, pero admito, aunque a regañadientes, que en la guerra sea un deber matar al enemigo. Cierto es que siempre es posible justificar estas discrepancias: el soldado que mata lo hace con miras a fines distintos a los del vulgar homicida; quizás su acto pueda reconocerse como lícito en cuanto le está ordenado, no sólo por normas promulgadas legítimamente, sino concretamente por órdenes recibidas de sus superiores. En mérito a tales circunstancias, las discrepancias entre reglas morales y reglas jurídicas quedan disueltas, pues se trata de normas no equiparables ni lógicas ni significativamente. De esta suerte, los principios morales generales quedan a salvo, en cuanto los preceptos morales específicos funcionan en otro plano, lógico y lingüístico, que las normas jurídicas con que se los pretende cotejar.

Argumento parejo invoca, por ejemplo, el magistrado que, denunciando quizás la inmoralidad de la ley positiva que debe aplicar, justifica su actuación remitiendo a las obligaciones del rol que ocupa, o aduciendo que, en todo caso, es preferible la aplicación regular de normas jurídicas moralmente cuestionables, a la anarquía. Esta tesis —que pretendo discutir ahora— se parece mucho a la actitud que Bobbio denominara “positivismo ideológico”, consistente en la tesis de que es deber moral aplicar el derecho positivo, tesis que,

como es sabido, tiene sustento en textos religiosos, como la Epístola a los Romanos, Pero, en algunos autores recientes, que han vuelto a plantear el viejo tema de las relaciones entre el derecho objetivo y la moral, la tesis adquiere un cariz preocupante, pues, en efecto, resulta que la tradicional distinción, cuya importancia política no cabe sino subrayar, vuelve a quedar disuelta y, por ende, la cuestión de la justificación crítica del derecho desde la moral, queda nuevamente anulada.

Leo, por ejemplo, en A. Peczenik<sup>1</sup> — y tomo este autor como representativo de un movimiento iusfilosófico con auge actualmente en los países escandinavos, que ve en el derecho un modo de la moral— que “la moralidad sustenta al orden jurídico en cuanto un todo. Un orden normativo que se denomina «derecho válido» es, por lo regular, mejor que el caos” (*...morality supports the legal order as a whole. A normative order that one calls «valid law» is, as a rule, better than chaos*). Esta tesis está emparentada con el discutido principio de que hay obligación moral de acatar al derecho positivo, a la autoridad efectiva, como propone el texto paulino aludido anteriormente. Tesis pareja cabe ser entendida, en forma amplia, como la afirmación de que todo orden jurídico efectivo (conjunto de normas y otros elementos cuya identificación, como se sabe, es muchas veces prácticamente problemática y teóricamente compleja) tiene, como conjunto, fundamento moral. Ello seguramente quiere decir, como en la tradición escolástica, que los elementos componentes del orden jurídico son deductivamente derivables de alguna moral preceptiva y, por ende, que el derecho objetivo no es más que un subconjunto del conjunto denominado moral. La tesis, por su parte, recibe un fundamento de tipo valorativo: la existencia de un orden jurídico cualquiera, sea cual fuere su contenido, es preferible a una situación anárquica caracterizada como caótica. En una versión quizás más débil —que supongo sería la admitida por el autor citado—, el supuesto fundamento moral de un orden jurídico considerado globalmente, no implicaría que los miembros de ese conjunto, normas y otros ingredientes, tengan ellos mismos en cada caso fundamento moral suficiente, partiendo de la tesis que no todos los predicados válidos para el conjunto son afirmables de sus elementos. Pero esta forma de pensar, cabe apuntar, no corresponde a la fórmula tradicional que el pensamiento iusfilosófico repite desde hace siglos. Al sostenerse, por ejemplo, que hay preceptos de derecho positivo que son derivación deductiva de una moral objetiva denominada tradicionalmente “derecho natural”, resulta que hay elementos del derecho objetivo que tienen fundamento moral en las premisas del derecho natural del que provienen, derecho natural cuya intrínseca moralidad es dogmáticamente asumida.

Pero aún esta tesis más débil tiene inconvenientes lógicos notorios. Dado que, para que pueda efectuarse la derivación deductiva de preceptos del derecho positivo a partir de las premisas incluidas en el derecho natural, es requisito necesario que las reglas de inferencia

---

<sup>1</sup> A. Peczenik, “Why should value statements be rational?” en *Reason in law: Proceedings of the conference held in Bologna. 1984*. v. 1. p. 110.

correspondientes integren también el derecho natural en cuestión<sup>2</sup>. Pero entonces las normas positivas deducidas son parte también del derecho natural del que se dice derivan y, en rigor, son indiscernibles de aquéllas por sus contenidos. En otros términos, esta tesis termina convirtiendo en derecho natural, y, por ende, en moral, al derecho positivo obtenido deductivamente. Con lo cual, cabría señalar que la distinción entre normas de derecho natural y normas de derecho positivo sólo podría establecerse por el lugar diferente que ocupen en un procedimiento de inferencia: las primeras figurarían quizás como axiomas o postulados dogmáticos, mientras que las segundas, aparecerían como conclusiones o teoremas a partir de esos axiomas, más ciertas reglas de inferencia. Pero, como es sabido, formalmente esta distinción es convencional y seguramente cabría también derivar lógicamente reglas de derecho natural o preceptos morales, de las normas de un derecho positivo.

En general, esta situación se presenta cuando, sea invocando razones ontológicas, sea pretendiendo describir la actividad efectiva de los órganos productores de normas, se atribuye a las normas que sean —generalmente, las de un derecho positivo concreto—, no sólo validez normativa, en cuanto pertenecen a un cierto sistema de normas, sino una validez axiológica, con la que se pretende analizar el oscuro concepto de la fuerza obligatoria de los preceptos establecidos por autoridades estatales u otras. Si hubiera de aceptarse que una norma jurídica sólo debe ser aplicada por los jueces, no sólo cuando ha sido establecida por los órganos competentes correspondientes, sino cuando corresponde a ciertos criterios valorativos, tendríamos que la validez axiológica de la norma en cuestión sería una de las condiciones suficientes de la validez normativa de la misma. Ello supone que, en el sistema de valores en que la norma tiene validez axiológica, es posible contar con reglas de inferencia que permitan concluir con la afirmación de la validez normativa de la misma norma. Pero entonces resulta que toda norma positiva queda automáticamente convalidada por el sistema de valores y que el derecho positivo es pensado así como condición necesaria del sistema valorativo. Y si se pretendiera que las reglas de inferencia del sistema valorativo no corresponden a las aplicables al sistema jurídico, tendríamos que buscar un fundamento de validez en un sistema de preceptos superior, quizás en un conjunto de disposiciones metaéticas, y así, indefinidamente.

Con lo cual tenemos la alternativa de convertir en equivalentes al derecho positivo con el derecho natural o con la moral que pretende ser su fundamento; o incurrimos en un regreso al infinito que, como es sabido, es uno de los problemas que ha acuciado a la teoría del derecho y llevado a una importante línea del pensamiento moderno a excluir de la teoría jurídica a la noción de validez axiológica o, en términos ontológicos, a poner de lado las consideraciones valorativas o estimativas en el estudio científico del derecho<sup>3</sup>.

---

<sup>2</sup> Véase para este argumento, O. Sartor. "Alcune osservazioni sull'applicabilità della logica classica alle norme". en *Informática e diritto*. XIII, 3. p. 75.

<sup>3</sup> Este es uno de los problemas que Kelsen intentó enfrentar con su postulado de la pureza de la teoría jurídica y con la frustrada teoría de la *Grundnorm*.



Me parece importante destacar que es frecuente en la literatura filosófica actual -para no hablar del discurso político corriente— postular relaciones entre el derecho y la moral, sin atender a las exigencias lógicas que planteos semejantes implican. El prestigio retórico de la palabra “moral” es hoy tan grande que ningún estadista se atrevería, ya no a reconocer la inmoralidad de algunas de las políticas que persigue, sino la falta de fundamento moral de sus propuestas. Y entre los pensadores que se ocupan de los problemas del derecho, el impacto de acontecimientos históricos tan atroces como la aparición de los estados totalitarios, ha llevado a un embate metódico contra la tradicional distinción entre derecho y moral que, por lo menos desde Kant, había sido generalmente admitida por los juristas.

Ello puede verse en textos muy recientes. Por ejemplo, y para no recurrir a la literatura anglosajona donde esta actitud es endémica, remito al libro de T. Sampáio Ferraz<sup>4</sup> donde, en sus páginas finales, se establece que el derecho, privado de moralidad, pierde sentido, aunque retenga su validez y eficacia. Sin entrar a considerar esta tesis, me interesa destacar que Ferraz, pese a esa afirmación, mantiene que se dan diferencias importantes entre normas jurídicas y preceptos morales. Una de esas diferencias sería de índole lógica: mientras el derecho admite las normas llamadas permisivas con contenido propio, la permisión moral siempre es a *contrario sensu*, esto es, permitido es lo que no está moralmente prohibido o es moralmente obligatorio. O sea, concluye Ferraz, el derecho y solamente el derecho permite expresamente (*o direito admite as chamadas normas permissivas de conteúdo próprio, a permissão moral é sempre a contrario sensu, isso é, permitido é o que não é moralmente proibido ou obrigatório*). De ahí que los sistemas normativos jurídicos sean auto—suficientes, en cuanto contienen normas de reconocimiento, de cambio y de aplicación, mientras que la moral no contendría normas secundarias: *a moral não tem normas secundárias, salvo se juridicizamos a moral*. Pero, ¿es posible que un sistema normativo, que prohíbe y establece deberes, como serían los códigos morales, no permita directamente, en el sentido de no contener normas permisivas de contenido propio, como serían normas de competencia, de autorización, etc. (i.e.: normas secundarias en terminología de Hart)? Claro está que, si desde un punto de vista lógico, el carácter normativo de las normas secundarias es una permisión fuerte o facultad, y ésta es definida como la negación de la obligación y la prohibición, no se ve razón para negar a los códigos morales prescriptivos la posibilidad de contar con permisiones expresas. Justamente la tesis que ve en los derechos humanos *moral rights*, derechos morales, entiende que en la moral hay permisiones propiamente dicho. Pero Ferraz, perspicazmente, apunta que quizás ello implique convertir a la moral en cuestión en parte del derecho positivo: las normas morales se juridizan, como reiteradas veces apuntara Kelsen. En rigor, pues, para esta posición sólo podría considerarse a los derechos humanos, derechos morales en la medida en que la moral que los establecen, es derecho positivo.

---

<sup>4</sup> T. Sampáio Ferraz Jr., *Introdução ao estudo do direito*, Ed. Atlas, São Paulo, 1988, p. 327.

Hay pensadores que, sin asimilar el derecho a la moral, como vimos sucede con algunas formas del iusnaturalismo, o sin incorporar las permisiones morales al derecho positivo, han subrayado que, por razones ontológicas o metafísicas, todo fenómeno jurídico abarca ingredientes axiológicos. El derecho positivo, además de ser un fenómeno social real, normativamente regulado, exhibe un carácter valorativo positivo o negativo: todo derecho es, para decirlo sucintamente, justo o injusto. Estos valores son pensados como valores éticos o morales. De ahí que se intentará construir sistemas de lógicas normativas donde cupiera distinguir entre un functor modal deóntico de tipo jurídico y otro de tipo moral: deber moralmente algo no es lo mismo que deberlo jurídicamente. En otros autores<sup>5</sup>, ateniéndose a una antigua tradición del pensamiento filosófico, el deber moral es considerado como primitivo y más cercano al sentido de los términos modales en los lenguajes naturales, introduciéndose, en el análisis lógico, un functor de deber jurídico, cuya lógica no coincidiría con la lógica de las expresiones modales de deber del lenguaje natural. Pero entonces, nuevamente, el derecho aparece como un segmento del pensamiento o del lenguaje moral, en la medida en que éstos son dominios, ontológica y lógicamente normales, mientras que el derecho es sector correspondiente a una práctica y a un lenguaje, especiales.

Los sistemas lógicos que se han propuesto para formalizar conjuntos normativos de alcance moral y jurídico, sistemas que son utilísimos instrumentos para el análisis del confuso problema de las relaciones entre el derecho y la moral, ofrecen reparos, en la medida en que algunos de los teoremas resultantes parecen contraintuitivos<sup>6</sup>. Pero cabe esperar de lógicas más refinadas y sutiles, no sólo mecanismos deductivos más selectivos y potentes, sino distinciones analíticas que buena falta hacen en este tipo de discusiones.

### III

#### **Derechos subjetivos y prescripciones morales**

Sea cual fuere la tesis que se sustente con respecto de las relaciones lógicas entre normas morales y normas jurídicas, lo cierto es que, específicamente, alguna creencia sobre el punto sustentan quienes afirman que los derechos humanos son derechos morales.

Esta expresión —que se ha difundido como traducción quizás no muy precisa del giro inglés *moral rights*— remite ciertamente a algo semejante a lo que los juristas ingleses denominan un *legal right*, y que, en el terreno de la dogmática continental, se suele equiparar a los tradicionales derechos subjetivos. Podría argüirse que, con mayor rigor y fidelidad, la

---

<sup>5</sup> Cf., por ejemplo, el ensayo de F. Miró Quesada. "Lógica jurídica idiomática", en *Conferencias do III Congresso Brasileiro de Filosofia do direito*, João Pessoa, 1988, p. 224.

<sup>6</sup> Cf. de L. Z. Puga y N. C. A. da Costa, "Logic with deontic and legal modalities" y "Logica deóntica e direito", y mi comentario, "Moral y derecho: sus relaciones lógicas" (*Anales de la Cátedra F. Suárez*, nº 28/1988, Universidad de Granada).

expresión *moral right*, como se advierte recurriendo a su forma adverbial: *morally right*, debiera traducirse como "moralmente correcto". Una persona está en una posición *morally right*, para el inglés, cuando hace correctamente lo que le corresponde. Es claro, para estos usos ingleses, que no siempre llevar a cabo lo que es *legally right*, como iniciar una demanda o presentar una denuncia, constituye un acto que esté *morally right*, que sea correcto para una persona correcta, para una *right person*. En cambio, aquello que es moralmente correcto llevar a cabo, debiera estar permitido legalmente, es decir, debiera ser también algo *legally right*, aunque no constituya propiamente un deber u obligación jurídica. Sin embargo, como suele suceder al nivel de un lenguaje cuyas reglas de formación y de derivación no son precisas en todos los casos, las reglas lógicas que regirían las relaciones entre los predicados *morally right* y *legally right* no están suficientemente definidas. El usuario de esos giros ingleses, por cierto, orienta su conducta verbal por su comprensión intuitiva del contexto de uso y por su competencia lingüística. De esta peculiaridad léxica del inglés, claro está que no cabe extraer conclusiones sobre las relaciones analíticas entre normas morales y normas jurídicas, válidas para la teoría del derecho. Por de pronto, es necesario apuntar que, inclusive para otros lenguajes de la misma familia, como los dialectos del alemán, la expresión *moralisches Recht* es artificiosa y no tiene las connotaciones del giro inglés correspondiente. Ni qué hablar de que, pasando a lenguajes de otras familias, como los latinos, el giro "derecho moral" carece de tradición de uso, fuera de haberse convertido en la traducción usual del giro *moral right* que la literatura ética anglosajona utiliza tan abundantemente para referirse a los derechos humanos.

Pero es claro que cuando hablamos de los derechos humanos, como derechos, o, inclusive, de ciertas pretensiones morales, como derechos morales, estamos aludiendo en castellano a construcciones conceptuales que la jurisprudencia se ha visto requerida de denominar convencionalmente con la expresión "derecho subjetivo". Esta denominación, cuyo origen en la terminología técnica de la teología moral ha sido minuciosamente investigado, traduce, de alguna suerte, el *right* inglés, pues la palabra "derecho" castellana, comparte con sus similares de los lenguajes latinos y con el *Recht* alemán, la ambigüedad entre un sentido objetivo (equivalente al *law* inglés) y uno subjetivo (donde comprende al *right* inglés). El tema es demasiado conocido y ofrece poco espacio para las discrepancias.

Pero un *moral right*, esto es: un derecho subjetivo moral, en cambio, sí constituye, en nuestro dominio idiomático, un hueso duro de tragar. Pues es notorio que, ni las morales prescriptivas corrientes, como la del Decálogo, ni buena parte de los códigos elaborados por moralistas y filósofos, ni las construcciones de la reflexión práctica o teórica sobre cuestiones morales, cuentan con una elaboración conceptual aceptada sobre qué sean esos llamados derechos subjetivos morales.

En efecto, aunque no tenga un sentido unívoco, los juristas contemporáneos entienden por derecho subjetivo una cierta construcción teórica que les permite manejar

conceptualmente ciertos conjuntos normativos. Los derechos subjetivos jurídicos — expresión casi redundante en castellano y en la teoría general del derecho— son instituciones, cosa que no lo son los pretendidos derechos morales. La institución de un derecho subjetivo supone la existencia de un conjunto normativo que incluye, por lo menos, normas que facultan a un sujeto a ciertos actos, normas que determinan deberes jurídicos de otros sujetos y, por lo común, normas que prescriben el comportamiento de órganos estatales para el caso en que el titular del derecho subjetivo lo requiera. Políticamente, los derechos subjetivos son vistos como técnicas, relativamente descentralizadas, de producción de normas jurídicas que imponen obligaciones heterónomas<sup>7</sup>. Por cierto que, en la teoría jurídica del presente, existen discrepancias con respecto a los pormenores y condiciones de esa construcción teórica que la dogmática continental utiliza corrientemente como un recurso conceptual admitido. Es claro que esa construcción conceptual no requiere de una contrapartida ontológica; por de pronto, buena parte de la doctrina, como sucede ejemplarmente con Kelsen, señala que la noción de derecho subjetivo es un recurso auxiliar del pensamiento de la jurisprudencia científica, pero no el reconocimiento de la existencia de una entidad ontológica. Es posible prescindir del concepto de derecho subjetivo para elaborar una explicación conceptual de los fenómenos normativos jurídicos. En ese sentido, que haya derechos subjetivos es un fenómeno contingente por definición: quiere decir que la teoría jurídica recurre a esa construcción conceptual para describir y sistematizar normas positivas, cuya existencia efectiva es un dato históricamente contingente.

En cambio, difícilmente pensaríamos a los *moral rights*, a los derechos morales, como referencias convencionales de una mera elaboración conceptual.

Pero, como se ha apuntado, la expresión “derecho subjetivo” admite, en la teoría del derecho contemporánea, diversas acepciones, cuyo uso depende del interés teórico del jurista. Desde un punto de vista lógico, es necesario que algunos de los datos normativos, comprendidos por el concepto de derecho subjetivo, sean caracterizados como deónticamente no obligatorios. Vale decir: un derecho subjetivo, sea cual fuere su contenido, sus circunstancias de cumplimiento y sus sujetos titulares y deudores, supone que el titular es libre con respecto de cierta acción o acciones. Ello, en la reconstrucción formal, supone que cierta acción está caracterizada como facultativa, potestativa, optativa o, en forma negativa, como no debida ni prohibida. La caracterización lógica modal de la acción como facultativa, implica que la acción predicada puede llevarse a cabo u omitirse: está permitida tanto la realización de la acción como su omisión, Si tengo derecho, por caso, a expresar libremente mi pensamiento, mi facultad implica que puedo hacerlo, si lo deseo, y puedo no hacerlo, si así lo resuelvo. Pero si bien todo derecho subjetivo supone, pues, la validez de alguna norma que faculta para ciertas acciones al titular del derecho, en los usos

---

<sup>7</sup> Cf. H. Kelsen, *Reine Rechtslehre* 2a. ed., Viena 1960, § 29.

interesantes de la ciencia dogmática no cabe limitar el alcance del concepto al de una simple norma que regula, positiva o negativamente, una facultad. De ahí que, en sus usos más frecuentes, el jurista o el técnico en derecho sólo recurra a ese concepto cuando tiene que encarar el manejo conceptual de conjuntos normativos más complejos.

Tal, por ejemplo, es la noción de derecho subjetivo a que el jurista normalmente recurre cuando desea pensar la posición jurídica del acreedor en una relación contractual; de no poder establecerse la existencia de un deber por parte de otro sujeto, condicionado a la voluntad del titular del derecho, difícilmente el jurista atribuirá al acreedor un derecho subjetivo en sentido técnico, por más justificativo moral que puedan tener sus pretensiones. Muchas veces, inclusive, el jurista práctico, e inclusive el teórico, se rehusará a atribuir a un sujeto un derecho subjetivo, si no existe norma que le confiera algún remedio jurisdiccional. Como es notorio que la existencia de tales normas es una contingencia política, no ha de extrañar que pueda pensarse que los derechos subjetivos no son un dato necesario del inventario ontológico del universo del derecho.

Ello constituye diferencia esencial con lo que se piensa con respecto de los *moral rights*, cuya contingencia política justamente se trata de negar al invocárselos como fundamento de los derechos humanos. Pero sucede, además, que la noción de derecho moral no es estructuralmente análoga a la estructura de los derechos subjetivos jurídicos que someramente fue traída a cuento en los párrafos anteriores. Por de pronto, cabe apuntar que una norma con el carácter deóntico de facultativo no es equiparable, semántica y pragmáticamente, a una norma facultativa jurídica. Baste pensar que serían caracterizadas como facultativas moralmente las acciones moralmente indiferentes o, si se quiere aquéllas moralmente irrelevantes o carentes de valor ético. En cambio, las normas facultativas jurídicas sirven para delimitar el ámbito de las acciones libres del sujeto y, por ende, pueden ser interpretadas como expresión de valores positivos, importantes política y jurídicamente. Si mi libertad cuenta, mucho me importa saber qué dominios abarcan mis facultades jurídicas; si mi bondad moral me interesa, mis actos moralmente indiferentes son desdeñables. De ahí, sin duda, que una firme tradición del pensamiento ético recalcará la importancia de los deberes morales, al punto de verse en la noción de deber el concepto central de la razón práctica. De ahí también que el pensamiento ético guarde bastante imprecisión cuando se trata de caracterizar lógicamente a actos, ciertamente no indiferentes moralmente, pero que no constituyen deberes, como son los actos supererogatorios<sup>8</sup>.

Los derechos subjetivos, como se vio, sirven para pensar jurídicamente ciertas específicas relaciones sociales, como la relación política de poder y la relación económica de crédito y deuda, que concebimos cuando hablamos del derecho subjetivo del acreedor frente a su deudor. Normalmente, además, el concepto remite a ciertas concretas instituciones

---

<sup>8</sup> Cf. por ejemplo, J.S. Fishkin, *The limits of obligation*, Yale University Press, 1982, part. I.

políticas, como ser las relativas a la organización del monopolio institucional de la fuerza en los estados modernos. En pocas palabras, la noción de derecho subjetivo, como término técnico de la ciencia del derecho, supone la existencia de acreedores, deudores, jueces, órganos sancionadores, estado organizado con alguna centralización o monopolio de la fuerza sancionatoria, etc. Con pocas palabras también, cabe sostener que la noción de *moral right*, derecho moral, no está asociada a esas complejas estructuras sociales y a las complejas relaciones conceptuales con que las pensamos.

Un derecho moral no es corrientemente un concepto teórico generalmente aceptado por la doctrina ética; su utilización en la literatura de tradición no anglosajona, parece más bien un préstamo de la jurisprudencia, disciplina donde el término tiene un sentido técnico relativamente preciso. De suerte que, en principio y refiriéndonos a *legal rights*, contamos con criterios empíricos, susceptibles de verificación, para su aplicación a los datos. No sucede lo mismo con la noción de derecho moral, cuyas condiciones de aplicación son, a lo sumo, metafóricas. En efecto, no sabríamos muy bien a qué experiencia referirnos, a qué prueba sujetar a los datos, para establecer si, en un cierto caso, cabe atribuir o rehusar a un sujeto un derecho moral.

Por su naturaleza teórica, no tiene mucho sentido formular tesis de existencia necesaria para un derecho subjetivo. Como se dijo se trata más bien de si es teóricamente útil, o retóricamente eficaz, interpretar ciertos datos recurriendo a esa categoría. Con respecto de los *moral rights*, en cambio, lo corriente es proponer tesis ontológicas: existen derechos morales como consecuencia necesaria de ciertas características éticas esenciales del hombre, como su dignidad, o como consecuencia de otros atributos metafísicos que el hombre, la sociedad o el mundo vean conferírseles.

Por consiguiente, la adopción lisa y llana de conceptos tomados de morales prescriptivas, de especulaciones referentes a normas y principios morales, de consideraciones éticas o de teorías metaéticas, ofrece reparos serios si se supone cumplir esa utópica tarea: dar fuerza moral a reglas que, por alguna razón, se considera no disfrutan de suficiente fuerza jurídica. Pero el reparo más serio indica quizás en que la fuerza persuasiva de la tesis de que los derechos humanos tienen, o deban tener fundamento moral, es poderosa que poca o ninguna atención se presta a la función que la defensa de esa tesis supone. Corresponde examinar, pues, los argumentos con que, en literatura reciente, se insiste en la tesis del fundamento moral de los derechos humanos, tesis que debe su encarada críticamente y no ser asumida dogmáticamente, como acaece en buena parte del discurso político donde se encara el problema de la vigencia de los derechos humanos sólo desde un punto de vista persuasivo.

## IV

### **Los fundamentos morales de los derechos humanos: funciones teóricas y políticas**

Los juristas acostumbran indagar por el fundamento de validez de las normas que consideran deben aplicar: esta exigencia deriva de la creencia teórica de que ninguna norma positiva cuenta con validez intrínseca, como podrían haberla tenido, en otros tiempos, las normas de un derecho natural de origen divino. Por añadidura, desde que la ideología del positivismo es dominante en las formas de pensar jurídicas, los operadores jurídicos necesitan establecer fehacientemente que las normas que utilizan en sus decisiones han sido efectivamente establecidas por los órganos pertinentes sea cual fuere la apreciación que el aplicador tenga el valor de la norma en cuestión. La cuestión, pues, de la validez de las normas de derecho positivo es asunto que no siempre tiene respuesta categórica disponible de antemano: el órgano de aplicación no tiene garantía de certeza con respecto de las normas con que se maneja para encarar la solución de conflictos. El hecho de que, en muchos casos, dicho órgano actúe en un contexto de conflicto, como el juez que interviene en un litigio, hace que inclusive inicialmente quede cuestionada la validez de las normas que las partes del conflicto invocan.

También las normas que configuran, en los derechos positivos, las instituciones que consideramos derechos humanos, no cuentan con una validez indisputable. Baste advertir, manteniéndonos en el terreno del derecho positivo, que actualmente, ante la abundancia de normas de derecho interno, incluso de nivel constitucional, y de normas de derecho internacional, no siempre es sencillo determinar el fundamento de validez normativo de un derecho invocado con el rango de un derecho del hombre. Pero esta situación, cabe advenir también, se presenta con respecto de cualquier norma positiva esgrimida como criterio de decisión en una situación conflictiva. Bobbio<sup>9</sup> ha apuntado correctamente que la cuestión de la fundamentación de los derechos humanos tiene la misma respuesta, en el campo del derecho, que la fundamentación de la validez de cualquier norma positiva. En ese sentido, muchas veces la invocación de otro tipo de fundamentación, como puede ser el recurso a determinadas morales, constituye, por de pronto, como ha indicado Rabossi<sup>10</sup>, un arcaísmo ideológico. Pero la función efectiva de la tesis referente al fundamento moral de los derechos humanos puede ser más variada y ofrecer otros ribetes que conviene poner en claro.

---

<sup>9</sup> B. Bobbio, "Presente y porvenir de los derechos humanos", en *Anuario de Derechos humanos*, I. U. Complutense. Madrid, 1982.

<sup>10</sup> E. Rabossi, "La fundamentación de los derechos humanos: algunas reflexiones críticas", MS. México, 1987; "Human rights theory naturalized" (ponencia en la reunión sobre *Rights and the philosophy of law*, U. of Miami, 1988. actas en *Law & Society*).

Hay autores que, aún considerando insatisfactoria las tesis sobre la cuestión de las doctrinas iusnaturalistas tradicionales, y adhiriendo a un positivismo moderado, como el de Hart, según el cual no es necesario, sino contingente, que los criterios de validez de normas particulares tengan que incluir, expresa o tácticamente, referencias a la moral o la justicia<sup>11</sup>, no se resignan a que los derechos humanos no cuenten con una fundamentación ética. Por ejemplo, así lo propone E. Fernández al encarar expresamente el tema del fundamento de los derechos humanos<sup>12</sup>.

Los derechos humanos, para este autor, son derechos morales. Y éstos son "exigencias éticas... que los seres humanos tienen por el hecho de ser hombres". (Por cierto que en el texto que transcribo se dice también que los derechos morales son "derechos" que los seres humanos tienen como un "derecho igual" para su reconocimiento por el "Derecho", texto donde el vocablo "derecho" se hace excesivamente ambiguo). Nino<sup>13</sup>, por su parte, identifica los derechos individuales (i.e: derechos humanos) con derechos morales de que todo ser humano es titular por el mero hecho de ser hombre. Ello, el ser hombre, sería "la circunstancia antecedente que sirve de condición suficiente de estos derechos" morales, dice también Nino. Pero el hecho de ser hombre —una caracterización que estos autores suponen no ofrece mayor dificultad en establecer—, sería la razón o el título para que los demás hombres reconozcan la posesión de esos derechos morales, pero no pareciera razón suficiente para que se identifique a esos derechos morales con derechos humanos, que si algo son, son algo más que puras exigencias éticas o pretensiones morales.

Aceptan estos autores que, si los derechos humanos se redujeran a ello: meras exigencias éticas, simples derechos morales, la situación social sería insatisfactoria; los derechos humanos, existentes previamente como derechos morales, exigencias éticas y valores, necesitan de su incorporación al ordenamiento jurídico positivo, aunque esa incorporación nunca pueda ser completa, para realizarse o adquirir efectividad. Esta incorporación constituye un reconocimiento, pues los derechos humanos, en cuanto, derechos morales, son algo previo a los derechos humanos como derechos subjetivos efectivos: "La fundamentación ética o axiológica de los derechos humanos fundamentales parte de la tesis de que el origen y fundamento de estos derechos nunca puede ser jurídico, sino previo a lo jurídico. El Derecho (me refiero siempre al Derecho positivo) no crea los derechos humanos. Su notable labor, sin la cual el concepto de derechos humanos no tendrá plena efectividad, está en reconocerlos, convertirlos en normas jurídicas y garantizarlos también

---

<sup>11</sup> H.L.A. Hart, *The concept of law*, Oxford U. Press, 1961, cap. IX.

<sup>12</sup> E. Fernández, *Teoría de la justicia y derechos humanos*, Editorial Debate, Madrid, 1984, cap. III. Este ensayo había sido publicado anteriormente en *Anuario de Derechos humanos I, Madrid, 1982*.

<sup>13</sup> C. Nino, *Introducción al análisis del derecho*, 2a. ed., Ed. Astrea, Buenos Aires, 1980, p. 417. La posición de este autor debe ser discutida tomando en cuenta las tesis de su libro posterior. *Ética y derechos humanos*, Ed. Paidós, Buenos Aires, 1984, cap. Hay una segunda edición de 1989, no tomada en cuenta aquí.



jurídicamente”<sup>14</sup>. Esta tesis, que tanto recuerda al viejo argumento de la naturaleza de la cosa (existe, por ejemplo, algo que es el matrimonio, cosa que el legislador tiene que reconocer al legislar sobre el tema), acarrea dificultades teóricas, que corresponde discutir, sobre todo porque, según sostiene Fernández a continuación, “si no aceptamos esa existencia moral previa, no es posible ni criticar a cualquier ordenamiento jurídico, porque no los reconoce ni garantiza, ni defender la necesidad de su incorporación al Derecho positivo”<sup>15</sup>. Para Nino, el planteo, según lo interpreta Fernández, es más complicado: la existencia de los derechos humanos, en cuanto derechos morales, no depende del reconocimiento por el derecho positivo; se trata, más bien, de que entre los derechos morales hay uno que incluye la pretensión de que se dicten normas positivas para proteger esas pretensiones morales, con lo cual tenemos que, en el sistema de normas morales habría que postular también la existencia de una obligación dirigida a los legisladores positivos, norma moral cuya existencia ciertamente es problemática<sup>16</sup>. Pero, ¿son plausibles estas tesis y hay razones para aceptarlas sin más, u ocultan ciertos presupuestos ideológicos que no hay razón para asumir tan categóricamente?

Pues, ¿qué se quiere decir en nuestros días cuando se afirma tan enfáticamente que los derechos humanos, en su avatar como *moral rights*, son previos a lo jurídico y de que su fundamento “nunca puede ser jurídico”? Por de pronto, parece una afirmación falsa, si la tomamos literalmente, la de que los derechos humanos no puedan tener fundamento jurídico, cuando es evidente que muchos de ellos lo tienen de una manera muy precisa si Fernández acepta que los derechos humanos pueden incorporarse al derecho positivo como derechos subjetivos (esto es: como un conjunto de normas positivas), no se ve razón por la cual esos derechos humanos, ahora en su forma positiva reconocida, no cuenten con cabal fundamento jurídico. ¿O, acaso, pretende nuestro autor que, en el conjunto de normas que configuran un ordenamiento jurídico —a como suele escribir: el Derecho— tenemos dos tipos de normas: unas, las corrientes creadas por legisladores de carne y hueso, que sí admiten contar con fundamento jurídico, fundamento susceptible en todo caso de cuestionamiento, y otras, los derechos morales incorporados, en cuyo respecto no sería factible la discusión de su validez como normas positivas, esto es, como partes del derecho positivo? Si se trata de proponer así que, en los derechos positivos, haya normas de origen no legislado que no sean susceptibles de derogación por actos políticos o judiciales, la tesis defendida es claramente insuficiente, pues, en rigor, consiste en sostener que toda norma de derecho positivo es inderogable, puesto que siempre cabrá encontrarle “existencia moral previa” en el código moral de alguien. La tesis, a la postre, lleva a la inadmisibles consecuencia que se trató en capítulo anterior de este trabajo: el derecho positivo se hace indiscernible del derecho natural, lo que vale tanto como proponer que la actividad productora de normas positivas de algún legislador de carne y

---

<sup>14</sup> E. Fernández. op. cit., p. 106.

<sup>15</sup> *Ibidem*, p. 110.

<sup>16</sup> C. Nino, *Introducción...* p. 418; E. Fernández. op. cit., p. 110.

hueso sea considerada de validez eterna e inmodificable, como pasa, según dicen, con las decisiones de una divinidad considerada omnipotente. Pero el derecho positivo, en clara diferencia con los derechos naturales imaginados por la filosofía, tiene justamente la peculiaridad de admitir la derogabilidad de sus normas. Y ello es una función esencial o una nota definitoria de lo que llamamos derecho positivo.

Suponer que hay normas de derecho positivo que, por constituir el reconocimiento de derechos morales previos, no son derogables o, lo que es lo mismo, que son obligatoriamente aplicables, sin excepciones, en todas las circunstancias posibles, significa convertir a un fenómeno social histórico en una entidad ideal metafísica. Pero tal cosa es una actividad ideológica y no la explicitación teórica de un problema social.

Es por ello, creo, que ante esa implícita actitud ideológica, reaparecen, en el texto que comento, característicos dualismos que sólo pueden ser entendidos como metafísicos: los derechos humanos tienen una existencia previa (es decir: anterior a toda experiencia real) como valores o exigencias éticas, y una existencia parcial o incompleta, como derechos morales reconocidos por el derecho positivo bajo la apariencia fenoménica de derechos subjetivos. La terminología metafísica platónica y sus dualismos son notorios en estas tesis. De ahí también, que ateniéndose seguramente a esa tradición metafísica, el problema de la relación entre los derechos humanos preexistentes como valores o exigencias éticas, y los derechos humanos en su forma fenoménica positiva imperfecta, se convierta en una reedición de las propuestas platónicas: tendríamos "una síntesis entre los derechos humanos entendidos como exigencias éticas o valores y los derechos humanos entendidos paralelamente como derechos". O, líneas adelante: "a cada derecho humano como derecho moral le corresponde paralelamente un derecho en el sentido estrictamente jurídico del término"<sup>17</sup>. Platón hubiera dicho quizás que las normas positivas que establecen derechos en el sentido estrictamente jurídico, son apariencias fenoménicas, constituidas por participación *-μετεσις-* de normas morales que son los verdaderos e ideales derechos humanos. La participación platónica es traducida mediante una metáfora geométrica: derechos morales ideales tienen una correspondencia paralela en los derechos subjetivos jurídicos, metáfora seguramente sugestiva pero teóricamente opaca. ¿Qué es un paralelismo entre derechos (normas) morales y derechos subjetivos jurídicos? ¿Qué quiere decir que a cada derecho moral corresponda paralelamente su análogo positivo?

A la postre, advertimos que, pese a la invocación prestigiosa de todos estos artilugios metafísicos tomados de la más remota tradición filosófica, arribamos a un inútil dualismo. Él mismo, en efecto, al requerir que a cada derecho subjetivo jurídico positivo -expresiones redundantes requeridas por la disimulada ideología metafísica- corresponda

---

<sup>17</sup> E. Fernández, op. cit., p. 108/109.

necesariamente un derecho moral de igual contenido y carácter, hace que no sea factible recurrir al orden metafísico donde existen los derechos morales para criticar al ordenamiento jurídico positivo, pues todo derecho moral tiene su contrapartida idéntica en el orden positivo y viceversa. En rigor, ambo órdenes son indiscernibles conceptualmente, como siempre ha sucedido en los iusnaturalismos de impronta platónica. Kelsen lo ha destacado espléndidamente en su obra póstuma sobre Platón<sup>18</sup>. También ha quedado en claro que esa imposible duplicación ontológica del objeto expresa una ideología religiosa anticientífica, como señeramente sucede en el pensamiento del propio Platón. De ahí también que los derechos humanos, como derechos morales ideales, y como derechos subjetivos positivos, sean caracterizados por Fernández retomando los lugares comunes de la metafísica platónica en su interpretación tradicional: los derechos humanos, como derechos subjetivos en sentido estrictamente jurídico, tienen una existencia parcial e incompleta, como mero reflejo que son de derechos morales ideales que, en cuanto valores, son lo “bueno para el desarrollo de la vida humana”<sup>19</sup>. En cuanto valor y verdad moral (el bien platónico), los derechos humanos —que ahora son expresión, en el dominio de la realidad social, de valores o del valor metafísico supremo: la idea de dignidad humana— no pueden realizarse completamente en el mundo real, quedando, ya que no podemos contemplarlos tal como idealmente son, como exigencias éticas y como fundamento del que derivan los derechos humanos jurídicos. Por tratarse de un dato metafísico supremo —una versión contemporánea del Bien platónico— no cabe negarlos, pues su negación, dice coherentemente el autor que comentamos, pone “en tela de juicio la idea de dignidad humana”. Pero ésta, justamente, es el valor supremo. Heidegger señalaba que la interpretación recibida de la metafísica platónica consiste en ver en el Bien platónico —cuya interpretación es enigmática— un valor y en el valor, una - exigencia moral o ética; valor supremo y exigencia ética correspondiente (un deber o *sollen*) constituyen la interpretación degradada de los presupuestos ontológicos de la sabiduría antigua<sup>20</sup>. Constituyen también un presupuesto metafísico y ontológico incompatible con el desarrollo de las ciencias modernas, cuya eliminación y desplazamiento denunció elocuentemente Nietzsche.

Estamos, pues, que la interpretación de los derechos humanos como derechos morales que constituirían su fundamento axiológico, y, por ende, su razón de ser metafísica, se atiene, en esta versión, a las ocultas directivas del pensamiento platónico. Ello no es de extrañar, pues los recursos de esa filosofía han sido siempre los instrumentos retóricos de las actitudes anticientíficas, actitudes que por lo común, como en el mismo Platón, son también actitudes de tipo políticamente reaccionario y notoriamente antidemocráticas. ¿Pretendo sostener, acaso, que proponer una fundamentación de los derechos humanos en unos ideales *moral rights* que todo hombre tiene por ser lo que es, constituye una disimulada propuesta antidemocrática?

---

<sup>18</sup> H. Kelsen, *Die Illusion der Gerechtigkeit*, Ed. Manz, Viena, 1985, especialmente *Einleitung: der platonische Dualismus*; §§ 37, 40, y cap. 59, 60 y 72.

<sup>19</sup> E. Fernández, op. cit., p. 116.

<sup>20</sup> M. Heidegger. *Einführung in die Metaphysik*, Ed. Niemayer, 1953, cap. IV, § 4.

Kelsen ha dado algunas ideas al respecto. En un sistema jurídico moderno, con estructura estatal, los órganos de creación y de aplicación del derecho actúan normalmente en el marco de normas generales dictadas en principio en forma previa al caso que ha decidirse y por un sujeto distinto del órgano que adoptará la decisión. En un régimen democrático liberal, además, los casos serán resueltos por normas producidas con alguna participación de los sujetos obligados por las mismas, aunque se trate muchas veces de una participación muy reducida. La facultad que invoca algún magistrado, o un particular, para dirimir un conflicto conforme a normas morales, es una estrategia ideológica destinada a derogar, para el caso, las normas generales democráticamente producidas: a la voluntad general del legislador se sustituye el arbitrio personal del juzgador. Ello es, claro está, una forma disimulada de autocracia, en cuanto las partes en el conflicto se verán sujetas a una norma impuesta heterónomamente. Se trata de una política decisoria no democrática<sup>21</sup>. Me parece que, pese a las intenciones muy nobles que exhiben los pensadores que buscan en una moral, preferentemente objetiva, el fundamento de los derechos humanos, tan pronto se hurga un poco en estas ideas, con el instrumental analítico de la filosofía contemporánea, aparece el feo rostro del autoritarismo.

También creo que de alguna suerte la autoridad milenaria de la metafísica platónica aparece en literatura muy reciente que trata, infructuosamente, de escapar al dualismo metafísico que conlleva la tesis del fundamento moral necesario de los derechos humanos. Así, en Alexy<sup>22</sup> los derechos humanos aparecen como derechos subjetivos positivos, pero sólo como derechos *prima facie*, en que no es difícil encontrar los imperfectos fenómenos que deberían reflejar las normas ideales inaccesibles. En Laporta<sup>23</sup>, los valores morales y las exigencias éticas, son desplazados por derechos humanos como razones, interpretadas como estados de cosas valiosos, para establecer protección positiva en su favor. Pero Laporta señala, a diferencia de lo que es lugar común en la literatura actual, que esa razón no se identifica con un valor supremo consistente en la dignidad intrínseca de la persona humana, pues esta noción ya sería expresión de un conjunto de valoraciones. La pretensión, pues, de fundar los derechos humanos en el valor moral de la dignidad de la persona, significaría una petición de principio, puesto que "decir que un ser humano tiene derechos porque es persona, es tanto como decir que tiene derechos porque tiene derechos". Entiendo que conviene seguir la discusión alrededor de este extraño problema de los fundamentos de los derechos humanos. El tema sigue sobre el tapete, práctica y teóricamente. Seguramente el primer interrogante consistirá en preguntar qué entendemos por fundamento cuando suponemos que todo derecho humano lo tiene. La pregunta no es ociosa.

---

<sup>21</sup> H. Kelsen, *Reine Rechtslehre*, ed. cit., § § 9, 10, 11, 13, 35 g).

<sup>22</sup> R. Alexy, *Theorie der Grundrechten*, Ed. Suhrkamp, 1986.

<sup>23</sup> F. Laporta, "Sobre el concepto de derechos humanos", ponencia en *Jornadas de filosofía jurídica y social*, Alicante. 1987. Ver ensayo siguiente.

# LOS DERECHOS HUMANOS

## COMO RAZONES MORALES JUSTIFICATORIAS

### I

#### ¿Son los derechos humanos entidades morales?

La interpretación de los derechos humanos como derechos morales es lugar común en la literatura política y filosófica anglosajona. En la literatura sobre los mismos, en las lenguas latinas y aún en la literatura centroeuropea, la referencia a los llamados derechos morales aparece como resultado de la influencia de los autores anglosajones. En éstos últimos, el giro tiene una larga tradición, no sólo como expresión corriente en la lengua usual, sino como designación frecuente en el pensamiento filosófico: se encuentra, así y por ejemplo, en Hobbes. En inglés, la expresión *moral rights* está asociada al predicado *morally right*, que puede traducirse, aproximadamente, como "correcto", "adecuado", "apropiado". *That is morally right to do* quiere decir algo así como "está suficientemente justificado hacer tal cosa" o, "es correcto hacer tal cosa". La expresión no es entendida, normalmente en inglés, como un término técnico, sino que posee la corriente amplitud de sentido y flexibilidad de uso propia de giros del lenguaje corriente. Si bien, en la literatura jurídica, se la contrapone a los *legal rights*, los *moral rights* no son entendidos como una extensión o derivación de los *legal rights*, toda vez que las definiciones técnicas de esa frase sólo se dan en los juriconsultos influidos por el análisis austriano o por la dogmática continental.

El caso es diferente en castellano, donde la expresión *derecho moral* es claramente una traducción del inglés cuya artificialidad es patente, toda vez que el adjetivo *moral* en inglés no tiene connotaciones idénticas a su homónimo castellano. Por su parte, una traducción literal de *legal right* suena en castellano, como en alemán, redundante, pues un *derecho jurídico* es casi algo así como un círculo redondo. En castellano técnico moderno, los *legal rights* de los ingleses suelen equivaler a los derechos subjetivos de la dogmática de inspiración continental. De ahí que los derechos humanos, que tanta tinta hacen correr en nuestros días, sean pensados naturalmente, en la tradición continental europea, como derechos subjetivos, categoría teórica ésta que, sin embargo, parece en muchos casos insatisfactoria o insuficiente. Los derechos humanos, en inglés, son pensados primariamente como *moral rights*, que pueden llegar a ser, mediante los actos de promulgación pertinentes, *legal rights* en un derecho positivo. Para esta tradición, suena a paradójico, cuando no a absurdo, que un *human right* no sea de consumo y previamente (terminología oscura pero usual) un *moral right*. El problema, para el inglés, reside en saber cómo esos *moral right*, previos y no menesterosos de promulgación positiva, puedan llegar a configurar *legal rights*. En nuestra tradición lingüística y teórica, los derechos humanos son o tienen que llegar a ser, derechos subjetivos. El interrogante ético, aunque no jurídico, es si, por serlo, también tienen fundamento moral: ¿son los derechos subjetivos, positivamente instituidos, derechos morales?, expresión ésta última entendida como referencia a normas que son correlatos de deberes u obligaciones morales.

Me interesa analizar, en estas páginas, un ensayo de incorporar de alguna manera esa interpretación, redefiniendo qué haya de entenderse por un derecho subjetivo, o, como veremos, la expresión en que se dice que un sujeto tiene derecho a algo. En tal ensayo, respaldándose fundamentalmente en doctrina anglosajona, se propone, con todo, que los derechos humanos sean entendidos como derechos morales, los cuales también son definidos de una manera especial. Me referiré, pues, al ensayo de Francisco J. Laporta, *Sobre el concepto de derechos humanos*<sup>24</sup>.

---

<sup>24</sup> En *Actas de la X Jornadas de Filosofía Jurídica y Social*, Alicante, diciembre de 1987. En adelante, este ensayo será citado con la sigla "CDH", seguido por la numeración de la página. Hay edición posterior e *Doxa*, nº 4, 1987, Alicante.

Como la noción de derecho moral no es corriente en castellano, quizás convenga referirse inicialmente al análisis de la misma que propone Laporta. Mientras la noción de derecho jurídico, valga la redundancia, es objeto de una propuesta específica por nuestro autor, la de derecho moral no es objeto de una explicitación conceptual precisa. Se dice, si, que “en la teoría moral predominante”, se intenta “fijar el origen genético (y la justificación) de la atribución de derechos en el juego de algunas instituciones morales o en la ocupación de “posiciones” en el esquema ético-social”<sup>25</sup>. Partiendo del supuesto, por cierto cuestionable, de que haya instituciones morales y roles morales, se dice, en el texto comentado, que los derechos morales son atribuidos a los individuos que actúan en una institución “de acuerdo con sus pautas”. En una promesa, quienes reciben una promesa “se veían investidos de derechos morales” frente al promitente; al ocupar alguien el rol de padre, por ejemplo. “se le adscribían ciertos derechos morales”. Laporta advierte, con todo, con estas explicaciones remiten a instituciones, pautas, roles, posiciones y a autoridades o sujetos adscriptores de derechos morales, que no son pensados en términos puramente morales. Pues, por ejemplo, ¿de dónde provienen las pautas institucionales que atribuyen derechos morales, o quiénes son las autoridades que adscriben derechos morales a los ocupantes de un rol?

De ahí, que nuestro autor proponga “emancipar la idea de derecho moral de sus condicionamientos institucionales o de sus condicionamientos de rol”, con lo que se obtendría, una idea *descontextualizada* de derecho moral. Los derechos morales, de esa guisa, quedarían desvinculados de toda institución ética concreta, propia de una moralidad positiva, y aún, de las instituciones que propusiera una moralidad crítica. Vale decir, si interpreto bien esta propuesta: que un derecho moral es ajeno a un código moral prescriptivo que funcione como una moral concreta, y también es ajeno a los principios ideales que postule una moral crítica. Resulta así que los derechos morales, de existir, tienen que ser analizados en términos de datos no estrictamente morales, sino más bien sociales (instituciones, pautas institucionales, roles sociales, etc.), y que de aceptarse su existencia descontextualizada, se trataría en todo caso de fenómenos ajenos a toda moral concreta o a los principios de una moral crítica. Uno se pregunta, entonces, ¿por qué considerarlos, al fin y al cabo, como fenómenos morales?

El concepto de derecho subjetivo —aceptando que éste es el término técnico para designar el conjunto de nociones a que se recurre, en la jurisprudencia, para entender giros tales como “tener derecho”, o más precisamente, “el sujeto A tiene derecho a X”—, en cambio, es objeto de una propuesta de redefinición, pues Laporta considera, con razón, que las acepciones corrientes de derecho subjetivo no sirven para dar cuenta satisfactoriamente de los derechos humanos. En efecto, éstos, los derechos humanos, tienen por de pronto, en el discurso de “los teóricos más influyentes”, una especial “fuerza justificatoria o motivacional, como si se tratan de los escalones últimos y más poderosos de los sistemas morales y jurídicos”, en el sentido de que expresan exigencias éticas y políticas “tan fundamentales que no son susceptibles de negociación o trueque”<sup>26</sup>. Sin embargo, su categorización como derecho, en un sentido jurídico, da pie a dificultades teóricas y a complejidades conceptuales, pues la palabra “derecho”, como es sabido, tiene múltiples aplicaciones en el discurso jurídico. Algo tienen, sin embargo, en común esas “múltiples apariciones”: se trata, cuando de tener derechos hablamos, de una expresión propia de un lenguaje normativo. De ahí que constituya un error conceptual —subraya Laporta— referirse a derechos antes de que existan normas, como sería el caso en el estado de naturaleza imaginado por Hobbes. Entender, como es frecuente, la expresión “tener derecho” como “sinónimo de libertad en ausencia de normas respecto de X”, sería, por otra parte, un sinsentido. No sólo, quizás, como eruditamente se sugiere, en cuanto ya Pufendorf habría indicado que no se puede tener un derecho de no existir normas que impongan a los restantes sujetos un deber de abstención, sino en cuanto no podemos pensar normativamente el derecho que tenemos si partimos del supuesto de que no hay norma alguna<sup>27</sup>. Pero también cabe advertir, como es opinión frecuente, que la ausencia de normas, con que se equipan la libertad, puede ser pensada, tanto como una eliminación de normas que establecen deberes y prohibiciones, como la instauración de

---

<sup>25</sup> CDH 21.

<sup>26</sup> CDH 1.

<sup>27</sup> CDH 4.

normas que otorgan autorizaciones, etc. Pero el carácter problemático de la noción de tener un derecho (subjetivo) radica para Laporta en cuestiones de otra índole.

Por de pronto, el reduccionismo extremo que llevara a pensar que un lenguaje normativo está exclusivamente formado por enunciados modales deónticos, o, lo que es lo mismo, que el discurso jurídico está integrado enteramente por normas, suscitaría la pretensión, característica de teorías del derecho de inspiración positivista, de pensar también a los derechos subjetivos, o al giro "tener derecho" como una expresión que ha de ser analizada en componentes últimos de tipo normativo. Este pecado, dice Laporta, habría sido cometido intensamente nada menos que por Hans Kelsen. Como no es inmediatamente claro cómo ha de efectuarse esa reducción, la tentación de incurrir en "la llamada tesis de la correlatividad entre derechos y deberes en su sentido más fuerte" es irresistible: "En ese sentido fuerte la tesis viene a decirnos que la expresión «tener un derecho» significa que otra u otras personas tienen un deber, es decir, que la noción de «derecho» es reducible a una noción lógicamente más primitiva como es la de «deber»"<sup>28</sup>.

Pero la tesis de la correlatividad, que en Kelsen aparece como una versión del derecho subjetivo en cuanto reflejo de un deber jurídico, sería demasiado fuerte y severamente objetable; en todo caso, Laporta lo atribuye "debilidades heurísticas en el plano de la explicación genética y de la justificación de enunciados normativos"<sup>29</sup>. Pasando por alto lo de la explicación genética, sea ella lo que fuere, lo cierto es que la existencia de deberes no parece siempre justificativo convincente de la atribución de un derecho, lo cual parece claro toda vez que los tiranos se atribuyen derechos que difícilmente se justifiquen en deberes que sus víctimas no tienen. Eso es: la tesis del derecho subjetivo como reflejo de un deber insinúa que se da prioridad a la idea de deber, cosa que, fuera de su valor epistemológico conocido, por ejemplo, en la ética de Kant, tiene un sabor ideológico desagradable. Además, apunta correctamente Laporta, cuando hablamos de los derechos que tenemos, de alguna manera pensamos que es la previa existencia de esos derechos lo que produce deberes en los demás y no al revés.

Claro que no hay razón para creer que sólo son normas los enunciados reducibles a enunciados de deberes. Laporta trae a colación el ensayo de Hohfeld, de tan gran influencia en el pensamiento norteamericano, que justamente ha recibido una muy frecuente aplicación en las teorías jurídicas relativas a los derechos humanos. Es notorio que las categorías con que el sistema hohfeldiano permite explicar distintos tipos de derechos, es más rica que la noción única de derecho reflejo, como Kelsen lo advirtió claramente al proponer distinciones más finas que las tradicionales para analizar el concepto de derecho subjetivo. Esto es verdad; pero Laporta agrega un comentario que, fuera del problema concreto aludido, permite pensar que está en juego una tesis de mayor alcance. Señala nuestro autor que sólo una de las categorías hohfeldianas, las de *freedom* "sería parafraseable en términos deónticos estrictos", a saber, como permisión fuerte o facultad. Tener *freedom* para algo equivale a postular la existencia de normas que permiten la acción en cuestión y también su omisión. Las restantes categorías — *claims, powers, e immunities*—, dice Laporta, no son definibles en términos de esta naturaleza, por lo que entiende los operadores deónticos usuales: obligatorio, prohibido, permitido<sup>30</sup>. Cree Laporta que Hart y Feinberg lo acompañan en esta tesis según la cual ciertas categorías usuales en la ciencia del derecho no podrían ser definidas en "términos deónticos estrictos".

Pero, de la afirmación de que alguna categoría hohfeldiana no sea reducible a enunciados formulados con los operadores deónticos usuales, tesis harto discutible por cierto, no se sigue la tesis más fuerte de que hay conceptos normativos no definibles en aquellos términos deónticos estrictos. Pienso que aquí se introduce una confusión. Puede muy bien ser que ciertas nociones introducidas por la teoría, como las heterogéneas normas secundarias de Hart o el vago concepto que maneja Feinberg, no hayan sido analizadas rigurosamente en términos enunciados con modalidades deónticas clásicas. No veo que tal cosa haya sido

---

<sup>28</sup> CDH 5.

<sup>29</sup> CDH 5

<sup>30</sup> CDH 8/9.

demostrada estrictamente, ni que sea, en rigor, demostrable. Más bien esos autores señalan correctamente que los conceptos elaborados por la doctrina, limitándose a las nociones modales tradicionales, no son lo suficientemente finos o no se ajustan al significado con que corrientemente los emplea la jurisprudencia. Para que un concepto teórico, como las categorías hohfeldianas, pueda ser traducido a otro marco conceptual, como es el expresado por el conjunto de categorías que emplea la dogmática continental, se requiere que los lenguajes en que ambos sistemas categoriales son utilizados cuenten con repertorios conceptuales y reglas operativas que permiten lograr teorías sustantivas equivalentes. Ello no puede ser establecido *a priori*, pero tampoco puede ser decretado como *a priori* imposible, cómo se hace cuando se estatuye que una noción no es definible en otro marco teórico. Supongo que ni Hart ni Feinberg suscribirían tesis tan extrema. Lo cierto es que es factible encontrar una traducción formal del sistema hohfeldiano que recurre al lenguaje de la lógica deóntica clásica<sup>31</sup>.

## II

### Derechos subjetivos y razones justificatorias

Pero es cierto que el sistema de conceptos hohfeldianos, como recuerda Laporta, es más interesante y más fino que los gruesos conceptos de la dogmática continental, en tanto se trata de explicar conceptualmente el material conocido bajo el título de derechos humanos. Los análisis de Lindhal, de Kanger y de otros también son mucho más finos que los tradicionales, justamente en razón de echar mano, me permito recordar, de lógicas —generalmente implícitas— a que recurría y recurre aún hoy la ciencia del derecho consagrada.

Laporta, sin embargo, de esta conclusión o errónea o exagerada, extrae una conclusión interesante: no se trataría ya de proponer otra reducción de los derechos humanos a categorías hohfeldianas o a “términos deónticos estrictos”, sino, más bien, de pensar en un tipo de normas, o expresiones normativas, diferentes de las clásicas<sup>32</sup>. Para concebir a los derechos humanos habría más bien que pensarlos como anteriores a las normas analizadas en términos hohfeldianos: son ellos algo que “está antes” que todo *claim*, que todo *power*, que toda *immunity*, que toda *freedom*. Habría que pensar a los derechos humanos como algo anterior a todo *right* o derecho subjetivo: como un título justificante del recurso a las técnicas de protección a que aludimos cuando hablamos, con Hohfeld y la dogmática tradicional, de *rights* y derechos subjetivos. En rigor, sostiene Laporta, “cuando usamos la noción de «derecho» no estamos haciendo referencia a ciertas normas primarias o secundarias de un cierto sistema normativo, sino a la razón que se presenta como justificación de la existencia de tales normas”<sup>33</sup>. Estas razones justificatorias estarían emparentadas con las razones (o algunos de sus tipos) que no hace mucho inventó J. Raz. Éstas, para aquel autor israelí, son *facts*, hechos, aunque hechos normativamente significativos, en cuanto determinan lo que ha de hacerse (*they determine what ought to be done;... reasons... are relations between facts*) y más precisamente *relations between facts and persons*<sup>34</sup>. Aunque su descubridor tenga dificultades en encontrarles un *status* lógico u ontológico convincente, las *reasons* pasan de ser hechos, a ser relaciones entre hechos y personas, a ser construcciones lógicas en cuanto,

---

<sup>31</sup> Cf. L. E. Allen & C.S. Saxon, “*Analysis of the logical structure of legal rules by a modernized and formalized version of Hohfeld*” *Fundamental Legal Conceptions*, en A.A. Martino & F. Socci Natali, *Automated Analysis of legal texts*, North-Holland, Amsterdam, 1986, p. 385 ss.

<sup>32</sup> CDH 9.

<sup>33</sup> CDH 10.

<sup>34</sup> J. Raz, *Practical reason and norms*, Hutchinson, Londres, 1975, p. 18/19.



curiosamente, se trata de hechos calificados como relaciones, aunque “en un sentido estricto de «relación», las razones (i.e. hechos) no son relaciones, puesto que las relaciones sólo se dan entre individuos”<sup>35</sup>. Para Laporta, más sobriamente y al margen de este galimatías, las razones serían algo así como “relaciones justificatorias o instrumentales que pertenecen al mundo del razonamiento práctico y son imposibles de aprehender en los lazos formales del razonamiento lógico-deductivo”<sup>36</sup>. Aunque estas relaciones justificatorias no sean exclusivas de los sistemas normativos jurídicos, pues también se darían en “los sistemas normativos de cierta complejidad, sean jurídicos, morales o sociales”<sup>37</sup>, las razones, aunque o reducibles a ninguna categoría hohfeldiana, constituirían una “entidad” (sic) que no esperábamos que viviera en los sistemas normativos”, como se dice, en forma algo metafórica, en el texto que se glosa.

Las razones que configuraría, pues, junto con otras cosas —según se verá— los llamados derechos humanos, integran por lo tanto, los órdenes jurídicos positivos, pudiendo formar parte también de otros sistemas normativos que sean algo complejos. Claro está que las *reasons* que imaginara Raz no son parte de ningún sistema normativo, simple o complejo, pues son hechos, en el sentido muy confuso de que son el argumento del operador (sic) “*the fact that...*”<sup>38</sup>, giro que, claro está, no funciona como operador alguno. En todo caso, esos hechos abarcan, para su inventor, valores, acontecimientos, procesos, actividades, ejecución de actividades (*performances*), terminando por ser construcciones lógicas, lo que, por cierto, hace de ellos, operadores un tanto insólitos. Las razones de Laporta son, en cambio, “normas diferentes de las clásicas”<sup>39</sup>, si nos atenemos a un primer atisbo que se nos ofrece, y, en cuanto tales, integrantes de sistemas normativos complejos como los jurídicos. Estos, como es notorio, contienen muchas más cosas que puras “normas clásicas” —sea ello lo que fuere—, como ser definiciones, descripciones de estados de hechos, juicios de valor y todo lo que deseemos encontrar allí. Contendrían, pues, razones justificatorias.

Pero, ¿en qué difieren estas razones, integrantes del sistema jurídico o normas *sui generis*, de las normas clásicas? Tanto ellas como las normas clásicas “pertenecen al mundo del razonamiento práctico”, si con ello no quiere decirse más que algún papel desempeñan, por ejemplo, en la actividad decisoria de los jueces. La distinción radicaría, al parecer, en que las normas clásicas, formadas con los operadores deónticos típicos, podrían ser parte de un razonamiento lógico-deductivo, mientras que las normas-razones serían incapaces de ello. Laporta afirma inclusive y con mayor fuerza, que tal cosa es imposible: las normas-razones no pueden “ser aprehendidas en los lazos formales del razonamiento lógico-deductivo”<sup>40</sup>. Claro que, como nuestro autor admite, pensar a los llamados sistemas normativos como sistemas deductivos es una idea “acríticamente asumida”, lo que es cierto. Pero también es cierto que, hoy por hoy, aún los lógicos más renombrados y *à la page*, e inclusive varios iusfilósofos, dudan que las normas clásicas admitan tan enojosa situación: ser susceptibles de integrar un razonamiento lógico deductivo, por la sencilla razón de que se duda de que las normas clásicas posean la propiedad de ser verdaderas o falsas, que es un requisito muy clásico para que un enunciado pueda integrar un razonamiento lógico deductivo. El punto es actualmente sumamente debatido<sup>41</sup>; sea cuales fueren las soluciones convenientes, no pareciera, pues, que quepa distinguir las razones-normas de Laporta, de las normas clásicas por su diferente comportamiento frente a procedimientos deductivos, pues ambas funcionan *prima facie* en forma idéntica.

Cabe preguntar, de todos modos, cómo se probaría que esas normas-razones relaciones justificatorias o relaciones instrumentales, no puedan posiblemente ser parte en razonamientos lógicos deductivos. ¿Acaso existe alguna prohibición sintáctica para que no

---

<sup>35</sup> J. Raz, op. cit., p. 19 nota.

<sup>36</sup> J. Raz, op. cit., p. 19 nota.

<sup>37</sup> CDH 14.

<sup>38</sup> J. Raz, op. cit., p. 19/20.

<sup>39</sup> CDH 9.

<sup>40</sup> CDH 13.

<sup>41</sup> Cf. R. J. Vernengo, *Derecho y Lógica: un balance provisorio*, Anuario de Filosofía del Derecho, Madrid, 1987.

puedan ser tenidas por premisas en una deducción? ¿Se conoce tan restricción gramatical? O, acaso, ¿el razonamiento lógico en que Laporta piensa es ineficaz en cuanto su aparato inferencial excluye operaciones deductivas sobre tipos particulares de premisas? Como estas cuestiones no son aclaradas ni planteadas, la tesis de que las razones laportianas son alógicas, como las normas de Kelsen y von Wright tiene que ser considerada una mera afirmación dogmática.

En los sistemas jurídicos, y también en los morales, existirían, pues, entidades *sui generis* no aprehendibles racionalmente. Es curioso que justamente se las denomine "razones". Se trata, claro está, de esos objetos característicos de toda ideología irracional: valores. O, para recurrir, a una terminología más tradicional aún, de bienes. Las razones que justifican los derechos humanos que quepa invocar en ciertas situaciones, son "... bienes que precisamente por su especial valor a los ojos del sistema normativo en cuestión constituyen razones y suministran una justificación para articular normativamente una protección específica para ellos"<sup>42</sup>.

Estas razones que son bienes no admiten ser confundidas con intereses ni con ficticias voluntades, como las imaginadas en las antiguas teorías de los derechos subjetivos; ni son equiparables con las construcciones de la jurisprudencia analítica inglesa. De todos modos, el interés de la teoría alemana de los derechos subjetivos o el beneficiario de los ingleses, pondrían de manifiesto, justamente, el aspecto valorativo de la noción de derecho. Se trata de un bien (valor) que "no tiene por qué ser empíricamente constatable en todos los casos en que se atribuyen derechos: basta con que el sistema normativo en cuestión considere que lo es o lo suponga aunque no lo experimente así el titular en la realidad"<sup>43</sup>. "Los derechos —continúa Laporta— son... la expresión de una especial consideración que los sistemas normativos atribuyen a ciertas situaciones o estados de cosas relativos a los individuos de una cierta clase"<sup>44</sup>.

### III

## Los derechos humanos como bienes y su interpretación

En cuanto tales -es decir en cuanto valores integrantes de los sistemas normativos jurídicos—, los derechos no son una mera forma de hablar eludible, como ingeniosamente apuntó Alf Ross, sino que tienen sustancia ontológica y función semántica. El derecho (i.e.: los *rights* o derechos subjetivos que aparecen en los derechos humanos) no sólo "presenta" a la entidad subyacente que vive en los sistemas normativos, sino "que también explica y, sobre todo, da sentido, justifica"<sup>45</sup>. Son, pues, bienes que dan sentido y justificación a la realidad social. Pero estos entes, notoriamente metafísicos, tienen por sobre todo, las características que son propias del ser del ente en el pensamiento moderno: tienen "fuerza de exigir", tienen una "fuerza que se trasunta" en cuanto valor que el sistema otorga a la realidad (estados de cosas, etc.). Se trata, me parece, aún con la terminología utilizada, de la interpretación corriente en el pensamiento moderno, desde Leibniz, por lo menos, del sentido de las cosas (el ser del ente, en el lenguaje de la metafísica) como manifestaciones de la voluntad: la *vis de* Leibniz, la *Wille* de Nietzsche, para señalar a dos preclaros pensadores que destacaron esta interpretación. De ahí, que la razón, que para Laporta es norma *sui generis*, dé sentido y justifique, atributos clásicos del ser metafísico en relación con los entes en que se exhibe o trasunta. Y porque se trata de aludir a un fundamento metafísico, el derecho-razón no puede reducirse a pura apariencia verbal, como en el nominalismo escandinavo y, menos nitidamente, en el neo-kantismo kelseniano, sino

---

<sup>42</sup> CDH 14.

<sup>43</sup> CDH 13/14.

<sup>44</sup> CDH 14.

<sup>45</sup> CDH 15.

que, a nivel de la realidad, tendría también una función explicativa, en cuanto es seguramente causa de la existencia de un derecho humano y de su aparición fenoménica, como facultad adscrita a un individuo. Creo que, en el marco de estas ideas o presuposiciones metafísicas, cabe entender la definición de derecho (en singular), en cuanto razón, valor o bien, que propone Laporta "es una exigencia jurídica, moral o social (esto es, comento: una exigencia normativa) residenciada en individuos"<sup>46</sup>. Es, pues, la manifestación fenoménica de una entidad que vive oculta en los sistemas normativos, pero que está "antes" que todas las formas aparentes en que aquél efectivamente se manifiesta en la realidad.

Tengo para mí que este recurso a ideas metafísicas es un rasgo característico del conocimiento jurídico moderno, en cuanto aspira a alcanzar nivel de ciencia. He intentado mostrar en otra parte como el jurista, para explicar o comprender sus datos, se mantiene en un permanente e inestable equilibrio entre las explicaciones formales, esto es, la reducción de la explicación jurídica a una reducción a propiedades lógicas, y las explicaciones trascendentales, donde la invocación de valores es altamente característica. En páginas anteriores de este libro creo haber mostrado cómo una de las propuestas contemporáneas de pensar los derechos humanos como derechos morales conlleva incurrir en los típicos dualismos de las metafísicas platonizantes. Ello, quizás no sea evitable, pues frente a la incapacidad de un conocimiento científico, que pretende hacer de lado todo dualismo, para quedarse con el objeto en su unicidad, recaemos en posiciones no científicas o metafísicas, donde los dualismos explícitos o implícitos permiten elaborar aparentes explicaciones. Con este telón de fondo metafísico, veamos cómo Laporta reconstruye la noción de derecho (i.e. derecho subjetivo o *right*) que le parece adecuada para pensar a los derechos humanos.

Un derecho consistiría en la atribución a seres humanos individuales (esto es, a los miembros de la clase de los seres humanos) de un status valioso tal que constituya una razón fuerte para que el sistema social les otorgue, a través de los mecanismos del derecho objetivo, una suficiente protección normativa. Se traza de una noción que Laporta elabora a partir de una propuesta de redefinición analítica conceptual de la noción de derecho (subjetivo), apta para ser aplicada a lo que llama "derechos morales universales"<sup>47</sup>.

Esta compleja noción merece varios comentarios. Por de pronto, me parece que la "adscrición" de un status valioso, de una posición social considerada un bien, que el sistema normativo confiere a un individuo cuando se le atribuye un derecho, es la típica atribución normativa o *Zurechnung* que Kelsen destacó múltiples veces. En efecto, que se tenga un derecho (subjetivo) supone un derecho (objetivo) que, por de pronto, cuente normas "clásicas" que confieran a un sujeto facultad, autorización o permisión fuerte; o, si se quiere, que el derecho objetivo (el sistema normativo) contenga reglas que constituyan, para el titular del derecho subjetivo, un *right*, una *freedom*, un *power* o una *immunity*.

Esa adscrición, nos dice el autor, es cumplida por el sistema normativo, con lo cual no se entiende muy bien en qué sentido pueda hablarse de que los derechos (subjetivos) sean anteriores al sistema normativo, al derecho objetivo. Pero, además, tal adscrición a un individuo de un bien por parte del sistema normativo es "una razón fuerte" para que el sistema normativo en cuestión dé una "protección normativa", que, obviamente, supone la existencia de normas jurídicas que regulen el aparato coercitivo social. Me interesa destacar que, muy rigurosamente hablando, la noción de derecho (subjetivo) que Laporta propone es, por el lado que se la mire, una noción puramente normativa que, por cierto, no requiere para nada echar mano de normas diferentes de las "clásicas". Yo diría que, como Kelsen, Laporta piensa los derechos subjetivos como conjuntos normativos específicos y nada más, a los que atribuye rasgos propios de algunas de las funciones que las normas desempeñan en los sistemas sociales: expresar valores, explicar situaciones, justificar desigualdades y privilegios, etc.

---

<sup>46</sup> CDH 16.

<sup>47</sup> CDH 22.

La propuesta de redefinición, sin embargo, exhibe cierta circularidad, en cuanto, pese a la terminología aparentemente novedosa, sólo se recurre, en el análisis a la referencia a normas "clásicas". En efecto, si superamos el escollo de un vocabulario carente de tradición en la literatura jurídica y que es, claramente, importado de otras disciplinas; si penetramos hasta las nociones tradicionales que quedan encubiertas por el recurso verbal a términos como "adscripción", "posición", "bien moral", "razón fuerte", entre otros, lo que nos queda es la idea de que alguien tiene un derecho solamente cuando normas del derecho positivo atribuyen derechos subjetivos, en sentido técnico kelseniano, al sujeto titular, en mérito a características fácticas o normativamente atribuidas que obligarían al sujeto emisor de las normas del sistema (al estado, en nuestros días) a instituir ese conjunto de normas. Todo lo cual no es sino una forma retórica de decir que se tiene un derecho (subjetivo) cuando el estado está obligado, por su propio derecho objetivo, a promulgar necesariamente ciertas normas las que configuran el derecho subjetivo del súbdito. O, si se quiere -dado que carece de fuerza de convicción, teórica y prácticamente, suponer que hay normas jurídicas necesarias (esto es: no producidas por actos humanos, por ser imposible su falta de validez)-, esa errónea pretensión política se reduce a la supuesta existencia de una obligación no estrictamente jurídica (moral, pues) del estado, en cuanto productor del derecho objetivo, a estatuir el conjunto de normas que configuran un derecho subjetivo. Pero, por lo menos, cabe dudar que tal cosa -esa obligación moral del estado- exista o, siquiera, tenga sentido referirse a ella. No me parece que la estructura de este conjunto de normas positivas quede suficientemente explicado remitiendo a la distinción propuesta por Raz entre derechos (subjetiva) derivados y derechos (subjetivos) nucleares (como gusta de llamados Laporta), pues se trata, notoriamente de una distinción que oculta a valoración ideológica, pues los segundos tienen mayor valor e importancia que los primeros, y por añadidura no podría ser utilizada por el autor que discutimos, que ha decidido que los derechos-razones no son susceptibles de constituirse en argumentos de una deducción; a fortiori, estos derechos-razones no podrían "ser susceptible de ser obtenidos deductivamente" de los pretendidos derechos nucleares<sup>48</sup>.

## IV

### Sistemas normativos no jurídicos

Otra manera de dar expresión a la misma pretensión política —que haya ciertas normas que expresen un interés subjetivo valioso, sea cual fuere la intención del legislador positivo— es postular la existencia de otro u otros sistemas normativos no jurídicos, que estatuyan derechos subjetivos, en un sentido traslaticio del giro, en forma tal que todo derecho positivo tendría que receptor esas normas no jurídicas. La manera corriente de decirlo es afirmar que el derecho jurídico, valga la redundancia, tiene que reconocer los derechos (subjetivos) morales, o, con mayor exageración: que todo derecho (jurídico) positivo tiene que incorporar a su sistema normativo las normas de la moral (de la que generalmente se habla, equívocamente, en singular). Otra forma más atenuada de la misma pretensión es suponer que todo derecho positivo, para ser jurídicamente derecho, debe ajustarse a las normas del sistema moral de que se trate, por encontrarse en una relación lógica de subalternación con éste. Se trata, en todos los casos, de versiones de la ideología religioso-política que se suele denominar "iusnaturalismo". No entraré en su análisis o discusión.

Pero estas propuestas padecen de la insanable equivocidad resultante de hablar de derechos (subjetivos) en otros terrenos, sea el de la moral o en otros sistemas normativos como el de un supuesto derecho natural no positivo, donde no responde a datos institucionales reales. En derecho positivo, hablar de un derecho subjetivo no es hablar de algo previamente

---

<sup>48</sup> CDH 17.

existente que, luego, el derecho objetivo provee de protección normativa, sino que el derecho subjetivo se constituye como tal al darse protección normativa, lo cual no es sino una forma de referirse a la existencia de ciertas normas positivas bien contingentes. Laporta, que ha supuesto que los derechos humanos, como razones justificatorias o razones fuertes para que se instituya una protección normativa posterior, tiene que justificar que derechos (subjetivos) o *rights* puedan darse, no sólo como institución jurídica, sino en cualquier lenguaje normativo. Se trata, dice, que “la categoría normativa «derecho a» (no) sea una (categoría) exclusiva de los lenguajes jurídicos, al igual que no lo es ninguna otra categoría normativa como «deber», «obligación», «prohibición», «facultad», «permiso», etc.”.<sup>49</sup> Pero se incurre en esto en una confusión: es muy cierto que todo lenguaje normativo cuenta con las categorías enumeradas, que son simples caracteres modales. Pero la noción de *right* o derecho subjetivo no es una categoría formal, sino es una construcción conceptual, elaborada a partir del supuesto de la existencia de ciertos conjuntos de normas, mediante la cual pensamos instituciones contingentes que pueden darse en los derechos positivos. De ahí que no se entienda muy bien qué quiera decirse cuando se habla, traduciendo malamente del inglés, de derechos morales, que no serían instituciones contingentes de sistemas éticos, sino datos necesarios de cualquier código moral. De ahí, también, que tanto interese, en la literatura filosófica referente a los derechos humanos, destacar la necesidad de que esos pretendidos derechos morales, o pretensiones éticas, o como se las quiera llamar, requieren para realizarse efectivamente, ser institucionalizados mediante la promulgación de normas positivas<sup>50</sup>.

Importa tanto que los derechos humanos sean eminentemente derechos (subjetivos) jurídicos, y no meros derechos o pretensiones morales, justamente porque en el campo del derecho positivo esas pretensiones pueden erigirse en instituciones normativamente protegidas. Suponer que la moral (esto es: algún código moral que goce de las preferencias del expositor) cuenta también con derechos subjetivos, en cuanto pueda expresar en su lenguaje normativo y recurriendo a las modalidades deónticas corrientes, algo así como normas que expresan cosas parecidas a los derechos subjetivos jurídicos, de ninguna manera permite suponer que la moral cuenta también con sistemas institucionalizados de protección de los mencionados derechos, pues que existan o no tales técnicas de protección es cosa que habría que verificar empíricamente, y no asunto que pueda resolverse permaneciendo en el terreno de un análisis meramente conceptual. Y aquí la pregunta sencilla consiste en saber si acaso contamos con tales sistemas morales. Es notorio que tal no es el caso; por el contrario, las morales prescriptivas que hoy se invocan no cuentan con instituciones sociales que garanticen su eficacia. Más bien, como sucede con los mandamientos de las morales judeo-cristiana, tan frecuentemente invocados en forma retórica, se trata de normas jurídicas que han perdido soporte institucional, al perder poder político la iglesia romana, quedando relegadas al campo de la conciencia moral individual como pautas culturales intensamente inculcadas durante siglos. Más aún, hoy se dudaría del carácter propiamente moral de aquel sistema normativo cuya eficacia relativa estuviera garantizado por instituciones sociales.

## V

### **Características de los derechos humanos**

En el ensayo que discuto, Laporta trata, como explicación justificatoria de la supuesta necesidad empírica y conceptual, de los derechos morales postulados, de analizar una serie de supuestas características formales —como la universalidad, el carácter de absoluto y la inalienabilidad— que corresponderían analíticamente a la idea genérica de “tener un derecho”. Sucede, empero, que las nociones deónticas operativas, esto es: los caracteres deónticos vistos como operadores lógicos modales, carecen de tales características, al punto que predicarlas de ellos significa incurrir en un sinsentido. La universalidad, por ejemplo, que el

---

<sup>49</sup> CDH 18.

<sup>50</sup> CDH 12.

mismo Laporta reconoce no ser "un simple predicado lógico-formal"<sup>51</sup>, no se predica de un operador deóntico, cuya cuantificación universal no tiene sentido alguno en una lógica de primer orden. Los operadores deónticos no son susceptibles, en este nivel lógico, de ser manejados como variables que cabría ligar universalmente; los operadores deónticos clásicos, que Laporta trae a colación, son más bien constantes lógicas. La universalidad que, en el ensayo analizado se examina; se refiere a otras variables, como la que Kelsen denomina "ámbito personal" (v. gr.: "el rasgo de universalidad significa que los derechos humanos se adscriben a todos los seres humanos"<sup>52</sup>; o a las que determinan los ámbitos témporo-espaciales o circunstanciales de una norma v. gr.: "la universalidad que es rasgo propio de los derechos humanos exige precisamente que se haga caso omiso de esas circunstancias", o sea, que se los considere válidos para toda circunstancia<sup>53</sup>. Se trata, pues, de la cuantificación usual de variables determinantes de los ámbitos personales y circunstanciales de normas jurídicas, y, claramente no de la supuesta cuantificación de los caracteres deónticos que, como constantes lógicas, no la admiten.

Si por la universalidad de los derechos humanos se entiende simplemente que, por lo menos, son facultades jurídicas asignadas a todo individuo, a todo X, como gusta de decir Laporta, claro que parece insólito afirmar que los derechos humanos sean universales y que sean productos "del orden jurídico positivo, porque la condición de sujeto de un sistema jurídico excluye la noción de universalidad"<sup>54</sup>. Pero ello no parece exacto, aún sin necesidad de suponer inútil y falsamente "la existencia de un sistema jurídico positivo cuyas normas sean universales en ese sentido". Parece claro que si bien no hay un sistema jurídico universal -salvo, quizás, algún tramo del derecho internacional consuetudinario-, para hablar de una norma universal en cuanto a su ámbito personal basta admitir que todo ser humano individual es sujeto de derecho en algún sistema de derecho positivo, sistemas estos coordinados por normas internacionales, O, quizás, baste mantener la noción más sobria de que cuando hablemos de "todo X" nos referimos a todo sujeto jurídico en el marco del sistema jurídico que estemos tomando en consideración, marco que generalmente será el de un derecho nacional.

Pero esa aparente dificultad en pensar a un sujeto X que sea titular de derechos en todos los sistemas jurídicos positivos, lleva a Laporta a postular que "parece por ello menos controvertible que ubiquemos a los derechos humanos en el ámbito de la ética, como derechos morales y no como derechos legales"<sup>55</sup>. Este argumento, por exclusión, es curioso. Pues, así como no hay, casi por, definición, un derecho positivo nacional universal, tampoco hay, que se sepa, una moralidad positiva universal y, menos ciertamente, una única moralidad crítica. Al fin y al cabo, aún manteniéndonos en los límites de la moral prescriptiva que nos plazca, es arduo pensar en una facultad moral válida para todo ser humano, sin distinción de edad y sexo, para aludir sólo a algunas de las características adscriptas que son criterios casi universales para la atribución de derechos y obligaciones.

Poniendo de lado, pues, este argumento cabe volver sobre este reiterado intento de reubicar los derechos humanos en el campo de la ética o de la moral. Es notorio que, si nos limitamos aquí, a pensar la moral como moralidad prescriptiva positiva, buena parte de los derechos que actualmente consideramos indiscutiblemente derechos humanos jamás han formado parte de muchas moralidades positivas. El rasgo de universalidad traído a cuento supone, según entiendo, incurrir en una suerte de conocida falacia, por la cual se trasladan características lógicas propias del lenguaje a los contenidos referenciales de los enunciados. Por ejemplo, se pretende que el realizar una promesa crea a favor del beneficiario un derecho moral, derecho moral en que el promisor tiene el deber jurídico y moral de cumplir lo prometido. Con ello se quiere insinuar, primeramente, que sería analíticamente falso pensar en promesas que nada otorguen al beneficiario; y, en segundo término, hacer creer que toda promesa, sea cual fuere el sistema social y jurídico en que se produce, no sólo crea una

---

<sup>51</sup> CDH 19.

<sup>52</sup> CDH 19.

<sup>53</sup> CDH 19.

<sup>54</sup> CDH 20.

<sup>55</sup> CDH 20.

obligación sino también confiere un derecho. Sin embargo, no parece, analíticamente, un sinsentido hablar de promesas que no comprometen al promitente. Pero la cosa no es tan clara con respecto al supuesto derecho del beneficiario que más bien parece un desideratum político y no una afirmación analítica necesaria.

En otros casos, la referencia a derechos morales parece una forma ambigua de referirse a los concretos derechos jurídicos que quizás no se quiera admitir como insuficientemente universales, por ser culturalmente relativos. Por ejemplo, no se entiende por qué los derechos del padre tengan que ser pensados de ese modo: "El caso del padre respecto de los hijos es típico al respecto. Por el hecho de ocupar la posición o jugar el rol de padre o de hijo se le adscribían ciertos derechos morales"<sup>56</sup>. ¿Por qué no, simplemente, un conjunto de derechos y deberes rigurosamente jurídicos? Al fin y al cabo, el rol de padre, como el de hijo, sólo pueden definirse tomando en cuenta un conjunto de normas sociales —jurídicas y otras— que definen qué es ser padre o hijo y que regulan los comportamientos esperados de los ocupantes de los roles. O, acaso. ¿se sugiere que ser padre es un rol social previo a su definición jurídica en algún sistema normativo?, una tesis carente de sentido. Es evidente que no hay rol o posición social alguna —sea de padre o de hijo o de lo que se quiera— anterior a las pautas sociales que los determinan y definen. De ahí, como se propuso páginas arriba, la idea de Laporta de descontextualizar la idea de derechos morales, esto es: desvincularlos de las instituciones concretas de una moralidad positiva, o de las instituciones propuestas por una moralidad crítica, valga tanto como proponer que haya deberes y derechos al margen de la realidad social efectiva. O, lo que es lo mismo, se trata de convertir las nociones de derechos (subjetivos) y de deberes, ya no en conceptos analíticos para el estudio del derecho positivo, como parte constitutiva de sistemas sociales reales, sino en puras nociones ideológicas. De ahí que cuando Laporta arriba finalmente a su propuesta de definir los derechos humanos conforme a esta noción compleja en que aparecen razones, valores, derechos morales y otras cosas, todo lo que se nos dice es que corresponde atribuir a todos los miembros de la humanidad una posición que configure "moralmente un bien tal que constituya una razón fuerte para articular una protección normativa en su favor"<sup>57</sup>, donde, so capa del adverbio, lo que realmente quiere decirse, me parece, es que frente a situaciones o posiciones atribuibles a todo ser humano, *todo* sistema jurídico positivo debe establecer la protección normativa correspondiente. Como es difícil pensar en obligaciones jurídicas cuyo sujeto sean todos los órdenes jurídicos positivos, entidades teóricamente construidas que, obviamente carecen de obligaciones y derechos en sentido técnico, se pasa a hablar de razones morales que tampoco comprometen a los derechos positivos. De ahí también que sea menester acordar a estas razones, normas no clásicas (que aquí quiere decir, simplemente, normas no positivas), funciones explicatorias y justificatorias.

Laporta apunta correctamente no sólo a la "gran abstracción" que, en cualquier repertorio de derechos humanos que se quien redactar, provoca aquella descontextualización, sino al riesgo de incurrir en "respuestas inoperantes o metafísicas", como cuando se sostiene que los valores intrínsecos de la persona humana, su dignidad, son razón suficiente para atribuirle derechos<sup>58</sup>. Pero, con todo, aquella abstracción descontextualizante obliga a pensar a los derechos humanos como universales, como "derechos morales sin escenario" y a postular, reflejamente, la existencia de obligaciones generales, sea de omisión, sea positiva. Se advierte así como las nociones descriptivas que la teoría del derecho ha introducido para pensar los derechos subjetivos, reaparecen de rondón en este tipo de reconstrucción especulativa, más allá de los límites de una construcción puramente jurídica. Se ha sugerido que "la lógica interna de los derechos humanos demanda la existencia de obligaciones generales positivas"<sup>59</sup>, que además serían universales. Pero es claro que no hay lógica interna —esto es: razones analíticas— que autorice tal conclusión, salvo que subrepticamente se siga utilizando, aunque no se lo admita expresamente, definiciones clásicas de la teoría jurídica. No se advierte, sin embargo, cuál pueda ser el fundamento de esa recepción, en el pensamiento moral, de

---

<sup>56</sup> CDH 21.

<sup>57</sup> CDH 23.

<sup>58</sup> CDH 24/25.

<sup>59</sup> CDH 27.

criterios clasificatorios y descriptivos propios de la teoría jurídica, cuando justamente se propone la moral (o la teoría ética) como fundamento de las normas jurídicas.

Pero como Laporta rechaza, con razón, que los derechos humanos puedan ser el resultado de una correlatividad axiológica con esas supuestas obligaciones generales —lo que no sólo supondría circularidad en la fundamentación, y una clara recaída en un iusnaturalismo teóricamente descartable—, postula, al revés, que “las obligaciones son fuertes precisamente porque los derechos humanos llevan en sí esa fuerza constitutiva”, que no deriva de la obligación real o postulada concomitante, sino que proviene directamente “del bien, de la valoración cualificada de la situación o estado de cosas que trata de protegerse con esa técnica”, la técnica de atribuir protección normativa suficiente<sup>60</sup>. Tal cosa suena a metafísica tradicional de los valores, con el agregado de que, en lugar de sostener, por ejemplo, como los viejos defensores iusnaturalistas de los derechos de propiedad, que los derechos subjetivos se fundaban en el valor intrínseco de la situación, ahora se ofrece una versión instrumentalmente atenuada: es porque la situación constituye un valor o bien, que habría que admitir una razón suficiente para que el derecho positivo instituya la protección normativa necesaria. Lo que constituye, también, como Laporta indica, una forma indirecta de dar una justificación moral al uso de la fuerza que hace el estado. Estamos nuevamente frente a la antigua tesis iusnaturalista de que cuando la fuerza es utilizada para proteger esos derechos naturales preexistentes, como los de los propietarios amenazados de expropiación de sus bienes, cabe la resistencia legítima, tesis que, en definitiva, sólo quiere decir que los intereses de los propietarios no deben ser afectados por medidas estatales. Y, para llevar las cosas más lejos, como la sociedad política es vista así como una sociedad de propietarios, los actos estatales sólo serían válidos en la medida en que recurren sólo a la violencia que los pactantes originarios han querido delegarle; esto es, la que conviene a los propietarios. Pero esta burda justificación contractual del estado no pasa de ser más que un argumento ideológico. Laporta sugiere que quizás ha sido esta ideología la que ha conducido a una idea legalista de los derechos humanos: “sólo puede hablarse de derechos humanos cuando estamos en presencia de un dispositivo estatal-legal de protección institucionalizada de tales derechos”<sup>61</sup>. Mejor sería pensar, dice nuestro autor, que sólo “cuando estamos en presencia de derechos humanos o naturales es cuando el funcionamiento de un aparato institucional de violencia como es el sistema jurídico recupera su justificación cabal”<sup>62</sup>.

## VI

### Las justificaciones de los derechos humanos

Estamos, a la postre, en la cuestión de si cabe una justificación última del derecho. Los derechos humanos o naturales serían una de las justificaciones aceptables para dar razón del uso institucionalizado de la fuerza, rasgo característico del derecho positivo. Repitiendo las frases adicionales, Laporta señala que las exigencias morales suelen ser vistas como exigencias “últimas” frente a las jurídicas. Ello quiere decir, también muy clásicamente, “que si entran en conflicto unas con otras las demandas morales se superponen a las demás”<sup>63</sup>, como cuando se afirma que el derecho está en relación de subalternación con la moral. Esta tesis, como es sabido, convierte a toda norma jurídica en norma moral y, por ende, tiene la consecuencia quizás no querida de dar fuerza obligatoria moral a los muy contingentes imperativos de muy contingentes legisladores históricos. Por añadidura, la tesis se hace lógicamente muy endeble tan pronto se destaque que también los códigos morales suelen

---

<sup>60</sup> CDH 30.

<sup>61</sup> CDH 32.

<sup>62</sup> CDH 32.

<sup>63</sup> CDH 33.



padecer de contradicciones internas: conflictos de demandas, dilemas morales, etc. Claro está, premisas morales contradictorias justifican cualquier cosa. De ahí que Laporta, en un último intento, sostenga que “los derechos humanos son derechos «absolutos»...”, requerimientos morales que, caso de entrar en conflicto con otros requerimientos morales, los desplazan y anulan, quedando ellos como la exigencia moral que hay que satisfacer<sup>64</sup>.

Pero así se ha introducido, en la teoría moral, el esquema jerárquico usual que los juristas utilizan para pensar las complejas estructuras de un orden jurídico, más una función moral derogatoria que difícilmente sea aceptable si se piensa a las reglas morales como expresiones de valores objetivos. Laporta advierte la dificultad de semejantes tesis en cuanto a sus consecuencias lógicas y destaca que podrían conducir a “una situación de justificación generalizada de la violencia”, con lo cual los derechos humanos habrían sido “expulsados *ipso facto* del reino de la moral<sup>65</sup>”. La tesis más atenuada y más frecuente actualmente, de que los derechos humanos, lejos de constituir exigencias o derechos absolutos, sólo serían derechos o exigencias *prima facie*, no deja de suscitar problemas similares sobre la cuestión de la derogación de normas morales, asunto que Laporta describe como el desplazamiento de requerimientos morales por requerimientos morales equivalentes conflictivos. Correctamente se indica que “los pormenores de este desplazamiento son de una gran complejidad<sup>66</sup>”, lo que debe ser cierto. Pero me permito apuntar que la cuestión del desplazamiento o derogación de normas morales por otras reglas morales, es tema aún no encarado con rigor lógico por la ética. Es tema de cuya complejidad e importancia sólo recientemente la teoría jurídica ha comenzado a hacerse cargo. De suerte que aludir a una teoría inexistente, pero cuya dificultad se advierte de antemano, no parece una muy buena razón para aceptar, como alternativa válida, la tesis de los derechos humanos como derechos *prima facie*.

Lo cierto es que la renuencia, justificadísima de Laporta, a asentir a las tesis relativas al carácter moral, absoluto o *prima facie*, de los derechos humanos, y, por ende, a la necesidad de su fundamentación moral, como condición necesaria de su existencia (i.e.: su validez como instituciones jurídicas), lo lleva a afirmaciones que suenan a paradójicas. Así, resultaría que la Declaración Universal de los Derechos del Hombre, y proclamaciones semejantes, “no hablan realmente de derechos humanos, o, si se prefiere, hablan pomposamente de ellos para desvirtuarlos a continuación<sup>67</sup>”. En última instancia, tales catálogos de derechos “tropiezan en la realidad con dilemas morales intrincados”, lo que equivale a sostener que carecen de justificación moral convincente. Lo que equivale también a tener que aceptar que los derechos humanos no son derechos morales en ningún sentido interesante.

En rigor, me parece, el problema latente en este tipo de discusiones es que se supone que cabe una fundamentación “última” de los derechos humanos, al margen de toda teoría cuyos enunciados puedan servir de bases no cuestionadas de la fundamentación. Se trata de una tentativa semejante a la de los científicos que postulan características necesarias o esenciales de los objetos que investigan, anteriores e independientes de los enunciados de alguna teoría que trate de tales objetos. Se trata también, casi siempre, de una confusa identificación entre una supuesta experiencia preteórica de los datos y las experiencias de verificación o falsificación a que recurre la teoría. Aquí la moral, vagamente entendida, nunca definida, es el campo donde pretende encontrarse la razón última —tanto sus criterios de identificación como su pretensión de vigencia— de los derechos humanos, cuya apariencia meramente jurídica no se encuentra como jurídica, no parece satisfactoria. Si los derechos humanos han de contar con efectividad real, ser auténticos derechos y no contingentes fenómenos políticos, habrá que arraigarlos en el terreno de la moral; dominio de la necesidad normativa, a salvo de las contingencias políticas.

De ahí, me parece, que quepa comprender cómo, a la postre, en esta utópica búsqueda de un fundamento moral último de los derechos morales, se arrije, como siempre, a insolubles

---

<sup>64</sup> CDH 34.

<sup>65</sup> CDH 35.

<sup>66</sup> CDH 38.

<sup>67</sup> CDH 38.

cuestiones metafísicas. Por ejemplo, la cuestión podría situarse “en el marco más amplio de la renuncia a la libertad” —problema típicamente metafísico en cuanto la libertad es vista como la característica esencial definitoria de los seres humanos—, y que, como es característico de las tesis metafísicas lleva a dualismos igualmente imaginarios: el estado omnipotente sobre un individuo sin derechos y el estado con el poder limitado por derechos morales anteriores a él<sup>68</sup>.

La sobria y quizás mediocre ciencia del derecho de que disponemos, no conoce de tales situaciones imposibles. Por lo tanto, no concibe, en el marco del aparato conceptual disponible, a los derechos humanos como fenómenos metafísicos. Los esquemas conceptuales de la metafísica carecen de valor descriptivo o explicativo. Nada se agrega al concepto ingenuo que se tenga de los derechos humanos pensarlos como fenómenos morales.

Lo mismos presupuestos metafísicos aparecen cuando se declara, que por razones intrínsecas, los derechos humanos serían inalienables, en el sentido de “algo que pueda ser renunciado por la propia voluntad del titular”<sup>69</sup>. Serían, pues, retomando el vocabulario de la metafísica moderna, que desde Leibniz, por lo menos, identifica la voluntad con el ser de los entes, una exigencia ontológica de cómo entender tal supremo presupuesto metafísico: la voluntad no podría renunciar a sus derechos naturales intrínsecos sin que el orden social se hiciera imposible.

Laporta, que seguramente desconfía de estas incursiones en la metafísica, propone finalmente una versión atenuada de aquella imposibilidad ontológica. No se trataría de que la voluntad no pueda renunciar a esas pretensiones sin dejar de ser lo que es, sino de que “no podría entenderse” que quien acepta o sufre una violación de alguno de sus derechos humanos inalienables, haya “consentido moralmente a ello”<sup>70</sup>. Como se trata de una idea introducida para satisfacer una exigencia metafísica que no se expresa nítidamente, irremediablemente nos vemos llevados, en el texto que comento, a otra tesis paradójica: como no cabe consentir moralmente la renuncia de tales derechos, que esencialmente hacen a la definición metafísica del ser del hombre, habría que pensar “que el propio titular está obligado a respetar sus propios derechos o está inmunizado normativamente frente a sí mismo”<sup>71</sup>. Más, un derecho que es una obligación es, lisa y llanamente, una contradicción. Afirmar que el titular “está inmunizado” normativamente “frente a sí mismo” posiblemente quiera decir que en derecho no existen autosanciones, o, lo que es lo mismo, que el derecho no es un orden normativo de creación y aplicación autónomas. ¿Qué tiene esto que ver con la clasificación de los derechos humanos como derechos morales?

En este complejo ensayo de fundamentación moral de los derechos humanos —una tentativa que considero infructuosa teóricamente y prácticamente riesgosa como política—, se concluye postulando tesis que son lógicamente incompatibles con la noción misma de derecho (subjeto), esto es, de acción libre o facultativa. En efecto, Laporta, en las páginas finales de su ensayo, llega a sostener que “los derechos humanos, en tanto y en cuanto son inalienables, se le adscriben al individuo al margen de su consentimiento, o contra él y se le inmuniza moralmente incluso frente a su propia voluntad”. Esto es: se trataría de facultades de ejercicio obligatorio, una noción imposible si las hay. Los derechos que tenemos serían, en rigor, obligaciones morales y, por ende, obligaciones jurídicas. Ello no es aceptable. Si se piensa, como Laporta concluye, que los derechos humanos son “una forma de expresión de los propios rasgos constitutivos de la moralidad interindividual”, o, con mayor precisión, que son “las condiciones de posibilidad del mundo moral”<sup>72</sup> (recurriendo a un giro kantiano), creo que queda bien en claro que, lejos de intentar una fundamentación científica, esto es, una explicación en el marco de una teoría, lo que se postula es una tesis metafísica no susceptible, claro está, de tratamiento teórico. Baste recordar que, para Kant y ahora, sospecho, también para Laporta, las condiciones de posibilidad del mundo moral, o sea, la esencia de la libertad, es el nombre del fundamento último metafísico. Tal cosa se denominaba “ser” en la tradición

---

<sup>68</sup> CDH 40.

<sup>69</sup> CDH 41.

<sup>70</sup> CDH 42.

<sup>71</sup> CDH 42.

<sup>72</sup> CDH 44.

clásica. Para Kant y sus epígonos, de Fichte a Schelling, de Hegel y Marx, se trataba de la libertad como modo de la voluntad. Para la metafísica en que aún nos movemos, como se apuntó arriba, esa voluntad aparece como la voluntad de poder. Los derechos humanos, me parece, en cuanto insólitos derechos que nos son obligatorios por nuestra índole moral, y a los que no podemos renunciar sin dejar de ser hombres, tiene que ser vistos como manifestaciones de esa libertad metafísica, como modos de la voluntad de poder. No ha sorprendernos que se los identifique con el bien moral, otra designación tradicional de la metafísica. Y menos ha de sorprendernos entonces que, en el texto que aquí se ha discutido, los derechos humanos sean la razón de ser misma, la "justificación cabal" de un aparato institucional de violencia<sup>73</sup>, que es la manifestación más notoria de aquella voluntad de poder. Se advierte que los derechos humanos, como fenómenos jurídicos, lejos de haber encontrado su fundamento de existencia en la moral, ponen al descubierto las cartas del juego, revelan la situación real: no es la moral el orden que justifica y funda valorativamente al derecho, sino que, en el mundo contemporáneo, la moral sólo vale como un modo subalterno del derecho, como una forma de manifestación del poder social.

\*\*\*

---

<sup>73</sup> CDH 32.