

DERECHOS MORALES: CONCEPTO Y RELEVANCIA

Juan A. Cruz Parceros*

1. La negación de los derechos morales

La importancia e incluso la existencia de derechos morales es algo que se ha puesto en duda a menudo. Bentham es recordado con frecuencia por su famoso ataque a los derechos naturales al considerarlos autocontradictorios, ininteligibles, peligrosos y absolutamente incompatibles con el ejercicio de los poderes de cualquier gobierno. En sus *Anarchical Fallacies* (1795) criticó la noción de derechos naturales afirmando, por una parte, que todos los derechos eran fruto del Derecho positivo y la idea de un derecho no creado por el Derecho positivo era una contradicción tal como decir “calor frío” u “oscuridad resplandeciente”. Según Bentham la doctrina del Derecho Natural no puede servir como un límite objetivo racionalmente discernible y argumentable sobre qué leyes se pueden adecuadamente promulgar o exigir. Los hombres, afirmaba, y en esto tenía mucha razón, hablan de derechos naturales cuando desean conseguir sus propósitos sin tener que argumentar. Por otra parte, sostenía que el uso de la noción de derechos naturales no jurídicos en la discusión política y en la crítica de las instituciones sociales y leyes positivas es imposible de reconciliar con el ejercicio de poderes del gobierno, cosa que se debe a que los derechos naturales que reclaman los hombres son absolutos, lo cual no permite ninguna excepción o compromiso con otros valores. En caso de que se admitieran excepciones, entonces, sólo serían guías vacías para el legislador y sus súbditos y carecerían de sentido. Cuando Bentham escribía esto pensaba en las Constituciones recién creadas en los Estados Unidos donde observaba que el proclamado derecho a la libertad era imposible de reconciliar con el también proclamado derecho a la propiedad que incluía a la esclavitud. Bentham negaba pues que existieran tales derechos y suponiendo que existieran no nos serían de utilidad, carecerían de sentido.¹

* Instituto de Investigaciones Filosóficas, Universidad Nacional Autónoma de México.

¹ Aunque es algo raro, en alguna ocasión Bentham concedió que hablar de derechos morales tenía algún sentido: “If I say that a man has a natural right to (this) coat or (this) land –all that it can mean, if it mean anything and mean true, is, that I am of opinion he ought to have a political

El iuspositivismo, que se logra consolidar en el siglo XIX, ha reclamado desde entonces cierta exclusividad para hablar del concepto de derecho subjetivo, reduciendo esta noción a cierto tipo de demandas o exigencias apoyadas en la coacción del Estado. Para Austin y Kelsen, cuyas obras son quizá las más influyentes de esta corriente durante la primera mitad del siglo XX, los derechos sólo pueden ser positivos y niegan la existencia de derechos naturales e incluso, en el caso del jurista austriaco, se opone a cualquier concepción de los derechos que apele a elementos sustanciales como el interés o la voluntad. También ciertas corrientes utilitaristas clásicas, como el comunitarismo y el republicanismo reducen los derechos a un tipo de demandas cuyo contenido viene expresado en pautas socialmente vigentes como obligatorias. El comunitarismo niega que se pueda hablar de “derechos” en el ámbito de la moral y sostienen que tener un derecho depende del reconocimiento por parte de una regla socialmente vigente, ya sea que se trate de una regla jurídica, social o de moralidad positiva. La existencia de un derecho depende, para todas estas corrientes, de la existencia de una regla positiva. Como lo expresa MacIntyre:

Las reglas no vigentes socialmente, puras ideas subjetivas, serán objeto de disputa y, por tanto, teñirán de disputabilidad a las demandas derivadas de ellas, no mereciendo el nombre de “derechos”, al adolecer de inconcreción, indeterminabilidad y, en último término, arbitrariedad. De modo que, sin vigencia social, los llamados “derechos” no serían tales, sino simples valores, paradigmas, modelos inconcretos, demandas inespecíficas, sin delimitación suficiente, en permanente debate e indefinición, en suma, pretensiones débiles en su exigibilidad².

right to it: that by the appropriate services rendered on occasion to him by the appropriate functionaries of government he ought to be protected and secured in the use of it”. Citado por L. W. Sumner, (*op. cit.*, págs. 139-140), de John Bowring (ed.), *The Works of Jeremy Bentham*, once vols., William Tait, Edinburgh, 1843, vol. III, pág. 218.

² *Cfr.*, A. MacIntyre, *Tras la virtud*, Crítica, Barcelona, 1987, págs. 324-326. Para MacIntyre no existen los derechos humanos; los intentos de dar buenas razones para creer en ellos han fracasado. Sabemos –afirma– que no existen las verdades axiomáticas a las que apelaron los filósofos del siglo XVIII... Y decir que su existencia no puede ser demostrada, pero que ello no significa que no sea verdadera –como hace Dworkin– también puede servir para los unicornios... El concepto de derechos humanos es una ficción generada como sustitutivo de los conceptos de una moral más antigua y tradicional, de modo que cuando se enfrentan a las pretensiones que apelan a tales conceptos tradicionales no hay medio racional de decidir prioridades. La ficción de los derechos suministra un simulacro de racionalidad al proceso político moderno, pero en la realidad predomina la arbitrariedad de la voluntad y el poder. La inconmensurabilidad moral asegura que quienes protes-

Es fácil ser escéptico respecto a la existencia de los derechos morales y poner en duda su importancia. Después de todo, cualquiera podría preguntarse ¿qué tiene de bueno tener derechos morales en el caso de que no se tenga ninguna protección y que no se puedan hacer cumplir? En un país donde se cometen a diario crímenes por parte de la misma autoridad y no hay medios legales para oponerse o cuando uno se ve amenazado por un soldado dispuesto a dañarlo sin justificación alguna ¿de qué le sirve a uno decir que tiene un derecho moral a no ser lastimado?

Evidentemente, habría que concederles a los escépticos que un derecho moral en tales circunstancias no sirve de mucho o de nada. Sin embargo, como ha sostenido Feinberg, un derecho moral en tales circunstancias es como una “victoria moral” en un juego sin esperanzas. Pero aún si los derechos morales fueran valiosas mercancías en general, no serían suficientes para recompensar a sus poseedores en todas las circunstancias³.

2. ¿Cómo saber que “existen” los derechos morales?

Quienes niegan la existencia de los derechos se preguntan ¿cómo es que sabemos que existen derechos morales? En el caso de los derechos institucionales⁴ es relativamente fácil decidir sobre su existencia acudiendo a algún criterio epistemológico que normalmente consiste en referirnos a las leyes positivas, a hechos como la costumbre o a prácticas sociales. Pero en el caso de los derechos morales ¿cómo decidimos sobre su existencia?⁵

tan nunca pueden vencer ni perder en una discusión; los contendientes en las causas morales modernas se dirigen a quienes comparten sus premisas y ocultan tras su retórica preferencias arbitrarias de su voluntad y deseos. *Cfr.*, *ibid.*, págs. 96-98.

³ Véase Joel Feinberg, “The Social Importance of Moral Rights”, en James E. Tomberlin (ed.), *Philosophical Perspectives*, 6, *Ethics*, 1992, págs. 175-198, pág. 176.

⁴ Más adelante en el punto 5 hablaré sobre la distinción entre derechos morales y derechos institucionales.

⁵ Algunos filósofos han rechazado la idea de que exista una justificación para esta pregunta. Richard Rorty, siguiendo a Rabosi, sostiene que lo que llaman el “fundacionalismo de los derechos humanos” es anacrónico y que no vale la pena plantear la pregunta de si los seres humanos realmente tienen los derechos consagrados en las Declaraciones de derechos. Lo más que puede hacer la filosofía es compendiar nuestras intuiciones culturales sobre lo que debe hacerse en distintas situaciones, *cfr.*, Richard Rorty, *op. cit.*, pág. 121. Este intuicionismo sin embargo los lleva al relativismo cultural, a dar cuenta de las intuiciones de distintos grupos sin poder decir por qué las intuiciones de nuestro grupo son mejores que las de algún otro, por qué es mejor una comunidad que comparte una cultura de derechos humanos a otra que no.

Las doctrinas clásicas del Derecho Natural le atribuían a Dios la creación de ciertas Leyes Naturales de donde se desprendían derechos naturales o, en la versión racionalista, las leyes naturales eran extraídas de la naturaleza humana y de ahí que el individuo contara con derechos inherentes a su naturaleza. Las personas *tenían* derechos como si se tratara de alguna cosa tangible. La negación de la existencia de un Derecho natural proveniente de Dios o de la naturaleza humana, implicaba negar la “existencia” de aquellos derechos naturales que le pertenecían al ser humano. Sin embargo, muchos filósofos aceptan que podemos hablar de una moral no institucional distinta a la moral positiva sin caer en ninguna forma de iusnaturalismo: así, distinguen entre la moral positiva y la moral crítica. La moral kantiana, por ejemplo, es objetivamente válida y no depende de ninguna organización o convención social. Difiere también de normas prudenciales o de reglas de eficiencia que pueden ser no institucionales.

No intentaré abundar sobre este tema. Partiré de aceptar que es posible para cualquier miembro de una sociedad realizar juicios morales que no dependen ni son expresión de la moralidad positiva de su sociedad y que tales juicios pueden estar, en algunas ocasiones, justificados racionalmente. En este caso, la objetividad de los juicios morales dependerá de la capacidad de que puedan justificarse racionalmente. Por tanto, la pregunta por la “existencia” de los derechos morales es la pregunta por su fundamentación. Sin embargo, como observa Wellman, de la asunción de una moral crítica no se infiere sin más que existan derechos morales. Si entendemos a las normas de la moral como razones morales, encontraremos que este tipo de normas (al igual que las de moral positiva o las jurídicas), tienen una característica: son normas para la acción o, más concretamente, para la acción y para la reacción, es decir, normas que sirven como razones para hacer o no hacer algo, y como razones para reaccionar ante el hacer o no hacer algo en la forma apropiada⁶. Wellman afirma que lo que distingue a las razones morales es que son normas para la acción de *agentes morales* que juegan diferentes roles. Uno de los roles consiste en que el agente sencillamente decide qué hacer en su vida; el otro rol consiste en que el agente actúa como juez moral de la actuación de otro agente moral, a la luz de los actos del otro. Desde este último rol el agente des-

⁶ Cfr., Carl Wellman, *A Theory of Rights*, Rowman & Allanheld, EE.UU., 1985, págs. 121-123.

aprueba, condena o penaliza al otro agente por sus acciones⁷. En este sentido la moralidad es esencialmente social. Necesariamente conlleva la interacción entre individuos dentro de un grupo⁸. Otra característica importante es que la relevancia de las razones morales no depende de mis intereses ni de mis proyectos, en ese sentido yo no puedo elegir las como a las reglas técnicas. Por ejemplo, cuando realizo una promesa puedo dejar de cumplirla por elección propia, pero no puedo elegir que no se me juzgue conforme a la norma moral que me obliga a cumplir mis promesas.

Ahora bien, si las normas morales son razones para actuar a favor o en contra de una acción posible o para reaccionar ante una acción específica, en este sentido la posición moral del agente es semejante a las posiciones jurídicas al modo en que las explica Hohfeld. En el modelo hohfeldiano cada posición jurídica tiene un contenido práctico. Un deber es un deber de realizar una acción determinada, tener una pretensión moral (*claim*) contra otra parte es estar situado frente a ella de forma tal que ciertas razones morales me autoricen a exigirle el cumplimiento de un deber o en su caso una compensación por el incumplimiento de su deber. No cualquiera puede estar justificado para demandar algo. En el caso de los derechos jurídicos es básicamente la ley la que define la posición de cada agente, en el caso de la moral son las normas o las razones morales las que determinan si un sujeto tiene un derecho, un deber, una libertad, una inmunidad, etc.⁹ Comparto la idea de Wellman de que hablar de derechos morales como estructuras complejas compuestas de varias posiciones morales (o jurídicas) nos ayuda a entender la forma en que solemos hablar sobre ellos, pero es especialmente relevante sobre todo cuando hablamos de derechos morales, derechos humanos o derechos fundamentales, esto es, lo que en otro lugar he llamado derechos en sentido amplio¹⁰.

⁷ Las razones morales justifican la imposición de sanciones tanto positivas como negativas, pero esto no debe confundirse con que las sanciones legales, esto es, sanciones que se apoyan en la coacción, queden automáticamente justificadas; para que esto fuera así sería necesario añadir otro tipo de premisas

⁸ *Ibid.*, págs. 123-124.

⁹ *Cfr.*, págs. 130-159. Wellman hace un estudio minucioso de cómo el modelo hohfeldiano se puede aplicar a la moral, de forma que podemos hablar de posiciones morales. Un derecho moral, sería un conjunto de posiciones morales: "...one can legitimately conceive of a moral right as a complex structure of moral advantages that, if respected, confer upon the right-holder dominion concerning the exercise or enjoyment of some core vis-à-vis one or more second parties". *Ibid.*, págs. 165-166.

¹⁰ *Cfr.*, Juan A. Cruz Parceró, *El concepto de derecho subjetivo*, Fontamara, México, 1999, especialmente las págs. 122-125 y 213-214.

3. La función de los derechos morales

Una de las funciones que ha jugado el concepto de derechos morales ha sido la de explicar otro concepto clave en el discurso jurídico-político, me refiero al concepto de *derechos humanos*. Varios autores han propuesto explicar el concepto de derechos humanos en términos de derechos morales, algunos usándolos como sinónimos, otros entendiendo los derechos humanos como una subespecie de los derechos morales¹¹. El concepto de derechos humanos a su vez tiene claramente funciones políticas importantes como la de servir de límite al poder, la de servir de promoción de ciertas condiciones de vida para sus titulares, y tener además una función legitimadora del poder y la autoridad que los reconoce y protege. Sin embargo, hay quienes niegan que los derechos humanos sean entendidos como derechos morales y otros, aún aceptando la idea, le restan importancia a la función que cumplen.

Frente a aquellos que aceptan que existen de algún modo los derechos morales, pero ponen en duda su importancia para la moral, Feinberg ha sostenido como defensa la llamada “tesis del empobrecimiento moral” (*the moral impoverishment thesis*). Esta tesis afirma que un sistema moral basado sólo en la imposición de deberes sería un sistema empobrecido moralmente ya que en él las personas no podrían sostener el tipo de demandas que un sistema de derechos hace posible¹². Para Feinberg las personas desarrollan un carácter más servil en una moral basada en deberes, mientras que aquellas personas que gozan de derechos y son conscientes de ellos, son menos inclinados a desarrollar caracteres de servilismo, ya que no son forzados a asegurar sus necesidades implorando o suplicando “favores” del amo. Seguramente estas consideraciones de tipo fáctico e histórico sean bastante ciertas y podríamos agregar que quizá no es una casualidad que muchos movimientos sociales desde hace algunos

¹¹ Esta idea es ampliamente aceptada por muchos filósofos como Hart, Rawls, Feinberg, Dworkin, Martin, Nino, Laporta, entre muchos otros. Véase un breve estudio comparativo de los autores españoles que defienden estas posturas en Ma. del Carmen Barranco Avilés, *El discurso de los derechos. Del problema terminológico al debate conceptual*, Cuadernos “Bartolomé de las casas”, No. 1, Dykinson, Madrid, 1996. El que se afirme que los derechos humanos son derechos morales no significa negar el importante proceso institucionalizador que se viene dando desde la Segunda Guerra a través de las distintas declaraciones universales que pretenden un alcance mundial, y de los procesos de codificación locales.

¹² Joel Feinberg, *op. cit.*, pág. 179.

siglos han articulado sus demandas políticas, económicas y sociales en términos de derechos. En las últimas décadas los movimientos de minorías raciales han enfocado su lucha a través de demandas de igualdad en libertades y derechos políticos y algo semejante ha ocurrido con los grupos feministas, los movimientos indígenas, los grupos ecologistas, etc.

Es aquí donde podemos apreciar con más claridad la importancia y la función que cumplen los derechos morales. Una demanda basada en un derecho moral es diferente de la demanda (injustificada) de un asaltante pidiéndonos la cartera, y es diferente de implorar o suplicar por algo; demandar o exigir un derecho es invocar principios, una forma abreviada de apelar a razones certificadas por tales principios (o reglas), como relevantes, aplicables y obligatorios. Como decía Bentham en tono de queja, quien apela a derechos pretende conseguir algo sin tener que argumentar, lo cual es cierto pero no por ello es algo necesariamente negativo. El que el lenguaje de los derechos nos ahorre esfuerzos argumentativos, no significa que no se puedan dar razones; de hecho, como afirmamos antes, los derechos morales son un tipo de razones morales de especial peso que facultan a un sujeto a exigir, demandar, hacer o disfrutar algo. Quien exige, el demandante, puede tener el control sobre la obligación de aquél que es exigido. El titular de un derecho tiene una mejor posición que la de quien hace una mera suplica ya que éste no está en posición de hacer una exigencia o demanda, su situación es similar a la de aquel que pide “aventón” en una carretera. Entre quien pide “aventón” en la carretera y quien se encuentra lesionado y pide ayuda hay una gran diferencia ya que el segundo tiene un derecho moral a ser auxiliado (que suele ser reconocido jurídicamente), mientras que el primero no.

Un sistema moral que no asigne derechos a nadie sería un sistema normativo empobrecido, ya que las personas no podrían afirmar el tipo de demandas que un sistema de derechos hace posible. Feinberg llega a considerar que el respeto a la persona es equivalente al respeto a sus derechos, es decir, equivale a pensar en ella como alguien susceptible de formular demandas de derechos morales básicos. Si una persona cree que no tiene derechos morales básicos, seguramente creará que es menos valiosa y merece menos respeto¹³.

¹³ *Ibid.*, pág. 180. Me parece interesante comentar una anécdota personal. La primera vez que impartí un curso de derechos humanos a indígenas en Oaxaca en 1990, me llamó mucho la atención que varios de ellos se sorprendían cuando, leyendo la Declaración Universal de Derechos, se

También se suele sostener que la demanda de un derecho frente a alguien más fuerte físicamente, carece de importancia, en esos casos, se afirma, los derechos son incapaces de hacerse cumplir. Efectivamente, como ya se dijo anteriormente, podemos reconocer sin ningún problema que los derechos morales no ayudan mucho frente a las bayonetas, ni frente a locos con poder. Pero frente a quienes emplean la violencia para resolver conflictos, para oprimir o para abusar de otros tampoco suelen servir de mucho ni los deberes ni los derechos jurídicos cuando no hay un poder coactivo más fuerte que los respalde. Los derechos morales son necesarios para el respeto y la dignidad pero no son suficientes. El análisis de los derechos como pretensiones o demandas implica sólo que el titular del derecho por virtud de su derecho se encuentra en una *posición moral* de hacer una demanda en contra de otros, no necesariamente que está en una *posición física* o *política* de hacer tales demandas sin que le pateen la cara. Como afirma Wellman, “(d)emandar es una apelación a los fundamentos de nuestro derecho y de este modo a las razones más que a la mera fuerza”. En el caso de los derechos morales, se apela a las razones morales directamente y no a la garantía jurídica que pudieran tener o no, se trata de “enunciados que implican alguna conclusión moral”.

Lo que en todo caso muestran las críticas es que, a fin de cuentas, los derechos morales no son suficientes para una vida buena, pero no que sean innecesarios o indeseables. Lo que tiene que quedar claro es que no bastan las buenas razones para proteger un derecho, ni siquiera basta con reconocerlos jurídicamente, son necesarias muchas otras cosas más, pero este hecho no nos debe llevar a restarle importancia a los derechos morales.

4. Problemas conceptuales y problemas de fundamentación

Una complicación que surge cuando se discute sobre derechos morales es que se suelen confundir los problemas conceptuales con los proble-

enteraban que tenían derechos, los mismos que los “blancos”, los “ladinos” y los “de la ciudad”; que cualquier autoridad debía respetarlos a ellos del mismo modo que respeta a la “gente de corbata”. Desde luego que ellos se sentían tratados injustamente y era habitual que se abusara de ellos, pero ignoraban que podían reclamar, que tenían derecho a reclamar un trato digno e igualitario por parte de las autoridades y de los no indios. No creo equivocarme al afirmar que en el momento en que los indígenas incorporaron a su discurso el lenguaje de los derechos, su relación con el poder del Estado se ha transformado cualitativamente, aunque todavía falte mucho para que el trato igualitario sea una realidad generalizada en todo el país.

mas de fundamentación de los derechos. Javier de Lucas señaló hace algunos años que cuando se discute sobre derechos humanos, la teoría sobre los derechos morales viene a presentarse como una respuesta que pretende zanjar tanto el problema del concepto como el problema del fundamento. La teoría de los derechos morales tiene así, sostiene este autor, un alcance engañoso, ya que casi todos los autores que recurren a esta teoría pretenden responder a un problema conceptual, cuando en realidad es una teoría relativa al fundamento de los derechos y ni así -dice- constituye tal fundamento, pues se remite a otra instancia: las necesidades, los bienes básicos, los valores¹⁴.

Creo que de Lucas tiene razón sólo en cierto sentido; cuando se emplea el concepto de derechos morales para explicar el concepto de derechos humanos es verdad que se pretende aclarar tanto el concepto de derechos humanos como apelar a ciertos tipos de fundamentación posibles que sólo caben para quienes afirman que se tratan de derechos morales¹⁵. Sin embargo, de aquí no se sigue que no podamos distinguir con claridad los problemas conceptuales de los problemas de fundamentación: resulta claro que una cuestión es el concepto que tengamos de los derechos morales y otra cosa distinta es cómo están fundamentados. Ciertamente pueden existir relaciones entre los problemas conceptuales y los problemas de fundamentación, que lleven en ocasiones a dificultar el distinguir cuándo estamos ante un problema conceptual y cuándo ante uno de fundamentación, pero esto no significa que no podamos distinguir, en principio, uno del otro.

Como problemas conceptuales, independientes de los problemas de fundamentación, voy a abordar los siguientes: a) la distinción conceptual entre derechos morales y derechos institucionales, b) la distinción entre derechos morales especiales y generales, c) la correlatividad entre derechos y deberes morales, d) el problema de la definición del concepto de derecho moral, y e) la relación entre derechos morales y derechos jurídicos.

¹⁴ Javier de Lucas, "Algunos equívocos sobre el concepto y fundamentación de los derechos humanos", en Jesús Ballesteros (ed.), *Derechos humanos*, Tecnos, Madrid, 1992, págs. 13-21.

¹⁵ Para la fundamentación de los derechos morales suelen considerarse varias alternativas: a) teorías iusnaturalistas, b) teorías utilitaristas y consecuencialistas, c) teorías consensualistas, d) teorías constructivistas. No todas estas alternativas aceptarían la existencia de un sistema normativo moral aunque algunas aceptan ciertos principios o valores morales últimos de los que se desprenden algunos derechos morales. Para un panorama más amplio sobre la fundamentación de los

5. Derechos morales y derechos institucionales

Para continuar nuestra aproximación al concepto de derechos morales podemos partir ahora de la distinción entre *derechos morales* y *derechos institucionales*. Para Dworkin una teoría de los derechos debería distinguir entre derechos morales (o básicos) y derechos institucionales, ya que los primeros proporcionan justificaciones en abstracto a las decisiones políticas de la sociedad, mientras que los segundos proporcionan justificaciones para decisiones dentro de instituciones particulares y específicas¹⁶. Los *derechos institucionales* son aquellos derechos conferidos por normas jurídicas, por normas de una moral positiva, por reglas sociales, o por cualquier regla de alguna organización o corporación¹⁷. Los derechos institucionales son creaciones humanas, creaciones sociales. Al ser creados, en principio, no importa su contenido, podría decirse que son independientes del contenido aunque ciertamente habría algunas restricciones conceptuales sobre el mismo. Los *derechos morales* son aquellos cuya existencia no se deriva de ningún acto de promulgación y no son susceptibles de ser alterados por la voluntad humana, son aquellos que son reconocidos más que inventados o creados. Su existencia es independiente de cualquier convención social o de cualquier sistema de reglas organi-

derechos morales véase Joaquín Rodríguez-Toubes, *op. cit.*, y L.W. Sumner, *op. cit.* Sólo a modo de ejemplo, podemos ver el caso de Nino para quien los derechos morales derivan de ciertos bienes primordiales que a su vez se fundamentan en tres principios morales básicos: el principio de inviolabilidad de la persona, que prohíbe imponer sacrificios a un individuo sólo en razón de que ello beneficia a otros individuos; el principio de autonomía de la persona, que asigna un valor intrínseco a la persecución de planes de vida e ideales de excelencia, y el principio de dignidad de la persona, que prescribe tratar a los hombres de acuerdo con sus voliciones y no en relación con otras propiedades sobre las cuales no tienen control. *Cfr.*, Carlos S. Nino, *Ética y derechos humanos*, Ariel, Barcelona, 1989.

¹⁶ Ronald Dworkin, *Los derechos en serio*, Planeta-Agostini, España, 1993, pág. 161.

¹⁷ L.W. Sumner (1989), prefiere hablar de derechos convencionales y dentro de esta categoría colocar a los derechos institucionales. Para Sumner hay derechos no institucionales que son convencionales, por ejemplo, los derechos que surgen en cierto tipo de asociaciones como una familia. Para este autor el carácter institucional de una asociación queda determinado por la unión de reglas primarias y secundarias y una regla de reconocimiento que dé unidad al sistema de reglas. Hay por tanto, reglas que no tienen tal unidad. Para Sumner también puede hablarse, en cierto sentido, de derechos morales convencionales cuando se alude a una moral (positiva) convencional donde pueden haber derechos morales. En este sentido, los derechos morales serían convencionales, claro que en este sentido los derechos morales no son particularmente misteriosos. Por mi parte, prefiero adoptar la distinción tal y como la usa Dworkin, entendiendo por “institucional” algo más amplio, de este modo las reglas dentro de una familia serían institucionales.

zativas¹⁸. Los derechos institucionales cuentan como razones dentro de sus respectivas esferas y tienen fuerza dentro de su propia convención o dentro de cierta institución. Los derechos morales que nos interesan son razones que tienen fuerza moral la cual no depende de ningún tipo de convención.

6. Derechos morales especiales y generales

Hart, en un influyente artículo¹⁹, distinguió entre derechos morales *especiales y generales*. Para Hart los derechos morales especiales nacen de transacciones especiales entre las personas o de alguna relación especial: los que nacen de promesas o compromisos, los que nacen de la renuncia de un derecho a favor de otra persona, los que nacen de la “reciprocidad de restricciones”, los que nacen de una relación natural como la de padre-hijo o de otra relación *–no natural–* como la de profesor-alumno, esposa-esposo, médico-enfermo; y las que nacen de libertades especiales que de forma excepcional una persona adquiere sin que exista un deber correlativo. Sin embargo, a primera vista esta caracterización de los derechos morales especiales se opone a la idea de que los derechos morales son no institucionales ya que Hart afirma que *nacen de transacciones especiales o de relaciones especiales*.

En contraste con los anteriores Hart distingue los derechos morales generales o básicos, que se distinguen de los especiales porque no se originan de ninguna relación o transacción especial entre los hombres, porque pertenecen a todos los hombres (capaces de elección), y tienen como correlativos deberes generales de no interferir de todos los demás y no sólo de las partes de una relación especial²⁰.

¹⁸ Esto no significa que los derechos morales no sean esencialmente sociales, como afirmamos en el punto 2 respecto a la moral, ya que estos derechos comprenden la interacción entre individuos.

¹⁹ “Are There Any Natural Rights?”, en *Philosophical Review*, vol. 64, No. 2, 1955, págs. 175-191. Hay traducción de Genario Carrió, “¿Hay derechos naturales?”, en H. L. A. Hart., *Derecho y moral. Contribuciones a su análisis*, Depalma, Buenos Aires, 1962, págs. 65-91.

²⁰ Cfr., H. L. A. Hart., *Derecho y moral. Contribuciones a su análisis*, cit. Sin embargo, la caracterización que hace Hart de los derechos generales me parece inadecuada; por una parte porque para él sólo pueden consistir en derechos que son invocados defensivamente y, por tanto, consistirían en tener una justificación sólo para determinar no interferencias por parte de otros, esto es, abstenciones. De este modo, parecería que sólo puede haber derechos morales generales a abstenciones de otros sujetos y no a acciones positivas. Por ejemplo, no podría decirse que haya un derecho moral a no morir de hambre que justifique deberes positivos, como el deber de alimentar a quien padece hambre. Esta tesis de Hart me parece insostenible.

En el lenguaje jurídico a los derechos morales especiales (aunque se suele hablar más bien de obligaciones) se les denomina derechos (u obligaciones) naturales. Para algunos autores se trata de derechos morales propiamente hablando²¹. Aquí creo que habría que aclarar algunos aspectos de esta distinción. Hart sostuvo que este tipo de derechos u obligaciones morales especiales se originan o nacen de cierto tipo de relaciones, transacciones o libertades especiales. Lo que al parecer quiso decir con esto es que el derecho o la obligación de un sujeto, nace tan sólo por el hecho de entablar o situarse en cierto tipo de posición o relación respecto a otros sujetos²². Pero entonces habría que determinar si este tipo de derechos/obligaciones dependen de ciertas relaciones previas o de transacciones voluntarias, es decir si dependen de un acuerdo entre personas o de ciertas convenciones sociales que han sido fijadas por otras normas institucionales o, en cambio, dependen directamente de su contenido, esto es, si surgen directamente de consideraciones morales, porque en este último caso se trataría de derechos morales en el sentido relevante en que estamos hablando y, por el contrario, si dependiera de acuerdos u otras convenciones, como parece sugerir Hart, se trataría de derechos que terminarían siendo institucionales.

Aquí habrá que aclarar algo sobre la distinción entre derechos morales y derechos institucionales; como se dijo antes, estos últimos son independientes de su contenido, pero esto hace que el contenido pueda coincidir con el de algún derecho moral, esto significa que nuestra distinción no es

²¹ Se habla, por ejemplo, de derechos morales a exigir las deudas de juego, del derecho a recibir ayudas especiales de amigos y familiares, de derechos entre padres e hijos, médicos y pacientes, del derecho a cumplir las promesas, etc.

²² Esta idea de Hart se encuentra expuesta por primera vez en su conferencia «Definition and Theory in Jurisprudence» (1953), publicada luego en *Law Quarterly Review*, 1954. En esta conferencia sostuvo que conceptos como el de «derecho subjetivo» (*rights*), «obligación», «responsabilidad», etc., presuponen un *background* de hechos sociales, de hechos institucionales, de modo que no puede darse una definición clásica de ellos, sino sólo atendiendo al contexto es posible ver como funcionan tales conceptos. La obligación de cumplir una promesa no deriva de la naturaleza de lo que se ha prometido, ni tampoco de las expectativas a que puede dar lugar, sino del uso de ciertos procedimientos que establecen y regulan la convención de realizar promesas. Estos procedimientos por tanto crean la oportunidad de prometer: confieren una «potestad» al sujeto para que pueda obligarse a sí mismo a través de una promesa. Pero con esto no parece que Hart esté haciendo referencia al modo en que surgen las obligaciones morales creadas por las promesas, no está justificando que no haya obligaciones morales, sino está haciendo referencia a la validez que puede tener el consentimiento que se necesita manifestar cuando se promete, validez que depende de las reglas institucionales preexistentes.

excluyente, puede haber derechos morales que sean también derechos institucionales. Más adelante se abundará sobre esto. Lo que ahora interesa es precisar que algunos de estos derechos morales especiales pueden ser derechos institucionales por existir, como sostiene Hart, normas jurídicas o de otro tipo que regulen este tipo de relaciones. Pero la cuestión importante es determinar si, independientemente de esas reglas, el contenido del derecho u obligación se puede derivar de consideraciones morales. Me parece, por ejemplo, que en el caso en que una persona haya prometido otorgar un premio determinado a quien resulte vencedor de un concurso, sería engañoso decir que la obligación surge solamente de un tipo especial de relación, es obvio que se necesitan ciertas reglas y que haya un concurso sujeto a un procedimiento guiado por reglas, que surja un ganador conforme a tales reglas y, en virtud de ello, se establezca una relación entre quien ha prometido y quien ha ganado el concurso; pero esta relación (que puede ser vista como una relación entre una obligación y un derecho) no proviene del mero hecho social, sino que depende también de un deber moral general de cumplir las promesas que se *concreta* en esa relación especial²³. Esta idea de la concreción es la que parece per-

²³ No creo que todas las promesas originen deberes y/o derechos morales, pero sí que algunas lo hacen. El caso de la promesa es interesante y bastante complejo debido a los distintos tipos y contenidos de las promesas, las distintas formas de manifestar la voluntad, las causas de justificación para no cumplir, etc.

Que haya un deber moral de cumplir lo prometido es algo controvertido en la filosofía moral. Para algunas concepciones éticas este deber es central o paradigmático, puede reconocerse intuitivamente (Moore, Ross). Para algunos filósofos del lenguaje *prometer* es un caso ilustrativo de un acto *preformativo*, algo que no sólo se dice sino que se *hace* (Austin). Para otro grupo de filósofos la obligación de mantener lo que se promete es un ejemplo de una regla constitutiva, la práctica de prometer, dicen, sería imposible sin el reconocimiento previo de reglas que constituyan tal práctica y que hagan posible que por el mero acto de prometer surjan obligaciones (Hart). Para autores clásicos como Grocio y Pufendorf las promesas sólo obligan si hay buenas razones para ello; para Grocio la obligación nacía del acuerdo pero se necesitaba una ley natural que dijera que las promesas y los acuerdos son obligatorios. Para algunos iusnaturalistas la obligación de cumplir las promesas proviene de un deber moral de no causar daño. La posición de muchos filósofos y juristas modernos estuvo basada en la teoría contractual cuyo modelo de contrato daba gran importancia a la voluntad y la libre elección. Era necesaria cierta forma de externar la voluntad, de modo que la obligación surge del mero acto de voluntad, aunque para algunos juristas la obligación –al menos jurídica– no podía surgir si no había aceptación. Para el utilitarismo la institución de las promesas es importante para la sociedad, pero decir que las promesas son obligatorias es una manera artificial creada y mantenida por aquellos que moldean el sistema moral de la sociedad; aunque lo cierto es que el utilitarismo tiene serias dificultades para dar cuenta de tal institución sin recurrir a la idea de que las promesas son obligatorias. David Ross, uno de los más importantes intuicionistas, sostuvo que era autoevidente que hacer una promesa era crear un dere-

derse de vista cuando se dice que la obligación “nace” de un tipo de relación o transacción.

Lo anterior hace que surja el equívoco de creer que la *generalidad* es el criterio relevante para determinar cuándo estamos ante derechos morales; el hecho de que se trate de derechos morales especiales significa tan sólo que en un caso particular aplicamos o concretamos un derecho (o un deber), o un principio moral general, pero ese derecho especial no “nace” porque se dé una determinada relación, sino que, por decirlo de algún modo, se actualiza en dicha relación.

Francisco Laporta afirmó que los derechos morales son “universales”, donde “universalidad” significa no un simple predicado lógico-formal (para todo X, X tiene derecho a...), sino que los derechos se adscriban a todos los seres humanos (Para todo X, tal que X sea “ser humano” (cualquiera que sea su circunstancia y contexto), X tiene derecho a...). Para Laporta la noción de derecho en la teoría moral ha tendido a fijar el origen de los derechos en algunas instituciones morales o en el hecho de ocupar alguna posición social, tal es el caso de la promesa o de la relación padre-hijo. Sin embargo, considera que la aparición de un derecho moral calificado de universal nos obliga a emancipar la idea de derecho moral de sus condicionamientos de “rol”, es decir, nos obliga a concebirlos “descontextualizados”, desvinculados de las situaciones concretas. “Y ello porque la noción de «universalidad» implica por sí misma el hacer caso omiso de instituciones y roles para poder adscribir los derechos morales a *todos* al margen de su circunstancia vivencial o contextual”. Por tanto, para Laporta sólo podríamos hablar de derechos morales cuando éstos presenten el rasgo de la *universalidad*²⁴.

Pienso que Laporta incurre en un error al creer que la “universalidad” tal como la entiende es un criterio definitorio de lo que son los derechos morales (y los derechos humanos), que excluye la posibilidad de hablar de derechos morales en situaciones concretas o especiales como lo hace Hart. Por ejemplo, si yo dijera que los indígenas mexicanos tienen derecho (moral) a no ser discriminados por el Estado mexicano, Laporta diría que no hay un derecho moral porque estoy afirmando un derecho en un

cho moral en alguien más sobre nosotros; que las personas tienen un deber *prima facie* de mantener sus promesas. Para un tratamiento general sobre este tema véase P.S. Atiyah, *Promises, Morals, and Law*, Clarendon Press, Oxford, 1991.

²⁴ Cfr., Francisco Laporta, “Sobre el concepto de derechos humanos”, *Doxa*, 4, 1987, (págs. 23-46), pág. 32-34.

contexto determinado y no lo estoy adscribiendo a todos los seres humanos. Esta caracterización me parece poco adecuada porque la concreción o contextualización no implica que un derecho pierda su fuerza justificatoria moral. Las circunstancias son tan sólo las condiciones que deben ocurrir para que las razones morales confieran un derecho moral²⁵. Una consecuencia de su caracterización de los derechos morales es que una demanda o un derecho contra el Estado ya no podría contar como un derecho moral y, por tanto, ciertas obligaciones del Estado tampoco contarían como obligaciones morales.

Considerar que ciertos rasgos o situaciones no son en sí mismos moralmente relevantes no significa que no sean necesarios para dar lugar a la afirmación de derechos morales entendidos como un conjunto de posiciones morales. Como se dijo antes, los derechos morales no surgirían de tales rasgos o situaciones especiales pero se concretan en ellas. Sería más conveniente considerar que los derechos morales (o los derechos humanos) en tanto son razones morales de especial fuerza, tales razones son universales, es decir, razones que valen para todos los seres humanos, lo cual significa que no importa si los enunciados que se refieren a estos derechos son formulados gramaticalmente como enunciados universales. Por tanto, es posible admitir enunciados sobre derechos morales donde se especifiquen circunstancias o situaciones especiales y concretas.

7. La correlatividad entre deberes y derechos morales

Si admitimos que puede hablarse con propiedad de *derechos* en el terreno de la moral (crítica), habrá entonces que determinar su relación con los deberes morales. Habrá que discutir entonces la tesis de la correlatividad entre deberes y derechos y, en todo caso, también la tesis de la

²⁵ Carl Wellman sostiene, aunque no con estas palabras, que la diferencia entre derechos morales especiales y generales consiste en un problema gramatical del tipo de enunciado. Por ejemplo, el artículo 11 de la Declaración Universal establece que “Toda persona acusada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad, conforme a la ley y en juicio público en el que se le hayan asegurado todas las garantías necesarias para su defensa”. De acuerdo con Laporta aquí no se estaría enunciando un derecho moral ya que se está especificando un rol o estatus de acusado. Si este enunciado lo interpretamos como “Todo ser humano tiene, si es acusado de un delito, el derecho a...”, tampoco se trataría de un derecho moral ya que ahora se trataría de una condición o circunstancia que es necesaria para que se pueda exigir o disfrutar de tal derecho. Las condiciones o el estatus deben ser ciertos para que las razones morales confieran el derecho en ese determinado caso. *Crf.*, C. Wellman, *op.cit.*, págs. 179-180.

prioridad de uno de estos conceptos sobre el otro. La tesis de la correlatividad vendría a decirnos que la coexistencia del derecho con la obligación es necesaria y no contingente, que el derecho no puede originarse sin la obligación y que si uno de ellos desaparece, se extingue o se renuncia a él, el otro corre la misma suerte. Esta tesis puede asumir mayor fuerza cuando se dice que la correlación entre derechos y obligaciones es conceptual. Sin embargo, la forma en que los derechos y las obligaciones se relacionan son múltiples. Kelsen, refiriéndose al ámbito jurídico, señaló que no a todos los deberes les corresponden derechos, aunque se equivocó al sostener que a todos los derechos sí les corresponde siempre un deber. Lyons señaló atinadamente que esto sólo es exacto con los derechos “pasivos”, por ejemplo, el deber de un esposo de no mentirle a su esposa es correlativo del derecho de la esposa a que el marido no le mienta. Pero la correlatividad es falsa tratándose de derechos “activos”, es decir, derechos a hacer algo; por ejemplo, el derecho a la libertad de expresión no implica que conceptualmente haya alguien obligado. Las obligaciones se obtienen a través de concreciones del derecho, pero nada hay conceptualmente hablando que me indique que el Gobierno, todas las personas y/o ciertos sujetos particulares tengan una obligación correlativa de ese derecho. La imposición de obligaciones dependerá de cómo queden éstas justificadas a partir de mi derecho²⁶.

Hohfeld señaló atinadamente que habían ciertas posiciones o relaciones que incluimos en nuestra noción amplia de lo que es tener un derecho y que no incluyen un deber correlativo. Así distinguió entre el derecho-pretensión correlativo de una obligación y los derechos-privilegio, derechos-poderes y los derechos-inmidades, correlativos respectivamente de “no-derechos”, sujeciones e incompetencias²⁷. Para Hart, la idea de privilegio de Hohfeld es importante, pero esta idea no supone decir que cuando se tiene un privilegio o libertad no existan deberes relacionados. Esto es correcto, pero que exista un *perímetro de protección*, como lo denomina Hart, no supone que las obligaciones sean correlativas del derecho, porque de otro modo quizá tampoco podríamos sostener la idea de que hay deberes sin derechos ya que no sería posible saber de antemano

²⁶ David Lyons, “The Correlativity of Rights and Duties”, *Noûs*, vol. 4, No. 1, 1979, págs. 45-55.

²⁷ W.N., Hohfeld, *Conceptos jurídicos fundamentales*, Fontamara, México, 1991. Sobre este autor pude verse el capítulo II de mi libro *El concepto de derecho subjetivo*, *op. cit.*

si un deber no formará eventualmente parte de ese perímetro de protección y si así fuera tendríamos entonces que decir que es “correlativo” de ese derecho, lo cual sería absurdo.

Por tanto, creo que podemos sostener que en algunos casos la existencia de derechos no depende de la co-existencia o existencia previa de deberes²⁸. Esto me lleva también a poder afirmar que tampoco existe ninguna prioridad de uno sobre el otro, como he sostenido en otra parte²⁹, la prioridad en todo caso es del valor que queda protegido ya sea por un deber o por un derecho. De aquí extraeríamos también la conclusión de que la moral no puede estar basada en ningún tipo de prioridad conceptual entre derechos y deberes³⁰, pero como sostuvimos antes con Feinberg, una moral es más rica si concebimos que incluye no sólo deberes sino también derechos.

8. ¿Cómo definir los derechos morales?

Muchos filósofos han tratado de definir los derechos morales como pretensiones (*claims*), pretensiones justificadas (Feinberg, Martin); como

²⁸ Otra manera en que se ha querido explicar esto es acudiendo a la distinción entre deberes perfectos y deberes imperfectos. Un deber perfecto me obliga estrictamente en todo momento en relación con las demás personas, por ejemplo, el deber de no torturar, de no matar, de no mentir, etc. Los deberes perfectos pueden ser correlativos de derechos. En cambio, los deberes imperfectos no me obligan en todo momento y respecto a todas las personas, como el deber de dar limosna a los mendigos, que me obliga a dar a algunos en algún momento, pero no a todos los que me los soliciten o se topen en mi camino. Estos últimos se podría decir que no son correlativos de derechos. Sin embargo, Jeremy Waldron, sostiene que se podrían distinguir dos tipos de deberes imperfectos, uno de los cuales estaría correlacionado con derechos. Para ilustrar esto pone dos casos: (1) Smith que va a realizar un testamento desea dejar la mayor parte de sus bienes a sus animales pero se siente obligado a dejarle algo al menos a alguno de sus familiares. En este caso ninguno de sus familiares tendría derecho a reclamar esa parte de la herencia. (2) Jones un filántropo millonario que desea ayudar a los pobres decide elegir a algunos ya que no puede ayudar a todos. En este caso a diferencia del caso 1, podemos decir que los indigentes tienen derecho a la caridad o la ayuda de otras personas aunque tal derecho no sea correlativo de un deber perfecto de alguien en particular, pero es un derecho en contra de quienes estén en posibilidad de ayudarlos en su conjunto. *Cfr.*, *Liberal Rights*, Cambridge University Press, 1993, págs.14-17.

²⁹ *Op. cit.*, pág. 108-111 y 299..

³⁰ Pienso que las teorías morales basadas en derechos como la de Hart, Rawls, Dworkin o Mackie tienen el problema de que al postular un derecho como la base de su teoría moral, no pueden dar cuenta de él como “derecho” moral, sino que se trataría en todo caso de un principio o un valor superior, pero no de un derecho propiamente hablando. Véanse las críticas que se dirigen contra las teorías basadas en derechos tanto en Joseph Raz, *The Morality of Freedom*, Clarendon Press, Oxford, 1989, pág.195 y ss.; y Diana T. Meyers, “Rights-based Rights”, *Law and Philosophy*, N. 3, 1984, págs. 407-421.

títulos morales (MacCloskey); como poderes (Wellman), poderes que tenemos que otorgar, poseer o ejercer; como libertades (Hart) que poseemos o debemos poseer; como expectativas o expectativas razonables (Dworkin), incluso, en términos de deberes de los demás respecto al poseedor de un derecho, de modo que tener un derecho contra otro es lo mismo que otro tenga un deber respecto al titular del derecho.

La idea de los derechos está fuertemente asociada a la idea de que son pretensiones, esto es, demandas (*claims*). Joel Feinberg sostiene, por ejemplo, que “un hombre tiene un derecho moral cuando tiene una pretensión cuyo reconocimiento es requerido por principios morales y no (necesariamente) por reglas jurídicas, o por los principios de una conciencia ilustrada”. Las pretensiones tienen que ser pretensiones válidas, esto es, justificadas. Tener una pretensión no es hacer una reclamación sino *estar en posición* de hacer una reclamación³¹. Otros autores añaden otros requisitos al tipo de pretensión, por ejemplo, que sean pretensiones contra el gobierno (Martin, Dworkin) o frente a quienes lo infringen y frente a instituciones apropiadas para procurar una reparación (MacCormick).

Pero se ha señalado que la caracterización de los derechos morales como pretensiones confunden entre lo que se sigue de poseer un derecho moral y lo que éste es en sí mismo. De modo que, puede decirse que una pretensión o demanda está moralmente legitimada mostrando que se sigue de un derecho moral. Para McCloskey un derecho es un “título moral” (*a moral entitlement*) que origina una autoridad moral para realizar aquello a lo que los individuos están autorizados por dicho título para hacer o tener, a ser protegidos de las interferencias, a recibir ayuda, a demandar o tener ayuda a su favor. Los derechos morales son pues títulos morales que confieren libertades morales en sus poseedores para hacer, demandar, disfrutar, tener, etc., dependiendo de la naturaleza o bases de ese derecho; y son títulos morales que típicamente, aunque no siempre, imponen limitaciones en otros de abstenerse de realizar ciertas acciones y actividades, o a hacer, asistir, proveer servicios y facilidades, etc., dependiendo de la naturaleza y bases de ese derecho³².

³¹ Joel Feinberg, “The nature and value of Rights”, en *Rights, Justice and the Bounds of Liberty*, Princeton University Press, 1980, pág. 154.

³² H. J. McCloskey, “Respect for Human Moral Rights versus Maximizing Good”, en R.G. Frey (ed.), *Utility and Rights*, Basil Blackwell, USA, 1985, págs. 121-136, págs. 24-5. McCloskey sostiene que es un error construir los derechos como derechos *en contra* en vez de derechos *a* o como *títulos*. Llega incluso a sostener erróneamente que es válido y posible hablar de derechos aun en

Sobre la posibilidad de reducir la noción de derecho a la de deber ya hemos dicho antes que resulta inadecuada ya que no todos los derechos son correlativos de un deber, de aquí que neguemos nuevamente esta posibilidad de reducir esta noción a alguna categoría deóntica ya sea un deber o un permiso. Esto no significa negar que haya derechos correlativos de deberes.

De un derecho podemos decir que lo poseemos, lo ejercemos, lo reclamamos o demandamos, que actuamos de conformidad, que lo protegemos o garantizamos, etc., de forma tal que nociones como pretensión, poder, libertad, garantía están estrechamente ligadas a esta idea. De modo que “*tener un derecho moral*” es una idea compleja. Hemos dicho antes que tener un derecho moral es tener una razón moral para imponer un deber, aunque esta idea resulta engañosa. Podemos tener razones morales para imponer un deber sin que tengamos razones morales para adscribir un derecho moral, por ejemplo, podemos imponer deberes hacia los animales o hacia la naturaleza sin necesidad de adscribirles derechos, tenemos fuertes razones morales para ello y no necesitamos reconocerles ningún derecho moral ni a los animales ni a las plantas (aunque hay quienes piensan que sí).

Cuando hacemos aserciones sobre derechos, la idea de “derecho” hace referencia a relaciones sustantivas complejas entre varios términos. Como aceptan la mayoría de los autores los derechos tienen una estructura relacional triádica entre dos sujetos respecto a un objeto. Por tanto, cuando hablamos sobre derechos solemos referirnos al sujeto o titular que se encuentra en posición de reclamar o que es titular del derecho; al contenido u objeto del derecho, o al sujeto frente a quien se tiene el derecho (este sujeto puede a su vez tener un deber, un no derecho, una sujeción o una

situaciones donde el hombre se encuentra totalmente aislado. De modo que un náufrago en una isla desierta o la última mujer del planeta después de una guerra nuclear podrían sostener que tienen derecho a la vida. Lo que no podrían sostener es que tienen una demanda, un reclamo o un poder en contra de alguien. Cuando demandamos, disfrutamos o hacemos aquello a lo que tenemos derecho moralmente, no necesitamos dar ninguna otra justificación moral a los demás. Los derechos morales tal y como los caracteriza McCloskey tienen dos aspectos: a) son títulos que confieren libertades morales en su poseedor para demandar, hacer o disfrutar, y b) son títulos que imponen limitaciones morales a los demás para abstenerse de interferir, para hacer, para ayudar o dar, etc. Estas afirmaciones de McCloskey parece difícil de justificar si partimos de la idea de que cuando se habla de derechos, así se trate de derechos morales, estamos en un contexto intersubjetivo, la moral y cualquier sistema normativo no tienen ningún sentido para individuos aislados.

incompetencia, como sostiene Hohfeld). También podemos referirnos a los fundamentos o a los propósitos de los derechos. El problema de la definición me parece ha consistido en enfatizar alguno de los elementos de la relación. Las primeras definiciones de un derecho (natural) lo identificaban con una *moralis facultas*, una facultad o potestad moral que tiene el individuo. Pero si nos centramos en el propósito y no en el individuo entonces la idea de pretensión se torna relevante, se tienen derechos o pretensiones para algo. Si atendemos al contenido del derecho entonces vemos que se ha definido como una libertad, un poder y en ocasiones como un simple correlato del deber. La idea de titularidad proviene del lenguaje del derecho de propiedad, donde se identifica a la propiedad con el título de propietario y no con los distintos tipos de actos que puede realizar el propietario, como disfrutar, exigir, reclamar, vender, etc., y tampoco con el objeto mismo de la propiedad. Pero esta manera de definir un derecho no es satisfactoria ya que lo único que hace es remplazar la noción de derecho moral por la de título moral, que resulta poco esclarecedora ya que podemos seguir preguntando qué es un título moral y tendríamos que remitirnos a la idea de autorización, poder, libertad o alguna otra idea semejante³³. La idea de tener un derecho no es una idea simple, por lo que

³³ La idea de titularidad en el lenguaje de los derechos se vuelve relevante cuando distinguimos entre titularidad y ejercicio de los derechos. Se nos suelen presentar algunos problemas cuando el poseedor (o titular) de derechos es una persona incapaz que no puede ejercer por sí misma sus derechos o no puede reclamarlos. Cuando no existe capacidad o posibilidad de acción del sujeto entonces hablamos de deberes y hablamos de *adscripción* de derechos. Normalmente aceptamos que los seres humanos con ciertas capacidades relevantes (racionalidad, madurez, capacidad de proponerse fines, etc.) son poseedores de derechos y pueden ejercerlos y reclamarlos por sí mismos, pero se nos presentan casos desconcertantes como los idiotas, los niños, los humanos en estado “vegetal”, o humanos con serias deformidades. Esta diferencia entre titularidad y ejercicio es importante porque nos permite reconocer que puede haber límites fácticos, pero no normativos a la condición de persona moral y que tiene la consecuencia de admitir que los principios morales de los que derivan los derechos básicos prescriben una permanente extensión de esa condición, mediante la superación de los obstáculos de hecho para gozar de los derechos en cuestión. Los derechos humanos serían así, aquellos derechos que se poseen sólo por la razón de ser un individuo humano. Como escribe Nino: “los derechos humanos son derechos morales que se conceden tomando como única propiedad relevante de sus beneficiarios la de pertenecer a la especie humana, de aquí se infiere que todos los hombres poseen un título igual a esos derechos en la medida en que todos exhiben en el mismo grado esa propiedad relevante”. Véase Carlos Nino, *Ética y derechos humanos*, Ariel, España, 1989, págs.43. Otra cuestión importante, explica Nino, es la de encarar una elucidación del concepto de “ser humano”, donde se nos abre un dilema: o lo caracterizamos sobre la base de propiedades que se presentan *prima facie* como moralmente relevantes -como la racionalidad o la capacidad de proponerse fines (Kant)- con lo cual llegamos a la conclusión de que hay seres humanos con mayor grado y otros con menor grado de estas propiedades ya que son

los intentos por dar una definición recurriendo a otro concepto no han podido dar respuestas del todo satisfactorias, sino en todo caso iluminar algún aspecto importante.

Los derechos forman parte de un lenguaje normativo y consisten en razones para guiar y justificar nuestra conducta, para criticar o censurar, para exigir o demandar acciones u omisiones de otros, para imponer deberes, conferir facultades. El problema de caracterizar a los derechos como razones es que tenemos que responder a la pregunta sobre qué clase de razones morales son aquellas que reconocemos como derechos. Una idea que me parece clave es la que nos proporciona Dworkin cuando sostiene que los derechos son finalidades políticas *individualizadas*. Esta idea nos permite distinguir de otros bienes o valores morales o políticos que no podemos distribuir entre los individuos. Cuando sostenemos que algo es valioso o que algo es un bien y de ahí pasamos a decir que es bueno que alguien tenga eso, que lo pueda reclamar, ejercer, disfrutar, poseer, de manera individual (o colectiva), estamos individualizando ese bien o ese valor (o ciertos recursos u oportunidades que sirven para garantizar ciertos bienes). Esta idea está por ejemplo en el tipo de argumentos que utilizó Kelsen al construir la idea de derecho subjetivo, la idea de subjetivizar (o

graduales; o caracterizamos el concepto de ser humanos en términos biológicos, con lo cual no es posible determinar cómo unos rasgos biológicos -como la estructura celular o otros comunes a todos- puedan tener algo que ver con los derechos morales (*Ibid.*, pág. 44). Richard Rorty ha señalado casos trágicos, pero por desgracia muy comunes, donde la expresión “hombre” o “ser humano” suele ser una calidad que con bastante frecuencia se le niega a quienes son diferentes de “nosotros”, es decir que esta calidad a menudo se expresa “con el acento del orgullo tribal”. Así como los norteamericanos negaban tal calidad a los negros, los nazis a los judíos y más recientemente los serbios a los musulmanes, el problema es que tanto los anglosajones, los nazis y los serbios, no creían estar violando los derechos de los otros ya que no los consideraban “humanos” sino animales o pseudohumanos por no reunir las características relevantes o el grado suficiente de ellas para ser tratados como tales. Así, por ejemplo, para Thomas Jefferson uno de los padres fundadores de los Estados Unidos, el negro era como un animal porque “participa más de la sensación que de la reflexión”. Los judíos no reunían las características biológicas de la raza aria y por ello eran merecedores de un trato desigual. Y así por el estilo. Pero como escribe Rorty “la distinción humano-animal, sin embargo, es tan sólo una de las formas en las cuales nosotros, humanos paradigmáticos, nos distinguimos de los casos fronterizos. La segunda es la división entre adultos y niños. Decimos que los ignorantes y supersticiosos son como niños; alcanzarán la verdadera humanidad sólo mediante una correcta educación”. La tercera forma sería la división hombre-mujer. Para muchos varones ser mujer no es una forma de ser humano, ser un no varón es otra forma de no ser humano y hay muchas formas de no ser varón no sólo la de no tener pene. Véase Richard Rorty, “Derechos humanos, racionalidad y sentimentalidad”, en Stephen Shute y Susan Hurley, *De los derechos humanos. Las conferencias Oxford Amnesty de 1993*, Trotta, Madrid, 1993, págs. 117-136.

subjektivar) algo era la de atribuir a un sujeto específico un deber o un derecho. Así, podemos individualizar tanto deberes como derechos. La idea de titularidad me parece que la podríamos entender precisamente como resultado de este proceso de individualización o distribución de bienes, valores, oportunidades, etc.

Otra de las características que enfatiza Dworkin es que los derechos (los básicos o políticos como los denomina), se distinguen por su peso o fuerza, de modo que sirvan como justificación aun en contra de consideraciones políticas que hagan referencia al bien común o al bienestar general. Sin embargo, esta característica resulta muy confusa porque no se entiende bien cómo la fuerza o peso puede distinguir a los derechos de otros valores y de otras razones morales. Podemos estar de acuerdo en que los derechos morales básicos deben tener un peso y fuerzas especiales, pero éste no les distingue de otras razones morales. Habría entonces que determinar qué hace que ciertas razones morales cuenten como derechos, aunque ahora esta empresa rebasa los propósitos de este trabajo.

9. Existe relación entre los derechos morales y los derechos institucionales?

En el punto 5 de este trabajo trazamos la distinción entre derechos institucionales y derechos morales, y aclaramos que esta distinción no era excluyente, que bien podía darse el caso que los derechos morales fueran también derechos institucionales. Sobre esta relación quiero hacer varias observaciones ya que suelen haber muchas confusiones en torno al reconocimiento jurídico de los derechos morales.

Para corrientes iusnaturalistas, como ya se dijo antes, el “hecho” de que haya derechos naturales o morales los hace ya jurídicos, dado que estas corrientes no distinguen entre Derecho y Moral. Pero para quienes aceptan la separación entre el Derecho y la Moral la relación de los derechos morales con un sistema jurídico sería contingente, al menos en el sentido en que decimos que puede haber derechos morales que no estén jurídicamente reconocidos y, a su vez, derechos jurídicos que no sean derechos morales. Los derechos institucionales, afirma Dworkin, aíslan los deberes del juez, de modo que quede impedido de juzgar apelando directamente a consideraciones sobre el bienestar general o a derechos morales. Y aunque los positivistas estarían conformes con esto, Dworkin sostiene que aun cuando esto sea así, “(s)i queremos definir los términos de nuestra cien-

cia jurídica de modo que nos ilumine la estructura de las decisiones complejas, debemos tener cuidado de no romper del todo la conexión entre los derechos jurídicos y los morales (...) El concepto de derecho jurídico es un concepto controvertido (*contested*) y, por ello, no está regido por condiciones necesarias y suficientes impuestas por reglas del lenguaje”. E insiste en que una de sus ideas cruciales es “que los derechos jurídicos deben ser entendidos como una especie de derechos morales”³⁴. Esta tesis se vuelve evidente cuando hablamos de derechos fundamentales, aunque Dworkin sugiere una vinculación mucho más estrecha en su teoría interpretativa³⁵. Muchos autores han subrayado esta relación entre derechos morales y jurídicos que surge cuando en las constituciones se incorporan derechos fundamentales y cuando tales derechos son reconocidos en Declaraciones Universales y signadas por los Estados. Entender los derechos fundamentales y los derechos humanos como derechos morales ha forzado a la teoría constitucional contemporánea a volver sobre discusiones morales que había abandonado como resultado de una larga tradición positivista y voluntarista. Desde esta nueva perspectiva, las discusiones constitucionales sobre derechos fundamentales no pueden ser ajenas al discurso de justificación moral ya que los principios protegidos por los derechos fundamentales son básicamente morales. Lo anterior ha llevado también a una revisión de la idea de validez, desde la idea positivista de la validez formal o validez como pertenencia al sistema, a una idea de la validez sustancial, que remite a la idea de la coherencia con los derechos fundamentales.

Otro problema de esta relación surge cuando a pesar de estar reconocidos jurídicamente, no existen en el sistema las garantías jurídicas necesarias para hacerlos valer (aunque esto sea una cuestión de grado). En este caso uno se preguntaría ¿qué añade el simple reconocimiento jurídico? Pues añade algo importante, el hecho que ahora tengan que ser considerados en los razonamientos jurídicos no sólo como razones que dependen del contenido, sino con independencia de él, dado que el reconocimiento jurídico los convierte en razones derivados de una autoridad normativa,

³⁴ Ronald Dworkin, “A Reply by Ronald Dworkin”, en Marshall Cohen (ed.), *Dworkin and Contemporary Jurisprudence*, Duckworth, Londres, 1984, págs. 259 y 260.

³⁵ Véanse de Ronald Dworkin, *Law's Empire*, Harvard University Press, Cambridge, 1986; y *Freedoms Law. The Moral Reading of the American Constitution*, Harvard University Press, Cambridge, 1996.

como suele ser el legislador. Esto, aunque puede considerarse poco, es algo importante.

Se suele sostener que los derechos morales *tienen* que ser reconocidos jurídicamente para que sean algo o se suelen dar definiciones de los mismos donde se añaden fórmulas que sostienen “los derechos morales son... que deben ser protegidos (reconocidos, reclamados) jurídicamente por el Estado”, o alguna similar. No es extraño que encontremos este tipo de afirmaciones dado que cuando se discute sobre el concepto de derechos morales se suele pensar en los derechos humanos, es decir, en derechos de gran importancia. Pero si nos atenemos sólo a cuestiones conceptuales resultaría innecesaria esta referencia. Si un derecho moral es un cierto tipo de razón moral que puede tener un sujeto, no es necesario añadir que esta razón moral tenga que ser reconocida jurídicamente (si lo es que bueno). Pero para nuestro concepto da igual cómo se proteja o se realice, puede ser que en una sociedad la moral positiva reconozca este derecho y sea suficiente para vincular a los demás; que en una situación determinada al individuo le baste con apelar a este derecho moral; o que en ciertas relaciones especiales sea suficiente apelar a reglas sociales para hacer valer un derecho moral, etc. Sin embargo, en ciertos contextos será insuficiente todo esto y entonces será necesario que busquemos el reconocimiento jurídico de ciertos derechos morales para tratar de que sean respetados, si no por su contenido moral, si por los medios coactivos que el Estado proporcione y en última instancia por la fuerza. Los derechos morales son importantes para justificar el uso de la fuerza, aunque no sean una condición suficiente.

Las relaciones entre derechos morales y el sistema jurídico podrían ser muy complejas, más de lo que solemos pensar. Piénsese, por ejemplo, en un caso como el siguiente: un sistema jurídico impone un deber a los padres de alimentar a sus hijos, pero el sistema no dice nada y no hay nada en él que nos lleve a concluir que los hijos tienen garantizado expresamente un derecho subjetivo (jurídico) en contra de los padres, de hecho en ese sistema no habría ninguna forma de impugnación, ningún tipo de acción procesal a la mano de los hijos o alguien que a su nombre pudiera reclamar, sin embargo, el deber existe ya que las autoridades están facultadas a imponer sanciones por incumplimiento del deber de alimentar a los hijos. Se podría decir entonces que sí hay un derecho correlativo a tal deber y que tal derecho es jurídico aunque no esté expresamente contemplado, pero ¿por qué tendría que ser jurídico? También se puede negar que tal

derecho jurídico exista dado que se necesita que derive de alguna regla, pero entonces ¿aceptaríamos que existe un derecho moral correlativo a una obligación jurídica? ¿Habría alguna diferencia entre afirmar en este caso que el derecho es jurídico o es moral dado que el sistema jurídico de cualquier forma no proporciona ningún medio de impugnación, ni lo reconoce expresamente?

Cuando hablamos de correlatividad entre derechos y obligaciones hacemos referencia a una relación conceptual y estructural, no a una cuestión relacionada con la validez jurídica. De modo que el contenido de un deber jurídico podría ser correlativo de un derecho moral, ya que la correlación se da entre el contenido sin importar la *juridicidad*. La cuestión sería determinar si lo jurídico se hereda al derecho correlativo o no. Si respondemos que sí, entonces tendríamos que poder encontrar alguna diferencia entre este *derecho jurídico derivado* y un derecho moral (la diferencia sin embargo, no podría consistir en que *deriva* de un deber jurídico, dado que deriva de él no por ser jurídico sino por su contenido). Si la respuesta es negativa entonces tendríamos que aceptar que en un sistema jurídico pueden haber obligaciones jurídicas cuyo contenido es correlativo de un derecho moral ya que el contenido de tales obligaciones también es moral. A la inversa, podrían existir derechos morales reconocidos jurídicamente que sean correlativos de deberes no expresamente reconocidos jurídicamente. Podemos afirmar que en estos casos el juez y los funcionarios tienen el deber de aplicar o tomar en consideración tales derechos o deberes morales que no están expresamente formulados pero que se desprenden de sus correlativos que sí están reconocidos jurídicamente.