
N O T A S

LOS DERECHOS HUMANOS COMO RAZONES MORALES JUSTIFICATORIAS

1.

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 aun en la literatura centroeuropea, la referencia a los llamados derechos morales aparece como resultado de la influencia de los autores anglosajones. En estos 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 contraponen 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 jurisprudenciales influidos por el análisis agustiniano 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 consuno 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 esta última entendida como referencia a normas que son correlatos de deberes u obligaciones morales.

2. 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*.¹

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, sí, que «en la teoría

¹ En *Actas de las 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. Posteriormente a la redacción de este trabajo, el ensayo de Laporta, con ligeras modificaciones, ha sido publicado en *Doxa* 4, Universidad de Alicante, salido de prensas a finales de 1988; dicho número contiene una serie de artículos polémicos que, claro está, no han podido ser tomados en cuenta en este escrito. En las notas que siguen se indica en segundo término la paginación correspondiente al texto publicado en *Doxa* (Con la letra «D» antepuesta).

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.»² 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, que 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?

3. 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

² CDH, 21; D 33.

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 tratara 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».³ Sin embargo, su categorización como derechos, 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.⁴ Pero también cabe advertir, como es opinión frecuente, que la ausencia de normas, con que se equipara la libertad, puede ser pensada, tanto como una eliminación de normas que establecen deberes y prohibiciones, como la instauración de 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

³ CDH, 1; D 23.

⁴ CDH, 4; D 25.

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’».⁵

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 le atribuye «debilidades heurísticas en el plano de la explicación genética y de la justificación de enunciados normativos».⁶ 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. Esto 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, la de *freedom* «sería parafraseable

⁵ CDH, 5; D 25.

⁶ CDH, 5; D 25.

en término 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.⁷ 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. Pude 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 analizados rigurosamente en términos de enunciados con modalidades deónticas clásicas. No veo que tal cosa haya sido 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 permitan lograr teorías sustantivas equivalentes. Ello no puede ser establecido *a priori* pero tampoco puede ser decretado como *a priori* imposible, como 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.⁸

⁷ CDH, 8-9; D 26-27.

⁸ Cfr. L. E. Allen & C. S. Saxon, «Analysis of the logical structure of legal rules by a modernized and formalized version of Hohfeld's Fundamental Legal Conceptions», en A. A. Martino & F. Socci Natali, *Automated Analysis of legal texts*, North-Holland, Amsterdam, 1986, págs. 385 y sigs.

4. 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 Lindahl, de Kanger y de otros también son mucho más finos que los tradicionales, justamente en razón de echar mano, me permito recordar, de lógicas más interesantes y desarrolladas que las sucintas 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.⁹ 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 Laporte, «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.¹⁰ 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*).¹¹ Aunque su descubridor tenga dificultades en encontrarles un *status* lógico u ontológico convincente -como resalta de que, en dos páginas nomás de su texto, las *reasons* pasan de ser hechos, a ser relaciones entre hechos, a ser relaciones entre hechos y personas, a ser construcciones lógicas en cuanto, curiosamente,

⁹ CDH, 9; D 27.

¹⁰ CDH, 10; D 27-28.

¹¹ J. Raz, *Practical reason and norms*, Hutchinson, Londres, 1975, págs. 18-19.

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»-.¹² 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».¹³ 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»,¹⁴ las razones, aunque no reductibles 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 configurarían, 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...»,¹⁵ 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»,¹⁶ si nos atenemos a un primer atisbo que se nos ofrece, y, en cuanto tales, integrantes de sistemas normativos complejos como los jurídicos. Éstos, como es notorio, contienen muchas más cosas que puras «normas clásicas» -sea ello lo que fuere-, como ser definiciones, descripciones de estados de hecho, juicios de valor y todo lo que deseemos encontrar allí. Contendrían, pues, razones justificatorias.

Pero, ¿en qué difieren estas razones, integrantes del sistema jurídico de normas *sui generis*, de las normas clásicas? Tanto ellas como las normas clásicas «pertenecen al mundo del razonamiento

¹² J. Raz, *op. cit.*, pág. 19 nota.

¹³ CDH, 13. D 29.

¹⁴ CDH, 14; D 29-30.

¹⁵ J. Raz, *op. cit.* págs. 19-20.

¹⁶ CDH, 9; D 27.

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».¹⁷ 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, aun 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;¹⁸ 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 pueden posiblemente ser parte en razonamientos lógicos deductivos. ¿Acaso existe alguna prohibición sintáctica para que no puedan ser tenidas por premisas en una deducción? ¿Se conoce tal 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 laportistas 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:

¹⁷ CDH, 13; D 29.

¹⁸ Cfr. R. J. Vernengo, «Derecho y lógica: un balance provisorio, *Anuario de Filosofía del Derecho*, Madrid, 1987.

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.»¹⁹

5. 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».²⁰ «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».²¹

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».²² 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, aun 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:

¹⁹ CDH, 14; D 29-30.

²⁰ CDH, 13-14; D 29-30.

²¹ CDH, 14; D 29-30.

²² CDH. 15: D 30.

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 nítidamente, en el neokantismo kelseniano, sino 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 adscripta 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».²³ 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 sólo propiedades lógicas-, y las explicaciones trascendentes, donde la invocación de valores es altamente característica. Las propuestas contemporáneas de pensar los derechos humanos como derechos morales conllevan 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.

6. Un derecho consistiría en la atribución a seres humanos individuales (esto es, a los miembros de la clase de los seres humanos)

²³ CDH, 16; D 30-31.

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 trata 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».²⁴

Esta compleja noción merece varios comentarios. Por de pronto, me parece que la «adscripción» 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 que derecho (objetivo) que, por de pronto, cuente con 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 adscripción, 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 adscripción 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.

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

²⁴ CDH, 22; D 33-34.

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, o por razones antecedentes, 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 (subjetivos) derivados y derechos (subjetivos) nucleares (como gusta de llamarlos Laporta), pues se trata, notoriamente de una distinción que oculta una 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 susceptibles de ser obtenidos deductivamente» de los pretendidos derechos-nucleares». ²⁵

7. 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

²⁵ CDH, 17; D 31.

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 (subjctivos) 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 (subjctivos) 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 subjctivo no es hablar de algo previamente existente que, luego, el derecho objetivo provee de protección normativa, sino que el derecho subjctivo se constituye como tal al darse esa 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 (subjctivos) 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.²⁶ 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 subjctivo 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

²⁶ CDH, 18; 31-32.

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 interés, 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.²⁷

Importa tanto que los derechos humanos sean eminentemente derechos (subjettivos) 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 subjettivos, 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 subjettivos 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 la moral judeocristiana, 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.

8. 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

²⁷ CDH, 12; D 28.

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 mismo Laporta reconoce no ser «un simple predicado lógico-formal»,²⁸ 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»);²⁹ 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).³⁰ 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...».³¹ Pero ello no parece exacto, aun 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

²⁸ CDH, 19; D 32.

²⁹ CDH, 19; D 28.

³⁰ CDH, 19; D 28.

³¹ CDH, 20; D 33.

humano individual es sujeto de derecho en algún sistema de derecho positivo, sistemas éstos coordinados por normas internacionales. O, quizás, baste mantener la noción más sobria de que cuando hablamos 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».³² 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.

9. 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 obligación sino también confiere un derecho. Sin embargo, no parece, analíticamente, un sinsentido hablar de promesas que no comprometen al prominente. Pero la cosa no es tan clara con

³² CDH, 20; D 33.

respecto al supuesto derecho del beneficiarlo, que más bien parece un desiderátum 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».³³ ¿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 derecho 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»,³⁴ 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

³³ CDH, 21; D 33.

³⁴ CDH, 23; D 34.

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 explicativas y justificatorias.

10. Laporta apunta correctamente no sólo a la «gran abstracción» que, en cualquier repertorio de derechos humanos que se quiera 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.³⁵ 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 positivas. 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»,³⁶ 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 criterios clasificatorios y descriptivos propios de la teoría jurídica, cuando justamente se propone a la moral (o a 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

³⁵ CDH, 24-25; D falta.

³⁶ CDH, 27; D 36.

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.³⁷ 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».³⁸ 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».³⁹

11. 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

³⁷ CDH, 30; D 37.

³⁸ CDH, 32; D 38.

³⁹ CDH, 32; D 38.

positivo. Repitiendo las frases tradicionales, 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»,⁴⁰ 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 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».⁴¹

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.»⁴² 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»,⁴³ 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

⁴⁰ CDH, 33; D 39.

⁴¹ CDH, 34; D 39.

⁴² CDH, 35; D 39-40.

⁴³ CDH, 38; D 41.

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 renuncia, justificadísima, de Laporta a asentar 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». ⁴⁴ 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.

12. 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.

⁴⁴ CDH, 38; D 41.

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 arribe, como siempre, a insolubles 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.⁴⁵

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.

Los 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».⁴⁶ Serían, pues, retomado 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».⁴⁷ Como se trata de una idea introducida para satisfacer una exigencia metafísica que no se expresa nítidamente, irremediamente 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

⁴⁵ CDH, 40; D 42.

⁴⁶ CDH, 41; D 42-43.

⁴⁷ CDH, 42; D 43.

propios derechos o está inmunizado normativamente frente a sí mismo».⁴⁸ Mas, 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, pues, 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, como vimos, que los derechos humanos, «en tanto y en cuanto son inalienables», se le adjudican al titular inclusive contra su voluntad. Se trataría, inconsistentemente, 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, si son «las condiciones de posibilidad del mundo moral»⁴⁹ (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 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.

⁴⁸ CDH, 42; D 43.

⁴⁹ CDH, 44; D 44.

No ha de 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,⁵⁰ 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.

⁵⁰ CDH, 32; D 38.