



UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO
PROGRAMA DE MAESTRÍA Y DOCTORADO EN FILOSOFÍA
FACULTAD DE FILOSOFÍA Y LETRAS
INSTITUTO DE INVESTIGACIONES FILOSÓFICAS

DERECHOS Y CONSECUENCIALISMO MORAL

TESIS QUE PARA OPTAR POR EL GRADO DE
DOCTORADO EN FILOSOFÍA

PRESENTA:
DIANA BEATRIZ GONZÁLEZ CARVALLO

TUTOR
JUAN ANTONIO CRUZ PARCERO
INSTITUTO DE INVESTIGACIONES FILOSÓFICAS

MIEMBROS DEL COMITÉ TUTOR
AMALIA AMAYA NAVARRO
INSTITUTO DE INVESTIGACIONES FILOSÓFICAS

PAU LUQUE SÁNCHEZ
INSTITUTO DE INVESTIGACIONES FILOSÓFICAS

CIUDAD DE MÉXICO, ENERO DE 2019



Universidad Nacional
Autónoma de México



UNAM – Dirección General de Bibliotecas
Tesis Digitales
Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS ©
PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

Todo el material contenido en esta tesis esta protegido por la Ley Federal del Derecho de Autor (LFDA) de los Estados Unidos Mexicanos (México).

El uso de imágenes, fragmentos de videos, y demás material que sea objeto de protección de los derechos de autor, será exclusivamente para fines educativos e informativos y deberá citar la fuente donde la obtuvo mencionando el autor o autores. Cualquier uso distinto como el lucro, reproducción, edición o modificación, será perseguido y sancionado por el respectivo titular de los Derechos de Autor.

Introducción.....	7
Capítulo 1. La pertinencia de la noción de derechos morales: estructura y fundamentación	13
1. Hohfeld y el concepto de derecho: ambigüedad y factorización.....	14
1.1 Las relaciones normativas que integran al término “derecho”	15
1.2 Críticas a la propuesta hohfeldiana de relaciones	21
2. La tesis de la correlatividad.....	24
2.1 La relación entre derechos y pretensiones	28
2.2 Entre pretensiones y ruegos	30
3.1 Los argumentos en favor de la noción de derecho moral.....	38
3.2 La autonomía de los derechos morales	40
3.3 Derechos morales y legislación	42
3.4 La tesis del empobrecimiento moral	45
4. Contra los derechos morales	48
4.1 La idea de derechos morales es autocontradictoria e innecesaria: la tesis de la falta de fundamento moral	50
4.2 Los derechos morales son derechos convencionales.....	54
4.3 Los derechos morales se derivan y son reducibles a la noción de deber moral	57
4.4 Más que “derechos” la categoría normativa importante para la moral es la de “necesidad”	59
4.5 El lenguaje de los derechos exalta el individualismo, es confrontacional y diluye comunidades.	62
Capítulo 2. Las teorías de la elección: el problema de la fundamentación de los derechos morales	65
1. Las funciones de los derechos: las teorías de la elección	66
1.1 Las teorías de la elección: aspectos generales.....	67
1.2 La distinción entre derechos público y privado	75
2. Los derechos como fundamento de una teoría de la justicia	79
2.1 La tesis de la coposibilidad de Steiner	81
2.2 Críticas a la propuesta de Steiner: no hay manera de defender un sentido de coposibilidad que no sea extremadamente limitado	86
2.3 Teoría de la elección en de un modelo consecuencialista: la versión de L.W. Sumner	89
2.4 Crítica a al modelo de Sumner: es una teoría constrictiva que solo precisa cómo opera el mundo normativo por fuera del parámetro protector de los derechos	95
2.5 Virtudes de la teoría de la elección	96
3. Críticas a la teoría de la elección.....	98
3.1 Crítica a los sujetos: las teorías de la elección restringen ilegítimamente los candidatos a titular de derecho.....	98
3.2 Crítica de los objetos: la elección y la autodeterminación son aspectos morales centrales, pero no son los únicos dignos de protección por parte de los derechos.....	100
3.3 Crítica a la trivialidad de lo tutelado: la teoría de la elección está dispuesta a proteger absolutamente objetos de agencia triviales y a ser indiferente frente a eventos que atentan contra la dignidad individual	101
3.4 Crítica a la idea del “litigante medio”: las teorías de la elección son inadecuadas para contextos constitucionales complejos	102

Capítulo 3. Las teorías del interés: el problema de la fundamentación de los derechos morales..... 104

1.	Las teorías del interés sobre las funciones de los derechos: las tesis clásicas	105
1.2	La relación indirecta entre las obligaciones y el beneficio: la propuesta de John Stuart Mill	109
1.3	Críticas a la teoría tradicional del beneficio y del interés	112
1.4	Objeciones a la idea de deber beneficioso	114
2.	Las teorías contemporáneas del interés	115
2.1	Generalidades	116
2.2	Sujetos de derechos.....	120
2.3	Tipos de derechos	123
2.4	El vínculo de correlatividad entre posiciones normativas.....	127
3.	Presupuestos evaluativos de la teoría del interés acerca de los derechos morales.....	129
3.1	La instrumentalidad de los derechos	134
3.2	Los derechos y el estatus moral: la tesis de la dignidad como fundamento de los derechos morales 135	
3.3	Las tesis de la instrumentalidad de los derechos.....	139
3.4	Teorías del interés sobre los derechos y utilitarismo de regla.....	141
3.5	Críticas al utilitarismo de regla. Sección preliminar	143
3.6	Instrumentalismo no utilitarista de los derechos: la hipótesis consecuencialista	144
4.	Críticas a la teoría del interés: fundamento moral y consecuencias	147
4.1	La teoría del interés ofrece más de lo que puede cumplir	147
4.2	La autonomía, como objeto de tutela de los derechos, es el primer valor lesionado con estas posturas bienestaristas	148
4.3	La noción de interés es ambigua y no coincide con la de objeto de derecho	149
4.4	El cumplimiento de los deberes no beneficia necesariamente a los titulares del derecho. Hay, por eso, derechos que no están en el ámbito de los intereses de su titular	150
4.5	La teoría del interés no puede explicar los derechos propios de cargos que no benefician a quienes los ejercen.....	151
4.6	Las versiones de utilitarismo de acto, de regla y consecuencialistas del interés respecto de los derechos heredan todos los reproches contra la tesis consecuencialista de la moralidad en general	152
5.	Conclusiones	153

Capítulo 4. Un entorno evaluativo para los derechos morales 158

1.	Evaluaciones morales en contextos de tesis constrictivas	159
2.	Derechos y condiciones de posibilidad	165
2.1	La maximización del bienestar como objeto de la ética.....	166
3	Una propuesta cuestionable, pero no del todo incorrecta: una evaluación para muchos valores	171
3.1	Las nociones de preferencia personal y la posibilidad de comparación.....	172
3.2	Criterios subjetivos y objetivos de bienestar.....	176
3.3	Los valores del bienestar.....	180
4	Los derechos y su entorno evaluativo	186
4.1	Derechos y costos	186
4.2	La propuesta de dos niveles	192

4.3	Ventajas y objeciones de las propuestas de dos niveles para evaluar derechos morales	197
5	Derechos y evaluación: algunas conclusiones	200
5. Hallazgos	205
Bibliografía	226

Agradecimientos

La finalización de este proceso doctoral es resultado de un esfuerzo colectivo. Por eso, quiero manifestar mi gratitud con las personas e instituciones que hicieron esto posible y que me acompañaron durante estos años.

En primer lugar, quisiera manifestar mi gratitud con las instituciones que permitieron y facilitaron la realización de esta tesis: La UNAM, especialmente el programa de posgrado en filosofía; el Conacyt, entidad que financió este trabajo; y el Programa UNAM-DEGAPA-PAPIIT IG400216, Derechos sociales y Justicia Social, en el marco del cual fue realizada esta tesis.

Quiero también agradecer a mi director de tesis, Juan Antonio Cruz Parceró, cuya paciencia y generosidad han sido una constante durante estos años. Juan ha sido no solamente juicioso en su lectura y en sus comentarios a mis trabajos, sino un ejemplo de inteligencia y dedicación académica y personal compartida sin reservas con sus estudiantes. Mi gratitud hacia él desborda mis capacidades expresivas.

También quiero manifestar mi gratitud con mi comité tutor. De Amalia Amaya Navarro he recibido no solo comentarios a este trabajo, sino, sobre todo, el gusto de asistir a sus cursos y seminarios en los cuales me fue posible disfrutar de su agudeza intelectual y de su disposición a dialogar con sus alumnos. Los comentarios siempre pertinentes y atinados a esta tesis de Pau Luque Sánchez me permitieron pensar y replantear problemas que ameritaban una revisión más cuidadosa y profunda.

Rodolfo Vázquez Cardozo y Fernando Rudy Hiller aceptaron integrar el sínodo de esta tesis. Les agradezco su disposición y apertura para leer y comentar este trabajo en sus etapas finales.

Durante un año hice una estancia de investigación en la cual disfruté de un ambiente académico dinámico y enriquecedor. Quisiera agradecer a Thomas Scanlon quien además de ser mi asesor durante la estancia, discutió conmigo varios apartados de esta tesis y me integró en las diversas actividades académicas que presidía. Igualmente, quiero expresar mi gratitud con David Lyons quien invariablemente estuvo dispuesto a recibirme, conversar y ayudarme a aclarar algunas dudas que me hacían difícil avanzar en la tesis.

Mis amigos y compañeros de trabajo en el CECSCJN leyeron y comentaron algunos capítulos de este escrito, en el contexto del seminario interno del Centro en el que aprendí tanto. Roberto Lara Chagoyán me permitió terminar esta tesis en un ambiente estimulante académicamente y entrañable en términos personales. Alejandra Martínez Verástegui, Grizel Robles Cárdenas, Areli León Pérez, Camilo Saavedra Herrera, Javier Yankelevich Winocur y, por supuesto, Roberto, escucharon con paciencia y discutieron con razón varias de las ideas defendidas en este texto. Su apoyo y cariño fueron en buena medida lo que me permitió seguir y terminar este proceso.

Mis amigos, de lejos y de cerca, han estado conmigo durante estos años y yo los quiero de manera inconstante, pero irrefutable. Ethel Castellanos Morales, Diego Pinilla Rodríguez, Carolina Olarte Olarte, Alexandra Sandoval Mantilla, Javier Tovar Maldonado, Andrea Núñez Uribe y Óscar Parra Vera me hacen falta siempre.

Francy Sará Espinosa, Luisa Rodríguez Cortés, Nubia Lindo Rojas, Yanet Ortiz Parrado, Paola Bonavitta, Andrea Lozano Vásquez, Alejandro Gómez Jaramillo y Juan Carlos Upegui Mejía han sido red de contención, cómplices y hogar durante estos años. Todas migramos y lo seguimos haciendo; a veces no sabemos muy bien hacia dónde, pero juntas.

Miguel García Godínez leyó esta tesis, sin quejarse, por entregas semanales y cuando ya estaba terminada. De las conversaciones con Miguel siempre aprendo algo y ha sido un gusto trabajar en proyectos conjuntos.

Finalmente, quisiera agradecer el cariño, la generosidad, la paciencia y la empatía de mi familia, especialmente, durante estos años. Beatriz Carvallo Suárez, Nohemí Suárez de Carvallo y Mónica Angulo Carvallo me han querido y acompañado sin atenuantes. Las mujeres que son y en las que se convierten todos los días me han hecho, voluntariamente o no, una feminista en proceso de construcción.

Antonio Espinal Betanzo y yo tenemos una casa que está en varias partes. Para ir de un cuarto a otro hay que llevar maletas, viajar, estar dispuesto a mudarse y mudarse. Yo le agradezco su desplazamiento constante, su permanencia y, más que nada, la complicidad y la alegría en esta vida que nos inventamos.

Introducción

En “*Delirio*”, la novela de Laura Restrepo, Agustina alega que “el infierno debe ser un lugar donde te encierran con tus consecuencias y te obligan a lidiar con ellas”. Pero, ¿qué implica para “cosas” como los derechos morales que los “obliguen a lidiar con sus consecuencias”? Infiernos aparte, los derechos han sido aislados por diversas teorías de los efectos de su reconocimiento y protección. La inquietud general que puso en movimiento esta tesis es, pues, la plausibilidad de “encerrar” a derechos y consecuencias en un mismo marco moral e intentar lidiar con los efectos que esto tiene para una propuesta ética.

El objetivo de esta tesis es defender la idea de que los derechos morales son posiciones normativas centrales en teorías morales admisibles. Argumento en favor del uso de la noción de “derecho” en ámbitos diferentes al del derecho institucionalizado estatal, al igual que de la necesidad de entender esta categoría moral en términos instrumentales.

Las ideas centrales que defiendo en este trabajo son que los derechos son entidades normativas importantes en el contexto de las teorías morales. Que son especialmente importantes cuando se trata de teorías morales que toman en cuenta tanto la necesidad de amparar de manera reforzada ciertos principios y valores, como las consecuencias de ese reconocimiento. Y, finalmente, que cierta teoría instrumental del interés es la alternativa más adecuada para dar cuenta de la fundamentación de esos derechos en el contexto de propuestas, en términos amplios, consecuencialistas.

Las conclusiones generales a las que llego son que los derechos pueden entenderse en términos de relaciones hohfeldianas cuyo objeto son intereses protegidos y que el titular de un derecho es el beneficiario de ciertas ventajas o el sujeto cuyo bienestar justifica la imposición de deberes. Muchos derechos morales, incorporados o no en regímenes jurídicos específicos, protegen intereses vinculados tanto con la integridad, como con el bienestar de sus portadores. Debido a la importancia de los valores que tutelan, se trata de posiciones normativas que muchas veces están fuera de la esfera de disposición de sus titulares. Los derechos están, entonces, compuestos por posiciones hohfeldianas y sus titulares lo son en virtud de que algunos intereses serán eventualmente protegidos por deberes de otros. Tener un derecho significa, en consecuencia, estar

legitimado por algún modelo normativo para demandar en primera persona o por medio de un tercero la realización de una acción en sentido amplio.

La tesis de que la mejor manera de entender los derechos morales es como tutelas intermedias de intereses importantes está atravesada por varias tensiones. En primer término, el lenguaje de los derechos y la especificación de sus propósitos y objetos parecen más propios de los modelos deontológicos acerca de la moral que de posturas éticas consecuencialistas. La idea general del deontologismo es que en tanto lo protegido por estas posiciones normativas tiene valor intrínseco universal, y de ese valor participan lo que ampara y lo amparado, los derechos resguardan de manera casi absoluta esos intereses de la tentación de negociarlos por beneficios menos valiosos, pero más populares. Pero, a la vez, es difícil cualificar esos intereses cuya importancia no es relativa a la vida que llevan los agentes, al igual que precisar de qué manera podrían solucionarse los conflictos entre los derechos que los amparan y reconocer el peso específico de las consecuencias de ese tipo de tutela sobre el bienestar de los sujetos.

En suma, parece que los derechos, en específico los morales, son barreras de protección de objetos especialmente valiosos para todas las personas y por eso deben tener un estatus no negociable frente a otros bienes morales de menor importancia. Pero, por otro lado, es difícil sostener que una teoría moral de este tipo pueda desentenderse de los efectos de ese reconocimiento sobre otros bienes y de la manera más adecuada de enfrentar choques entre esos derechos y entre estos y otros intereses que en el caso concreto pueden ser más valiosos.

Ahora bien, la teoría que tradicionalmente se toma en serio el valor de las consecuencias en el juicio moral se caracteriza, también, por asignarle a los derechos un lugar marginal y una posición débil. Me refiero al utilitarismo y a sus múltiples variantes, que ponen en el centro de la evaluación práctica a los estados de cosas y al bienestar que producen las acciones, decisiones, etc. Pero, al hacerlo, pasan por alto las diferencias entre valores, algunos de los cuales no maximizan en términos de utilidad la distribución de sus resultados y la importancia de la integridad y los planes personales.

Esta tensión entre respeto de la integridad personal e importancia de los efectos en la evaluación moral está presente en el debate sobre los derechos morales y, aún después de haber terminado esta tesis, no estoy convencida de que la tensión se pueda disolver. Me

explico, si los derechos son, entre otras cosas, posiciones normativas que tutelan ciertos intereses valiosos para los individuos, y quizás también para las comunidades, y que permiten exigir de manera válida que alguien haga o se abstenga de hacer algo, la determinación de cuáles son esos valores y cuál su alcance como objeto de una pretensión de derecho no es pacífica y dudo que alguna vez llegue a serlo.

A eso se suma la cuestión de si la definición de los móviles y la realización de acciones orientadas a procurar esos intereses especiales deben llegar hasta la formulación de imperativos de acción o atender a los efectos de esas acciones para determinar la bondad de las mismas. Aunque es tentador suscribirse a una de las dos posiciones, enfrentar las objeciones que puedan presentarse y resaltar lo inadmisibles e incorregibles que son los efectos que se derivan de seguir la teoría rival, la tensión sigue presente y la afiliación a uno de los bandos no la supera, ni la diluye.

Como alguien que adoptó durante un buen tiempo esta posición y asumió que el deontologismo era la única propuesta ética que permitía reconocer y justificar los intereses más valiosos de los sujetos, autonomía e integridad, y sus medios de tutela naturales, los derechos, veo ahora en qué sentido estaba equivocada. En primer lugar, no entendía ni le prestaba mucha atención al hecho de que los derechos son medios que postulan la pretensión de protección de determinados valores, intereses, etc., que tienen estatus privilegiado en una teoría. Es decir, confundía el mecanismo de protección con lo protegido y con eso perdía de vista tanto la función misma de los derechos, como las posiciones normativas en las que se pueden descomponer. Esto se derivó, al menos en parte, de una tendencia a aislar la reflexión sobre los derechos de sus vínculos con otras discusiones prácticas importantes y con problemas filosóficos difícilmente planteables solo en términos de deberes derivados de imperativos de acción.

Las fallas en el planteamiento y la relación de los derechos morales con las teorías éticas que los postulan, en los contextos en los que operan como variables, me llevó a defender la idea de que la respuesta a esta cuestión era fácil y que consistía, básicamente y como ya lo señalé, en escoger la teoría más adecuada para justificar derechos que, además y tal vez por eso, era la mejor oferta disponible en el mercado de las propuestas morales. Pero, paradójicamente, al intentar fortalecer mis argumentos a través del estudio de la teoría rival y sus debilidades me encontré con una doctrina que, de hecho, reunía bajo la

etiqueta “consecuencialismo” muchas posturas diferentes y persuasivas cuyas preguntas y tesis era imposible ignorar. Ante la inminencia de esta tensión, reorienté la investigación hacia la posibilidad de integrar las fortalezas de ambas doctrinas y las exigencias que le hacen a la conducta para aprobarla como buena, correcta, valiosa o cualquier otro calificativo que la doctrina en particular predique con base en su evaluación.

Estoy convencida, al menos hasta ahora, de que ninguna de las armonías valorativas que prometen ciertos deontologismos y consecuencialismos es viable ni en la teoría ni en su traducción a situaciones concretas. La definición de lo bueno o lo correcto no se deriva pacíficamente de un acuerdo hipotético racional que personas virtuosas sabrán traducir en su vida cotidiana. Por el contrario, la posibilidad de señalar inequívocamente qué es valioso y qué no y, en ese sentido, qué puede reivindicarse legítimamente como objeto de protección mediante un derecho es también materia de conflicto.

Por eso, intentar integrar un modelo híbrido entre deontologismo y consecuencialismo no tiene como fin eliminar tensiones y disputas sobre la determinación de objetos de valor, sino presentar aristas ignoradas en los planteamientos canónicos del problema y alternativas de evaluación del tipo de cosas que son los derechos en contextos éticos en los que no son lo más importante, pero tampoco triviales para la valoración.

Este intento de integración incentiva nuevas preguntas, que en una situación de tensión permanente, se orientan no a su disolución sino a la posibilidad de formularlas en términos de un solo marco moral. Algunas de estas preguntas son las siguientes: ¿hay lugar para la consideración de consecuencias en teorías morales que le den un peso normativo importante a los derechos?, ¿de qué manera es posible integrar las evaluaciones de bienestar a propuestas morales que consideran a la autonomía y la libertad intereses medulares para la determinación de la acción correcta?, ¿son los modelos de evaluación propios de las propuestas éticas utilitaristas incompatibles con las que toman en consideración derechos morales?, ¿es posible defender en términos conceptuales y de fundamentación la categoría “derecho moral instrumental” en el marco de teorías en términos amplios consecuencialistas?

Las respuestas a estas preguntas son diversas y hay varias estrategias disponibles para enfrentarlas. Una manera de hacerlo, por la que opto en este trabajo, es empezar por

el cuestionamiento de la categoría “derecho moral”. El capítulo primero está dedicado a estas cuestiones, instrumentaliza la noción de posiciones normativas y pares correlativos propuesta por W. N. Hohfeld para trazar conceptualmente la idea de “derecho moral”, los elementos que la integran y las relaciones entre estos. También revisa por qué y de qué manera es admisible traducir una definición de derechos que fue pensada para el derecho civil en un contexto estatal a una categoría ética.

Después de establecido el concepto de derecho moral operativo en la tesis, son abordados los desafíos que se derivan no ya de la precisión del concepto, sino de su pertinencia para una propuesta moral. Luego de revisar las principales objeciones sustantivas que desde diferentes frentes son planteados en contra de esa noción, el capítulo llega a la conclusión de que el concepto normativo “derecho moral” no solo no es ajeno a las reflexiones práctico-filosóficas, sino que cumple una función específica e importante dentro de las teorías que no es realizable por otras categorías como “deber”, “imperativo”, “máxima”, “valor”, etc.

Una vez defendida la importancia conceptual y justificativa de los derechos morales, el capítulo segundo estudia las teorías de la elección (o de la voluntad) acerca de los derechos. Esas propuestas son exploradas en este momento de la tesis por varias razones: en primer lugar, porque son las que tradicionalmente han defendido la importancia de la categoría “derecho” para las teorías morales; en segundo lugar, por el peso y lugar que atribuyen a esta noción dentro de la evaluación; y, por último, porque han tenido y siguen teniendo una enorme presencia e importancia en los debates filosóficos y de teoría del derecho. El apartado llega a la conclusión de que, pese a las virtudes y a la vigencia de los modelos integrados bajo esa etiqueta, estos resultan insuficientes y están parcialmente equivocados en su formulación de qué son los derechos, cuáles son sus funciones y porqué es deseable que las cumplan.

A diferencia de las tesis que consideran a los derechos como valiosos en sí mismos o, de manera análoga, como tutelas de intereses inconmensurablemente más importantes que otros, las tesis instrumentalistas afirman su carácter mediático. A descifrar este aparente oxímoron está dedicado el capítulo tercero, las teorías instrumentalistas de los derechos morales. Para esto, se expone, defiende y asume una de las variantes de las teorías del interés acerca de los derechos. Después de explorar y contrastar las diversas

alternativas se decanta la noción instrumental de los derechos morales como posiciones normativas que tutelan intereses cualificados de cierta forma. Para esto hay que tomar en cuenta valores de bienestar y consecuencias, la importancia relativa de estos derechos y su potencial de conflictividad, lo que implica, a su vez, tomar en consideración propuestas etiquetadas como hostiles a los derechos: el consecuencialismo y su variante más conocida y exitosa: el utilitarismo.

Ahora bien, ¿qué tipo de propuestas morales contemplan derechos morales instrumentales y cuál es el lugar de estos derechos en esas teorías? El capítulo cuarto busca responder a esta pregunta y sugerir, además, que las propuestas éticas que integran en sus modelos esta categoría normativa son más adecuadas que las que no lo hacen. Para esto, indaga dos valores fundamentales para diversas teorías morales, la autonomía y el bienestar, sus vínculos y la manera de traducirlos en términos de intereses amparados por derechos. La conclusión de este apartado es que las tesis polares, deontologistas o consecuencialistas, de la elección o del interés, tienen limitaciones definicionales y esto les impide dar cuenta de manera adecuada de la dialéctica de estas posiciones normativas. Por el contrario, un modelo ético consecuencialista en términos amplios es el adecuado para explicar derechos morales instrumentales.

La idea, pues, de que los derechos morales son absolutos y tutelan absolutamente (o casi) intereses con un valor incomparable, son rechazadas. Por las razones diversas expuestas en este trabajo, la noción de derechos morales instrumentales es la más adecuada para dar cuenta de las diversas funciones que cumplen los derechos en una teoría moral y porqué es adecuado que eso sea así. Por último, la tesis luchó, se reconcilió y aceptó que muchas de las consideraciones y modelos evaluativos propios del consecuencialismo, en general, y del utilitarismo, en particular, no solo no son hostiles a la idea de derecho moral sino que resultan más adecuados y matizados que las herramientas tradicionales del deontologismo y las tesis de la elección sobre los derechos. Tal vez lo que pasa con el utilitarismo, en relación con los derechos y en el lenguaje corriente, es lo que ha pasado con calificativos como “maquiavélico” o “platónico”: que perduró el mantra de su toxicidad y se diluyó la reflexión sobre qué tan acertada es la acusación.

Capítulo 1. La pertinencia de la noción de derechos morales: estructura y fundamentación

Aunque el uso del término derecho en contextos diferentes del jurídico es común, algunas personas consideran que se trata de una mera licencia lingüística. En las relaciones afectivas, como es el caso de los vínculos amistosos, suelen hacerse reclamos en términos del derecho a ser oído, a ser objeto de consideración, a opinar sobre algún tema, etc. No se trata de la advertencia de que, frente al irrespeto del derecho, serán interpuestas quejas o se acudirá ante jueces para que el infractor sea sancionado. Se trata de otro tipo de requerimiento que es, para muchos, solo alegórico o aspiracional. Estos consideran que para emplear correctamente el concepto deben estar dadas ciertas condiciones institucionales que permitan hablar de demanda y cumplimiento coactivo de lo que pretende el titular del derecho. De otra manera, de nuevo, es solo una licencia poética que está muy bien como énfasis expresivo, pero no como objeto de la reflexión jurídica o moral.

En este capítulo quisiera mostrar que el uso del término derecho en el contexto moral tiene un sentido normativo fundamental, diferente del meramente aspiracional. Me gustaría desarrollar la idea, entonces, de que los derechos morales ocupan un lugar central en el contexto de teorías morales admisibles y que, para ello, no necesitan contar con un antecedente institucional o ser resultado de alguna convención social.

Para sustentar esta afirmación procedo argumentativamente de la siguiente manera: en primer lugar, doy cuenta de los diversos sentidos asociados al concepto “derecho”, en tanto algunos desacuerdos importantes relativos a la categoría “derecho moral” se derivan de los usos diferentes dados a la misma noción. Para esto me sirvo del esquema de relaciones jurídicas propuesto por W. N. Hohfeld que, aunque fue estructurado para dar cuenta, básicamente, de vínculos judiciales de derecho civil, ofrece herramientas de análisis valiosas para el estudio adelantado en este apartado. La discusión de la estructura hohfeldiana de relaciones me permite, en segundo término, presentar uno de los puntos de inflexión entre las alternativas de fundamentación de derechos morales: la entidad del

vínculo entre las ideas¹ de derecho y deber. Una vez precisadas las relaciones que integran el término “derecho” me refiero, en el tercer apartado, a las propuestas sobre la importancia de este concepto en el ámbito moral. Expongo las tesis de la exclusión, según las cuales la idea de derechos morales es inadmisibles; las tesis de la inclusión absoluta, para quienes la moralidad está basada completamente en derechos morales; y algunas propuestas que están en algún lugar del espectro entre esas polaridades. Finalmente, presento las conclusiones que se siguen del capítulo y sus vínculos con el plan general y con el argumento de la tesis.

1. Hohfeld y el concepto de derecho: ambigüedad y factorización

Parte de la dificultad para precisar el término “derecho” se debe a la vaguedad del lenguaje normativo que usamos, la cual contagia a la especie derivada que es el discurso de los derechos (Hart, 2004, pp. 155-168). Por ejemplo, muchas constituciones contemporáneas incorporan derechos de los niños, entre los que se encuentran los derechos a la educación, a la alimentación, a la familia, a la salud, a la recreación, al amor, entre otros. Además de la vaguedad del lenguaje en el que son formulados los objetos de tutela, la determinación de qué clasifica como “niño”, qué significa un nivel adecuado de algo y cuáles son los deberes asociados a estos derechos, si los hay, participa de la imprecisión de los conceptos en términos de los cuales están formulados. Pero ¿es ésta la historia completa de la vaguedad del discurso de los derechos? La respuesta a esta pregunta es no o, cuando menos, no completamente.

A principios del siglo pasado el jurista estadounidense Wesley Newcomb Hohfeld señala que, al menos en parte, los conflictos entre derechos se derivan de la ambigüedad en el uso de las diferentes posiciones normativas expresadas mediante el mismo término.² Esto es, si bien el ámbito de uso del concepto de derecho es el de los lenguajes naturales, que se caracterizan por su vaguedad, es posible disminuir esa vaguedad y factorizar los derechos en términos de las relaciones que engloban. Propone, para eso, un estudio de las

¹ Aunque, ciertamente, hay diferencias entre las nociones de “concepto”, “idea”, “término” y “noción”, en el texto las uso de manera equivalente.

² Hohfeld no se refiere a los problemas de vaguedad y ambigüedad de los lenguajes naturales en general, ni de los derechos en particular. Pero, creo, su preocupación puede ser formulada en estos términos sin violentar el objetivo de su estudio.

ideas correlativas en las cuales es posible fraccionarlo, a saber: pretensión, deber, libertad, no-derecho, poder, incompetencia, inmunidad y sujeción. A continuación, presento los aspectos centrales de la propuesta de Hohfeld para después señalar cuáles son, a mi juicio, sus aportes más importantes y la forma en la cual se articulan con la noción de derechos morales defendida en este capítulo y a lo largo de la tesis.

1.1 Las relaciones normativas que integran al término “derecho”

El uso del término “derecho” comprende una gama amplia de posiciones normativas que pueden ser precisadas tanto conceptual, como gramaticalmente. Estas posiciones se relacionan con los derechos como la especie al género y son desagregadas en cada caso al analizar sus componentes. Pero, ¿cuáles son esos átomos que integran la categoría normativa derecho y cómo se relacionan entre sí?

Para Hohfeld (1913, 1917) el concepto de derecho tal y como es empleado en el razonamiento judicial es ambiguo. El desplazamiento constante de un sentido a otro puede ser, en parte, corregido a través del mapeo conceptual de las diferentes relaciones reunidas en un conjunto de concepciones fundamentales (Sumner, 1989, pp. 18-30). Aunque no es señalado de esta manera por el autor, para algunos de sus intérpretes (Cruz Parceró, 2004), (Kramer, 2000, pp. 10-16), (Waldron, 1984, pp. 6-8), (Wellman, 1985) este ejercicio de precisión conceptual del razonamiento legal aplica también en contextos no legales como el de los usos morales del término. Veamos, entonces, en qué conceptos fundamentales puede factorizarse la noción de derecho.

En términos generales, es posible identificar tres componentes en los derechos: el sujeto o titular del derecho, el objeto o sujeto en contra del cual es tenido el derecho y el contenido que especifica sobre qué es el derecho y las obligaciones asociadas (Harel, 2005, pp. 192-195). En todas las relaciones jurídicas es posible individualizar un sujeto (a quién), un objeto (cuál) y una prestación (qué) y la interacción de estos tres componentes genera ocho posiciones normativas, vinculadas mediante ciertas relaciones jurídicas (Cruft, 2004, pp. 348-352), (Dowding, 2004, pp. 152-154):

Posiciones Normativas



Gráfica 1

En la Gráfica 1, las flechas verticales de color azul indican mutua implicación o pares correlativos, esto es, posiciones normativas vinculadas por relaciones normativas. Cualquiera que sea el extremo por el cual se empieza el análisis, se puede generar el otro solo con invertir sujeto y objeto y dejar igual el contenido (Sumner, 1989, pp. 18-30). Las diagonales rojas implican mutua contradicción, es decir, posiciones que se niegan entre sí y que conservan el mismo sujeto. Las relaciones ubicadas en la izquierda de la gráfica (derecho, deber, libertad y no-derecho) son de primer orden, es decir, aplican directamente a la conducta de los agentes y a las relaciones sociales. Los conceptos ubicados a la derecha (poder, sujeción, inmunidad e incompetencia) son vínculos de segundo orden, lo que quiere decir que aplican directamente a los de primer orden y solo de manera indirecta a la conducta y a las relaciones sociales.

La afirmación de que alguien tiene un derecho puede expresar una de las siguientes ideas o una combinación de éstas (Waldron, 1984, pp. 6-8):

(a) Pretensión: ser titular de una pretensión implica estar protegido, moral o legalmente, contra la intervención de un tercero o contra la retención de determinada prestación relativa a cierta acción o a cierto estado de cosas (Kramer, 2000, pp. 10-13). Esta relación normativa le permite al titular exigir una conducta a otro sujeto, la cual puede tener como contenido prestaciones positivas o solo deberes de abstención. Entre derecho y deber hay un vínculo de correlatividad, por eso, el derecho de alguien implica que otra persona es titular de un deber y, viceversa, el deber de alguien implica la titularidad de un derecho por parte de alguien más. Estos son direccionales en la medida

en que están orientados hacia otro que, a su vez, es titular de un deber direccionado y correlativo a un determinado derecho (Kamm, 2006, pp. 240-245).³

El derecho a la libertad de asociación, por ejemplo, engloba varias relaciones hohfeldianas. En punto de las pretensiones, las personas pueden exigir que no les sea impedida mediante trabas institucionales o físicas (deberes de abstención) la constitución de grupos en torno a determinados intereses. De la misma manera, en ciertos casos, al derecho de asociación están vinculados deberes de asignación de recursos públicos para su constitución y la realización de diversos proyectos (deberes de prestación). El desconocimiento injustificado de estos deberes implica la eventual responsabilidad frente a los titulares la pretensión.

(b) Libertad (privilegio): ser titular de la libertad de elegir determinado curso de acción o de generar un estado de cosas significa, en términos de Hohfeld, no tener el deber de evitarlo. La persona contra la que es ejercida la libertad es titular de un no-derecho en relación con la acción o estado de cosas relativo a esa libertad. La libertad implica, de esa manera, la ausencia de un deber (en moral, de obligación⁴) de seguir cierto curso de acción. Si alguien es titular de una libertad, puede hacer eso que constituye su objeto lo que significa que no hay un deber de no hacerlo. Pero la mera ausencia de deber no implica titulación para hacer, solo la ausencia de un deber-de-no-hacer. Los actos y omisiones que caen en esta categoría pueden estar protegidos de diversas maneras, aunque las libertades por sí mismas no imponen restricciones a terceras personas. No hay, en conclusión, una relación de implicación o correlatividad entre libertades y deberes (Cruz Parceró, 2004, pp. 116-117).

Por ejemplo, si hay una banca desocupada en un parque público yo tengo la libertad de sentarme en ella y, en principio, ningún deber de no hacerlo. Si alguien ocupa antes el lugar en el que yo tenía previsto sentarme, yo tengo un no-derecho con respecto a

³ La noción de pretensión es fundamental para la formulación de derechos en ámbitos diferentes del legal, como el de la moralidad política. La actividad de formular una pretensión está, para algunos autores, asociada con la idea de reclamar en términos jurídicos o morales una prestación que implica, a su vez, el respeto de la persona que pretende y reclama algo como contenido de un derecho, y no solo como objeto de la piedad o mera generosidad (Smith 2004, 97-114). Más adelante vuelvo sobre las particularidades e implicaciones de los derechos entendidos como pretensiones legítimas.

⁴ En la tesis uso de manera intercambiable los términos “deber” y “obligación”. Hay diferencias importantes entre ellos, pero, para efectos de este texto, pueden ser dejadas de lado.

ella en tanto no soy titular de una pretensión legítima sobre esa banca en específico, ni quien la ocupó tenía un deber de no usarla derivado de mi intención de sentarme ahí.

En suma, si alguien tiene un deber de no hacer algo, quiere decir que no está en libertad de hacerlo en tanto la libertad significa poder decidir determinado curso de acción. Si el titular está en libertad de hacer algo, esto implica un no-derecho de los demás a desplazar esa libertad, aunque muchos otros sean titulares de la libertad de hacer eso mismo, por cuanto la titularidad de una libertad no implica que alguien tenga un deber de no interferir en sus acciones. La libertad se define, entonces, en términos del rango de acción de su titular.

En relación con el derecho a la libertad de asociación, una característica básica de éste es que las personas no tienen, en general, el deber de no congregarse en torno a sus intereses compartidos. Ahora bien, a esta ausencia de deber de no asociarse es correlativo un no-derecho de los otros de impedir que una asociación sea constituida. Es decir, no hay una pretensión correlativa que pueda contradecir el ejercicio de la libertad de reunión. No hay tampoco un deber de no intervenir, en tanto otras personas podrían tener los mismos intereses, o disputar la exclusividad del objeto y recursos sin violar por esa razón la libertad de asociación.

(c) Poder: indica la habilitación del titular para alterar el estatus jurídico (o moral) de otro en una situación determinada. Su correlativo no es un deber de acción o de abstención, sino la posición normativa del sujeto pasivo de la relación. En razón de eso, quien es sujeto activo de un poder puede expandir o reducir sus titulaciones o las de otros en tanto el poder significa habilitación para realizar cambios en las relaciones jurídicas y morales. Su correlativo, la sujeción, supone que el titular está expuesto a los cambios realizados, mediante el ejercicio del poder, de una acción, una relación normativa o un estado de cosas. La relación de contradicción es establecida con la incompetencia que supone, precisamente, ausencia de poder para modificar la situación o titulación en un contexto normativo particular.

Los poderes tienen una función dinamizadora de las reglas del sistema en el que operan, en tanto confieren a los sujetos un alto grado de autonomía en relación con las constricciones que pueden imponer (Sumner, 1989, pp. 28-29). Como arriba señalo,

libertades y pretensiones determinan lo que, en términos de Hart (2004, 125-130), son las reglas primarias del sistema que tienen que ver directamente con las acciones o abstenciones de los sujetos. En contraste, las reglas secundarias especifican los mecanismos a través de los cuales las reglas primarias pueden ser modificadas. El poder hohfeldiano es, entonces, la capacidad normativa de alterar reglas primarias o secundarias, respecto de sí mismo o de otras personas (Wenar, 2013).⁵ En suma, los poderes son habilitaciones para expandir, reducir o modificar relaciones hohfeldianas (derechos, deberes, libertades, poderes, etc.) mediante una acción o una abstención.

En términos del ejemplo presentado arriba, el ejercicio de la libertad de asociación implica la creación de competencias internas de regulación y solución de conflictos eventuales. En estos casos se otorgan facultades a determinados miembros del grupo para que, de manera individual o colegiada, creen o modifiquen pretensiones, deberes, poderes, etcétera.

(d) Inmунidades: Las inmunidades son posiciones normativas de segundo orden cuyo objeto central es evitar la alteración de determinado estatus mediante la protección de las relaciones normativas que lo conforman. Es entendida, entonces, como la salvaguarda de una situación normativa (de una relación hohfeldiana de primer o segundo orden) de los intentos de modificarla por parte de quien, en otras circunstancias, ostenta el poder para hacerlo. El par correlativo de la inmunidad es, precisamente, la incompetencia en tanto quien es titular de ella está exento de los efectos de las pretensiones asociadas al ejercicio de un poder. La posición normativa opuesta es la sujeción en tanto la inmunidad implica no estar sometido a la eventual modificación del propio estatus (Cruz Parcerо, 2004, pp. 140-141).

La titularidad de una inmunidad significa, entonces, que no es posible alterar determinada situación normativa en relación con una posición hohfeldiana, la cual protege al titular frente al intento de modificación de su estatus por parte de terceros (Rainbolt, 2006, p. 2). El par correlativo es la incompetencia, en tanto esta posición normativa conlleva la falta de titularidad o poder para modificar la posición del sujeto inmune. Su

⁵ Esta posición normativa es central en la fundamentación de los derechos defendida por las teorías de la elección, en el capítulo 2 vuelvo sobre este punto.

contradictorio en la estructura hohfeldiana es la sujeción, por cuanto su titular tiene una libertad frente al control normativo de un tercero, relativo a una determinada relación jurídica o moral (Cruz Parceró, 2004, pp. 86-87).

En términos del ejemplo presentado antes, en el ejercicio del derecho a la libertad de asociación puede determinarse que algunas conductas no serán objeto de investigación y sanción, o que solo son competentes ciertos sujetos para adelantar estos procesos. En los casos en los cuales ciertas personas son titulares de privilegios de investigación y sanción, son inmunes frente a las pretensiones de someterlos a instancias y procedimientos ordinarios. En términos generales, el ejercicio mismo del derecho a la asociación supone la incompetencia por parte de terceros, empezando por el Estado, para impedir o entorpecer este tipo de actividades (dadas ciertas circunstancias). Las actividades propias del desarrollo del objeto de la asociación y, en general, el estatus de asociado es inmune a los intentos de imposición externa de metas o procedimientos.

Resumiendo, el esquema de relaciones hohfeldianas ofrece una gramática de los derechos que permite reducir, aunque no eliminar, los casos de ambigüedad en los usos del término y algunos de los conflictos derivados de ésta. Se trata de un ejercicio de precisión conceptual de las posiciones asociadas a la categoría “derechos” y de que, como consecuencia de eso, algunos de los debates sobre las mismas desaparezcan. Según esta propuesta, la noción de derecho es factorizable en cuatro pares correlativos. Cada par está compuesto por dos posiciones que describen la misma situación (objeto), pero con sujeto invertido (Gráfica 1, flechas azules). A su vez, hay relaciones de contradicción entre pares que suponen la negación en uno de los extremos del contenido de la prestación (Gráfica 1, flechas rojas).

Las pretensiones implican el deber correlativo de otro de realizar cierto acto o de abstenerse del mismo. Las libertades implican un no-deber de no realizar cierto acto respecto de alguien más y un no-derecho correlativo de otro sujeto de intervenir en esa situación. El poder es una posición de segundo orden que permite alterar una situación normativa cuyo par correlativo es la sujeción, la cual supone estar sometido al ejercicio de un poder. La inmunidad implica la falta de habilitación para alterar de alguna manera la situación de su titular y su correlativo es la incompetencia, es decir, la ausencia de poder de modificación de determinada relación.

La estructura hohfeldiana me sirve para, además de acotar un concepto de derechos que sea aplicable al ámbito moral, focalizar uno de los puntos centrales para las diferentes propuestas de fundamentación: el vínculo entre derecho y deber. Más adelante me refiero al estatus reconocido a la pretensión hohfeldiana de derecho en el contexto de algunas propuestas morales y cómo ese reconocimiento determina en buena parte el tipo de deberes que incorpora. A continuación, presento algunas críticas que han sido planteadas contra el esquema hohfeldiano y cómo es posible responder a ellas.

1.2 Críticas a la propuesta hohfeldiana de relaciones

Contra la estructura hohfeldiana y su funcionalidad para la precisión del término “derechos” han sido formuladas críticas diversas, en lo que sigue, señalo las que considero más relevantes para fines de este capítulo y de la tesis en general.

En primer término, algunos críticos sostienen que las categorías propuestas por Hohfeld no dan cuenta de los derechos de manera consistente, por cuanto las posiciones individualmente consideradas no son suficientes para constituir un derecho (Wellman, 1985, pp. 18-26). Para que éste se configure es necesario contar con elementos que determinen su contenido, junto con las posiciones asociadas que proporcionan el control directo de una acción o de una libertad (Lyons, 1970, pp. 45-46), (Sumner, 1989, pp. 51-52). Un poder no es en sí mismo un derecho, es necesario que éste esté tenga un perímetro de pretensiones y deberes protectores que se activen cuando la parte responsable incumpla. Según esta crítica, los derechos más que posiciones son armas de confrontación de voluntades respecto de ventajas, en donde lo que está en disputa es la distribución de libertad en determinada sociedad.

En segundo lugar, es cuestionada la falta de desarrollo por parte de Hohfeld de sus propias nociones (Harel, 2005, p. 194), (Sumner, 1989, pp. 19-20), (Waldron, 1984, pp. 7-9). El autor no dice si estas posiciones pueden ser reducidas a conceptos más primitivos, sino que las trata como tales sin presentar argumentos de respaldo. Los derechos en esta propuesta son relacionales o direccionales, es decir, son debidos a alguien, habría que complementar, entonces, el modelo con una explicación de lo que significa que un deber sea debido y un derecho atribuido.

Otros sostienen que la tesis hohfeldiana según la cual solo las pretensiones son derechos es falsa (Cruft, 2006, pp. 177-181). En primer término, por la razón relativamente obvia de que no todos los derechos son pretensiones, sino que también las libertades, los poderes, las inmunidades, etc., pueden calificar como tales. En segundo lugar, porque cada una de las posiciones individualmente consideradas no califican por sí mismas como derecho. Lo que requiere una propuesta adecuada sobre derechos es la especificación de un subconjunto de posiciones que, con base en un criterio como interés o elección, califique esas posiciones.

Un conjunto adicional de críticas ataca globalmente la funcionalidad de la propuesta de relaciones normativas (Bamforth, 2001, pp. 20-23). Argumenta que la perspectiva según la cual los derechos pueden ser reducidos sin más a relaciones atómicas entre pares distorsiona la manera en la cual estos son entendidos y usados en el razonamiento práctico, en general, y en el contexto legal, en particular.

Los derechos pueden ser simples o complejos y, con base en este criterio, pueden ser organizados en escalas de complejidad relativa. Lo importante, a diferencia de lo que sostienen las tesis hohfeldianas, es conocer: (1) su aspecto instituyente, es decir, las condiciones en las cuales es otorgado a individuos en determinadas situaciones; (2) las prescripciones consecuencialistas que establecen las diferentes protecciones normativas reconocidas a los titulares; y (3) las condiciones extintivas que señalan los supuestos en los cuales los derechos son transferidos o perdidos. De muy poco sirven los átomos hohfeldianos para especificar 1, 2 y 3, que son los rasgos que efectivamente pueden individualizarse en relación con estas posiciones normativas (MacCormick, 1979, pp. 193-196).

Otro grupo de objeciones ataca la idea de correlatividad, es decir, la tesis de que siempre que hay una posición necesariamente se sigue su par correlativo. La correlatividad implica, como arriba señalo, que un derecho es tal si y solo si están especificados los deberes asociados y los titulares de los mismos. La tesis de la correlatividad estricta (Kelsen 2007, 139-143) afirma que, en su gran mayoría, los derechos subjetivos son solo el reflejo de los deberes que los generan. Por eso, la formulación de derechos y deberes como categorías independientes genera la idea equivocada de que hay dos nociones

autónomas cuando solo se trata de la misma relación considerada desde los puntos de vista del titular de la prestación y del obligado.⁶

La crítica a la idea de la correlatividad como reflejo sostiene que los derechos son previos y preeminentes al surgimiento del deber y que son los primeros los que fundamentan la imposición de nuevos deberes (MacCormick, 1979, pp. 193-196). No hay entonces una conexión conceptual necesaria entre el que haya un derecho y el que algo deba ser hecho por esa razón (Kamm, 2006, pp. 240-241). Según este reproche, los derechos tienen un carácter independiente y dinámico en tanto son fuente de obligaciones o de modificación de titulares de las mismas y no necesitan para eso tener un correlativo lógico de deber (Cruz Parceró, 2004, pp. 107-111).

Aunque estas objeciones plantean desafíos importantes considero que, al menos algunas de ellas, pueden ser respondidas satisfactoriamente. En primer lugar, y en relación con la crítica confrontacional, puede afirmarse que incurre en el error que señala, es decir, al reducir las relaciones normativas de derechos a la mera confrontación pierde potencial explicativo, en tanto deja de lado muchas relaciones jurídicas que no están planteadas en esos términos. Por ejemplo, muchas libertades no están formuladas, y no necesitan estarlo, en términos de bilateralidad. En todo caso, lo que podría pedirse al defensor de la tesis hohfeldiana es que presente de manera exhaustiva las relaciones que integran el derecho al cual se refiere, que no necesariamente especifican el objeto de un litigio o señalan el límite de la libertad de acción de alguien.

Este reproche está directamente vinculado con el de la direccionalidad y con la crítica global a la propuesta hohfeldiana. El primero apunta a la falta de desarrollo de las nociones primitivas, el segundo ataca la artificialidad de las posiciones y su déficit de potencial explicativo en términos conceptuales y de ejercicio de los derechos. Respecto de la falta de desarrollo puede ser concedido que esto es así, que falta elaboración, pero eso

⁶ Hans Kelsen, defensor de la tesis de la correlatividad estricta para ciertos derechos subjetivos, sostiene que: "(...) esta situación de hecho designada como "derecho" o pretensión jurídica de un individuo no es otra cosa que la obligación del otro, o de los otros. Si se habla, en este caso, de un derecho subjetivo, o de la pretensión jurídica de un individuo, como si ese derecho o pretensión fuera algo distinto de la obligación del otro, o de los otros, se crea la apariencia de dos situaciones jurídicamente relevantes, cuando solo se da una. Cuando un individuo está obligado a cumplir determinada prestación a favor de otro, el contenido de la obligación es la prestación que el otro ha de recibir" (Kelsen, 2007, p. 140). Las tesis de Kelsen sobre los derechos y los deberes será expuesta en el capítulo 2.

no desvirtúa la propuesta. Se trata, en todo caso, de un capítulo en curso relativo al análisis conceptual propuesto por Hohfeld, quien parte de la ambigüedad en el uso del término “derecho”, las relaciones que sintetiza y las posibles maneras de resolver algunos conflictos derivados de esta falta de precisión. En relación con la crítica global, parece extraño que sea posible negar la relevancia del uso de conceptos como pretensión, deber, poder etc., si se toma en cuenta que en los ámbitos conceptual y práctico estas nociones son, de hecho, usadas ampliamente. Igual, aunque tal vez resultan insuficientes para explicar otros términos centrales o la manera más adecuada de fundamentar derechos subjetivos, la cuestión sería analizar qué relación hay entre unas y otras y qué posibilidades hay de integrarlas en una propuesta más unificada y completa.

De todas las críticas contra la propuesta de Hohfeld quisiera detenerme en las objeciones a las tesis de la correlatividad. Considero que este es un ataque de mayor entidad y que, de prosperar, supone la necesidad de modificar en buena medida el modelo de posiciones normativas y de relaciones entre éstas. Por eso, en el siguiente apartado empiezo por presentar de manera más exhaustiva las principales interpretaciones de la idea de correlatividad, junto con los cargos en su contra. Eso me permite precisar el sentido en el cual voy a usar esta relación y la importancia que tiene para la noción de derecho moral que considero más pertinente y que será operativa en la tesis.

2. La tesis de la correlatividad

Una de las interpretaciones más comunes de la correlatividad es la que afirma su carácter de relación lógica entre posiciones normativas, es decir: (i) todos los deberes implican derechos de otras personas y (ii) todos los derechos suponen deberes por parte de otros (Feinberg, 2006, pp. 226-227).⁷ Esto quiere decir que no es lógica, ni conceptualmente posible encontrar alguna de estas posiciones normativas sin que esté también la otra o, de manera más puntual, que no se trata de un derecho o de un deber auténtico sino está acompañado de su par correlativo.

⁷ El mismo principio aplica, de igual manera, a las otras relaciones normativas: libertad-no-derecho; poder-sujeción; e inmunidad-incompetencia.

La formulación de los derechos como reflejo de deberes planteada por Hans Kelsen pertenece, como ya señalé, a esta categoría: es la misma situación jurídica, pero vista desde las dos perspectivas del vínculo, la del acreedor y la del deudor. Para describir adecuadamente cómo operan estas relaciones normativas solo haría falta enumerar los deberes que establecen y, a partir de estos, generar como reflejo los derechos. Esta posibilidad de derivar derechos a partir de la singularización de deberes evidenciaría el carácter dinámico de las posiciones y relaciones normativas, a diferencia de lo que el término “posición” podría sugerir. No se trata, pues, de situaciones estáticas relacionándose, sino una gran cantidad de posiciones normativas que se vinculan entre sí y que tienen correlativos derivados.

Un sentido similar de derechos es formulado por Thomas Scanlon, según el cual, estos son definidos a partir del conjunto de deberes específicos correlativos: *los derechos son definidos por determinados deberes específicos y están justificados sobre la base de que son necesarios para proteger intereses individuales importantes* (Scanlon, 2006, pp. 68-70).⁸ No me ocupo, por ahora, de las relaciones de justificación con los intereses, que será presentada en los capítulos 2 y 3 de este trabajo; me interesa, en cambio, señalar que esta tesis apunta a la correlatividad lógica en el sentido en que derechos y deberes serían interdefinibles (Kramer, 2001, pp. 28-30). En últimas, parece coincidir con la tesis kelseniana de que los deberes son fuente de los derechos y que tienen el mismo contenido, definido desde los polos del vínculo obligacional.

Algunos filósofos defienden una tesis más restrictiva en relación con lo que implica la correlatividad lógica en términos de Hohfeld. Sostienen que, en todos los derechos, además del par correlativo sería posible individualizar el sujeto que recibe la prestación, el sujeto obligado y el contenido de la misma (Harel, 2005, pp. 193-195). Esta estructura explica por qué Hohfeld enfatiza que los derechos y los deberes son direccionales: en primer término, porque son el extremo de una relación jurídica bilateral de mutua implicación (Simmons, 2000, pp. 146-151) y, en segundo lugar, porque están necesariamente orientados a la conducta desplegada por el par correlativo, esto es, su explicación no se agota en sí mismos.

⁸ La traducción es propia. El modelo de derechos en el razonamiento moral defendido por Scanlon es desarrollado en el capítulo 4.

Esta interpretación más restrictiva de la correlatividad difiere de la que considera que los derechos podrían jugar un papel fundamental y dinamizador; afirma, en cambio, que esta idea movilizadora no se sigue de las formulaciones de Hohfeld. Tampoco se sigue la tesis kelseniana de que los derechos son más bien reflejo de obligaciones y que referirse a ellos como preeminentes en la justificación es invertir el orden de prioridad y generar la idea equivocada de que existen dos posiciones independientes. De los textos de Hohfeld, argumentan, solo podría derivarse una conexión entre posiciones en términos de correlatividad lógica deóntica, es decir, que un extremo implica lógicamente el otro, pero no más que eso.

Otra interpretación defiende el carácter conceptual de la correlatividad, esto es, el análisis cuidadoso de lo que significa ser titular de un derecho revela que este mismo acto supone imponer un deber (Kramer, 2000, pp. 25-29). Este axioma sería consistente con la doctrina hohfeldiana y su foco de justificación primaria en los derechos, en tanto reconoce la preeminencia de los derechos en términos de fundamentación, pero estipula también que hay un nexo existencial y de mutua implicación entre ambas posiciones. Es decir, la tesis de la correlatividad explicada así establece tanto la prevalencia de los derechos en términos de justificación, como la relación conceptual necesaria entre derechos y deberes.

Otra lectura de la noción de correlatividad asegura que ésta no tiene que ver con un vínculo lógico entre pares, sino de implicación moral (Feinberg, 1973, pp. 42-46). El argumento es éste: los deberes están orientados a la protección de determinados intereses, lo cual supone la infracción de, al menos, la libertad de acción de algunas personas mediante la imposición de los mismos. La atribución de deberes es, entonces, el precio que hay que pagar por la existencia de derechos. La doctrina de la correlatividad moral entre derechos y deberes afirma, así, que de la titularidad de un derecho no se sigue lógicamente la titularidad de un deber, solo significa que es moralmente deseable que esa atribución de deberes sea correlativa a la titularidad de derechos. Esta formulación está fuertemente vinculada con la fundamentación de los derechos propuesta por la teoría del interés que desarrollo en el capítulo 3.

La implicación mutua de los átomos hohfeldianos en sus diferentes versiones de correlatividad lógica, conceptual y moral tiene más opositores que defensores. Mi impresión es que, de hecho, ésta es una de las polémicas que ha dinamizado más el

discurso de los derechos. Las diversas propuestas de fundamentación de estos vínculos normativos, y de los derechos en general, tienen que referirse tanto al modelo de Hohfeld, como al papel que juega la correlatividad en sus propias teorías sino quieren desconocer la gramática de la discusión contemporánea de los derechos. A continuación, me refiero a algunas de estas críticas contra estas interpretaciones de la correlatividad.

De nuevo, la tesis fuerte de la correlatividad sostiene que entre derechos y deberes hay una relación de implicación lógica. Una de las críticas más recurrentes a esta tesis es que funciona de manera más o menos adecuada en contextos legales pero que fuera de ellos es insostenible (Feinberg 1973, 47-49; 2006, 230-240). Por ejemplo, aunque en las relaciones morales, en términos generales, están presentes los tres componentes antes mencionados (sujeto, objeto y contenido) hay una buena cantidad de deberes sin derechos correlativos y viceversa y no por eso pierde sentido hablar de ellos en este ámbito. De hecho, en diversos contextos el discurso de los derechos ha sido la bandera de lucha de movimientos diversos desde antes de que estuvieran consagrados jurídicamente o de que hubiera un deber correlativo. En el caso del derecho a la libre asociación, por ejemplo, éste estuvo durante mucho tiempo fuertemente limitado -sino es que completamente prohibido- en relación con determinados intereses y a amplias capas de la población. No obstante, el reclamo en términos de derecho a congregarse en torno a ciertos intereses tenía todo el sentido.

Una objeción relacionada con la anterior es que la idea de la correlatividad lógica no es solo inadecuada para los supuestos de uso moral y político del término derecho, sino también para el contexto legal. El argumento es éste: en los diferentes sistemas jurídicos hay una gran cantidad de provisiones legales que no tienen par correlativo pero que, no obstante, tienen estatus de derecho. En ese sentido, la exigencia de correlatividad estricta confunde el derecho con las formas de garantizarlo y, por eso mismo, pierde de vista que éste puede estar positivizado, aunque no hayan sido desarrollados los mecanismos específicos de exigibilidad (Cruz Parceró, 2007, pp. 44-45). En suma, este reproche apunta a que, si es sostenida la tesis de la correlatividad estricta, muchas propuestas morales, al igual que varios sistemas jurídicos (sino es que todos) perderían el carácter de tales por cuanto no podrían pasar el “test de la correlatividad”.

Otro ataque a esta idea afirma que hay muchos derechos que no aseguran su objeto y que, además, pueden dar lugar a más de un deber (Raz, 1988, pp. 201-210). La explicación de esto es que no hay una relación de correlatividad lógica, sino que los derechos son preeminentes y dan lugar a los deberes. El derecho de alguien no implica el deber de otro, sino que es la fuente del mismo que, si no es derrotado por consideraciones en conflicto, justifica la afirmación de que esa persona tiene un deber.

Pese a que la tesis de la correlatividad lógica entre derechos y deberes es muy cuestionable, entre otras por las razones que presento en los párrafos anteriores, eso no responde a la pregunta por el vínculo de correlatividad entre derechos y deberes, ni descarta como admisibles las lecturas justificativa y moral del vínculo. El lazo entre unos y otros existe, solo que hay que buscar alternativas de clarificación de su entidad. Una buena pista en esa dirección puede ser encontrada en la relación entre derechos y pretensiones establecida en términos del esquema hohfeldiano. A continuación, exploro la categoría “pretensión” y el tipo de vínculo de la correlación entre ésta y la noción de deber.

2.1 La relación entre derechos y pretensiones

Aunque son muchas las críticas formuladas a la tesis de la correlatividad, como arriba lo señalo, ninguna sostiene de manera categórica que no hay relación entre los conceptos de derecho y deber. Lo que defienden, más bien, es la necesidad de cualificar el vínculo y preservar con ello la idea de que a los derechos está asociada una pretensión legítima respecto de la conducta u omisión de otro.

Antes de referirme al vínculo entre derecho-pretensión y deber, quisiera presentar un ejemplo para ilustrar el punto. Irie Ambrosia Jones, en la novela *Dientes Blancos* de Zadie Smith (2002), es una adolescente inglesa de 16 años que vive en Londres y está a punto de ingresar a la universidad. Hija de una migrante jamaicana y de un inglés nativo, es la primera persona en la historia de ambas familias que puede alcanzar ese nivel académico. Irie decide que, antes de empezar su vida universitaria, quiere conocer otros lugares que le muestren cómo es el mundo más allá de las cuadras de su barrio londinense de migrantes, en particular, quiere viajar durante 2 años por Bangladesh y África. Su papá, Archie Jones, como siempre, no tiene mucho que decir al respecto. Su mamá, Clara

Bowden, se opone terminantemente a lo que ella cree que es una empresa caprichosa y peligrosa. Para eso expone, en términos generales, tres argumentos: (1) para ver negros pobres y enfermos, Irie solo tendría que ir al barrio contiguo al que vive ahora; (2) es demasiado joven para hacer ese viaje sola y sin dinero; (3) en todo caso ella, Clara, es quien detenta la autoridad y no necesita oír razones para hacer cumplir una decisión que es inapelable: Irie irá a la universidad el siguiente semestre y punto. Irie por su parte alega que: (1) la experiencia de viajar y conocer en primera persona otras culturas y problemas no es lo mismo que ver migrantes que viven en Londres que es, además, lo que ha hecho toda su vida; (2) pese a que es joven tiene la madurez requerida para viajar y conseguir dinero trabajando; (3) ella no implora una concesión graciosa a su padres, sino que exige, con base en buenas razones, que le den el permiso para realizar el viaje. Por eso un “no y punto” no es la respuesta adecuada a su demanda.

Los argumentos de Clara y de Irie que integran el bloque 1, la calidad de la experiencia, están directamente vinculados con las nociones de derechos, autointerés, interés y bienestar, que son estudiados en los capítulos 3 y 4 de esta tesis, al igual que las razones que forman el conjunto argumental 2, que tienen que ver con las condiciones que habilitan a alguien para ser titular de derechos. Por ahora quisiera focalizarme en los argumentos del tercer grupo: la relación entre pretensión y derecho.

Clara alega que la relación parental con Irie (su autoridad) hace que sus decisiones en ese ámbito sean irrevisables e irreversibles. Irie, sin negar esto, no acepta que esa sea razón suficiente para ceder en sus pretensiones. Insiste, no en estos términos, pero en unos parecidos, en que sus peticiones son legítimas y que, en tanto están vinculadas con que ella sea una persona madura, no pueden ser desechadas alegando solo su calidad de hija. Irie enfatiza que lo suyo no es un ruego, ni una apelación a la compasión de sus papás sino una exigencia bien fundamentada que, si bien puede que al final no sea aceptada, merece la atención y el respeto que ella misma como persona merece. Ahora bien, ¿tiene sentido el alegato de Irie?, ¿hay una diferencia auténtica entre pretender y rogar? A responder esta pregunta en particular, y el problema asociado de la relación entre pretensiones y derechos en general, me dedico en el siguiente apartado.

2.2 Entre pretensiones y ruegos

En la teoría de los sentimientos morales, Adam Smith afirma que una de las diferencias entre los sentimientos de justicia y de beneficencia es que a este último no va unida la idea de responsabilidad por no hacer lo que solicita un tercero (2004, 97-114). Señala que las acciones de tendencia benéfica que proceden de los motivos adecuados no requieren recompensa en tanto ellas mismas son el objeto aprobado de la gratitud o inspiran la gratitud del observador empático.⁹ Por el contrario, las acciones que tienden a ser perjudiciales, basadas en los motivos indebidos, son merecedoras de castigo. Al igual que las acciones benéficas, las acciones perjudiciales son por sí mismas el objeto adecuado de resentimiento tanto de la víctima, como del espectador empático. ¿Cuáles son las razones que justifican que en un caso, pese a la motivación y efectos adecuados, no haya lugar a recompensa y en el otro la motivación y efectos inadecuados sí impliquen la habilitación para castigar?

Smith argumenta que la beneficencia es siempre libre y ésta es la razón por la cual no puede generar resentimiento. El resentimiento surge, entonces, por acciones que tienden a hacer daño real y positivo a personas particulares; es el guardia de la justicia e impulsa a vencer los daños que sean provocados y a vengar los que ya han sido perpetrados. Hay, entonces, un vínculo directo entre las nociones de daño, justicia y búsqueda de recompensa (o venganza). Este sentimiento que responde a las acciones

⁹ Para Smith, aunque los individuos están más intensa e inmediatamente estimulados por sus propios sentimientos, están también naturalmente dispuestos a simpatizar con los sentimientos de los otros. Entiende a la simpatía como el sentimiento de comunidad con cualquier pasión, en el cual opera un cambio imaginario de situación que lleva a que nos pongamos “en los zapatos” de otro, intentar entender su situación y replicar su estado emocional. Nuestras convicciones morales acerca de lo que es correcto e incorrecto se derivan de este acto de simpatía imaginativa. El comportamiento de otras personas es evaluado a través de la comparación de su respuesta emocional a la situación, con nuestra respuesta imaginativa. La simpatía, entonces, mantiene unida a la sociedad en una malla de conexiones emocionales mutuas. El cambio imaginativo del espectador podría reproducir solo de manera imperfecta los detalles contextuales complejos y las emociones de otra persona. El hueco emocional es estrechado por el conocimiento por parte de quien sufre de la simpatía débil y refleja del espectador (lo cual asegura algún grado de objetividad en el juicio moral). Dados los problemas de parcialidad y autoengaño en este ámbito, es la aprobación y desaprobación de las acciones humanas por parte del espectador imparcial, el bien informado, pero desinteresado punto de vista del observador imaginario, el que sirve como verificación final y correctivo de nuestro comportamiento. Representa, entonces, un ideal social al cual la misma corte de la conciencia individual se esfuerza por conformarse (Smith 2004, 3-28).

perjudiciales es conocido como “justicia”. La justicia, para el autor, es la virtud cuyo respeto no es dejado a la libertad de la voluntad de las personas y cuyo desconocimiento expone al infractor a resentimiento y castigo por parte de la víctima y al reproche por parte del espectador imparcial. La violación de ésta genera un daño real a personas individuales por motivos que son naturalmente rechazados. La gravedad relativa a la realización de un daño injustificado está vinculada con la idea de que, en este caso, estamos bajo una obligación más estricta que las obligaciones propias de otras virtudes.

Según Smith, nos sentimos vinculados por los deberes de justicia de una forma particular, con una fuerza que puede ser usada por la humanidad para obligarnos a respetar sus reglas, es decir, estamos ligados mediante derechos. En el caso de los preceptos de la benevolencia operan, por el contrario, las nociones de consejo y persuasión y no cabe hablar de venganza o reproche legítimo ante su incumplimiento (precisamente porque está formulada en términos no de mandatos, sino de consejos).¹⁰ En suma, la virtud de la justicia tiene como correlativo obligaciones de acción más estrictas. Está integrada por derechos respecto de las conductas u omisiones de otros, cuyo desconocimiento activa el resentimiento y la posibilidad de venganza. Por otro lado, los preceptos de benevolencia son consejos de asistencia que no constituyen derecho por parte de quien busca recibir determinada ayuda y cuya omisión no justifica sentimientos de indignación, ni requerimientos de compensación por parte de quien no resulta beneficiado.

Pero, ¿por qué estas virtudes, aunque son relativamente similares, tienen efectos justificatorios tan diferentes? La respuesta se encuentra, en parte, en los vínculos entre las nociones de derechos y de pretensiones. Joel Feinberg es uno de los filósofos que más ha enfatizado la centralidad de esta conexión para, entre otras cuestiones, la idea de dignidad. A continuación, exploro algunas de las tesis defendidas por este autor sobre el tema.

Feinberg afirma que la noción de pretensión está, en primer término, unida a la idea de deberes por parte de otros (Feinberg, 1980, pp. 130-135), (Cruz Parcero, 2007, pp. 49-53). La importancia del verbo “pretender” está vinculada con la idea de que los

¹⁰ Smith desarrolla la idea de justicia como virtud negativa que se cumple “al hacer nada”. Esta caracterización parece inadecuada para dar cuenta de ciertas prestaciones positivas asociadas con los derechos, en primer término, las obligaciones de hacer y de dar. Más adelante vuelvo sobre este punto.

derechos son bienes valiosos¹¹ y por ello cada derecho tiene, en las circunstancias adecuadas, un derecho asociado a pretender que se tiene ese derecho. De la idea de que los derechos son bienes valiosos sobre los cuales son formuladas pretensiones se deriva el estatus especial de las transacciones morales que son realizadas con base en ellos.

Hay dos tipos de transacciones morales que, como diría Smith, pertenecen unas al ámbito de la justicia y otras al de la benevolencia. La primera tiene que ver con las acciones de deber requeridas por los derechos de otros. Éstas pueden ser demandadas, exigidas e insistidas sin que involucren un sentimiento de vergüenza por ello. Las acciones pertenecientes al ámbito de la benevolencia no pueden ser requeridas en razón de la existencia de un deber correlativo, sino pedidas en términos de la generosidad de quien puede realizarlas y su de falta de concreción no legitima el resentimiento como respuesta. Por el contrario, cuando las acciones son realizadas en cumplimiento de un deber no hay lugar a gratitud frente al cumplimiento de lo debido, pero sí de resentimiento ante su incumplimiento.¹²

Es posible, por ahora, responder parcialmente las preguntas planteadas en el caso de la familia Jones. En primer lugar, con base en lo dicho hasta ahora, tanto Clara como Irie tienen argumentos a su favor respaldados por las categorías a las que es posible adscribirlos. Mientras que Clara ve a los deseos de viajar de su hija como meras aspiraciones que no la vinculan y que pueden ser descartadas sin más, Irie ve a las cuestiones relativas a su viaje como exigencias sino de aceptación, al menos sí de estudio serio. Considera a las suyas como pretensiones legítimas que deben ser respetadas y auténticamente consideradas por sus padres. Puede decirse, preliminarmente, que mientras Clara ofrece benevolencia, Irie exige justicia.

Ahora bien, aunque el tema de la correlatividad entre derechos y deberes es medular dada la especificidad de la relación entre deberes y pretensiones, hay una cuestión más fundamental que no ha sido planteada: ¿por qué son importantes los derechos? o, en términos de Feinberg, ¿qué le falta a un mundo que no tiene derechos y por qué esta

¹¹ La idea de que los derechos son bienes valiosos es central para el desarrollo de esta tesis. La exposición del sentido en el cual es empleada se desarrolla en la parte final de este primer capítulo.

¹² Aunque la idea de pretensión de derecho es muy cercana a la de pretensiones de necesidad, no todas las necesidades ni, en términos más generales, los deseos son traducibles en pretensiones. Más adelante vuelvo sobre las relaciones entre un tipo de necesidades particularmente urgentes, los deseos asociados a ellas y las pretensiones de derecho.

ausencia es moralmente importante? (Feinberg, 2006, pp. 235-248). Para responder a esta pregunta es necesario primero clarificar por qué es importante que un derecho sea entendido en términos de pretensión.

Las pretensiones son un tipo de derechos que se orientan a reclamar la titularidad de una prestación (Feinberg, 2006, p. 237). A la pretensión está asociado el acto de reclamar, el cual tiene por objeto aquello que es pedido (acción u omisión) como propio o, bajo ciertos supuestos, de un tercero. Una gran cantidad de características y conductas asociadas con los derechos son expresadas más adecuadamente mediante el lenguaje de la reclamación o, en otros términos, de la actividad que se rige por normas. Estos reclamos asociados a las pretensiones expuestas en sistemas normativos tienen diferentes usos lingüísticos, entre ellos, solicitar algo como propio (o de un tercero), afirmar que algo es el caso (ofrecer razones para la configuración de un derecho) y tener una pretensión, es decir, afirmar su titularidad. La cuestión es, entonces, que las pretensiones ligadas a los derechos permiten desplegar varias conductas, todas ellas relativas al hecho de reclamar que algo es propio o debería ser reconocido como tal. Feinberg lo expresa en estos términos:

Ciertas cuestiones acerca de los derechos se expresan más fácilmente, sino es que exclusivamente, en el lenguaje de las pretensiones y el reclamar y son esenciales para lograr un entendimiento cabal no sólo de lo que son los derechos, sino también porque son de vital importancia. Comencemos por distinguir entre los siguientes (usos lingüísticos de la palabra *claim*): (i) reivindicar o reclamar algo... (*Making a claim to*); (ii) afirmar o alegar que... (*Claiming that*); y (iii) tener una pretensión (*having a claim*). Uno de los tipos de cosas que podemos estar haciendo cuando alegamos (*claim*) es *reivindicar o reclamar algo (making a claim to)*; es decir, “elevar una petición o instar en virtud de un supuesto derecho; exigir algo por considerar que nos corresponde” (Feinberg, 2006, pp. 237-238).

La importancia moral de los derechos se deriva, precisamente, de la actividad de reclamar que les es propia. Tener un derecho significa, entre otras cosas, estar legitimado por algún sistema normativo (moral, político, jurídico, etc.) para exigir el cumplimiento o realización de alguna prestación. En términos de Smith, es estar vinculado por una obligación más apremiante que las otras, en tanto no acude al sentimiento de beneficencia para solicitar el reconocimiento de una situación, sino que exige el objeto de la pretensión como algo que le es debido.¹³

¹³ De esto, Feinberg deriva la conclusión de que la dignidad humana y el respeto por las personas podría traducirse en el respeto de sus derechos, en tanto no podría entenderse uno sin el otro. El argumento que sustenta esta afirmación es que, si la actividad de reclamar propia de las pretensiones de derecho consiste en la capacidad de exigir ciertos objetos o conductas para sí, la dignidad humana estaría constituida por el

El sentido en el que tener una pretensión significa que es posible reclamar que algo es el caso, no significa, por sí mismo, ser titular de un derecho. El derecho se configura cuando tiene como fundamento una pretensión válida en el sentido de que puede ser justificada. Aunque esta afirmación puede parecer redundante, no lo es: para que una pretensión devenga derecho es necesario el reconocimiento de la validez de las razones que la sustentan.

En otras palabras, tener una pretensión respecto de algo o de alguien no es lo mismo que tener un derecho; es, en primer término, tener argumentos que fundamentan con cierto grado de plausibilidad la titularidad de esa posición normativa. Ese grado de plausibilidad es el que sustenta no el derecho a la prestación, sino a ser escuchado y a que los argumentos sean considerados. En consecuencia, es posible afirmar que las pretensiones pueden ser más o menos razonables, en tanto los argumentos que las sustentan lo son. Es admisible, por eso, jerarquizar exigencias cuyos diferentes grados de importancia varían según el modelo de fundamentación que les sirva de base. Por el contrario, la titularidad de un derecho no da lugar a este tipo de ordenación: o se tiene o no (Cruft, 2006, pp. 187-190), (Feinberg, 2006, pp. 237-245).

Con base en la estructura analítica de relaciones hohfeldianas a la que me he venido refiriendo, es posible afirmar que los derechos morales están estrechamente vinculados con los poderes de ejercicio (Feinberg, 1992, pp. 195-198). Los poderes son, como anoto más arriba, capacidades regladas de alterar o extinguir posiciones morales (o legales). Algunos derechos, como los de propiedad, otorgan control sobre los deberes del sujeto obligado o de terceras personas; en estos casos la manera en la que es ejercido el control es, en general, asunto de su titular. En otros casos, en cambio, los derechos están relativamente separados del poder de ejercicio en tanto que no son renunciables, es decir, no es la primera persona quien puede ejercerlos o abandonarlos a voluntad, sino que, dado el tipo de interés que protegen, pueden ser reclamados por terceros, incluyendo al Estado.

respeto de la importancia y de la fuerza de esas pretensiones. Considero que es difícil sostener que el respeto por las personas y su dignidad se agota en la capacidad de formular pretensiones de derecho. Aunque es posible alegar que ocupa un lugar importante y que integra el conjunto de relaciones que configuran la idea de respeto, esto no agota el universo de lo que es necesario para hacerlo. Parece que otros estados y actividades tendrían que estar presentes en una vida digna: la posibilidad de formulación de metas sustantivas, lazos de afecto y reconocimiento y la opción de desarrollar virtudes personales y sociales que no tienen necesariamente que ver con la idea de exigencia legítima.

En los capítulos 2 y 3 dedicados a las teorías de fundamentación de los derechos profundizo en este tema.

En el texto “sobre naturaleza y valor de los derechos” Feinberg sugiere, sin insistir mucho en el punto, que la dignidad de los seres humanos es traducible en términos de la posibilidad de formular pretensiones entendidas como exigencias relativas a derechos. Esta tesis es altamente disputada, como señalo más adelante en el apartado dedicado a las críticas a la idea de derechos morales. En todo caso, la defensa de una moralidad basada en derechos es matizada posteriormente por el autor, como explico en los párrafos siguientes.

Feinberg señala, en primer lugar, que las personas que basan sus demandas en derechos son menos propensas al servilismo en tanto defender la titularidad de un derecho moral es sostener que se está en posición moral de pretender algo en términos de los deberes de otros y de exigir a ese(os) otro(s) el cumplimiento de lo debido. Pretender, como ya mencioné, es invocar la autoridad de reglas o principios para generar razones justificadas en esos principios que vinculan en términos de deber a otros (o que buscan hacerlo). De esta manera, quien pretende busca control del deber de otros, el cual ejerce cuando efectúa la pretensión. En este sentido de ejercicio de poderes y derechos es que quien pretende está en una mejor posición que quien solo pide. Parte, entonces, del respeto por las personas tiene que ver con el respeto de sus derechos y, por eso, pensar en esos términos es ver a los individuos como realizadores de demandas morales importantes. Una comunidad a la que le falta esta idea de derechos es una comunidad moralmente empobrecida, en tanto no tiene una de las condiciones necesarias, pero no suficientes, del respeto y la dignidad de sus miembros (Feinberg, 1992, pp. 190-197).

Esto es relativamente claro si tomamos en cuenta lo que pasa en el ámbito jurídico contencioso. En algunos casos planteados ante la jurisdicción civil una parte A presenta una demanda ante un juez J, exigiendo la condena del demandado B, con base en los hechos Z.¹⁴ J puede admitir la demanda de A en tanto hay una presunción razonable de configuración de la violación de un derecho, pero esto no lo obliga a fallar en contra de B: en el curso de proceso puede quedar demostrado que, pese a la razonabilidad de las

¹⁴ Los casos que son competencia de la jurisdicción civil suelen ser mucho más complejos que el que presento acá (más partes, contrademandas, otras jurisdicciones y procesos involucrados). Mi ejemplo es solo una esquematización para ilustrar el punto.

pretensiones de A, éste no pudo probar que hubo infracción de sus derechos o B tenía razones que resultaron más poderosas que las de A y las derrotaron. En términos de Irie y su viaje, ella pretende que la autoridad que da los permisos, en este caso sus papás, reconozcan la razonabilidad de sus exigencias y que, por eso, es titular del derecho a aplazar su entrada a la universidad por un año. Hay un sentido en el cual así sus pretensiones no sean atendidas, dada la razonabilidad de las mismas, Irie es titular de un derecho que no puede ejercer.

En suma, los derechos son pretensiones válidas. La idea de validez en este contexto tiene que ver con la justificación en el sistema de normas en el cual están inscritos sea éste moral, jurídico, social o de otro tipo. Por su parte, tener una pretensión implica reivindicar un conjunto de razones que permiten argumentar a favor de la titularidad de una exigencia relativa a un derecho. Esta habilitación para exigir alguna prestación es la que da a los derechos su rasgo moral distintivo y define, en parte, el rol central que juegan en este ámbito normativo.

Ser titular de un derecho moral es, entonces, estar en posición de reclamar de manera válida la realización de determinada acción, abstención o la imposición de deberes. Esta posibilidad de demandar está, en muchos casos, acompañada por un poder de ejercicio o abandono de la pretensión o de renuncia al cumplimiento del deber asociado. Pero no pasa lo mismo con todos los derechos, en algunos de ellos la pretensión sobre el comportamiento de otro no está acompañada del poder de renuncia del deber asociado, bien porque el titular del mismo no está en capacidad para hacerlo pese a que su interés es afectado, o porque el interés protegido es tan importante que no es posible disponer de la posición normativa.

No parece posible afirmar, sin más, que los derechos tienen importancia moral y, más puntualmente, que hay algo así como derechos morales. En la siguiente sección estudio la plausibilidad de esta categoría y la importancia que tiene para los modelos de fundamentación de derechos en ámbitos legislados, como el jurídico. Lo anterior me permitirá, además, incorporar de manera operativa el tipo de vínculo hohfeldiano de correlatividad defendido en el apartado anterior entre derecho-pretensión y deber a la discusión sobre fundamentación de los derechos morales.

3. La cuestión de los derechos morales

El término “derechos” es usado en diversos contextos y con diferentes propósitos, tal y como fue expuesto por Hohfeld y desarrollado al principio del capítulo. A veces se refiere a prestaciones debidas a las personas por el solo hecho de serlo. En esta categoría estarían inscritos los derechos humanos, estén o no incorporados en términos de derechos fundamentales en las normatividades nacionales. Cuando son invocados los derechos de todas las personas a tener, por ejemplo, una alimentación nutricionalmente adecuada o a servicios sanitarios básicos, la fuente normativa de la exigencia no es necesariamente una legislación concreta, sino determinada idea de lo que significa ser persona y las condiciones básicas de la subsistencia digna. En otros casos, el uso del término incorpora las exigencias surgidas de vínculos personales donde lo que se demanda es determinada actitud y consideración. A este grupo pertenecen, por ejemplo, los requerimientos derivados de los vínculos amistosos en donde decir “tengo derecho a tal y tal porque soy su amiga”, significa que exijo ser tratada de determinada manera en razón, precisamente, del vínculo amistoso.

Sin embargo, en diversos contextos es usual entender “derecho” y “legislación” como términos equivalentes. Por eso, cuestiones como derechos humanos no legislados o derechos derivados de vínculos afectivos son vistos, cuando más, como licencias poéticas del lenguaje aspiracional. Este escepticismo no solo es común entre la gente en general, sino entre profesionales de la reflexión normativa como filósofos, juristas y politólogos quienes, además de usarla, la sustentan teóricamente. En ambos casos, tanto opositores como defensores de la importancia de la noción de derechos morales pelean en terreno de la fundamentación de valores y principios asociados a esas posiciones normativas.¹⁵ En el siguiente apartado quisiera estudiar la idea de derecho moral y las críticas que han sido dirigidas contra esta. Mi hipótesis es que esta categoría normativa no solo no es un sinsentido, sino que ocupa un lugar preponderante en los razonamientos moral y jurídico.

¹⁵ Algunas doctrinas utilitaristas, por ejemplo, señalan que los derechos solo pueden ser tomados en serio si son entendidos sobre la base de una teoría previa de la moralidad social y política. Por eso, para que el discurso de los derechos sea inteligible, la palabrería de los derechos morales debe ser abandonada. En necesario, en cambio, instrumentar una estrategia de reducción sistemática de los derechos a las leyes a través del discurso jurídico positivo y/o el utilitarismo (Bentham 1838, 2010), (Waldron, 1984).

Negar este hecho implica, en términos de Amartya Sen, una restricción ilegítima de información y, en consecuencia, la pérdida de relevancia sustantiva del juicio normativo en relación con los derechos (Sen, 1985, pp. 169-184).

3.1 Los argumentos en favor de la noción de derecho moral

La idea de que todas las personas son titulares de algunos derechos sin importar sus particularidades contextuales es muy atractiva. Parte del encanto deriva de su vínculo directo con una cuestión moral fundamental: la formulación de exigencias normativas y la creación y mantenimiento de instituciones legales y sociales cuyo objeto sea la protección y promoción de aspectos centrales del bienestar humano. A efectos de este propósito crítico, la identificación de derecho y ley, y aún de derecho y prácticas sociales, es inexacta. Parece que algo importante le falta a una propuesta moral que no incluya a estas entidades normativas en el recuento de lo que es importante al desarrollar conceptos como los “persona”, “dignidad” y “bienestar” (Scanlon, 2006, pp. 68-71), (Sen, 2004, pp. 317-319).

El principio según el cual algunos seres sensibles deben ser respetados como valiosos en sí mismos fundamenta en parte la idea de que los individuos son titulares de derechos morales,¹⁶ es decir, el respeto por los individuos es condición necesaria para la postulación de derechos morales (MacCormick, 1984, pp. 158-163). En términos generales, cualquier teoría moral que considere que ciertos intereses cualificados de los sujetos son razón suficiente para adjudicar deberes a otros reconoce la existencia de derechos morales (Raz, 1985, pp. 46-52). Estos intereses cualificados establecen, entre otras cosas, restricciones a la búsqueda indiscriminada individual y colectiva de bienestar, así como del interés público y privado. Esto es, si bien solo algunos intereses individuales actúan como fuente obligacional, los derechos que tutelan ese subconjunto de intereses protegidos sirven, a su vez, como límite a la persecución indiscriminada y maximizadora de todos los intereses.

¹⁶ Hay dos cuestiones relacionadas con esta afirmación que son importantes, cuya presentación es postergada para el tercer capítulo de esta tesis (la teoría del interés respecto de los derechos y la idea de bienes y bienestar): la titularidad de derechos por parte de seres sintientes no humanos, es decir, animales y la de entender a las personas como valiosas en sí mismas.

Los derechos tienen una fuerza normativa especial que está vinculada, pero que no es idéntica, a la idea bienestar. Esta fuerza normativa hace que las apelaciones a derechos sean hechas en términos de razones con un peso especial en el contexto argumentativo. En muchos casos, entonces, las pretensiones de derecho derrotan argumentos que apelan a incrementos de bienestar en general o a la deseabilidad de determinadas consecuencias.¹⁷ Debido al carácter especialmente importante de los intereses que protegen, las razones respaldadas por derechos parecen tener más peso que las derivadas de los meros incrementos de bienestar. Estas razones de tipo bienestarista-utilitarista, por la manera en que son presentadas, privilegian la maximización de ganancias sociales frente a las pretensiones de sujetos individuales que, por sí mismas, no optimizan algún estado de cosas.

Para aclarar el punto tal vez sea pertinente volver sobre el ejemplo de Irie Jones. La decisión de Irie de viajar a ver “negros y pobres”, como dice su mamá, no parece maximizar los niveles de bienestar de su familia. Clara Bowden no solo no incrementará su bienestar (entendido en términos de satisfacción individual), sino que lo más probable es que deje de disfrutar, en términos globales, el hecho mismo de estar viva (o que lo sufra de manera más intensa). Archie Jones, el papá de Irie, perderá un porcentaje muy importante de su bienestar –que para él se traduce en “no ser molestado”-. No es que el viaje de Irie implique, en sí mismo, una gran diferencia, solo que las quejas y lamentaciones de Clara le robarían la poca tranquilidad que tiene. La misma Irie, aunque aún no lo sabe, sufrirá la privación de las comodidades que tiene en tanto miembro de la clase media inglesa y se expondrá a los dolores físicos y morales que suponen vivir en condiciones de miseria o rodeada por ella. Si tomamos, por una parte, el posible incremento de utilidad que el viaje reportaría a Irie y le restamos la disminución de bienestar de sus padres (y de ella misma), la decisión se sigue sin mayor problema de una operación aritmética simple, que además tiene la ventaja de no tener que considerar

¹⁷ Si es cierto que los derechos morales protegen y promueven aspectos del bienestar especialmente importantes, la diferencia crucial no estaría planteada en términos de derechos *vs* bienestar, sino de tipos de bienestar más y menos relevantes. La cuestión es que, planteado así, parecería que el uso del término derecho es trivial y, en ese sentido, sobra en el recuento del panorama moral. Esta es una cuestión central que solo dejo planteada. En los capítulos tercero y cuarto me ocupo puntualmente de ella.

entidades como derechos, beneficencia y respeto que complejizan innecesariamente el proceso de toma de decisión.

Ahora bien, esta presentación del caso deja de lado precisamente los aspectos más importantes de la discusión tanto en términos de análisis de la situación, como de la argumentación de Irie, Clara y Archie en el siguiente sentido: los tres exigen, en primer lugar, respeto por sus propios intereses. Respaldan sus exigencias de respeto tanto en lo importantes que son esos intereses, como en el deber de atención por parte de los otros que implica esta importancia; en segundo lugar, invocan como justificación del mayor peso de sus pretensiones el hecho de estar pensando no solo en sí mismos, sino en el bienestar de todos los integrantes de la familia; por último, los tres invocan, cada uno a su manera, los derechos de los que son titulares en términos de la decisión de Irie. Este conjunto de preocupaciones y pretensiones desaparece en la descripción bienestarista-utilitarista del caso, hasta tal punto que parece estar contando una historia diferente a la que es presentada en la novela.

En los capítulos que siguen, estudio puntualmente los vínculos entre las ideas de autonomía, interés, bienestar y derechos. Por ahora solo quiero reiterar que el ejemplo mismo parece referirse a otra cosa cuando es presentado en términos del bienestarismo-utilitarista. Hay datos muy importantes que, debido a las restricciones informacionales impuestas por este modelo, no son tomados en consideración y, en términos del ejemplo estudiado, deberían serlo. Dejo por ahora de lado este tema de los vínculos conceptuales entre derechos, intereses y bienestar y retomo el hilo argumentativo anterior al ejemplo: los derechos morales son entidades normativas relevantes.

3.2 La autonomía de los derechos morales

Como lo señalo en el apartado anterior, mi tesis es que los derechos morales son independientes en términos justificativos de las instituciones jurídicas o sociales y de las apelaciones indiscriminadas a las mejores consecuencias. Implican, de este modo, pretensiones relativas de los deberes de otros y a los valores que subyacen a esos deberes y que fundamentan, a su vez, la afirmación de que esos deberes existen. Parece, entonces, que los derechos morales se derivan de principios y reglas morales y que funcionan en términos de variables al interior de una teoría moral (Dowding y Van Hees 2003, 288-

290), (Rainbolt, 2006). En suma, los derechos morales son posiciones normativas en el sentido hohfeldiano, moralmente defendibles con base en determinados principios o valores y portadores ellos mismos de fuerza moral (Lyons, 1994, pp. 170-174), (Raz, 1996, pp. 225-230).

La diferencia que los derechos implican respecto de la conducta de los sujetos es entendida no solo en términos de la ley, sino también de la moralidad. Esta diferencia evaluativa se traduce en umbrales argumentativos que tienen que ser superados si quiere justificarse de manera adecuada el desconocimiento o alguna transacción que termine por afectar un derecho.

De los principios morales se deriva, así, un tipo especial de razones para la acción, los derechos morales, respecto de agentes que ocupan diferentes posiciones morales y sociales. Las diferentes posiciones que los sujetos ocupan en relación con estas razones para la acción pueden ser calificadas en términos análogos a los de las relaciones jurídicas hohfeldianas: quien es titular de una pretensión puede exigir el cumplimiento de un deber o de alguna de las prestaciones correlativas a las diferentes posiciones normativas (inmunidad-incompetencia, poder-sujeción, etc.). Los derechos morales son, entonces, razones para la acción derivados de principios morales que permiten a sus titulares elevar una pretensión válida respecto de cierta conducta (o vínculo). Las diferentes posiciones normativas asociadas a las razones morales orientadas a fundamentar un derecho pueden ser entendidas, así, esquemáticamente, en términos de posiciones hohfeldianas. (Cruz Parceró, 2007, pp. 46-48), (Wellman, 1985, pp. 120-124).

En suma, los derechos morales son parte del aparato conceptual de buena parte de los juicios morales y políticos. La defensa de estos como posiciones normativas importantes apelan a principios morales con el objetivo de establecer pretensiones válidas, cuyo reconocimiento no se deriva necesariamente de instituciones sociales existentes (sean estas jurídicas, políticas, religiosas, sociales, etc.). Por esto, hay una fuente independiente a la cual apelar cuando no son mayoritariamente queridos o aprobados: la moralidad. Una forma apropiada de entender este tipo especial de razones para la acción es en términos de relaciones hohfeldianas orientadas a exigir el cumplimiento de una prestación (o abstención, según sea el caso).

Los derechos morales, en este contexto, funcionan como razones morales que permiten hacer cierto tipo de reclamos (o llevar a cabo determinada acción) de manera legítima, sin que estén necesariamente respaldados para ello en una posición jurídica institucionalizada (Cruz Parceró, 2007, p. 50).

Los derechos institucionales, por su parte, dependen del reconocimiento y ejecución social (derechos ejecutables, en términos amplios, por la ley o por la convención social). Los derechos morales, por el contrario, no dependen de este tipo de reconocimiento o vigencia, de hecho, las instituciones pueden ser criticadas con el argumento de que fallan al momento de tutelarlos. Las fuentes normativas de las cuales derivan derechos morales son ciertos intereses especialmente importantes y merecedores de protección, entre los que se encuentran el carácter de persona, aunque no de manera exclusiva.¹⁸ Esta apelación directa a los intereses que, debido a su centralidad, son protegidos por un perímetro de derechos morales, es una de las razones que permite hablar de estas relaciones normativas como fuente de crítica y motor del cambio de los derechos institucionales, sean estos jurídicos o sociales. A continuación, me refiero en detalle a los vínculos que hay entre estas dos categorías normativas para, en la sección siguiente, presentar el argumento del empobrecimiento moral o lo que le falta a una propuesta normativa que no da cuenta de la categoría de derechos morales.

3.3 Derechos morales y legislación

La discusión sobre la manera más adecuada de expresar nuestras preocupaciones morales incluye cuestiones relacionadas con los derechos morales, como: ¿qué tipo de intereses requieren una protección especial que justifique, a su vez, la imposición de deberes?, ¿cómo puede acotarse la noción de bienestar individual y qué relación tiene con el principio de autonomía?, ¿cuáles son los vínculos entre las ideas de bienestar, individual o

¹⁸ Hago esta aclaración en tanto una de las teorías de la fundamentación de los derechos morales predominante sostiene que la única fuente admisible de estos es el carácter de persona. La persona a la que se refieren no es meramente aquella con biología y rasgos humanos reconocibles (lo que quiera que eso signifique), sino la que es capaz de elegir cursos de acción. Aunque los criterios para calificar a una persona como sujeto de derechos varían de autor en autor, lo que es prácticamente unánime es el señalamiento de quiénes no clasifican como tales: todos los animales no humanos, algunos menores de edad e individuos en estado vegetativo. En los capítulos 2 y 3 desarrollo esta tesis, al igual que los reproches que pueden serle planteados.

colectivo, y las nociones de dignidad e integridad individual, si es que hay alguno?, ¿establecen los derechos límites secundarios a la acción¹⁹ o expresan intereses que pueden ser ponderados?, entre otras. En estos casos, lejos de intentar determinar qué tipo de provisiones constitucionales o legales deben ser aplicadas a un problema concreto, las preguntas apuntan a la estructura de la moralidad y a la manera en la cual articula los derechos derivados de los principios, valores e intereses que ameritan una tutela especial (Waldron, 2000, pp. 115-118).

Estas preocupaciones o intereses cuya importancia se fundamenta en términos de determinado marco moral pueden incluir, dependiendo de la demanda que incorporen, la exigencia de institucionalización en términos sociales o jurídicos. Con base en la estructura de relaciones hohfeldianas que presenté al inicio del capítulo se explica, precisamente, porqué ciertos derechos morales incorporan como exigencias la del reconocimiento legal²⁰, en tanto expresan un tipo de demanda que da cuenta de lo que es imperativo reconocer y respaldar institucionalmente. En otras palabras, cuando se afirma que determinado requerimiento moral debe ser traducido en términos legislativos, esto significa que el desarrollo jurídico institucional es parte del cumplimiento de lo exigido

¹⁹ Una manera usual de entender las restricciones que imponen los derechos es la de la constricción, según la cual, estos no determinan un orden social sino que fijan los límites dentro de los cuales las elecciones sociales deben ser hechas, al excluir ciertas alternativas y fijar otras (Nozick 1974, 7-11), (Sen 1982, 6). Los derechos morales serían protecciones independientes de las leyes, convenciones sociales o relaciones morales que establecemos, que tienen entre sus funciones la de asegurar un nivel razonable de control de cuestiones centrales del propio destino. La protección de estos ámbitos sería una de las condiciones necesarias de la definición de los derechos a la libertad negativa. Una de las tesis más comunes en apoyo de esta idea es la de la importancia moral de la separación entre personas como postura anti-utilitarista. A juicio de quienes defienden esta postura, no es admisible sacrificar a un sujeto sin límite con el objetivo de incrementar el bienestar de un tercero, ni reemplazar el bienestar de una persona por el de otra. Esta relevancia moral de la separación entre personas puede considerarse, según estas posturas, como la única formulación admisible del principio de igualdad, de manera tal que los intercambios permitidos estén limitados por el principio de igual consideración. Eso es así, por que los valores que respaldan la vinculatoriedad de los derechos parecen caer fuera del ámbito de la utilidad, sobre todo, cuando se trata del grado de control que se debe reconocer a personas adultas con capacidad de juicio, sin que medie un cálculo de beneficios. El deber de tomar como central el derecho de las personas a decidir progresivamente cómo deben vivir prima, sin que haya un catálogo de bienes intrínsecos y un tabulador de cómo deben ser tasados (Griffin 1988, 148-149).

²⁰ Feinberg propone una clasificación de los derechos morales, en tanto categorías independientes de un sistema de reglas legal o institucional, en: 1. Derecho convencional: derivado de costumbres establecidas y experiencias, reconocidas o no por la ley. 2. Derecho ideal: lo que debe ser un derecho positivo (institucional o convencional) y lo sería en un sistema legal mejor o en un código convencional. 3. Derecho de conciencia: pretensión de reconocimiento cuya validez es reclamada no necesariamente con base en reglas o convenciones ideales o reales, sino por principios de una conciencia individual ilustrada. 4. Ejercicio de un derecho: no es estrictamente un derecho, pero es denominado popularmente así. Es la justificación moral del ejercicio de un derecho, sin que ésta afecte la titularidad del mismo (Feinberg, 1973: 36-54).

por la pretensión moral (Feinberg, 2003, pp. 37-56). Este tono de urgencia y justicia es, entonces, una de las diferencias propias de las razones de derecho en comparación con otro tipo de argumentos.

Por ejemplo, en las luchas por el reconocimiento de los derechos de las parejas del mismo sexo se pueden distinguir, de manera escueta, tres frentes. El moral, en el cual la incorrección de las acciones discriminatorias es sustentada en términos de los principios y valores que deben gobernar tanto el juicio individual, como el comportamiento colectivo. El social, el cual busca que determinada comunidad respete, acepte e incluya parejas integradas por personas del mismo sexo en el contexto de sus prácticas cotidianas. En el supuesto en el que estas dos batallas hayan sido ganadas, falta un ámbito particularmente sensible en la lucha por el reconocimiento: el jurídico. Éste es un caso en el cual el reconocimiento del derecho moral, aun si alcanza consenso social, no es suficiente. Es necesario generar normas institucionales estatales (principios, leyes, precedentes, etc.) que operen con base en estos imperativos, generen una normatividad pública adecuada y sanciones jurídicas en caso de desconocimiento de esa legislación (en sentido amplio).

En todo caso, y como lo he venido defendiendo, los derechos morales son autónomos en relación con los ámbitos de desarrollo social y legislativo. Al ser posiciones derivadas directamente de principios morales, participan de su carácter directo e indicativo respecto de lo que su titular quiere, desea o prefiere. Ahora bien, este vínculo de los derechos con la primera persona no implica que sean todas pretensiones egoístas de beneficio personal, aun cuando algunos de ellos claramente tienen este carácter. Por el contrario, hay una buena cantidad de derechos morales que apuntan, desde su fundamentación, a beneficios comunitarios o a intereses en el bienestar de terceras personas. Es decir, los derechos morales se derivan directamente de principios, valores e intereses morales, lo cual no implica que buscan proteger solo intereses individuales egoístas. Muchos de esos asuntos merecen protección no solamente en razón del margen de acción individual que tutelan, sino del tipo de sociedad que ese tipo de acción, individual o colectiva, provoca.

En el caso de Irie Jones, por ejemplo, no está en discusión qué tan adecuada es la legislación sobre el parentesco y los derechos asociados a ésta, o sobre lo que hace en estos casos la mayoría de la gente. La situación es discutida en términos de los intereses de

los involucrados, de la necesidad de protegerlos y de cómo hacer esto en el contexto de lazos afectivos de familia que van a verse afectados. Apelan en su argumentación a los derechos morales en términos de pretensiones legítimas y de cómo el eventual reconocimiento o no de esas pretensiones correlativas a determinados deberes puede cambiarlos a ellos no solo como individuos, sino como familia.

En el siguiente apartado, quisiera contrastar la idea de que los derechos morales son relaciones normativas importantes en el contexto de una teoría moral adecuada, con propuestas morales que no los contemplan, ni tienen herramientas análogas en su repertorio normativo. La cuestión es, entonces, indagar qué le pasa a una propuesta moral que no reconoce derechos no institucionales y, eventualmente, a un mundo en el que éste sea el parámetro de juicio normativo.

3.4 La tesis del empobrecimiento moral

La tesis del empobrecimiento moral sostiene que a una teoría normativa o a una comunidad sin derechos les falta una de las condiciones necesarias del respeto por las personas: su capacidad de pretender algo en términos de exigencia (Feinberg, 1992, pp. 183-188). Una de las funciones de los derechos morales es posicionar a los sujetos como “formuladores” de pretensiones válidas y no solo como portadores de deberes. Por eso, un mundo en el cual solo sea posible imponer deberes sería uno en el cual no es posible realizar las demandas asociadas con los derechos (Cruz Parceró, 2007, p. 45). Esta teoría, además de reconocer la importancia sustantiva de estas relaciones normativas, permite dar cuenta y posicionar otros principios y valores moralmente relevantes y descartar con ello la tesis de que la moralidad se agota con la formulación de algunos derechos.

La propuesta tiene varias ventajas: puede explicar por qué y de qué manera son importantes determinados derechos; permite la formulación de otras posiciones valiosas con las cuales tienen diversos vínculos; proporciona un test para distinguir los casos en los cuales una parte es titular de un derecho contra otra, de aquellos en los cuales solo es beneficiaria de la realización del deber o de un acto supererogatorio por parte de un tercero. En suma, la tesis del empobrecimiento afirma que tener la posibilidad de elevar

pretensiones y reprochar la falta de cumplimiento del deber es fuente de dignidad y autorespeto directamente asociada a la titularidad de un derecho.

Los derechos morales, en tanto pretensiones, suponen que su titular está en posición de reclamar la realización de un deber. Esto no significa, como arriba señalo, que el titular tiene también el poder de traducir estas exigencias morales en reclamaciones políticas o jurídicas. Muchas veces los cursos de participación social están ilegítimamente cerrados para algunos grupos o movimientos, aun cuando los reclamos formulados con base en derechos morales conservan su sentido y son, también, pretensiones de derecho.²¹

Pretender es hacer un llamado a las fuentes de los propios derechos, esto es, invocar las razones en lugar de la fuerza (Wellman, 1985, pp. 121-123). En el caso de los derechos morales se trata de acudir a argumentos morales, es decir, a afirmaciones que implican una conclusión moral. Esto significa que en sociedades en las cuales hay cierto nivel de conflictividad (en cuál no...), el discurso de los derechos permite, por lo general, evaluar y decidir entre diversos intereses con base en el razonamiento y la argumentación moral y no mediante el uso de la fuerza y la imposición arbitraria.

Los derechos son pretensiones que pueden ser formuladas en razón de la persecución del propio bien. Estas exigencias son hechas sin que medie la vergüenza moral asociada tanto a las reclamaciones basadas solo en el autointerés (o al autointerés entendido de cierta manera), o en la ayuda caritativa. A diferencia de otras entidades normativas, los titulares de derechos son en su gran mayoría autoconscientes de ese estatus y de que esos derechos están articulados en una red de exigencias morales más amplia.

²¹ Feinberg afirma que la virtud consiste, en parte, en realizar el propio deber o, al menos, en tratar de hacerlo tan bien como sea posible. El deber subjetivo que consiste en tratar de hacer lo mejor para lograr el cumplimiento del deber objetivo está siempre en la esfera del poder personal. El siguiente paso en la búsqueda del cumplimiento del deber sería el deseo y la valoración de la excelencia moral. En tanto siempre es posible alcanzar esta virtud en primera persona, de ella no se deriva daño (Feinberg 1992, 183-184). Me parece extraño este argumento de Feinberg. Si bien puede haber un deseo de cumplir los deberes de la mejor manera en términos de virtud, parece que la fuente motivacional por sí misma es insuficiente. Es decir, si bien es necesario estar adecuadamente motivado, tendría también que explicarse qué pasa en situaciones de autoindulgencia, autoengaño y debilidad de la voluntad, en las cuales el individuo cree actuar de la mejor manera, pero está equivocado debido, precisamente, a estos sesgos. Me parece que sería también necesario explicar en qué sentido el cumplimiento del deber es una virtud y cómo está relacionado con otras excelencias personales necesarias en este caso: buen juicio, justicia, honestidad, etc. Si el cumplimiento del deber es una virtud y entre las virtudes está la del desarrollo de los propios talentos, habría que pensar en algo así como deberes para sí mismo, lo que lleva directamente a la pregunta sobre los derechos contra uno mismo y su relación con la idea de virtud. Este es un tema interesante y complicado que no puedo desarrollar aquí. Sobre el punto puede consultarse, entre otros: Wiggins (1986), Nussbaum (1995) y Ortiz Millán (2006).

Esta característica de autoconciencia incorpora, a su vez, una perspectiva particular respecto de los individuos: sus portadores saben que hay ciertas cosas que pueden demandar legítimamente y que esto no es motivo de vergüenza. Esta posición normativa ubica al sujeto en la situación que implica la conciencia de cierto poder como persona: la posibilidad de pretender en tanto que titular de derechos (Waldron, 2000, pp. 128-135). Esta idea de dignidad asociada a la titularidad de derechos es insuficiente para catalogar a una vida como digna de ser vivida o como buena. En todo caso, es una de las consideraciones normativas necesarias al formular una noción admisible de respeto y bienestar.

En conclusión, los derechos son pretensiones válidas justificadas en un modelo integrado por principios, valores, reglas, etc. Una demanda hecha con base en un derecho moral es diferente de una no justificada, porque la primera de ellas apela a razones de un tipo especial que permiten exigir determinada prestación de manera perentoria. Una persona es titular de un derecho moral, entonces, cuando el reconocimiento del objeto de la pretensión es requerido por principios morales (Feinberg, 1973, pp. 38-43). Los derechos morales son también opciones protegidas, el ser titular de un derecho proporciona una razón cualificada para la acción, regularmente más fuerte que la mera satisfacción de preferencias.²² Las razones derivadas de los derechos suelen, por eso, ser calificadas como más importantes en tanto, por lo general, desplazan a otro tipo de argumentos que ordinariamente imperan como razones (Kamm, 2006, pp. 245-250).

Pese a que estas son razones de un tipo especial que justifican el cumplimiento de deberes es posible que, por un conflicto entre estos o entre los intereses que protegen, no sea posible cumplir con la prestación o que haya razones que no sean deberes y que justifiquen el desconocimiento de estos. Los derechos, entonces, son razones con una fuerza mayor a la de otro tipo de razones, pero no por eso absolutas e inderrotables. Los derechos morales son razones que generalmente permiten descartar otro tipo de razones para la acción, válidas en otras circunstancias (Lyons, 1994, pp. 3-22), (Raz, 1988, pp. 12-20).

²² Las relaciones entre los modelos de satisfacción de preferencias, derechos morales e intereses son revisadas en el capítulo 4.

Estas posiciones morales, como ya lo anoté, son independientes de la legislación y del reconocimiento social que se derivan de principios y valores morales y son, por ello, conclusiones de este tipo de argumentos. En todo caso, el reconocimiento y respeto de estos derechos no es condición suficiente para el desarrollo de una vida buena o para el logro de la excelencia personal, permiten sí plantear reclamaciones con base en principios y valores y ponderar, cuando se puede, intereses. Aunque, en términos de Feinberg, los derechos en ninguna de sus modalidades bastan para contrarrestar fenómenos como la opresión totalitaria, éste es un rasgo que comparten con otras cosas buenas como el afecto y el cuidado amoroso: son por sí mismos muy importantes, pero insuficientes para lograr cambios sustantivos integrales (Feinberg, 1992, pp. 197-198), (Waldron, 1988, p. 625).

En resumen, la tesis del empobrecimiento moral sostiene que un mundo en el que no hay derechos, en el sentido de posiciones hohfeldianas, es uno en el cual está ausente una de las condiciones necesarias de reconocimiento y ejercicio de la dignidad: poder exigir el cumplimiento de algo que es debido al titular del derecho. Esta tutela de los sujetos no se agota en la posibilidad de demandar algo en primera persona, ni de renunciar a esa demanda, ni con base en normas sociales o jurídicas vigentes. Se extiende, por el contrario, a la exigencia de aquello que es bueno o correcto con base en principios y valores morales, aunque los titulares no puedan, por sí mismos, reclamar una prestación, y en relación con posiciones que no son renunciables. A un mundo sin derechos morales le falta, en consecuencia, la herramienta por excelencia de reclamo (directa o mediada) de los intereses más importantes que este tipo de posiciones ampara.

Como lo anticipé, hay algunas críticas en contra de la categoría “derecho moral”. Ciertos reproches argumentan que la tesis del empobrecimiento moral es falsa, otros alegan que la noción tiene sentido y puede ser conservada, siempre y cuando sean enmendados algunos errores conceptuales. En razón de ello, en el siguiente apartado doy cuenta de esos reparos y de la forma en la que pueden ser respondidos.

4. Contra los derechos morales

Los derechos morales tienen una fuerza normativa especial y son independientes de las instituciones vigentes en la sociedad y de las apelaciones directas a lo que podrían ser las mejores consecuencias. Estas características dan lugar a diferentes tipos de escepticismo

en relación con estos postulados normativos y su plausibilidad. Una forma general de plantear ese escepticismo es la siguiente: si estos derechos no son producto de la actividad social, ni están justificados en relación con el incremento del bienestar común, entonces, ¿cuál es el fundamento de la supuesta fuerza especial que se les atribuye? (Scanlon, 2006, pp. 68-70).

En contra, pues, de la existencia y plausibilidad de los derechos morales han sido planteados varios argumentos. Algunos de ellos tienen de base una sospecha más general en relación con su carácter de pretensiones morales, en tanto consideran que solo los derechos institucionales son derechos propiamente dichos. Otro conjunto de ataques proviene de las posturas consecuencialistas y apuntan a que, si todas las pretensiones morales auténticas son relativas a lo que produce los mejores efectos, los derechos morales no pueden ser clasificados de esa manera en tanto, por lo general, no maximizan el valor de los estados de cosas. Un tipo más de escepticismo considera que la categoría “derecho moral” no es ni distintiva, ni importante en un marco moral consecuencialista. Es decir, las pretensiones que se refieren a derechos pueden ser, cuando más, una forma de referirse a fenómenos morales que pueden ser descritos correcta y completamente a través de otro concepto como el de deber.

Es posible englobar estas 3 líneas de ataque en 5 categorías: (i) las que niegan que existan derechos morales y, en caso de que existieran, niegan que tengan un valor positivo; (ii) quienes afirman que en la moralidad hay algo así como derechos, pero estos se derivan de prescripciones normativas socialmente convenidas; (iii) los que argumentan que los derechos morales son un concepto reflejo, secundario y reducible a la idea de deber moral; (iv) quienes sostienen que hay derechos morales, pero niegan que sean tan importantes como sostienen algunas formulaciones (Feinberg, 1992, pp. 175-178) ; y (v) quienes afirman que la funcionalidad del concepto está en entredicho y que hay otras categorías como la de “necesidades” o “capacidades” que hacen más o menos el mismo trabajo, pero de mucha mejor manera.

4.1 La idea de derechos morales es autocontradictoria e innecesaria: la tesis de la falta de fundamento moral

Este conjunto de ataques niega categóricamente la existencia de derechos morales. Entre ellos tal vez el más conocido, y uno de los que más influencia ha tenido, es el formulado Jeremy Bentham.²³ En el contexto del utilitarismo clásico, esta teoría es una de las más hostiles en relación con la existencia de derechos morales (o en sus términos, naturales) (Bentham, 2010, pp. 175-178), (Frey, 1985, pp. 62-64). Bentham argumenta que tanto el Gobierno como sus límites deben ser justificados de acuerdo con el criterio de la mayor felicidad para el mayor número de individuos. No tiene sentido, entonces, apelar a presuntos derechos naturales (o morales) para eso. La explicación que invoca esta supuesta clase natural de entidades procede al revés: el Gobierno es la condición necesaria del surgimiento de normas, no al contrario, es decir, que la preservación de los derechos naturales haya dado lugar a los poderes públicos. Por eso, la prueba de una buena administración no es el grado en el cual tutela legalidades morales, sino el nivel de felicidad que logra entre sus ciudadanos (Hart 2003: 16).

El utilitarismo debe ser, entonces, el principio colectivo y maximizador de ordenación social, que prescribe al gobierno la obligación de incrementar la suma total de felicidad individual. El principio de los derechos naturales, por el contrario, ordena el respeto de la prioridad de derechos que no son producto del debate democrático, no la maximización de la felicidad. La democracia, entonces, debe estar fundada sobre las bases sólidas del utilitarismo y no sobre las fuentes nebulosas de los derechos naturales.

Ataca a los derechos naturales por dos frentes principales. Por un lado, sostiene que un derecho cuya fuente no es la ley implica una contradicción en los términos. Los derechos nacen en su totalidad de la ley positiva, por eso no hay derechos que sean

²³ Sería interesante revisar si esta afirmación aplica también al rechazo de Kant de los derechos morales. En la teoría kantiana el único derecho natural, si es que hay alguno, es el de entrar libremente en sociedad. Una vez “suscrito el pacto” por mandato racional, el único imperativo moral es la obediencia al derecho como forma de coordinar la acción y de determinar “lo tuyo y lo mío externo”. Este derecho, aunque de origen práctico moral, no está atado para su corrección a los imperativos de la moral como fundamento de acción. Por eso, la actuación dentro del marco del derecho permite a los individuos ser indiferentes respecto de las consecuencias de sus actos. Mi intuición, que no puedo desarrollar acá, es que las diferencias entre las teorías utilitaristas y las kantianas están más que estudiadas y subrayadas. En todo caso, sería interesante revisar hasta qué punto son similares las ideas de que (i) el único derecho pre-legislativo de las personas es que su preferencia cuente igual que la de todos en la sociedad del utilitarismo y (ii) que el único derecho moral sea la libertad de suscribir el contrato social. Respecto de la imposibilidad de hablar de derechos morales en la teoría kantiana puede consultarse: Kant (1989: 37-54), Rivera (2004: 149-187).

anteriores a ésta ni que la contradigan. La doctrina moral cuestionada no puede servir de límite objetivo a las potestades de la ley, en tanto no puede ser el fundamento de un debate racional sobre lo que pueden o no hacer las leyes, o si lo hacen adecuadamente (Lyons, 1994, pp. 149-153).

En segundo lugar, alega que el uso de las nociones naturales en el contexto del debate político no se adecúa en ninguna circunstancia al ejercicio del Gobierno. Esto genera consecuencias anárquicas, en tanto se trataría de valores absolutos que niegan la posibilidad de que las personas tengan compromisos con otro tipo de valores.²⁴ De estas dos líneas argumentativas se sigue que o bien los derechos naturales son entidades que no armonizan con el ejercicio del poder público, en tanto éste siempre implica la limitación de la libertad, o bien se trata de entidades vacías por cuanto, si es el caso que permiten excepciones generales, no son una guía ética adecuada de comportamiento (Bentham, 1838, p. 491), (Hart 2002, 17-20; 2003, 20-21).

Bentham alega contra los derechos naturales que no puede haber derechos sin leyes, ni leyes morales naturales (Sumner, 1989, pp. 61-85). Tener un derecho implica ser beneficiario derivado de un deber a cargo de otros, el concepto de derecho incluye, entonces, analíticamente al de deber. La idea de deber solo es concebible si hay alguna ley que lo incorpora e impone, no puede haber por eso derechos sin deberes correlativos. Se sigue, así, que no puede haber derechos sin leyes positivas, con lo cual quedaría refutada la doctrina del derecho natural.

La ley es la expresión de la voluntad del soberano relativa a la conducta de los súbditos, su concepto está, por eso, analíticamente incorporado en el de “legislador”. El argumento es que, dado que no hay leyes sin legislador, y dado también que las leyes morales carecen del mismo, no puede haber leyes morales. No puede haber tampoco derechos independientes de la práctica social convencional en la que son operativos. En tanto los derechos naturales suponen autonomía respecto de la convención social, la noción de leyes o derechos morales es insostenible. En suma, en tanto no hay un sistema de reglas no convencional capaz de crear derechos, no hay derechos morales naturales, ni leyes normativas naturales habilitadas para crear derechos.

²⁴ Esta misma objeción puede dirigirse contra el utilitarismo en tanto el único valor que reconoce, y que hace ponderable a todos los demás, es, precisamente, el de la utilidad.

Resumiendo, el utilitarismo de los derechos apunta a que tanto las leyes, como sus instituciones deben ser funcionales al bienestar general. Los derechos políticos y morales implican una contradicción en los términos, en tanto la condición de surgimiento y aplicación de la ley son los gobiernos y no al contrario (Dworkin, 1993, p. 276).²⁵ Para que una ley sea considerada como tal no tiene que mostrar sus virtudes pre-legislativas o su derivación de derechos morales, solo es necesario que pase el test de utilidad, es decir, el de la promoción de la felicidad humana. La fuente de los derechos es la voluntad empírica del soberano, que en el caso de las democracias está representada por el Parlamento. Esto supone, a su vez, que la noción de deber, en tanto relacionada directamente con los intereses y el bienestar de las personas, es prioritaria en lo que a la ley se refiere. La noción de derecho depende de la de deber y, en últimas, es prescindible. En fin, la noción de derechos morales (o naturales) es desorientadora, anárquica, autocontradictoria y antidemocrática (MacCormick, 2011, pp. 105-122).

En relación con esta tesis del carácter falaz de los derechos morales pueden objetarse varias cosas. En primer lugar, la teoría que sirve de base para plantear el reproche es, por sí misma, lo suficientemente cuestionable como para poder respaldarlo adecuadamente. Es decir, si hay que aceptar las premisas del utilitarismo directo²⁶ tales

²⁵ Ronald Dworkin considera que H.L.A Hart desarrolla en términos del positivismo jurídico los postulados normativos de la doctrina de Bentham. Según Dworkin, dado que el utilitarismo es una teoría sobre cómo deben ser el derecho y las instituciones legales, su principio justificatorio es su contribución al bienestar general. La parte conceptual de esta doctrina “benthamista” habría sido desarrollada por Hart a partir del análisis económico de la teoría jurídica, el cual proporciona las herramientas para medir el grado de bienestar común logrado a partir de las leyes. Eso supone, según Dworkin, que las cuestiones normativas sobre conceptos como “legitimidad” y “justicia” legislativa deben ser respondidas bajo el supuesto de que todas las instituciones están orientadas a la maximización del bienestar promedio de los individuos que integran una comunidad. Lo anterior implica, a su juicio, que el utilitarismo económico es de estirpe individualista, el cual establece como parámetro de justicia el bienestar promedio. El bienestar es a su vez definido como una función de las satisfacciones individuales, la comunidad no tendría, entonces, ningún interés o derecho independiente de este mandato maximizador. Los ciudadanos no tienen derecho alguno, aparte de los reconocidos por la ley (Dworkin 1993, 276). Me parece, cuando menos, controversial el cargo de individualismo malsano expuesto por Dworkin contra el utilitarismo. Si algo ha sido criticado a las tesis utilitaristas es que desconocen la dignidad individual al preferir el incremento de sumas globales. Según varios ataques, el utilitarismo atropella a las personas en tanto está dispuesto a sacrificarlas si de eso obtiene incrementos de bienestar total. Por otro lado, uno de las críticas más recurrentes por parte de propuestas comunitaristas contra las propuestas liberales defensoras de los derechos es, precisamente, que son excesivamente individualistas y están dispuesta a sacrificar valores sociales en pro de la defensa del egoísmo moral. Este es un tema muy interesante, pero su desarrollo desborda el objetivo de esta tesis.

²⁶ En los capítulos 3 y 4 son desarrolladas las críticas a este tipo de utilitarismo. Igualmente, son señaladas las características que es necesario conservar para dar cuenta de la noción de derechos morales defendida en esta tesis.

como maximización de la felicidad, consecuencialismo y suma de unidades utilitarias como las adecuadas para operar en el ámbito moral el problema se extiende a la teoría de origen de la crítica.

La maximización de la felicidad (o la unidad que se escoja) a través de la ley parece cuestionable como único objeto de la moralidad, individual y social. Las obligaciones que esta normatividad genera pasan por alto la separabilidad de los sujetos, su integridad y la dignidad personal asociada a la posibilidad de plantear pretensiones como exigencias. Los derechos morales individuales son, entre otras cosas, categorías de protección de la persona y, dado que en el utilitarismo directo no hay espacio suficiente para ellos, esta teoría resulta inadecuada o menos adecuada que una que sí dé lugar a tales derechos con ese peso (Frey 1989, 62). La teoría más tradicional del bienestar tendría el defecto de obviar derechos y libertades asociados con el hecho de ser persona y respaldar con ello un mismo conjunto de bienestares que puede encajar en diversos ordenamientos sociales, sin importar qué tan perversos o totalitarios sean.

No toma en serio el principio de distinción entre personas, por eso tampoco toma en cuenta su violación debido, en gran parte, al componente agregativo del bienestarismo (Hamlin, 1993, p. 477). Eso pasa en buena medida por que el sujeto en su integridad no es el objeto del utilitarismo, sino la utilidad medida en términos de satisfacción mental o intensidad del deseo.²⁷ Tales satisfacciones pueden ser el resultado de adaptaciones a situaciones difíciles y no el resultado del desarrollo de una mejor vida (Sen, 2002, p. 19). En atención a que todo lo que cuenta en el utilitarismo directo es la felicidad (o un parámetro asociado a ella), la teoría enfrenta serios problemas ante hipótesis de “monstruos de la utilidad”, del tipo Clara Bowden y su enorme capacidad de sufrimiento, los cuales obtienen, de los sacrificios de otros, beneficios muy superiores a las pérdidas de los afectados. Eso la hace incapaz también de tramitar complejidades asociadas al número de personas, en tanto la maximización de la utilidad total supone seguir agregando sujetos

²⁷ Es difícil que una propuesta moral tome en cuenta al sujeto “en su integridad”. Lo que pasa más bien, creo, es que las diferentes teorías seleccionan la información que es relevante y la manera de operar con base en ella. Lo que está en cuestión, entonces, más que la incorporación de un “sujeto integral” (lo que quiera que eso signifique), es qué tan legítimas y bien fundamentadas son las, en términos de Sen, constricciones informacionales que imponen.

mientras que la utilidad sea positiva y logre contrarrestar el monto de la pérdida (Nozick: 1974 167-168).

Resumiendo, la crítica utilitarista que afirma la falta de fundamento moral de la categoría derecho moral no solo no logra desvirtuar su pertinencia, sino que lo intenta con base argumentos que son, ellos mismos, muy cuestionables. Un intento consecuencialista diferente de acomodar la noción de derecho moral propone entenderla como derecho convencional, en seguida presento sus tesis y cómo articula su pretensión de superioridad frente al utilitarismo de acto.

4.2 Los derechos morales son derechos convencionales

Esta crítica busca defender la plausibilidad de los derechos en el contexto moral. Considera que la formulación estándar de esta noción facilita los ataques en su contra, por eso hay que buscar las fuentes normativas de estas posiciones en un lugar diferente al de los principios y valores morales.

Sostiene, en primer término, que para que pueda afirmarse que un sujeto es titular de un derecho deben ser establecidas las condiciones a satisfacer por parte del sistema convencional de reglas que aspira a asignar esos bienes. Un sistema tal puede conferir derechos solo si incorpora reglas que sean capaces de establecer libertades, poderes, pretensiones, inmunidades y derivar deberes y sujeciones. Es decir, es un sistema de derechos si puede asignar a los sujetos paquetes unificados de posiciones hohfeldianas (Sumner, 1989, pp. 79-91). El derecho que no es producto de una legislación comunitaria o de una práctica social que persiste aun en contra de la legislación y que determina las constricciones a la búsqueda de fines globales, no es un derecho (Frey, 1985, pp. 63-66).

Un deber es aquello requerido por una regla cuya función es regular la conducta. Estas cargas son generadas en las sociedades cuya convención moral está constituida por un sistema de reglas no institucional y que, en ese sentido, pueden conferir derechos morales convencionales. En otras palabras, las reglas de la moral convencional pueden, y típicamente lo hacen, conferir derechos tan articulados como los de cualquier institución social. La cuestión de su fuerza especial, en cambio, proviene no de la moral sino de la convención.

Usualmente los derechos morales compiten con otro tipo de razones morales. La fuente de la fuerza normativa de los derechos que son derivados de sistemas de reglas convencionales es la práctica social de trasfondo que acepta y sigue estas prescripciones normativas. Cuando afirmamos que determinada entidad normativa es un derecho, esto significa que es la pretensión válida de un individuo de que sea protegida su titularidad por parte de la sociedad ya sea mediante la ley, la educación o la opinión (Mill, 2009, pp. 152-177). Un derecho, en este sentido, está integrado por: (1) una forma de protección social; (2) una pretensión válida respecto de esta protección; y (3) algún tipo de sanción en caso de incumplimiento (Sumner, 1989, pp. 50-53).

La única forma de protección social involucrada en la defensa de un derecho moral es ser titular de un derecho convencional moralmente justificado. Para justificar un derecho convencional, según este conjunto de críticas, debe mostrarse, primero, que crearlo o mantenerlo promueve los objetivos de la sociedad en la cual es insertado y, en segundo lugar, debe haber algún procedimiento mediante el cual son valorados esos fines colectivos. Por eso, para justificar adecuadamente la inclusión de derechos morales debe partirse de que estos presuponen analíticamente la noción de derecho convencional.

Preguntar, entonces, por la existencia o plausibilidad de un derecho moral es, según el filósofo Leonard Wayne Sumner, cuestionar el derecho convencional que lo sustenta. Esta crítica está orientada, entonces, a fortalecer la idea de derecho como conjunto de posiciones hohfeldianas, cuya función es resguardar la libertad de su titular en un dominio determinado. Un sujeto es titular de un derecho en un sistema convencional de reglas solo si esas reglas le confieren paquetes de ventajas hohfeldianas. Las reglas asignan estos paquetes si tienen el contenido apropiado y están respaldadas por prácticas sociales convencionales. En suma, un individuo es titular de un derecho moral si su reconocimiento en el sistema de reglas convencional está moralmente justificado, de otra manera, son meras aspiraciones no vinculantes (Feinberg, 2003, pp. 39-41) (Sumner, 1989, pp. 54-58).

En relación con la fundamentación adecuada para los derechos convencionales moralmente justificados, la crítica apunta a que ésta es más bien contextual. El concepto mismo de derecho moral admite cierta relatividad en tanto está directamente vinculado con un sistema convencional de reglas y con las circunstancias sociales que lo forma. Por

tanto, la idea de derechos morales universales y objetivos parece incompatible con la génesis de estos: las prácticas sociales concretas. Un derecho moral está justificado si el procedimiento de su asignación está respaldado por un sistema convencional de reglas que, a su vez, está fuertemente justificado en el contexto social en el cual opera. En ese sentido es que resulta necesario defender la tesis de que los derechos morales son derechos justificados por la moralidad convencional.

En relación con esta crítica, según la cual los derechos morales deben ser entendidos como derechos convencionales moralmente justificados, parece que si presionamos el argumento termina por colapsar en la tesis de que los derechos morales son falacias (en zancos, según Bentham). Quiero decir, según estos autores los derechos morales convencionales son parte del código moral comunitario convencional. Cualquier defensa, entonces, de derechos morales a partir de principios o valores no comunitarios hace parte del lenguaje aspiracional y estéril. La cuestión es que este tipo de afirmaciones no toma en cuenta, y parecería que tampoco tendrían cómo justificar, que la idea de derechos morales sea operativa en el sentido en que genera deberes morales que, muchas veces, no coinciden con los dictados de la moral social imperante.

Aun si aceptamos que la operatividad no es una buena razón de respaldo, si lo que importan son la convención y los preceptos morales derivados de las prácticas sociales, ¿para qué hablar de derechos morales? Si los principios que respaldan el ejercicio de derechos convencionales son, a su vez convencionales, la moralidad solo multiplicaría innecesariamente entidades.

En este tipo de modelos no habría lugar a la crítica por fuera de los estándares comunitarios, en tanto la ley es el medio adecuado para conseguir ciertos fines individuales y colectivos. Es prescindible, entonces, si no logra obtener lo que postula. Podríamos decir a la alternativa de los derechos convencionales, que no es una alternativa en tanto su propuesta prescinde de los derechos morales. Solo necesita instituciones y convenciones que generen reglas, lo cual es prácticamente lo mismo que un modelo legal utilitarista. Esta propuesta tendría todos los problemas que son reprochados a la tesis de la falacia, más las complejidades que implica un postulado teórico innecesario, la idea misma de derechos morales.

Otra cuestión que cabe preguntar a esta tesis es qué pasa con la perspectiva crítica referida a los mandatos de la moral social que respalda los derechos convencionales. Me explico, si la moralidad social avala conductas que parecen reprochables, tales como la discriminación por cuestiones de sexo o religión, la xenofobia, la violación del debido proceso y las libertades mínimas, entre otras, y los derechos morales son derechos derivados de estas convenciones, la posibilidad de oponerse moralmente a ellos desaparece en tanto la misma moralidad social es la que respalda normativamente esas actuaciones.

4.3 Los derechos morales se derivan y son reducibles a la noción de deber moral

Esta crítica, a diferencia de la anterior, defiende la existencia de derechos morales, pero como categoría refleja. Sostiene que el lenguaje de los derechos es derivativo, secundario y superfluo. Si hubiera una lista de todos los deberes morales no sería necesario hacer un recuento adicional de todos los derechos, en tanto la descarga universal de deberes cubriría las pretensiones de todos los postulados de derechos. El término “derecho moral” intenta focalizar la atención en los intereses y el bienestar de un individuo, pero lo hace de manera muy confusa al intentar aclarar algo que puede ser resuelto con los recursos del lenguaje de los deberes (Feinberg, 2003, pp. 37-45), (Frey, 1985, pp. 62-64).

Una crítica directamente relacionada con la anterior es que los derechos morales son apelaciones a la buena voluntad de los otros. Se trata de plantear solicitudes mediante un lenguaje aspiracional que, en tanto tal, es desorientador y estéril. Si bien sirven como mecanismos para crear conciencia sobre determinadas errores institucionales, en tanto no son justiciables (objeto de decisiones judiciales coactivas) no son más que discurso impotente. Este argumento escéptico apunta, entonces, a resaltar la falta de eficacia y de garantías adecuadas, necesarias al momento de hablar de derechos propiamente dichos (Cruz Parceró, 2007, p. 45).

Este ataque, que afirma que los derechos son solo reflejo de deberes y que, en ese sentido, son completamente reducibles a estos fue parcialmente respondido en los apartados anteriores. En primer lugar, no es cierto que todos los derechos sean reducibles a deberes; hay un amplio número de derechos sin deber correlativo establecido o que son

ellos mismos la fuente de múltiples deberes. De la misma manera, hay un buen número de deberes sin derecho correlativo sin que esto implique que sean superfluos o inoperantes. Esta constatación no solo aplica a los derechos-deberes morales, sino que en los marcos constitucionales y legislativos también es posible identificar este fenómeno.²⁸

En segundo lugar, en relación con el carácter meramente aspiracional de los mismos, es posible sostener que una propuesta moral sin lugar para los derechos sería no solo más pobre que otras que sí los incorporaran, sino una básicamente defectuosa. La posibilidad de formular pretensiones en términos de derechos les permite a las personas exigir prestaciones como algo que les es debido y no solo en términos de beneficencia o buena voluntad. No se trata solo de un cambio formal del hecho de ser titulares de deberes, a que esos deberes sean presentados en términos de derechos. Lo que está involucrado es un cambio sustantivo relativo a cómo se ven los individuos a sí mismos en tanto que reclamantes de lo que les es debido. Parte del respeto por las personas, pero tan solo parte, está vinculado con el estatus de titular de derecho que le falta a una versión que defienda solo la existencia de deberes morales. El autorespeto y el carácter que forja no están presentes en situaciones en las que una parte tiene que acudir al ruego y al servilismo, o al engaño, para obtener lo que le es debido. En ese sentido,

Respetar a una persona es equivalente al respeto de sus derechos, es decir, a pensar en ella como alguien que eventualmente formulará pretensiones morales de peso. Si se considera que una persona no tiene derechos, ni siquiera derechos morales básicos, es por ello considerada, por virtud de ese mismo acto, no merecedora de respeto. Si esa persona cree eso respecto de sí misma, solo puede rebajarse y rogar, o engañar y robar. Le faltará la virtud del autorespeto, por no mencionar el respeto hacia los otros. No es por ello sorpresa que, a las poblaciones humanas sin derechos, a las cuales les falta aún el concepto “derecho”, puedan verse moralmente empobrecidas. (Feinberg, 2003, p. 180).²⁹

En el siguiente apartado me refiero a una crítica que está directamente vinculada con esta idea del vínculo entre pretensión-dignidad-respeto. El reproche señala que la idea de pretensión es fundamental en el ámbito moral, aunque no la vinculada con una categoría tan problemática y cuestionable como la de derecho, sino la asociada a conceptos más directos y funcionales como los de “necesidad” o “capacidad”.

²⁸ Esto resulta claro si se parte de cierta versión respecto de los derechos y los deberes. Lo que incorporan las constituciones y sus desarrollos legislativos son enunciados normativos que, solo después del respaldo argumentativo adecuado, dan lugar a la proposición normativa que es aplicada al caso concreto.

²⁹ La traducción es propia.

4.4 Más que “derechos” la categoría normativa importante para la moral es la de “necesidad”

El lenguaje de los derechos, según este conjunto de críticas, debería ser cambiado por el de las necesidades. En tanto los derechos son, generalmente, pretensiones negativas respecto de la conducta de otros no sirven para plantear las preocupaciones morales relativas a las exigencias mínimas para el desarrollo de una vida digna.

Hay dos sentidos principales asociados a la idea de necesidad que son operativos en el ámbito moral. Uno de ellos de carácter instrumental, que sostiene que algo es una condición necesaria para la configuración de algo más. Una vez que esta conexión ha sido establecida, el debate apunta a si eso que se configura es un objeto apropiado del debate político y social. El otro sentido del término necesidad es categórico: se afirma que algo es imprescindible para que alguien tenga una condición de vida soportable (Waldron, 2000, pp. 115-120).

Los requerimientos derivados de las necesidades tienen un carácter más determinado y perentorio que los de los derechos. Mientras que estos últimos apelan a la inmovilidad y al aislamiento de un individuo beneficiario de deberes de abstención, las necesidades apelan tanto a las acciones que son forzosas en términos de supervivencia, como a lo que requiere la conservación de los sujetos como seres necesitados. En ese sentido, las necesidades están conectadas de manera más natural y adecuada con el lenguaje de las responsabilidades interpersonales, en tanto los deberes derivados apuntan a la necesidad de asistir y de ser sensible a las posiciones de otros.

De la idea misma de necesidad se sigue la de responsabilidad activa, en tanto la necesidad se vuelve normativamente importante en el punto en el cual a los sujetos les falta algo que es imperativo para vivir.

El reproche de los defensores de la normatividad de las necesidades es, entonces, que el lenguaje mismo de los derechos los descalifica para expresar ideas relativas a la dignidad, el respeto y las prestaciones positivas que nos debemos unos a otros. Hablar de necesidades es referirse a algo como objetivamente requerido; por eso, la soberanía limitada de los titulares de derechos les impide salir del rango subjetivo y limitado que les ofrece la defensa de sus intereses privados. Cuando es planteada una exigencia en términos de derechos, los lazos de afecto naturales entre los seres humanos son

reemplazados por el lenguaje de la limitación del otro y la confrontación entre átomos que integran una sociedad.

Una versión más moderada de esta crítica no apunta a que los derechos y las necesidades son expresadas en lenguajes contradictorios y, por eso, hay que escoger uno de ellos; busca más bien resaltar que entre derechos y necesidades hay un vínculo estrecho y complejo que ha sido ignorado por mucho tiempo (Wiggins, 2006, pp. 251-332). El argumento es el siguiente: las necesidades más urgentes de las personas son normativas, es decir, determinan de alguna manera la idea de acción correcta. El hecho de ser normativas implica también que pueden ser planteadas en términos de pretensiones sobre la conducta de otros.

Lo que habría que hacer, entonces, es explorar los vínculos entre las pretensiones de necesidad, la noción de urgencia aplicable a algunas de ellas y una categoría particular de derechos morales que se caracteriza, precisamente, por que expresa exigencias sobre lo que es necesario y urgente. No basta, entonces, con resaltar el vínculo en abstracto entre derechos, bienestar, intereses, necesidades y urgencia, sino que es preciso hacer un planteamiento sistemático e integral de esta red de conceptos morales o del componente moral de los mismos.

Este conjunto de críticas está orientado, entonces, a defender la formulación de pretensiones morales no en términos de derechos, sino de necesidades. Ahora bien, vale la pena preguntar a estas propuestas en qué sentido el lenguaje de las necesidades es más preciso que el de los derechos. Como señalo antes, la idea de necesidad puede ser tan y hasta más indeterminada que la de derecho, dado que también este término es usado de maneras bien diferentes tanto en los discursos morales, como en los políticos y jurídicos. A veces se emplea de manera instrumental, en sentido de “necesario para alcanzar otra cosa”, en otras ocasiones se usa de manera categórica y no necesita condicional para ser formulado.

Reconocer que alguien tiene un derecho es, muchas veces, afirmar también que otro es titular de deberes frente esa persona y, por eso, es responsable del objeto de la prestación. Esto significa, insisto, que es posible decir que alguien tiene un derecho y puede por ello exigir una conducta. Nada análogo a esto ocurre con las pretensiones de necesidad (Waldron, 2000, pp. 140-143). Me explico, el lenguaje de las necesidades

parece generar posiciones pasivas: alguien con necesidades se dirige al potencial prestador en tanto que aspirante a cuidado y asistencia. El lenguaje de los derechos, por el contrario, supone un lugar de independencia y reclamo por parte de personas autónomas y dignas de ciertas prestaciones. El lenguaje de las necesidades es, entonces, de súplica; quienes procuran sus propias necesidades encuentran otra manera de manifestar cuál es su situación.

Parece también incorrecto señalar que una diferencia central entre necesidades y derechos es que las primeras están conectadas de manera más directa con la idea de responsabilidad interpersonal. Como señalo en los apartados anteriores, la noción más vinculada con la de deber, y por ello con la de responsabilidad, es la de derecho. El lenguaje de los derechos está asociado con teorías morales y esquemas de protección en los cuales derechos y deberes están relacionados a través de un vínculo directo (sea éste el de correlatividad lógica o moral, el de preeminencia de los derechos, o cualquier otro).

Este grupo de críticas sostiene, al igual, que las responsabilidades relativas a necesidades son más imperativas, en tanto lo que las origina son condiciones básicas de supervivencia y no solo deberes de abstención, como es el caso de los derechos. Es decir, las necesidades generan responsabilidades activas de asistencia, en tanto éstas se vuelven normativamente relevantes cuando a un individuo le falta algo imperioso para vivir. Pero, a diferencia de lo que afirman estas críticas, no parece haber nada en la estructura y finalidad de los derechos que les impida dar cuenta y expresar pretensiones sobre deberes de asistencia activa. El lenguaje de los derechos no excluye, por sí mismo, la expresión de lo que nos debemos unos a otros (ni de lo que podemos exigirnos) en términos de cooperación y prestaciones de bienestar. De hecho, la justificación y defensa de los derechos económicos y sociales, o derechos de prestación, no solo no es marginal en el contexto de la teoría y la filosofía del derecho, sino que ha generado la incorporación de estos en diversas cartas constitucionales y en instrumentos internacionales de cumplimiento obligatorio para los países que los suscribieron. Por eso, la idea de conductas activas asociadas con los derechos no solo es usual, sino que en muchos países es también justiciable.

En suma, el lenguaje de los derechos estructura en buena parte las ideas de persona y autorespeto. Aunque tanto las necesidades como los derechos están orientados a la

protección de ciertos intereses valiosos para las personas, solo éste último lo hace en términos de alguien que tiene estatus moral y que es miembro pleno de una sociedad. Estructura de esa manera el marco en el cual las pretensiones de necesidad pueden ser vinculadas con la personalidad y permite determinar la manera en la cual la red de deberes y responsabilidades están vinculadas con esas necesidades.

Considero, en cambio, que la segunda parte de la crítica, relativa a la pertinencia de explorar los vínculos complejos entre necesidades y derechos tiene mucho sentido y debe ser atendida. No basta con mencionar que unos se basan en otros o viceversa, como tampoco es suficiente decir que los derechos protegen intereses. Es necesario precisar en qué sentido unos y otros están relacionados y cómo se puede traducir pretensiones de necesidad, o intereses, en términos de derechos. Ello, de manera más integral, supondría que hay que justificar cómo es posible incorporar necesidades sociales y económicas, en términos de intereses, a la teoría de los derechos. Hacer esta exploración en relación con los intereses es uno de los objetivos centrales de los capítulos restantes de esta tesis (Feinberg, 2006, pp. 247-248), (Waldron, 2000, pp. 133-135).

4.5 El lenguaje de los derechos exalta el individualismo, es confrontacional y diluye comunidades

Esta crítica afirma que los derechos morales exaltan el egoísmo y hacen del individuo el centro gravitacional de la moralidad. Piensan también que su estructura facilita que la gente esté cada vez más separada, en lugar de procurar comunidades cohesionadas (Feinberg, 1992, pp. 180-185). Alegan que los derechos, en general, y los morales, en particular, son la expresión y defensa del egoísmo individualista y, por eso, suponen una amenaza permanente al valor de la solidaridad. Sostienen que cuando los vínculos amorosos y de cuidado han sido quebrados las personas acuden al lenguaje de los derechos como respaldo de sus pretensiones de confrontación. En sí mismo, esto no está mal, solo que no es moralmente deseable que estos lazos sean rotos y lo único que quede sean pretensiones que defiendan intereses egoístas. En casos de conflicto, la manera más sana de tramitarlos es acudir a aquello que reporta los mejores efectos y fortalece el tejido comunitario que es el que, en últimas, posibilita la idea misma de sujeto y moralidad social.

El lenguaje de los derechos, señalan, comparte el tufo mercantil que tienen nociones asociadas con ellos, como pretensión y alegato (Feinberg, 1992, p. 183). La idea misma de confrontación vinculada directamente al ejercicio de los derechos parece, en primer lugar, alegar legitimidad para comerciar con intereses vitales. En segundo lugar, esas operaciones o bien necesariamente tienen que estar respaldadas por el ejercicio de un poder coactivo efectivo, o son mera palabrería sin ninguna posibilidad de generar, por sí mismas, las reivindicaciones que plantean. Por eso, los derechos morales son expresión de ideologías individualistas que, cuando son empleados o bien rompen con su lenguaje mercantil los vínculos comunitarios, o bien son solo palabrería infértil.³⁰

Esta crítica que apunta que el lenguaje de los derechos diluye comunidades, es individualista y está naturalmente orientado a la confrontación, tiene ella misma los siguientes problemas. En primer término, es posible conceder que las pretensiones en términos de derechos son secundarias cuando se trata de los lazos de afecto y del cuidado amoroso (Feinberg, 2003, p. 91). Sería imposible, o terriblemente desgastante, vivir en comunidad, aun en sus células más básicas como la familia y los amigos, si en cada situación fueran invocados los derechos como exigencias. Hay múltiples formas de tramitar la cotidianidad y sus problemas, no es necesario apelar siempre a exigencias morales en términos de derechos.

Ahora bien, las relaciones amorosas y de amistad terminan. En esos casos no es solo conveniente ser titular de derechos, sino que es necesario en términos del autorespeto y de protección de los propios intereses (Feinberg, 2003, p. 91). La posibilidad de formular pretensiones respecto de lo que es considerado como propio es particularmente importante cuando los lazos de afecto y el cuidado amoroso han desaparecido.

Pero la titularidad de derechos no es importante solo en los momentos de quiebre de los lazos de afecto. Aun cuando el vínculo amoroso sigue vigente, parte del afecto por el otro está constituido por el respeto y la promoción de sus derechos e intereses. Cuidar es también procurar que el otro tenga lo mínimo en términos de pretensiones morales de derecho: trato justo, distribución equitativa de cargas, respeto por las condiciones

³⁰ Una línea argumentativa similar en contra de la importancia de los derechos morales es desarrollada por el comunitarismo. Muy a grandes rasgos, esta doctrina defiende la necesidad de entender a la ética en términos de virtudes y vida buena, más que bajo lo que denominan como supuestos formales procedimentales de la justicia y el derecho.

especiales de discapacidad, entre otras. Crear, mantener e incrementar los lazos de afecto requiere, claramente, más que este mínimo, entre otras cosas, gestos simbólicos, manifestaciones visibles de cariño y consideración, solidaridad y empatía frente a sus dificultades. El amor, en palabras de Feinberg, no solo exige respeto por los derechos morales del otro, pero no puede sobrevivir sin él.

Me gustaría señalar una última cuestión en relación con esta crítica. Las comunidades son la fuente primaria del sentido de pertenencia y de las nociones de lo correcto, lo debido, lo bueno, etc. Es decir, son condiciones necesarias del surgimiento de valores y principios de evaluación moral. Eso no implica que todo lo que suponen y generan sea, por el hecho de ser comunitarios, digno de respeto y preservación. Tampoco supone, de manera más básica, que sus preceptos morales sean correctos por el hecho de ser sociales. En muchas ocasiones, las prácticas comunitarias perpetúan situaciones de discriminación y violencia contra determinados grupos. La carga de años y la aceptación generalizada de algunos usos no implica, por sí misma, la configuración de situaciones sociales, políticas y jurídicas decentes que merezcan protección.

En el siguiente capítulo quisiera, a partir de la noción de derecho moral defendida en este apartado, estudiar una de las propuestas de fundamentación más sólidas y persuasivas, las denominadas teorías de la elección. La exposición de sus características específicas, ventajas y críticas contra éstas me permitirá, en los capítulos 3, 4 y 5, defender la que considero la propuesta adecuada en relación con la justificación y carácter evaluativo de los derechos morales.

Capítulo 2. Las teorías de la elección: el problema de la fundamentación de los derechos morales

Tanto en la filosofía moral y como en la teoría del derecho hay desacuerdos muy marcados en relación con los fundamentos y las funciones de los derechos. Cuando se trata de precisar lo que los derechos hacen respecto de sus titulares, y por qué es correcto que lo hagan, las justificaciones son divergentes y, hasta el momento, no hay una alternativa que se imponga de manera concluyente a las otras. Hay dos maneras dominantes de responder a las preguntas sobre lo que los derechos hacen a quienes son sus titulares y por qué: las teorías de la elección y las del interés. En términos generales, las teorías de la elección (también conocidas como teorías de la voluntad) afirman que un derecho hace de su titular un “soberano a pequeña escala”. La función de estas provisiones normativas es darle potestad a su portador sobre el deber de otra persona, para cumplir esta tarea cada uno de los derechos estaría conformado por un poder hohfeldiano que escolta a la pretensión (*claim*). En suma, lo que hacen los derechos es conferir la habilidad normativa a los sujetos de controlar si otras personas deben o no actuar de una determinada forma.

Por su parte, las teorías del interés sostienen que la función de los derechos es proteger y promover algunos de los intereses de sus titulares. Los derechos son, para estas propuestas, una colección de relaciones hohfeldianas que tutelan el bienestar de sus portadores y que contribuyen a alcanzar las metas fundamentales establecidas por cada modelo en particular (sea maximización del bienestar, igualdad, distribución de bienes primarios, promoción de capacidades, entre otras).

En este capítulo me ocupo del primer cuerno del debate en relación con la justificación y las funciones de los derechos. El objetivo general es reconstruir las tesis centrales defendidas por las teorías de la elección, junto con algunos modelos particulares que están inscritos en esta lógica. Con base en eso quisiera responder a la pregunta de qué tan adecuada es esta propuesta para enfrentar a los desafíos derivados de la fundamentación de los derechos en el ámbito moral.

La tesis central de este apartado es que, pese a algunas virtudes teóricas de los modelos de la elección en puntos como la defensa de la autonomía individual y de los

derechos como tuteladas normativas de la acción personal, fallan como propuestas de fundamentación de los derechos. Debido, precisamente, a las constricciones que les impone su idea de la función de los derechos, no resulta adecuada para contextos morales y constitucionales que incluyen otros valores en la formulación de esos derechos y la evaluación de las consecuencias de su aplicación. En todo caso, hay conclusiones de la teoría de la voluntad que vale la pena conservar y errores de construcción que es importante no repetir.

Por lo anterior, divido este capítulo en cuatro grandes apartados. En el primero presento el debate sobre la función de los derechos y la respuesta que dan las tesis de la voluntad a las preguntas sobre su justificación. Me refiero en esta sección a los efectos de esa definición sobre aspectos centrales de los derechos tales como titularidad, objetos de tutela e hipótesis de protección. Después de eso, en el segundo apartado, doy cuenta de dos modelos desarrollados en el contexto de estas propuestas: la tesis de la coposibilidad de Hillel Steiner y el esquema consecuencialista de la elección de L.W. Sumner. Ello me permitirá, además de presentar dos variantes de teoría de la voluntad, ilustrar cómo han respondido algunos filósofos inscritos en esta corriente a los desafíos planteados a la misma. En la tercera sección señalo las críticas que han sido dirigidas contra la teoría de la voluntad, es especial, por su alcance limitado y la falta de herramientas para incorporar una gran cantidad de derechos morales. En la cuarta y última parte, presento las conclusiones del capítulo y las conexiones del mismo con el tema del siguiente: las teorías del interés respecto de la fundamentación de los derechos.

1. Las funciones de los derechos: las teorías de la elección

La pregunta sobre la función de los derechos está vinculada con la cuestión de lo que estos implican para sus titulares. Dado que hay un acuerdo más o menos generalizado, sobre la estructura relacional de estas entidades normativas³¹, queda por determinar por qué estos poderes, libertades, pretensiones y demás son importantes en el contexto moral. Como ya lo señalé, las dos propuestas más aceptadas en punto de qué es lo que justifica estas

³¹ Para la exposición de las tesis hohfeldianas sobre los derechos puede consultarse el apartado 1, del primer capítulo de esta tesis.

entidades normativas son la tesis de la voluntad y las teorías del interés, a continuación me refiero a la primera de ellas.

1.1 Las teorías de la elección: aspectos generales

Para la teoría de la elección, o de la voluntad³², los derechos son protecciones al ejercicio de la elección, esto significa que sus titulares son agentes a quienes les es dado control del deber de otra persona y, por ello, pueden ser entendidos en términos análogos a un soberano en pequeña escala (Hart, 1982, pp. 183-184). Los derechos son, pues, elecciones protegidas –tutelas que resguardan la autonomía y autorrealización de sus portadores-. El énfasis es puesto en los poderes y en las libertades en tanto estas posiciones son condición de posibilidad de los derechos. En los párrafos siguientes analizo esta definición en términos de los elementos centrales de la teoría.

Una de las características básicas de las teorías de la elección es que abstraen la forma de la voluntad de su contenido y, de esa manera, reconstruyen la doctrina del derecho en términos solamente del valor de la libertad sin tomar en cuenta otros intereses que la libertad “debe” promover. La función de los derechos es, precisamente, dotar a sus titulares de capacidades normativas de elección sin predeterminedar cuál debe ser el contenido de esas decisiones.

Tener un derecho es, ese sentido, equivalente a tener una elección respetada por la moralidad o por la ley. Dado que la función de los derechos es asignar ámbitos de discreción, el sujeto se asimila a un soberano a pequeña escala en relación con el poder de ejecución de los deberes que son correlativos a sus derechos (Hart, 1982, pp. 183-184). El objeto de los derechos es, entonces, proteger las elecciones significativas de su titular relativas al comportamiento de alguien más (Kramer, 2000, pp. 473-474). Cuando esa

³² En adelante, usaré los términos “teorías de la voluntad” y “teorías de la elección” de manera indistinta. Aunque entre ellas hay una relación de precedencia temporal, en las formulaciones contemporáneas han sido usadas de manera intercambiable. Las teorías de la voluntad respecto de la fundamentación de los derechos son el antecedente directo de las tesis de la elección, sostienen que los derechos subjetivos representan el poder de la voluntad conferido a un individuo por parte del orden jurídico. Este poder reconocido a la voluntad lícita de un sujeto tiene como correlativo un deber de cumplimiento por parte de otro sujeto. La relación fundamental entre derecho-poder-deber y autonomía individual se mantiene en las teorías de la elección, solo que el énfasis en la “voluntad” como categoría principal es atenuada. Al respecto puede consultarse la reconstrucción que hace Hans Kelsen de estos modelos (1987, 509-516).

hipótesis no se cumple, cuando no hay elección protegida normativamente, no es posible, entonces, hablar de la titularidad de un derecho.

Según la teoría de la voluntad, los derechos son protecciones de algún aspecto de la autodeterminación o de la iniciativa individual, por eso para que un sujeto pueda ser titular de derechos es necesario y suficiente que sea competente y que esté en capacidad de demandar o renunciar a la ejecución de sus pretensiones. Ahora bien, que una persona exija la ejecución de una prestación no implica por sí mismo que tenga derecho a que un deber sea cumplido. Lo que sostiene la teoría de la elección es más general: tener pretensiones legítimas respecto de la conducta de otros, junto con la capacidad de ejecución y renuncia, son requisitos indispensables para que alguien adquiera el estatus de titular de derecho. En todo caso, esta capacidad general no implica el reconocimiento de todas sus pretensiones como derechos.

En relación con los sujetos aptos para ser portadores de derechos, solo aquéllos que están en capacidad de controlar sus propias acciones y los deberes que les son correlativos tienen la aptitud moral para ser titulares. Esto debido a que cada derecho incluye un poder hohfeldiano en relación con una pretensión, es decir, la capacidad de decidir si otros deben actuar de determinada manera y esto solo puede ser hecho por personas con capacidad de control sobre sí mismas y sobre sus elecciones.

El estatus de persona con ciertas características, entre ellas con capacidad de ejercicio de su libertad en términos de poderes de alteración y renuncia de deberes, es el que habilita el discurso de los derechos, por ejemplo, una persona en estado vegetativo o un feto humano no son titulares de derechos.³³ Hablar, entonces, de los derechos a determinadas prestaciones morales, constitucionales o legales de los pacientes en estado vegetal o de los “niños” que están por nacer es emplear las prescripciones normativas equivocadas. Tal vez este tipo de sujetos deben ser protegidos, pero este deber no está acompañado de un derecho correlativo que pueda ser ejercido, más adelante me refiero a este punto en específico.

³³ En términos generales, las teorías de la elección carecen de una propuesta explícita en relación con en qué momento alguien pasa de ser un infante sin agencia, y por ello sin derechos, a ser un sujeto jurídico pleno. A este problema, y de la admisibilidad de las exclusiones de ciertos sujetos como titulares de derechos, me refiero más adelante en este capítulo.

La función de los derechos es asignar dominios de libertad a los sujetos que cuentan con la capacidad de ejercerla (Wenar, 2005, p. 223). Su rol en el ámbito práctico es asegurar la soberanía del individuo sobre dominios importantes de acción, es decir, aquellos vinculados con el ejercicio de la autonomía o poder consciente de decisión de cuestiones, centrales o triviales, de la propia vida (Griffin 2008, 149-151).

Esta focalización en un tipo particular de libertad hace que el conjunto de los derechos reconocido por buena parte de la teoría esté restringido a los denominados derechos negativos, es decir, aquéllos que protegen a los sujetos de intromisiones indebidas por parte de terceros (entre ellos el Estado). Pero solo califican como tales las relaciones hohfeldianas que, junto con la pretensión, ofrecen al titular la posibilidad de ejecutar, renunciar o anular el cumplimiento de la prestación.³⁴

Los derechos son el mecanismo por excelencia para tutelar intereses individuales frente a las pretensiones derivadas de las razones asociadas a la promoción del bienestar general. Establecen límites que resguardan la esfera privada de la cual los sujetos con ciertas capacidades son soberanos. Esta esfera privada individual es protegida por un perímetro de derechos que la ampara del cálculo colectivista, propio del razonamiento asociado con la acción política (Raz, 1995, pp. 28-29).

A diferencia de lo que sostienen las teorías del interés, sobre las cuales vuelvo en el siguiente capítulo, los únicos intereses a ser resguardados por el perímetro de derechos son los relativos al ejercicio de la autonomía y libertad individual, propios de seres dignos que tienen valor en sí mismos. Más allá de este dominio de libertad, los intereses, individuales o colectivos, operan con otra lógica y para asuntos categorialmente diferentes a derechos.

Es decir, cuando se busca la promoción del bienestar personal o comunitario, o llegar a una decisión con base en las consecuencias de determinada acción, los derechos

³⁴ Esta es la tesis dominante en relación con la categoría de intereses y derechos postulados por las teorías de la elección. Sin embargo, hay autores pertenecientes a esta tradición que plantean el reconocimiento de derechos sociales, o de bienestar, como condiciones necesarias de la autonomía y, en ese sentido, igualmente fundamentales. James Griffin (2008), por ejemplo, ubica a la elección calificada de personas adultas capaces (o agencia normativa) como condición de titularidad, pero reconoce a la vez derechos a provisiones de subsistencia mínimas como intereses que dan lugar a derechos. A diferencia de las tesis dominantes en las teorías de la voluntad, este autor incorpora tanto una justificación, como una tipología de conflictos entre derechos y entre estos y otros intereses.

defienden dominios de decisión personal³⁵ como barreras en contra del razonamiento colectivista. Eventualmente, algunos intereses de bienestar pueden resultar protegidos como consecuencia del ejercicio de los derechos, pero este efecto no buscado no es razón, ni necesaria ni suficiente, para afirmar que un individuo es titular de un derecho respecto de ese tipo de acciones.

Tal vez un ejemplo sirva para ilustrar el punto: supongamos que, como estrategia para incentivar los lazos comunitarios debilitados, la junta de acción comunal de un conjunto de departamentos decide que todos los vecinos, al encontrarse dentro del perímetro residencial, deben saludarse y sonreír. Parece que la amabilidad y simpatía son buenos engranajes de los sentidos de pertenencia y solidaridad que probablemente hacen que la vida de muchos vaya mejor. Pese a esto, y a pesar de las consecuencias deseables de ser más simpáticos, los vecinos pueden individualmente negarse a cumplir con esta orden, en tanto vulnera su ámbito de decisión personal de distribución de saludos y sonrisas. Sería una invasión inaceptable de la esfera de determinación personal el ser vinculado en términos del deber de ser agradable. No obstante, si algunos sujetos deciden atender la directiva e intentar generar con su comportamiento un mejor entorno, eso no los hace acreedores ni deudores de saludos o sonrisas. Veamos en qué sentido, según las teorías de la elección, estos individuos no son titulares de pretensiones en relación con las sonrisas y saludos de sus cohabitantes.

Según las tesis de la voluntad, a cada pretensión le corresponde necesariamente un deber correlativo; a su vez, las prestaciones asociadas a estos deberes solo son debidas a sujetos con capacidad de ejecución o de renuncia de los mismos. Por eso, las pretensiones califican como derechos solamente cuando están acompañadas de poderes de aplicación o renuncia del deber correlativo (Cruft, 2005, pp. 178-179).

Ese es otro de los postulados fundamentales de la teoría de la voluntad: la relación e pretensión-poder de ejecución o renuncia-deber es necesaria. Me explico, las pretensiones, en tanto que derechos, presuponen deberes correlativos (Lyons, 1970, pp.

³⁵ La tesis de la constrictión sobre los derechos afirma que estos son, en términos generales, restricciones secundarias a la acción. Son barreras frente al razonamiento maximizador que protegen la integridad, inviolabilidad y libertad personal. Más adelante vuelvo sobre los posibles vínculos entre tesis constrictivas y teorías de la elección. Al respecto puede consultarse el texto de Robert Nozick *Anarquía, Estado y Utopía*, específicamente los capítulos 2 y 3, en los cuales desarrolla la idea de los derechos como restricciones secundarias frente a las acciones optimizadoras y colectivistas (Nozick 1974).

47-48). Puede hablarse de deberes cuando hay reglas morales, sociales o legales de un determinado tipo en virtud de las cuales a los sujetos en ciertas circunstancias les es exigido actuar, sin que ello suponga una violación de su ámbito protegido de autodeterminación; en esos casos estos individuos son titulares de un deber. Si un individuo puede exigir el cumplimiento de un deber, o renunciar a la ejecución del mismo, se sigue necesariamente que el titular de la discrecionalidad es también el portador del derecho derivado, es decir, tiene derecho tanto al objeto de la prestación, como a la garantía de la misma. En suma, los derechos son equivalentes a poderes de aplicación o renuncia de deberes que solo existen cuando un agente tiene un poder normativo en relación con el deber de otro (Kelsen, 2007, pp. 129-156).

El argumento que sustenta esta conexión necesaria es que todos los derechos son combinaciones de posiciones hohfeldianas que otorgan a sus titulares poderes de elección. El poder es entendido como la habilidad para modificar la titularidad normativa a través de un acto de voluntad. Dado que dicho poder de elección busca restringir la libertad de otro sujeto a través de la imposición de deberes, solo puede afirmarse que una pretensión es un derecho cuando el sujeto tiene el poder normativo efectivo de ejecutar (o renunciar) a un deber que restringe el ámbito de acción de otro. Una pretensión de derecho es tal, entonces, si va acompañada del poder de recortar el dominio de acción de alguien más mediante la imposición de un deber.

Este análisis de los derechos (tanto de su estructura lógica, como de sus funciones) parte de la identificación de sus fuentes legítimas. Los deberes son los rasgos fundamentales de los derechos y son, a la vez, posiciones hohfeldianas más básicas que sus pretensiones correlativas. Por eso, en razón de la importancia del ejercicio de la libertad personal y la tesis de la no interferencia ilegítima, los derechos, en tanto restricción de la libertad, admiten como única fuente legítima a los deberes.

La ejecución o renuncia del poder asociado a los derechos es un proceso que está compuesto por diferentes etapas (Hart, 1982, pp. 171-173), (Kramer, 1998, pp. 62-64). Antes de afirmar que un deber ha sido incumplido por X frente a Y, Y debe tener el poder de ejecutar o renunciar a esta prestación. Si esta condición está dada, puede afirmarse que la omisión de un deber no renunciado da lugar al poder de decisión por parte del titular del derecho en relación con la ejecución del mismo.

Ahora bien, una vez iniciado el proceso para que la prestación sea acreditada, Y es aún titular de decisión en relación con los términos en los que debe ser prestado el objeto del derecho. Durante estos pasos que componen el proceso de ejecución, la titularidad del derecho por parte de Y lo dotan de poderes de control en relación con los deberes de X. En conclusión, solo cuando está acompañada de los poderes de aplicación o abandono puede tal posición proteger las propias elecciones.

En relación con las inmunidades como una de las posiciones hohfeldianas³⁶, muchas de ellas carecen del poder asociado de renuncia por parte de su titular. Como expuse en el primer capítulo, la titularidad de una inmunidad significa que no es posible alterar determinada situación normativa en relación con una posición; protege, entonces, al titular frente al intento de modificación de su estatus. Su par correlativo es la incompetencia en tanto conlleva la falta de titularidad o poder para modificar la posición del sujeto inmune. Su contradictorio en la estructura hohfeldiana es la sujeción, por cuanto el titular tiene una libertad frente al control normativo de un tercero relativo a una determinada relación jurídica. La característica central de la inmunidad es, precisamente, la falta de poder de otras personas en tanto la posición (moral o convencional) del sujeto está, de alguna manera, protegida frente a los cambios que podría provocar la actividad de otro.

Debido a que la posición normativa protegida por la inmunidad es, en algunos casos, irrenunciable, a los teóricos de la elección les es difícil incorporar este tipo de posición normativa, dados los supuestos de su propuesta. En tanto que, como lo señala Hart (1982, 190), las tesis de la elección fundamentan los derechos tal y como son entendidos al nivel del abogado litigante común, es decir, el de las relaciones derecho-pretensión-poder-deber-ejecución, y las inmunidades son posiciones normativas irrenunciables más propias de la esfera de la teoría política y moral, éstas quedan fuera del ámbito de interés del ejercicio regular del derecho.

El término “derecho”, para las tesis de la elección, es operativo solo al nivel de los derechos como elecciones de un sujeto en tanto que soberano de un dominio de autodeterminación acotado. Por eso, los términos “derechos inalienables” o “derechos irrenunciables” son ajenos a la teoría estricta de los derechos e importan ilegítimamente

³⁶ Sobre las inmunidades puede consultarse el apartado 1, del capítulo 1 de esta tesis.

categorías de la política y la moral que no son aplicables a ámbitos estrictos de libertad individual (MacCormick, 1977, p. 189).

Quisiera adelantar una crítica sobre la que regreso en la parte final del capítulo. Si las teorías de la elección dicen partir del esquema de relaciones hohfeldianas la definición del concepto de derecho es extraño que consideren a la inmunidad como una especie de anomalía. Me explico, las inmunidades son posiciones normativas referidas a la imposibilidad de alteración de otra posición normativa (derecho, poder, etc.). No son más propias del ámbito moral o político, como lo afirma Hart, sino que hacen parte de las relaciones jurídicas con las que tiene que operar un “litigante común”. Aún si aceptamos que los derechos propiamente dichos están siempre acompañados de poderes de renuncia, y no es el caso que eso pase con las inmunidades, la teoría de la elección no tendría herramientas para explicar derechos básicos e irrenunciables como los derechos a la libertad y al debido proceso, o prohibiciones como el sometimiento a esclavitud. Como es evidente para cualquier participante de la práctica del derecho, las cuestiones jurídicas asociadas al debido proceso y al ejercicio de libertades son moneda corriente en el ejercicio litigio.

Para ilustrar a qué se refiere la teoría de la elección con la función de los derechos y qué tipo de relaciones normativas califican como tales, quisiera presentar un ejemplo. Una de las frases más famosas de la historia del cine es: “tengo una oferta que usted no podrá rechazar”. Se trata de la manera en la que Vito Corleone, en la película “El Padrino”, solicita la prestación de un determinado servicio. La frase es interesante por varias razones. En primer término, porque se trata de una expresión ambigua: puede querer decir que la oferta de don Vito es tan buena que ninguna alternativa va a superarla. Por eso, quien recibe el ofrecimiento tiene que reconocer que el mejor curso de acción es acceder a las peticiones de Corleone pero que, en todo caso, puede tomar una mala decisión y no aceptar. Ahora bien, es claro para quienes vieron la película, o leyeron el libro de Mario Puzzo en el que se basa, que dado quién es el padrino las opciones no son tan atractivas como lo supone la primera hipótesis de interpretación. Don Corleone es el jefe de la mafia local y tiene un poder concentrado, pero inestable, de ciertos negocios ilícitos y otros sujetos que le disputan esta posición de privilegio. Cuando el padrino hace

una oferta que el receptor no podrá rechazar, las consecuencias de no aceptarla son tan gravosas que al sujeto le queda como única alternativa razonable acceder.

En el ejemplo, la “negociación” no es dada en términos de derechos y la teoría de la elección ayuda a entender por qué. A primera vista se trata de un mero ofrecimiento contractual a un sujeto, respecto de un objeto, con determinados términos de cumplimiento. Pero, dado que lo primero que hace este tipo de ofertas es anular por completo la autodeterminación de una de las partes, es moral y jurídicamente inaceptable.

Dado que los deberes son la condición de posibilidad legítima para restringir el dominio de libertad de otra persona, y los deberes en este contexto responden a exigencias ilegítimas de suspender la voluntad del otro, tampoco habría deberes correlativos derivados de las “ofertas” de Corleone. En conclusión, aunque se trata de un acuerdo entre personas adultas respecto a una prestación, la función de los derechos desaparece en tanto no hay autodeterminación en una de las partes y no hay, por tanto, elección.³⁷

Como he venido señalando, las teorías de la elección pretenden dar cuenta de los fundamentos de los derechos. Afirman, entonces, que solo las demandas que están estructuradas en términos de relaciones hohfeldianas y que tutelan intereses fundamentales, tales como la autonomía y la posibilidad de elección, califican como derechos. Esta propuesta parece justificar de manera más o menos adecuada un conjunto importante, pero reducido, de relaciones: las del ámbito privado de la propiedad y los vínculos contractuales. No obstante, hay un universo de derechos que opera con una lógica diferente y que cumple un papel muy importante tanto para el funcionamiento del Estado, como para la interpretación de los derechos individuales: los propios del sector público.

³⁷ En el ejemplo se trata de un caso de coerción en el cual aun cuando no hay intervención física contra la víctima, la mera amenaza de daño es el móvil coercitivo de la acción. Aunque el tema desborda mis intereses en esta tesis, quisiera decir algo al respecto. En las hipótesis de coerción hay al menos 2 personas involucradas, una que ejerce coacción y otra que es sujeto pasivo de la misma. La primera de ellas afirma, o sugiere, que va a producir determinado estado de cosas si la segunda realiza cierta acción (o se abstiene de hacerlo). El sujeto activo tiene la intención de ocasionar cierta reacción en la víctima, es decir, pretende movilizarla a la acción. Ahora bien, no basta con que el sujeto activo señale condicionalmente “si haces X, entonces haré Y”, sino que es necesario que esa frase condicional suponga una amenaza. Quiere decir lo anterior que el “yo haré Y” implica una disminución de las opciones y un estado de cosas peor para el sujeto pasivo. El sujeto pasivo depende del sujeto activo para algo que necesita y que le permite a este último aprovecharse de tal dependencia (de la necesidad de la víctima). Dependencia, necesidad y aprovechamiento son los elementos constitutivos de la hipótesis de explotación. Al respecto puede consultarse: Frankfurt (1973), Williams (1993) y Platts (2012).

Se trata de una distinción central no solamente para la esfera jurídica sino para el discurso de los derechos morales, en tanto su fundamentación y defensa puede remontarse a lo que el estado debe hacer aún si no lo ha hecho efectivamente. A esta dificultad que supone fundamentar derechos públicos en términos de las teorías de la elección me refiero en la siguiente sección.

1.2 La distinción entre derechos público y privado

Como he venido señalando, para las teorías de la elección es fundamental vincular la categoría de derechos con la de protección del ámbito de acción individual. Esos derechos (al menos los jurídicos) tienen lugar en el contexto de un estado que opera bajo el imperativo de normas jurídicas y que obedecen a una lógica diferente a la de los derechos subjetivos individuales. Es decir, mientras que el fundamento de los derechos de los sujetos es la tutela de un ámbito irreducible de elección individual, el derecho público está orientado a coordinar la acción social y a adelantar proyectos colectivos que atienden, muchos de ellos, a principios colectivistas y de maximización (Simmonds, 1998, p. 25).

Por eso, un desafío importante para las teorías de la elección consiste en explicar a partir de sus postulados fundamentales cómo opera el derecho público y, más específicamente, cuál es su relación con los derechos de los individuos.

Para responder a este cuestionamiento, las teorías de la elección defienden la necesidad de distinguir claramente entre derecho público y privado, en tanto que esferas que atienden a lógicas diferentes. Como lo señalé, uno de los problemas centrales que enfrenta esta propuesta de fundamentación es la tensión entre los estándares de política pública (o derecho público) tal y como están expresados en la ley, y los proyectos y preocupaciones particulares de los individuos que están protegidos por los derechos subjetivos. Se trata, entonces, de una cuestión de compatibilidad entre diversas libertades y sus esferas protectoras y las leyes que instrumentan y coordinan los proyectos agregativos-distributivos del Estado.

La estrategia de la teoría de la elección para responder a este desafío es desarrollar principios que reflejen la forma de la voluntad en términos de “cotosibilidad”³⁸ mediante la abstracción de su contenido. Los ámbitos de acción individual amparados por derechos fijan el límite hasta el que puede llegar la regulación pública (Kramer, 2000, pp. 150-157), (Simmonds, 1998, p. 25). Los proyectos colectivos del Estado adelantados a través del derecho público solo pueden ir hasta donde empiezan los ámbitos de acción individual propios del derecho privado (derechos subjetivos).

Dado que los derechos subjetivos son poderes de ejercicio o renuncia frente a los deberes de otros, son los derechos propios de la esfera privada los conceptualizados por la teoría. Tener un derecho implica tener un elemento real de control o de elección, esto explica por qué la forma de operar del derecho público no responde a esa lógica. La fundamentación y análisis de este ámbito jurídico deber ser realizado, entonces, con herramientas propias de los fines agregativos del estado.

Hans Kelsen (2007, pp. 150-157) defiende una tesis de los derechos similar a la de las teorías de la elección, pero que incorpora y define la noción de derechos subjetivos públicos. Como lo señalé en el primer capítulo, este autor sostiene que los derechos subjetivos son el reflejo de un deber correlativo y, a su vez, son poderes de ejecución de ese deber. Los derechos individuales pertenecen exclusivamente al espacio del derecho privado, Kelsen integra entonces dos categorías adicionales a la de derechos subjetivos como poder sobre un deber reflejo: la de derecho subjetivo como permisión administrativa positiva y la de derechos subjetivos políticos (Kelsen, 2007, pp. 145-156).

En la primera hipótesis (permisión administrativa positiva), se trata de los casos en los que el orden jurídico condiciona el ejercicio de una actividad a la obtención de un permiso. No tiene que ver, entonces, con la realización de una acción que no está prohibida (libertad, en términos hohfeldianos) sino que el desarrollo de la misma requiere la expedición de un permiso por parte de un órgano de la comunidad. Tampoco es un derecho subjetivo como reflejo de una obligación de alguien más de cumplir determinado deber. Lo que está en cuestión, más bien, es un poder público que autoriza la realización

³⁸ Más adelante vuelvo de manera más amplia sobre la noción de cotosibilidad en el contexto de las teorías de la elección.

de una actividad que de otra manera estaría prohibida. Por ejemplo, si alguien quiere vender bebidas alcohólicas en un establecimiento público está sometido a la expedición de una licencia específica por parte de la autoridad competente o, si quiere vender determinados medicamentos, tiene que obtener un permiso especial para eso (Kelsen, 2007, p. 150).

El otro caso de derecho público subjetivo es el de los derechos políticos. Para Kelsen, los súbditos participan en la producción de normas generales y están a la vez sometidos a las leyes jurídicas. Esta participación en la creación de normas públicas a las que estarán sometidos es, a juicio del autor, la característica básica de la democracia. Los derechos políticos en las democracias incluyen la participación directa o indirecta en la formación de otras instancias del poder público, tales como el ejecutivo y el judicial. Una potestad muy importante es la otorgada por el derecho público en términos de derechos subjetivos privados, la cual reconoce la competencia de un individuo para participar en la producción del derecho. Esta facultad se actualiza cuando el sujeto reclama el cumplimiento de una obligación que le es debida, particularmente cuando acude a la instancia judicial para demandar que el juez competente produzca una norma individual que obligue al deudor a cumplir con la prestación.

Algo análogo a lo que pasa en el contexto del derecho subjetivo privado ocurre en el terreno público: el sujeto del derecho político está facultado para participar en la producción de normas generales, solo que este poder no tiene como correlativo una obligación por parte de otro sujeto. La idea es, pues, que en el contexto del derecho público hay un derecho subjetivo de participación (directa o indirecta) en la producción de las normas generales que son la fuente de obligaciones específicas, pero respecto de las cuales no hay un deber administrativo correlativo.

Otra categoría que integra estos derechos subjetivos públicos es el de las libertades fundamentales, que en los estados modernos incluyen la igualdad ante la ley, la inviolabilidad de la propiedad, la libertad personal, de opinión y de consciencia, entre otras. Estos derechos subjetivos no son solo el reflejo de un deber correlativo o poderes de ejecución de una obligación, sino que tienen más bien la forma de prohibiciones dirigidas al órgano legislativo de producir leyes que las violen. En el evento en que esas prohibiciones sean desconocidas, las personas tienen la posibilidad de solicitar la

anulación de las normas que irrespetan los límites instituidos por las libertades fundamentales.

Resumiendo, Kelsen considera que la noción de “derecho subjetivo” engloba diferentes especies. Los tipos de derecho subjetivo más comunes son los del ámbito privado, que incluyen los que son reflejo de un deber correlativo y los derivados de la potestad de participar en la producción de una norma individual frente al eventual incumplimiento de la obligación. En el derecho público también hay derechos subjetivos, por eso las permisiones administrativas positivas, los derechos políticos y las libertades fundamentales deberían ser incluidos en esta categoría, aun cuando no son ni reflejo de una obligación, ni poderes de ejecución de un deber en particular.

Pese a que la ampliación de la idea de derechos subjetivos que propone Kelsen es sugestiva, parece que arrastra muchos de los problemas de las tesis defendidas por buena parte de las teorías de la elección. Además de las dificultades asociadas a la definición de derecho en estos términos, la misma parece ser insuficiente para incorporar relaciones que no son expresadas en términos de pretensión-deber.

Me explico, tanto en el caso de los permisos administrativos, como en el de los derechos políticos y las libertades fundamentales, estamos frente a un haz de relaciones normativas hohfeldianas diversas. No se trata solo de un derecho sin obligación, sino que en el ámbito público el derecho está integrado por vínculos como inmunidades-sujecciones o libertades-no derechos. Cambiar el adjetivo “privado” por “público” no exime a la propuesta del kelseniana de justificar la especificidad de este último, sino que implica la carga de explicar por qué es legítimo hablar de derechos por fuera del ámbito privado.

En el caso de las libertades fundamentales como meros límites constitucionales a la actuación de los legisladores parece que no solo no son meros límites, sino que en muchos estados constitucionales actuales son auténticos derechos subjetivos, la mayoría de ellos con deberes correlativos específicos o especificables. Se trata, entonces, de posiciones normativas que están integradas por múltiples relaciones especificables en términos hohfeldianos y respecto de las cuales el vínculo derecho-deber es uno más entre el conjunto de relaciones que las conforman.

En suma, la propuesta kelseniana de la relación entre público y privado tiene un alcance mayor a la de las teorías de la elección a las que he venido refiriéndome. Estas

últimas no solo separan estos ámbitos del derecho como si fueran dos universos paralelos, sino que dejan de lado el conjunto de cuestiones que están entre la una y la otra (como los derechos políticos y fundamentales), lo que hace que su proyecto de fundamentación pierda gran parte de su fuerza explicativa.

La tesis de los derechos subjetivos públicos anticipa, entonces, la importancia de los derechos subjetivos fundamentales en los estados constitucionales, pero lo hace desde la lógica propia del derecho privado de la época la cual es inadecuada e insuficiente para dar cuenta de estas relaciones normativas tal y como operan actualmente.

Para responder a las acusaciones que atacan a las teorías de la elección por el alcance limitado de su tesis, algunos autores optan por acudir a las teorías de la justicia como alternativa de respuesta. Quiero decir, dado que, a su juicio, el objeto principal de la justicia es la protección de la autonomía individual y que esa tutela es dada a través de los derechos subjetivos, las teorías de la elección dan cuenta no solo de la fundamentación de los derechos, sino de cómo esos derechos son el objeto mismo de la justicia. Lo que es requerido por el desarrollo institucional de esos derechos es importante para estas propuestas solo de manera secundaria, derivada y posterior a la formulación de los límites insuperables impuestos por los derechos individuales. En el siguiente apartado quisiera referirme a este tema.

2. Los derechos como fundamento de una teoría de la justicia

Para algunos defensores de las teorías de la voluntad como M. E. Simmonds y Hillel Steiner, las discusiones sobre el concepto y el modelo más adecuados de justicia deben partir de la reflexión de sus partículas elementales, los derechos. Dadas las características lógicas de los derechos en términos hohfeldianos, solo algunas posiciones normativas clasifican como auténticos derechos y, en consecuencia, como objetos de evaluación de una teoría de la justicia.

Según estos autores los principios de justicia establecen un conjunto de derechos fundamentales y, a su vez, el análisis de estos derechos constriñe el contenido de los principios admisibles de justicia. El argumento es éste: los principios de justicia, al igual que los derechos asociados, integran un conjunto pequeño y coherente que guía la acción humana e institucional correcta. Dado que los vínculos entre estos derechos no son solo

normativos, sino también lógicos integran un sistema coherente que no produce contradicciones (un conjunto de derechos coposibles) y que, por eso, puede ser guía la acción

Para las teorías de la elección, entonces, el único modelo de justicia aceptable es el integrado por derechos básicos negativos o de abstención, que amparan la autonomía individual y que integran un sistema de razón práctica coherente y no-contradictorio. Por eso, las propuestas de fundamentación y las teorías de la justicia que admiten la posibilidad de conflictos entre derechos generan contradicciones lógicas dentro del sistema. Los derechos reconocidos por esos principios no pueden coexistir, son no-coposibles y, en consecuencia, los principios de justicia que los justifican son inaceptables. Los sistemas de derechos están libres de contradicciones por eso no es posible que las acciones autorizadas por los principios choquen entre sí.

Los derechos coposibles defendidos por las teorías de la elección tienen la forma de titulaciones sobre el uso exclusivo de objetos y espacios. Así, como arriba lo señalo, los derechos genuinos son derechos absolutos y exclusivos de propiedad. Los regímenes de derecho privado basados en el principio de propiedad constituyen el ámbito de las titulaciones no conflictivas, en este espacio las acciones pueden ser discriminadas entre ejercicios permitidos de las titulaciones e interferencias ilegítimas.

Los conflictos entre derechos implican contradicciones lógicas debido a que, por definición, los derechos auténticos no colisionan. Por eso, la única concepción de justicia admisible es aquella que reconoce dominios de libertad inviolables (constricciones a la acción de otros) no conflictivos y los únicos modelos de derecho lógicamente admisibles son aquellos que excluyen las hipótesis conflictivas. Todas las demás concepciones de justicia y de derechos fallan el test de la coposibilidad (Simmonds, 1998, pp. 181-184).

De la definición de los derechos en términos de la tesis de la elección, y como fundamento de las teorías de la justicia, se derivan diversos modelos en relación con cómo deben operar en el marco de teorías morales basadas en el principio de la autodeterminación. A continuación, quisiera presentar dos versiones de esta idea: la tesis de la coposibilidad de H. Steiner y la teoría de la elección consecuencialista de Sumner, en razón de que, aunque siguen los postulados principales de la teoría de la voluntad, modifican algunos de sus aspectos de una manera interesante y novedosa.

2.1 La tesis de la coposibilidad de Hillel Steiner

Hillel Steiner defiende una versión de la teoría de la voluntad, según la cual, la fundamentación de los derechos puede estar basada casi completamente en consideraciones formales sin tener que acudir a una multitud de premisas éticas sustantivas (Steiner, 1998, pp. 234-235). A partir de una concepción kantiana de la moralidad en general, y de los derechos en particular, afirma que la delimitación de los derechos en casos particulares puede ser efectuada sobre la base de criterios puramente formales.

En la teoría kantiana el único derecho natural, si es que hay alguno, es el de entrar libremente en sociedad. Una vez “suscrito el pacto” por mandato racional, el imperativo moral es la obediencia al derecho como forma de coordinar la acción y de determinación de “lo tuyo y lo mío externo” (Kant, 1989, p. 37). Este derecho, aunque de origen práctico moral, no está atado para su corrección a los imperativos de la moral como fundamento de acción. Por eso, la actuación dentro del marco del derecho permite a los individuos ser indiferentes tanto en relación con los motivos de su acción, como respecto de sus consecuencias.³⁹

Esta idea kantiana de derecho como forma de la libertad sin contenido predeterminado es traducida por Steiner en términos de las propiedades lógicas necesarias y suficientes para hablar con sentido de tales derechos. Por esa vía, independiza estas entidades normativas de su fundamentación en contenidos particulares y descarta, también, muchas relaciones sociales que, a su juicio y con base en la teoría de relaciones hohfeldianas, son categorizadas incorrectamente como derechos. La finalidad de la teoría es, entonces, dar cuenta del significado que tiene, en cualquier sociedad, el hecho de ser titular de un derecho a partir del entendimiento coherente de la libertad protegida por un perímetro de relaciones hohfeldianas.

Steiner afirma que los derechos, lejos de ser esas entidades omnipresentes y moralizantes, son invocados de manera adecuada solo cuando los cursos de acción de dos o más personas (incluyendo al Estado) se intersectan. Esto ocurre, por ejemplo, cuando el propósito de una de ellas se ve frustrado por el accionar de la otra (de hecho, podría ser un

³⁹ Al respecto puede consultarse: Kant (1989: 37-54), Rivera (2004: 149-187).

entorpecimiento mutuo). La función de los derechos en esos casos es eliminar estas dificultades prácticas sin que haya que resolver los desacuerdos que, en términos sustantivos, las generan. Los derechos son, entonces, fuentes de razones constrictivas para una de las partes (o de ambas) de no interferir en el actuar de la otra cuando no tiene razones del mismo tipo para impedir determinado curso de acción.

El contenido de los derechos es independiente de los intereses concretos en disputa. Su función no es determinar cuáles son más nobles, o qué curso de acción incrementará el nivel de bienestar en el caso concreto, sino demarcar dominios de acción. Estos dominios son esferas de elección práctica integradas por decisiones individuales que no deben ser coartadas mediante el uso de argumentos morales sustantivos.

En términos de la clasificación hohfeldiana, Steiner entiende a los derechos como pretensiones o inmunidades⁴⁰ que dan siempre a su titular un poder asociado de hacer cumplir o renunciar a las constricciones que puede demandar. El ejercicio de los derechos forma parte, entonces, de un conjunto coposible que debe ser realizado en las acciones. Los derechos, y en esto radica gran parte de su centralidad en ámbitos prácticos como el de la justicia y la moralidad, tienen el propósito de asignar normativamente ámbitos de acción que implican una barrera contra la obstrucción ilegítima de terceros. El mal moral está dado, precisamente, por la intervención ilegítima en este dominio de acción individual protegido. Estas violaciones minan el ámbito de libertad asignada a un sujeto en tanto impiden que el titular determine autónomamente los objetivos a perseguir en su vida y la manera de hacerlo.

Me explico, para Steiner estar comprometido con la autonomía individual es estarlo con los derechos, libertades y otras condiciones necesarias para que los individuos desarrollen sus propios objetivos e intereses de manera que puedan hacer efectivas sus preferencias en el desarrollo de sus planes de vida y la contribución a la formación de políticas sociales. Entre estas condiciones necesarias están los derechos que, en ese sentido, protegen a la gente contra intervenciones paternalistas. Una teoría que respete la autonomía

⁴⁰ Aunque Steiner admite expresamente a las inmunidades como posiciones de derecho, no aclara en qué sentido una relación normativa irrenunciable clasifica como tal. Creo que las mismas objeciones que fueron planteadas a la posición de Hart sobre este punto, pueden ser dirigidas contra Steiner, y de manera más clara, en tanto este último ni siquiera las contempla. En el apartado de las críticas a la tesis de la coposibilidad vuelvo sobre este tema.

asignará, entonces, a cada uno de estos factores su propio peso y, sobre todo, generará un conjunto limitado de derechos a partir de los cuales son derivadas reglas que determinan cómo han de ser ejecutados los deberes para cumplir el objetivo central de asignar dominios de discrecionalidad (Steiner, 1998, pp. 236-240).

En relación con la teoría de la elección desarrollada por Hart, Steiner considera que deben ser revisados algunos aspectos. Según Hart, una de las condiciones de existencia de los derechos es la presencia de deberes ejecutables. Los derechos, junto con los poderes de ejecución, integran el ámbito de acción propio de los deberes de otros; el titular es soberano en pequeña del deber correlativo.

La medida de control está integrada por diversos elementos: (i) el titular del derecho puede modificar el deber correlativo, es decir, exigirlo o renunciar a él; (ii) una vez configurado el incumplimiento del deber puede ejecutarlo o no; (iii) puede abandonar o extinguir la obligación a la cual dio lugar el incumplimiento; (iv) todos estos ingredientes de control son poderes hohfelidianos. Cada uno de los integrantes del binomio ejecución-renuncia representa, entonces, el contradictorio del otro. Se sigue, a juicio de la lectura que Steiner hace de Hart, que todos los poderes asociados a un derecho deben estar bajo el control del titular de la pretensión, quien es el único que puede modificar legítimamente deberes correlativos.

Steiner considera que, aunque la propuesta hartiana acerca de la soberanía del titular del derecho no es incorrecta, es poco adecuada en términos de rigor deóntico. Propone entonces reemplazar esta noción por la de dominio de acción. En relación con los deberes correlativos, eso implica que el titular del derecho es autónomo en el dominio discrecional protegido y que cada deber constituye un dominio para la persona a la que le es debido. A su vez, el dominio en general está integrado por todos los deberes que le son debidos por terceros, menos sus propios deberes.

El concepto que expresa de mejor manera esta estructura de conjuntos de derechos y deberes implicados entre sí es, a juicio de Steiner, el de derecho de propiedad. El propietario es titular de un segmento de la acción en el espacio (acción-espacio), no se trata solo de que la relación derecho-poder-deber defina un ámbito normativo de acción, sino que también determina un espacio de intervención legítima. El portador del derecho tiene poder de decisión sobre la producción de cierto cambio en el mundo, por eso, un conjunto

de titulaciones es el resultado de elecciones individuales si está constituido por dominios de acción que no se interfieren entre sí, cuyos propietarios están en libertad de transformar o transferir (Steiner, 2001, p. 227).

Los derechos corresponden al ámbito de las acciones, no de las consecuencias de las mismas. Por eso, la coposibilidad normativa, en relación con la coincidencia objetotemporal o espaciotemporal, tiene que ver con la especificación extensional de las acciones. La especificación espacial del dominio de elección que establece un derecho está siempre acompañada por los poderes de ejecución de los deberes. El conjunto final del dominio está conformado, entonces, por titulaciones no conflictivas que interiormente están divididas entre aquéllas que se derivan del ejercicio permisible de las titulaciones y las interferencias legítimas a ese ejercicio. El sistema normativo que engloba estas asignaciones es, así, el que establece las porciones de libertad de cada propietario del dominio.

Estos dominios pueden intersectarse, caso en el cual la disponibilidad de soluciones internas depende del contenido de los deberes y de los deseos del titular del derecho. El problema mayor en estos casos, a juicio de Steiner, es que aun cuando existen recursos internos al sistema para resolver estos impases, muchos teóricos acuden a soluciones externas. Postulan, entonces, un observador privilegiado que está fuera del ámbito de los dominios y que tiene el poder de alterar posiciones hohfeldianas y violar, por esta vía, derechos asignados previamente.

Steiner denomina a éste el problema del adjudicador: un mecanismo de este tipo soluciona conflictos para los cuales, supuestamente, no hay respuesta por parte del sistema de derechos (o interna). En tal caso, la soberanía del adjudicador desplaza a la que es propia de los sujetos de dominio dado que su decisión extingue al menos uno de los deberes en conflicto. En última instancia, es la decisión del adjudicador la que determina quién tendrá qué. El problema fundamental, según Steiner, es que la tesis del adjudicador y de las soluciones externas se deriva de una premisa básica incorrecta: existen conflictos entre derechos.

A su vez, los conflictos entre deberes son aparentes en tanto los derechos como compuestos lógicos hohfeldianos son, como arriba señalé, coposibles. La estructura de esta coposibilidad está integrada por: (i) las condiciones requeridas por dos o más acciones para ser realizadas conjuntamente y (ii) las relaciones lógicas entre ellos. Tener el control sobre

un deber, entonces, posiciona al titular del derecho en un conjunto de relaciones hohfeldianas respecto de otras personas. En suma, un deber que es debido al titular del derecho es aquél que no puede ser permisiblemente obstruido, por esa razón, su realización está garantizada en cuanto todos los demás le deben omisiones de interferencia al titular.

Los actos relativos a derechos son actos genéricos (*act-symbol*). Los actos genéricos son un tipo de entidades respecto de los cuales cada acto específico (*act-token*) es una materialización. Éste es el punto de la coposibilidad, todos los sucesos a los que se refiere son actos genéricos que una vez definidos adecuadamente no chocan ni normativa, ni fácticamente. Los derechos se refieren a actos específicos que, una vez precisados, no se intersectan. La conclusión defendida por Steiner es que éste es el único discurso de los derechos que es coherente y que puede, por ello, servir como base para un sistema de justicia.

Los actos específicos son identificados a través de su precisión extensional mediante la descripción de sus componentes físicos. Hecha esta descripción, se sigue de manera natural la conclusión de que solo puede haber un acto individual que responda a una determinada descripción extensional que coincida con el mismo conjunto de componentes físicos. En ese sentido, A y B son no-coposibles si hay coincidencia parcial, espaciotemporal u objeto-temporal, entre la descripción extensional de A y la de B o la descripción extensional de C, si es requisito de B. Lo que tiene el titular del derecho desde la teoría de la voluntad elaborada por Steiner es, entonces, un poder de resultado respecto de la intervención normativa en el mundo físico. La libertad efectiva de un sujeto se extiende hasta donde llegan las limitaciones a otras personas impuestas por sus derechos.

En tanto los derechos protegen el objeto de la moralidad, el ejercicio de la libertad, ellos mismos integran tanto la base de la moralidad, como del sistema de justicia. Este conjunto de derechos es relacionamente coposible, es decir, las personas pueden ejercer sus derechos sin que surjan conflictos entre deberes. La armonía en el ejercicio de estas dotaciones normativas es, según Steiner, condición necesaria al momento de evaluar la plausibilidad de cualquier teoría de la justicia, la cual debe generar precisamente ese conjunto (Dowding y van Hees 2003, 281-282).

La idea de conflictos entre derechos, según este autor, es internamente contradictoria. Un conflicto de esa índole surge cuando una acción obligatoria, en razón de

ser objeto de un deber, es prohibida por otro de tal manera que quien debe la prestación no puede actuar sin romper al menos una de sus obligaciones. Para Steiner si una acción es prohibida implica que es no-permitida y si es, por el contrario, obligatoria implica que es permitida. Por eso, es contradictorio decir que una acción está al mismo tiempo permitida y prohibida, en tanto quien debe la conducta tendría y le faltaría al mismo tiempo la libertad de cumplir el deber.⁴¹

En suma, los conjuntos de derechos conforman dominios discretivos coposibles y consistentes en tanto su estructura de relaciones es estrictamente hohfeldiana. Los conflictos de derechos postulados por algunas teorías obedecen a la incomprensión tanto de la función de los derechos, como de su estructura lógica. Los derechos definen dominios de libertad en términos exclusivos de relaciones hohfeldianas, terreno en donde es incorrecto usar criterios de bondad sustantiva. En tanto solo los adultos competentes son titulares de derechos, la manera en la cual definan metas y desarrollan planes de vida es un asunto individual protegido por ese perímetro de derechos. Los deberes son acciones debidas al titular de un derecho cuyo contenido es indiferente en tanto forma parte del ámbito de libertad propia de los sujetos autónomos. No implican, entonces, una posición evaluativa, solo reflejan y protegen elecciones, buenas o no, del titular de la prestación. El criterio para identificar derechos es, por eso, independiente de las razones para determinar si son buenos o no.

Críticas diversas han sido planteadas contra la teoría de la elección desarrollada por Steiner, a continuación, presento las que considero más importantes.

2.2 Críticas a la propuesta de Steiner: no hay manera de defender un sentido de coposibilidad que no sea extremadamente limitado

Además de las críticas generales a la teoría de la elección de Steiner, hay algunos reparos dirigidos específicamente contra su propuesta de coposibilidad de los derechos y contra la tesis del derecho de propiedad privada como el paradigma de los derechos subjetivos.

En primer lugar, y a diferencia de lo defendido por Steiner, los derechos no pueden integrar la única base de la moralidad o de un sistema de justicia. Los derechos no agotan el

⁴¹ Al respecto puede consultarse el numeral 1.1 del primer capítulo.

panorama de la moralidad, ni ésta está basada en ellos en tanto cuestiones como valores, deberes y bienes también integran el catálogo de preceptos fundamentales; la moralidad debe ser entendida, pues, de una manera mucho más pluralista. Que su horizonte se agote en categorías como derechos y deberes lo lleva a obviar que muchas veces hay razones más fuertes para respetar los deberes o para atender razones para la acción que se escapan del ámbito de las elecciones individuales (Raz, 1996, pp. 46-48).

Por ejemplo, el rol y el carácter normativo de las acciones supererogatorias en el contexto moral, es decir, de las actuaciones que van más allá de la prescripción del deber, no puede ser explicado por una propuesta que no reconozca significado moral a este tipo de conductas. Tales actos, cuya realización es considerada valiosa aunque no sea moralmente incorrecto omitirlos, se escapan de la esfera explicativa de las morales basadas en derechos. El alcance de estas propuestas es, entonces, demasiado limitado en tanto no ofrecen los elementos ni para reconocer, ni para darle peso adecuado a factores relevantes de la evaluación práctica.

En segundo lugar, en tanto la función de los derechos sería solamente restringir la búsqueda libre individual de los propios intereses y metas, esta propuesta defiende la importancia de un ámbito del que ella misma se substraer: el de los intereses, necesidades y preocupaciones que son la sustancia de esa búsqueda libre de la propia vida. Es poco probable que puedan identificarse los derechos de los otros sin tener alguna idea de cuáles son los valores que, en su contexto, soportan una vida significativa y satisfactoria, ni de cuáles son las metas que persigue como individuo o como integrante de colectivos (Raz, 1985, pp. 195-199).

Adicionalmente, la tesis de la coposibilidad es altamente problemática. No hay un principio de justicia que permita adjudicar derechos individuales y que, además, garantice que no van a surgir conflictos entre ellos o entre deberes correlativos, es decir, de principios que den lugar a un conjunto de entidades normativas que no arrojen juicios incompatibles sobre la permisibilidad de las acciones.

Una característica propia de este tipo de sistemas, sean morales o convencionales, es, precisamente, que hay hipótesis en las cuales los agentes no pueden ejercer simultáneamente sus derechos o cumplir con sus deberes. Dada la frecuencia e importancia de las situaciones en las que no es posible respetar deberes concurrentes,

muchas propuestas han optado por ofrecer una explicación de la configuración y solución de este tipo de conflictos como problemas auténticos y no como apariencias que se disuelven al ser especificados los derechos (Dowding & van Hees, 2003, pp. 289-292), (Dowding, 2004, p. 157).

Pero, aun suponiendo que es posible formular un conjunto de derechos que no genere conflictos, todavía es necesario precisar cuáles van a ser las reglas para resolver choques aparentes. Según Steiner, esas reglas de solución de conflictos son internas al sistema de derechos (adjudicación interna) y consisten en la especificación de eso a lo que se tiene derecho. Pero si las reglas para la especificación chocan entre sí, o generan preceptos de acción incompatibles, el conflicto no habría sido resuelto y el modelo tipo Steiner no tendría cómo ofrecer alternativas de solución. Queda abierta la posibilidad de acudir a principios que no están dentro del sistema de derechos (adjudicación externa), la cuestión es que estos no garantizan la generación de un conjunto armónico de titulaciones y, además, debido a que son externos, acuden a criterios y consideraciones que no están basados en derechos, lo que es expresamente rechazado por Steiner (Dowding & van Hees, 2003, pp. 281-284). En suma, los recursos de la adjudicación interna para la solución de conflictos entre derechos son insuficientes y la adjudicación externa es expresamente rechazada por el autor, con lo cual el problema queda abierto y la negación de su ocurrencia no hace desaparecer.

Por otro lado, postular un conjunto de derechos en términos exclusivos de actos individuales especificados hasta la neurosis resulta extraño para el entendimiento ordinario de lo que son. Si esta híper-especificación es la única que permite formular un sistema de derechos coherente, y la que posibilita que los derechos sean la base de un sistema de justicia, el costo de la coherencia y del modelo de justicia resultante es muy alto en tanto supone separarse del mundo moral tal y como lo conocemos. En otras palabras, la versión de los derechos derivada de la tesis de la coposibilidad está tan lejos del entendimiento medio de lo que son derechos y la manera en la que guían la acción que resulta implausible (Dowding, 2004, pp. 156-157).

Resumiendo, la especificación de los derechos como actos individuales fracasa en el intento de formularlos como coposibles en algún sentido interesante. Si los sujetos están en libertad de realizar una acción solo si los ámbitos de ejercicio están completamente

especificados de manera no conflictiva, entonces los derechos de los agentes sobre esas acciones son extremadamente pequeños o inexistentes. El conjunto final de derechos coposibles sería, entonces, muy chico y bastante diferente de lo que usualmente es identificado como tal (Dowding & van Hees, 2003, pp. 281-284).

En el siguiente apartado me refiero a una versión de la teoría de la elección que busca superar los problemas generados por la tesis de coposibilidad y el derecho de propiedad individual como paradigmático. Se trata de la propuesta de L. W. Sumner sobre la fundamentación de las tesis de elección a partir de una versión consecuencialista de la moralidad.

2.3 Teoría de la elección en de un modelo consecuencialista: la versión de L.W. Sumner

En el primer capítulo presenté la propuesta del filósofo L. W. Sumner sobre los derechos morales. En términos generales, Sumner sostiene que los derechos morales se derivan de la práctica social, esto quiere decir que no se trata de entidades normativas que están más allá de la creación comunitaria, sino que son los estándares de lo que es importante y debe ser protegido en la misma comunidad. Esos derechos morales de creación social son justificados en términos de las metas colectivas o de lo que las personas conjuntamente quieren alcanzar. Los deberes correlativos, por su parte y dentro de una lógica hohfeldiana, están justificados por los beneficios que reportan a los titulares de la prestación.

Sumner defiende una teoría de la elección de la fundamentación de los derechos, pero sin postular una tesis del control respecto de los deberes. Esta propuesta es interesante porque combina dos de los rasgos más virtuosos de las propuestas de fundamentación de los derechos: la idea de que protegen la autodeterminación y que, a su vez, tienen como correlativos deberes de beneficio. Es decir, ofrece una vía media entre la constricción y la instrumentalización de los derechos. A continuación, presento las particularidades de su propuesta y, al final del capítulo, evalúo si la promesa teórica es cumplida.

Sumner argumenta, en primer término, que una de las ventajas de la teoría de la elección es que fija fronteras más claras sobre cuál es el objeto de los derechos. La teoría

estándar de la elección sostiene que, a diferencia de la noción-comodín que son los intereses, hay un vínculo directo entre derechos y autonomía, establecido por la protección de los primeros respecto de la segunda. Por eso, una pretensión que no tiene un deber correlativo no puede aspirar a ser un derecho, punto.

Considerar que los sujetos tienen derechos morales es subrayar, según la tesis preponderante de la elección, su autonomía en los dominios fijados por el contenido de los derechos. En atención a eso, todos los derechos están integrados por poderes o por libertades y confieren, a su vez, libertades o controles. Esa relación entre derechos-libertades-poderes y control permite distinguir, en el ámbito práctico, dos fuentes constrictivas del comportamiento de los sujetos: la protección de la autonomía y la promoción del bienestar.

Dado que la autonomía es un valor superior, más importante en términos absolutos que cualquier otro, su protección es garantizada a través de una entidad normativa cuya única función es su tutela: los derechos. Tenemos, entonces, que para la teoría estándar de la elección hay dos fuentes principales de imposición de constricciones: la defensa de la autonomía individual y el fomento del bienestar. La primera es fuente de deberes correlativos y, por tanto, de derechos, la segunda, no.

La función de los deberes es proteger la autonomía de las personas dada su adscripción a la estructura adecuada de relaciones hohfeldianas, en ese sentido, puede hablarse de un individuo amparado en términos de su titularidad de un derecho. En las hipótesis en las cuales la prestación debida tiene como función la promoción del bienestar, no de la autonomía, puede hablarse de deber frente a un individuo protegido y de éste como el titular de una expectativa, no de derechos.

Tradicionalmente se asume que quien defiende una teoría de la elección de la fundamentación de los derechos, tiene necesariamente que asumir la tesis del control de los deberes, Sumner considera que esto es incorrecto. Para la posición canónica, cada derecho está integrado por una pretensión, más algún control normativo de esa pretensión, por eso, no hay ninguna inconsistencia en mezclar la teoría del beneficio acerca de los deberes relacionales con la teoría de la elección sobre los derechos.

Por todo lo anterior, Sumner sostiene uno de los requisitos básicos de su propuesta es que solo son admisibles derechos que respondan al modelo de elecciones protegidas. El

segundo requisito, continúa, es que esté integrada por un conjunto específico de derechos. Por eso, si derechos específicos aspiran a clasificar como tales dentro de este sistema deben tener fuerza, alcance y contenido determinados. El alcance está dado por los sujetos, es decir, por aquellos individuos que son titulares porque pertenecen a la clase de entidades a las cuales la teoría les confiere derechos. El contenido del derecho es el objeto del mismo, esto es, la prestación que puede ser demandada o la acción que puede ser desplegada (el contenido de la libertad o de la pretensión nuclear). El alcance del derecho está dado, así, por los titulares y el objeto o contenido de la prestación.

La fuerza del derecho es su capacidad normativa de derrotar consideraciones morales en contienda. En ese sentido, un derecho ha sido completamente especificado cuando su peso es definido en relación con todos los aspectos relevantes del caso. El contenido y alcance de los derechos solo están completamente especificados cuando las situaciones centrales y periféricas de los mismos han sido, a su vez, especificadas.

Cuando una posición normativa es denominada “derecho” esto quiere decir que un individuo tiene una pretensión válida frente a la sociedad para que proteja su estatus por vía de la fuerza, la educación o la opinión. En este punto Sumner sigue a J. S. Mill al definir al derecho como (1) una forma de protección social; (2) respecto de la cual hay una pretensión válida de ejecución; y (3) cuyo incumplimiento conlleva algún tipo de sanción (Mill, 2009, pp. 152-177), (Sumner, 1989, pp. 136-138).

El único mecanismo de protección social que está vinculado necesariamente con la titularidad de un derecho moral es el derecho convencional correspondiente. Por eso, un sujeto es titular de un derecho moral cuando la titularidad del derecho convencional está moralmente justificada. Siguiendo de nuevo a Mill, afirma que la justificación moral de los derechos debe mostrar que crear o mantener el derecho promoverá los objetivos adecuados y, además, justificar la postulación del objetivo específico dentro del modelo.

Resumiendo, los derechos morales o convencionales son conjuntos de relaciones hohfeldianas cuya función es asegurar la autonomía del titular en un dominio determinado. Una persona es titular de un derecho en un sistema convencional de reglas si las reglas del sistema confieren las ventajas hohfeldianas necesarias (la triada derecho-deber-poder, por ejemplo). Las reglas del sistema cumplen adecuadamente con su labor si tienen el contenido apropiado (protección de la elección individual) y son sostenidas por prácticas

sociales adecuadas de aceptación y cumplimiento. Un derecho moral existe, entonces, si su reconocimiento en el sistema de reglas convencional está moralmente justificado.

Pero, ¿cómo puede el modelo de la elección sobre los derechos ser justificado en términos consecuencialistas de promoción de objetivos? En primer término, para Sumner, hay que partir de un modelo de derechos morales como derechos convencionales moralmente justificados, como he señalado. Este modelo está integrado por los supuestos de: 1. Derechos como elecciones protegidas; 2. Conjunto de condiciones de existencia de derechos convencionales; y 3. Una noción de justificación moral respecto de esos derechos. El modelo consecuencialista niega que la moralidad esté integrada, en términos de principios, únicamente por derechos, por eso identifica a los derechos en razón de su contenido. Las condiciones de la agencia son relevantes, en términos morales, por sus consecuencias. El resultado (o consecuencias) de una acción es la diferencia neta que produce en el mundo en tanto incluye los estados de cosas que se generan si es realizada y los que no se configuran, si no lo es.

Pero los principios del consecuencialismo se basan en la idea de bondad, no en la de corrección. Esto implica que los principios de lo bueno no presuponen los de lo correcto y que lo correcto es construido como aquello que produce un mayor bien.⁴² La defensa consecuencialista de la teoría de la elección también requiere la especificación de alguna operación que permita ponderar los diferentes bienes básicos mediante un valor

⁴² John Rawls ofrece una explicación muy similar a la de Sumner sobre el utilitarismo como vertiente del consecuencialismo (1997, 34-38). Sostiene que una concepción es utilitarista cuando sus principios morales sustantivos afirman que las acciones son correctas si promueven más efectivamente la mayor suma de bien, entendiendo “bien” de manera independiente de principios (al menos de principios diferentes al de maximización). En este modelo, la conducta es definida instrumentalmente en tanto su importancia es derivada exclusivamente de la bondad de los estados de cosas a los cuales conduce. La bondad es el único bien dominante, al cual son reducibles todos los demás valores. La corrección es definida en términos de funcionalidad, como aquello que de manera más probable conducirá a la mayor cantidad de bien (a su maximización) el cual, a su vez, es el reflejo de la cantidad de felicidad o placer que contiene la situación. Al aplicar el principio de utilidad a los deseos, aquellos son tomados como dados y lo que es valorado es la satisfacción de los mismos, sin importar su contenido. El parámetro que cuenta para su ordenación es el de su intensidad, no el objeto sobre el cual recaen. El utilitarismo es, entonces, un tipo de consecuencialismo que juzga los estados de cosas subsecuentes por el bienestar que comportan a través del criterio de la suma de bienestar individuales. La información moralmente relevante se restringe a la descripción de estados de cosas consecuentes y sus utilidades. En el capítulo 3, me ocupo de las teorías consecuencialistas y utilitaristas de la moralidad y de los derechos.

global universal, lo cual supone, a la vez, la defensa de la conmensurabilidad de los valores.⁴³

Los derechos morales convencionales están respaldados por una justificación moral, por eso una teoría sustantiva de los derechos debe dar cuenta de la manera en la que sus derechos son fundamentados. Para la teoría de la elección consecuencialista un derecho se sostiene solo si su reconocimiento en el contexto de las reglas convencionales promueve el objetivo señalado (y previamente justificado) de manera más adecuada que cualquier otro derecho. La teoría, de nuevo, está integrada al menos por un conjunto de bienes básicos últimos, una operación combinatoria y una función que determine cómo ha de ser promovido el valor.

Como ya fue señalado, para Sumner el valor global maximizador determina el orden moral de cualquier alternativa. El objetivo del sistema es portador de un valor global que resulta de alguna operación combinatoria sobre un conjunto de valores específicos. En tanto que la maximización de valor global es moralmente decisiva, las pérdidas de valores locales son tolerables en nombre del bien mayor. La función de los derechos es, así, constreñir la búsqueda de fines colectivos en tanto confieren a sus titulares seguridad contra las demandas del punto de vista impersonal. La teoría de la elección, acotada de esta manera, determina un dominio respecto del cual un titular tiene control discrecional.

En relación con los derechos-libertad, el dominio está dado por una libertad bilateral. Cuando se trata de derechos-pretensión, el dominio está integrado por los poderes de ejecución y las libertades que habilitan al portador a manipular el núcleo del derecho. El derecho confiere, en últimas, una prerrogativa centrada en el agente (relatividad del agente) y no en el bienestar global (neutralidad del agente), la cual limita

⁴³ La tesis de los derechos como constricciones a la acción rechaza la idea de conmensurabilidad de los valores que protegen los derechos y otros bienes sociales. Robert Nozick (1974) parte del supuesto de que los seres humanos son titulares de derechos, en ese sentido, hay cosas que las personas o los grupos no pueden hacer sin violar esas titulaciones. Los derechos son entendidos como posiciones morales que imponen restricciones directas a la acción, las cuales no están orientadas a la obtención de fines o a la maximización de los resultados. A diferencia de las propuestas que integran los derechos en la evaluación de estados finales, como la de Sumner, esta versión del libertarismo los incorpora como restricciones indirectas a la acción de la forma “no se violarán las reglas R”. De igual manera, las propias acciones están restringidas por los derechos de los demás. Esto no implica que quede descartada la actuación orientada a fines, solo que el comportamiento maximizador es admisible únicamente después de la asignación de los derechos y por fuera de su perímetro protector.

la persecución del objetivo favorecido socialmente a través de los medios más eficientes. La tarea de construir una teoría consecuencialista de la elección supone la integración de un conjunto complejo de procedimientos deliberativos que depende, en buena medida, a juicio de Sumner, de la formulación de una estrategia constructivista de constricciones indirectas a la acción.

Resumiendo, las condiciones de existencia de los derechos morales están dadas por una teoría moral substantiva que, para el caso, es el modelo consecuencialista. En este marco, un derecho es auténtico solo cuando el reconocimiento dentro del sistema de reglas adecuado es el mejor medio para promover un fin determinado. Es necesario, por ello, seleccionar un objetivo común y acreditar que el reconocimiento de un conjunto determinado de derechos lo promoverá de mejor manera. Igualmente, debe ser establecido el vínculo causal entre el objetivo común y la estrategia de incorporación de derechos.

Las dimensiones del derecho son alcance (sujeto y objeto), contenido y fuerza. Ser sujeto de derecho, en ese sentido, supone la capacidad de adecuarse y hacer operativas las constricciones normativas. Así como la agencia es alcanzada en el curso de la maduración de los seres humanos, la capacidad de ser titulares de derechos (morales o convencionales) también lo es. Precisamente, una de las funciones de los derechos es proteger e incrementar la administración autónoma de la propia vida. Por eso, restringir la titularidad de estas entidades normativas a personas con agencia es compatible con el reconocimiento de la importancia moral de los seres con intereses (bienestar) los cuales pueden ser protegidos mediante la imposición de deberes.

Los individuos que tienen intereses, pero que no son autónomos, no tienen derechos. Es más adecuado afirmar que todas las personas tienen buenas razones para proteger sus intereses y que, en ciertas circunstancias, hay deberes derivados de este hecho. En otras palabras, aunque Sumner adopta la tesis de la elección de los derechos, también defiende un análisis del beneficio sobre los deberes. Por esa razón, a su juicio, es conceptualmente admisible tener deberes frente a cualquier entidad que puede ser dañada y que esta, a su vez, tenga expectativas respecto de otros, aunque estas expectativas no tengan la calidad de derechos.

En tanto los bienes que integran la meta global incluyen las condiciones básicas del bienestar y, en tanto el valor global es sensible al bienestar agregado, parece que,

prima facie, hay buenas razones para aplicar esta lógica a la conducta individual en general. En este marco, según Sumner, tiene sentido una teoría de la elección de los derechos en tanto estos incorporan una prerrogativa que permite no actuar con base en lo que genere más valor. El consecuencialismo postula un mecanismo de distribución de dominios de libertad de este tipo, inmunes a la lógica maximizadora que gobierna otros estratos del razonamiento práctico. De esta forma, los derechos habilitan a sus portadores para resguardar áreas de libertad y control contra las acciones de los otros.

Contra la propuesta de Sumner pueden ser dirigidos algunos reproches. A continuación, me refiero a algunos de ellos.

2.4 Crítica a al modelo de Sumner: es una teoría constrictiva que solo precisa cómo opera el mundo normativo por fuera del parámetro protector de los derechos

La teoría de Sumner es muy atractiva, de entrada, por la promesa de combinar el ámbito de las elecciones relevantes con el espectro de los deberes correlativos de beneficencia. Sin embargo, la promesa de una teoría más plural que logre incorporar a los derechos con fuerza perentoria en de un modelo consecuencialista se quiebra cuando empieza la explicación de los derechos. Me explico, Sumner da cuenta del modelo consecuencialista que fundamenta diversos principios, valores, bienes sociales y derechos morales convencionales. Dado que éste es el marco general en el que opera la moralidad, tanto los deberes correlativos a derechos morales, como los vinculados con derechos convencionales responden a este modelo de justificación. En suma, pues, lo que justifica hacer a alguien portador de un deber es el beneficio que puede producir.

Con independencia de si se comparte o no la tesis del beneficio o su definición de los derechos morales⁴⁴, los problemas más serios no empiezan ahí. Cuando Sumner ofrece su versión de cómo están estructurados los derechos desde esta perspectiva parece que ha recorrido un camino argumentativo muy largo para llegar al mismo punto: los derechos determinan dominios de acción de adultos competentes que tienen el poder de controlar su ejecución, es decir, que tienen control en relación con el deber correlativo.

⁴⁴ Para una crítica de la versión de derechos morales ofrecida por Sumner, puede consultarse el primer capítulo.

Parece que la intención de introducir un modelo consecuencialista solo llega hasta cuando tiene que empezar hablar de derechos. Para Sumner, como para las teorías de la elección en general, estos se encargan de proteger los valores fundamentales de una moralidad constrictiva: la autodeterminación y la independencia y son, en ese sentido, constricciones al actuar maximizador en otros ámbitos normativos.⁴⁵ En conclusión, es el mismo modelo de fundamentación de las tesis de la voluntad solo que con el orden de presentación invertido: se refiere primero a cómo funciona la normatividad en general y luego de ello define a los derechos como barreras a los razonamientos colectivistas.

Resumiendo, la exposición amplia que ofrece Sumner sobre el consecuencialismo y sus virtudes es innecesaria para sustentar su tesis sobre la función de los derechos. Dado que estos últimos son barreras de protección de la libertad frente al razonamiento instrumental, la alabanza del razonamiento consecuencialista parece estar fuera de lugar. Para defender sus tesis sobre los derechos como elecciones protegidas hubiera bastado con la presentación de las mismas, el coqueteo con el consecuencialismo deja íntegras sus tesis sobre la función de los derechos en términos de las tesis de la voluntad.

2.5 Virtudes de la teoría de la elección

Las teorías de la elección tienen varias virtudes. En primer lugar, presentan una ventaja intuitiva en relación con lo que cotidianamente se entiende como derecho: logran captar el vínculo estrecho que hay entre el hecho de ser titular del mismo y el control normativo que otorgan a sus portadores. En buena medida, tener un derecho es poder determinar lo que terceros pueden o no hacer y, por eso, ejercer autoridad en relación con un dominio acotado de cuestiones. La conexión, entonces, entre la noción de derecho y la idea de poder de decisión es crucial y no solo un rasgo secundario de ciertas pretensiones en particular (Wenar, 2005).

Además, las teorías de la voluntad dan cuenta del sentido en el cual los derechos reflejan las elecciones de su titular, que sirven al mismo tiempo como fuente de demandas

⁴⁵ De hecho, uno de los defensores más firmes de una moralidad basada en ciertos derechos y de estos como restricciones indirectas, Robert Nozick, estaría de acuerdo con la tesis de Sumner. Solo que Nozick contempla también la posibilidad de incorporar análisis instrumentales de los derechos cuando la defensa de las titulaciones genera catástrofes morales o cuando ha habido despojo en la transferencia de bienes (1974).

perentorias. Cuando un sujeto invoca un derecho, otra persona es la portadora del deber y el contenido del mismo hace que la acción del titular del deber sea decisiva (Simmonds, 1998, pp. 212, 213).

También, dada la importancia que la etiqueta “derechos” tiene en el ámbito práctico (moral, político, jurídico, etc.), es razonable reservarla para situaciones donde lo que esté en juego sea un valor crucial: la autodeterminación. Cuando la autodeterminación es impuesta como requisito conceptual para la atribución de derechos, los poderes de ejecución y renuncia son correlativos presentes en la idea misma de derecho. Esa forma de entender estas posiciones normativas fundamentales ofrece la opción a las personas de decidir y moldear las vidas que quieren vivir y no las que les dicta el bienestar como observador privilegiado de sus “auténticos derechos y aspiraciones” (Steiner, 1998, pp. 234-240).

Los derechos son centrales para la vida de las personas no solo porque les permiten ser soberanos de un dominio especificable, sino para la constitución misma de su personalidad y el ejercicio de su autodeterminación. La posibilidad misma de elegir, y su ejercicio efectivo, permiten a los sujetos construir visiones morales particulares de mundo mediante las cuales expresan, precisamente, su individualidad y autonomía.

La integridad de los sujetos, y su importancia en el ámbito práctico, tiene que ser contemplada seriamente por cualquier teoría decente de la moralidad. La teoría de la elección está comprometida con los intereses humanos, solo que lo hace en términos de protección y únicamente de algunos fundamentales (Wenar, 2005b). En tanto los derechos protegen el aspecto activo, práctico y asertivo de la vida humana, están fundamentalmente vinculados con la constitución de la personalidad moral. En ese sentido, los derechos resguardan intereses humanos, pero solo aquellos relacionados con la autodeterminación, la independencia, la agencia y la dignidad. En atención a eso, los deberes correlativos son básicamente de carácter negativo: de abstenerse de interferir en la acción o elección legítima de otros más que deberes de prestar asistencia. El compromiso de las teorías de la voluntad es con la idea de los portadores de derechos como agentes y electores, no como potenciales víctimas que necesitan recibir ayuda (Waldron, 1984, pp. 11-12).

La teoría de la elección es pluralista en términos de valores y del bienestar individual. Dada la diversidad de bienes intrínsecos, y de formas de vida que los

reivindican, lo correcto no es definible en términos de lo que maximiza un único bien racional. Por el contrario, tener la libertad de deliberar, revisar y perseguir lo que cada uno considera como el propio bien es parte fundamental de lo que implica ser persona y está, además, circunscrito por los principios de corrección. No es posible, entonces, definir por completo el bien racional para las personas morales sin que sean introducidos principios no maximizadores de la corrección. Un modelo de razonamiento práctico debe, por ello, incorporar principios de corrección en el curso de las deliberaciones prácticas sobre el bien.

Contra la tesis de la elección han sido formulados múltiples ataques que ponen en cuestión aún, y sobre todo, las virtudes que acabo de mencionar. A continuación presento, englobadas en cuatro categorías, las razones más fuertes en contra de las teorías de la elección como la propuesta más adecuada de fundamentación de los derechos.

3. Críticas a la teoría de la elección

Las teorías de la elección han sido atacadas por muchas razones, entre ellas, por sus tesis de quiénes pueden ser sujetos de derecho; por la idea de la autonomía y la elección como únicos intereses relevantes a tomar en cuenta; y debido a la trivialidad de sus objetos de tutela. A continuación, presento diversas objeciones a su propuesta de fundamentación de derechos, englobadas según el tópico de la crítica.

3.1 Crítica a los sujetos: las teorías de la elección restringen ilegítimamente los candidatos a titular de derecho

Las teorías de la elección son incapaces de reconocer derechos a un conjunto muy amplio de individuos que deberían ser sujetos de los mismos, tales como adultos incapaces, niños y cierto tipo de animales. Una propuesta de derechos en particular, y de moralidad basada en derechos en general, que no es capaz de reconocer pretensiones válidas ejecutables a un espectro amplio de la población, y de seres sensibles en general, es insostenible. Si lo que está a la base de la teoría de la elección es la idea de derechos como tutelas de la dignidad individual, cerrarle el paso a esta categoría de posibles titulares por no tener capacidad de ejercer poder es atentar contra el valor mismo que busca proteger (MacCormick, 1984, pp. 165-166).

Una de las respuestas de la teoría de la elección a esta crítica es que ella sí reconoce derechos respecto de sujetos que no pueden ejercer poder, solo que el derecho es adscrito a personas diferentes a las denominadas tradicionalmente como titulares. Hay pues, un amplio número de situaciones protegidas solo que quien está investido con el derecho es un agente auténtico. En estos casos lo que debe hacerse es encontrar la persona que tiene la disponibilidad de las pretensiones de los individuos que no califican como titulares de derechos. Por ejemplo, en el caso de la pretensión de no ser torturado por parte de un adulto incapaz o un niño, el titular del derecho sería el juez, o el fiscal de la causa, en cuanto son ellos quienes pueden dar efecto a la discrecionalidad. Otra alternativa es, como arriba fue presentado, entender a estas tutelas, que no están acompañadas por poderes de ejercicio o de renuncia por parte del titular, como inmunidades. Esto permitiría mantenerlas dentro de la lógica de posiciones hohfeldianas y atribuir el poder asociado a ellas a tercero competente.

Lo primero que hay que decir en relación con este argumento es que sostener que el titular de un derecho, por ejemplo a no ser torturado, es el juez o el fiscal de la causa es, cuando menos, extraño. Si, en la lógica de las teorías de la elección, los derechos son pretensiones esto quiere decir que cuando quien pretende carece de la capacidad de formular esa demanda o de ejercerla no tiene derecho alguno. El titular de esa posición hohfeldiana, también del poder de renuncia del deber correlativo, sería el empleado judicial cuya autodeterminación, dignidad o libertad no están en ningún momento comprometidas. (Kramer, 1998, pp. 71-75).

En segundo término, si los derechos de individuos sin poder de decisión son entendidos como inmunidades parece que se están multiplicando ilegítimamente los términos y las posiciones hohfeldianas. La capacidad de ejercicio es accesoria tanto a las pretensiones, como a las inmunidades. Es innecesario dar el salto a posiciones hohfeldianas de segundo orden cuando una definición más adecuada de derecho permite incluir a un universo de sujetos aptos para ser titulares. La conclusión respecto de los sujetos de derecho postulados por las teorías de la elección es, entonces, que son muy pocos los cobijados y para circunstancias muy acotadas debido, sobre todo, a las limitaciones que le impone su definición de objetos de tutela y a su falta de claridad

analítica con relación a la diferencia entre derechos y poderes remediales, como lo muestro más adelante.

3.2 Crítica de los objetos: la elección y la autodeterminación son aspectos morales centrales, pero no son los únicos que deben ser protegidos mediante derechos

La tesis sobre la función de los derechos expuesta por las teorías de la elección las incapacita para dar cuenta de muchos de ellos (MacCormick, 1984, pp. 157-159). No pueden admitir en su marco, por ejemplo, derechos irrenunciables ni derechos inalienables, es decir, derechos que el titular no tiene el poder de ejecutar o de abandonar. Hay muchos derechos que no protegen las elecciones de sus titulares; el problema es que la versión sobre la moralidad de la que parte las teorías de la voluntad es muy estrecha y eso les impide formular una teoría comprensiva de los derechos. Por eso, falla al momento de dar cuenta de cuestiones como derechos inalienables, de sujetos que no son agentes y de condiciones necesarias para el ejercicio de la autodeterminación, entre otros.

Que su objeto exclusivo de tutela sea la elección tomada por adultos competentes genera consecuencias moralmente indeseables. Una de ellas es, como ya lo señalé, que, dado que un amplio rango de candidatos a sujetos de derecho no tiene poder de decisión, quedan descartados como titulares. Además, rechaza la posibilidad de valorar cursos de acción que pueden ir en contra del principio de autodeterminación individual pero que, dadas las circunstancias, resultan ser la mejor opción disponible. Es decir, prohíbe evaluar aún en situaciones en las cuales no desconocer un derecho de menor importancia genera efectos catastróficos.

Una de las razones por las cuales la teoría de la voluntad abarca un rango tan estrecho de objetos de derecho es que confunde los derechos sustantivos con sus garantías. El razonamiento en este punto debería proceder en sentido inverso: porque los niños, las personas que no pueden elegir y, al menos, algunos animales tienen derechos es adecuado desarrollar mecanismos de tutela legal. La existencia de intereses fundamentales es la que explica tanto la adscripción de derechos, como la imposición de dispositivos remediales ante su desconocimiento, no la existencia de dispositivos remediales el indicador de presencia de derechos (MacCormick, 1984, pp. 159-160).

Si se ubica a los derechos en el contexto de propuestas morales más amplias el panorama es otro. Es posible, entonces, postular derechos que, aunque de carácter derivado y en relación constante con otras consideraciones morales, conservan su carácter perentorio. En la medida en que las teorías de los derechos se vuelven más complejas consideran casos de choques entre estos y entre estos y otros valores. Para poder desarrollar adecuadamente estas hipótesis es necesario determinar qué va a entenderse y qué importancia va a darse a los derechos pretensión (Dowding, 2004, pp. 156-157). Este punto será desarrollado en los capítulos dedicados a las teorías del interés.

3.3 Crítica a la trivialidad de lo tutelado: la teoría de la elección está dispuesta a proteger absolutamente objetos de agencia triviales y a ser indiferente frente a eventos que atentan contra los individuos de manera grave

Las hipótesis de protección de los derechos, tal y como son presentadas en la teoría de la elección, son ilegítimamente estrechas. Intereses importantes como el de permanecer vivo, que están generalmente resguardados por derechos inalienables, no tienen cabida o al menos no como derechos (MacCormick, 1984, pp. 156-157). En ese sentido, esta propuesta es incapaz de reconocer, por ejemplo, la pretensión de un sujeto en contra de ser torturado en términos de derechos mientras que reconoce como tales pretensiones mucho menos importantes.

Si se acepta que lo que permite identificar derechos es que protegen ciertas esferas de decisión de los individuos, y se acepta también que los agentes deben tener elección libre, entonces los poderes de ejecución y renuncia, en tanto poderes remediales, no son esenciales para la definición de derechos, sino que son consecuencia de su reconocimiento. La libertad de elección es un interés fundamental de los seres vivos, pero no es el único. La conclusión en relación con los objetos de amparo postulados por las teorías de la voluntad es, entonces, que resultan inadecuados por cuanto muchos de los intereses más importantes no aumentan el perímetro de derechos de una persona, en tanto que los más triviales sí lo hacen.

3.4 Crítica a la idea del “litigante medio”: las teorías de la elección son inadecuadas para contextos constitucionales complejos

Si la tesis sobre la función de los derechos solo aplica, tal y como afirma Hart, al nivel del abogado litigante preocupado por el funcionamiento de los derechos ordinarios (punto de vista interno), entonces es insatisfactoria como teoría de la función de los derechos. Esto en tanto no ofrece herramientas de análisis útiles para entender los derechos como conceptos centrales de la moralidad, la política y lo jurídico (Kramer, 1998, pp. 73-74). Los derechos no son únicamente producto de leyes jurídicas o decisiones judiciales sino que son, por el contrario, elementos transversales a los discursos normativos. Por eso, la explicación de los derechos como la noción que tiene de los mismos un litigante no es suficiente para dar cuenta de la distribución de autoridad y libertad de los diferentes modelos de adjudicación.

Es importante también preguntarse si la definición de la teoría de la elección corresponde a lo que los abogados identifican, a su vez, como derechos; revisar, entonces, qué es eso del abogado preocupado por el funcionamiento de los derechos en la práctica normal del litigio. En sistemas jurídicos constitucionalizados, el derecho ordinario es el mismo derecho constitucionalizado. En consecuencia, ese punto de vista interno expuesto por la teoría de la elección no da cuenta ni siquiera de derechos simples de propiedad en estados que han incorporado derechos fundamentales y principios en la interpretación del derecho ordinario. Tampoco explicaría, en consecuencia, el entendimiento de los “derechos ordinarios” por parte de los litigantes.

Un modelo explicativo que pretende dar cuenta de cómo están justificados los derechos en el ámbito práctico, pero excluye a los derechos que no están en el marco del “entendimiento del litigante medio”, pierde su fuerza explicativa. Dado que, como arriba señalo, no hay algo así como el entendimiento ordinario de los derechos por fuera de la lógica constitucional, la teoría de la elección no sirve para explicar lo que hacen los derechos morales, políticos u ordinarios a los agentes, ni tampoco la idea de derechos con la que operan los participantes en la práctica (punto de vista interno).

En el siguiente capítulo, doy cuenta de una opción de fundamentación de derechos morales que responde a los reparos dirigidos contra las teorías de la elección conservando, al mismo tiempo, las virtudes de ésta. Ello me permitiría ubicar a estas posiciones

normativas en un contexto moral más complejo que el ofrecido por las tesis presentadas en este capítulo.

Capítulo 3. Las teorías del interés: el problema de la fundamentación de los derechos morales

Las teorías del interés son, al menos nominalmente, las propuestas de fundamentación de los derechos morales más aceptadas. Mi impresión es que la etiqueta es adoptada, en el caso de muchos filósofos del derecho y de otros tantos defensores de derechos humanos, pero no las consecuencias de asumirla. Quiero decir, aunque las virtudes de las teorías del interés son destacadas en relación con el rango de derechos que admiten y los tonos pluralistas de su discurso sobre los valores, esto es hecho con base en postulados propios de las teorías de la elección y del estatus.

Los derechos son entidades normativas con un alto grado de importancia, pero no absolutas. Considero que esto las ubica en el terreno delicado de la negociación con otros bienes sociales que es, no obstante, el espacio al que pertenecen. Suscribir, entonces, las teorías del interés es comprometerse con determinadas versiones del bienestar personal y social y con los estándares con los que son justificados esos intereses.

En este capítulo quisiera defender la tesis de que las teorías del interés son la más adecuadas tanto para entender a los derechos en términos hohfeldianos, como para explicar cuál es su función y por qué son moralmente relevantes. Me gustaría mostrar, además, que una exposición adecuada de los derechos como intereses protegidos implica la defensa de determinada idea de bienestar y, por esa vía, de cierta estructura de justificación. Esto implica tomar en consideración no solo las opciones del instrumentalismo en general, sino también los postulados del consecuencialismo que vale la pena conservar.

La idea es, entonces, que las teorías del interés son las más adecuadas como alternativa de fundamentación de los derechos morales. Lo anterior porque (1) incorporan un rango amplio de derechos entre los cuales se encuentran titulaciones morales fundamentales y principios excluidos por las tesis de la elección; (2) reconocen derechos a titulares que no tienen, al mismo tiempo, poderes de ejecución y de renuncia tales como los adultos incompetentes, los niños y algunos animales; (3) tienen ventajas intuitivas por cuanto explican la idea común de que hay un vínculo estrecho entre la idea de ser portador de derechos y el hecho de “estar mejor”; y (4) ubican a los derechos en un

panorama moral más complejo en el cual hay que tomar en cuenta las relaciones de interdependencia y los posibles conflictos con otros valores.

El propósito general de este apartado es presentar los puntos centrales de las teorías del interés y las razones por las cuales considero a éstas las tesis más adecuadas en relación con la fundamentación de los derechos. Mis propósitos específicos son, en primer lugar, dar cuenta de algunos de los supuestos que estructuran las nociones de interés y bienestar que fundamentan en buena medida la idea de derechos. En relación con lo anterior, me gustaría señalar cómo es posible articular las teorías del interés sobre los derechos con algunos rasgos del consecuencialismo como doctrina moral.

El capítulo está dividido en cinco secciones. Empiezo por presentar dos propuestas sobre la función de los derechos: la teoría del beneficio de Jeremy Bentham y la de las obligaciones de justicia de John Stuart Mill. Escogí a estos dos filósofos porque, además de ser los precursores de las corrientes consecuencialistas (específicamente utilitaristas), plantean debates que se mantienen vigentes en relación con las nociones de derechos, deberes, interés y bienestar. Además de lo anterior, las críticas en contra de sus postulados me permiten, en la siguiente sección, cualificar las premisas de las teorías contemporáneas del interés.

En segunda instancia, me refiero a las características generales de la teoría contemporánea del interés, en especial a cuestiones como la titularidad, los objetos de tutela y los deberes correlativos. En tercer lugar, doy cuenta de los vínculos que puede haber entre las teorías del interés y las tesis instrumentales de los derechos, en particular, el utilitarismo de regla y el consecuencialismo. Como cuarto punto, presento las objeciones que han sido dirigidas contra las tesis instrumentales del interés sobre los derechos y cómo pueden ser respondidas. En quinto, y último lugar, indico las conclusiones que se siguen de esta discusión y sus vínculos con el plan general del argumento de la tesis.

1. Las teorías del interés sobre las funciones de los derechos: las tesis clásicas

La idea de que los derechos están justificados en razón de los intereses que protegen es compartida tanto por las teorías de la elección, como por las del interés. Lo que marca la

diferencia no es que haya o no intereses vinculados con la función de los derechos, sino cómo son definidos y qué lugar ocupan en la teoría moral en la cual están inscritos.

Me explico, las teorías de la voluntad (o de la elección) afirman que los derechos protegen intereses fundamentales de autodeterminación, independencia y control de los agentes sobre sus decisiones, de la lógica agregativa de la maximización.⁴⁶ Las teorías del interés sostienen, por su parte, que los derechos pueden ser justificados a partir de los intereses que protegen y promueven y, a su vez, estos intereses están directamente relacionados con la idea de bienestar. En ese sentido, la denominación “teoría del interés sobre los derechos” tiene que ser cualificada para individualizar una propuesta.

Las teorías contemporáneas del interés tienen como antecedentes directos a la del beneficio de Jeremy Bentham y la de las obligaciones de justicia de John Stuart Mill. Son estas preocupaciones iniciales, muchas de las cuales siguen vigentes, las que anticipan el conjunto de formulaciones denominado actualmente “teorías del interés”. Quisiera anotar de manera preliminar que, si bien la propuesta de Bentham es fundamental para entender a las teorías del interés en términos del deber de beneficio, los postulados de Mill permiten matizar la idea de intereses como fuente de derecho. Las nociones normativas derivadas de este tipo de utilitarismo son más operativas que las que resultan de las tesis puramente maximizadoras de Bentham.

A continuación, presento las características generales de las propuestas benthamiana y milliana para, a partir de las críticas que fueron dirigidas contra éstas, precisar los rasgos centrales de la teoría del interés.

1.1 La teoría del beneficio de Jeremy Bentham

La propuesta moral de Jeremy Bentham es utilitarista, es decir, afirma que lo que tiene valor moral en sí mismo es la felicidad social final. Los derechos son instrumentos para el logro de esa meta colectiva y los deberes correlativos a cada derecho están justificados en la medida en que benefician al titular del derecho. En el modelo utilitarista el placer o la felicidad están relacionados con las acciones como el efecto a la causa, por eso, la importancia de las acciones es meramente derivativa en tanto las consecuencias son lo que

⁴⁶ Al respecto puede revisarse el capítulo 2.

tiene valor moral, no los actos en sí mismos. En suma, la corrección de las acciones está subordinada a la bondad de las consecuencias que producen y la bondad es definida en términos de felicidad.

El sujeto que actúa de manera correcta trata de obtener el mayor beneficio, este criterio de juicio para la acción individual se hace extensivo a la acción social en tanto que asociación de personas. Esto es, así como el bienestar de un individuo está compuesto por las unidades de satisfacción presentes a lo largo de su vida, el bienestar social es producto de la satisfacción de los sistemas de deseos de los individuos en la sociedad. El principio de justicia para un individuo prescribe la búsqueda, hasta donde sea posible, de la satisfacción de su propio sistema de deseos. Para la sociedad, por su parte, el mandato es perseguir el mayor grado de bienestar, que a su vez está compuesto por los sistemas de deseos de los sujetos que la integran.

Bentham alega contra los derechos naturales (análogos a lo que hoy conocemos como “derechos morales”) que no puede haber derechos sin leyes ni, en consecuencia, leyes morales naturales (Sumner, 1985, pp. 113-114). Su razonamiento es éste: tener un derecho implica ser beneficiario de algún deber a cargo de otros, en razón de eso, el concepto de derecho incluye analíticamente al de deber. Por su parte, el concepto de deber solo es concebible si hay alguna ley que lo incorpora e impone; no puede haber, entonces, derechos sin deberes correlativos. Se sigue, así, que no puede haber derechos sin leyes, con lo cual quedaría refutada la doctrina del derecho natural.

En suma, este utilitarismo de derechos apunta a que tanto las leyes, como sus instituciones deben ser funcionales al bienestar general. Los derechos políticos y morales implican una contradicción en los términos en tanto la condición de surgimiento y aplicación de la ley son los gobiernos y no al contrario. Dado que no es claro cuál es la conducta que debe ser exigida, contra o en beneficio de quién, se trata de meras aspiraciones infundadas más que de auténticas entidades normativas.

En relación con los derechos legales, puede afirmarse que P tiene un derecho si Q tiene el deber de realizar o de omitir un acto que está en el interés de P (en los sistemas utilitaristas todos los deberes tienen como propósito otorgar algún beneficio al titular del derecho). En otras palabras, un derecho tiene como correlativo un deber solo si es posible individualizar tanto al titular del beneficio, como al obligado a esa prestación. A su vez, ser

titular de un derecho implica solamente que alguien es beneficiario de una obligación (Waldron, 1984, pp. 9-11).

Para entender adecuadamente los derechos, a juicio de Bentham, es necesario descomponerlos en categorías más básicas (de manera similar a la ideada por Hohfeld⁴⁷). Es posible razonar en términos del lenguaje jurídico a partir de la pregunta sobre la diferencia que implica para un sujeto la titularidad de un derecho. La respuesta a esta pregunta es, de manera invariable, que los derechos hacen una diferencia por cuanto son derivados de deberes legales beneficiosos correlativos. Los portadores de derechos son, entonces, los sujetos de los deberes de beneficio.

Por su parte, el carácter relacional de los deberes activa la noción de beneficiarios. Una persona tiene un deber si hay una pretensión en contra suya y una regla del sistema impone un deber del cual el titular del derecho resulta beneficiado. Los derechos son conferidos siempre que las reglas que imponen deberes están justificadas de acuerdo con el test de la utilidad, si son, pues, medios idóneos para la maximización de la felicidad. Las buenas leyes sirven a los intereses de los individuos y, por tanto, confieren derechos.⁴⁸

Los intereses, a su vez, compiten entre sí y naturalmente entran en conflicto. Para la teoría clásica, la ley positiva es el medio idóneo para definir y poner en orden los límites de los diversos derechos y deberes correlativos (Simmonds, 1998, pp. 138-140). Así, las leyes son legítimas debido a su capacidad de dar respuestas a los potenciales conflictos de intereses, y de reflejar la complejidad de los objetivos e inquietudes humanas.

En otras palabras, la ley está al servicio de ciertos bienes y es legítima en la medida en que posibilita la solución de algunos conflictos de intereses. En consecuencia, el razonamiento legal no es autónomo ni diferente al cálculo general de la política pública y, por eso, la ley opera en la lógica del razonamiento instrumental.

En conclusión, el utilitarismo de los derechos propuesto por Bentham apunta a que tanto las leyes, como sus instituciones, deben ser funcionales al bienestar general. Los derechos políticos y morales implican una contradicción en los términos en tanto la

⁴⁷ La teoría de las relaciones jurídico-normativas de Hohfeld puede revisarse el capítulo 1.

⁴⁸ Una objeción recurrente contra la teoría del beneficiario es que, en ocasiones, quien se beneficia no es el titular del derecho o hay varios beneficiarios, pero solo uno (o algunos) es el titular. Más adelante, cuando presente la teoría cualificada del beneficio, indico cómo puede ser respondida esta crítica.

condición de surgimiento y aplicación de la ley son los gobiernos y no al contrario. Los derechos auténticos no solo no son naturales, sino que pueden ser reducidos a la categoría básica del razonamiento moral y jurídico: la de deberes (Lyons, 1994, pp. 151-154). Estos derechos surgen, pues, de obligaciones benéficas que aseguran a los individuos la posesión de cierto bien. Tener un derecho, en estos términos, implica ser beneficiario del deber de otro.

A continuación, presentaré la propuesta sobre derechos de J. S. Mill. Aunque este autor es utilitarista su propuesta normativa le permite incorporar consideraciones que quedan fuera de las formulaciones de Bentham. Esto hace que un modelo como la de Mill sea más adecuado para justificar y articular una teoría del interés de la fundamentación de los derechos morales. Al terminar este apartado retomaré las críticas contra el utilitarismo de derechos.

1.2 La relación indirecta entre las obligaciones y el beneficio: la propuesta de John Stuart Mill

Para John Stuart Mill las obligaciones morales, de justicia, o jurídicas no son producto de los cálculos directos de bienestar en un estado de cosas determinado. Por eso, es necesario empezar por distinguir entre diversos tipos de utilidades: por una parte, las derivadas de los derechos y, por otra, las que proceden del incremento de la felicidad derivada de otros bienes. Sostiene, entonces, que hay que incorporar la categoría de derechos morales a la teoría ética con el fin de contar con un criterio de distinción entre derechos legales y moral.

La justicia estaría dada en términos del respeto de los derechos morales de los cuales son titulares todas las personas, estén o no incorporados en un texto legal. Por esa razón, no hay contradicción entre la justicia que está orientada a la protección de derechos fundamentales y la defensa de una moralidad política utilitarista, en tanto el respeto de esas entidades forma parte de la utilidad misma. En ese sentido, un derecho es algo que debe ser salvaguardado en razón de su utilidad general (Hart, 2003, pp. 20-23). La justicia y el respeto de los derechos reportan un provecho que los sujetos tienden a valorar más.

En tanto los derechos individuales defienden intereses particularmente relevantes para las personas, la utilidad que genera su respeto hace más vinculantes a estos preceptos

normativos. Por eso, comparativamente, el bienestar producido por estas entidades debe ser ubicado en una escala superior al reportado por otro tipo de placeres. Mill formula de tal manera la protección de la utilidad derivada de la tutela de derechos e intereses básicos y a la incorporación de esos derechos en de la teoría de la justicia, que hace a su formulación concordar con algunas propuestas acerca de los derechos morales (Mill, 2007, pp. 48-80). Veamos.

Las demandas propias de las normas morales buscan asegurar las capacidades distintivamente humanas de pensamiento, elección racional y acción. Dado el tipo de bienestar que reportan, estos derechos deben ser reconocidos a todos los seres humanos mediante un criterio distributivo amplio. La razón para reconocer, entonces, intereses individuales no es el incremento de la utilidad general, sino la maximización de un tipo selecto de bienestar no obtenible a través de otros placeres. Si bien los derechos básicos están justificados en términos del utilitarismo tipo Bentham, intereses como la libertad asociada a ellos producen un beneficio diferente. Son, en la doctrina de Mill, las moralidades básicas que deben ser maximizadas de manera prioritaria.

Mill se aparta del utilitarismo de acto al no postular solo a las consecuencias óptimas derivadas como fundamento de permisibilidad de una acción (Brink, 1993, pp. 72-76). Un acto es permisible, entonces, solo en el supuesto de que no sea un acto incorrecto y, un acto es incorrecto solo si la sanción que se le imputa tiene buenas consecuencias.

Acepta la versión estándar de maximización, de acuerdo con la cual, un acto es obligatorio solo en la medida en que genera consecuencias tan buenas como cualquier otro acto disponible para el agente. La satisfacción del deseo como medida de utilidad consiste, así, en lo que la persona necesita para satisfacer esas preferencias. Ahora bien, la felicidad (como satisfacción del deseo) depende no tanto de ciertos estados mentales subjetivos, como de un parámetro objetivo constituido por algunos rasgos de carácter y el ejercicio de ciertas capacidades. Su valor es independiente de la suma total de placeres o de si son o no objeto de deseo.

Estas capacidades a las que se refiere Mill están vinculadas con el ejercicio de placeres superiores, que define como las preferencias de un juez competente. Ninguna magnitud de satisfacción obtenida de otro tipo de fuente logra ser mayor al bienestar generado por estos. Resulta, entonces, que desde la lectura objetiva de los placeres el

provecho vinculado a estas actividades y ejercicios tiene que ver con las actividades en sí, más que con los estados mentales que producen. La felicidad está, de esta manera, integrada por una gama de componentes no mentales que, como partes de ésta, son bienes en sí mismos y son, además, plurales. Dado que, como arriba señalo, la felicidad está constituida en buena medida por el ejercicio de las capacidades superiores, la deliberación racional como capacidad superior es condición necesaria de ese bienestar.

Precisamente, este ejercicio de la capacidad superior de deliberación racional es una de las puertas de entrada a los derechos en la propuesta de Mill. En el contexto de este utilitarismo, los derechos son portadores de una fuerza dialéctica especial en el debate moral y político en el que tutelan intereses fundamentales de los individuos e imponen límites a lo que puede ser hecho a los sujetos en nombre de la obtención del mayor provecho colectivo.

Los derechos son, entonces, una pretensión individual que la sociedad debe proteger y procurar. La relevancia de ciertas libertades -la suya pretende ser una teoría liberal- es explicada, de nuevo, a través del ejercicio de las capacidades superiores. Dado que ciertas libertades son más importantes que otras, las defendidas por su doctrina son éstas y no un derecho general a la libertad. El Gobierno debe, bajo estos supuestos, legislar con base en los intereses de la comunidad, entre los cuales están el ejercicio de determinadas libertades y de las capacidades racionales individuales.

La teoría del bienestar de Mill es pluralista, aunque confiere mayor peso a determinados bienes intrínsecos. Pese a que los diversos tipos de libertad no son bienes en sí mismos, algunos de ellos son condiciones necesarias para la ejecución de las capacidades superiores, como componentes centrales del bienestar humano. Las libertades esenciales para el ejercicio de los placeres superiores son bienes dominantes y, por eso, son protegidas por derechos. El respeto de estos derechos es la forma de maximizar los intereses humanos que protegen (Brink, 1993, pp. 83-84).

Resumiendo, Mill construye un esquema de derechos morales individuales basados en la utilidad (en cierto tipo de utilidad). Defiende, por eso, la tesis de que el utilitarismo como teoría moral puede incorporar esos preceptos normativos de manera sustantiva (Frey, 1985, pp. 64-68). El carácter de persona ofrece el argumento de más peso en favor de los derechos, en ese sentido, si algo está en la esfera privada queda cobijado por esa tutela. Un

acto individual es correcto si no viola ninguna obligación moral, pero las obligaciones morales no se autojustifican, sino que apelan a los intereses superiores que protegen.

La justicia está integrada por las reglas que amparan intereses que deben ser considerados como derechos, es decir, que hay algún argumento sólido para respaldar la adscripción correspondiente de derechos morales. Las obligaciones orientadas a proteger intereses especialmente valiosos tienen como correlato, entonces, derechos (Lyons, 1994, pp. 143-146).

El nivel más alto de juicios normativos corresponde a los valores que son invocados para establecer principios morales. El valor que opera en este nivel es el de la felicidad provocada por los placeres superiores. Se sigue, entonces, que los principios de derechos y obligaciones morales tienen relación directa con cierto segmento privilegiado de utilidad, relación que no tienen los juicios de corrección individualmente considerados. Los actos individuales deben ser juzgados de acuerdo con su respeto de derechos y obligaciones, nunca en atención a los dictados del utilitarismo directo. Esos supuestos permiten, de esta manera, que la teoría de Mill no colapse en utilitarismo directo. Los conceptos morales están estratificados hasta tal punto que las interacciones pueden darse entre estratos adyacentes, pero nunca entre niveles distantes. Estos requerimientos conceptuales dan paso a los derechos morales en este marco utilitarista (Lyons, 1994, pp. 457-459).

1.3 Críticas a la teoría tradicional del beneficio y del interés

Las objeciones a la teoría tradicional pueden ser divididas en dos categorías: las que atacan su estructura utilitarista-consecuencialista y las que objetan su noción de derecho como correlativo de un deber beneficioso. Las críticas al utilitarismo sobre su forma de incorporar derechos sostienen que esa teoría enfrenta muchos problemas cuando intenta justificar tales entidades. La cuestión es la siguiente: si el bienestarismo puede introducir derechos debe poder hacerlo de manera satisfactoria, lo que no es el caso. Aunque hay razones utilitaristas para respetar derechos legales justificados, estas razones no son equivalentes a la fuerza moral que tienen los derechos en tanto no pueden desplazar por sí mismas argumentos de utilitarismo directo que respalden otro curso de acción.

Además, la evaluación de la conducta está dominada por argumentos de consecuencialismo directo, por eso no puede reconocer la fuerza moral que suponen los derechos legales justificados. Esto implica una inconsistencia en la teoría ya que, por un lado, el utilitarismo está habilitado (y en ocasiones, moralmente obligado) para ignorar la fuerza moral de los derechos y, por otra parte, está comprometido con el reconocimiento de su importancia en tanto los considera moralmente justificables, al menos en el contexto de una propuesta como la de Mill.

El objetivo principal del utilitarismo es la promoción del bienestar, por eso, los argumentos de utilitarismo de acto siempre están disponibles para el logro de ese fin. El agente debe estar dispuesto a violar derechos legales moralmente justificados, los cuales se supone que prevalecen, precisamente, frente a los razonamientos de corte utilitarista directo e incremental. De la presencia de argumentos utilitaristas que respalden el respeto de derechos en casos determinados no se sigue que el cumplimiento generalizado de las reglas maximiza los resultados, ni que el utilitarismo defienda la obligatoriedad de respetar derechos en todos los casos. En suma, aunque a veces el respeto de los derechos coincide con los objetivos del utilitarismo, esta doctrina, al menos en su forma más simple, no genera deberes incondicionados de respeto.

En términos de la estructura consecuencialista de Mill, que permitiría incorporar derechos, se presenta otra incompatibilidad. Ésta se configura debido a que si, por una parte, se quita el consecuencialismo a los derechos la doctrina deja de ser utilitarista, pero si se incorporan los derechos junto con sus consecuencias, las entidades que queden incluidas serían meros espectros de los derechos como son regularmente concebidos.

El rasgo consecuencialista de la teoría la obliga a tratar a los derechos morales de la misma manera que trata a las reglas de este tipo. La tesis que sostiene que los actos son correctos exclusivamente en virtud de sus consecuencias, es incompatible con las tesis que permiten a los derechos, aunque sea parcialmente, determinar la corrección de los actos. El modelo, por eso, fracasa en su tentativa de introducir el cumplimiento y la no realización de los derechos en la evaluación de estados de cosas a través de la métrica de las utilidades.

1.4 Objeciones a la idea de deber de beneficio

La intención de Bentham de fundamentar todos los derechos en que haya un deber correlativo impuesto por la ley implica tratar a los derechos como meros reflejos de deberes lógicamente prioritarios. Los derechos no necesariamente son derivados de las leyes, pero, aun admitiendo esta hipótesis, la tesis de la correlatividad lógica no se sostiene. Hay casos en los que la decisión legislativa de reconocer ciertos derechos, a determinados individuos, que satisfacen ciertas condiciones genéricas es anterior al otorgamiento o aplicación del deber correlativo (MacCormick, 1979). Los derechos, entonces, son los prioritarios en tanto que fuente de deberes. En síntesis, muchos derechos existen sin necesidad de leyes previas y son estos los que dinamizan y dan lugar a los deberes asociados.

Tampoco es necesario que todos los individuos que sean portadores de un derecho moral o legislativo lo perciban como un beneficio o una tutela. La función del derecho es conferir la que, en términos generales, es considerada una ventaja que permite incluir casos de beneficio con frustración subjetiva. Adscribir el derecho a recibir cierto trato a los miembros de una clase es, en circunstancias normales, un beneficio para ellos. El objeto de ese derecho es tan importante, entonces, que es incorrecto negarlo, independientemente del grado de felicidad o insatisfacción que esa titulación pueda generar.

Por otra parte, si beneficiarse con la conducta de un sujeto es, sin más, definitivo para afirmar que alguien es titular de un derecho, habría una cantidad enorme de pretensiones contra individuos cuyo actuar incrementa, así sea de manera ínfima, el bienestar de alguien más. La teoría de los deberes de beneficio incluye en esta categoría a los terceros beneficiarios de un derecho del que, originalmente, es titular otra persona. Esto hace inmanejable a una teoría que pretenda identificar y ofrecer un criterio para adjudicar derechos, en tanto la red de posibles favorecidos con conductas de otros es prácticamente infinita.

En suma, esta propuesta multiplica ilegítimamente el estatus de titular de derecho, en tanto no cualifica el tipo de beneficio al que da lugar esta titularidad. Para el utilitarismo formulado por Bentham y Mill, todo incremento de la utilidad cuenta, por eso hay tantos titulares como beneficiados con esos aumentos, así sean marginales.

La cuestión se vuelve más compleja si se toma en cuenta que a partir de los derechos no solo son especificados beneficios, sino también son individualizados daños y remedios compensatorios. Quiero decir, si beneficiarse con una prestación hace a una persona titular de un derecho, habría que determinar en qué hipótesis alguien debe beneficiarse y no lo hizo y, en ese sentido, deslindar responsabilidades relativas a quien genera el daño. Habría, así, que señalar a los presuntos portadores de deberes que con su actuar omisivo dañaron a un sujeto de derecho-potencial beneficiario.

En conclusión, los reparos contra la teoría del beneficio, y contra la filosofía utilitarista en la cual está inscrita, coinciden en esto: el utilitarismo, aun en la versión refinada, está separado por una brecha insalvable de la doctrina de los derechos morales. Eso en tanto el principio maximizador termina por superar necesariamente a las utilidades, aunque sean superiores, que pudieran reportar los derechos. Lo anterior queda claro al constatar la imposibilidad de esta doctrina de demostrar que la utilidad general asociada al respeto de los derechos es maximizada con la distribución igual de los mismos a todos los individuos.

A continuación, quisiera presentar cómo aunque las ideas de derechos, interés y beneficio postuladas en las versiones clásicas del utilitarismo de Bentham y Mill son inadecuadas para fundamentar la noción de derecho moral, algunos aspectos de su teoría sirven para avanzar una propuesta del interés en relación con esa justificación.

2. Las teorías contemporáneas del interés

Hay un vínculo estrecho entre las teorías del beneficio y el utilitarismo. Bentham y Mill dinamizan la reflexión sobre estos asuntos y el utilitarismo posterior se encarga de estrechar el vínculo explicativo entre teorías del interés y las tesis del bienestar. Las teorías contemporáneas del interés, por su parte, pretenden aislar el imperativo maximizador asociado a dos de sus nociones básicas: las de interés y bienestar. En ese sentido, es importante enfatizar los puntos de quiebre entre las versiones clásicas y contemporáneas sobre el interés, pero también destacar la persistencia de algunas virtudes propias de las propuestas tradicionales. En esta sección quisiera dar cuenta de estas rupturas y continuidades en las teorías del interés acerca de los derechos.

Las teorías contemporáneas del interés tienen tres tipos de desafíos principales a los cuales responder: (i) los planteados directamente contra la teoría tradicional del beneficio; (ii) los formulados por la teoría de la elección; y, por último, (iii) los reproches según los cuales la teoría del interés es solo otro nombre dado al utilitarismo de los derechos (algunas de las críticas se superponen). Comienzo por dar cuenta de los rasgos generales de la teoría del interés sobre la fundamentación de derechos. Luego de ello me refiero a su carácter de doctrina instrumental y a sus vínculos con el consecuencialismo de regla. Finalmente, doy cuenta de cómo responde esta propuesta a los tres desafíos señalados anteriormente.

2.1 Generalidades

La idea básica común a las teorías del interés es que todos los derechos protegen algún aspecto del bienestar personal, que puede o no estar vinculado con la libertad individual (Kramer, 1998, pp. 61-62). En general, el interés es entendido por estas propuestas como algo de valor de acuerdo con un trasfondo moral determinado y que, por ello, debe ser protegido de una manera estructural (Bamforth, 2001, pp. 6-7). En ese sentido, es necesario, pero insuficiente, para ser titular de un derecho que preserve algún interés.

Las teorías del interés limitan el término “derecho” a las posiciones normativas que protegen o promueven el bienestar individual (Wenar, 2005, p. 237). Pero, a diferencia de la propuesta de Bentham, no sostienen que alguien tiene un derecho cada vez que se beneficia de un deber o que un deber es impuesto para la realización de su beneficio. En cambio, afirman que puede atribuirse titularidad de un derecho siempre que la protección o promoción de un interés sea reconocido por una teoría o por un sistema normativo como una razón para imponer deberes a otros (Waldron, 1984, pp. 9-12).

Teóricos contemporáneos del beneficio como David Lyons (1994) defienden una versión cualificada según la cual son titulares de derecho quienes se benefician del cumplimiento del deber, no solo a quienes se benefician sin más. En ese sentido, alguien es beneficiario de un deber solo si el provecho es directo e intencionado.⁴⁹ Los derechos son,

⁴⁹ La propuesta de Lyons, aunque formulada en términos diferentes, es muy similar a la desarrollada por Adam Smith en relación con la diferencia entre los deberes de justicia y las prestaciones de benevolencia. Al respecto puede consultarse el capítulo 1.

entonces, conjuntos de ventajas hohfeldianas que tienen como objetos intereses protegidos.⁵⁰ El titular del derecho es el beneficiario de un conjunto de deberes o aquél cuyo interés genera la imposición de deberes. El beneficiario del conjunto de deberes es el titular de la pretensión, es decir, los derechos están integrados completamente por posiciones hohfeldianas de primer orden. El titular lo es en virtud de que algunos de sus intereses están protegidos por deberes que vinculan a otros (Sumner, 1985, pp. 32-52). Así, quienes por azar son beneficiados con el cumplimiento de una prestación, como en el caso de quienes mejoran su situación con el cumplimiento de deberes públicos, no son en razón de eso titulares de derechos correlativos.

Como explico más adelante, es posible hablar, desde las teorías del interés, de derechos antes de precisar quién tiene la obligación de cumplir con el deber, esto implica también que hay empleo diferente de las posiciones hohfeldianas. No se trata solamente de pares correlativos o de posiciones de primer o segundo orden, sino de conjuntos complejos e interrelacionados de vínculos hohfeldianos. Esto permite, también, agrupar los vínculos de correlatividad en relación con los intereses que protegen y las diversas formas de tutelarlos.

Un ejemplo tal vez ayude a ilustrar el punto. “Los Testigos de Jehová” es una congregación religiosa que considera que la transfusión de sangre es un procedimiento pecaminoso, peligroso e innecesario. Por eso, sus integrantes llevan una placa colgada en el cuello que avisa al personal hospitalario que, en caso de emergencia, no deben realizarse intervenciones que involucren sangre de un tercero. Se pide también a quien atiende a los accidentados que busque tratamientos alternativos con el fin de preservar su vida.

No me interesa en este momento ocuparme del tipo de conflicto que el caso plantea, ni de las alternativas de solución. Quisiera más bien enfatizar el tipo de relaciones que podrían estar involucradas y cómo una teoría de la elección de la fundamentación de los derechos no tendría cómo explicar muchas de ellas.

En primer lugar, es relativamente claro que no se trata de un problema que se plantee adecuadamente solo con los recursos de la relación entre pretensión y deber. Quiero decir, aun en el supuesto de que la persona involucrada en el accidente es un adulto

⁵⁰ Una exposición más detallada de la teoría de Hohfeld sobre relaciones jurídicas puede revisarse el capítulo 1.

plenamente capaz y que, dada su religión, está en contra de las transfusiones de sangre, quedaría por determinar si el que esa sea la única intervención adecuada en el momento para salvar su vida o para facilitar una supervivencia en mejores condiciones afecta el deber hipotético de quien lo atiende de respetar absolutamente su voluntad. Esto en la medida en que al menos uno de los intereses más importantes en la situación, recuperar la salud del lesionado, es presumiblemente compartido por ambas partes.

También habría que determinar hasta qué punto, dado que el objetivo del personal sanitario y del paciente coinciden, eso hace que el deber de atender la emergencia vaya acompañado de un poder por parte de los especialistas de modificar la pretensión inicial del lesionado y, en ese sentido, realizar el procedimiento aún en contra de la voluntad inicial de la persona. Como consecuencia de esa relación hohfeldiana de segundo grado, el poder de los trabajadores clínicos implicaría la sujeción del testigo de Jehová a la modificación de su pretensión, dada la finalidad principal de conservar su vida.

O bien podría interpretarse que la decisión de la persona religiosa de lo que implica recibir sangre contaminada es tan dramática y afecta en tal medida sus condiciones de supervivencia, que ese interés prima y justifica el establecimiento de una inmunidad en relación con los poderes que en otro caso activarían su condición física. Los profesionales hospitalarios serían incompetentes para modificar la pretensión de no ser intervenido y tendrían, de esa manera, la obligación de respetar la decisión del paciente, aun cuando eso no implique que la conservación de su vida sigue siendo un interés compartido por los dos.⁵¹

Como dije antes, no me importa en este momento determinar el tipo de conflicto entre derechos que se configura en este caso o cuál pueda ser su solución. Quisiera más bien dejar claro que se trata de un caso complejo, en el que están involucrados varios intereses fundamentales, protegidos por una red de relaciones hohfeldianas que no se agotan en el vínculo pretensión-deber. Para elaborar el punto, a continuación, reviso

⁵¹ En la novela *The Children Act*, de Ian McEwan, una jueza de familia tiene que decidir un caso muy similar al que presento en el ejemplo. Muchos de los temas abordados en esta tesis, y de las perplejidades que provocan, son abordados en ese libro. Agradezco a Javier Yankelevich el hacerme notar las coincidencias entre una y otra.

algunas de las propuestas en relación con las teorías del interés y su manera de articular situaciones como ésta (Moreso, 2010).⁵²

Una de las definiciones más citadas de lo que es un derecho es la formulada por Joseph Raz, según la cual, alguien tiene un derecho si algún aspecto de su bienestar es la base para hacer de otro un portador de deber (Raz, 1996, p. 255). Los derechos pueden ser entendidos, entonces, como asociados a intereses protegidos, valiosos intrínseca o instrumentalmente. Según Raz: *X tiene un derecho si y solo si X puede tener derechos y, en igualdad de condiciones, un aspecto del bienestar de X (su interés) es razón suficiente para sostener que otra persona tiene un deber* (1988, p. 166).⁵³

El principio de capacidad para tener derechos prescribe que solo son titulares de derechos los individuos con valor último o las personas artificiales (un sujeto colectivo). En cualquier caso, para entender lo que son los derechos no basta con presentar esta definición y la precisión de quiénes tienen capacidad para ser titulares. Dado su marcado carácter práctico-normativo, la comprensión adecuada de este concepto debe estar integrada por los argumentos políticos, legales y morales relevantes. Por eso, las propuestas que pretenden aislar la doctrina de los derechos de las valoraciones morales sustantivas son propuestas empobrecidas, que no pueden dar cuentas de la forma y función de los derechos tal y como son entendidos y usados concretamente.

Los derechos son identificados, además, por el papel que cumplen en el razonamiento práctico de ser conclusiones intermedias entre los intereses del titular y los deberes de otros. El que una persona tenga un derecho significa, entonces, que un interés suyo es condición suficiente para que otro tenga el deber de realizar cierta acción que lo beneficia como titular de la prestación, o cuya mera existencia sirve de alguna manera a ese interés. Se infiera que un derecho queda justificado cuando el interés al que ha de

⁵² Casos similares a éste han sido resueltos por muchos Tribunales. Al respecto pueden revisarse los siguientes fallos de la Corte Constitucional colombiana: T-411 1994, T-474 de 1996, T-659 de 2002; del Tribunal Constitucional español: STC 6/1988, STC 40/1992, y STC 240/1992. También puede consultarse el artículo de Juan José Moreso que se refiere explícitamente al caso de los testigos de Jehovah y las transfusiones de sangre en el contexto de los conflictos entre derechos (2010).

⁵³ Formulaciones similares pueden ser encontradas en Raz (1988, pp. 168, 194) .

servir es individualizado y las razones que explican por qué ha de ser tomado en serio son fundamentadas (Raz, 1996, p. 260).⁵⁴

Ahora bien, he dicho que los derechos tienen por objeto la tutela de intereses fundamentales o de intereses derivados de estos, pero ¿qué sujetos son titulares de estos derechos? En el siguiente apartado exploro este asunto para, más adelante, regresar a la cuestión de los asuntos protegidos.

2.2 Sujetos de derechos

Algunas teorías del interés reconocen titularidad de derechos a adultos incompetentes, niños, y ciertos animales. Esto en tanto que ser titular de un derecho implica tener los propios intereses protegidos de ciertas maneras mediante la imposición de constricciones normativas sobre las acciones de otros, y no solamente ser soberano a pequeña escala de deberes correlativos⁵⁵ (MacCormick, 1984, p. 155).

Dado que uno de sus focos de atención es la preservación del bienestar, esto le permite abrir la categoría de adscripción a entidades excluidas expresamente por la teoría de la elección. En tanto los poderes de renuncia o ejecución de los derechos pueden estar disponibles para alguien más, estas categorías de individuos están habilitados para formular pretensiones a través de sus representantes. Por eso, para ser titular de un derecho es necesario, pero no suficiente, que el derecho ampare algún interés del portador. El que el sujeto de derecho tenga también los poderes de ejecución y de renuncia, es decir, que sea competente para expandir o reducir alguna titularidad de derecho mediante un acto de voluntad, no es requerido para la atribución de titularidad en tanto la función del derecho es proteger normativamente algunos aspectos del bienestar del individuo y no distribuir competencias de modificación o litigio (Kramer, 2000, pp. 473-474).

⁵⁴ Esta enunciación de la función de los derechos en el marco del razonamiento práctico es análoga a la propuesta por Mill. Como arriba lo señalo, para este filósofo los derechos tienen una fuerza dialéctica especial en el debate moral y político, en tanto incorporan intereses fundamentales. En el contexto de la deliberación racional, entonces, protegen el ejercicio de capacidades superiores o, en términos contemporáneos, son conclusiones intermedias en el discurso que va de intereses básicos a imposición de deberes.

⁵⁵ Las teorías de la elección son discutidas en el capítulo 2.

Para definir, entonces, quiénes tienen pretensiones legítimas en términos de derechos es imperativo ampliar el conjunto integrado solo por adultos competentes y considerar, en cambio, qué está inscrito en la categoría: “individuos con intereses”. En suma, la teoría del interés considera que la autonomía individual, es decir, el que las personas puedan ellas mismas ejercer sus derechos, cuenta como una razón sustantiva en favor de los mismos en términos políticos y morales, no como una verdad analítica en relación con todos ellos (MacCormick, 1979).

Qué rasgos específicos califican a un individuo para la titularidad de derechos es un asunto que interroga sobre cuestiones morales sustantivas. Para Raz (1984, 204-207), por ejemplo, solo los sujetos cuyo bienestar tiene valor último pueden ser titulares (principio de capacidad para tener derechos). Tener valor último, no derivado, significa ser intrínsecamente valioso independientemente de la importancia instrumental para la obtención de otros estados de cosas. Las entidades instrumentalmente valiosas lo son en razón de las consecuencias que generan, es decir, su valor es derivado de la contribución a algo más. En ese sentido, los individuos son titulares de derechos porque tienen valor último, pero sus derechos específicos pueden estar basados en intereses mediáticos.

Raz ofrece dos ejemplos para ilustrar las ideas de valor último, instrumental, mediático y los diferentes tipos de interés en relación con el principio de capacidad para tener derechos. El primero hace referencia al vínculo entre un perro y su dueño. Para algunas personas la relación que tienen con un animal es intrínsecamente valiosa, dado que contribuye de manera insustituible a su bienestar. Por eso, el perro en sí mismo es considerado como algo con valor intrínseco en tanto él es el importante para la relación y no es intercambiable. En este ejemplo, la persona es el individuo con valor último y el único que cumple con los requisitos del principio de capacidad para tener derechos, no en el sentido de que su valor no pueda ser justificado, sino de que su valor no depende de su contribución al bienestar de alguien (algo) más. El perro, al menos para su dueño, tiene valor en sí mismo (por la forma en la cual contribuye a su bienestar). Pero, dado que esa importancia no es incondicional, es posible sostener que el perro no es titular de derechos y que, así no tuviera dueño o uno al que no le importara tanto, hay deberes hacia él de protección y promoción de su bienestar (Raz, 1984, p. 206). En suma, las personas tienen valor último y sus intereses (bienestar) pueden generar derechos. Los animales tienen

valor intrínseco o derivado, dependiendo de la relación que haya con los humanos pero, aunque existen deberes hacia ellos, no son titulares de derechos.

Ahora bien, Raz sostiene que, con base en el principio de capacidad para tener derechos, es posible afirmar que solo los intereses con valor último merecen ser protegidos por derechos. Pero, continúa, eso no es así y hay muchos contraejemplos que refutan esa afirmación. En el caso de los periodistas, su segundo ejemplo, el derecho a proteger las fuentes no se basa en el valor inherente de esa tutela, sino a su contribución eventual al interés tanto del periodista de informar en condiciones razonables, como del público a recibir noticias veraces. Hay, entonces, casos en los cuales intereses instrumentales son protegidos a través de derechos que, por eso, están justificados en razón de su contribución a otros intereses últimos, intrínsecos o mediáticos.

Neil MacCormick presenta el caso de los niños como estándar de evaluación de las teorías de los derechos (1984, 154-166). Señala que, como lo anoto en el capítulo 2, las teorías de la elección parten de supuestos incorrectos y por eso llegan a conclusiones equivocadas. Así, el argumento de que cada niño sea un individuo cuyas capacidades y necesidades demandan respeto y consideración es inteligible y una buena justificación en relación con la titularidad de derechos.

Si la adscripción de derechos a ciertas clases de individuos supone mostrar que: (i) para ese conjunto hay actos cuya realización satisface o protege alguna posición moral, necesidad o deseo (en términos de intereses); y (ii) su satisfacción es de tal importancia que sería incorrecto negarla, entonces abstraer a los niños de ese amparo no tiene justificación admisible (aunque MacCormick no lo señala explícitamente, el mismo test podría ser aplicado a casos tales como adultos incapaces y algunos animales). En conclusión, los poderes de aplicación y renuncia son secundarios y no constitutivos de todos los derechos (posiciones hohfeldianas de segundo orden). Por eso, la teoría del interés absorbe y califica a las tesis de la voluntad en tanto es capaz de incorporar esos poderes e integrarlos en una teoría en la cual también tienen cabida los derechos de sujetos no aptos para su ejercicio.

En todo caso, también es cierto que si nada de lo que comúnmente cuenta como interés de un individuo es protegido o promovido de alguna manera, entonces ningún derecho ha sido añadido al conjunto de titularidades del mismo. En otras palabras, para ser

candidato a titular de derecho es necesario tener intereses. Si nada de lo que en términos morales, jurídicos o empíricos es identificable como interés en un individuo, el mismo no puede ser portador de derechos.

De igual manera, un daño es entendido como la violación de los intereses legítimos de alguien. Para especificar la aplicación del concepto de daño es necesario precisar los intereses que han de ser amparados y esta evaluación implica la realización de elecciones que están moralmente cargadas (MacCormick, 1984, pp. 28-31). Afirmar, entonces, que la noción de sujeto y sus intereses están enmarcados en concepciones morales de lo que requiere protección, es asumir la tarea de dar contenido a un valor moral fundamental. Como preciso más adelante, la cuestión de los intereses que merecen ser objeto de tutela mediante derechos, es decir, protegidos contra daños ilegítimos, no tiene una respuesta unívoca. En todo caso, sin una idea más o menos acotada de interés legítimo las ideas de derecho y de daño no tienen mayor aplicabilidad en términos normativos.

2.3 Tipos de derechos

Las teorías del interés cualifican qué tipos de relaciones normativas, sean estas morales o legales, califican como derechos con base en las clases de sujetos que son portadores. Además de adscribir la titularidad a los individuos sin poder de ejecución o renuncia, reconocen como derechos a las tutelas que no pueden ser resignadas o que son inalienables. La idea es ésta: muchos de los derechos morales, humanos y fundamentales, incorporados o no en legislaciones, son tales por que protegen intereses estrechamente vinculados con la integridad y el bienestar de sus portadores. Dado el alto grado de importancia de los valores que amparan, se trata de posiciones normativas que no son todas ellas objeto de negociación por parte de sus titulares, ni de suspensión o revocación por parte de terceros (entre ellos el Estado).

Como señalé en el primer capítulo, la idea de pretensión de derecho no es importante solo porque proteja el dominio de libertad de un determinado tipo de individuos. También está en juego la posibilidad de reconocer protecciones y prestaciones a favor de algunos sujetos cuya situación exige determinadas conductas a alguien más, aunque puedan o no reclamarlas por sí mismos.

Tener un derecho, entonces, significa en buena medida estar legitimado por algún sistema normativo (moral, político, jurídico, etc.) para exigir el cumplimiento o realización de una prestación, aunque quien reclame no sea el sujeto directamente afectado. Es crucial, entonces, establecer la distinción entre los objetos de protección de los derechos y los poderes de ejecución o garantías asociadas a los mismos. Uno de los grandes atractivos de esta propuesta es, de esta manera, que un rango amplio de derechos puede ser adjudicado. Además, respalda argumentativamente el reconocimiento de derechos morales y humanos, muchos de los cuales son tanto irrenunciables, como inalienables (Wenar, 2005, p. 240).

En todo caso, no todos los intereses que puedan ser postulados clasifican como objeto de tutela, solo los que deben ser objeto de un cuidado especial son candidatos a derechos (Waldron, 1984, p. 12). Las teorías del interés apuntan a una clase reducida de preocupaciones humanas, vinculadas principalmente con la libertad y el bienestar de sus titulares. Pese a eso, al interior de estas teorías hay desacuerdos sobre qué tanta cabida debe darse a intereses que incorporen deberes de prestación positiva y, directamente relacionado con eso, cuál es la idea más adecuada de bienestar para una teoría de los derechos. Más adelante regreso sobre este punto.

En buena medida, los derechos tutelan intereses individuales. Pero esta protección de intereses individuales no es de por sí excluyente, es decir, intereses comunes o de carácter social también pueden ser protegidos (dadas ciertas condiciones, pueden ser objeto de derecho).

En relación con los bienes comunes, por ejemplo, el aire puro, hay deberes que no amparan los derechos de alguien en particular sino los de un colectivo. En este contexto, la justificación de derechos y deberes se deriva de manera más directa de una doctrina del bienestar (Raz, 1996, pp. 35-37). Las teorías del interés consideran que, en lugar de competir con el bienestar individual, el bien común está presupuesto en él. La clase y rango de los bienes comunes determinan las opciones disponibles para los sujetos en un contexto determinado, tan es así, que muchos de los derechos individuales están justificados, además, por los intereses comunes que tutelan. Esto reafirma la relación de interdependencia entre ambos y abre la posibilidad de configuración de conflictos entre el bienestar individual y el bien común.

En términos generales, los intereses de los titulares son solo una parte de las razones que justifican muchos de los derechos. Los intereses de los otros también cuentan en esa fundamentación cuando la promoción del bienestar del titular del derecho contribuye de manera significativa al bienestar de los otros (Raz 1996, 10,51-54) (Waldron, 1984, p. 14). En otras palabras, los deberes señalan alternativas a través de las cuales el propio bienestar puede ser promovido, aunque, en ocasiones, el beneficio que genera el derecho no es tanto a su titular, sino al colectivo. Por ejemplo, en relación con el valor de la libertad integrado en el conjunto de lo que resulta valioso para el bienestar individual, éste implica constricciones en tanto supone la presencia de opciones. Pero las alternativas que constituyen el rango de elección de un sujeto dependen de factores que están más allá de los derechos, pero sin los cuales estos son incomprensibles.

El bien común se refiere a los bienes que sirven al interés de la gente de manera colectiva y no excluyente. De esta forma, cuando ese tipo de intereses del colectivo son protegidos esto implica, al mismo tiempo, una tutela de la colectividad. De hecho, como señalé antes, muchos derechos morales resultan de la combinación de estos dos tipos de intereses y, de ahí, que sean tan importantes para cierto modelo de moralidad. El argumento puede, entonces, ser factorizado en: (i) la protección de derechos individuales que sirven al bien común; y (ii) el bien común que es amparado a partir del respeto de este tipo de intereses.

Para las doctrinas del interés, entonces, los derechos están orientados a resultados y uno de los aspectos más relevantes es cómo afectan las acciones de ciertos agentes los intereses de otros. Este aspecto interpersonal de los derechos muestra que son el producto de la evaluación del bienestar de las partes involucradas y que pertenecen, en consecuencia, al nivel medio de la moralidad y no a sus fundamentos, como lo pretenden las tesis de la voluntad.

Los derechos y los intereses no tienen una relación de uno a uno, es decir, no es necesario que siempre que haya un interés individualizado haya un solo derecho tutelar. Algunas categorías de intereses pueden estar protegidas por combinaciones diferentes de derechos en los distintos sistemas y contextos normativos. Algunas de estas mezclas posibles son (Fallon, 1993, pp. 353-356): (i) intereses en el bienestar individual y en la capacidad de alcanzar el bienestar individual. En este nivel están las preocupaciones

relativas a la salud, los bienes materiales y las oportunidades para ejercer las propias capacidades físicas e intelectuales de manera satisfactoria (Sen, 1984, pp. 20-23). Estos intereses tienen un componente subjetivo importante, es decir, cuenta para su medición el grado de satisfacción subjetiva de los agentes. Este elemento no es el único y, en ciertos casos, tampoco el más importante, consideraciones objetivas integran necesariamente la determinación de los intereses de bienestar, en cuanto sirven para definir qué cuenta como interés y qué no, y para precisar qué tan bien está un individuo (o una comunidad) con independencia de qué tan satisfecho se sienta (Scanlon, 1975, pp. 657-660).

Otra categoría de intereses está orientada a (ii) proteger la autonomía individual. En este rango están los valores y principios fundamentales para las teorías de la elección: la defensa de la agencia y la inviolabilidad personal. Se trata, pues, de aquellos intereses de los sujetos en actuar según su criterio, con independencia de cuál sea la decisión que produce el mejor estado de cosas final.

También hay (iii) intereses de equidad, los cuales abarcan tanto la preocupación instrumental por el trato adecuado de los sujetos de acuerdo con sus circunstancias, como el respeto a la dignidad individual que supone el trato igualitario de los sujetos en cuanto tales.

Por último, están (iv) los intereses de evitar el abuso del poder por parte del Gobierno (instituciones que constriñan sus acciones) y su excesiva acumulación de poder, así como la acumulación de poder por parte de individuos o instituciones privadas (Fallon, 1993, pp. 353-356).⁵⁶

En suma, no todos los intereses amparados por derechos son igualmente importantes o fundamentales. La valoración y la categorización de los mismos dependen, en buena medida, de la definición de las posibles consecuencias. Lo cierto es que la identificación de derechos requiere que quienes razonan en estos términos estén comprometidos con la evaluación de intereses, es decir, no sólo en mencionar los

⁵⁶ Este argumento es usado, a menudo, para respaldar políticas redistributivas: dado que la acumulación de dinero implica, por lo general, la concentración de poder de unos individuos respecto de otros y también en relación con los gobiernos, y esta acumulación da a unos pocos sujetos el control de la vida de comunidades y naciones, no solo es deseable, sino que es un imperativo moral repartir esas recursos de poder que, acaparados, impiden la distribución adecuada de capacidad de decisión sobre la propia vida y de las condiciones materiales para tomar esas decisiones.

principios a proteger, sino en dimensionar situaciones y establecer cuáles principios controlar en determinadas circunstancias.

2.4 El vínculo de correlatividad entre posiciones normativas

En relación con el modelo hohfeldiano como la mejor manera de presentar las relaciones normativas entre derechos hay un desacuerdo relativo entre las teorías del interés. Filósofos como Joel Feinberg y Matthew Kramer consideran que la estructura de correlativos explica los vínculos justificatorios entre las posiciones normativas, pero eso no quiere decir que haya un nexo lógico necesario entre los extremos de la relación. Es decir, el que sea identificado un derecho es indicativo de que, posiblemente, hay un deber de otro o de que eventualmente lo habrá. Lo que hay entre derecho y deber es, entonces, un vínculo justificatorio de correlatividad en términos hohfeldianos.⁵⁷

Esta versión de las teorías del interés considera necesario introducir una distinción adicional para entender más adecuadamente cómo opera el lazo de correlatividad. Por una parte, están los derechos abstractos que, debido a su grado de generalidad, no tienen, en principio, deberes correlativos. Por otro lado, están los derechos concretos que se derivan de los derechos abstractos de dos maneras: (i) como su consecuencia lógica y (ii) como básicos para cumplir un deber general (Kramer, 1998, pp. 39-42).

Las pretensiones abstractas asociadas con los derechos identifican los intereses en cuestión e indican que es necesario establecer deberes para proteger o promover esos intereses, siempre que lo hagan con costos tolerables respecto de otros derechos y valores. En ese sentido, las pretensiones abstractas no dicen mucho en relación con los poderes o deberes necesarios para su cumplimiento, mientras que las pretensiones concretas de derecho identifican, en cambio, los deberes asociados y la red de vínculos hohfeldianos con un grado mayor de claridad (Scanlon, 2013).⁵⁸

⁵⁷ Al respecto puede revisarse el capítulo 1.

⁵⁸ Otra manera de formular esta misma idea es la propuesta por Keith Dowding y Martin Van Hees, según la cual, es necesario hacer la distinción entre tipos de actos y actos específicos. Un tipo de acto es una clase de acto para el cual cada acto individual (acto específico) es una concreción. Generalmente, los derechos y las libertades son enunciados como tipos de actos (Dowding and Van Hees, 2003).

La posibilidad de que haya derechos sin deber correlativo actual puede ser explicada por una teoría analítica de los derechos tipo Hohfeld. Una pretensión de derecho plenamente desarrollada puede ser identificada en tres etapas: (1) la existencia de un interés personal (individual o colectivo), (2) la disponibilidad de juicios en relación con la importancia moral, política o jurídica de proteger esos intereses (derechos incoados), (3) el reconocimiento del derecho moral o jurídico, junto con los posibles portadores de deberes correlativos (titulación definida). Para que la pretensión abstracta de derecho devenga titulación concreta (paso de 2 a 3) es necesario establecer, primero, el tipo de protección requerida y, segundo, la titularidad de ese interés.

La lectura de Kramer de las relaciones jurídicas formulada por Hohfeld implica que cualquier derecho protege algún aspecto de la vida del titular, que usualmente es alguna faceta de su bienestar. Considera que de esto no se sigue forzosamente que lo que resulte protegido es beneficioso, en términos subjetivos, para quien recibe la prestación, pero sí desde una teoría más objetiva del interés. Sobre este punto vuelvo más adelante.

Algunos teóricos del interés, entre ellos MacCormick y Raz, están en desacuerdo con la tesis de la correlatividad como el modelo básico de todas las relaciones entre derechos. Para ellos, un derecho no tiene que ser necesariamente el par correlativo de un deber, por el contrario, una de las características de los derechos es que proporcionan razones para imponer deberes. La función de los intereses es justificatoria en relación con los derechos, y la combinación argumentativa de las dos da lugar, o puede darlo, a deberes de prestaciones específicas. Hay casos en los cuales conferir algunos beneficios a una clase que satisface determinadas condiciones genéricas es prioritario al otorgamiento o aplicación de un deber correlativo.

Por ejemplo, el reconocimiento de derechos a los niños es una razón distintiva para generar deberes correlativos y puede además ser temporal y lógicamente anterior a la definición de prestaciones y sujetos obligados (MacCormick, 1984, pp. 166-167). Los derechos son la base para imputar deberes en el sentido en el que afirmar que alguien tiene un deber es sostener que éste sirve a los intereses que lo fundamentan. Cuando las consideraciones en conflicto derrotan los intereses del titular, el derecho postulado no es desvirtuado solo que otras razones demuestran que, dadas ciertas circunstancias, puede ser derrotado. Por ejemplo, en situaciones de conflicto entre el derecho a la información y el

derecho a la privacidad, generalmente solo uno de ellos es protegido en el caso concreto. Eso no quiere decir que la persona cuyo interés resulta derrotado no tenga una pretensión legítima a ser tutelada, solo que en las circunstancias específicas es protegido un interés más relevante y urgente.

Resumiendo, no hay una relación de prioridad necesaria de los derechos frente a los deberes y, a su vez, no todos los deberes están fundados en derechos. Puede afirmarse que hay un derecho sin saber de antemano quién está vinculado por los deberes de cumplimiento o cuáles son exactamente las prestaciones debidas. La derivación de los derechos y deberes depende de premisas adicionales que no pueden ser todas conocidas de antemano. Precisamente, un rasgo fundamental de los derechos es su carácter dinámico, es decir, no son sólo base de deberes existentes, sino que, en tanto cambian las circunstancias pueden generar nuevas prestaciones.

A continuación, quisiera detenerme en un tema que, hasta ahora, solo he mencionado: el carácter evaluativo distintivo que los intereses suponen en relación con los derechos que los protegen. Esto me permitirá precisar qué versión específica de la teoría del interés considero más adecuada como modelo de fundamentación de los derechos morales.

3. Presupuestos evaluativos de la teoría del interés acerca de los derechos morales

Las teorías de los derechos tienen premisas evaluativas, dado el carácter de lo que es amparado, alguna noción de lo que es el bienestar y las consecuencias que se siguen de su protección debe ser postulada. Las decisiones en cuanto a qué cuenta como interés o beneficio para alguien se derivan de presunciones sobre lo que es generalmente bueno para los individuos. En ese sentido, las exposiciones analíticas de los derechos deben estar apoyadas por un recuento, aun cuando sea marginal, de lo que se entiende por “bueno”.

Como anoté arriba, las teorías del beneficio afirman que los deberes de un sujeto para con alguien más están basados en algún aspecto del interés del titular del derecho. Ese interés está de tal manera relacionado con el deber que es posible saber *a priori* que, si el deber no es cumplido, el interés no será promovido (o protegido) (Dowding, 2004, p. 150). En cualquier caso, los derechos son diferentes de los intereses a los cuales sirven.

Aunque hay una relación conceptual evidente, el interés está vinculado con aquello que un individuo o una comunidad consideran como bueno o lo que hace que su vida vaya mejor. El derecho, en cambio, está referido a la tutela de algunos intereses de esos portadores. En tanto los derechos justifican deberes de otros sujetos, muchas veces exceden en importancia a los intereses que protegen por cuanto no sólo los amparan, sino que les agregan una razón independiente.

Por ejemplo, el interés individual de un periodista en proteger su fuente de información o en publicar notas que puedan resultar molestas, es diferente del derecho a la libertad de información y expresión que lo protege. Me explico, determinado comunicador puede ser indiferente frente a la censura; su interés subjetivo en su objeto de trabajo puede ser muy bajo. Pero el derecho que protege la libertad de información toma en consideración no solo el valor específico atribuido por el individuo, sino el interés comunitario en vivir en una sociedad donde la información circule libremente. El derecho a la libertad de información, de esa manera, impone deberes a terceros (sean estos individuos o instituciones estatales) que estos deben honrar, independientemente del nivel de importancia que las personas subjetivamente le reconozcan al ejercicio de esa libertad. Es en ese sentido que autores como Raz afirman que la razón independiente que ofrece el derecho para la protección de un interés, y que es fuente para la imposición de deberes, excede en muchos casos a la importancia que es posible atribuir al interés individualmente considerado.

El discurso de los derechos apunta al fundamento de los imperativos de acción. Afirmar que alguien es titular de un derecho es señalar una fuente para esa imposición, es decir, que un aspecto de su bienestar es la base del surgimiento de un deber (Raz, 1984, pp. 207-210). Por eso, el papel específico de los derechos en el contexto práctico es el de fundamentar deberes con base en los intereses de otros; de esa manera los derechos dan lugar a exigencias sobre la acción a partir de algún aspecto del bienestar de alguien más. En consecuencia, tienen un lugar muy importante en términos de la moral individualista, aunque no tienen por qué estar completamente comprometidos con el individualismo; evidencia de esto es que los sujetos pueden ser titulares de derechos que están en contra de su interés subjetivo.

En otras palabras, los derechos son reconocidos a sus titulares en razón de determinadas características generales: atienden a sus intereses como individuos con esos rasgos genéricos, pero pueden ir en contra de sus intereses concretos. Por ejemplo, una persona puede ser indiferente en relación con los efectos del aire contaminado sobre su salud y la de los demás. Puede, de hecho, tener prácticas que empeoren sus condiciones respiratorias como fumar o cocinar en estufas de carbón. Esto no hace que los deberes tanto del Estado, como de las empresas (o individuos) potencialmente contaminantes desaparezcan con respecto a ese sujeto. Tampoco hace que el interés razonable de vivir en un ambiente saludable no sea atribuible al mismo, solo que para el caso en particular la persona no lo identifica subjetivamente como una de sus preocupaciones. Por eso, en este caso el interés humano de gozar de condiciones adecuadas de vida y la red de posiciones normativas que lo protegen pueden ser predicadas de un individuo, aunque él mismo no lo identifique como uno de sus intereses.

Entendida en términos normativos, la noción de interés es factorizable (Fallon, 1993, pp. 348-351). Puede dar cuenta, entonces, de: (1) lo que las personas quieren y, también, lo que los ayudará a conseguir lo que quieren, cualquiera sea el contenido; (2) el respeto por lo que les preocupa o resulta objeto de interés; (3) las necesidades subyacentes y los valores que respaldan el establecimiento de sistemas de derecho; y (4) las necesidades y valores reconocidos como dignos de ser incorporados y tutelados en de un sistema de reglas particular. Para dar contenido a los primeros tres puntos es preciso, como señalé antes, establecer la diferencia entre las demandas de satisfacción de meros deseos, en tanto el ingrediente bruto del conflicto social y los intereses en tanto que apelaciones a algún sistema de justificación, formulado para la filtración de deseos con este criterio (los deseos, necesidades o valores que son o deben ser reconocidos a la luz de un esquema constitucional o un sistema moral).

Los intereses pueden ser entendidos en términos normativos y no sólo como un inventario de los deseos actuales de los sujetos (Benn, 1960, pp. 124-131). Una persona tiene un interés en determinado objeto cuando puede elevar una pretensión con fundamento en, entre otros algún principio moral, de derecho o un estándar asociado a la ley. Esto no implica que cada pretensión sea coextensiva con un derecho, solo quiere decir que hay una pretensión que tiene el respaldo de ciertas razones. En todo caso, las razones

pueden no acreditar el derecho o pueden concurrir argumentos más fuertes que la derroten. La justificación para proteger estos últimos mediante derechos no es meramente que sean deseos, sino que se trata de deseos razonables, aunque hay un vínculo estrecho entre los deseos de un agente y los intereses que los traducen. Por eso, un grupo importante de intereses tutelados lo son en tanto derivados directamente de principios morales, así no sean queridos por sus titulares. Afirmar, entonces, que cierto estado de cosas o determinada acción están en los intereses de alguien no quiere decir, por eso, que la protección o promoción de los mismos va a aumentar su nivel de felicidad o de satisfacción.

Entre los intereses fundamentales de un rango amplio de sujetos está el de la autonomía. En general, la manera de promover este bien es a través del reconocimiento de poderes de ejecución y renuncia sobre del objeto de los deberes correlativos. Pero, en el contexto de las teorías del interés, no es para nada claro que, en hipótesis de posibles choques con otros derechos o con otros intereses, la autonomía opere como constricción secundaria a la acción (a la Nozick) y, en ese sentido, derrote invariablemente a los demás intereses.

La autonomía es, en principio, un interés de todos los seres humanos competentes, pero el interés de la autodeterminación puede, eventualmente, ser superado por otro más valioso o más urgente en el caso concreto (Kramer, 1998, pp. 37-38). De nuevo, la función de los derechos es proteger algún aspecto del bienestar de un sujeto o de una comunidad. Algunos intereses fundamentales son preservados de manera más adecuada cuando están incorporados en pretensiones que otros, o el mismo titular, no tienen el poder de alienar. En tanto existe esta conexión entre derechos e intereses inalienables, el vínculo entre derechos y autonomía es estrecha, pero no necesaria.

Para entender cómo funcionan los derechos en las teorías morales es necesario contar con un esquema que dé cuenta de sus fundamentos y de sus vínculos con otros principios y valores, no solo con un recuento de los deseos o preferencias actuales de todas las personas. De hecho, no se trata solamente de exponer cómo operan estas entidades en el contexto normativo, sino que una parte importante del razonamiento ordinario sobre el punto supone tomar en cuenta que los derechos traducen intereses que, eventualmente, colisionan (Fallon, 1993, pp. 351-352). Los intereses relevantes, tanto en

el ámbito moral, como en la tradición constitucional, pueden ser identificados a un nivel de abstracción muy alto. Sin embargo, la especificación de los derechos cuyo objeto es proteger esos intereses tiene una dimensión empírica amplia y, por eso, un alto grado de codeterminación y conflictividad.

Un derecho puede estar respaldado, entonces, por: (1) una demanda respecto de cómo deben comportarse los individuos o cómo trabajarían las instituciones en ausencia de esa asignación particular de derechos, (2) una conclusión respaldada en valores, de conformidad con la cual, ese resultado sería inaceptable y (3) una afirmación empírica sobre cómo esa asignación de derechos produciría un resultado diferente y normativamente preferible (Fallon, 1993, p. 352).

En síntesis, los derechos amparan intereses, pero cuáles intereses son de hecho tutelados y de qué manera depende de principios, valores, razonamiento instrumental y contingencia histórica. Qué derechos deben ser reconocidos en un momento particular obedece a la valoración de derechos e intereses en competencia y las posibles consecuencias que se sigan de los distintos escenarios de reconocimiento. Cuando derechos específicos entran en conflicto es necesario examinar los fundamentos sobre los que descansan. Si un derecho debe ser desplazado en favor de otro esto es porque, en el caso concreto, los intereses protegidos son entendidos como más importantes o urgentes que los tutelados por el otro derecho. Es necesario, entonces, buscar las respuestas a los conflictos entre derechos en su justificación, no en la afirmación de los mismos (Dowding, 2004, p. 7).

La noción de interés resulta más adecuada que la de necesidades o deseos sobre la función de los derechos porque los engloba, sin negar que puede haber tensiones entre ellos (Freedman, 1991, p. 50). Un sistema de principios, reglas y valores que proteja determinados derechos, y no otros, tiene que ofrecer una justificación moral y política al menos de los intereses del tipo (3), además de acreditar su capacidad para amparar adecuadamente los intereses privilegiados. En términos más globales, quiere decir que, a

partir de determinado estándar de medición, esa entidad está mejor cuando su interés es amparado, aunque ella misma no lo perciba así.⁵⁹

A continuación, me gustaría revisar la idea de que es posible articular la noción de intereses fundamentales con la de derechos como tutelares de esos intereses. En particular, quisiera exponer las razones que sustentan la posibilidad de defender tanto la importancia sustantiva de los derechos en el ámbito moral, como su carácter instrumental.

3.1 La instrumentalidad de los derechos

Uno de los argumentos centrales de las teorías de la elección para rechazar versiones instrumentales sobre la función de los derechos es que estos expresan el valor de las personas en tanto que fines en sí mismos. Por esa razón, los derechos morales de manera directa, y los demás en términos derivados, son intrínsecamente valiosos y no son objeto de negociación en tanto la dignidad de los sujetos de derechos tampoco lo es.

Como es señalado en el capítulo 2, para las tesis de la voluntad la naturaleza racional de cada agente determina su estatus moral como individuo soberano e inviolable. Los derechos definen, entonces, las dimensiones y el alcance de esa potestad en tanto protegen a sus portadores contra la opresión y el abuso (Wenar, 1995, p. 179). Para quienes defienden las tesis de la dignidad (o del estatus) resulta muy difícil señalar cuál es el contenido exacto de ese valor básico amparado por los derechos morales, por cuanto entre más se especifican, más entidades consideradas intuitivamente como dignas quedan descartadas (Nagel, 2004, p. 34). Por eso, el reto para estas propuestas es ofrecer una versión que sea moralmente inteligible y, a la vez persuasiva, de lo que es este valor en sí y cómo opera.

El instrumentalismo de los derechos es, entonces, el enemigo común tanto de las teorías de la elección, como de los defensores de las tesis de la dignidad y del valor intrínseco de los derechos. Creo que, aunque no hay una conexión necesaria entre estos dos postulados (hasta donde sé, la propuesta de Hart no está basada en una defensa del

⁵⁹ Hay argumentos diversos en favor de reemplazar la idea de interés por la de necesidad para dar cuenta de la función de los derechos y, puntualmente, contra la idea de intereses objetivos como parámetro de ordenación de estados de cosas. Sobre el punto puede revisarse el capítulo primero.

valor intrínseco de los derechos), hay líneas argumentativas comunes y objeciones similares a las teorías instrumentalistas de cualquier género. Por eso, quisiera reconstruir brevemente los puntos del debate para, a continuación, presentar las implicaciones que defender una tesis instrumental de los derechos tiene para las teorías del interés. Para esta reconstrucción sigo la tesis de Leif Wenar sobre el valor de los derechos (2005, pp. 179-209).

3.2 Los derechos y el estatus moral: la tesis de la dignidad como fundamento de los derechos morales

Quienes defienden la tesis de que los derechos son intrínsecamente valiosos afirman también que la dignidad de las personas es el valor prioritario para la justificación de los intereses que los individuos puedan tener. Afirmar que los derechos son prioritarios es sostener, entonces, no que los mismos son asignados a los individuos para amparar sus preferencias, sino como tutela del sujeto que tiene la capacidad de tener preferencias.

El estatus moral es entendido como aquello que es permitido moralmente hacerle a alguien o a algo (Kamm, 2006, pp. 227-236). La idea es ésta: entre más importante es la entidad, más relevante será el trato que se le da. En tanto es mejor vivir en un mundo en el cual los individuos más significativos son tratados de acuerdo con su dignidad, es mejor vivir en un mundo poblado por entidades con más valor. El contraste relevante es, entonces, entre los sujetos que cuentan por derecho propio, es decir, que tienen valor intrínseco (valor último, en términos de Raz) y los entes con valor mediático.⁶⁰ Por ejemplo, si un conductor maneja un coche sobre el cual ha perdido el control y tiene que escoger entre estrellarse contra una persona parada en el andén de la carretera o contra una buena cantidad de carros de lujo desocupados que están del otro lado, la hipótesis del

⁶⁰ Christine Korsgaard (1996) considera que la distinción relevante no es tanto entre criaturas con importancia intrínseca y entidades que cuentan como medio, sino entre aquello que tiene valor como fin y lo que tiene solo valor instrumental. El argumento sostiene que lo que tiene valor como fin puede proporcionar razones para asumir actitudes o acciones con independencia de otras consideraciones. Las cosas que valen como fines pueden serlo en virtud de sus propiedades intrínsecas, es decir, no relacionales, o por cuenta de sus características extrínsecas, esto es, las relacionales. El debate particular entre valor intrínseco y valor como fin en los postulados de la dignidad desborda mis intereses en esta tesis. Por ello, solo quisiera anotar que, tanto en la propuesta de R, como en las tesis consecuencialistas en general, lo que tiene valor intrínseco son los fines (que en el consecuencialismo son denominados estados de cosas) y son, por tanto, estos los que justifican la acción. En todo caso, lo que implica tener valor como fin y el camino para llegar a la misma enunciación es bastante diferente en las dos propuestas.

estatus sostiene que la única acción admisible es chocar contra los carros, en tanto, a diferencia del sujeto al otro lado de la calle, los autos tienen un valor mediático reemplazable. En ese sentido, las entidades con valor de por sí cuentan por derecho propio y son fuente directa de razones para la acción. En suma, algunas entidades cuentan por derecho propio y esto determina su estatus moral. Hay barreras frente a lo que puede ser hecho a este tipo de individuos que solo pueden ser desconocidas si son superados umbrales muy estrictos de daño a terceros.

Dado que el estatus es el eje articulador de esas propuestas, este modelo de justificación de los derechos está poco comprometido con la ponderación de las consecuencias que se siguen de la adscripción de los mismos. Los derechos son reconocidos a las personas porque son apropiados para su tutela normativa, no porque vayan a provocar ciertas consecuencias deseables. En todo caso, si respetar cierto derecho tiene consecuencias que superan el umbral de lo moralmente admisible, éste puede ser desconocido.⁶¹ Estos efectos de la adjudicación de derechos sirven como elementos de juicio para cualificarlos, no como fuente de justificación de los mismos. Es decir, cuando no es superado el margen de lo inadmisibles los derechos protegen absolutamente el estatus de los sujetos como libres e inviolables y, por eso, la incorporación de consecuencias en la determinación de su alcance es ilegítima.

Es posible saber qué derechos tienen los individuos de manera directa cuando es reconocido que el ser tales genera en automático un determinado grupo de titulaciones. En ese sentido, el proceso de justificación parte de la idea de persona y llega inmediatamente a conclusiones respecto de sus derechos. Un segundo paso consiste en revisar las instituciones concretas y sus criterios de adjudicación para evaluar si han incorporado derechos morales de manera adecuada. El entender el discurso de los derechos empieza, entonces, por la comprensión de la relación entre la naturaleza de las personas en tanto que racionales, el objeto de tutela de esos derechos y los daños directos que esa

⁶¹ Esta misma tesis es sostenida por Robert Nozick, como señalé en el primer capítulo: si la defensa de determinadas restricciones secundarias genera consecuencias morales catastróficas, estas titulaciones pueden ser desconocidas. Para Nozick, son las ideas kantianas de dignidad y valor como fin de los seres humanos las que implican necesariamente la de derechos como restricciones secundarias a la acción. Los derechos así derivados son un conjunto de titulaciones que operan bajo el estándar del derecho natural a la propiedad privada (tesis análoga a la de Hillel Steiner). Filósofos como Kamm y Nagel podrían suscribir la tesis general sobre la relación entre estatus y derechos, sin tener que defender el modelo de derecho a la propiedad privada como paradigmático en relación con valor intrínseco de las personas.

protección puede generar a terceros. La teoría de la dignidad está dispuesta, entonces, a restringir un derecho si éste daña directamente a otra persona, es decir, si viola el estatus de otro agente.

En tanto los derechos reflejan el estatus y la importancia del estatus de persona, la tesis de la dignidad puede incorporar derechos que protegen y promueven determinados intereses. Solo que, dado que la prioridad justificativa está dada, precisamente, por la condición de agente, la tesis del estatus puede explicar por qué ciertos intereses son protegidos de determinada manera y por qué otros no (Kamm, 2006, pp. 3-10). Este es otro de los puntos de quiebre entre teorías de la voluntad y las tesis de la dignidad: para esta última los niños y los adultos no competentes, en virtud de su calidad de miembros tempranos o fallidos de la categoría de seres racionales, tienen derechos. Estos derechos son otorgados, entonces, debido a sus calidades intrínsecas. Para las teorías de la voluntad, como ya lo señalé, la ausencia de poderes de ejercicio y renuncia de los derechos los hace incompetentes como sujetos de los mismos.

Ahora bien, si la posibilidad fallida o temprana de ser racional es lo que marca la diferencia en cuanto a la posibilidad de ser titular de derechos, la dignidad y el valor intrínseco también están en relación de conexidad necesaria con ese estatus racional. Debido a que, hasta el momento, no hay consenso en relación con la racionalidad de los animales, no cuentan por derecho propio, es decir, no son dignos. Por eso, aunque cierto estatus moral debe serles reconocido, es muy probable que resulten derrotados cuando haya que escoger entre protegerlos y amparar algo que tiene valor como fin, debido a sus propiedades extrínsecas.

La filósofa Frances Kamm, defensora de la teoría del estatus, propone un ejemplo en el que hay que elegir entre salvar de la destrucción el Gran Cañón y salvar la vida de un pájaro. Ella considera que lo correcto es salvar al Cañón. El problema no es éste, de hecho, ésta puede ser la decisión más acertada en el caso concreto. La cuestión es que, dado el vínculo entre racionalidad, valor en sí y titularidad de derechos postulados por las tesis de la dignidad no hay manera viable de defender derechos de animales.

Otro asunto problemático para las tesis del estatus es la postulación de derechos sociales o asistenciales. Es decir, si las instituciones tienen el deber de implementar derechos morales en contextos determinados, y uno de estos derechos es el de la

autodeterminación, el reconocer derechos sociales entra en conflicto con la libertad y la dignidad de los agentes, en tanto en estos casos un conjunto de sujetos es usado como medio para incrementar la calidad de vida de individuos con el mismo estatus moral. Por otro lado, aceptar la existencia de derechos asistenciales muy amplios implica, paradójicamente, la violación de los derechos a la autodeterminación de otros agentes, estos últimos prioritarios en tanto están obviamente justificados (su estatus como derechos no está comprometido).

En suma, el punto de inflexión entre las teorías de la dignidad y las de la instrumentalidad de los derechos no es la fuerza que les reconocen, sino su manera de justificarlos. Mientras que las primeras acuden a las ideas de ser humano y fin en sí mismo, las segundas se apoyan en las nociones de intereses y consecuencias. Para las tesis del estatus los derechos son la manera adecuada de responder a los requerimientos que plantea el ser una persona digna y soberana. Aunque hay muchos derechos particulares que son justificados en términos instrumentales y que hacen operativas a las instituciones, la fundamentación última de estos puede ser reconducida a la dignidad intrínseca de los sujetos.

La importancia del derecho supera a la del interés que protege porque todos los derechos, unos directamente y otros de manera más lateral, son expresión del valor de la persona y de la autoridad sobre sí misma, más que del bienestar que puede ser producido. Los derechos, pues, no son la respuesta al interés de una persona sino a su valor como tal. La fuerza de los derechos no refleja la calidad del interés que tutelan, sino que es un indicador de que estos son características moralmente decisivas de los sujetos (también de los fallidos o futuros). En otras palabras, los derechos no son la respuesta al interés de los sujetos, sino a su valor en cuanto que personas. El interés es protegido, entonces, como efecto secundario de la adjudicación de derechos, mientras que la función básica de estos es la tutela de las características básicas moralmente fundamentales de las personas.

A continuación, quisiera presentar las tesis del interés en tanto que propuestas instrumentales de los derechos teniendo como punto de comparación los postulados de la dignidad y el estatus.

3.3 Las tesis de la instrumentalidad de los derechos

Una de las propuestas más controvertidas sobre la fundamentación de los derechos es la defendida por el utilitarismo de acto. Para esta doctrina, si adscribir un derecho maximiza la utilidad, éste es el curso de acción que debe ser seguido. Lo prioritario en términos de justificación es, entonces, la maximización de la felicidad total (utilidad), no la defensa de la dignidad que es un medio entre tantos para el aumento del valor total final. El valor de los derechos es derivado, completamente, de los estados de cosas en los que se promueve la mayor cantidad de bondad respecto del mayor número de intereses. Aunque a menudo la instrumentalidad normativa es igualada con la doctrina utilitarista, hay una amplia variedad de tesis instrumentales de los derechos que pueden dar cuenta de su fuerza en contextos en los cuales estos no son los valores fundamentales y no por eso responden únicamente a postulados maximizadores.

Me explico, las tesis instrumentales sobre los derechos sostienen que estos no están justificados solo en virtud de la naturaleza antecedente del individuo, sino también por los estados de cosas deseables que se siguen de su adjudicación (Wenar, 1995, p. 179). La fundamentación de estas entidades normativas empieza con las consecuencias a generar y retrocede hasta determinar cuál adscripción de derechos producirá los resultados. Es el carácter expansivo y contingente del cálculo utilitario el que ha puesto en entredicho la admisibilidad de los derechos fundamentados de esa manera, en tanto los que resultan de este modelo son demasiado débiles como para proteger esferas fundamentales de la dignidad personal. Pero, de nuevo, instrumentalismo no es lo mismo que utilitarismo.

El utilitarismo considera a los derechos como medios para alcanzar una distribución óptima de aquello que postula como portador de valor intrínseco (felicidad, satisfacción, deseo, etc.) entre quienes se verán afectados con determinada adscripción de derechos. La distribución óptima para el utilitarismo es, en consecuencia, la que maximiza la suma (o promedio) de los intereses de todos los involucrados. Como arriba señalé, diversas teorías contemporáneas consideran a los derechos como vehículos para alcanzar distribuciones óptimas, solo que difieren del utilitarismo, y entre sí, en (i) la forma en la que definen y miden intereses individuales y colectivos; (ii) las variables informacionales que admiten; y (iii) la manera en que determinan qué es una distribución óptima. Evalúan,

en consecuencia, los candidatos a derechos en virtud de si implican una distribución óptima en sus propios términos teóricos.

Aunque el rango de propuestas que se inscribe en el instrumentalismo es amplio, todas empiezan con la postulación de metas normativas fundamentales y operan retrospectivamente hasta encontrar los derechos que distribuyen de manera más adecuada el valor privilegiado (felicidad, igualdad, riqueza, recursos, capacidades, bienes primarios, etcétera.).

La debilidad de los derechos es un problema central para los utilitaristas, pero no tiene que serlo para todo el instrumentalismo, dado que no todas estas propuestas están comprometidas con las máximas y restricciones a la información que los hacen insensibles a los resultados distributivos. Por eso, las teorías instrumentales no utilitaristas permiten, a diferencia de las tesis de la elección y de la dignidad, dar cuenta de las sutilezas del razonamiento respecto de los derechos en tanto son sensibles al tipo de distinciones en relación con la adscripción, interdependencias y conflictos entre los mismos (y, eventualmente, con otros valores). Los razonamientos en el contexto de estas teorías incorporan datos en relación con el ambiente normativo más amplio en el que están inscritos los derechos, y los beneficios y cargas que supone su adscripción.

Una de las alternativas al utilitarismo de los derechos es el utilitarismo de regla, el cual permite bloquear los razonamientos del tipo “*tomando todo en consideración (ttc)*”. Este modelo, inspirado en la doctrina de J. S. Mill, supone que los derechos son el resultado de un balance de intereses, pero que, una vez establecidos, elevan una pretensión independiente de obediencia. Tal vez sea más acertado denominar a estas propuestas “consecuencialismo de derechos” (Fallon, MacCormick, Raz, entre otros) en tanto que, aunque son los estados de cosas finales los que tienen valor en sí, la manera de medir este valor no necesariamente es maximizadora y las variables de información relevante admisibles son más amplias. En el siguiente numeral expongo qué vínculos es posible establecer entre la fundamentación de derechos con base en los intereses que tutelan y el modelo de justificación ofrecido por el utilitarismo de regla.

3.4 Teorías del interés sobre los derechos y utilitarismo de regla

El utilitarismo de regla surge como respuesta a las dificultades provocadas por las formas más directas de utilitarismo en relación con asuntos de coordinación social y de determinación por parte del individuo de la acción correcta, en contextos donde la conducta maximizadora no genera los mejores resultados. Para esta variante de consecuencialismo indirecto, la corrección de un acto es resultado de su conformidad con una regla que promueve las mejores consecuencias. No se evalúa, entonces, solamente el acto en particular sino un esquema general orientado a su materialización.

A diferencia de la premisa consecuencialista clásica, según la cual es obligatorio hacer aquello que genere las mejores consecuencias (o las menos malas), para el utilitarismo de regla es obligatorio actuar según la prescripción de la regla que genere los mejores efectos. Puede incorporar en su sistema reglas que tengan la función de restricciones a la acción, y el valor de actuar por principio, si de hacerlo se siguen los mejores efectos (esta es la estrategia empleada para hacer obligatorias a las acciones).

Dos características del utilitarismo de acto resultan particularmente relevantes al momento de compararlo con otros de tipo indirecto. En primer lugar, el que sea directo, en tanto este rasgo determina que la mejor acción es aquella que genera las mejores consecuencias. En segundo lugar, el que esté centrado en la acción, en tanto supone que otros candidatos a generar los mejores estados de cosas, como las instituciones o los motivos, son descartados. En el utilitarismo de regla los agentes deben obedecer un conjunto de disposiciones cuya internalización por parte de la colectividad traerá las mejores consecuencias; modifica de esta manera la necesidad de valorar directamente actos por la valoración de estos en términos de reglas. Un acto individual es, entonces, estimado por las consecuencias de las reglas que lo generan, no por sí mismo.

Esta variante es, por tanto, indirecta y colectiva. La determinación de un acto como correcto es seguido de la verificación del cumplimiento de la norma que lo gobierna, en tanto los resultados que se siguen de que el agente la obedezca son mejores que los efectos de la adopción de cualquier otro conjunto de reglas. En suma, primero valora las reglas y luego los actos en términos de esas reglas.

Un acto es moralmente correcto para esta doctrina si y solo si es prescrito por un conjunto de cánones cuyo seguimiento general puede generar, al menos, tan buenas

consecuencias como cualquier otro conjunto, juzgado desde el punto de vista imparcial. Esta teoría lograría responder a las objeciones que acusan al utilitarismo de acto de ser excesivamente demandante al forzar a los individuos a abandonar sus propios proyectos para el logro de la mayor cantidad de felicidad –o cualquiera que sea señalado como portador de valor intrínseco. Dado que lo que se espera del sujeto es que obedezca las reglas, la producción de las mejores consecuencias no será su responsabilidad inmediata, solo mediata, provocada por su respeto a las normas.

El consecuencialismo de regla empieza por buscar un conjunto óptimo de reglas y después lo evalúa, analizando qué pasaría en un mundo donde todos lo obedecieran.⁶² El conjunto óptimo de reglas es aquél cuyas consecuencias de que todos lo sigan pueden ser mejores que las generadas por el cumplimiento de cualquier otro conjunto por parte del colectivo. Los actos son valorados de manera indirecta y, por ello, el acto correcto es el señalado por dicho conjunto de normas (Mulgan, 2001, pp. 53-54).

En síntesis, una de las estrategias de ampliación del consecuencialismo utilitarista es el utilitarismo de regla, el cual juzga las acciones por su conformidad con un conjunto normativo y justifica el que sean preferidas frente a otros conjuntos alternativos en atención a las mejores consecuencias que genera en términos de utilidad general. El utilitarismo de regla rechaza, de esta manera, la violación de derechos en tanto que desconoce normas justificadas que procuran la obtención de la mayor utilidad general.

La corrección de las acciones debe ser juzgada en relación con las consecuencias (buenas o malas) de una regla que prescribe que la acción debe ser realizada en esas circunstancias. El utilitarismo de regla afirma, entonces, que, al menos que el resultado pueda ser catastrófico, la acción correcta se adecúa al conjunto de normas prescritas, aunque esto implique producir menos bienestar final. Por ejemplo, respecto de ciertos preceptos de justicia, en particular los relativos a derechos y libertades, la experiencia demuestra que en muchas sociedades respetarlos genera más beneficios que desconocerlos y que solo en circunstancias excepcionales pueden ser infringidos cuando el producto de desconocerlos maximiza de manera importante la utilidad. En última instancia, los

⁶² El procedimiento para fijar el conjunto ideal de reglas parece muy similar al elaborado por G. E. Moore para determinar qué cosas tienen valor intrínseco: *para decidir si algo es o no intrínsecamente valioso, debemos imaginar un mundo en el que solo existiera tal cosa y preguntarnos si juzgaríamos como buena su existencia* (Scanlon, 2003).

principios de justicia y los asociados con estos están justificados por referencia al fin general de obtener las mejores consecuencias. Si la finalidad básica de esta variante es utilitarista no habría razón para que, en determinadas circunstancias excepcionales, no fueran desconocidos derechos o libertades si eso supone un nivel importante de maximización del bienestar.

Contra el utilitarismo de regla han sido planteadas varias críticas. En tanto el consecuencialismo de derechos surge con el fin de corregir algunas de ellas, quisiera presentar brevemente cuáles son estos reproches. Las críticas contra la propuesta consecuencialista del interés respecto de los derechos son presentadas en las secciones finales de este capítulo.

3.5 Críticas al utilitarismo de regla. Sección preliminar

El utilitarismo indirecto es acusado de ser extensionalmente equivalente al utilitarismo de acto, en tanto coincide con él en la prescripción fundamental de maximizar el beneficio probable. La crítica apunta, entonces, a que el utilitarismo de regla colapsa en utilitarismo de acto por cuanto si la excepción a una regla produce las mejores consecuencias, eso evidencia que debe ser modificada para que admita la excepción. Resulta, de esta manera, una nueva regla que ordena actuar de acuerdo con la regla, salvo de que concurren circunstancias excepcionales (Smart, 1973, pp. 10-11) (Hare 1983, 29-33).

Lo que puede hacer que el utilitarista de acto desconozca una regla, puede hacer que el utilitarista de regla modifique la regla, por eso, el utilitarista de regla es extensionalmente equivalente al de acto. Una de las formas de demostrar la pertinencia de la objeción es el “argumento del umbral”, el cual apunta a que ciertas reglas producen más beneficios cuando son desconocidas por un número pequeño de personas, que cuando son seguidas por todos. Es posible, entonces, distinguir entre desplegar una acción después de que mucha gente la ha realizado, de llevarla a cabo cuando pocos o ningún agente lo ha hecho. En estas circunstancias, la regla impondría las mismas acciones que prescribiría el utilitarismo de acto.

La segunda objeción está dirigida a la especificación de las reglas a aplicar, es decir, al intento de determinar las reglas que han de ser usadas para la valoración de actos y políticas. Si debe formularse un conjunto ideal de reglas, aquéllas cuyo seguimiento

general producirá las mejores consecuencias, entonces los beneficios de esta situación deben derivarse de que el seguimiento general sea el caso, no de la realización de actos individuales. Pero las normas que han de ser aplicadas son aquellas que son, de hecho, generalmente seguidas, lo cual hace que la fuerza crítica de la teoría quede fuertemente debilitada. Esta objeción apunta, entonces, a la inestabilidad de la teoría en tanto no queda claro cuál es la forma más adecuada de enunciar las mejores normas y no es coherente con las premisas fundamentales del utilitarismo. Si los utilitaristas de regla siguen siendo utilitaristas, cómo pueden, entonces, armonizar esto con la incorporación de acciones individuales que no concuerdan con la fórmula utilitaria (Scanlon, 1988, p. 75), (Hernández, 2006, p. 89).

3.6 Instrumentalismo no utilitarista de los derechos: la hipótesis consecuencialista

Las tesis instrumentalistas no utilitaristas plantean como meta la formulación de sistemas morales que integren derechos en la evaluación de estados de cosas con una importancia mayor a la reconocida por el utilitarismo, pero sin admitir, sin más, los supuestos de las teorías de la constrictión, de la elección o del estatus. La idea común a estas propuestas es, entonces, que un marco consecuencialista ampliado da lugar a la incorporación de derechos e intereses básicos relevantes de por sí y permite, a su vez, incluir a las consecuencias de las acciones (acotadas de cierta manera) en la de evaluación de los agentes.

Una moralidad de resultados se centra en la evaluación de estados de cosas. En el consecuencialismo, esta moralidad de resultado es hegemónica en tanto todas las otras entidades sean acciones, procesos, instituciones etc., son juzgadas por sus efectos (Sen, 1982, pp. 4-7). Todas las estrategias consecuencialistas fracasan en su objetivo de obtener las mejores consecuencias si se centran solamente en la influencia individual de cualquier entidad ya sean intereses, reglas, acciones o motivos. Una propuesta más adecuada integra todos estos rasgos en un conjunto moral en el cual también hay valores relativos al agente, en el cual la inclusión de las primeras -acciones-, daría paso a la posibilidad de admitir el segundo –relatividad del agente.

La exclusión de unas y otras se debe a la caracterización estrecha de consecuencias e intereses relevantes, pero puede corregirse con la ampliación de los efectos a revisar. Es

posible incorporar, por esta vía, consideraciones relativas al agente sobre del tipo de acciones relevantes para las tesis de la constrictión, para que operen en el marco de un razonamiento basado en consecuencias. El ranking de evaluación consecuencial que se construya para tomar una decisión no tiene, como en algunas variantes del utilitarismo, que ser completo. Aunque permanece el imperativo de maximización de los resultados, éste requiere solamente que la opción elegida no sea la peor del abanico (demanda de maximización, no de optimización).

Al establecer la relación entre el comportamiento maximizador y la acción comprometida o la diversidad de compromisos de los agentes, el marco estrecho que ofrece el utilitarismo es ampliado. Es decir, además del sentido en el que la satisfacción forma parte del bienestar de los sujetos, cuestiones como intereses, placeres superiores, los procedimientos de elección en general, actos de elección en particular y urgencia son tomados en cuenta (Sen, 1985, pp. 217-218).

La utilidad como único integrante del universo de la bondad se opone a la concepción de la persona sobre su propio bienestar. La información no utilitaria de los resultados es usualmente relevante, por eso debe ser incorporada de manera sustantiva y no como mera evidencia empírica de cómo está configurado el bienestar de los sujetos. La maximización puede ser entendida de manera diferente a como lo hacen los utilitaristas, esto permite que comportamientos típicamente humanos como la acción comprometida, no actuariales ni optimizadores, tengan cabida. También abre paso a entidades descartadas del cálculo clásico como la identidad, la agencia colectiva y las razones para la acción sean sustancialmente incorporadas a la evaluación consecuencial.

Si el bienestar es un parámetro central de evaluación de la situación de los sujetos, y éste está asociado con la idea de maximización, debería optarse no por el rechazo de esa noción, sino por la aclaración del sentido en el cual es usada y cómo el modelo escogido para establecer y evaluar consecuencias puede ser de orden parcial e incompleto. De esta manera, dentro de las consecuencias pueden figurar las violaciones de procedimientos y, en un marco evaluativo ampliado, esto puede ser considerado como un mal resultado.

Además de ampliar el límite informacional impuesto por el utilitarismo, la disciplina de evaluación consecuencial permite intercambios entre diversas entidades relevantes. A diferencia de las tesis de la dignidad, para las cuales los derechos o bien agotan o bien

ocupan buena parte del universo moral, para el consecuencialismo los intercambios entre intereses asociados a derechos y otras entidades relevantes son aceptados y no tienen punto fijo de llegada. Los modelos consecuencialistas admiten, entonces, un alto grado de libertad en los estados de cosas los cuales están integrados por un rango más amplio de entidades. Así, al negar la hegemonía de los rasgos utilitarios como portadores de valor intrínseco, cosas como la autodeterminación tendrían un peso mucho mayor en la evaluación. Esta teoría busca dar cuenta, entonces, del valor global de cuestiones éticas relevantes como valores, instituciones y derechos, sin olvidar que éstas tienen un valor instrumental que debe ser postulado en esos términos.

Resumiendo, el modelo consecuencialista en el que es puede inscribir a las teorías del interés sobre los derechos permite incorporar tanto derechos individuales, como cálculos de consecuencias sin tener que ser completamente consecuencialista. Esto permite: (i) la presentación explícita de juicios de valor, (ii) la ponderación de derechos e intereses con un modelo de verificación, (iii) el reconocimiento de las relaciones de interdependencia entre los diversos derechos, intereses y su realización y (iv) el reconocimiento de la relevancia de contar tanto con procesos justos, como de tener resultados aceptables (Arango, 2002, p. 8).

En las teorías del interés consecuencialistas engloban vertientes diversas. Aunque el punto en común es el supuesto de que cierto tipo de análisis consecuencialista es necesario en el razonamiento sobre derechos, la cuestión controvertida es cuál es el modelo adecuado. Algunas tesis sostienen que la reflexión sobre derechos debe considerar todas las consecuencias, por remotas que sean, para tomar alguna determinación, de esta manera, todos los efectos pueden ser juzgados en términos del mayor beneficio neto a través de algún criterio de optimización. El problema con esta opción es que excluye, de entrada, la posibilidad misma de elección racional cuando no es posible determinar todos los efectos de una decisión (no hay certeza sobre el futuro) y, además, las cadenas causales son infinitas. Otro inconveniente de este tipo de propuestas es que defienden la existencia de un único criterio de valoración de estados de cosas en términos de costo beneficio, pero parece que muchos de los intereses tutelados por los derechos no atienden a esta lógica (MacCormick, 2005, pp. 102-103).

La otra posibilidad es que un determinado tipo y rango de consecuencias sea tomado en cuenta al justificar decisiones sobre derechos. Ello supone que es posible, en algunos casos, ordenar las alternativas de elección y decidir cuál es la mejor posible (o la menos mala según estándares elegidos). Es decir, quien decide debe estar en capacidad de dar razones que sustenten porqué la decisión tutela de mejor manera los intereses en contienda.

Esta propuesta está inscrita en el consecuencialismo de regla en relación con la función de los derechos: las decisiones no están justificadas en términos de los efectos directos e inmediatos sobre los intereses involucrados, sino de estándares aceptables que aplican al caso presente, y futuros, en circunstancias similares en lo relevante. En todo caso, la dificultad mencionada persiste: es necesario precisar hasta dónde deben ser consideradas las consecuencias en relación con la adjudicación de derechos que protegen intereses y los fundamentos para evaluarlas. Esto en tanto los efectos de defender determinado derecho o de establecer una regla jurídica son muy difíciles de precisar y, además, la disciplina misma de la evaluación no es unívoca.

Este es uno de los desafíos más importantes que tiene que enfrentar una teoría del interés que dé cuenta del marco evaluativo en el cual opera. Por el momento, quiero dejar planteado el problema para, en el siguiente capítulo, mostrar alternativas de respuestas.

4. Críticas a la teoría del interés: fundamento moral y consecuencias

Contra la tesis del interés han sido planteadas muchas objeciones relacionadas tanto con la corriente moral en la cual están inscritas, como con el fundamento específico de los derechos que formulan a partir de ese marco. A continuación, doy cuenta de algunas de ellas.

4.1 La teoría del interés ofrece más de lo que puede cumplir

Las perspectivas instrumentales, en general, ofrecen más de lo que pueden cumplir. La idea de que es necesario precisar los efectos para determinar qué derechos deben ser adscritos, confía en la disponibilidad óptima de información y de herramientas de evaluación que casi nunca están al alcance. El énfasis del instrumentalismo en la

evaluación de intereses requiere un esquema admisible que permita hacer comparaciones interpersonales de intereses, pero la posibilidad misma de que este tipo de modelos puedan formularse es dudosa.

Frente a este primer punto es posible responder que, pese a que esta crítica apunta a un dato evidente tanto para la moralidad, como para la teoría social, que no hay acuerdo respecto de la posibilidad de llevar a cabo comparaciones interpersonales de preferencias, también es cierto que los razonamientos operan aun con evidencia incompleta sobre las consecuencias. La cuestión es, entonces, que la dificultad comparativa no debería paralizar el análisis de intereses relativos a derechos, tal y como no lo ha hecho en otros ámbitos del pensamiento práctico.

En todo caso, las teorías del estatus y de la elección enfrentan una dificultad análoga: en tanto no descartan completamente la posibilidad de ponderar los intereses y las consecuencias de adscribir derechos, este umbral de cualificación requiere algunas explicaciones adicionales a las ofrecidas. Es decir, estos modelos tienen que expresar, también, cómo se llevan a cabo estas cualificaciones que suponen contrastar diversos intereses. Esta comparación no es hecha entre categorías del mismo tipo sino entre categorías filosóficamente discretas, por eso es tan complejo, tanto para los defensores de la instrumentalidad de los derechos proponer esquemas para sopesar intereses, como para los teóricos del estatus explicar cómo deben darse estos intercambios entre dignidad e intereses de bienestar.

4.2 La autonomía, como objeto de tutela de los derechos, es el primer valor lesionado con estas posturas bienestaristas

Entre los derechos y el bienestar hay una relación de prioridad. El problema con la teoría del interés es que invierte esta relación y, en consecuencia, trata a los titulares de derechos no como fines, sino como medios para alcanzar el bien común. Los derechos expresan principios de respeto hacia las personas; en tanto no hay acuerdo (no tiene por qué haberlo) sobre el ideal de vida buena, los principios que están a la base de la comunidad política, en general, y de los derechos, en particular, no deben imponer valores que dicten proyectos de vida a los sujetos. En ese sentido, de nuevo, la moralidad está integrada por derechos que expresan principios de respeto de las elecciones individuales y obligarlos a

promover un único valor y una única idea de bienestar es faltar al respeto a su estatus y su dignidad.

Además, aunque la teoría del interés se precia de incorporar muchas categorías no-agenciales como sujetos de derechos, no ofrece un recuento satisfactorio de cuáles son los criterios o los principios morales que permiten definir este rango. Queda claro que la agencia no es condición necesaria para ser sujeto de derechos, pero, ¿cuál es el parámetro para determinar qué tipo de entidades no son titulares de pretensiones? Según las teorías del interés, hay beneficios propios de entes que son incapaces de ser portadores de derechos por que la promoción de su bienestar no es de valor último o intrínseco, sino de valor instrumental. Pero la decisión sobre cuáles son las entidades de valor último, depende de un trasfondo moral en el que se inscriba la teoría del derecho. Dado que la noción de interés que defiende está enteramente moralizada, esta teoría tiene la deuda teórica de ofrecer los criterios en los que se apoya para determinar las cosas que tienen valor último y las que no.

Considero que esta crítica tiene parte de razón. Aunque las teorías del interés permiten incluir categorías de sujetos que intuitivamente tienen derechos: niños, adultos incapaces y algunos animales, el criterio de titularidad sigue siendo ambiguo. Pese a que se ofrece ciertos parámetros, como la posibilidad de estar bien o de tener intereses, puede pensarse en situaciones en las cuales es dudoso si existe o no el interés, frente a las cuales esta propuesta no ofrece criterios de adjudicación de derechos.

4.3 La noción de interés es ambigua y no coincide con la de objeto de derecho

La satisfacción de intereses es parte importante del bienestar de los individuos, pero no agota el universo de lo que constituye el bien para los mismos. Por eso, una teoría exhaustiva sobre los derechos puede y debe ser neutral en relación con las respuestas a ese tipo de preguntas morales sustantivas. Evidencia de lo anterior es la gran diferencia entre la importancia de los derechos y el peso de los intereses relativos a los objetos de derecho. No hay, pues, correspondencia directa entre derechos e intereses.

En el pensamiento moral los intereses son metas independientes, con peso propio distintivo. Cuando se determina la acción debida, hay que valorar las opciones disponibles

que, a su vez, dependen, en parte, de la evaluación de intereses en conflicto y, en parte, en el factor independiente de que algunos de ellos están amparados por derechos. En conclusión, la función de los derechos no es exclusivamente la tutela de intereses, sino que su función de amparo cubre una gran cantidad de factores que no son reductibles al concepto de interés.

Frente a este cuestionamiento puede decirse que, aunque es cierto que no hay una correspondencia de uno a uno entre derechos e intereses, esta crítica no explica por qué los derechos están vinculados de manera general con beneficios. Tal y como se formula, para esta objeción la coincidencia entre derechos, intereses y bienestar sería una casualidad generalizada. La cuestión es que los derechos amparan intereses de una manera que los intereses por sí mismos hacen y esto es algo que cualquier propuesta está en la obligación de explicar o de refutar. Por otra parte, cuando se razona respecto de lo que debe hacerse, por lo general es agregado el peso de los derechos a las razones que provienen de los intereses que amparan, en ese sentido, el valor de lo protegido hace parte de la evaluación de la importancia del derecho y no es una consideración independiente a éste.

4.4 El cumplimiento de los deberes no beneficia necesariamente a los titulares del derecho. Hay, por eso, derechos que no están en el ámbito de los intereses de su titular

La cuestión de los terceros beneficiarios de prestaciones que no son titulares de derechos representa otro inconveniente teórico para esta propuesta. En estas situaciones, los titulares del derecho no cumplen con el criterio básico de adjudicación: no tienen algún aspecto de su bienestar comprometido. Quienes tienen, entonces, los poderes de ejecución y renuncia son los titulares de derecho, no los que se benefician con la prestación. No hay, entonces, correspondencia uno a uno entre el ser portador del derecho y ser beneficiario del deber correlativo.

Respecto de esta crítica, la teoría del interés ha señalado que uno de los beneficios tomados en consideración para la adjudicación del derecho es de carácter individual; pero ni es el único ni es, en muchas ocasiones, el más importante. Hay situaciones en las cuales el criterio de adscripción de un derecho le da más importancia a la tutela de un bien colectivo, que a un interés subjetivo. El bien relevante es aquel que, en términos generales,

califica como tal, aunque en el caso concreto el titular puede no percibir el derecho como una mejora de su situación.

4.5 La teoría del interés no puede explicar los derechos propios de cargos que no benefician a quienes los ejercen

Hay derechos asociados al ejercicio de cargos que no benefician, ni directa ni indirectamente, a quienes los ejercen. Esto es frecuente cuando se trata de derechos que habilitan a sus portadores a hacer su trabajo, quienes están autorizados para definir deberes de otros y determinar, entonces, quién tiene un derecho en determinada situación. Estos sujetos pueden tomar decisiones que modifican relaciones jurídicas sin que su bienestar, en términos globales o de acuerdo con lo que “generalmente es considerado un bien”, se vea afectado. Por ejemplo, cuando los jueces dictan sentencias o los policías de tránsito imponen multas, lo hacen legitimados por ciertos poderes públicos otorgados. Lo anterior implica el ejercicio de un derecho sin beneficio subjetivo que lo justifique.

La respuesta a este cuestionamiento tiene que ver con la idea de moralidad del rol, es decir, en estos casos el ejercicio de un trabajo implica el poder de imponer deberes. Lo que es considerado como buen ejercicio tiene un criterio de medición diferente al de bienestar personal, aunque quienes ejercen estos poderes tienen margen de apreciación en la interpretación del sistema normativo. Tan es así que ser un mal funcionario o incurrir en malas prácticas según los criterios señalados para eso, puede acarrear sanciones, entre ellas, la destitución del cargo. Lo que se considera aquí no es el bienestar personal de quien ejerce el poder, sino la manera en la que ese ejercicio del poder implica ciertos beneficios para funcionamiento del sistema.

Por ejemplo, el oficial de policía tiene el poder de imponer sanciones a los conductores en razón de la violación de las reglas de tránsito. El deber del infractor de cumplir con la pena impuesta no se deriva del incremento del bienestar que esto va a generar en la agente de tránsito, sino que está justificada por la función de coordinación social que cumplen esas normatividades. No es, entonces, relevante el oficial de tránsito *qua* persona, sino en tanto que funcionario con poderes públicos.

4.6 Las versiones de los derechos de utilitarismo de acto, de regla y consecuencialistas del interés heredan todos los reproches contra la tesis consecuencialista de la moralidad en general

Arriba expuse de manera más detallada los reproches contra las morales consecuencialistas en general y contra la teoría del interés de los derechos derivada de éstas, en este apartado quisiera solo recapitularlas. A grandes rasgos, las críticas contra el utilitarismo de regla enfatizan que, dado que está comprometido con la incorporación y respeto de cuestiones tales como derechos y valores de tipo de promocional, su adscripción al utilitarismo es dudosa. Otra crítica señala que, en tanto sigue siendo utilitarismo y que, en ese sentido, prescribe la maximización de la bondad, termina por colapsar en utilitarismo de acto. Contra el utilitarismo de acto se ha alegado que desconoce la separabilidad de los sujetos, en cuanto lo que le importa son unidades impersonales de valor. También, que no se ocupa de las personas como tales sino de una parcela muy acotada de las mismas: su estatus de recipientes de cierto tipo de sensaciones con valor intrínseco. Esta noción hace que desconozca sus proyectos, planes y objetivos, y los valores que los definen y que tienen una estructura no promocional. Por último, las objeciones afirman que, dado el carácter maximizador, estas propuestas son incapaces de incorporar derechos de manera sustantiva. Debido, entonces, a que es promocional, solo pueden postular a estas entidades como acompañantes de intereses que invariablemente resultan derrotados cuando son enfrentados a incrementos, aunque sean marginales, de utilidad.

En relación con estos cargos, arriba señalé que es factible formular una teoría moral consecuencialista que no tenga los problemas asociados a las propuestas utilitaristas tanto de acto, como de regla. Un modelo de razonamiento moral de este tipo, librado del deber de optimizar estados de cosas, puede incluir en el marco evaluativo los intereses especialmente importantes. Debido a que estos intereses son objeto de tutela mediante una red de posiciones normativas englobadas en el término derechos, su peso en el contexto de la evaluación ética es mayor que el de otras consideraciones no amparadas así.

De esta manera, y dado que buena parte de los intereses que fundamentan derechos están orientados a guardar aspectos centrales del bienestar personal, el modelo evaluativo consecuencialista permite tanto especificar los vínculos de codeterminación de los

distintos tipos de derechos, como precisar los conflictos que pueden presentarse entre sí y con otros bienes, valores o principios.

5. Conclusiones

Las teorías del interés sostienen que la función de los derechos es proteger y promover algunos de los intereses de sus titulares. En la medida en que la elección individual clasifica como una preocupación digna de tutela, este modelo puede dar cuenta de los derechos centrales defendidos por la teoría de la voluntad. Por ello, su alcance es más amplio en relación con las situaciones que protege, por cuanto reconoce tanto posiciones relativas a la autodeterminación, como objetos de tutela inalienables e irrenunciables.

El modelo de fundamentación de derechos resultante identifica a los intereses con base en los cuales el derecho es postulado como la razón para sostener que otro sujeto es portador de un deber. Los intereses integran, así, la justificación de un derecho que, a su vez, es la fuente de justificación de deberes. Los derechos son, en ese sentido, conclusiones intermedias en argumentos que se mueven entre valores últimos y deberes (a la manera de Mill). Son puntos de la argumentación en los que muchas consideraciones se encuentran, cuyas conclusiones son usadas como razones con un peso importante. Por eso, es suficiente un interés para fundar un derecho si y si solo si hay un argumento sólido cuya conclusión es que el derecho existe y, además, entre sus premisas está la afirmación no redundante del interés del titular. En suma, estas premisas deben ser en sí mismas suficientes para sostener que, si no hay consideraciones en conflicto, un individuo tiene un deber.

La teoría no cualificada del beneficio afirma que alguien es titular de un derecho si probablemente se beneficia de la conducta obediente de otro. El problema es que alguien a quien le falta el derecho relevante puede beneficiarse, por azar, de ese comportamiento. La teoría cualificada busca corregir estas deficiencias. Sostiene que alguien es portador de un derecho solo si debe beneficiarse con la conducta obediente de otro; el titular de derecho es, entonces, un beneficiario intencional. Por el contrario, la titularidad de un derecho no es necesariamente benéfica para su titular sino que atiende al criterio de lo que generalmente es bueno. En suma, la condición de beneficio cualificada implica que algún

interés legítimo del titular ha de ser protegido mediante la realización de un deber, pero esto no supone que el portador resulte globalmente beneficiado.

En el esquema de Hohfeld la idea de derecho es desagregada en las diferentes posiciones y relaciones que lo integran. Una parte de la doctrina de los intereses sostiene, entre ellos Kramer y Wenar, que este esquema es adecuado para concentrar las relaciones entre posiciones morales, solo que el vínculo entre los pares correlativos no es lógico sino justificativo. Por ejemplo, el correlativo de un derecho es un deber, pero esto no quiere decir que invariablemente cuando estemos en presencia de uno de ellos siempre estará el otro. Lo que hay entre estos extremos en una relación de fundamentación: cuando hay un derecho, hay una fuente de justificación para el surgimiento de deberes correlativos.

Otros teóricos del interés no creen que la propuesta hohfeldiana sea adecuada para enunciar las diversas relaciones en términos de derechos, la titularidad de un derecho no implica la existencia de un deber correlativo o de un poder de ejercicio. Un derecho, por el contrario, es un poder con mucha importancia que genera razones para reconocer o imponer deberes, cuando es necesario para la tutela de intereses. Un deber está, de esta manera, justificado si no es contrarrestado por consideraciones en conflicto.

En general, para las teorías del interés algunos derechos son más básicos que los deberes con los cuales están vinculados. Los derechos y los deberes amparan intereses, los intereses fundamentan derechos y los derechos dan lugar a deberes. El vínculo entre estas tres categorías es justificativo, no conceptual. De esa manera, aunque una gran cantidad de derechos y deberes tienen vínculos directos con intereses, algunos de ellos están justificados en otros términos. Por ejemplo, algunos derechos pueden fundamentarse con base en su instrumentalidad, en relación con derechos más básicos. Los intereses relevantes son aquellos que justifican deberes básicos y están, por eso, relacionados a estos de manera directa y de manera remota con otro tipo de derechos.

El reconocimiento de los intereses como base de derechos acota la definición expansiva de estos últimos en diversos ámbitos normativos (moral, jurídico, político, etc.). La identificación de los valores subyacentes es una tarea central, pero no es la historia completa sobre la interpretación de derechos. Los derechos integran, además de valores, intereses en negociación y, eventualmente, evaluación de consecuencias. Los derechos tienen, entonces, una función normativa preponderante: proteger y promover intereses. No

obstante, puede haber diversas fuentes de constricciones diferentes del interés individual, hay un rango de casos que obedecen a la tutela del beneficiario, pero este conjunto no agota el universo de derechos. En tanto los derechos no están justificados solo en términos de deberes de beneficio, su postulación no es redundante.

Para las teorías del interés la razón de ser de los derechos es la protección y promoción de intereses y, en ese sentido, su definición debe ser fiel a esta necesidad. Esta definición es generalmente muy amplia cuando se trata de ciertos derechos morales y de determinadas provisiones constitucionales. Por el carácter de estas entidades normativas, esa amplitud es admisible a menos que eso implique el sacrificio ilegítimo de intereses en competencia. Por el contrario, buena parte de la doctrina legal tradicional ha estado centrada en analizar argumentos jurídicos complejos y oscuros que en nada se relacionan con los intereses protegidos. Es necesario involucrarse de manera más directa y activa con los objetivos y consecuencias del reconocimiento y aplicación de esos derechos, es decir, contemplar en el análisis tanto los fines, como los objetos de las normas.

La teoría del interés puede adscribir derechos a entidades que no tienen agencia, pero que tienen la posibilidad de mejorar o empeorar su situación. Se trata de hipótesis en las que alguien tiene un deber respecto de otro sujeto, pero del que el titular no tiene disposición en cuanto ese derecho está fuera del control normativo de su portador. Esto da sentido a la idea de derechos inalienables y a la de que seres incapaces de ejercer control sobre sus relaciones hohfeldianas pueden ser titulares de derechos. Por eso, esta propuesta puede incorporar la libertad y la autonomía como intereses de orden superior, pero, a diferencia de las tesis de la elección, distribuir de manera más amplia la habilitación para ser titular

Para esta propuesta, la teoría de la justicia está fundamentalmente relacionada con la pregunta sobre conflictos entre intereses y valores; parte del supuesto de la inevitabilidad del choque entre intereses y, en ese sentido, otorga a los derechos la capacidad de escoger y demarcar, *prima facie*, las fronteras entre los conflictos de intereses. No hay un principio de justicia que pueda generar un conjunto de derechos coposibles sobre la permisibilidad de las acciones, es decir, que no choquen en algún momento. Al mismo tiempo, una parte importante de lo que hace una teoría de la justicia es determinar criterios para resolver de mejor manera colisiones entre derechos morales,

políticos y jurídicos. Los derechos no son solo el resultado de un sistema de reglas, sino que tienen un papel justificatorio dentro del mismo, son dinámicos en tanto sus componentes y sus relaciones se modifican con el tiempo. Una teoría acerca de los derechos debe dar cuenta de estas características de fundamentación y cambio. Las teorías del interés son las más aptas para cumplir adecuadamente con esta labor por cuanto la idea de interés puede servir como *rationale* para la creación de relaciones de derechos en diversos sistemas normativos.

Las teorías del estatus apuntan tanto a la protección de uno de los bienes básicos para la moralidad, la autodeterminación, como a la defensa del valor intrínseco y la dignidad de determinados individuos. En ese sentido, critica a las tesis instrumentalistas de los derechos en general que apuntan a la valoración de intereses y consecuencias. Lo anterior por cuanto, según afirma, los derechos no operan como tutelas de los individuos en versiones maximizadoras de la moralidad, sino como entidades débiles y hasta prescindibles. Uno de los problemas centrales de este modelo es que, pese a que postula principios básicos como la dignidad y a autonomía, no toma en consideración la importancia del bienestar de los sujetos, ni los efectos que se siguen de determinadas adscripciones de derechos.

Las tesis instrumentales de los derechos no tienen que ser, por ello, utilitaristas. Hay un abanico muy amplio de modelos no maximizadores en relación con los mismos, entre los que están las tesis de las capacidades, de los bienes primarios, el igualitarismo, etc. Un modelo sólido y atractivo es el ofrecido por los estándares consecuencialistas de la moralidad, en los que están inscritas varias de las versiones del interés de la fundamentación de derechos. Estas propuestas resultan mucho más adecuadas para llevar a cabo esa tarea, entre otras cosas, porque: (i) permiten incorporar asuntos relativos a la autodeterminación y dignidad individual, (ii) reconocen a los derechos un peso específico mayor en el contexto de la racionalidad práctica, y (iii) permiten explicar las interdependencias y conflictos entre los diversos derechos y entre estos y otros bienes sociales. Dan lugar así a una disciplina de la evaluación de los derechos más rica y que incorpora muchos temas relevantes excluidos por otras propuestas.

El valor de los derechos está necesariamente vinculado con los intereses humanos. El modelo de derechos más adecuado debe ser, de manera amplia, consecuencialista, en

tanto afirma que los mismos están justificados por los estados de cosas que promueven, aunque esta promoción no sea maximizadora. Los conceptos de derechos, intereses, poderes y consecuencias están estrechamente unidos en este tipo de análisis normativo.

Qué derechos deben ser reconocidos depende de un análisis integrado y adecuado de estas cuatro categorías. Una de las razones por las cuales los derechos son entidades relevantes en el juicio moral es que tutelan ámbitos de decisión individual importantes y, a la vez, pueden ser justificados en términos de las consecuencias sobre de los intereses humanos (como la distribución equitativa de control sobre la propia vida), aunque el amparo de la autonomía no sea el único bien protegido a través de los mismos. Uno de los desafíos más importantes para disciplina de la evaluación de los derechos es, entonces, formular modelos que incorporen de manera adecuada la información relevante para los casos concretos y permitan, en consecuencia, ordenar, cuando sea posible, alternativas de elección. En el capítulo siguiente me ocupo de este problema.

Capítulo 4. Un entorno evaluativo para los derechos morales

En los primeros tres capítulos presenté y defendí una noción de derechos morales para la ética. En el primer capítulo justifiqué la importancia del concepto para la moral en general y, en particular, para la que considero la versión más adecuada de la misma. En los capítulos segundo y tercero di cuenta de dos de las propuestas dominantes de fundamentación de derechos morales: las teorías de la elección y las del interés. La conclusión de estos tres apartados es que, la mejor forma de entender el papel de los derechos morales en una teoría ética admisible, es a través de su carácter instrumental en la protección ciertos valores. Para llegar a esta conclusión parto de una teoría del interés que da cuenta no solo de la centralidad de estas entidades normativas, sino que reconoce en su fundamentación el lugar de las relaciones con otros valores prácticos y con las consecuencias de su reconocimiento.

En este capítulo profundizo en los rasgos que, a mi parecer, son los centrales de los derechos morales instrumentales y fundamentados en intereses. Expondré, entonces, el panorama evaluativo en el que esos derechos pueden cumplir las diversas funciones que les han sido atribuidas en los primeros apartados de este trabajo. Para cumplir con ese objetivo procederé de la siguiente manera: en primer lugar, presentaré las características generales de la propuesta moral en el que están inscritas estas entidades normativas. Me referiré a otros de los principios, valores y objetivos que también son relevantes en el contexto ético que defiende y las relaciones que se puede establecer entre ellos. En el segundo apartado, analizaré el lugar de los derechos en la evaluación moral a partir de las interdependencias entre las distintas posiciones normativas de derechos, entre sí y con otras nociones morales. Finalmente, me daré cuenta de la fuerza que ganan los derechos en el análisis moral una vez que ha sido admitido su carácter instrumental y derrotable.

Mi objetivo es puntualizar las características generales de una teoría ética que reconoce la importancia de derechos y consecuencias en su ámbito evaluativo, sin tener que suscribir completamente las tesis del deontologismo o del consecuencialismo sobre la

moral.⁶³ La presentación de este panorama teórico híbrido (con elementos de deontologismo y consecuencialismo) no pretende ser exhaustiva, ni agotar todas las características y efectos que se siguen de adoptarlo. Solo quisiera señalar cómo estaría constituido, en términos generales, un modelo ético que tiene entre sus elementos evaluativos a los derechos tal y como los he caracterizado.

1. Evaluaciones morales en contextos de tesis constrictivas

Los problemas asociados a las evaluaciones morales, las nociones con las que operan y el rango de información que admiten no nacen con los derechos ni se eliminan expulsándolos del razonamiento.⁶⁴ Buena parte del debate sobre cuál es el contexto normativo más adecuado para formular asuntos prácticos de justicia, redistribución, autonomía, etc. se ha dado, al menos desde la publicación de *Una teoría de la justicia* de John Rawls, entre las propuestas deontológicas, centradas en el agente, y las tesis consecuencialistas orientadas a la producción de mejores estados de cosas. En ese escenario se ubica esta discusión sobre los derechos morales, la pertinencia del concepto, su estructura y fundamentación.

La idea dominante sobre estos asuntos es que las teorías morales y de la justicia que posicionan en un plano superior a la dignidad, y al ejercicio de las libertades asociadas a ella, son las únicas habilitadas (o por lo menos, las mejor preparadas) para ofrecer una idea de derechos con importancia intrínseca (de prioridad lexical, restricciones a la acción,

⁶³ En términos muy generales, para las éticas deontológicas, las acciones, instituciones y demás, deben ser juzgadas por los principios que las justifican, no por sus consecuencias. En contraste, el razonamiento moral consecuencialista juzga estas mismas acciones, elecciones, instituciones, etc., por los estados de cosas que producen. La pregunta de si hay acciones o disposiciones que sean portadoras de valor, independientemente de las consecuencias que generen, es respondida de forma negativa por el consecuencialismo. Estas entidades no tienen valor por sí mismas sino por la bondad de sus efectos, los únicos con valor en sí mismos son los estados de cosas. El deontologismo, en cambio, responde de forma afirmativa: las acciones, disposiciones, etc., deben ser evaluadas de acuerdo con los principios que las inspiran, no por sus resultados. Por eso, buena parte de esta tradición plantea a los derechos en términos de constricciones a la acción que fijan los límites de lo que puede ser legítimamente hecho sin lesionar la autonomía y dignidad de las personas. El consecuencialismo, por el contrario, los incorpora con una importancia equivalente a otras entidades, con fuerza y peso instrumental. Un derecho puede ser presentado, de esa manera, como una disposición normativa que tiene valor en sí misma o como entidad con valor instrumental para el logro de ciertos fines deseables. Para una presentación de estas propuestas morales puede revisarse el capítulo 3.

⁶⁴ Para una exposición de diversas tesis que defienden la superioridad de una teoría ética sin derechos morales puede consultarse el capítulo 1.

triumfos, etc.), que no pueden ser desplazados por el mero aumento marginal de utilidades. Pese a que la fortaleza de estas tesis está en su defensa de la dignidad y la autonomía individual, tienen dificultades para responder, con los recursos de la propia teoría, a cuestiones como las condiciones en las que se defiende esa dignidad y se ejerce esa autonomía.⁶⁵ Tampoco ofrecen las herramientas adecuadas (o las que ofrecen no son satisfactorias) para tratar asuntos como la interdependencia entre derechos o la manera de abordar conflictos entre estos, o entre estos y otros bienes.⁶⁶

Una de las primeras críticas y, a mi juicio una de las más agudas, dirigidas contra la noción de derechos defendida por propuestas como la rawlsiana fue formulada por H. L. A. Hart. Sus reproches atacan, principalmente, las ideas de que la libertad y los derechos que la tutelan tienen prioridad lexical sobre otras consideraciones (de bienestar, por ejemplo); y de que las libertades solo pueden ser limitadas en favor de otras consideraciones del mismo género (Hart, 1973, pp. 534-555). Me interesan, especialmente, las razones expuestas por Hart para afirmar que, evaluativamente, esta tesis es muy débil en relación con los derechos.

Según Hart, Rawls sostiene que la libertad solo puede ser limitada por otras libertades y no en consideración de ventajas sociales o económicas. Todos los valores sociales (igualdad, oportunidad, riqueza) deben ser distribuidos equitativamente, salvo que la distribución desigual genere ventajas para todos. Esta distribución equitativa de la libertad no tiene como objetivo final su maximización y extensión, sino que tiene prioridad absoluta frente a otras ventajas sociales; puede, entonces, ser distribuida inequitativamente, pero solo en razón de ventajas del mismo género.

Hay al menos dos sentidos en los que la libertad es la ventaja social básica en términos de justicia. La primera, se refiere al esquema de libertad máxima compatible para todos; la segunda, al conjunto de libertades específicas que solo pueden ser acotadas con base en consideraciones similares. ¿Qué significa, entonces, limitar la libertad a favor de la libertad? Quiere decir que cuando diversas libertades entran en conflicto debe elegirse la que asegure el sistema de libertades más amplio para todos los individuos. Habría,

⁶⁵ En el capítulo 2 son expuestas las tesis básicas y las objeciones contra la teoría de la elección sobre los derechos. En el capítulo 3 pueden consultarse los argumentos defendidos por las teorías de la dignidad y los reproches que pueden serle planteados.

⁶⁶ Para una presentación de estas dificultades puede revisarse el capítulo 2.

entonces, que preferir la aplicación de un principio de interés o bien común que asegure las condiciones para la persecución individual de los propios fines.

Rawls ofrece dos ejemplos: las reglas del discurso y el servicio militar obligatorio. Las primeras, reglas de orden del debate, restringen la posibilidad de intervenir en alguna discusión cuando se nos ocurra. La limitación de esta libertad se justifica por los fines de participación en un debate provechoso y en la libertad de participar en condiciones similares. La segunda, la conscripción militar, estaría justificada porque la limitación de varias libertades personales serviría al bien mayor de evitar una restricción más gravosa al esquema de libertades. En los dos casos, a juicio de Rawls, los conflictos se solucionarían mediante la apelación exclusiva a la libertad y su extensión.⁶⁷

En resumen, los choques entre libertades se resuelven por apelación a éstas. A pesar de que hay otros bienes socialmente relevantes, y evaluaciones relativas a estos, es necesario establecer una protección especial de la libertad derivada de la idea más adecuada de justicia. Lo anterior supone, a su vez, contemplar hipótesis en las que instancias de esa libertad resultan incompatibles y alguna de ellas tiene que ser limitada. La única indeterminación asociada con estas restricciones es el tipo de protección diseñada para la tutela de estas libertades, que es acotada por el rango de alternativas admisible derivado de los principios de justicia (derechos, prohibiciones, deberes, etc.).

Los individuos racionales, en el esquema rawlsiano, elegirían la alternativa que asegura la mayor libertad como fin compartido por todos. Por ejemplo, si es probable que la libertad irrestricta de tránsito reduzca significativamente la disponibilidad de alimentos y la restricción de la movilidad no anula las libertades asociadas a ella, está permitido restringir el tránsito libre. El problema sería que la respuesta a este conflicto, en términos de lo que maximiza el bienestar (la disponibilidad de alimentos), parece estar descartada por el principio de “restricción de la libertad solo en nombre de la libertad”.

La prioridad de la libertad prohíbe el intercambio de éstas por ventajas económicas, proscripción que se deriva de los requerimientos de justicia. Los sujetos iguales representativos, tras el velo de ignorancia, escogen esta regla de prioridad como derivada de la concepción especial de justicia, con la condición de que sea aplicada solo

⁶⁷ Una buena reconstrucción del debate acerca de la mejor manera de resolver conflictos entre libertades y su extensión puede encontrarse, entre otros, en Marmor (1997), Raz (1978, 2002) y Waldron (1989).

hasta que se logren ciertas circunstancias económicas y sociales favorables. Estas circunstancias son las que permiten el ejercicio efectivo del esquema máximo de libertades, y de sus diferentes realizaciones, y la satisfacción generalizada de las necesidades básicas. Hasta que ese estado haya sido alcanzado gobernará en la sociedad una concepción general de justicia; lo que quiere decir que, solo en esos casos excepcionales, las libertades pueden ser intercambiadas por ventajas económicas.

Ahora, cuestiona Hart, cuando las condiciones de aplicación de la concepción especial de justicia están dadas y en la sociedad hay una distribución desigual de la riqueza hasta tal punto que las personas más pobres no pueden ejercer sus libertades básicas, ¿es irrazonable que esos sujetos apoyen un régimen autoritario como vehículo para mejorar sus condiciones materiales? Es posible que un número significativo de personas estén dispuestas a someter el ejercicio de sus derechos políticos, que no les reportan mayores ventajas ni en términos materiales ni de ejercicio de libertades, a un gobierno que probablemente avanzará sus condiciones materiales. Esta cuestión es compleja y toca temas de filosofía política y teoría política y económica que no estoy en capacidad de abordar en este texto. Solo me interesa subrayar que la crítica de Hart apunta en este caso directamente a la restricción ilegítima de los criterios de evaluación.

Si bien la idea de prioridad de la libertad está entre los postulados básicos del liberalismo, Rawls afirma que su propuesta está basada no en ideales trascendentales sino en intereses y preferencias de individuos racionales (maximizadores de utilidad). Este supuesto tiene la ventaja de resaltar la relación entre la libertad y otros valores, pero, a juicio de Hart, fracasa como razonamiento que demuestra la prioridad de la libertad.

En primer lugar, y en relación con los conflictos entre libertades, Hart sostiene que la tesis de Rawls según la cual estos son resueltos mediante el criterio de “lo que promueva el esquema de libertades más amplio”, es desorientadora. Si prestamos atención a los ejemplos de choque mencionados en el apartado anterior, las reglas de orden del debate y la conscripción militar, se advierte que estos choques difícilmente pueden ser resueltos solo por la apelación a las libertades involucradas y, además, sin considerar las dimensiones de esas libertades (fuerza, extensión, número).⁶⁸ Lo se busca con la imposición de reglas de debate no solo es la participación libre de todos los involucrados

⁶⁸ La exposición de estas dificultades se encuentra en el capítulo 2.

y, en ese sentido, el esquema más amplio de libertades, sino también algo que es más valioso para las personas que lo prohibido por la regla. Para precisar qué puede ser eso y para, con base en los fines acotados dar respuesta al conflicto, no es suficiente la mera apelación a esas libertades, debe estar presente en la solución un criterio acerca del valor de las diferentes libertades involucradas.

Uno de los principales problemas anotado por Hart es que Rawls postula una salida al conflicto en la cual las libertades se auto-contienen y solo cuentan éstas y su extensión, pero solo aquellos conflictos muy simples entre libertades no necesitan apelar a nada más que a éstas para su resolución. En muchos casos es necesario considerar el valor de las diversas formas de conducta y no solo extensión y cantidad de libertad (que, puesta en estos términos, parece ser una cuestión cuantificable). Además, en algunas hipótesis de choque las soluciones corresponderán a intereses personales diversos en relación con el valor relativo de sus libertades implicadas. En esos casos no habrá respuestas únicas por apelación al bien común. Puesto en otros términos, hay conflictos entre libertades cuya mejor solución puede darse, según el caso, o bien con base en argumentos utilitaristas o bien por apelación a lo que los individuos están titulados en función de su dignidad humana.

Por otra parte, no es claro que la preferencia racional de un individuo, noción que estudio más adelante, pueda dar luces en estos casos, puesto que las personas pueden diferir razonablemente sobre el valor de sus libertades sin que haya incongruencia, y no hay ninguna posición obviamente más racional que la otra. En estos supuestos es difícil entender cuál sería el contenido de esa preferencia representativa racional y cómo arrojaría un esquema ampliado de libertades.

Ahora bien, ¿qué limitaciones impone el principio de restricción legítima de la libertad cuando la conducta limitada causa infelicidad o daño, tomando en consideración que es posible que la acción que causa daño sea el ejercicio de libertades básicas? En muchos casos, las condiciones impuestas al ejercicio de esas libertades son aceptadas en términos no del principio de restricción legítima, sino de daño o pérdida de bienes o de una cantidad muy alta de utilidad. La cuestión no es tanto que la doctrina de la justicia sea demasiado indeterminada como para resolver choques entre libertades, sino que es demasiado restrictiva en razón del principio de acotación de las libertades.

El esquema que establezca una distribución de la libertad de acción en el contexto social cumple, básicamente, dos tareas: (i) otorga a los sujetos las ventajas de esa libertad; (ii) los expone también a las desventajas del ejercicio de esas libertades por parte de otros. Las afectaciones pueden impactar tanto en el ejercicio de las propias ventajas básicas, como provocar diferentes formas de daño y sufrimiento que no están jurídicamente normadas. Estos daños pueden incluir la restricción del acceso o la destrucción de bienes y formas de vida que habrían estado disponibles para los individuos de no ser por el ejercicio de libertades básicas por parte de otros.

Por ejemplo, una libertad derivada del primer principio de justicia es la de discurso. Su estatus es lexicalmente superior a las consideraciones de efectos económicos y sociales del segundo principio, por eso, solo puede ser limitada en razón de la afectación de otra libertad básica. Ahora bien, hay ciertos discursos que, pronunciados bajo el amparo del primer principio, dañan o ponen en riesgo importante a individuos o comunidades, pero dado que esos daños no se dan directamente sobre las libertades de los afectados (o, al menos, no de sus libertades entendidas de esta manera) es injusto limitar esos discursos en razón de los bienes o las formas de vida que vulneran. La elección que hace un individuo sobre la distribución de determinadas libertades dependerá, entonces, del grado de afectación que esa distribución le puede generar. El que los conflictos sean puestos solo en términos de restricción legítima de la libertad invisibiliza la evaluación de costos y beneficios de su reconocimiento y ejercicio.

Dadas todas las dificultades que tiene que enfrentar, y las preguntas que no puede responder, la tesis de la prioridad de la libertad y las condiciones admisibles de restricción me parece importante dar cuenta previamente de los rasgos de una teoría moral que permita, antes de responder cualquier pregunta, abordarla. Mi intención no es ofrecer una defensa completa de la doctrina ética que admita ese tipo de evaluaciones, sino presentar los rasgos generales de una disciplina moral que acepta derechos morales del tipo que he defendido en los tres primeros capítulos. Para comenzar, recapitularé las características como valor que la autonomía tiene para este tipo de propuestas en las que ocupa un lugar muy importante -entre muchos otros valores que también importan-.

2. Derechos y condiciones de posibilidad

Las condiciones de posibilidad de la autonomía, al igual que las de muchos otros valores, son múltiples y complejas. Es posible distinguir al menos tres ideas básicas asociadas a esta: (i) habilidades mentales apropiadas, (ii) cantidad y calidad aceptable de opciones e (iii) independencia para elegir (Raz, 1988, pp. 369-399). Si alguien ha de ser el autor de su propia vida debe tener, al menos, las capacidades mentales para formar las intenciones que le permitan elaborar planes para llevarlos a cabo. La autonomía, de esa manera, no es un principio único y autoevidente en torno al cual se articulan todos los demás, sino que es un valor que admite grados y que, eventualmente, puede ceder frente a otros en casos concretos.

La autonomía supone la habilidad para escoger entre opciones aceptables y realizables; hay, por eso, una relación estrecha entre la disponibilidad de esas opciones y otros valores morales. Difícilmente puede afirmarse que alguien es el autor de su destino si no es posible saber, al menos de manera general, qué medios tiene y qué posición ocupa como elector. Éste es uno de los puntos más claros de articulación entre la noción de autonomía y la idea de bienestar como integrantes del plano moral: el bienestar personal está constituido en buena medida por las metas que se fija el individuo. Ese estado es dependiente del proceso de formulación de sus objetivos y no solo de si le es posible o no realizarlos. Para enunciar las metas en términos de opciones razonables es necesario que su autor tenga la capacidad de formar preferencias complejas que le permitan a su portador ser el artífice de su vida, aun cuando finalmente no escoja ninguna de ellas.

Autonomía y bienestar parecen dos opciones polares en términos del valor primario a proteger o promover en el contexto de una teoría moral.⁶⁹ La defensa de la autonomía parece implicar la independencia en su valoración de cualquier consideración de resultados, a menos en casos corrientes. Pero la idea de promoción del bienestar como fin único parece dejar a la autonomía en un estado de provisionalidad e indefensión que la hace vulnerable frente a los aumentos, aunque sean marginales, de utilidad. A continuación, me refiero a algunas formulaciones de ese bienestar y los reproches dirigidos contra las mismas. Luego de esto, volveré sobre la integración de autonomía y

⁶⁹ Estos contrastes son expuestos en los capítulos 2 y 3.

bienestar como valores relevantes en una teoría moral no exclusivamente deontológica y como posibles objetos de intereses tutelables mediante derechos.

2.1 La maximización del bienestar como objeto de la ética

El consecuencialismo, en términos generales, se refiere a una familia de teorías morales que ordena a los agentes la producción de los mejores estados que estén a su alcance; los proyectos más queridos deben ser evaluados, entonces, desde el punto de vista impersonal y en la lógica de la maximización del valor final. Es decir, sin tomar en consideración qué tanpreciado es un proyecto para alguien, tiene que ser abandonado si hay otro disponible que sea más eficaz en la maximización del bien global.

Un integrante de esas teorías es el utilitarismo de acto que especifica un principio de jerarquización de estados de cosas desde el punto de vista impersonal, es decir, una ordenación que no varía en función de los compromisos personales de los agentes. También hace de ese principio un imperativo de acción al ordenar que procedan siempre de manera que converja en la maximización del bien global (con el estado mejor rankeado) (Scheffler, 1994).⁷⁰

Por ejemplo, en el caso de la familia Jones presentado en el capítulo 1, Irie Jones tendría que tomar una decisión sobre su plan de viajar a Asia y a África con base no solo en lo que cree que será más importante para ella, sino también en los efectos finales de esa determinación sobre su familia. Así, dado el gran disgusto que ese viaje ocasionará a Clara Jones, su mamá, y el gran disgusto que el gran disgusto de Clara provocaría en Archibald Jones, su papá, la mejor elección, en términos utilitaristas de acto, es que Irie no viaje. No ocupa un lugar importante en la evaluación el que el salir de su casa sea constitutivo de su calidad y proyecto de vida, su unidad de satisfacción individual no sería mayor que la de la mortificación que provocaría en su familia.

Las modalidades de consecuencialismo (de regla, de motivación, etc.) difieren, entre otras cosas, en lo que requieren del agente, lo que significa “mejor estado de cosas global” y en el alcance de la posibilidad de ordenar estados de cosas en términos impersonales. Comparten, en cambio, la premisa general de que debe ser promovido el

⁷⁰ Este punto también es desarrollado en el capítulo 3.

mejor estado de cosas. En todo caso, la versión asumida como genérica y contra la cual se dirigen los reproches es el consecuencialismo de acto, como si las mismas críticas aplicaran a cualquier teoría que afirme la relevancia de las consecuencias en los juicios de corrección moral.⁷¹

El utilitarismo de acto parte de la pregunta sobre la utilidad general o promedio, según el modelo de adición de preferencias elegido, y de la forma como se mide la expresión de satisfacción individual (Nussbaum, 2000, pp. 59-69). Estas sumas se dan entre unidades de satisfacción individual interpersonal e intrapersonal, es decir, no solo entre diferentes vidas sino entre los diversos elementos de una sola vida relevantes para el cálculo moral utilitarista como la libertad, las condiciones de la autonomía, los aspectos del bienestar, etcétera. Para el utilitarismo, entonces, todos los bienes, principios y valores son conmensurables en la medida común que supone la utilidad. Eso implica que las diferentes entradas de información de la evaluación moral son calculadas en una operación entre bienes que, intuitivamente, son diversos y ofrece por eso una protección menor a quienes tienen menos posibilidades de maximizar la utilidad final.

Muchos teóricos han recurrido, por eso, a los derechos como la alternativa tutelar de los bienes morales que, aunque no maximizan el bienestar final, protegen aspectos valiosos de la vida como la libertad, la autonomía y la dignidad individual. Más adelante me refiero a qué tan adecuada es la fundamentación de los derechos tanto en términos utilitaristas, como desde la perspectiva antiutilitarista.

Algunas críticas han señalado que esta teoría parte de presunciones implausibles sobre la motivación humana debido a que prioriza los resultados finales de la acción en términos de la satisfacción impersonal que contienen, de felicidad, bienestar, preferencia o cualquier otra métrica considerada como el valor último de la moralidad. Es decir, a la gente le importan muchas cosas diferentes y actúa motivada por sus lazos y compromisos en primera persona, diversos a la maximización indistinta de la felicidad final (Sen, 1977).

⁷¹ La especie más conocida del consecuencialismo de acto es el utilitarismo de acto. En esta sección me refiero al género, es decir, a las tesis que afirman que el valor de los actos está en su potencialidad de maximizar la bondad en los estados de cosas. Pero la descripción de estados de cosas no tiene que ser necesariamente utilitarista, hay propuestas instrumentales que apelan a los estados de cosas como portadores de valor, pero que admiten un rango de información más amplio que el utilitarismo. Igualmente, no evalúan esos estados en términos exclusivamente maximizadores. Para la exposición de características específicas de diversas clases de utilitarismo y del instrumentalismo no utilitarista puede revisarse el capítulo 3.

La idea de felicidad o bien humano que sirve de base a esos consecuencialismos de acto sería superficial, cuando no falsa, en tanto que no tiene las herramientas para incorporar consideraciones de justicia, equidad y agencia humana que no necesariamente maximizan un estado final, y que son fundamentales para la formación misma de preferencias individuales. Dada, entonces, la superficialidad con la que tratan a la motivación, a las finalidades y a los objetos de la acción, son incapaces de dar cuenta, si quiera de manera aproximada, de la vida moral de la gente y de la variedad y complejidad de sus consideraciones.

Por otra parte, un principio de acción correcta que pide a los individuos dedicarle atención y energía a sus proyectos solo en proporción estricta a su contribución al bien, los aliena de las partes de su vida que le dan, en primer término, sentido a la noción de bien y subvierte la idea de compromisos relativos al agente que se cumplen en razón de lazos personales (Williams, 1988, pp. 20-50). Esto es, el utilitarismo no reconoce la importancia moral de la separabilidad de las personas. Dado su carácter maximizador, los agentes no son portadores de valor intrínseco sino meros lugares en los cuales acontecen porciones de lo que es autónomamente valioso: el placer o la felicidad agregados.

De acuerdo con esto, los individuos son los recipientes de aquello que reporta valor. En tanto la sumatoria sea maximizada y no sean impuestos mandatos independientes de redistribución, no hay límite al regateo de las satisfacciones interpersonales. Por eso, la porción de felicidad localizada en uno o varios sujetos puede ser sacrificada en favor del mayor incremento de satisfacción de otras personas, lo cual constituye una conducta no solo permitida sino obligatoria para el utilitarismo tradicional. El utilitarismo, vinculado necesariamente a su carácter consecuencialista, trivializa la autonomía personal en tanto degrada los vínculos y lazos personales como motores necesarios de la acción. Esto hace evidente su desinterés por el valor de la integridad, la separabilidad y la identidad personal, los cuales suponen la inclusión de sus objetivos, planes y ambiciones.

Esta doctrina resulta, asimismo, demasiado demandante en tanto que deja al agente muy poco espacio para el desarrollo de sus propios proyectos e intereses. El teleologismo requiere que el sujeto abandone sus proyectos en el momento en que dejen de ser el medio más efectivo para maximizar el provecho impersonal. La razón por la que el utilitarismo

no puede ni entender ni incorporar el valor de la integridad es que no puede describir, de forma coherente, la relación entre los proyectos de los agentes y sus acciones (Williams, 1988, pp. 42-49) (Mulgan, 2005, pp. 16-19).

Pero aún si fuera cierto que las personas deben actuar de esa manera, el tiempo requerido para recolectar la información, procesarla y llegar a conclusiones sobre el curso de acción el obligatorio, dado el estado global al que conduce, puede estar fuera de las capacidades computacionales de los individuos. Si las personas se guiaran por estas máximas de acción, es posible que los resultados fueran subóptimos, que no maximizaran el estado final, en tanto que en ciertos casos el mejor estado de cosas se deriva del comportamiento no maximizador de los agentes.

Por ejemplo, los vínculos amistosos parecen no estar gobernados, al menos no completamente, por principios morales utilitaristas. Muchas veces, ser amigo supone actuar de manera subóptima y dedicar una cantidad enorme de recursos, emocionales y económicos, al cuidado y acompañamiento de sujetos que tienen ese estatus. Es más, el vínculo mismo parece requerir que primen cuestiones como la solidaridad y la empatía y no la maximización de utilidades. Quien constantemente decide qué hacer en relación con sus amigos en términos de cálculo utilitarista, difícilmente los escogerá a ellos sobre el curso de acción que maximiza. De igual manera, tal vez sus amigos empiecen a pensar en los mismos términos con respecto a él, con lo cual difícilmente ese vínculo que subsiste puede ser calificado como “amistoso”. Ser amigo tiene que ver con cierto grado de compromiso personal que difícilmente pasa el test de la utilidad.

El postulado utilitarista, según el cual los agentes racionales deben realizar un cálculo de consecuencias permanentemente, pierde una parte esencial de lo que implica ser persona. No toma en cuenta las cosas que los individuos aprecian y respecto de las cuales no calculan para resolver cuál es el curso de acción adecuado. Lo que interesa a los sujetos, por ejemplo, frecuentemente involucra a otros no como potenciales maximizadores del bienestar del estado final, sino como portadores de valor intrínseco. Negarlo supone pasar por alto la posibilidad que tienen los individuos de tomar en consideración cuestiones que les preocupan de manera sustantiva. Muchas de las virtudes reconocidas y admiradas por las personas son de tal entidad que su ejercicio resulta incompatible con el cálculo racional-utilitarista.

En suma, la exigencia del consecuencialismo de que el agente, frente a decisiones no triviales, debe tomar el acumulado de todas las posibles consecuencias de sus acciones, analizar su probabilidad, sopesar los beneficios relativos y decidir de esta manera el curso de acción correcto con base en los costos asociados a cada alternativa, es incompatible con la forma y el funcionamiento de muchos valores. Ciertas cualidades, tanto sociales como individuales, valoradas por los seres humanos son no utilitaristas tanto en la actitud que implican, como en las acciones vinculadas con ellas. No es extraño suponer, entonces, que una buena parte de la felicidad de las personas esté relacionada directamente con esas cualidades.

Uno de los reproches más serios, y que más trabajo le cuesta responder al consecuencialismo de acto, es planteado en términos de justicia distributiva, apunta a que si lo que más le importa a esa doctrina es la maximización global agregada de estados finales en términos impersonales, eso puede implicar que los recursos sean canalizados a aquellos que producirán el resultado esperado. Es decir, que la acción moral individual obligatoria se orientaría a la procuración de la felicidad de los que generan más utilidad, eventualmente, a los monstruos de utilidad, en términos de Robert Nozick (1974, 26-35). Desde la perspectiva de la justicia, llevaría a destinar esos recursos a los que ya los tienen cuando eso conduce a la maximización. Como resultado de este imperativo, el consecuencialismo de acto demandaría que se pase por alto la miseria de algunos para concentrar esfuerzos en aquellos que pueden arrojar un mejor estado de cosas final, con independencia del número de sujetos que integren ese conjunto de maximizadores.

Ahora bien, si ni la autonomía como valor absoluto ni los estados de cosas como objeto a optimizar son satisfactorios como imperativos de acción, ¿cuáles serían los rasgos generales de un modelo evaluativo adecuado y cómo generaría éste mandatos prácticos? En la sección siguiente exploro este problema, tomando como medio de contraste la idea de preferencia como criterio de acción, luego de ello abordó el asunto de los derechos morales en ese ambiente evaluativo.

3 Una propuesta cuestionable, pero no del todo incorrecta

Valdría la pena preguntarse por qué una teoría moral tan reprochable e impopular en el ámbito de la filosofía moral sigue vigente. Quiero decir, si el consecuencialismo es una doctrina tan obviamente defectuosa, ¿cómo es que sigue siendo uno de los medios de contraste más comunes de propuestas éticas rivales? Una de las razones puede ser que, aunque reprochable, es de las pocas opciones que ofrece un mecanismo simple (en apariencia) para determinar algo que, intuitivamente, es parte fundamental de lo que consideramos correcto: la producción de mejores consecuencias. Es posible, entonces, que las tesis que se apartan del consecuencialismo clásico maticen muchas de sus propuestas maximizadoras e impersonales y mantengan, sin embargo, la sensibilidad a las consecuencias de la acción.

Otra razón, tal vez menos explorada, es que solo las teorías morales plenamente egoístas le dan un peso incomparablemente mayor a la idea de supremacía de los compromisos personales o preferencia de los individuos frente a imperativos impersonales de acción (como el imperativo categórico o la idea de vida virtuosa). Los mandatos de acción correcta, al menos los más plausibles, exigen a las personas en determinadas circunstancias dejar de lado sus proyectos y compromisos para realizar lo que la métrica propuesta por la doctrina considera como lo mejor (Scanlon, 1975, pp. 655-660).

Por qué no responder, entonces, a estas objeciones cualificando un modelo sensible a las consecuencias y no recurriendo a tesis que corten de plano su importancia o que les den un lugar marginal y subdesarrollado en la teoría. Tal vez la reacción adecuada frente a las dudas que genera una doctrina centrada en los estados de cosas no sea volcarse a la tesis más alejada en el espectro, sino buscar un lugar intermedio en el que pueda plantearse de manera razonable una propuesta moral híbrida.

La cuestión sería incorporar un análisis de consecuencias que reconozca un peso específico a los derechos en el marco de la teoría de la evaluación (Sen, 2002, pp. 20-25), esto es, proponer un modelo sensible a las consecuencias, pero no completamente consecuencialista que admita otras entidades con valor intrínseco. Esta perspectiva de análisis de derechos consecuencialista incluye la realización y violación de derechos como componentes de los estados de cosas. Las ventajas de esta variante son que: (i) ofrece un

marco evaluativo transparente para llevar a cabo la ponderación de derechos y de su peso e importancia relativas; (ii) reconoce la mutua dependencia de diversas garantías y su realización; (iii) explicita que las personas, generalmente, dan importancia tanto a contar con procesos justos, como a evitar consecuencias indeseables (Arango, 2002, p. 8). Aceptar que los derechos tienen también importancia diferenciada supone asumir, asimismo, la cuestión de su importancia relativa.

En suma, pese a que la teoría consecuencialista estándar tiene la ventaja de dar peso adecuado a la idea de que la acción correcta está vinculada al estar mejor, tiene que responder a las críticas que la acusan de alienar a la gente de sus acciones, de sus motivaciones y, por esa vía, de subvertir su integridad. También tiene que dar cuenta de los problemas propios de la justicia en la distribución de recursos y preocupaciones, y de la posibilidad de destinar más a los que ya tienen y quitar lo necesario a los que tienen menos en la búsqueda de ese mismo objetivo. Para estudiar de qué manera las teorías híbridas, o sensibles a las consecuencias, reformulan las tesis sobre el imperativo de acción moral, primero revisaré una de las nociones fundamentales para el consecuencialismo de acto, la de preferencia personal.

3.1 Las nociones de preferencia personal y la posibilidad de comparación

Hay varios problemas asociados a la idea defendida por el consecuencialismo de acto de “comparaciones interpersonales de preferencias”, uno de ellos, es el estatus de esas preferencias. Es decir, hay complejidades propias de la determinación de si se trata de estados psicológicos individuales observables, de estados mentales de felicidad o de placer que no son observables, pero que son inferibles, o de preferencias que deberían tener los agentes dados los imperativos morales a los que deberían responder. Otra cuestión es si esas preferencias deben ser ponderadas en términos de juicios de valor o si es posible hacer una evaluación más científica que no esté contaminada por opiniones morales.

Por último, y relacionado con lo anterior, hay dudas serias relativas a la posibilidad de juzgar una situación como “mejor” solo en términos de satisfacción sin tomar en cuenta el significado moral de esas preferencias. Ahora bien, aunque esas dudas están presentes, está más o menos claro que es posible hacer comparaciones interpersonales (e

intrapersonales) de bienestar, la cuestión es cuáles son sus términos adecuados (Scanlon, 1993, pp. 17-20).

Filósofos como Thomas Scanlon consideran que, una vez reconocida la carga valorativa de las preferencias, es más clara la posibilidad de hacer comparaciones interpersonales de bienestar. Dado que una de las críticas más persistentes contra esta defensa utilitarista del carácter a-valorativo de las preferencias es su falta de plausibilidad, el reconocimiento de sus componentes morales ayudaría a superar, al menos en parte, el problema. Lo que queda por determinar es cuáles son los términos adecuados de esa comparación

El argumento de Scanlon a favor de esta moralización de las preferencias es el siguiente (1993, pp. 17-44) (1996, pp. 93-143): la afirmación según la cual una persona está mejor que otra, relevante para el juicio moral, involucra juicios de valor de, al menos, tres tipos: (i) el juicio moral según el cual el “estar bien” es relevante para el sujeto del que se habla. Se trata de la garantía de consideración debida a las personas en cuanto tales y que, según los críticos, ha sido abandonada por el consecuencialismo. Esto no quiere decir que todos los juicios comparativos de bienestar se reduzcan a cuestiones morales, sino que para la moralidad las respuestas a estas preguntas son importantes en tanto algunos de esos argumentos se ocupan de la manera en la que las vidas de los individuos son mejoradas o empeoradas.

(ii) Otros juicios tienen que ver con las cosas que hacen que la vida de la gente mejore desde la perspectiva de la primera persona y que figuran en la formulación de un criterio general de bienestar.

(iii) Juicios que implican el reconocimiento del respeto y la importancia de la percepción del individuo de su propia situación, que deben figurar en el proceso de llegar a conclusiones sobre su bienestar individual. Muchas de las teorías consecuencialistas de acto más criticadas, como el hedonismo y el experiencialismo, se centran en este tercer tipo de juicios como fuente única de comparación de bienestar a-valorativa.⁷²

⁷² La concepción experiencial del bien considera que la vida buena se mide en términos de la persona que la vive y que puede precisarse con base en los estados psicológicos deseables. El hedonismo, por su parte, afirma que lo que determina la bondad de una vida es la presencia de placer y la ausencia de dolor. Variaciones de estas propuestas admiten diferentes formas de consciencia como objeto a ser maximizado. Al respecto se puede consultar, Scanlon (1993) y Sen (1979).

Scanlon llama a las teorías que defienden la importancia exclusiva de los juicios tipo (iii) utilitarismo de preferencia (preferencialismo). Según esta doctrina, el criterio para determinar lo que es bueno para alguien solo puede estipularse en virtud de sus preferencias y necesidades. Esta perspectiva de la satisfacción de preferencias individuales es el parámetro base de una doctrina moral, que tiene sucedáneos en la filosofía política y en las teorías del bienestar social. Las tesis defendidas por el preferencialismo afirman, entre otras cosas, que la felicidad personal y el placer (o las preferencias) son los estados que dan valor a todos los demás fines autointeresados. En ese sentido, las preferencias se forman y son independientes de los contenidos morales que les quieran ser atribuidos.

La independencia en la formación y valoración de las preferencias es establecida por el bienestarismo en el principio de autonomía de la preferencia, que sostiene que ni quienes defienden determinados principios de la acción correcta, ni quienes formulan políticas públicas están capacitados para anticipar los deseos y preferencias de los agentes. Lo que debe ser tomado como base de la agregación social y de la actuación individual son las preferencias personales autónomas, traducidas en términos sociales en funciones de utilidad⁷³, como opuestas a las preferencias morales que toman en cuenta, entre otras consideraciones, los derechos y cuestiones de justicia social. Las bases de la moralidad son, así, preferencias y deseos que no están ellos mismos moralizados y que reflejan la importancia del punto de vista del individuo frente a su propio bienestar y lo reprochable que son las imposiciones paternalistas que pretenden decir qué es lo mejor para estos sin tomarlos en cuenta.⁷⁴

⁷³ En términos generales, el utilitarismo especifica un objetivo para la sociedad que depende de las utilidades de los individuos, el cual consiste en maximizar una función a la cual los economistas llaman *función de bienestar social*. Esta función, al igual que cada función de utilidad social, es definida dentro del estado social, o más precisamente, el rango completo de posibles resultados sociales de todo tipo de decisiones económicas o políticas. Al respecto puede revisarse Hammond (1983, 63-102).

⁷⁴ Para algunos teóricos del derecho como Ronald Dworkin nunca hay conflictos auténticos entre derechos y bienestar colectivo, entendido como la suma de preferencias personales de los individuos. De manera muy esquemática, las preferencias se dividen, en términos de Dworkin, en personales cuyo objeto es, precisamente, el propio bienestar, y externas, dirigidas al bienestar de otros. El bienestar como meta política, sustentada en el derecho a recibir un trato igual, nunca choca con los derechos individuales ni estos inhiben la búsqueda de aquél. Las preferencias externas son excluidas completamente del cómputo de bienestar por presentar problemas de conteo doble y de imposición de preferencias de unos individuos frente a otros. En la práctica, una de las complejidades sería la operación de sustracción de las preferencias externas frente a las legítimas, esto es, las personales. La posibilidad de frenar efectivamente el paternalismo depende, en parte, de esta resta. Para la discusión sobre este punto puede consultarse Dworkin (1993, 184-206) y Raz (1978, 124-137).

Ahora bien, el principio de autonomía de la preferencia se enfrenta a un problema de alcance en relación con su ámbito de aplicación adecuado (Scanlon, 1993), ¿cuáles son, entonces, los componentes de ese bienestar que pueden dar lugar a pretensiones morales? En este punto la dependencia del concepto de bienestar de una teoría moral es más clara. Más arriba señalaba que las bases a-valorativas de acción del preferencialismo son, precisamente, preferencias y necesidades. Si la categoría de preferencia implica la de satisfacción del deseo, ¿para qué usar una noción como la de necesidad? Lo anterior, sobre todo, porque la idea de necesidad parece involucrar criterios objetivos de calidad de vida de los agentes y juicios de qué tan aceptables son esas vidas; ideas que, precisamente, este tipo de propuestas rechaza por considerarlas paternalistas e inaceptables.⁷⁵

Dicho en otras palabras, la idea de que lo único que importa para definir la acción correcta, individual o colectiva, es la preferencia individual como estado psicológico, es implausible (Scanlon, 1996, pp. 91-143). En primer lugar, por el problema ya mencionado de alcance al que se enfrenta la propuesta: el principio determinado así difícilmente puede ser una guía de acción. Las preferencias están usualmente apoyadas en razones que pueden referirse a estados individuales, placenteros o no, así como a objetos o estados de cosas que son considerados como valiosos independientemente del grado de satisfacción que supongan.

Por otro lado, si la preferencia de ese tipo de satisfacción agota el universo de lo que es debido, ¿por qué tomarse tantas molestias con la formulación de políticas públicas y el rechazo del paternalismo? La finalidad de maximización de utilidad de estados de cosas sería alcanzada de manera más eficiente, en términos personales y sociales, a través de la generación de esos mecanismos artificiales facilitadores (drogas, electrochoques, etc.) ¿por qué no adoptar, entonces, una alternativa de este tipo? (Sen, 1984).⁷⁶

Una manera de responder a estos cuestionamientos (Scanlon, 1993) es resaltar que desde el punto de vista individual las cosas funcionan, muchas veces, de manera inversa a lo sugerido por el preferencialismo, es decir, son valoradas no porque son preferidas, sino

⁷⁵ Para una exposición de las complejidades asociadas a la noción de “necesidad”, especialmente cuando es postulada como fundamento de derechos morales, puede revisarse el capítulo 1.

⁷⁶ Nozick usa el ejemplo de “la máquina de experiencias” ideado por Hilary Putnam para desmontar el argumento utilitarista de la conexión preferencia-satisfacción. Puede consultarse en el ejemplo en Nozick (1974, 42-45).

que son juzgadas como deseadas por alguna razón. En el mismo sentido, lo que hace deseable a una vida no es solo la satisfacción del deseo bruto sino que lo que las personas tienen razones para preferir también cuentan en la determinación del bienestar.

Otra dificultad de esta propuesta es la de la maleabilidad, es decir, que las preferencias individuales son sensibles a la información de trasfondo y al contexto en el que surgen y se desarrollan (Nussbaum, 2000, pp. 112-118). Por ejemplo, hay situaciones en las que, sin importar qué tan reprochables son las condiciones de vida de los sujetos, las preferencias de los estos coinciden con las políticas públicas efectivamente implementadas. Esto puede explicarse, en parte, porque ese contexto social de políticas públicas, ejecutadas durante determinado periodo, moldean las preferencias individuales. Más adelante retomo este punto. Eso no quiere decir que las preferencias individuales no importan, hay buenas razones de respeto e integridad para tomar en consideración las razones individuales del propio bien. Lo deseable, más bien, sería contar con una teoría moral lo suficientemente desarrollada como para permitir la hibridación de ese respeto por el juicio individual de bien personal, con los juicios objetivos sobre cómo valorar las condiciones de vida. En suma, la fuerza moral de las preferencias depende también de su contenido, no solo de su valoración en función de un conjunto global de preferencias.

En síntesis, lo deseable de una teoría moral es que reconozca que algunas experiencias, en tanto formas de disfrute, contribuyen al incremento del bienestar pero que éste no se agota con aquéllas. También tendría que dar cuenta de cómo está vinculado el bienestar de forma directa con el logro de los fines personales, más claramente, con su búsqueda activa, esto es, aunque muchos bienes contribuyentes dependen de los objetivos individuales, su valor no está exclusivamente en alcanzarlos sino también en el formularlos y perseguirlos.

3.2 Criterios subjetivos y objetivos de bienestar

A partir del enfoque de Scanlon sobre los juicios de bienestar, me he referido a la importancia no exclusiva, pero cierta, de incorporar en esas evaluaciones tanto las preferencias de los individuos sobre su propio bien, como criterios objetivos de calidad de vida. El acercamiento a esta discusión me permitirá, al finalizar esta sección, precisar en

qué sentido las teorías del interés de los derechos morales están vinculadas con determinados criterios de bienestar.

Las teorías morales apelan a algún estándar para determinar cómo pueden ser comparadas las cargas y sacrificios impuestos a las personas. Estas comparaciones, que son más directas en el caso del utilitarismo, son centrales en las teorías morales que no toman como punto de partida algunos derechos negativos absolutos (Scanlon, 1975, pp. 655-669). Estas comparaciones plantean varios problemas, entre ellos, la formulación de criterios de bienestar y cómo deben ser incorporados en el argumento moral. Como señalo arriba, una noción de bienestar que no dé cuenta de qué tan bien les va a las personas según su propia experiencia y a partir de criterios menos subjetivos de calidad de vida, no es plausible ni siquiera en el contexto de una teoría preferencialista, en tanto que no tiene cómo entender el objeto de las preferencias, su formación, interdependencias y conflictos.

Por eso, una evaluación de bienestar adecuada para el juicio moral debe contar, al menos, con estas características: (i) servir como base de la crítica de situaciones individuales y de instituciones sociales; (ii) dar valor a gustos e intereses personales; (iii) estar orientada a los resultados. Es decir, no debe medir el bienestar solo en términos de paquetes de bienes, sino en lo que esos bienes impactan en las vidas de los sujetos y que sea sensible a las capacidades y posibilidades de las personas de transformar bienes en condiciones de vida (Sen, 2003).

En el conjunto de medidas de bienestar postuladas por diversas teorías morales, en un asunto en el cual las teorías políticas y morales no son muy explícitas, predominan los parámetros de carácter subjetivo. Los criterios subjetivos, como lo he señalado, sostienen que el nivel de bienestar individual es determinado con base en los gustos y preferencias de las personas y, el social, a partir de la sumatoria de esas unidades de utilidad. Además de tener el atractivo de la simplicidad, este criterio tiene la ventaja de reconocer soberanía máxima a los gustos individuales. Ahora bien, las doctrinas preferencialistas engloban un conjunto de posturas que no necesariamente entienden lo mismo cuando emplean el término “preferencia”: algunas consideran que son las reportadas sinceramente por los agentes; otros, que son las que las personas formarían si tuvieran conocimiento ampliado y la posibilidad de corregir errores fácticos a través de un proceso deliberativo entre sujetos iguales e independientes cuyo juicio tenga el mismo peso.

La cuestión es que esta guía subjetiva de la acción moral, en tanto está volcada a la obtención del estado de cosas que contenga la utilidad máxima (deseo, felicidad, o la métrica que se escoja), requiere que los recursos morales sean trasladados a los sujetos que son inusualmente eficientes en la generación de utilidad, aun cuando esa concentración de recursos genere problemas de distribución (Scanlon, 1975, pp. 663-666). También tienen problemas al discriminar entre preferencias subjetivas relevantes para el juicio moral y las que no lo son. Así, cuando se comparan intereses en conflicto para determinar cuál de ellos debe prevalecer, este juicio no opera solo con base en la intensidad individual del deseo de las personas involucradas (o de diferentes deseos de la misma persona), sino más bien con base en las razones que hacen preferible a un objeto frente a otro.

Una vez realizado un escrutinio más estricto a la idea de preferencia, así sea corregida, se hace evidente uno de los problemas más agudos de estas teorías, que ya mencioné líneas arriba: las inclinaciones y deseos son en buena medida resultado de hábitos y de condiciones de trasfondo para el surgimiento, afianzamiento y naturalización de los objetos de estas preferencias. Me explico, es posible suponer que, aunque en alguna medida ciertas elecciones son el resultado de disposiciones individuales, otras no lo son. Por ejemplo, algunas personas prefieren cierto tipo de colores, olores o tienen rasgos de carácter que varían aún en condiciones de vida muy similares. Ahora bien, muchas de las preferencias están directamente vinculadas con la situación específica en la que se encuentran las personas y con el ambiente en el que se forman esas inclinaciones.

Contextos de privación sistemática de bienes como reconocimiento, condiciones básicas de salubridad, educación o limitación injustificada de acceso a la información, posiblemente darán lugar a preferencias que reproduzcan y profundicen estas situaciones y que en la teoría preferencialista, por definición, no pueden ser objeto de crítica. También las condiciones de opulencia en algunas hipótesis de desigualdad económica y social pueden implicar que los individuos privilegiados tengan preferencias costosas social y moralmente, que suponen un grado de control y poder injustificado sobre las personas que, debido a su condición, no tienen preferencias orientadas a tener ni siquiera lo mínimo. Debido a estos problemas relativos a los criterios individuales de bienestar como elemento de la evaluación moral han sido planteados diversos modelos alternativos.

Las preferencias, como deberían formarse dadas ciertas condiciones, están más cerca, por definición y aplicabilidad, de los criterios objetivos de bienestar. Los criterios objetivos ofrecen una base de valoración del bienestar diferente a los gustos e intereses individuales, lo que implica que, al menos en primer término, la idea misma de bienestar defendida por teorías subjetivas y objetivas es muy diferente. Lo anterior porque las premisas y las conclusiones en relación con la acción correcta o el mejor estado de cosas pueden diferir, y hasta ser contradictorias, con lo debido según las propuestas subjetivas aun después de que han sido corregidos los errores fácticos.

Podría pensarse que el que haya una distancia importante entre las inclinaciones de las personas y lo que integra su bienestar en términos objetivos (una evaluación indistinta de su situación) los hace modelos incompatibles, pero esto no tiene que ser necesariamente así. Los criterios objetivos pueden tomar en cuenta su situación específica y lo que implica para su bienestar que estén en condiciones diferentes. Esas diferencias son presentadas por el subjetivismo solo en términos de gustos y por eso el estándar puede estar orientado exclusivamente a los resultados de la acción.

Ahora bien, los gustos y las preferencias individuales no están completamente desterrados, en tanto que información relevante al realizar la evaluación moral de bienestar, solo que pierden el estatus de única información relevante al hacer esos juicios. Hay valores orientados a proteger y promover espacios de decisión individual, como la autonomía y la libertad. Estos valores tienen un peso específico muy alto en el desarrollo de la evaluación moral, que no desaparece cuando se niega su carácter absoluto y comparable con el peso específico de otros valores.

En suma, los criterios de bienestar relevantes para la evaluación moral son objetivos y están orientados tanto a los fundamentos, como a los resultados de la acción. Hay lugar en esta evaluación para las preferencias individuales y su variación, solo que no como base única de lo que debe hacerse. Ese objeto de la evaluación moral puede ser capturado, al menos para lo que me importa en relación con los derechos, por la noción de “interés”. La idea de interés puede referirse tanto a las preferencias individuales, como a lo que constituye el bienestar de una persona en tanto apela a un esquema normativo de justificación. En últimas, evaluar el estatus moral de las inclinaciones individuales, así

como los componentes no subjetivos del bienestar individual es dar cuenta de las razones que respaldan esas evaluaciones.

3.3 Los valores del bienestar

En las secciones anteriores me referí a los problemas derivados de las consideraciones de bienestar en el ámbito moral. Una de las dificultades más evidentes es, precisamente, la falta de claridad sobre cuál es la noción de bienestar adecuada para la evaluación ética. Entre las teorías que ofrecen criterios más explícitos sobre el bien humano está el consecuencialismo de acto, particularmente en su versión utilitarista. Como ya lo señalé, la idea básica de imperio de la preferencia o deseo individual como objeto a maximizar es relativamente clara y respetuosa de las inclinaciones individuales, pero tiene los problemas que mencioné atrás. Ahora bien, pese a las objeciones que pueden plantearse contra el preferencialismo, su modelo de análisis en términos de costo beneficio puede ser conservado en una versión no utilitarista, ni maximizadora (Nussbaum, 2000, pp. 1005-1036).

La cuestión no es tanto, entonces, si conservamos o no el análisis costo-beneficio, sino qué tipo de modelo va a ser defendido. Si los valores y principios relevantes en el razonamiento moral no son reducibles a una única unidad, como la utilidad o la satisfacción de preferencias, ¿qué costos y cuáles beneficios son relevantes para la evaluación moral?, ¿cómo deben ser comparados valores que parecen inconmensurables, como la eficiencia y la libertad o la autonomía y la felicidad? La respuesta a estas preguntas condicionará en buena medida la forma y el fundamento de los derechos en el juicio moral.

El análisis costo-beneficio es un mecanismo de elección mediante el cual son asignados pesos a las diferentes alternativas con el objeto de escoger, entre esas opciones disponibles, la que arroje mayores beneficios una vez que han sido tomados en cuenta sus costos. Ahora, si este modelo no tiene por qué ser maximizador ni utilitarista y si su objeto de optimización tradicional, las preferencias (aún corregidas) ya no tienen ese rol, ¿qué nos queda del análisis inicial, si es que queda algo, y para qué conservarlo si ya no tiene ninguno de sus rasgos definitorios?

Una respuesta tentativa a estas preguntas es que lo que queda es, precisamente, la idea de que en la evaluación moral intervienen diferentes principios, valores, derechos y consecuencias. También que la elección de algunos de ellos implica transacciones en las que muchas veces se sacrifican cuestiones valiosas en nombre del bien mayor a ser obtenido mediante la protección o promoción de otras (Nussbaum, 2000, pp. 1035-1036). Los aspectos considerados importantes en el examen del mejor curso de acción pueden ser de muchos tipos y eso no implica que haya una métrica homogénea a la cual se reducen todas las elecciones prácticas.

En suma, el análisis de costo-beneficio de las alternativas de acción es admisible una vez que se ha realizado el trabajo evaluativo en relación con los diferentes valores, principios o intereses involucrados. No sirve para determinar los términos comparativos en la evaluación moral, pero puede ser una buena guía de lo que debe hacerse una vez que esto ha sido definido. Muchos de los defensores de las tesis constrictivas de los derechos se refieren a la necesidad extraordinaria de hacer estas operaciones cuando los efectos de la protección de un derecho tienen consecuencias trágicas. Solo que, como no dicen mucho más al respecto, parece que el análisis pertinente en situaciones extremas es de costo-beneficio burdo y, como he estado señalando, esto no tiene que ser así ni en condiciones extremas, ni en situaciones corrientes.

La idea de que la valoración moral está orientada también a la obtención de determinados beneficios apunta directamente al lugar que los juicios de bienestar tienen en este contexto (Chang, 2004). Como he sostenido en diferentes momentos de la tesis, la inclusión en el ámbito ético de los valores asociados al estar mejor ha sido vista como amenazadora de los principios de dignidad, libertad y autonomía individual, entre otros, y de las entidades que amparan su integridad: los derechos. Tanto los defensores de las tesis morales completamente consecuencialistas, como quienes adoptan posturas puramente deontologistas consideran que ambos tipos de consideraciones (en términos generales, bienestar y derechos) proceden de puntos de vista diferentes que no pueden ser englobados en uno que dé el tratamiento normativo que demandan.

Hay diversas formas de acercarse a esta cuestión sin tener que optar por uno de los extremos habituales. Los puntos intermedios o híbridos tienen su propia gama de posiciones divergentes en relación con qué y cómo importa en la evaluación moral. A

continuación, me referiré a algunos de ellos para, en el siguiente apartado, determinar de qué manera importan los derechos cuando no son lo único relevante ni, tampoco, desplazables ante cualquier incremento marginal de utilidad.

Cuando va a realizarse un juicio evaluativo hay, al menos, dos preguntas centrales que deben ser planteadas, ¿cuáles son los objetos valiosos?, y ¿qué tan valiosos son esos objetos? (Sen, 1984). Una alternativa de respuesta a esas preguntas señala que los valores, por sí mismos, exhiben sus pesos relativos sin consideración de las circunstancias en las que ocurren (que un objeto es de valor implicaría sostener que tiene un peso positivo no necesariamente pre-especificado). Así, desde esta perspectiva, una vez que se hace la lista de valores involucrados, las relaciones normativas entre estos son abstractas e independientes de las circunstancias en las que figuran. Este establecimiento abstracto de vínculos normativos entre valores puede ser cualificado al relajar los rasgos de impersonalidad y al dar, con eso, peso a la situación concreta en la definición del contexto de evaluación. Con ello tendríamos una versión sofisticada del panorama evaluativo que toma en consideración información empírica para la asignación de pesos relativos (Chang, 2004, pp. 129-140).

Las circunstancias importan para esta tesis cualificada de dos maneras. En primer lugar, son necesarias para definir internamente la situación de elección y para fijar los pesos relativos de los valores involucrados. En segunda instancia, las circunstancias externas permiten singularizar la situación de elección que, una vez establecida, pierde importancia en relación con la configuración interna de escenarios y peso relativos de valores.

Ahora bien, esta distinción entre circunstancias externas e internas parece difícil de sostener, al menos en un rango importante de casos. Habría que congelar la situación de elección y asumir como constante una variable como “tiempo” o “ambiente institucional o social” para sustentar una diferencia de este tipo. Además, no creo que tenga mayor rendimiento analítico si solo multiplica elementos que, sin pérdida de información relevante, caben en la categoría “circunstancias”. Tal vez sea más importante precisar qué tipo de información será admisible como variable a evaluar y por qué.

Ya que tenemos dos integrantes necesarios del panorama evaluativo: valores y circunstancias, habría que definir qué tipo de vínculos es posible establecer entre estos.

Podría decirse, por ejemplo, que las características del caso afectan la evaluación siguiendo la ruta de los valores en juego o alguna función que asocia a unas y otras. Puede sostenerse, también, que las circunstancias definen las relaciones normativas, pero lo hacen en términos de un principio o propósito mayor de la teoría implicada. Así, por ejemplo, una propuesta consecuencialista de acto podría admitir la centralidad de los hechos concretos y de los valores en juego para la evaluación moral, pero, a su vez, hacer depender el valor de todo eso de un principio como el de la preferencia global o la maximización de la felicidad.

La idea de bienestar parece estar emparentada con la de “vida buena” como objeto de la ética. Aunque la primera de ellas ha estado asociada al utilitarismo clásico y a las teorías de la elección racional y social, y la segunda a tesis más abiertas en términos de información como las de las capacidades, éstas tienen un parecido de familia. Comparten, con alcances diferentes, la idea de que la vida buena tiene como punto central a la persona que la vive, aunque después tome como guía de acción correcta la sumatoria de alguna unidad derivada de ese bienestar (Raz, 2004, pp. 269-294).

Tal vez uno de los puntos de quiebre de esta última formulación es que una teoría del bienestar que no sea utilitarista incorpora no solo información de utilidad final, sino también de la búsqueda comprometida, y eventualmente exitosa, de metas y relaciones significativas. Esta incorporación de información sobre valores y metas no necesariamente maximizadoras es la que permite establecer uno de los primeros puentes entre bienestar y derechos. Es decir, si una de las funciones de los derechos es proteger y promover intereses importantes, entre esos intereses puede haber valores que integran lo que denominamos en términos globales “bienestar” (deberes de cuidado, consideraciones de integridad, compromisos personales, etc.)

Pero, dado que tanto la idea de bienestar como la de intereses asociados a su protección y promoción están integradas por valores diferentes que, muchas veces, señalan cursos de acción incompatibles, la posibilidad de surgimiento de conflictos se multiplica. Es decir, los valores del bienestar, y de la moralidad en general, están ellos mismos integrados por valores diversos. Eso quiere decir que, aunque en términos analíticos podamos, por ejemplo, individualizar a la autonomía frente a la igualdad, en los casos

concretos haya situaciones en las que sea necesario decidir entre acciones que instancian valores de manera diferente.

Esas mezclas de valores pueden apuntar a cursos de acción diferentes, y hasta incompatibles, cuya comparación definirá en buena medida lo que es debido (Raz, 2003, pp. 182-201). Una alternativa de comparación de estos valores mezclados y de las acciones a las que apuntan es que los valores mismos incluyen los estándares de su propia excelencia. Es decir, que un examen cuidadoso del objeto de valor (o su combinación) permite determinar cuál es la conducta óptima requerida de acuerdo con los estándares que es posible establecer a partir de las nuevas composiciones de valores. En términos más esquemáticos éste es el argumento: para establecer la acción debida, dados dos cursos de acción disponibles, es posible presentar un ranking de opciones que estarán ordenados en atención a los valores de los bienes involucrados (Raz, 2003, pp. 185-188).

La idea de bienestar moralmente relevante toma en consideración que la noción de “vida buena”, que genera imperativos de acción, está integrada por valores diversos y no siempre compatibles en la práctica. Estos valores son ordenados en la evaluación de tal manera que es posible derivar órdenes de elección según la combinación específica de cuestiones morales relevantes en el caso concreto.⁷⁷ Aunque esa posibilidad de generar listas de prioridades entre opciones es compartida, en términos generales, por quienes le dan algún peso al bienestar en la evaluación moral, el que esto permita en todos los casos tomar una decisión derivada de esa comparación no lo es. Este problema de inconmensurabilidad (o incomparabilidad) valorativa es central, pero por el momento quisiera dejarlo de lado y enfocarme en la cuestión más básica del lugar del bienestar en el juicio moral.

La posibilidad de integrar información proveniente tanto de lo que debe pasarles a las personas, como de sus preferencias personales en los órdenes de elección moral no es, como lo anotaba arriba, un punto pacífico. Algunas posiciones morales, sobre todo las que defienden tesis del deontologismo, consideran que el bienestar y la moralidad son ámbitos autónomos, gobernados por principios diferentes aunque ambos integrantes del ámbito del

⁷⁷ En el capítulo 3 se desarrolla la idea de rankings de valores, pero en relación con las teorías del interés sobre los derechos. Las diferentes formas en las que es posible ordenar opciones entre las cuales decidir es un tema muy importante, pero desborda los objetivos de este capítulo.

razonamiento práctico. Cada subconjunto genera sus propios imperativos de acción que pocas veces chocan entre sí.

El conflicto más común es aquel en el frente a una misma acción que hay dos mandatos incompatibles que provienen de ámbitos prácticos diferentes, para el caso, de la moralidad y del bienestar. Las razones que provienen del bienestar ordenan, frente a determinada situación, considerar las preferencias personales de quienes están involucrados y establecer, a partir de eso, cuál es la acción que maximiza la utilidad global. Por su parte, la moralidad definiría lo que es obligatorio con base en lo que mandan los imperativos de la acción correcta, con independencia del grado de bienestar que se derive (Raz, 2002, pp. 305-311).

La idea que defiende en esta tesis, y que genera el ambiente normativo más adecuado para el estudio de los derechos morales, es que es posible identificar subconjuntos en el ambiente práctico. Eso no significa que la fuente de su normatividad sea diferente y que una pertenezca al reino del imperativo categórico de la acción individual correcta y el otro a la definición de la optimización de bienes sociales.⁷⁸

La determinación de lo que, en términos de Scanlon, nos debemos los unos a los otros y, yo agregaría, de lo que podemos exigirnos, tiene como fuente un universo de valores diversos. Los fundamentos no solo son la libertad y la autonomía, definidas en términos de los imperativos puros de acción, ni a la satisfacción bruta de preferencias individuales. La deliberación práctica sobre la acción correcta (o buena) los integra a ambos y, en el contexto de evaluaciones mixtas, arroja mandatos de acción concretos. La deliberación moral que no toma en consideración lo que es bueno que les pase a las personas, ni las condiciones de ejercicio de la autonomía, difícilmente puede motivar la acción humana⁷⁹ o sostener que su mandato resultante es correcto independientemente de los efectos para la libertad y autonomía que afirma proteger.

Uno de los fines principales de la defensa de la libertad y la autonomía es que permite al agente elegir el tipo de vida que prefiere y las metas que quiere alcanzar. Pero es difícil definir eso sin tener en cuenta lo que considera bueno que le pase, cómo llegó a

⁷⁸ Para una defensa de la tesis de la separación y diferencia radical de objeto, específicamente en relación con los derechos humanos, puede consultarse Meckled-García (2016).

⁷⁹ Un estudio interesante y persuasivo sobre los problemas de motivación propios de teorías deontológicas como la kantiana, y las posibles respuestas a esos problemas, puede encontrarse en Rivera (2014).

esa conclusión, la manera de enfrentar los conflictos derivados de los diferentes rankings de evaluación individual, y de los choques con las ordenaciones de los otros. A continuación, exploro cómo está vinculada esta cuestión con el tema de los derechos morales.

4 Los derechos y su entorno evaluativo

Quisiera referirme ahora al lugar que ocupan esos derechos morales en la evaluación. Como lo señalo en párrafos anteriores, el entorno evaluativo en el que estas posiciones normativas cumplen sus funciones puede ser entendido como un híbrido entre, al menos, las dos propuestas éticas dominantes en la discusión sobre el punto. Esto es, una teoría que integre tanto la protección de bienes centrales para los sujetos, que tradicionalmente han sido objeto de tutela a través de derechos (deontologismo), como el amparo y la promoción de intereses orientados al bienestar humano (consecuencialismo). Además de lo anterior, una propuesta híbrida de la evaluación moral evidenciaría las interdependencias entre las diferentes posiciones normativas integradas en el término “derecho”⁸⁰ y los conflictos entre aquéllos y otros bienes, valores, etc. Para esto, primero voy a referirme al vínculo general entre derechos morales y efectos de su tutela; luego de ello presentaré la propuesta de Scanlon de dos niveles sobre la evaluación de los derechos. Eso me permitirá, en un tercer momento, dar cuenta de las virtudes y de los problemas de este tipo de modelos.

4.1 Derechos y costos

En el marco de los desacuerdos entre teorías deontológicas y consecuencialista de la moral, los derechos han sido entendidos o bien como constricciones absolutas a la acción o bien como meros instrumentos funcionales a la maximización de a utilidad final.⁸¹ Esto ha tenido al menos dos efectos principales: el primero es el aislamiento de las libertades

⁸⁰ La exposición sobre los derechos en términos de posiciones normativas puede encontrarse en el capítulo 1.

⁸¹ Hay posiciones diferentes en el espectro que va del deontologismo al consecuencialismo, hablo de los extremos solo para ilustrar el punto.

básicas de sus condiciones de surgimiento, ejercicio y protección a través de constricciones a la acción postuladas por las tesis deontológicas. El segundo es la afirmación, de corte utilitarista, según la cual las libertades amparadas por esos derechos no son intrínsecamente importantes y, además, pueden ser un obstáculo para la procuración del bienestar general.

Por ahora, dejaré de lado la primera consecuencia a la que me he referido de manera más amplia en la primera parte del capítulo. En relación con la segunda, una de las razones expuestas en contra no solo de la primacía de los derechos de libertad, sino del peso específico de los mismos es que los derechos de participación política, entre otros, son posiciones normativas no prioritarias en situaciones de escasez. Al haber necesidades urgentes que cubrir, las libertades pasan a segundo plano y pueden ser desplazadas cuando impliquen resultados subóptimos que entorpezcan la satisfacción de imperativos materiales de vida. Habría, pues, dos fuerzas normativas incompatibles entre las cuales debe optar una propuesta teórica y los derechos que postula: las necesidades básicas urgentes y las libertades básicas (Sen, 1994, pp. 31-37).

Esta incompatibilidad necesidades-libertades básicas no es cierta en todos los casos. Lo que reivindican las propuestas menos polares en términos morales es que no solo los dos extremos apelan a valores que son importantes, sino que entre los dos hay conexiones e interdependencias ignoradas por ambas. Las libertades básicas, tuteladas por los derechos políticos, por ejemplo, pueden cumplir un papel muy importante en la generación de incentivos y en la búsqueda de información para la solución de carencias económicas. Por otro lado, este vínculo instrumental entre libertades y necesidades tiene, además, un aspecto constitutivo: la conceptualización de los individuos sobre sus necesidades básicas urgentes depende de su entorno social.

Ese entorno social se deriva a su vez de, entre otras cosas, el debate público y la discusión para que pueda desarrollarse de manera más o menos adecuada la participación de individuos titulares de derechos políticos. En otras palabras, los vínculos de necesidades–derechos son tanto instrumentales de generación de incentivos, como constitutivos en tanto la definición de necesidades se da en un contexto social determinado que facilita o no el ejercicio de la libertad de participación (Sen, 1994, pp. 31-37).

Por otra parte, si lo que se pretende es mostrar la prioridad de las libertades básicas, el contenido de esa pretensión tendría que ser matizada. Es posible distinguir, entonces, al menos dos aspectos de esa prioridad: el primero es la afirmación de que la libertad triunfa de manera casi absoluta en caso de conflicto, el segundo es el reconocimiento de la importancia de la libertad personal al compararla con otro tipo de ventajas. El primero, como se vio en la primera parte del capítulo, es implausible. El segundo aspecto es mucho más relevante, las libertades básicas (tuteladas por derechos) protegen intereses de los individuos que no siempre maximizan la utilidad de estados de cosas en los que son postulados. Los derechos pueden reportar poca utilidad personal (en términos de preferencias actuales), pero son fundamentales en términos morales y políticos para la formación de las preferencias y para la definición de necesidades básicas y su satisfacción.

Que los derechos sean concebidos como instrumentales para la protección o promoción de ciertos intereses calificados no implica que estén al servicio de la maximización de la utilidad. Los valores, principios, bienes etc., que dan lugar a esos intereses son plurales y muchos de ellos provienen de tradiciones de pensamiento, políticas y sociales divergentes. Por eso, lo que requieren varía en términos de satisfacción de una pretensión, o de otra de las posiciones normativas, así como las interdependencias con otros derechos y las olas de deberes que genera.

El tema de los derechos morales, tal y como ha sido presentado es este escrito, tiene que ver, además de con los principios y valores que amparan, con la pregunta sobre a qué están titulados los sujetos en términos morales (Holmes & Sunstein, 2000, pp. 13-34). Intenta identificar, de esa manera, los intereses que no pueden ser desconocidos sin que medie una justificación especial. Esas pretensiones morales especiales hacen parte de un entorno evaluativo en el que también hay bienes que no implican posiciones normativas de ese tipo, así como consecuencias con peso específico en la evaluación. Esta hipótesis de la interacción evaluativa permite apuntar a un tema que, aún en relación con derechos institucionalizados en entornos estatales, ha sido poco explorado: el de los costos de los derechos.

En un libro central para este tema Stephen Holmes y Cass Sunstein (2000) estudian, en lo que ellos denominan “términos descriptivos”, cuál es el costo de la

protección de los derechos y de qué manera la libertad en el contexto estatal depende del pago de impuestos. Mencionan la noción de derechos morales, pero aclaran que la discusión sobre su justificación no será tratada en el texto. En lo que sigue, me voy a servir de varias de las reflexiones de estos autores para intentar mostrar que, cuando se habla de este tipo de posiciones normativas, también hay efectos que son relevantes para la evaluación moral.

El reconocimiento y la defensa de posiciones normativas que apartan cierta clase de intereses tienen costos, no necesariamente monetarios, en términos de otras posiciones del mismo género. Una de las afectaciones más evidentes, enfatizada por las teorías de la elección, es la limitación de la libertad de otros mediante la imposición de deberes.⁸² Mantener un catálogo de derechos negativos y reducidos, en los términos de esta propuesta, es básico para resguardar la integridad y la libertad de los sujetos que verán limitada su autonomía debido a la sujeción que imponen las obligaciones.

Ahora bien, como ya señalé en los capítulos anteriores, la relación de derecho y deber es menos unidireccional y simple de lo que postulan las tesis de la elección. La tutela de las libertades básicas es, también, más compleja y su garantía requiere cuestiones adicionales a la mera abstención. El postulado de la interrelación entre derechos apunta precisamente a eso: diferentes valores implicados en un caso concreto pueden generar una multiplicidad de posiciones normativas complejas, inconmensurables, olas de deberes de acción y de omisión, así como incompatibilidades con la acción ordenada por las posiciones normativas en juego.

Esta conexión no ha estado en el centro de las discusiones por varias razones. Una de ellas es que hay una tendencia más o menos generalizada a presentar a los derechos en términos favorables, lo que ha supuesto también pasar por alto los efectos de su reconocimiento sobre otros intereses valiosos para una moral determinada. Sunstein y Holmes hablan de algo cercano a un tabú cultural en relación con el análisis de los costos del reconocimiento y protección de los derechos, derivado de temores legítimos de varios sectores en relación con lo que una métrica de ese tipo podría implicar sobre posiciones normativas que protegen valores muy importantes, pero subóptimos (Holmes & Sunstein, 2000, pp. 24-27).

⁸² Para la exposición de la teoría de la elección puede ser revisado el capítulo 2.

Si bien, como lo he mencionado, el temor a discutir sobre los derechos en estos términos se refiere al ámbito institucional-estatal, una afirmación análoga aplica a esas posiciones normativas en el contexto moral. Lo anterior es evidente si se atiende al discurso preponderante en relación con las libertades y los derechos semi-absolutos que las resguardan (Hart, 1973, pp. 534-555): las tutelas asociadas a los derechos se establecen en contra de consideraciones de la utilidad que estos pueden reportar y de sus vínculos con otros valores típicamente maximizadores. Considerar los efectos que unos generan respecto de los otros es tanto intentar comparar objetos diferentes de manera radical y frente a los que no hay una métrica unificada (las denominadas “categorías filosóficamente discretas”), como exponerlos a intercambios ilegítimos e inadmisibles con bienes claramente menos importantes.

Otra razón por la cual el asunto de los efectos de ese reconocimiento ha sido soslayado es que ese examen podría disminuir el compromiso con estas entidades. Hay una preocupación legítima en relación con la posibilidad de que sean mezclados y confundidos dos asuntos distinguibles: cuánto cuestan los derechos y qué tan valiosos son. Algunos pensadores liberales como Dworkin, Nozick y Rawls creen que el proceder típico de la determinación de costos, el análisis costo-beneficio, no solo es evaluativamente incorrecto, sino que puede ser usado a favor de los intereses de quienes tienen poder económico alto. Este miedo, en principio fundado, puede ser menguado si se postula un análisis de este tipo que no esté necesariamente atado a las restricciones de la evaluación utilitarista. Como lo mencioné en la primera parte del capítulo, el análisis costo-beneficio puede ser la etapa final de un argumento moral y apartarse, de esa manera, de la métrica utilitarista y optimizadora. En algún sentido, la consideración de las consecuencias del reconocimiento y tutela de esos derechos implica aceptar la *acb* en algunas etapas del razonamiento sobre los derechos morales.

El reconocimiento de intereses de bienestar como objetos de derecho provoca un temor adicional. Los derechos morales protegen a las personas contra el afán, estatal o privado, de constreñir sus libertades básicas, es decir, tutelan la posibilidad de los sujetos de definir su propio bien y la vida que quieren llevar. La restricción potencial de esas libertades con base en conexiones y choques con otros bienes es peligrosa para sujetos autónomos. Forzar a los derechos a tutelar intereses que suponen acción moral, no solo

abstención, es además infantilizar a las personas y permitir que alguien más defina cuál es su sentido de bien, qué necesitan y en qué medida. En fin, presentar a los derechos en términos de costos o efectos sobre otros bienes es abrir la puerta a las razones paternalistas de desconocimiento de las libertades básicas.

Estos temores iluminan un asunto importante: las libertades fundamentales tienen un valor específico elevado en el contexto de las teorías morales admisibles. Solo que, como ya lo he señalado en la tesis, no ni es absoluto, ni inconmensurablemente superior (si es que esto tiene sentido) a otros bienes. Tomar a los derechos en serio, entonces, no supone negarse a admitir las conexiones y posibles choques de estos con otros valores postulados por la teoría, es, en cambio, reconocer que en un ambiente de bienes en competencia (entre ellos la autonomía y la libertad) no es posible desterrar el conflicto y los costos morales de tener que elegir, aún en situaciones difíciles. Los derechos son, entonces, pretensiones relativas que tienen como objeto intereses especialmente importantes.⁸³ La consideración de los efectos de su reconocimiento ayuda a cualificar la manera en la cual son entendidas, en primer término, esas posiciones normativas.

En suma, pese a que presentar a los derechos como constricciones absolutas sobre la acción tiene muchas debilidades, puede tener un efecto retórico significativo: mostrar la intransigencia en relación con las libertades fundamentales que pretenden proteger. Solo que, algunas veces, suele olvidarse que ese artefacto retórico tiene límites y que los derechos no solo están interconectados, sino que tienen efectos sobre otros bienes. Algunos derechos, además, están al servicio de intereses colectivos, aunque a veces instanciados en tutelas de individuos (Raz, 1995). En tanto no hay derechos absolutos que necesariamente derroten a otras consideraciones contendientes, es posible afirmar que todos están de alguna manera pendientes y son derrotables. Dado que tienen efectos sobre otros bienes, tienen final abierto en tanto que nunca pueden ser perfecta y completamente tutelados (al menos, tomando en cuenta la variable “tiempo”).

Dado, también, el rango amplio de intereses que amparan los derechos, estos son muy diferentes entre sí y pueden tutelar su objeto en diferentes grados. El amparo de los derechos es, también, una cuestión de escalas de protección y no de una afirmación maniquea de “protegido o no protegido”. Hay algunos modelos de evaluación que toman

⁸³ Para la defensa de una teoría de los derechos fundamentados en intereses puede consultarse el capítulo 3.

en cuenta e incorporan tanto la información relativa a derechos y consecuencias, como la manera de procesarla. Quisiera referirme a continuación a una de las propuestas mejor logradas en este campo, la estructura de dos niveles de Thomas Scanlon.

4.2 La propuesta de dos niveles

El reconocimiento de un derecho en el contexto evaluativo al que me he referido se realiza a expensas de otros bienes que también son importantes. Cuando esa pretensión normativa sobre beneficios en competencia es aceptada con base exclusivamente en preferencias individuales, el argumento de sustento de la asignación resulta dudoso (Scanlon, 1975). Hay, en cambio, intereses que merecen ser protegidos mediante derechos no porque el sujeto así lo prefiere, sino porque algo urgente o necesario está en juego.

Quiero detenerme en una de las alternativas más atractivas de integración entre derechos y consideración de costos –o consecuencias- en la moralidad. Me refiero a la tesis de dos niveles de fundamentación de los derechos de Thomas Scanlon. Las propuestas de Scanlon me sirvieron en la primera parte del capítulo para establecer la admisibilidad de consideraciones de bienestar en la ética y como eventuales fuentes de derechos. Ahora revisaré si su tesis evaluativa de dos niveles es apta para dar cuenta de derechos morales que tutelan intereses en contextos éticos híbridos.

La perspectiva de dos niveles sostiene que, en el primer piso del análisis, las consecuencias (o costos) tienen un rol muy importante en la justificación e interpretación de un derecho. Luego de eso, en el segundo nivel, ese análisis de consecuencias es acotado en la casuística.⁸⁴ Estas consecuencias relevantes en el primer momento no son, como ya he señalado, valoradas en términos del utilitarismo de la preferencia subjetiva sino que son ponderadas con base en una noción éticamente significativa de la importancia relativa de diferentes cargas y beneficios (Scanlon, 1988).

Las cargas y los beneficios se definen en función no de lo que se considera como bueno que les pase a las personas, o lo que debe pasarles, sino de las condiciones que las habilitan o les permiten incidir en lo que les va a pasar. Uno de los factores centrales para el ejercicio de esa capacidad se encuentran los derechos, los cuales incluyen la posibilidad

⁸⁴ Propuesta análoga al utilitarismo de regla expuesto en el capítulo 3.

de demandar algo a alguien que tiene un deber correlativo, libertades que vinculan a otros mediante obligaciones de no interferir, poderes de modificaciones de la posición normativa e inmunidades contra el intento de modificación de posiciones normativas. En suma, para Scanlon, los derechos pueden plantearse casi completamente en términos de las relaciones postuladas por Hohfeld.⁸⁵

Ahora bien, independientemente de cómo se crean o cuál es su fuente, esos objetos denominados “derechos” son habilitaciones y tutelas que cualquier teoría moral tiene que tomar en cuenta. Las reflexiones sobre cuáles derechos son reconocidos y cómo son asignados es una de las maneras en las cuales esa importancia es marcada en la teoría. Es más, si la asignación de derechos suele ser el punto final de una justificación, entonces debemos aceptar lo que se sigue de ese ejercicio aunque pueda ser poco atractivo en términos de los efectos que genera.

Volvamos a los niveles de fundamentación de derechos: en el primer nivel, las preguntas que la teoría debe plantearse son de carácter general, es decir, ésta tiene que establecer la importancia de los intereses que postula como objetos de tutela comparados con intereses asociados a pretensiones en conflicto. En tanto la capacidad para controlar el propio destino y la protección contra las interferencias son asuntos que, en general, les interesan a las personas ambas serán tomadas en consideración en esta etapa. La cuestión sería, entonces, qué valor se asigna.

La autonomía individual, en términos de capacidad y condiciones de acción, funciona como la base moral objetiva que le da a las preferencias subjetivas el papel preponderante que tiene en este tipo de valoraciones. Ese compromiso con la autonomía supone un vínculo derivado necesario con los derechos, libertades y otras condiciones necesarias para que los individuos desarrollen sus propios intereses y objetivos (preferencias en un sentido moralizado). Entre esos derechos, en tanto posiciones normativas en términos hohfeldianos, están las protecciones contra varias formas de intervención paternalista. Una teoría que sea respetuosa de la autonomía asigna a cada uno de esos factores su propio peso, o su propio momento de especificación en términos de niveles, en tanto no hay una razón que permita inferir que este trabajo será realizado mediante la configuración existente de preferencias.

⁸⁵ Para la presentación de las tesis de Hohfeld puede revisarse el capítulo 1.

La afirmación de que hay un derecho moral de cierto tipo está generalmente respaldada por un esquema de este tipo (Scanlon, 1988, pp. 34, 35): (i) una pretensión empírica sobre cómo se comportarían los individuos o funcionarían las instituciones sin determinada asignación de derechos; (ii) la evidencia de que ese resultado sería inaceptable. Ese reclamo estará basado, entre otros, en una evaluación de consecuencias (en el primer nivel); (iii) la conclusión justificada de que con una asignación de derechos diferente habría otro efecto. Las discusiones de admisibilidad, proporcionalidad y ponderación pertenecen a esta etapa de la reflexión.

El capítulo empírico de esta reflexión tiene un papel más importante en algunos derechos. Las teorías que se quedan solo en las formulaciones estructurales, continúa Scanlon, devienen propuestas rígidas e implausibles a las que les falta la sutileza necesaria para operar en el mundo. En todo caso, la cualificación empírica de esas posiciones normativas no significa que, una vez establecida la manera más adecuada de tutelar intereses en el primer nivel, se efectúe de nuevo esa operación en el segundo nivel. Por el contrario, en ese segundo nivel, los derechos constituyen barreras morales absolutas a la acción de los otros.

La consideración de cómo es el mundo para precisar la forma en la que constriñen los derechos puede ser una de las razones por las cuales parece que la perspectiva del balance, en esta segunda etapa, es adecuada y plausible, pero esa idea es equivocada. De acuerdo con la noción del balance, el derecho solo representa un valor entre muchos y las decisiones son el producto del balance de todos los valores involucrados en una situación específica (Scanlon, 2013, pp. 4-22). Tomar en consideración el capítulo empírico de los derechos desvirtúa, contrario a lo que podría creerse, la tendencia a ver en los modelos de ponderación la respuesta a esta cualificación. Ofrece, según Scanlon, bases para: (i) ver que las “excepciones” a la aplicación del derecho no se derivan del balance entre derechos; (ii) identificar cuándo es necesario un balance de intereses y cuáles son los términos adecuados; y (iii) precisar cuándo debe cambiar el contenido de un derecho y en qué condiciones.

La dependencia de la configuración de los derechos de las condiciones empíricas es menos evidente cuando estos se vinculan más directamente con el campo de la moral individual. En estos casos, parece que lo que se preserva son valores abstractos, que deben

ser resguardados de juicios contingentes sobre el mundo. Pero respecto de todos los derechos la perspectiva es, en términos amplios, consecuencialista en tanto que en el primer nivel se fijan los estados de cosas que buscan promover su reconocimiento. Esta promoción básica se aparta de los modelos de utilitarismo de regla (preferencialismo) en tanto que no es una doctrina maximizadora.

Scanlon concluye que cuando se analizan los derechos más comúnmente invocados (vida, libertad, entre otros) estos parecen estar menos vinculados con la promoción del bienestar, por el contrario, son posiciones normativas llamadas a evitar la configuración de ciertos estados de cosas indeseables. Los riesgos que estos derechos evitan son de una entidad importante y es poco probable que sean desplazados por otros bienes. Cuando otras consideraciones los desplazan, Scanlon sostiene que su teoría permite no solo el desplazamiento, sino también la justificación del mismo y la consideración de sus costos. Es más, si la forma revisada de un derecho cumple su finalidad igual que el derecho estándar, pero con reducción de costos para los intereses periféricos, entonces debe preferirse esa forma revisada.

Las pretensiones de cierta categoría implican la comparación inicial de las ventajas de tener un derecho con consideraciones contendientes (Scanlon, 2013, pp. 12-13). No hay, entonces, incoherencia derivada de la distinción entre (i) el valor de ser titular de un derecho y (ii) el costo de que sea objeto de infracción; son solo los valores (i) los invocados cuando se apela a la estructura de justificación de dos niveles. En suma, la preocupación por los derechos descansa en la idea cierta de que tenemos nociones de bien diferentes y que nos interesa principalmente tener la libertad de poner en práctica esas concepciones.

Ahora, si los individuos tienen derechos que limitan lo que los gobiernos pueden hacerles aún en la persecución de fines legítimos, ¿qué tipo de razonamiento está involucrado cuando son reconocidos independientemente de las fuentes institucionales-estatales? Una pretensión plenamente desarrollada de derecho tiene estos elementos: (i) intereses y valores muy importantes respecto de los que hay una pretensión normativa; (ii) la certeza de que sin esos límites los individuos se comportarán de formas que resultan inaceptables. Esta afirmación tiene elementos empíricos y normativos; (iii) hay formas de definir lo que los agentes pueden hacer a un costo aceptable. Incluye, también,

consideraciones normativas y empíricas en tanto su determinación depende de la importancia relativa de los valores e intereses involucrados; (iv) el margen de acción de los sujetos morales, limitado por (i), (ii), (iii).

Las pretensiones de derecho, entonces, identifican los intereses en juego y evidencian la necesidad de establecer deberes para protegerlos. Eso supone definir también cuáles son los costos tolerables de esa asignación de deberes, dado que las meras pretensiones abstractas no dicen algo concreto en relación con los deberes o poderes requeridos para su cumplimiento.

Hay dos tipos principales de indeterminaciones en relación con los derechos: 1. Asociadas a la manera adecuada de entender los intereses y valores que pretenden proteger y las diferentes formas de establecer las relaciones de prioridad, lo que implica también preguntas sobre la interpretación y ordenación de esos intereses; 2. Las maneras múltiples de construir deberes, poderes, permisiones, etc., para proteger esos intereses a un costo factible. Los argumentos sobre derechos morales deben precisar la manera en la que intereses y valores deben ser entendidos, así como los medios eficaces de defensa. La defensa de determinada interpretación de un derecho incluye, entonces, mostrar que la misma es factible y que protege intereses relevantes a costos tolerables.

Pese a que los derechos toman muchas veces el nombre de los intereses que tutelan, unos y otros no son lo mismo. Mientras los intereses llanos son pretensiones respecto de lo que es bueno que pase, los derechos tutelan aquellos que son tan relevantes que justifican la asignación de deberes, poderes, etc., que amparan los intereses que los justifican. Hay que evitar, a juicio de Scanlon, la confusión a la que hice mención párrafos arriba, es decir, que los derechos deben ser ponderados. Los intereses pueden ser balanceados, unos son más importantes que otros y pueden enfrentarse, los derechos, en cambio, son absolutos y, por eso, no son sopesados sino redefinidos.

La pretensión que respalda la existencia de un derecho moral se refiere a las limitaciones sobre la discreción para actuar de los otros que son necesarias para la protección de intereses y valores asociados a estos. La factibilidad se refiere al análisis de los costos que esas constricciones imponen a otros intereses dada la importancia de los mismos. El rechazo del balance de los derechos tiene, para Scanlon, varias ventajas, entre ellas, que desplaza el estudio de prioridad y clasificación al nivel de los intereses (primer

nivel) y ubica en este momento al planteamiento y la resolución de choques. Esta misma ordenación es imposible con los derechos, en tanto constituyen constricciones absolutas. Otra ventaja es que permite destacar el aspecto de limitación de poder propia de los derechos, vínculo que se diluye cuando son determinados como simple resultado de la ponderación.

Resumiendo, las pretensiones asociadas a derechos morales buscan tutelar intereses y valores. Los derechos en sí mismos no son objeto de ponderación, aunque los intereses que protegen deben ser balanceados para definir lo que requiere el derecho. Son, por eso, reinterpretedados para hacer plausibles las pretensiones asociadas de necesidad y factibilidad.

Ahora bien, a pesar de que la propuesta de Scanlon tiene varias ventajas, entre ellas la incorporación de consideraciones de resultados, su persistencia en la formulación de derechos en términos de constricciones es insostenible como modelo de fundamentación. A continuación, presentaré los que considero son los mayores aciertos de esta propuesta, al igual que las objeciones que es posible plantearle.

4.3 Ventajas de y objeciones a las propuestas de dos niveles para evaluar derechos morales

El modelo de los dos niveles de Scanlon tiene varias ventajas respecto de las tesis tradicionales del deontologismo, aunque su modelo se inscriba en esa tradición. En primer lugar, y como señalé en la primera parte del capítulo, buena parte de su obra está dedicada a estudiar los juicios de bienestar y las razones para su incorporación o no en argumentaciones morales. Sus críticas a las teorías utilitaristas de la preferencia subjetiva como única fuente de la evaluación del bienestar dan lugar a la inclusión de otros valores y criterios objetivos. Los intereses de respeto o promoción son, en parte, la traducción de esos estándares subjetivos y objetivos de evaluación del bienestar a posiciones normativas de derecho.

En segundo término, este modelo admite explícitamente la evaluación de costos en la delimitación de los derechos. Pese a que esta incorporación es hecha en términos de restricción de derechos absolutos, el reconocimiento de los efectos del ejercicio de estos

tiene un peso específico en la teoría, puede, también, terminar justificando el desplazamiento de esas posiciones normativas. La valoración de costos ilumina los aspectos de interconexión entre derechos y con otros valores o principios que son opacos para las propuestas meramente deontologistas y utilitaristas.

En tercera instancia, pese a que la propuesta de dos niveles comparte muchos de los problemas de tesis análogas⁸⁶, el modelo de Scanlon tiene la ventaja de contar con un primer nivel de análisis complejo y desarrollado. Quiero decir, toma en consideración no solo los objetos tradicionales de los derechos -las libertades negativas- sino que da lugar a objetos de protección propios de modelos bienestaristas, pero con base en una noción moralizada de preferencia. La formulación de ese primer momento ofrece las mejores herramientas para criticar tanto la estructura estratificada de los derechos como, específicamente, la configuración específica del segundo nivel.

Como cuarto punto, la tesis de Scanlon, aunque constrictiva, fundamenta los derechos explícitamente tanto en los intereses asociados al ejercicio de las libertades básicas en términos rawlsianos, como en las condiciones mínimas para el ejercicio de esas libertades (capacidades o juicios de bienestar). El uso del término “intereses” de una forma no restrictiva permite ampliar el catálogo tradicional de derechos, así como evaluar sus interconexiones, conflictos y relaciones con otras posiciones normativas no amparadas a través de derechos.

Ahora bien, contra ese modelo de dos niveles que termina por postular derechos absolutos paradójicos pueden ser formuladas varias objeciones. Lo fascinante de esas objeciones es que la mayoría pueden ser enunciadas con base en las razones y el modelo presentadas por el mismo Scanlon. La tesis de dos niveles de justificación tiene varios problemas, uno de ellos es la postulación de un derecho como el punto final de una argumentación. Si eso fuera así, los mandatos de acción adecuada, o de abstención, que se siguen serían claros y no habría lugar a la configuración de imperativos de acción incompatibles en el contexto de esas relaciones normativas. Pero, dado el papel central que los aspectos empíricos juegan en la propuesta de Scanlon, y su vinculación estrecha con las consideraciones normativas, la posibilidad de cursos incompatibles de acción es real. No es necesario ir a las hipótesis de conflicto para considerar las diferentes maneras

⁸⁶ Como el de W. M. Sumner expuesto en los capítulos 1 y 2.

que pueden tomar los derechos en los casos concretos y las interconexiones que se establecen con otros derechos, principios y valores en situaciones específicas. Si los hechos son centrales en el segundo nivel del análisis, no habría una razón de peso para descartar la consideración de consecuencias en este momento.

Una dificultad directamente vinculada con ésta es que el modelo de dos niveles, en términos estratificados tan rígidos, deja la sensación de que se trata de estratos adyacentes, pero de estructura jerárquica. Es decir, aunque para el modelo los dos niveles integran igualmente la fundamentación de posiciones normativas en términos de derechos, solo en el primero hay lugar al debate sobre intereses, interrelaciones y choques. Una vez definidos cuáles intereses y qué tutela requieren, la discusión en el segundo nivel de derechos constrictivos está cerrada. Ahora, la discusión está parcialmente cerrada si se atiende a los matices que introduce Scanlon sobre la posibilidad de desplazar derechos cuando el costo (moral) de su defensa es demasiado alto, se vuelven a abrir las compuertas para la ponderación confinada al primer nivel.

Este desplazamiento derivado de una evaluación cuya información de entrada es, al menos, un valor absoluto de constrictión (derecho) y uno relativo de utilidad (consecuencias), es denominado “especificación” por Scanlon. La cuestión es que, en los casos de desplazamiento, un valor relativo forzaría la delimitación de un absoluto. Esa delimitación reduciría, en estas hipótesis, la posición normativa del derecho a cero. Cuando se redefine la posición normativa a una que pueda hacer el mismo trabajo a un menor costo, es difícil ver cuál es la evaluación que se realiza si a nivel de los derechos ha quedado descartado el uso de la ponderación. En suma, a Scanlon le gusta la comparación como instancia de la evaluación en la justificación de los dos niveles de los derechos, pero no la ponderación. Con lo cual tenemos el mecanismo, pero éste no sirve para elegir en los casos concretos.

Un problema adicional es el relacionado con la inclusión de las condiciones de ejercicio de la autonomía como objeto de derechos. La definición de lo mínimo necesario supone la inclusión de bienes que desbordan el objeto constrictivo de los derechos, tal y como es presentado en esta propuesta. Supone, además, fijar de alguna manera los estándares, aunque sean mínimos, de una vida buena en términos de intereses objeto de derecho. Pero, para Scanlon, una de las funciones centrales de esas moléculas normativas

es la protección contra las diferentes formas de paternalismo e imposición de la idea de bien que, paradójicamente, parece necesaria para la formulación tanto de juicios objetivos de preferencias como de los estándares básicos de vida buena.

En suma, Scanlon sostiene que el concepto de derecho permea nuestro discurso sobre lo que está justificado, solo que su caracterización de estas posiciones normativas es tan restrictiva que no le permite respaldar sus ideas sobre la justificación (Wenar, 2012, pp. 7-18). Sostiene que no cualquier incremento en la utilidad autoriza a desplazar un derecho ni, tampoco, cualquier incremento marginal del provecho amerita su tutela en términos de esas posiciones normativas, en tanto estos surgen más como respuesta a amenazas serias específicas. Esta caracterización limita el alcance del modelo en tanto no parece apto para dar cuenta de derechos que son poco importantes, ni de los derechos de acción. En buena medida, su propuesta de dos niveles es insuficiente por su apego a la noción de derechos como constricciones a la acción. Cuando se considera el espectro de derechos usualmente admitido por las teorías del interés, resulta evidente que esta versión es muy restrictiva en tanto solo admite explícitamente derechos que limitan lo que otros pueden hacer a su titular, que acotan su rango de discreción.

5 Derechos y evaluación: algunas conclusiones

¿Cuáles son, entonces, los factores que cuentan en la definición de las posiciones normativas a las que llamamos “derechos”? En primer término, y de manera muy escueta, cuenta tanto el estatus de los individuos, como las consecuencias de la adscripción de derechos. Son incorporados tanto porque resultan apropiados para la tutela normativa de los sujetos, como por los estados de cosas que se siguen (o se seguirían) de esa titulación (Wenar, 2005, pp. 179-200).

En segundo lugar, el valor de los derechos en el ámbito moral no es intrínseco sino instrumental. Es decir, la justificación es dada en función de su objeto de protección: los individuos como valiosos y los estados de cosas derivados del reconocimiento de ese valor. La sospecha frente al instrumentalismo de los derechos en general desecha al género por la especie, quiero decir, toma la definición utilitarista como el todo del instrumentalismo y, luego de ello, los rechaza como si fueran una y la misma cosa. El

carácter contingente y expansivo de esta especie del instrumentalismo que es el utilitarismo es el que previene en relación con los derechos en esta teoría. Se cree, como ya lo señalé, que los derechos instrumentalmente justificados son tan débiles que, difícilmente, pueden ser denominados como tales. Pero, de nuevo, el utilitarismo es solo uno en el universo de teorías instrumentales de la justificación de los derechos.

Según la teoría instrumental de la que se hable y de las metas que fije será asignada una función diferente a los derechos en la persecución y protección de esos intereses. El utilitarismo postula como meta la distribución óptima de beneficios o aquella que maximiza la suma de los intereses de todos los involucrados. Las teorías del interés admiten un rango de información mucho más amplio y, en ese sentido, buscan optimizar la protección y promoción de esos intereses mediante operaciones que están más cerca de la evaluación que de la suma o el promedio. Empiezan, entonces, con algunas metas fundamentales y trabajan hacia atrás en la definición de derecho que potencialmente conduzca a una mejor distribución de intereses.

La debilidad de los derechos no tiene por qué ser un problema de estas propuestas. Los derechos tienen un peso específico importante, solo que su evaluación es diferente a las de las tesis de su importancia intrínseca. Se centra, entonces, en intereses y consecuencias y evalúa así un derecho con el foco puesto en los intereses que serán afectados y cómo será impactada la distribución de los mismos en un ambiente de adscripción de derechos específico.

Las creencias sobre los derechos, además de ser más sutiles y permitir más información de la que admiten el utilitarismo, las tesis del estatus y las teorías de la elección, incluyen cosas como: (i) el carácter de persona y su reconocimiento por parte del derecho; (ii) la consideración de los daños que esa adscripción puede ocasionar; (iii) la consideración del ambiente más amplio de adscripción de consecuencias en el que el derecho es adscrito; y (iv) la valoración de beneficios y cargas que esas titulaciones implican.

Esto supone desafiar varias preconcepciones evaluativas acerca de la determinación de los derechos. Si el que alguien sea titular de una posición normativa cualificable en estos términos implica que el bienestar es una base adecuada para predicar un deber de alguien más, eso significa que, cuando menos, alguna información relativa al

bienestar de los sujetos y la manera de evaluarlo formará parte de la valoración misma de los derechos (Raz, 1994, pp. 256-260) (Waldron, 1989, pp. 503-519). Los ambientes evaluativos morales a los que me he referido reconocen, entonces, la importancia de ciertos intereses que pueden ser calculados en términos de costos morales.

Los derechos, entonces, no son posiciones absolutas e inconmensurables con otros principios, intereses y valores morales. Son, como señala Raz, conclusiones intermedias que van de intereses a deberes. Que alguien sea titular de un derecho significa, entre otras cosas, que alguien más es el sujeto de un deber de emprender determinada acción para su tutela o que la mera existencia del deber sirve a ese interés. Los derechos son justificados, entonces, en términos generales, apuntando al interés que pretenden amparar y a las razones por las cuales deben serlo.

Ese interés tiene la doble característica de ser individual y de reportar beneficios a la comunidad en la que es protegido o promovido. Hay, entonces, más que una contraposición entre intereses privados y públicos, una dialéctica de limitación y dependencia mutua que la idea de derechos individuales cuasiabsolutos no puede reportar. La teoría del interés sobre los derechos no es, entonces, heredera universal del utilitarismo, en tanto toma en cuenta valores fundamentales y concepciones de bien necesarias para responder preguntas sobre estas posiciones normativas cuya evaluación no puede ser hecha en términos de maximización de estados finales (Marmor, 1997, pp. 1-18).

La definición de los derechos es, en consecuencia, ella misma una cuestión controversial. Las personas pueden estar de acuerdo, por ejemplo, sobre qué derechos tienen, pero diferir acerca de su alcance y límites. Esto no significa que todos los puntos sobre derechos morales sean casos difíciles o decisiones trágicas, pero es posible que la conflictividad respecto de los mismos sea más alta en tanto están involucrados valores fundamentales, ideas de vida buena y cómo éstas pueden vincular a otros en términos de deberes exigibles.

Cuando se discuten cosas como la relación entre derechos y bienestar social, si estos son constricciones secundarias a la acción de agente relativo o expresan posiciones normativas cuyos objetos pueden ser comparados, y el tipo de valores que pueden ser protegidos a través de esos derechos, se interroga por la estructura de la moralidad en la

que se inscriben. Quiero decir, los objetos de tutela de los derechos morales aluden a conceptos normativos que suelen estar indeterminados y ser controvertidos. Por eso es posible, y tal vez inevitable, que generen imperativos de acción que no puedan ser conjuntamente satisfechos. No todas las hipótesis de incompatibilidad de derechos morales implican dilemas en la elección, pero es altamente probable que ese tipo de choques entre derechos y por la delimitación de un solo derecho sea frecuente (Waldron, 2000, pp. 115-135).

Una pregunta que podrían plantear los escépticos en relación con la aptitud, siquiera lingüística, de estas nociones para expresar preocupaciones sobre la situación de otros (algo análogo a las preferencias externas censuradas por Dworkin) es si el ser titular de un derecho u objeto de un deber inmuniza en relación con responsabilidades activas o de bienestar. Como ya lo señalé en los tres capítulos anteriores, no parece haber nada en estas moléculas normativas que las inhabilite para referirse a actividad. Es más, si se toma en cuenta la tesis de que todos los derechos son bienes con costo, solo un subconjunto muy pequeño de estos serían derechos que expresan estrictamente una abstención.

La cuestión es que cuando se habla de derechos, muchas veces entran en escena razones de diversas que ofrecen información plural y relevante sobre determinada situación. Estas razones pueden ser de muchas clases: deontológicas, consecuencialistas, de estatus, instrumentales, etc., cuya interacción no es capturada de forma adecuada por teorías meramente constrictivas o completamente maximizadoras. Para responder a preguntas sobre las relaciones entre derechos, y con otros elementos de su entorno normativo, hay que plantear el panorama evaluativo complejo. Es decir, preguntarse por la manera adecuada de postular estas codependencias y la necesidad de abordar situaciones complejas de distribución de intercambios de intereses (Waldron, 2003, pp. 191-210). La introducción de esas evaluaciones implica que debe tomarse en cuenta no solo el dato de la asignación de derechos, sino también sobre las consecuencias de ciertas asignaciones.

Por eso, una propuesta evaluativa sobre los derechos morales no implica la cualificación de todos los intereses como aptos para este tipo de amparo. Hay intereses tutelables en el contexto de una teoría moral híbrida, o en términos amplios consecuencialista, cuya protección moral adecuada es la ofrecida por el utilitarismo, no por los derechos. Lo que harían los derechos es singularizar algunos intereses por su

importancia moral y postular una posición normativa especial en relación con los mismos. Estos intereses relevantes para la teoría pueden provenir de tradiciones de pensamiento disímiles, de experiencias históricas remotas y, por estas y otras circunstancias, entrar en conflicto. Los intereses, así determinados y que pueden ser incompatibles son, precisamente, la materia de la vida moral y política y el objeto de a posición normativa cualificada denominada “derechos”. Muchas de las esferas de la vida humana donde el conflicto es recurrente muy probablemente tendrán que ver con intereses que son considerados importantes (Waldron, 1989, pp. 512-516).

En suma, los derechos, al menos los intereses que protegen o promueven, se derivan de tradiciones ideológicas, políticas y sociales diversas que aumentan la posibilidad de choque (Pino, 2009, pp. 649-651). Aunque no lo hagan, la determinación de los objetos de tutela está íntimamente relacionada con otros derechos, intereses y valores que requieren un modelo de evaluación que contemple tanto el choque, como la codeterminación. En consecuencia, aunque en abstracto pueden señalarse algunas relaciones de precedencia entre derechos, que no siempre coinciden con los intereses que los fundamentan, los casos concretos suelen desafiar cualquier intento de ordenación lexical de esos intereses. La pluralidad y diversidad de los derechos en sociedades contemporáneas puede ser no solo uno de sus rasgos generalizados, sino inevitables dado su objeto de tutela y lo que implican en término de posiciones normativas en el ámbito moral.

5. Hallazgos

Los trabajos en ciencias sociales suelen tener un apartado llamado “hallazgos” dedicado a precisar los resultados de investigación. En este último momento de la tesis quisiera exponer algo análogo a los resultados del trabajo. No se trata de un capítulo que presente una de las aristas de los problemas que me ocuparon, a los que les quedan varias que no exploré, sino de la recopilación de los hallazgos parciales, y finales, de cada uno de los capítulos y del texto en general. Para los debates sobre temas puntuales y las razones por las cuales definiendo las cosas que definiendo, puede rastrearse las discusiones específicas en la tesis. En lo que resta, presento el curso argumentativo que me llevó a sostener que los derechos son entidades normativas importantes en el contexto de las teorías morales. Que son especialmente importantes cuando se trata de teorías morales que toman en cuenta tanto la necesidad de amparar de manera reforzada ciertos principios y valores, que en los casos concretos pueden resultar incompatibles, como las consecuencias de ese reconocimiento. Y, finalmente, que la teoría instrumentalista del interés es la alternativa más adecuada para dar cuenta de la fundamentación de esos derechos en el contexto de teorías morales, en términos amplios, consecuencialistas.

1. El primer hallazgo de la tesis y el que articula las discusiones siguientes, es que el término “derecho” es normativamente relevante en el contexto moral. No se trata, pues, de una manifestación meramente simbólica de lo deseable que resulta la producción de determinado estado de cosas o la realización de una acción. En buena medida, puede evaluarse la pertinencia de una propuesta moral con base en la noción de derechos que postula (o que usa tácitamente) en términos analíticos y de fundamentación. Estas posiciones normativas integradas en la noción de derecho moral pueden ser expresadas mediante las relaciones hohfeldianas de pares correlativos.

El concepto de derecho puede ser factorizado en cuatro pares correlativos en términos de fundamentación. Cada par está integrado por dos posiciones que describen la misma situación (objeto) con sujeto invertido. Los pares son: pretensión-deber; libertades-no-deber; poder-sujeción; e inmunidad-incompetencia. Este esquema de posiciones normativas permite precisar qué relaciones están implicadas en el término derecho,

aunque no en el sentido de correlatividad lógica entre los extremos sino, más bien, de vínculo de fundamentación. Las pretensiones, por ejemplo, son el correlativo de los deberes, pero eso no significa que siempre que haya un derecho hay también un deber correlativo. Hay deberes sin derechos y viceversa, solo que cuando hay un derecho es posible fundamentar que debe haber un deber correlativo de cumplimiento.

2. Un segundo hallazgo apunta a que la importancia de los derechos en modelos éticos diversos se deriva, en parte, de la actividad de reclamar que les es propia. Tener un derecho significa, entre otras cosas, estar habilitado por algún sistema normativo (jurídico, moral, social, etc.) para exigir el cumplimiento de un deber. Implica, igualmente, estar vinculado por algo más apremiante que aquello derivado del sentimiento de beneficencia en tanto habilita para exigir el objeto de la prestación. Tener una pretensión, entonces, se traduce en la posibilidad de reclamar que algo sea el caso aunque por sí misma no implique la titularidad de un derecho.

El derecho se configura cuando tiene como fundamento una pretensión válida en el sentido de que puede ser justificada. Esta idea, que puede parecer redundante, no lo es: para que una pretensión se consolide como derecho es necesario que esté fundada en razones válidas. Es decir, tener una pretensión significa contar con argumentos que sustentan con cierto grado de plausibilidad la titularidad de un derecho, en ese sentido, una pretensión es más o menos razonable en atención a las razones que la respaldan. Los derechos son, entonces, pretensiones válidas y la validez tiene que ver acá con la justificación en el sistema de normas en el cual está inscrita la pretensión. Tener una pretensión es, así, invocar razones que permitan argumentar en favor de la titularidad de una exigencia relativa a derecho. Esta habilitación para exigir alguna prestación es uno de los rasgos morales distintivos de los derechos y es el que explica el papel central que tiene en ámbitos normativos diversos.

En suma, ser titular de un derecho moral es estar en posición de reclamar válidamente la realización de una acción determinada, posibilidad que está, algunas veces, acompañada de un poder de ejercicio o de una habilitación de abandono de la pretensión. Digo “algunas veces” porque no es el caso para todos los derechos que estén acompañados por poderes de disposición, por el contrario, hay un buen número de posiciones normativas de este género que no son disponibles.

La idea según la cual una categoría muy amplia de individuos son titulares de derechos independientemente de su contexto es muy polémica, pero también es muy sugestiva. Su atractivo se deriva, en parte, de una cuestión fundamental para la moral: la formulación de exigencias normativas y la creación de instituciones jurídicas cuyo objeto sea la tutela de aspectos centrales del bienestar humano. La noción de derechos morales tiene, a su vez, una función crítica evidente que impugna la identificación de derecho y ley o de derecho y prácticas sociales. Parece, entonces, que algo importante le falta a una propuesta normativa que no incorpora estas posiciones cuando se refiere a conceptos como bienestar, dignidad o persona.

Los derechos morales son independientes en términos de justificación de instituciones jurídicas, sociales y de las apelaciones directas al incremento de utilidad. Estos implican generalmente deberes de otros y tienen de base valores que justifican la imposición de esos deberes. Los derechos de este tipo se derivan, entonces, de principios y valores morales que funcionan como variables en una teoría moral. En suma, los derechos morales son relaciones normativas en el sentido hohfeldiano, justificadas con base en principios y valores portadores ellos mismos de fuerza moral.

Igualmente, hacen parte del andamiaje conceptual de buena parte de los juicios normativos cuya justificación apela a principios con el objetivo de sustentar pretensiones válidas cuyo reconocimiento no se deriva de instituciones sociales o jurídicas; apelan, pues, a una fuente independiente a la juridicidad o la popularidad: la moralidad. De hecho, las instituciones jurídicas o sociales pueden ser examinadas con base en si traducen o no adecuadamente esas demandas éticas. Las fuentes normativas de las cuales se derivan son, además de las que ya mencioné (principios y valores), ciertos intereses fundamentales, entre los que está el carácter de persona, a los que se les concede un amparo especial. La apelación directa a estos intereses es una de las razones que permite entender a esas relaciones normativas como fuente de crítica y motor del cambio de derechos institucionales, sean estos jurídicos o sociales.

Estas relaciones morales son relativamente autónomas de su estatus social y jurídico. Al ser posiciones derivadas directamente de principios, valores e intereses morales participan de su carácter directo e indicativo en relación con lo que su titular prefiere o desea. Ese vínculo de los derechos con la primera persona no implica que las

pretensiones asociadas a estos sean todas de carácter egoísta, aun cuando muchas de ellas están claramente orientadas al beneficio personal. Contrario a lo que podría pensarse, hay una buena cantidad de derechos que apuntan, desde su fundamentación, a beneficios comunitarios o a intereses en el bienestar de otros, es decir, muchos intereses son protegidos no solo por el margen de acción individual que permiten, sino por el tipo de sociedad que esa acción, individual o colectiva, quiere favorecer.

Ahora, la caracterización analítica y la justificación de los derechos no es la misma para teorías morales diversas. Hay dos ofertas dominantes de análisis y fundamentación de estos: las teorías de la elección (o de la voluntad) y las del interés (o del beneficio). Las teorías de la elección resultan insatisfactorias como alternativa de fundamentación de derechos morales y, además, quedan integradas en los modelos más atractivos y adecuados de justificación de esas entidades normativas, desarrollados por las teorías del interés. Para las teorías de la elección, el término derecho es operativo solo a nivel de las decisiones de un individuo en tanto que soberano de un dominio acotado de autodeterminación. Conceptos como “derechos inalienables” o “derechos irrenunciables” serían adjetivaciones ilegítimas, importadas de categorías políticas y éticas ajenas al lenguaje de los derechos.

Las teorías de la elección sobre la fundamentación de derechos morales son intuitivamente atractivas por varias razones. En primer lugar, están conectadas de manera directa con uno de los entendimientos más cotidianos del término “derecho”: el que supone que hay un vínculo estrecho entre el ser titular de un derecho y el control normativo que da una titularidad. En algún sentido, tener un derecho es poder determinar lo que otros pueden hacer y, así, ejercer autoridad sobre esas cuestiones. De esta manera, la conexión entre las ideas de poder y derecho es crucial para ese tipo de entidades y no solo un rasgo eventual. Además de esto, las teorías de la elección dan cuenta del sentido en el cual los derechos incorporan las elecciones de sus titulares y son, a la vez, fuente de demandas perentorias frente a otros. Según esta propuesta, entonces, cuando alguien es titular de un derecho otro tiene un deber correlativo de cumplimiento cuyo contenido implica que la acción del portador del deber sea decisiva.

Debido a la importancia que la denominación “derechos” tiene en el contexto práctico-moral hay buenas razones en favor de reservarla para situaciones en las que está

en juego un valor fundamental (“el” valor fundamental para estas propuestas): la autodeterminación. Cuando la tutela de la autodeterminación es establecida como condición necesaria de la atribución exitosa de derechos, los poderes de ejecución y de renuncia se siguen analíticamente de la idea misma de derecho. Esa manera de entender los derechos permitiría a las personas decidir y moldear las vidas que quieren vivir y no las que les dicta un presunto observador privilegiado de sus “derechos e intereses auténticos”.

Los derechos escudan intereses importantes vinculados de manera directa con la formación de la personalidad y el ejercicio de la autodeterminación. La posibilidad de elegir el propio curso de vida, y el ejercicio de esa elección, permiten a los individuos construir sus visiones de mundo, por eso la relevancia de la integridad personal para el ámbito práctico tiene que ser contemplada seriamente por cualquier teoría admisible de la moralidad. Las teorías de la elección están comprometidas primordialmente con la protección de ciertos intereses personales y, en la medida en que los derechos protegen ese aspecto activo y práctico de la vida humana, estarían vinculados de base con la constitución de la personalidad moral.

Los derechos resguardan en ese sentido intereses humanos, aunque solo los que están directamente relacionados con la autodeterminación, la agencia, la independencia y la dignidad. Derivado de esto, los deberes en esta propuesta son básicamente de carácter negativo, es decir, ordenan abstenerse de intervenir en la acción legítima de otros. En las teorías de la voluntad el papel protagónico lo tiene la idea de los titulares de derechos como agentes y electores, no como sujetos de ayuda o con deberes de prestación.

Para las teorías de la elección los intereses amparados mediante derechos tienen prioridad lexical, esto es, tienen que ser tutelados antes de evaluar la posible protección de otro tipo de intereses. En tanto que fuente de constricciones a la acción, los derechos definen las fronteras de la deliberación práctica propia del valor reconocido a los agentes en tanto que sujetos capaces de valorar. De esa manera, los derechos tendrían prioridad frente al cálculo instrumental debido a que resguardan las condiciones que hacen posible a los agentes reconocer y actuar en otros ámbitos prácticos maximizadores como, por ejemplo, el del bienestar.

En términos generales, estas propuestas teóricas son pluralistas en relación con los valores y el bienestar individual. En tanto hay una gran diversidad de bienes intrínsecos y de formas de vida que los reivindican, lo correcto en términos prácticos no es definible por apelación a lo que maximiza un único bien racional. Al contrario, deliberar, revisar y perseguir lo que cada uno considera como su propio bien es parte fundamental de lo que significa ser persona.

Pero, como lo anoté arriba, aunque las teorías de la elección tienen varias virtudes teóricas no son apropiadas como alternativas de fundamentación de derechos morales. Un tercer hallazgo fue, entonces, que, pese a que intuitivamente parecen las más adecuadas, las teorías de la elección son insatisfactorias como propuestas de fundamentación de derechos morales. Esto no solo se debe a las limitaciones propias de su oferta de justificación de derechos, sino a los problemas de las teorías morales en las que suelen estar apoyadas, implícita o explícitamente. Derivado de las constricciones que les imponen sus tesis acerca de la función de los derechos, no son apropiadas para un contexto normativo que les da un peso específico a otros valores en la formulación de esos derechos y a las consecuencias de su aplicación.

Entre sus principales problemas está que, derivado de las tesis constrictivas, no pueden reconocer derechos a un conjunto muy amplio de individuos que, intuitivamente, son sujetos de derecho como los niños y los adultos incapaces. Una propuesta de moralidad que no reconoce pretensiones a un conjunto muy amplio de la población que suele estar, además, en condiciones de vulnerabilidad es defectuosa. Una de las ideas básicas de las teorías de la elección es que los derechos son tutelas de la libertad individual, en ese sentido, negarle sin matices ese estatus a un grupo tan grande de sujetos por tener capacidad limitada para ejercer un poder atentaría contra el valor mismo que busca proteger.

Por otra parte, las teorías de la voluntad abarcan un rango muy estrecho de objetos de tutela debido a que colapsan en un solo concepto, el de derecho, las nociones de derechos sustantivos y garantías. El razonamiento adecuado procedería en el sentido inverso: porque los niños, las personas con discapacidades profundas y algunos animales tienen intereses fundamentales debe examinarse si son titulares de derechos a ser garantizados. Los intereses de este tipo son, entonces, los que dan cuenta tanto de la

posibilidad de adscribir derechos, como del establecimiento de remedios ante su vulneración.

Como ya señalé, los supuestos normativos de las teorías de la elección sobre la protección de derechos son insuficientes en el sentido de que intereses centrales para los sujetos, como el de seguir vivos, no califican como pretensiones de derecho. Si la única función legítima de esas relaciones normativas es proteger esferas de decisión libre, entonces los poderes de ejecución y renuncia, en tanto remedios frente a la vulneración de los derechos, no son esenciales para su reconocimiento sino consecuencias normativas de estos. En suma, la libertad de elección es un interés fundamental de los seres vivos, pero no es categorialmente superior a todos los demás. Los objetos de tutela postulados por las teorías de la voluntad no comprenden muchos otros intereses básicos de las personas, en tanto que tutelan absolutamente preferencias que pueden parecer triviales.

4. Los derechos son posiciones normativas muy importantes en el razonamiento práctico, pero no son inconmensurablemente más importantes que otras entidades del mismo género como obligaciones, consejos, imperativos hipotéticos, acciones supererogatorias, etc. Eso implica que suelen ser interdependientes o chocar con otros bienes morales y pueden, también, ser derrotados en ciertas situaciones. El cuarto hallazgo es, pues, que las teorías del interés permiten visibilizar las versiones del bienestar personal y social que se suscriben y los estándares de justificación de esos intereses. También permiten entender a los derechos analíticamente en términos hohfeldianos y dar cuenta, en esos términos, de su relevancia moral. Resumiendo, los derechos entendidos como intereses protegidos implican la asunción de una idea de bienestar y de una estructura de justificación, lo cual supone integrar aspectos evaluativos del instrumentalismo y del consecuencialismo éticos.

Las teorías del interés sobre los derechos morales son las más adecuadas en términos de fundamentación y análisis conceptual porque incorporan un rango amplio de supuestos normativos muy importantes que quedan excluidos en otros modelos de justificación. Reconocen como sujetos de derecho a entidades que no tienen, al mismo tiempo, poderes de ejecución o renuncia y dan cuenta del vínculo intuitivo entre la noción de derechos y la idea de que estos suponen alguna mejoría en la situación de un individuo. Permiten, igualmente, ubicar a los derechos en un ambiente moral más complejo en el cual

hay relaciones de interdependencia y conflictos con otros bienes, incluyendo a otros derechos.

Los derechos resguardan algunos aspectos del bienestar personal que pueden no estar vinculados directamente con el ejercicio de libertades. Los intereses, por su parte, son entendidos como instancias de valor en el contexto de una teoría moral que deben, por eso, ser protegidas. En ese sentido, para ser titular de un derecho es necesario, pero no suficiente, que éste preserve algún interés que no necesariamente es traducible en términos de una libertad.

Resumiendo, en este trabajo se defiende la idea, que es ella misma un hallazgo, de que los derechos son conjuntos hohfeldianos de ventajas cuyo objeto son intereses protegidos. El titular de un derecho es el beneficiario de ciertas ventajas o el sujeto cuyo bienestar justifica la imposición de deberes. Muchos derechos morales, incorporados o no en regímenes jurídicos específicos, protegen intereses vinculados con la integridad y el bienestar de sus portadores. Debido a la importancia de los valores que tutelan, se trata de posiciones normativas que muchas veces están fuera de la esfera de disposición de sus titulares. Los derechos están, entonces, compuestos por posiciones hohfeldianas y sus titulares lo son en virtud de que algunos intereses eventualmente están vinculados a los deberes de otros.

Tener un derecho significa, entre otras cosas, estar legitimado por algún modelo normativo bien sea moral, político, legal o social para demandar, en primera persona o por medio de un tercero, la realización de una prestación. Ahora bien, la categoría “intereses” y “objeto de derecho” no colapsan en tanto solo un subconjunto, designado por la teoría de trasfondo como especialmente importante, es candidato a protección mediante un derecho. Las teorías del interés sobre los derechos eligen, entonces, una clase reducida de asuntos vinculados fundamentalmente con la libertad y el bienestar de los sujetos.

Dentro de estas propuestas hay desacuerdos en relación con qué califica como interés fundamental, cuál es el rango amparado y, en términos generales, cuál es la noción de bienestar más adecuada para una teoría acerca de los derechos morales. Para muchas de ellas los intereses individuales no son los únicos candidatos a objetos de derecho, el bienestar común también justifica la atribución de muchos derechos que se consideran, equivocadamente, como exclusivamente protectores de intereses individuales. La clase

“bienes comunes” impacta las opciones disponibles para los sujetos en contextos definidos, en ese sentido, muchos derechos están justificados tanto en intereses individuales, como también en los intereses comunes que promueven. Hay, entonces, un vínculo de interdependencia entre esos intereses que es, a la vez, un campo fértil para la configuración de conflictos entre ellos.

El argumento en favor de la interacción entre bienes que contribuyen a intereses individuales y colectivos puede ser factorizado en (i) la protección de derechos individuales que contribuyen al bien común y (ii) el bien común que es promovido mediante el respeto de intereses individuales. Muchos derechos morales se derivan de la combinación de estos intereses y por eso son tan importantes para algunos modelos normativos.

5. Un quinto hallazgo apunta a que los derechos están, entre otras cosas, orientados a los resultados en tanto algunos de sus aspectos centrales son definidos en términos de cómo afectan los intereses de terceros. Ese rasgo interpersonal de los derechos evidencia que son, en alguna medida, el resultado de una evaluación de bienestar de los involucrados, al igual que ilustra que no son el punto cero de los modelos admisibles de moralidad sino que pertenecen al nivel medio de estas propuestas. Derechos e intereses no tienen una relación de uno a uno sino que hay intereses que son protegidos por diferentes combinaciones de derechos y derechos que amparan intereses diversos.

No todos los intereses amparados por derechos son igualmente importantes, la valoración de estos dentro de las coordenadas morales dependerá de la determinación de las posibles consecuencias. En efecto, la enunciación de derechos requiere en muchos casos el balance de intereses en disputa, quiero decir, no solo la invocación de principios comprometidos sino la precisión de la situación normativa y fáctica en la que se encuentran esos intereses.

De esto se sigue que las teorías sobre los derechos están construidas sobre postulados evaluativos. Dadas las características de lo amparado se operacionaliza, explícita o implícitamente, alguna idea de bienestar y de consecuencias de su protección. Los deberes derivados de la tutela de esos intereses están basados en algún aspecto del bienestar del titular del derecho; a su vez, ese interés está estrechamente vinculado con el

cumplimiento del deber de tal manera que es posible anticipar que si el deber no es acreditado, probablemente no será protegido el interés que fundamenta el derecho.

Los derechos son atribuidos en razón de determinadas características generales de los sujetos: están vinculados con sus intereses como rasgos genéricos, pero pueden chocar con sus intereses expresados en primera persona. En términos normativos, la noción de interés incorpora ideas diversas: lo que los individuos quieren de hecho; el respeto por eso que prefieren concretamente; sus necesidades subyacentes y los valores en las que son traducidas. Es preciso, entonces, marcar la diferencia entre la satisfacción de deseos individuales como ingredientes rasos del conflicto social y los intereses en tanto que apelaciones a un esquema de justificación de preferencia filtradas.

Los intereses como objeto de protección de derechos deben ser entendidos en términos normativos y no como un inventario de deseos de los sujetos. Hay un interés en relación con un objeto cuando puede formularse una pretensión sobre éste con base en algún principio o valor moral. Esto no significa que cada pretensión sea coextensiva con un derecho, solo que está respaldada por algunas razones. Pero las razones invocadas pueden, de hecho, no acreditar la titularidad del derecho o puede haber argumentos más fuertes que las derroten.

Un grupo importante de intereses se derivan directamente de principios y valores morales y son tutelados por derechos independientemente de las preferencias actuales de los individuos. Sostener, entonces, que cierto estado de cosas está en el interés de un sujeto no implica necesariamente que su protección va a aumentar la satisfacción concreta del agente. De hecho, muchas de las confusiones en relación con el rango de intereses protegidos y su vínculo con las preferencias reales de los agentes se derivan de la interpretación de estos con base en el modelo del interés en la autonomía como “el” interés de los derechos. En general, se ampara ese interés mediante el reconocimiento a los titulares de poderes de ejecución y renuncia de los derechos derivados. Pero en el terreno de las teorías del interés no es un axioma que cuando la autonomía choca con otros derechos o con otros intereses no tutelados mediante derechos ésta está protegida por restricciones secundarias a la acción que derrotan siempre a esos otros intereses.

Para dar cuenta de cuál es el lugar de los derechos en determinada teoría moral es preciso contar con una explicación de cómo son fundamentados y cuáles son sus vínculos

con otros principios o valores, por el contrario, es insuficiente un recuento de las preferencias actuales de los titulares. Los intereses relevantes para una propuesta moral pueden ser identificados en un nivel muy alto de abstracción, pero la especificación de los derechos cuyo objeto es la tutela o la promoción de esos intereses tiene una dimensión empírica fundamental y, por eso, un alto grado de codeterminación y conflictividad.

Qué intereses son de hecho amparados por derechos, y cómo son amparados o promovidos, depende en buena medida de principios, valores, razonamiento instrumental y contingencia específica. Qué derechos son reconocidos en un momento dado obedece en gran parte a los intereses en competencia y a las posibles consecuencias que se derivan en las hipótesis de protección. Los derechos chocan en casos más o menos específicos, en esas situaciones es preciso revisar los fundamentos para establecer ese tipo de protección. Si un derecho es desplazado por otro eso ocurre porque, en la situación concreta, unos intereses son más importantes o urgentes que otros. Por eso las respuestas a los conflictos entre derechos deben buscarse en la justificación de esos derechos a través de una evaluación situada y no en su afirmación.

Aunque hay parecidos de familia entre las ideas de deseo, necesidad e interés, ésta última es la más adecuada para dar cuenta de la función de los derechos. Esa noción engloba a las otras dos, sin diluir la posibilidad de tensiones, en un esquema de justificación que puede dar lugar a su tutela. Con todo, un modelo de principios y valores que establezca derechos para amparar determinados intereses tiene que ofrecer algún tipo de fundamentación moral de la protección de, precisamente, esos intereses. En términos más generales, debe acreditarse con base en cierto estándar de medición que una entidad cuyos derechos son tutelados está mejor en términos generales, aunque esta no lo perciba de esa forma.

6. El sexto hallazgo es que, muchas veces, las nociones de instrumentalidad normativa y de moralidad utilitarista son equiparadas. Se pasa por alto que hay un rango amplio de tesis instrumentales que pueden dar cuenta de la importancia de los derechos en ambientes morales en los que, aunque no son la base de la moralidad, tampoco atienden exclusivamente a postulados maximizadores en términos de utilidad. Las tesis instrumentales que me interesan sostienen que los derechos están justificados, además de por apelación a valores, por los estados de cosas deseables que se derivan de su

adjudicación. La fundamentación de esas entidades normativas procede en sentido contrario al habitual: empieza con las consecuencias que quiere generar y retrocede hasta definir la distribución de derechos que probablemente tendrá los efectos deseados.

Una de las objeciones más comunes a las tesis instrumentalistas sobre los derechos es que, en la evaluación moral, los dejan desamparados frente a otras nociones normativas. Pero las teorías instrumentales no utilitaristas admiten más información de entrada en la valoración y la integración de consideraciones redistributivas; permiten, entonces, dar cuenta de las complejidades y sutilezas del razonamiento sobre derechos. El razonamiento instrumentalista sobre derechos incluye, así, datos sobre el contexto normativo más amplio y las ventajas y cargas de la adscripción de los mismos.

Ahora, hay que hacer una precisión para efectos de este hallazgo: así como no todos los “instrumentalismos” son creados iguales, tampoco lo son los “utilitarismos”. El utilitarismo de regla, por ejemplo, permite bloquear los razonamientos que maximizan de manera irrestricta la utilidad final sin tomar en consideración los efectos sobre las personas individualmente consideradas. Para esta variante, los derechos se derivan de la evaluación de intereses que, una vez reconocidos, implican una pretensión independiente de obediencia. La modalidad de instrumentalismo de regla más adecuada para dar cuenta de la fundamentación de derechos en intereses establece el valor final de los estados de cosas admitiendo variables informativas descartadas por el utilitarismo clásico, por eso, es más adecuado denominar a esta variable en particular “consecuencialismo de regla”.

Este consecuencialismo de regla parcialmente utilitarista es la respuesta a las críticas contra el utilitarismo de acto en temas como la coordinación social y la especificación de la acción correcta en situaciones en las que la conducta maximizadora irrestricta es subóptima. Este consecuencialismo indirecto sostiene que la acción correcta es el resultado del seguimiento de una regla que produce las mejores consecuencias (o las menos malas), evalúa, pues, la conducta individual en el marco de un razonamiento práctico complejo orientado a su materialización. De esta manera, las acciones son elegidas y juzgadas con base en un conjunto normativo que incluye las consecuencias (probables) de esa acción. En suma, a diferencia del consecuencialismo directo, para indirecto no es obligatoria la violación de derechos cada vez que esto maximice la utilidad, en tanto esa manera de proceder vulnera normas justificadas que promueven la

obtención de mejores consecuencias entendidas en términos no exclusivamente utilitaristas.

Considero, pues, que las tesis instrumentalistas son las propuestas éticas más adecuadas para dar cuenta de los derechos como intereses protegidos, por cuanto ofrecen un modelo de moralidad que integra derechos en la evaluación de estados de cosas y les reconoce un peso específico mayor al atribuido por el utilitarismo de acto o de regla. A diferencia de la premisa consecuencialista clásica según la cual es obligatorio hacer lo que produzca las mejores consecuencias (o las menos malas), para el utilitarismo de regla es obligatorio actuar según la prescripción de la regla que genere los mejores efectos. Puede incorporar en su sistema reglas que tengan la función de restricciones a la acción y el valor de actuar por principio si de hacerlo se siguen los mejores efectos.

En el utilitarismo de regla los agentes deben obedecer un conjunto de disposiciones cuya internalización por parte de la colectividad traerá las mejores consecuencias; modifica de esta manera la necesidad de valorar directamente actos por la valoración de estos en términos de reglas. Un acto individual es, entonces, considerado por las consecuencias de las reglas que lo generan, no por sí mismo. Esta variante es, por tanto, indirecta y colectiva. La determinación de un acto como correcto es seguido de la verificación del cumplimiento de la norma que lo gobierna, en tanto los resultados que se siguen de que el agente la obedezca son mejores que los efectos de la adopción de cualquier otro conjunto de reglas. En suma, primero valora las reglas y luego los actos en términos de esas reglas.

Un acto es moralmente correcto para esta doctrina si y solo si, es prescrito por un conjunto de cánones cuyo seguimiento general puede arrojar al menos tan buenas consecuencias como cualquier otro conjunto juzgado desde el punto de vista imparcial. Esta teoría responde a las objeciones que acusan al utilitarismo de acto de ser excesivamente demandante al forzar a los individuos, por ejemplo, a abandonar sus propios proyectos para el logro de la mayor cantidad de felicidad. Dado que lo que se espera del sujeto es que obedezca las reglas, la producción de las mejores consecuencias provocada por el respeto a las normas será su responsabilidad inmediata.

En suma, una de las estrategias de ampliación del consecuencialismo utilitarista es el utilitarismo de regla, el cual juzga las acciones por su conformidad con un conjunto normativo y justifica que sean preferidas en atención a sus mejores consecuencias en

términos de utilidad general. Un marco consecuencialista ampliado no solo admite sino que requiere la incorporación de intereses fundamentales y de derechos asociados a su tutela y promoción, junto con las consecuencias de las acciones y del reconocimiento de derechos en el ámbito de evaluación moral de los agentes.

En una moralidad de resultados la evaluación de los estados de cosas es básica; en el consecuencialismo indirecto las diferentes entidades, acciones, procesos, instituciones son juzgadas también por sus efectos. Típicamente, las propuestas morales o bien excluyen o bien le dan un lugar marginal a alguno de los elementos importantes para la justificación de los derechos. Las tesis deontológicas o bien rechazan o bien marginalizan a los efectos y a los estados de cosas en la evaluación; por su parte, el utilitarismo trivializa derechos y acciones. La exclusión de unas y otras obedece a la caracterización deficitaria de intereses, derechos y consecuencias relevantes, es posible, por el contrario, incorporar consideraciones relativas a los agentes, defendidas por el deontologismo, a un marco básicamente consecuencialista.

La satisfacción personal hace parte del bienestar de los sujetos, pero no agota el universo de lo que integra el bienestar. Cuestiones como intereses, procedimientos de elección y juicios de urgencia también son variables a tomar en cuenta. La información no utilitaria de los resultados es relevante, por eso debe ser incorporada sustantivamente en la evaluación y no solo como dato empírico sobre la configuración actual de bienestar de un individuo. Si se entiende a la maximización en términos no exclusivamente utilitaristas es posible dar peso específico en la evaluación a comportamientos humanos que, típicamente, no incrementan la utilidad final como la identidad, la agencia colectiva y los derechos.

7. El séptimo hallazgo es que, para el modelo de fundamentación de derechos morales que defiende, el bienestar es un parámetro de evaluación central sobre la situación de los sujetos que apunta conceptualmente a la maximización de determinado estado de cosas. Por eso, debe optarse no por rechazar de plano la idea de maximización, lo cual vaciaría de sentido a la noción de bienestar, sino incorporarla dentro de órdenes de elección que pueden ser parciales e incompletos. Así, en el rango de consecuencias que serían consideradas figuran cuestiones como violaciones a procedimientos, acciones y, por supuesto, derechos.

La evaluación consecuencial indirecta amplía el límite de la información admisible según el utilitarismo de acto. Las interdependencias y choques entre intereses tutelados por derechos y con otros bienes morales, son admitidos y, además, no tienen un punto fijo de llegada. Los estados de cosas están, de esta manera, integrados por un rango más amplio de entidades como valores, acciones y derechos analizados como cuestiones éticas relevantes. La teoría del interés sobre los derechos que planteo es, entonces, consecuencialista en términos generales, lo que le permite: incorporar tanto derechos individuales, como cálculo de consecuencias; explicitar juicios de valor y ponderar derechos e intereses en un marco evaluativo ampliado; reconocer los vínculos de interdependencia entre intereses, derechos y realizaciones; y otorgar peso específico tanto a los procesos justos, como a los resultados aceptables.

En el razonamiento propio de la justificación de derechos las consecuencias de cierto tipo son tomadas en consideración. Eso permite ordenar alternativas de elección y escoger a la que puntúe mejor (o menos mal) en un universo específico. Quien decide, entonces, debería ser capaz de exponer las razones que respaldan su decisión como la más apta para proteger o promover los intereses involucrados. La teoría del interés más adecuada para fundamentar derechos morales, en los términos en los que la he planteado en la tesis, sostiene que una de las funciones centrales de estas relaciones normativas es proteger y promover algunos de los intereses de sus titulares. En tanto la posibilidad individual de elegir califica como uno de los intereses fundamentales de los sujetos, esta teoría del interés absorbe el derecho básico postulado por las teorías de la voluntad. Su alcance es, así, más amplio en relación con el rango de cuestiones de derecho en tanto incorpora tanto el interés en la autodeterminación, como los objetos de amparo inalienables y no disponibles.

El modelo de fundamentación que propongo identifica los intereses que han de ser objeto de derecho como la razón que justifica la imposición de deberes. Los derechos son, entre otras cosas, conclusiones intermedias de razonamientos que van de valores e intereses a deberes. Esta idea, que los derechos son conclusiones intermedias, implica varias cosas, entre ellas: a) que se visualiza el interés valorado positivamente y se le atribuye cierta jerarquía, moral para el caso; b) que se puede hacer valer en el

razonamiento práctico y quien se oponga tiene la carga argumentativa de la prueba; y c) que debe prevalecer cuando no se puede hacer valer una razón suficiente para desplazarlo.

En estos términos, un interés justifica la atribución de un derecho moral si hay un argumento sólido de respaldo cuya conclusión es que hay un derecho y entre sus premisas está la afirmación no redundante del interés del titular. Los derechos son, entonces, el punto argumentativo en el que confluyen, entre otros, valores, intereses, deberes, consecuencias y la posibilidad negociarlos y evaluarlos en el marco del razonamiento práctico. Estos derechos tienen, en efecto, una función normativa central: proteger y promover intereses que pueden, no obstante, ser limitados por otros intereses o bienes.

Sintetizando, la razón de ser de los derechos, de los morales en particular, es la tutela de intereses y la definición de estos debe dar cuenta de esa finalidad. Esa definición es, por lo general, muy amplia en el ámbito ético a no ser que tal amplitud termine por socavar los intereses mismos que pretende amparar. La teoría consecuencialista sobre los derechos morales como intereses tutelados da cuenta de manera directa y activa tanto del reconocimiento y realización de derechos, como de los fines de los mismos. Los derechos tienen un papel justificatorio dinámico en el contexto del instrumentalismo ético que postulo, esta propuesta se hace cargo de los aspectos de fundamentación y cambio de intereses que, en sus términos, dan lugar a la protección reforzada mediante derechos.

Los derechos morales instrumentales fundados en intereses operan en un ambiente moral en el cual tienen las funciones diversas a las que me he referido en la tesis. Una de esas funciones, central para las teorías de la elección, es la protección del valor de la autonomía individual. Ahora bien, las condiciones de protección de este valor en particular son, como sucede con muchos otros, múltiples y complejas. Esto porque no se está en presencia de un principio único y autoevidente de acción sino de un postulado que admite graduación y que, eventualmente, puede ser derrotado por otros intereses involucrados.

La autonomía requiere, además de las condiciones formales de ejercicio, la habilidad para escoger entre opciones aceptables y realizables. En ese sentido, hay un vínculo estrecho entre aceptabilidad y realizabilidad de opciones y otros valores morales que dan contenido a la idea de “opción admisible”. Para precisar si un sujeto es el autor de su vida es imperativo saber cuáles son los medios de los que dispone y qué posición ocupa

como elector. Por eso, las ideas de autonomía y de bienestar no solo no son conceptualmente discretas, sino que, en alguna medida, son interdependientes. En otras palabras, parte importante del bienestar personal está dado por la posibilidad de fijar metas de manera relativamente independiente a si son o no realizadas.

La autonomía y el bienestar quedarían comprendidos, en el sentido expuesto, en esta propuesta ética en tanto ese consecuencialismo reconoce a cada uno de estos valores (o complejos de valores) un peso específico en la evaluación. Este modelo sensible a las consecuencias incluye la realización y violación de intereses que fundamentan derechos como integrantes sustantivos de los estados de cosas. Las ventajas de esta propuesta respecto de otros modelos de moralidad son que dispone de un aparato evaluativo para comparar, cuando se pueda, derechos entre sí y con otros bienes; que reconoce que los derechos son interdependientes; que incorpora en la evaluación el dato de que los agentes, por lo general, consideran importante contar con procesos justos, al igual que evitar consecuencias indeseables. La evaluación de bienestar en esta teoría ética que sustenta derechos instrumentales puede servir como base para la crítica de situaciones individuales y sociales, al igual que reconocer el peso específico que tienen para los agentes sus gustos e intereses. Está orientada a los resultados, es decir, no mide el bienestar en términos exclusivo de paquetes de bienes sino que considera de manera primordial cómo impactan esos bienes a los agentes.

8. El octavo hallazgo es que, pese a la versión utilitarista dominante, la noción de bienestar incluye en buena medida criterios objetivos de evaluación que trascienden los gustos e intereses individuales. En ese sentido, la idea de preferencia relevante para esta versión del bienestar incorpora criterios no subjetivos como base de la moralidad, no contemplados por las versiones utilitaristas de la preferencia individual. Puede haber, entonces, una distancia importante entre lo que el agente considera como fuente de su bienestar y lo que lo integra en términos objetivos. En todo caso, no es necesario escoger entre estas polaridades como las únicas opciones disponibles sobre qué criterios usar al evaluar qué tan bien va la vida de alguien. El consecuencialismo indirecto toma en consideración tanto criterios objetivos de bienestar personal, como las inclinaciones y metas específicamente trazadas por los sujetos. Los gustos y preferencias individuales son también información relevante al realizar la evaluación moral de bienestar, en tanto hay

valores morales cuyo objeto es la protección de estas esferas, como la autonomía y la libertad.

Los criterios de bienestar relevantes para la evaluación moral son, en parte, objetivos y están orientados a la fundamentación y a los resultados de la acción. Este objeto de la evaluación moral, especialmente relevante para los derechos, puede ser traducido en términos de “intereses”. La idea de interés da cuenta, entonces, tanto de las preferencias individuales, como de lo que constituye en términos más objetivos el bienestar de los sujetos en tanto apela a un sistema normativo de justificación. Así, valorar el estatus moral de las preferencias personales y sus componentes objetivos es dar cuenta de las razones que respaldan estas inclinaciones.

Uno de los mecanismos de elección disponibles, típicamente asociado a las propuestas utilitaristas, es el análisis costo-beneficio (*acb*), mediante el cual son asignados pesos a las diversas alternativas con el objeto de escoger la opción que produzca los mayores beneficios una vez que han sido tomados en consideración sus costos. El *acb* sirve para seleccionar entre las opciones disponibles y puede emplearse una vez que la labor evaluativa de los valores, principios, derechos, entre otros, ha sido realizada. Éste no se emplea para asignar peso a las alternativas en juicio sino como guía de elección una vez que esos pesos han sido decididos. En realidad, una vez que se ha admitido la relevancia del cálculo de consecuencias en el razonamiento sobre los derechos morales, se acepta al mismo tiempo la utilización de *acb* en alguna etapa de la evaluación. Ese análisis no tiene que ser restrictivo en términos del utilitarismo de acto, pero sí que está comprometido con la ponderación de costos y beneficios en un sentido amplio.

Algunas propuestas deontológicas admiten la necesidad de acudir a este tipo de mecanismos cuando la tutela de un derecho produce consecuencias catastróficas. Ahora, como no ofrecen una explicación de qué tipo de *acb* procede en estos casos, parece que el modelo imperativo es, precisamente, el propio de las tesis utilitaristas directas. Pero, como lo he señalado en la tesis, esto no tiene que ser así ni en condiciones extremas, ni en situaciones corrientes.

La tesis según la cual la evaluación moral tiene también vocación de resultado subraya la importancia de los juicios de bienestar. La idea de bienestar moralmente relevante para la noción de derechos que he postulado toma en cuenta valores plurales que

no siempre son compatibles en casos concretos. El entorno evaluativo en el cual los derechos morales fundamentados en intereses cumplen las funciones a las que me he referido es, entre otras cuestiones, un híbrido de algunas de las tesis principales de dos teorías dominantes de la moralidad. Integra, entonces, tanto la protección de bienes escogidos por los sujetos y tradicionalmente tutelados por derechos, como la tutela de intereses propios del bienestar individual y colectivo, centrales para el utilitarismo. Esta tesis híbrida facilita la presentación de las interdependencias entre las diferentes posiciones normativas unificadas bajo la noción de “derecho” y los posibles choques entre estos y con otros bienes sociales.

Por ejemplo, las libertades básicas tuteladas tradicionalmente mediante los denominados “derechos civiles y políticos” cumplen un papel fundamental en la generación de incentivos para la participación y en la búsqueda de información que permita enfrentar mejor las carencias económicas. A su vez, el vínculo instrumental entre bienestar y libertades tiene un aspecto constitutivo en tanto la conceptualización de los individuos de su propio bienestar depende, entre otras cosas, del entorno social y de la información disponible. Este entorno social se deriva también del debate público que, para que pueda darse en condiciones relativamente aceptables, requiere la participación de individuos titulares de ciertos derechos civiles y políticos. En suma, el vínculo libertad-bienestar es tanto instrumental –de generación de incentivos-, como constitutivo, en tanto la definición de lo que integra el bienestar se hace en un contexto social concreto que facilita –o no- el ejercicio de la libertad de participación.

Hay al menos dos versiones sobre el carácter prioritario de las libertades básicas que vale la pena considerar: la primera sostiene que, en caso de conflicto, estas libertades priman de manera casi absoluta. La segunda, más afín con el modelo instrumentalista por el que me inclino, afirma la importancia de la libertad personal, pero está dispuesta a compararla con otras ventajas morales. Los principios, valores e intereses que son protegidos mediante derechos son plurales y muchos de ellos se derivan de tradiciones de pensamiento social y político divergentes. En ese sentido, lo que demandan en términos de satisfacción de una pretensión, por ejemplo, varía, así como los vínculos de interdependencia y conflicto con otros derechos. Esta hipótesis de la interacción

evaluativa apunta a un tema central, pero poco explorado en relación con los derechos morales: el de los costos de su defensa y promoción.

El problema de la interconexión entre derechos y con otros bienes supone que los valores implicados pueden generar un conjunto de posiciones normativas, olas de deberes e imperativos de acción incompatibles. La cuestión de las interdependencias no ha estado en el centro del debate sobre los derechos por varias razones, una de ellas, que estas posiciones normativas son presentadas, en términos generales, de manera favorable y esto ha supuesto no amenazar su estatus con la consideración de sus consecuencias.

Pero tomarse a los derechos en serio no significa negar su carácter instrumental y derrotable sino, más bien, reconocer que en contextos de bienes en competencia es prácticamente imposible que la elección no genere costos morales. Los derechos son, en suma, pretensiones relativas cuyo objeto son intereses especialmente sensibles. La consideración de los efectos que su tutela genera sobre otros bienes permite cualificar esas pretensiones normativas. En tanto no hay derechos absolutos que derroten siempre otras consideraciones en contienda, es posible sostener que están de cierta manera pendientes y que son derrotables. En tanto tienen efectos y generan costos sobre otros bienes tienen un final abierto en el sentido de que no pueden ser perfecta y completamente amparados.

La definición de los derechos es ella misma, entonces, una cuestión controversial debido a que se puede estar de acuerdo sobre los derechos que han de ser protegidos, pero diferir radicalmente en qué es lo tutelado y el alcance de la protección. Eso no implica que el universo de casos que incluyen derechos morales son casos difíciles, solo que la potencialidad de conflictividad se incrementa en la medida en que tienen que ver con valores básicos, ideas de vida buena y las olas de deberes que genera el amparo de los intereses. Para responder a cuestiones sobre la interacción de los derechos entre sí y con otros bienes del entorno normativo hay que plantear una pregunta evaluativa compleja. Estas evaluaciones implican tomar en cuenta no solo la cuestión de la asignación de derechos sino también las consecuencias de esa adjudicación.

Los intereses cualificados de esta forma, y que son eventualmente incompatibles, son la materia de la vida moral y política y el objeto de la posición normativa cualificada a la que se denomina “derechos”. De nuevo, la postulación de derechos como tutela

reforzada de ciertos intereses se deriva de tradiciones ideológicas diversas lo cual implica tanto codeterminación, como posible incompatibilidad entre ellos.

Bibliografía

- Arango, R., 2002. Presentación. En: *Economía de Bienestar y Dos Proximaciones a Derechos*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, pp. 5-9.
- Bamforth, N., 2001. 1. Hohfeldian Rights and Public Law. En: M. Kramer, ed. *Rights, Wrongs and Responsibilities*. New York: Palgrave, pp. 1-27.
- Benn, S., 1960. "Interests" in *Politics*. London, Harrison & Sons Ltd., pp. 121-140.
- Bentham, J., 1838. *Anaquichal Fallacies*. Londres: Bowring.
- Bentham, J., 2010. *Un Fragmento sobre el Gobierno*. Madrid: Tecnos.
- Brink, D., 1993. Mill's Deliberative Utilitarianism. *Philosophy and Public Affairs*, 21(1), pp. 67-103.
- Chang, R., 2004. Putting together Morality and Well-Being. En: *Practical Conflicts*. Cambridge: Cambridge University Press, pp. 118-158.
- Cruft, R., 2004. Rights: Beyond Interest Theory and Will Theory?. *Law and Philosophy*, 23(4), pp. 347-397.
- Cruft, R., 2006. Why Aren't Duties Rights?. *The Philosophical Quarterly*, 56(223), pp. 175-192.
- Cruz Parceró, J. A., 2004. *El Concepto de Derecho Subjetivo*. México D.F.: Fontamara.
- Cruz Parceró, J. A., 2007. *El Lenguaje de los Derechos*. Madrid: Trotta.
- Dowding, K. & van Hees, M., 2003. The Construction of Rights. *American Political Science Review*, Mayo, 97(2), pp. 281-293.
- Dowding, K., 2004. Social Choice and the Grammar of Rights. *Political Studies*, Volumen 52, pp. 144-161.
- Dworkin, R., 1993. *Los derechos en serio*. Madrid: Planeta Agostini.
- Fallon, R. H. J., 1993. Individual Rights and the Powers of Government. *Georgia Law Review*, 27(2), pp. 343-390.
- Feinberg, J., 1973. *Social Philosophy*. New Jersey: Prentice Hall inc..
- Feinberg, J., 1980. *Rights, Justice and the Bounds of Liberty, Essays in Social Philosophy*. Princeton: Princeton U.P..
- Feinberg, J., 1992. The Social Importance of Moral Rights. *Philosophical perspectives*, Volumen 6. Ethics, pp. 175-198.
- Feinberg, J., 2003. *Problems at the Root of Law: Essays in Legal and Political Theory*. New York: Oxford U.P..
- Feinberg, J., 2006. La naturaleza y valor de los derechos. En: M. Platts, ed. *Conceptos éticos fundamentales*. México D.F.: UNAM, pp. 225-249.
- Frankfurt, H., 1973. Coercion and Moral Responsibility. En: *Essays on Freedom of Action*. New York: Routledge and Kegan Paul, p. 2015.
- Freedman, M., 1991. *Rights*. Minnesota: University of Minnesota.
- Frey, R., 1985. Act Utilitarianism, Consequentialism and Moral Rights. En: F. R.G., ed. *Utilitarianism and Rights*. New York: Blackwell, pp. 61-85.
- Griffin, J., 1988. *Well-Being: Its Meaning, Measurement and Moral Importance*. Oxford: Oxford University Press.
- Griffin, J., 2008. *On Human Rights*. Oxford: Oxford University Press.

- Hamlin, A. P., 1993. Rights, Indirect Consequenquentialism and Contractuarianism. En: *Consequentialism*. Darmouth: Darmouth Publishing Co., pp. 467-488.
- Harel, A., 2005. Theories of Rights. En: M. & E. W. Golding, ed. *Blackwell Guide to Philosophy of Law and Legal Theory*. Malden: Blackwell, pp. 191-206.
- Hart, H., 1973. Rawls on Liberty and its Priority. *The University of Chicago Law Review* , 40(3), pp. 534-555.
- Hart, H., 1982. Bentham on Legal Rights. En: A. Simpson, ed. *Essays on Bentham: Jurisprudence and Political Theory*. Oxford: Oxford University Press, pp. 171-201.
- Hart, H., 2003. *Utilitarismo y derechos naturales*. Bogotá: Universidad Esxternado de Colombia, Centro de Investigación en Filosofía y Derecho.
- Hart, H., 2004. *El concepto de derecho*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot.
- Hernández, A., 2006. *La Teoría Ética de Amartya Sen*. Bogotá: Siglo del Hombre.
- Holmes, S. & Sunstein, C., 2000. *The Cost of Rights, Why Liberty Depends on Taxes*. N.Y: Norton and Company.
- Kamm, F., 2006. *Intricate Ethics*. New York: Oxford U.P..
- Kant, I., 1989. *La Metafísica de las Costumbres*. Madrid: Tecnos.
- Kelsen, H., 1987. *Problemas Capitales de la Teoría del Derecho*. Ciudad de México: Porrúa.
- Kelsen, H., 2007. *Teoría Pura del Derecho*. México D.F.: Porrúa.
- Korsgaard, C., 1996. *The Sources of Normativity*. Cambridge: Cambridge University Press.
- Kramer, M., 1998. Rights without Trimmings. En: M. Kramer, ed. *A Debate over Rights; Philosophical Enquiries*. New York: Oxford U.P., pp. 7-112.
- Kramer, M., 2000. On the Nature of Legal Rights. *The Cambridge Law Journal*, 59(3), pp. 473-508.
- Kramer, M., 2001. Getting Rights Right. En: M. Kramer, ed. *Rights, Wrongs and Reponsibilities*. New York: Palgrave, pp. 28-95.
- Lyons, D., 1970. The Correlativity of Rights and Duties. *Nous*, 4(1), pp. 45-55.
- Lyons, D., 1994. *Rights, Welfare, and Mill's Moral Theory*. New York: Oxford U.P..
- Lyons, D., 1994. Utility and Rights. En: P. Pettit, ed. *Consequentialism*. Vermont: Darmouth Publishing Company, pp. 435-466.
- MacCormick, N., 1979. 11. Rights in Legislation. En: P. & R. J. Hacker, ed. *Law, Morality and Society. Essays in Honour of H.L.A. Hart*. New York: Oxford U.P., pp. 189-209.
- MacCormick, N., 1984. 8. Children's Rights: a Test Case for Theories of Rights . En: *Legal Rights and Social Democracy: Essays in Legal and Political Philosophy*. New York: Oxford U.P., pp. 155-167.
- MacCormick, N., 1984. *Legal Rights and Social Democracy: Essays in Legal and Political Philosophy*. New York: Oxford U.P.
- MacCormick, N., 2005. *Rethoric and The Rule of Law: A Theory of Legal Reasoning*. Oxford: Oxford University Press.
- MacCormick, N., 2011. *Practical Reason in Law and Morality*. New York: Oxford U.P.
- Marmor, A., 1997. On the Limits of Rights. *Law and Philosophy*, Volumen 16, pp. 1-18.

- Meckled-García, S., 2016. *University College London*. [En línea]
Available at: www.ucl.ac.uk/political-science/publications/downloads/spp-wp-28.pdf
[Último acceso: 17 Octubre 2016].
- Mill, J. S., 2007. *El Utilitarismo*. Madrid: Alianza Editorial.
- Mill, J. S., 2009. *Sobre la libertad*. Madrid: Alianza Editorial.
- Moreso, J. J., 2010. Conflictos entre Derechos Constitucionales y Maneras de Resolverlos. *ARBOR Ciencia, Pensamiento y Cultura*, Issue 831-832, p. 12.
- Mulgan, T., 2001. *The Demands of Consequentialism*. Oxford: Oxford University Press.
- Nagel, T., 2004. *Concealment and Exposure*. Oxford: Oxford University Press.
- Nozick, R., 1974. *Anarchy, State and Utopia*. New York: Basic Books.
- Nussbaum, M., 1995. *Poetic Justice: The Literary Imagination and Public Life*. Boston : Beacon Press.
- Nussbaum, M., 2000. The Cost of Tragedy: Some Moral Limits of Cost-Benefit Analysis. *The Journal of Legal Studies*, 29(52), pp. 1005-1036.
- Nussbaum, M., 2000. *Women and Human Development*. Cambridge: Cambridge University Press.
- Ortiz Millán, G., 2006. ¿Tenemos deberes hacia nosotros mismos?. En: *Conceptos éticos fundamentales* . Ciudad de México: Instituto de Investigaciones Filosóficas, UNAM, pp. 147-166.
- Pino, G., 2009. Conflictos entre derechos fundamentales: una crítica a Luigi Ferrajoli. *Doxa, Cuadernos de filosofía del derecho*, Issue 32, pp. 647-664.
- Platts, M., 2012. *Ser responsable*. Ciudad de México: UNAM, Instituto de Investigaciones Filosóficas.
- Rainbolt, G., 2006. Rights Theory. *Philosophy Compass*, Issue 1, pp. 1-11.
- Rawls, J., 1999. *A Theory of Justice*. Cambridge: Belknap Press, Harvard University Press.
- Raz, J., 1978. Professor Dworkin's Theory of Right. *Political Studies*, Marzo, 26(1), pp. 123-137.
- Raz, J., 1984. On The Nature of Rights. *Mind, New Series*, 93(370), pp. 194-214.
- Raz, J., 1985. 8. Right-Based Moralities. En: R. Frey, ed. *Utility and Rights*. New York: Blackwell, pp. 42-60.
- Raz, J., 1988. *The Morality of Freedom*. New York: Oxford U.P.
- Raz, J., 1994. Legal Rights. En: *Ethics in the Public Domain*. Oxford: Oxford University Press, pp. 254-276.
- Raz, J., 1995. Individual Rights and Well-Being. En: *Ethics in the Public Domain*. Oxford : Oxford University Press, pp. 45-58.
- Raz, J., 1995. Rights and Politics. *Indiana Law Journal*, Volumen 71, pp. 27-44.
- Raz, J., 1996. *Ethics in the Public Domain: Essays in Morality of Law and Politics*. New York: Oxford U.P..
- Raz, J., 2002. 13. The Central Conflict: Morality and Self-Interest. En: *Engaging Reason: On the Theory of Value and Action*. Oxford: Oxford University Press, pp. 304-332.
- Raz, J., 2003. 8. Mixing Values. En: *Engaging Reason: On the Theory of Value and Action*. Oxford: Oxford University Press, p. 344.
- Raz, J., 2004. The Role of Well-being. *Philosophical Perspectives* 18, pp. 269-294.
- Rivera Castro, F., 2004. *Virtud y justicia en Kant*. Ciudad de México: Fontamara.

- Rivera Castro, F., 2014. *Virtud, Felicidad y Religión en la Filosofía de Kant*. Ciudad de México: UNAM, Instituto de Investigaciones Filosóficas.
- Scanlon, T., 1975. Preference and Urgency. *The Journal of Philosophy*, 72(19), pp. 665-669.
- Scanlon, T., 1988. Rights, Goals and Fairness. En: S. Scheffler, ed. *Consequentialism and its Critics*. Oxford: Oxford University Press, pp. 74-92.
- Scanlon, T., 1993. The Moral Basis of Interpersonal Comparisons. En: J. Elster & R. John, eds. *Interpersonal Comparisons of Well-Being*. Cambridge: Cambridge University Press, p. 400.
- Scanlon, T., 1996. *The Status of Well-Being*. [En línea]
Available at: <http://tannerlectures.utah.edu/documents/a-to-z/s/Scanlon98.pdf>
[Último acceso: mayo 2014].
- Scanlon, T., 2013. Moral Rights and Constitutional rights. *Mimeo*, p. 23.
- Scanlon, T. M., 2006. Rights and Interests. En: K. & K. R. Basu, ed. *Arguments for a Better World: Essays in Honor of Amartya Sen*. New York: Oxford U.P, pp. 68-79.
- Scheffler, S., 1994. *The Rejection of Consequentialism: A Philosophical Investigation of the Considerations Underlying Rival Moral Conceptions*. Oxford: Oxford University Press.
- Sen, A., 1977. Rational Fools: A Critique of the Behavioral Foundations of Economic Theory. *Philosophy and Public Affairs*, 6(4), pp. 317-344.
- Sen, A. & Williams, B., 1982. Introduction. En: A. Sen & W. Bernard, eds. *Utilitarianism and Beyond*. Cambridge: Cambridge University Press, p. 300.
- Sen, A., 1982. Rights and Agency. *Philosophy and Public Affairs*, 11(1), pp. 3-39.
- Sen, A., 1984. *The Standard of Living*. [En línea]
Available at: www.tannerlectures.utah.edu/-documents/a-to-z/s/sen86.pdf
[Último acceso: 12 Marzo 2013].
- Sen, A., 1984. *The Tanner Lectures on Human Values*. [En línea]
Available at: www.tannerlectures.utah.edu/-document/a-to-z/s/sen86.pdf
[Último acceso: 12 marzo 2013].
- Sen, A., 1985. Well-Being, Agency and Freedom: The Dewey Lectures 1984. *The Journal of Philosophy*, 82(4), pp. 169-221.
- Sen, A., 1994. Freedom and Needs. *New Republic*, pp. 31-37.
- Sen, A., 2003. *Economía de bienestar y dos aproximaciones a derechos*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia .
- Sen, A., 2004. Elements for a Theory of the Human Rights. *Philosophy and Public Affairs*, 32(4), pp. 317-356.
- Simmonds, N., 1998. Rights at the Cutting Edge. En: M. Kramer, ed. *A Debate over Rights: Philosophical Enquiries*. Oxford: Oxford University Press, pp. 113-232.
- Smart, J., 1973. An Outline of a System of Utilitarian Ethics. En: *Utilitarianism: For and Against*. Cambridge: Cambridge University Press, pp. 3-74.
- Smith, A., 2004. *The Theory of Moral Sentiments*. New York: Barnes & Noble.
- Smith, Z., 2002. *Dientes Blancos*. Barcelona: Ediciones Salamandra.

- Steiner, H., 1998. Working Rights. En: M. Kramer, ed. *A Debate Over Rights: Philosophical Enquiries*. Oxford: Oxford University Press, pp. 235-302.
- Steiner, H., 2001. Choice and Circumstance. En: M. Kramer, ed. *Rights, Wrongs and Responsibilities*. New York: Palgrave, pp. 225-241.
- Sumner, L., 1985. *The Moral Foundations of Legal Rights*. Oxford: Oxford University Press.
- Waldron, J., 1984. Introduction. En: *Theories of Rights*. Oxford: Oxford University Press, pp. 1-20.
- Waldron, J., 1988. When Justice Replace Affection: The Need for Rights. *Harvard Journal of Law and Public Policy*, Issue 2, pp. 625-642.
- Waldron, J., 1989. Rights in Conflict. *Ethics*, Issue 3, pp. 503-519.
- Waldron, J., 2000. The Role of Rights in Practical Reasoning: "Rights" versus "Needs". *The Journal of Ethics*, Issue 4, pp. 115-135.
- Waldron, J., 2003. Security and Liberty: the Image of Balance. *The Journal of Political Philosophy*, 11(2), pp. 191-210.
- Wellman, C., 1985. *A Theory of Rights, Persons Under Law, Institutions and Morals*. New Jersey: Rowman & Allanheld.
- Wenar, L., 1995. The Value of Rights. En: *Law & Social Justice*. Cambridge : O'Rourke, M., pp. 179-209.
- Wenar, L., 2005. *Rights*. [En línea]
Available at: www.illc.uva.nl/-seop/archives/sum2010/rights
[Último acceso: 4 January 2013].
- Wenar, L., 2005. The Nature of Rights. *Philosophy and Public Affairs*, 33(3), pp. 223-252.
- Wenar, L., 2012. Rights and What We Owe to Each Other. *Journal of Moral Philosophy*, pp. 1-24.
- Wenar, L., 2013. Rights, *The Stanford Encyclopedia of Philosophy*. [En línea]
Available at: <http://plato.stanford.edu/entries/rights/>
[Último acceso: 16 Julio 2013].
- Wiggins, D., 2006. Pretensiones de necesidad. En: M. Platts, ed. *Conceptos éticos fundamentales*. México: UNAM, pp. 251-332.
- Williams, B., 1988. Consequentialism and Integrity. En: *Consequentialism and its Critics*. Oxford: Oxford University Press, pp. 20-50.
- Williams, B., 1993. *Shame and Necessity*. Berkeley: University of California Press.