

Las teorías de los derechos morales: algunos problemas de concepto

Por JOSE GARCIA AÑON
Valencia

La tesis que voy a sostener en el presente estudio es que aunque las teorías que definen los derechos humanos como derechos morales presentan una variedad de problemas de los que voy a tratar, (por ejem. la confusión concepto-fundamento), suponen el enfoque de otros desde una perspectiva que solventa las carencias y complicaciones que podrían surgir con su omisión (por ejem. la diferenciación concepto-validez).

Me centraré en los comunes problemas de concepto que suscitan las diferentes concepciones de derechos morales y si a ellos se les ha dado alguna solución por parte de los autores que sustentan tales teorías. Dejaré para posteriores trabajos los problemas de fundamento y validez.

A) LA CONFUSIÓN DEL CONCEPTO Y EL FUNDAMENTO

Las críticas que se hacen a los derechos morales en relación a la confusión entre el concepto y el fundamento se centran: a) metodológicamente, en incurrir en la falacia naturalista; b) sistemáticamente, en ser consideradas como teorías monistas y por consiguiente, c) en sostener presupuestos iusnaturalistas. Trataré de argumentar que, si bien son teorías monistas, ello no desmerece su cometido ya que intentan recuperar la conexión entre el derecho y la moral; que el método utilizado no incurre la falacia naturalista; y que algunos de los presupuestos iusnaturalistas de los que parten surgen de la consideración histórica que tuvieron en su origen las declaraciones de derechos humanos. Para terminar argumentaré que las

posturas críticas de los derechos morales manifiestan un prejuicio que les lleva a confundir el concepto de derecho con su validez.

a) La falacia naturalista

Un problema que puede plantear la fundamentación de los *moral rights* sería el de utilizar un método que nos llevase a la "falacia naturalista"¹. Esta primera crítica la podemos observar en Bentham, que dice que de esta forma se formulan los derechos humanos en términos descriptivos, pero con función prescriptiva. "A juicio de Bentham -tal como explica Pérez Luño- existe una confusión entre realidad y deseo. Las buenas razones para desear que existan los derechos del hombre no son derechos, las necesidades no son los remedios, el hambre no es el pan. (*But reasons for wishing there were such things as rights, are not rights- a reason for wishing that a certain right were established, is not that right, want is not supply-, hunger is not bread.*)² La falacia más común en el lenguaje de los derechos humanos consiste en la confusión entre los niveles descriptivo y prescriptivo. (...) Resulta evidente, para Bentham, la contradicción que existe entre la realidad práctica y esas supuestas facultades de libertad e igualdad que aparecen formuladas en términos descriptivos, como un hecho, cuando no constituyen más que objetivos situados en el plano del 'deber ser'.³

Por tanto al considerar los derechos humanos como derechos morales se incurriría en la falacia naturalista, al hacer desprender de las necesidades, bienes o intereses (proposiciones de hecho) consecuencias jurídicas o morales (proposiciones valorativas). Como dice Searle: "no se puede definir una palabra valorativa en términos de las descriptivas, pues si ello fuera posible no se podría emplear ya la palabra valorativa para prescribir, sino sólo para describir. Dicho todavía de otro modo, todo intento de derivar un *debe* de un *es* ha de ser pérdida de tiempo, pues todo lo que podría mostrar, supuesto caso que lo lograra, sería que el *es* no era un verdadero *es*, sino un

1. Puede verse la formulación del problema en HUME D., *A Treatise on Human Nature* (1793), Libro III, parte I, sección I (trad. castellana F. Duque, Editora Nacional, Madrid 1977, pp. 671-690).

2. BENTHAM, J., "Anarchical Fallacies: being and examination of the Declaration of Rights issued during the French Revolution" en *the Works of Jeremy Bentham*, ed. J. Bowring, Edinburg, William Tait, vol. II, p. 501 y vol. III, p. 221.

3. PÉREZ LUÑO, A. E., *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución*, 2ª edición, Madrid, Tecnos, 1986 (la 1ª ed. es de 1984), p. 27.

debe disfrazado o, en todo caso, que el *debe* no era un verdadero *debe*, sino un *es solapado*'⁴.

Sin embargo, el problema de la "falacia naturalista" en relación a los derechos morales no es tal. Las necesidades, los bienes, o los intereses de los que hablan las teorías de los derechos morales no sólo encierran aspectos descriptivos sino valorativos: son necesidades que se tienen en cuenta en la medida en que recogen valores del ser humano que deben ser protegidos para que éste pueda desarrollarse como tal. No son hechos en el sentido estricto del término sino que encierran valoraciones morales. Searle lo explica diciendo que si a un hecho le añadimos una institución, de tal manera que genere hechos institucionales, nos da como consecuencia que heste hecho produce una obligación. Esto es así porque junto al hecho se han añadido unas "reglas constitutivas" (en el lenguaje de Kant) a las que está sometido el hecho y que comportan obligaciones, compromisos y responsabilidades. De esto se desprende que hay proposiciones que son al mismo tiempo descriptivas y valorativas⁵. El *debe* está contenido en el *es*⁶. Cuando decimos que "las necesidades fundamentales del ser humano deben ser respetadas" tendríamos que preguntarnos por qué "deben ser respetadas"; qué razón hace que algo que podría calificarse de término fáctico se convierte en prescriptivo, esto es, tiene la posibilidad de obligar a otros. La razón es que estamos estableciendo una cierta protección moral o jurídica porque dichas condiciones tienen un valor tal que merecen un tratamiento especial. Este tipo de "hechos" (p. e. las necesidades) no son simplemente hechos naturales que nosotros descubrimos (como preconizan p. e. las teorías del derecho natural) ni artefactos inventados provenientes de nuestra creación intelectual o consensuada (como dirían las teorías contractualistas), sino que son hechos que nosotros consideramos valiosos por unas determinadas "razones", que podemos llamar "razones morales"⁷ y que por lo tanto, tenemos que considerar estos "hechos" como prescripciones⁸. Por ejemplo,

4. Así lo expresa SEARLE, J. R., al describir el punto de vista de sus oponentes en "How to derive *Ought* from *Is*" en *Theories of ethics*, Ed. P. Foot, London, Oxford University Press, 1967. (Traducción castellana por M. Arbolí, Madrid, Fondo de Cultura Económica, 1974, p. 164. Las citas posteriores seguirán esta edición).

5. Cfr. SEARLE, J. R.; op. cit. pp. 167-69.

6. Desde un punto de vista ontológico, *deber ser* y *ser* no son incompatibles; aunque desde un punto de vista empírico sí. Vid BALLESTEROS, J., *Sobre el sentido derecho*, Madrid, Tecnos, 1984, pp. 85-90.

7. Vid. este concepto desarrollado en LAPORTA, F. J., "Sobre el concepto de derechos humanos, *Doxa*, 4, 1987, p. 30 y ss.

8. Una postura crítica puede encontrarse en DE LUCAS, J. y AÑÓN, M^a J., "Necesidades, Razones, Derechos", *Doxa*, 7, pp. 70-71, 74-75 y 80-81. Siguiendo a G. THOMSON argumentan que las necesidades pueden constituir razones, pero no "razones concluyentes". Esto es, que el

las necesidades humanas tendrían por sí mismas un elemento *intrínseco* que las haría ser dignas de protección⁹. Por tanto, sí que podemos hablar y hacer que se sigan de proposiciones valorativas consecuencias valorativas. Consiguientemente, no caeríamos en la "falacia naturalista"¹⁰.

b) ¿Teorías monistas o dualistas?

Se las critica a las teorías de los derechos morales que parecen unas teorías monistas, ya que dan una misma respuesta a cuestiones de concepto y fundamento, aunque al final sean tan sólo unas teorías relativas al fundamento que se remiten a valores de otras teorías: necesidades, bienes básicos, intereses...¹¹

Las teorías de los *moral rights* surgen como unas teorías que pretenden explicar el concepto de Justicia y por tanto de lo que significa el concepto de derecho. El punto de partida a considerar es si se puede configurar como unas teorías monistas o dualistas. Esto es, si el concepto de derecho y su fundamento tienen una explicación común o diferenciada.

Desde mi punto de vista, si tenemos que realizar una adscripción según la distinción apuntada, tendremos que decir que las teorías de los derechos

paso a su satisfacción no puede explicarse de forma prescriptiva. Las necesidades serían razones *prima facie* para la acción.

9. Sin embargo, hay que señalar que sobre esta cuestión existe un amplio debate doctrinal y no existe acuerdo sobre el carácter normativo de las necesidades. Entre quienes discuten este carácter normativo están, FITZGERALD, R., "The Ambiguity and Rhetoric of Need", *Human Needs and Politics*, Pergamon, Sídney; y SPRINGBORG, P., *The problems of Human Needs and the critique of Civilisation*, George Allen and Unwin, 1981. Para un análisis de las diversas teorías sobre las necesidades y los problemas que plantea su relación con los derechos vid. la tesis doctoral de M^a J. AÑÓN, *Teorías sobre las Necesidades y su Proyección en Teoría de Derechos. Especial atención al modelo de Agnes Heller*, Universitat de València, julio 1988, en prensa.

10. La solución a la crítica de que no se pueden deducir proposiciones éticas de proposiciones no éticas se puede subsanar -como hemos visto- introduciendo definiciones éticas en términos no-éticos. Sin embargo, las críticas de los intuicionistas (G. E. MOORE, J. LAIRD...) van más allá: los valores son irreducibles a no-valores. Este interesante análisis puede verse en FRANKENA, W. K., "La falacia naturalista", en *Theories of Ethics*, op. cit., p. 84.

11. Cfr. DE LUCAS, J., "Nota sobre el concepto y la fundamentación de los derechos humanos (a propósito de la utilidad del concepto de derechos morales)", *Derechos Humanos. Concepto, Fundamento y Sujetos*. Madrid, Tecnos 1992.

humanos como derechos morales son unas teorías monistas¹². El concepto se define en referencia a los bienes o necesidades del ser humano que son dignos de ser protegidos, y que pueden ser exigidos al resto de la sociedad por esa razón. Por tanto en el concepto podríamos encontrar los siguientes elementos: a) el sujeto a que se refieren los "moral rights" es el ser humano; b) Lo que podríamos llamar el objeto protegible, serían aquellos bienes o necesidades del ser humano, sin los cuales podría causársele un perjuicio para su desarrollo; c) el contenido sería la exigencia de esta protección que se hace a la sociedad o a la comunidad en donde el sujeto se encuentra. Sin estos elementos sería difícil construir un concepto de *moral rights*, ya que su exigencia proviene o tiene su razón de ser en el propio concepto de necesidades, bienes o intereses fundamentales. Por lo que, la protección y exigencia de esos bienes o necesidades fundamentales del ser humano resultan como elementos definitorios del concepto de *moral rights* como derechos humanos.

El fundamento de los *moral rights*, el carácter que le proporciona especial importancia y por tanto, le hace merecedor de la característica de proteccionabilidad, elemento que no puede separarse del contenido del concepto, es el de la existencia de unas necesidades o bienes básicos fundamentales. Serían aquellos bienes o necesidades básicas para el desarrollo del ser humano que se encuentran en el propio subsuelo de su existencia como formas básicas de realizarse el ser mismo¹³.

Por consiguiente, las teorías de los derechos morales habría que considerarlas como las teorías monistas en la medida en que concepto y fundamento vienen definidos a partir de bienes, intereses o necesidades humanas básicas. Como veremos más adelante, esta consideración que subrayaría la conexión entre el derecho y la moral, tiene además la ventaja de que no reduce el concepto de derecho a su validez, proporcionando una visión completa de los derechos, incluso en aquellas situaciones en las que

12. M^a J. AÑÓN, afirma que "alguna nota o algún criterio que se da en la justificación tendrá que darse también en el concepto, si se quiere definir los derechos coherentemente con su fundamento", aunque piensa que las necesidades básicas tienen su lugar en el terreno de la fundamentación y no del concepto, vid. "Fundamentación de los derechos humanos y necesidades básicas", *Derechos Humanos. Concepto, Fundamento y Sujetos*; Madrid, Tecnos, 1992.

13. MILL, J. S., *Utilitarianism*, Chapt. V, *Collected Works* (a partir de ahora CW), *Essays on Ethics, Religion and Society*, vol. X, University of Toronto Press, Routledge & Kegan Paul, p. 251 (trad. castellana E. Guisán, Alianza Editorial, Madrid 1984, p. 119). "Which indicate the basic forms of human flourishing", Cfr. FINNIS, J., *Natural Law and Natural Rights*, Oxford, Clarendon Press, 1984, p. 23.

no estén reconocidos por el ordenamiento jurídico o hayan sido reconocidos defectuosamente¹⁴.

c) Las teorías de los derechos morales son unas teorías iusnaturalistas

Esta es la principal crítica a estos autores por considerar a los derechos como pre-institucionales¹⁵, ya que resulta ser como iusnaturalista cualquier postura que defina los derechos independientemente de instituciones sociales o jurídicas, e incluso antes de que estén éstas definidas. Igualmente, esta calificación también les viene al no separar convenientemente el derecho de la moral¹⁶. Sin embargo, estas aseveraciones son matizadas en el sentido de que se trataría de un "iusnaturalismo atípico"¹⁷ o de una "fundamenta-

14. FERNÁNDEZ, E., "Acotaciones de un supuesto iusnaturalista a las hipótesis de Javier Muguerza sobre la fundamentación ética de los derechos humanos", *El Fundamento de los Derechos Humanos*, VVAA, Madrid, Debate, 1989, p. 157.

15. Cfr. DWORKIN, R., *Taking Rights Seriously*, London, Duckworth, 1978 (trad. castellana de M. Guastavino, Barcelona, Ariel 1984, pp. 38 y 267-268). Vid. tb. FEINBERG, J., *Social Philosophy*, Englewood Cliffs, Prentice-Hall, 1973, p. 84 LYONS, D., "Utility and Rights", *NOMOS XXIV Ethics, Economics and the Law*, New York University Press, 1982, pp. 108-109. PANICHAS, G. E., "The Structure of Basic Human Rights", *Law and Philosophy*, vol. 4, n° 3, 1985, pp. 343-75, trad. castellana M. Gascón en *Anuario de Derechos Humanos*, n° 7, 1990, pp. 113-114 y 136; Vid. de FERNÁNDEZ, E., *Teoría de la Justicia y Derechos Humanos*, Madrid, Debate, 1984, pp. 107 y 221 y *La obediencia al derecho*, Madrid, Civitas, 1987, pp. 173 y 176-77. NINO, C. S., *Introducción al análisis del derecho*, 3ª Ed., Barcelona, Ariel 1987, pp. 196-7; y *Ética y Derechos Humanos*, Barcelona, Ariel 1989, capt. I. Entre otros vid. las críticas de PECES-BARBA, G., *Escritos sobre los Derechos Fundamentales*, Madrid, Eudema, 1988, p. 230 y en *Los Valores Superiores*, Madrid, Tecnos, 1984, p. 110; y de PRIETO, L., "Teoría del Derecho y Filosofía Política en Ronald Dworkin", *Revista Española de Derecho Constitucional*, Año V, n° 14, mayo-agosto 1985, pp. 353-377, vid. tb. "Ideología liberal y fundamentación iusnaturalista de los derechos humanos. Observaciones críticas", *Anuario de Derechos Humanos*, 4, Madrid 1987, p. 301.

16. "Hablar de derechos humanos al igual que de derechos morales, como se hace, supone ampliar el sentido de lo jurídico identificándolo con la moralidad, sin distinguir ambos momentos y sin reservar el concepto a las normas válidas. Por supuesto que los derechos fundamentales son la cristalización histórica de una concepción moral que sitúa como eje la dignidad del hombre y los valores de libertad e igualdad como cauces para alcanzarla. Pero es igualmente cierto que no se puede emplear el término Derecho con propiedad, ni hablar de derechos humanos ni de derechos fundamentales, si esa moralidad no forma parte del derecho Positivo". Cfr. PECES-BARBA, G., *Escritos sobre los Derechos fundamentales*, op. cit., p. 234. "Si con la expresión 'derechos morales' se quiere significar la confluencia entre las exigencias o valores éticos y las normas jurídicas, lo único que se hace en el fondo, es afirmar uno de los principales rasgos definitorios del iusnaturalismo". Cfr. PÉREZ LUÑO, A. E., op. cit., p. 179.

17. Cfr. PRIETO SANCHIS, L., "Teoría del Derecho y Filosofía Política en Ronald Dworkin", op. cit., p. 355; PINTORE, A., *Norme e Principi. Una Crítica a Dworkin*, Milano, Giuffrè, 1982, p. 71; PORRAS DEL CORRAL, M., *Derecho, Igualdad y Dignidad. En torno al pensamiento de R. Dworkin*, Universidad de Córdoba, 1989, p. 125.

ción iusnaturalista de tipo deontológico”¹⁸ ya que su justificación en general no suele basarse en la naturaleza humana sino en otras razones. En realidad, lo que pretenden estos autores es enfatizar que la existencia que la existencia de los derechos no depende de decisiones comunitarias, prácticas sociales o de la legislación existente¹⁹ para evitar reducir el concepto de derechos humanos a una época histórica, una sociedad concreta o a un ordenamiento jurídico subrayando, su carácter universal. Este tipo de iusnaturalismo sería el que Sumner califica de “derecho natural en sentido amplio”²⁰ o que podríamos denominar “iusnaturalismo débil” y que no sería incompatible (a primera vista) con el concepto de derechos morales, a diferencia del iusnaturalismo que hemos calificado de “ontológico”.

Podemos cifrar el origen de la reducción de los derechos morales al iusnaturalismo, no en el momento histórico en el que se produjeron las declaraciones de derechos humanos impregnadas de un iusnaturalismo de corte racionalista, sino en los posteriores desarrollos doctrinales críticos de algunos autores, entre ellos Bentham²¹, que no diferenciaron convenientemente derechos naturales y derechos morales. Es clara la influencia iusnaturalista de las declaraciones de derechos humanos del dieciocho²², las rémoras de estas concepciones y los intentos de superación de estos inconvenientes, siendo las teorías de los derechos morales una muestra de ello. Por ello no habría que mostrar escándalo en la aparición de concepciones que intentan superar los problemas de las anteriores, sobre todo en

18. Cfr. FERNÁNDEZ, E., *La obediencia al derecho*, op. cit., p. 178-79; PÉREZ LUÑO, A. E. *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución*, op. cit., p. 177 y ss. y *Los Derechos Fundamentales*, Madrid, Tecnos, 1984, p. 48 y ss. Esta fundamentación iusnaturalista se referiría a aquellos valores a los que habría que aspirar como una fundamentación de tipo ideal o crítico. Se trataría de un iusnaturalismo en sentido débil frente al iusnaturalismo ontológico, en sentido fuerte, en el que la justicia que preconiza es lo que “debe ser”.

19. FREY, R. G., “Act Utilitarianism, Consequentialism, and Moral Rights” en *Utility and Rights*, Oxford, Basil Blackwell, 1984, p. 63.

20. Vid, por ejemplo SUMNER, L. W., *The Moral Foundation of Rights*, Clarendon Press, Oxford 1989, p. 140. La versión de SUMNER de los derechos morales la adopta de MILL y nos dice que alguien tiene un derecho moral sólo en el caso de que su posesión del correspondiente derecho convencional esté moralmente justificada. Cfr. pág. 142.

21. Conocida es su crítica en varios de sus escritos. Entre ellos podemos destacar “View of a Complete Code of Law” y “Pannomial Fragments” en *The Works of Jeremy Bentham*, op. cit., vol. III; y “Supply Without Burden” en *Jeremy Bentham’s Economic Writings*, 3 vols., ed. W. Stark, London, George Allen & Unwin, 1952-4, vol. I.

22. “cualquier intento de cifrar la fundamentación de los derechos humanos en un orden de valores anterior al derecho positivo, es decir, preliminar y básico respecto a éste, se sitúa, consciente o inconscientemente, en una perspectiva iusnaturalista. Lo cual, lejos de ser una rémora teórica, permite insertar el fundamento de los derechos humanos en el contexto histórico-doctrinal en que se produjo su génesis y ulterior desenvolvimiento.” Cfr. PÉREZ LUÑO, A. E., *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución*, op. cit., p. 179.

cuestiones ontológicas y epistemológicas²³, y que no se enmarcarían sino en el devenir de un desarrollo de la historia de las ideas.

Se ha discutido si la oposición de Bentham a los derechos naturales le lleva también a negar los derechos morales²⁴. Independientemente que Bentham estuviese o no a favor de los mismos lo que es claro es que Bentham no diferenciaba los derechos morales de los derechos naturales, como hacía Mill y esta postura es la que puede explicar la aparente negación de los mismos²⁵. La cuestión a dilucidar es, si Bentham y Mill compartían una teoría moral consecuencialista y una concepción de lo que son los derechos como intereses protegidos, no se entiende por qué tenían una actitud diferente hacia los derechos morales²⁶. Es más, en principio, las intenciones de fundamentar las llamadas reglas de la justicia en la "utilidad general" parecen ser las mismas, al igual que los paralelismos con la versión de Mill de los derechos morales²⁷.

Una primera respuesta a la no aceptación de los derechos morales por Bentham puede encontrarse en el hecho de que Bentham, a diferencia de Mill, nunca distinguió entre derechos morales y derechos naturales, o entre los dos sentidos en que puede ser entendido un derecho como natural, según hemos explicado anteriormente. Como los derechos naturales en sentido fuerte hacen referencia a una teoría de los derechos naturales ontológica, la aceptación de su existencia está fuera del planteamiento de cualquier consecuencialista. Sin embargo, lo que llamaríamos "derechos naturales en sentido amplio" que corresponderían a una teoría de los derechos naturales deontológica o crítica, no serían incompatibles con un esquema consecuen-

23. Cfr. FEINBERG, J., *Social Philosophy*, op. cit., p. 85.

24. Entre los autores que piensan que Bentham no se opone a los derechos morales vid. SUMNER, L. W., en "Rights Denaturalized", *Utility and Rights*, op. cit. recopilada en el capítulo IV de *The Moral Foundation of Rights*, op. cit. Vide tb. en el capt. V; y HART, H. L. A.; "Natural Rights: Bentham and John Stuart Mill", en *Essays on Bentham: Studies in Jurisprudence and Political Theory*, Chapt. IV, Oxford, Clarendon Press, 1982 (trad. cast. de J. R. de Páramo, *Anuario de Derechos Humanos*, 3, Universidad Complutense, Madrid 1985, pp. 137-161. (Las citas posteriores seguirán esta edición). La postura contraria puede verse entre otros en FREY, R. G., "Act'Utilitarianism, Consequentialism, and Moral rights", op. cit.; y LYONS, D.: "Mill's Theory of Justice", en *Values and Morals*, A. I. Goldman y J. Kim (eds.), Dordrecht (Holland), D. Reidel; 1978 pp. 1-20.

25. Voy a seguir en esta argumentación a SUMNER, L. W., en *The Moral Foundation of Rights*, op. cit., pp. 139-40.

26. Un intento de resolver esta cuestión puede verse en HART, H. L. A.; "Natural Rights: Bentham and John Stuart Mill", op. cit.

27. SUMNER apoya su argumentación citando dos textos de BENTHAM, J.: "Supply Without Burden", *Jeremy Bentham's Economic Writings*, op. cit., vol. I, 336 n; y "Pannomial Fragments", *The Works of Jeremy Bentham*, op. cit., vol. III, p. 218.

cialista (como el que propugna, por ejemplo, Mill). Por lo que, con esta interpretación, podrían caber en una teoría consecuencialista tanto los derechos morales como los derechos naturales. Por esto, cabría pensar que el rechazo de Bentham tanto a los derechos naturales como a los derechos morales se enmarcaría en el contexto jurídico y político de su tiempo, y en ese sentido, se entendería como un rechazo de la "retórica política" de las declaraciones de derechos. El rechazo de Bentham de este tipo de derechos naturales le llevó a rechazar la idea de derecho natural en cualquier sentido y por consiguiente la propia idea de derecho moral. En cambio, posteriormente, en la época de Mill, ya había disminuido bastante la tendencia, retórica del iusnaturalismo racionalista y "había menos peligro en que la rehabilitación de la noción de derecho moral ayudara y apoyara al enemigo. De esta forma Mill podía admitir explícitamente lo que (en su análisis) Bentham al menos admitía implícitamente, esto es, que los individuos tienen tales derechos."²⁸

En segundo lugar, y en conexión con la anterior, habría que apuntar que aunque Mill y Bentham compartían una teoría de los derechos como intereses protegidos (*benefit theory*), podríamos decir que no existe la misma identidad en el desarrollo de la misma y en su conexión con la moral. Para Bentham los derechos no son factores morales independientes sino que son considerados como hechos que contribuyen a determinar la utilidad de un estado de cosas determinado. En cambio, para Mill existe una conexión entre derechos y utilidad por medio de la justicia, con lo cual los derechos adquieren cierta independencia del cálculo utilitarista²⁹.

Llegados a este punto puede ser útil analizar las coincidencias y diferencias que encontramos entre lo que sería una teoría de los derechos naturales y las llamadas teorías de los derechos morales (para simplificar en ellas vamos a incluir tan sólo las teorías contractualistas, las consecuencialistas, y las propias iusnaturalistas), que recogen concepciones muy diferentes del concepto de derecho. De esta forma podremos comprobar cómo algunos requisitos de una teoría de derecho natural coinciden con algunos elementos de otras teorías de los derechos morales; pero otros hacen imposible su

28. Cfr. SUMNER, L. W., *The Moral Foundation of Rights*, op. cit., p. 140.

29. Vid. entre otros PASTORE, B., "Diritti e paradigma utilitarista: rileggendo J. Bentham e J. S. Mill", *R.I.F.D.*, 1988, pp. 74-107. En este sentido vid. HART, H. L. A.; "Natural Rights: Bentham and John Stuart Mill", op. cit., *A.D.H.*, p. 148: "Ahora bien, en lugar de desaprobado, como Bentham hace, el sentido dado a la noción de un derecho no jurídico al considerarlo como una fuente de confusión, Mill considera este concepto como un elemento esencial de su teoría de la justicia en la medida en que es diferente del resto de la moralidad, ya que una acción injusta se distingue de las acciones que son moralmente incorrectas por el hecho de que infringe el derecho moral de algún individuo 'identificado'."

identidad. Con ello llegaremos a la conclusión de que el concepto de derecho moral no forma parte de una teoría autónoma y diferenciada de derechos, sino que es un elemento que intenta explicar el concepto y la función del derecho en cualquier teoría. Es decir, lo que trataríamos es de demostrar que los derechos morales son compatibles con estructuras iusnaturalistas, contractualistas y consecuencialistas (aunque habría que decir que en cualquiera de estos esquemas funcionan no exentos de problemas).

Según las teorías de los derechos naturales, "los derechos morales son los productos de un sistema de reglas morales naturales, de tal forma que los derechos morales son derechos naturales."³⁰ Consideramos una teoría de los derechos naturales como aquella teoría moral que satisface las cuatro condiciones siguientes: 1) contiene algunos derechos, 2) trata sus derechos como moralmente básicos, 3) conecta la posesión de sus derechos con la posesión de alguna propiedad moral natural y 4) acepta alguna forma de epistemología moral realista.

La primera condición, que es conceptual, coincidiría en las teorías de los derechos morales: las teorías de los derechos naturales tienen que emplear alguna concepción de derecho, lo cual no quiere decir que empleen la misma. De lo que se trata es de subrayar la preponderancia de los derechos sobre otros elementos de la estructura normativa. En el mismo sentido las teorías de los derechos morales subrayan la primacía de los derechos, frente por ejemplo los deberes, u otros medios de protección normativa³¹.

La segunda condición se refiere al fundamento: trata a los derechos como moralmente básicos y lo hace si todos sus principios básicos o categorías morales fundamentales son derechos. Esta condición requiere que una teoría de los derechos naturales sea una teoría basada en derechos (*right-based theory*) ya que afirma la existencia de derechos morales y toma esta categoría moral como básica derivando otras categorías morales, si las hay, de ella³². Este requisito, por ejemplo, no sería cumplido por las teorías consecuencialistas, que habría que considerarlas "goal-based theories", pero sí por las teorías contractualistas.

30. Cfr. SUMNER, L. W., *The Moral Foundation of Rights*, op. cit., p. 92. "Una teoría de los derechos naturales es cualquier teoría moral que asigna algún conjunto de derechos básicos a los individuos en virtud de la posesión de alguna propiedad natural y que trata la existencia de estos derechos como una realidad fáctica." Cfr., "Rights Denaturalized", op. cit., p. 26.

31. Vid. por ejemplo MACCORMICK, N., "Children's Rights: a Test-Case for Theories of Rights", *Archiv für Recht-und Sozialphilosophie*, LXII, 1976, p. 312; recopilado en *Legal rights and Social Democracy*, Clarendon Press, Oxford 1986; trad. castellana de M. Carreras y A. L. Martínez-Pujalte, *Anuario de Filosofía del Derecho*, Madrid 1988, p. 300.

32. SUMNER, L. W., "Rights Denaturalized", op. cit., pp. 23-25.

El tercer requisito se refiere a que una teoría de los derechos naturales debe asignar sus derechos básicos a los individuos en virtud de su posesión de alguna propiedad natural. Pero, ¿Qué requeriría una propiedad para ser natural? La posesión de la propiedad por un individuo debería ser cognoscible empíricamente, no requeriría la existencia de ninguna institución particular o convención, y sería independiente de la existencia de instituciones o convenciones sociales³³. Entiendo que este requisito se puede referir, como ya hemos visto al comienzo de este apartado³⁴, a *natural* en contraposición a *artificial* o creado y no en relación a propiedades naturales o innatas. Con lo que el espectro de compatibilidad con las heterogéneas teorías de los derechos morales quedaría abierto.

El cuarto presupuesto es metodológico: el método que utilizan estas teorías es una epistemología moral realista³⁵. Las teorías consecuencialistas también pueden utilizar este método y ser compatibles con los derechos morales³⁶; pero no tratan a sus derechos como moralmente básicos sino que los establecen en un nivel derivativo más que en un nivel básico en su estructura moral. Las teorías contractualistas, en cambio, aunque pueden tener la misma base moral que una teoría de los derechos naturales, esto es consideran que algunos derechos son moralmente básicos, utilizan un método no realista o constructivista de los derechos mediante un procedimiento de elección colectiva.

No he tratado de demostrar que alguna de estas teorías tenga méritos suficientes para ser irrefutable; no es éste el lugar, sino que la comparación de las mismas con los presupuestos de una teoría iusnaturalista nos puede llevar a la conclusión de que podemos hablar de derechos morales sin tener que ser considerados como iusnaturalistas.

Podríamos concluir este apartado recopilando las ideas que en él hemos expuesto:

1. Que el concepto de derecho moral es **autónomo** de cualquier tipo de teorías, ya que no forma parte de teorías alternativas diferenciadas a las

33. Cfr. SUMNER, L. W., "Rights Denaturalized", op. cit., pp. 25-26.

34. Vid. nota 15.

35. SUMNER, L. W., "Rights Denaturalized", op. cit., pp. 26-27.

36. Vid. entre otros J. S. MILL en su *Utilitarianism*, op. cit.; y por ejemplo una "teoría utilitarista cualificada", así calificada por PANICHAS, G. E., en "The Structure of Basic Human Rights" op. cit., como es la de LYONS, D., "Utility and Rights", *NOMOS XXIV Ethics, Economics and the Law*, New York University Press, 1982; y el propio SUMNER, L. W. en la ya citada *The Moral Foundation of Rights*.

teorías de los derechos existentes, sino que es un elemento que forma parte de las mismas y que de alguna manera intenta servir como instrumento que las explique mejor.

2. Esto es, no pretenden ser una teoría del derecho global sino explicar lo que puede ser el concepto de derecho desde un **punto de vista moral**. "Es importante enfatizar que la versión de Mill de la naturaleza de los derechos morales es **una pieza de su análisis conceptual** y es, por consiguiente independiente de su teoría moral sustantiva."³⁷

3. La reducción de los derechos morales a los derechos naturales es debida a la confusión que hizo Bentham de los mismos y a su crítica a las declaraciones de derechos humanos.

4. Sin embargo en la actualidad pueden ser entendidas como teorías autónomas por la polémica que crea su difusión y al querer ser presentados dentro de teorías alternativas a la discusión positivismo-iusnaturalismo.

B) LA CONEXIÓN ENTRE MORAL Y DERECHO

a) Los teóricos de los derechos morales nos ofrecen algunas razones de la conexión:

1. La validez de una norma depende de su conexión con principios morales sólidos³⁸: partiendo de que no existen normas jurídicas sin contenido valorativo. "Los principios jurídicos no tienen que ser identificados por la regla de reconocimiento social de Hart, que está constituida por prácticas sociales contingentes, sino por una teoría normativa sólida, la cual debe fijar las normas del derecho reguladas a muy alto nivel, y, sujetas a tal

37. Cfr. SUMNER, L. W., *The Moral Foundation of Rights*, op. cit., p. 137. Esta interpretación la toma de LYONS, D en "Mill's Theory of Morality", *Nous*, 1976, 10, I; y en "Human Rights and the General Welfare", *Philosophy & Public Affairs*, 1977, 6, 2. (La negrita es nuestra.)

38. Podemos distinguir tres tipos de validez: a) sistemáticas (*systemic validity*) o de pertenencia al sistema, b) factual (*factual validity o efficacy*) o como vigencia social de las normas jurídicas, y c) axiológica o aceptabilidad (*axiological validity o acceptability*) como vinculatoriedad o validez en sentido normativo estricto. En este caso nos referimos a la validez axiológica, en la que "nos hallamos frente a la conclusión de un razonamiento práctico de naturaleza deontica o valorativa en sentido estricto." Es decir, se tratarían de enunciados "valorativos en sentido fuerte" o con "pretensión de obligar". Vid LAPORTA, F. J.: "Sobre la fundamentación de enunciados jurídicos de derechos humanos", *El Fundamento de los Derechos Humanos*, op. cit., p. 203 y ss.; A. ARNIO, *The Rational as Reasonable*, Dordrecht, Reidel 1987, pp. 33-46.

límite, también les da a las normas la mejor justificación moral. Aunque el propio requisito limita el tipo de consideraciones morales que pueden ser incluidas en el derecho, la teoría de Dworkin parece conducir a establecer una conexión entre derecho y principios morales sólidos. (...) Si la validez jurídica de una norma depende simplemente de si la norma es consistente con principios morales sólidos, entonces el derecho es un asunto de argumentación moral, sin tener en cuenta las prácticas sociales de una sociedad concreta (...) El mérito moral, y sólo el mérito moral, determina la relevancia jurídica de un modelo moral. Si el derecho es un asunto de argumentación moral en este primer sentido entonces ciertamente no existe separación conceptual entre el derecho y la moral.”³⁹ En relación con lo anterior habría que hacer algunas precisiones. En primer lugar, que “la no existencia de separación conceptual” no significa confusión entre la moral y el derecho, sino que intenta resaltar su conexión. Una segunda precisión se refiere a que “no toda norma moral es, por serlo, norma jurídica. Para ser norma jurídica necesita cumplir con ciertos requisitos de identificación que no le suministra su condición de norma moral.”⁴⁰ Y en tercer lugar, sólo serían válidas aquellas normas jurídicas cuyo “contenido sea moralmente vinculante”⁴¹. El derecho válido depende de la satisfacción de estas “bien fundadas” normas morales, y por tanto el derecho para que pueda considerarse “justo” depende de lo que algunos autores han llamado la ‘verdad moral’⁴². En caso contrario, si el ordenamiento jurídico no recogiera estos principios morales sólidos, sería moralmente deficiente⁴³.

2. La especial importancia moral de los derechos humanos: la confusión entre lo que es el derecho y su fundamento se entiende que sería el pago de un alto precio para evitar la confusión entre el concepto y sus técnicas de protección⁴⁴. Sin embargo, los derechos humanos como derechos morales,

39. Ten, C. L., "Moral Rights and Duties in Wicked Legal Systems", *Utilitas*, vol. 1, nº 1, 1989, pp. 136-137.

40. Cfr. LAPORTA, F. J.; "Sobre la fundamentación de enunciados jurídicos de derechos humanos", op. cit., p. 206.

41. Cfr. LAPORTA, F. J.; "Sobre la fundamentación de enunciados jurídicos de derechos humanos", op. cit., p. 206. en el mismo sentido puede verse SUMNER, L. W., *The Moral Foundation of Rights*, op. cit., p. 142.

42. LYONS, D., *Ethics and the Rule of Law*, Cambridge University Press, 1985, p. 62 (trad. cast. Ariel, Barcelona, 1986).

43. MACCORMICK, N., "Children's Rights: a Test-Case for Theories of Rights", op. cit. p. 306.

44. Sin embargo, otros autores piensan que no existen consecuencias prácticas negativas de la conexión derecho y moral. Cfr. SOPER, P., "Choosing a Legal Theory on Moral Grounds", *Social Philosophy and Policy*, vol. 4, nº 1, pp. 31-48. Trad. castellana. J. R. de Páramo, *Derecho y Moral. Ensayos Analíticos*, Barcelona, Ariel 1990, p. 48.

por el contenido que protegen, tienen que recoger en el concepto un conjunto de aspectos morales⁴⁵ (que también formarían parte del fundamento) que si se tratase de otro tipo de derechos no tendrían porqué contemplarse de esta forma, ya que podrían ser modificados arbitrariamente por otros valores, por la moral social, por el consenso... Sin embargo, en los derechos de los que estamos hablando dichas modificaciones supondrían ir contra la propia significación de los mismos: los mínimos que el ser humano debe tener protegidos para que pueda desarrollarse en libertad⁴⁶. De esta manera, los autores que utilizan el concepto de derechos morales en su argumentación conectan los aspectos de concepto y fundamento (las nociones jurídicas y morales) ya que en estos casos el concepto tiene que recoger nociones valorativas no neutrales⁴⁷.

3. Los derechos y las obligaciones morales no dependen fundamentalmente del derecho positivo, sino que también hay que tener en cuenta consideraciones morales⁴⁸. En este sentido habría que considerar las formas

45. "Si los enunciados jurídicos que reconocen u otorgan derechos humanos son vinculantes ello se debe a que son conclusiones de un razonamiento práctico cuyas premisas prácticas o valorativas son extrajurídicas. (...) Me parece que es ineludible mantener que, si aceptamos que 'validez' significa obligatoriedad o fuerza vinculante, tales enunciados han de ser de naturaleza moral, puesto que sólo los enunciados morales tienen tal pretensión de obligatoriedad." (...) "son 'bienes' *constitutivos* del ser humano como agente moral, bienes básicos desde el punto de vista moral, en el sentido de que forman parte de las presuposiciones implícitas en todo lenguaje moral y en toda conducta que pueda ser calificada de moral." Cfr. LAPORTA, F. J.; "Sobre la fundamentación de enunciados jurídicos de derechos humanos", op. cit., p. 205 y p. 207. Según NINO, C. S., "Los derechos humanos son *derechos establecidos por principios morales*", vid. como los caracteriza en *Ética y Derechos Humanos*, op. cit., pp. 19-20.

46. "...no es posible creer en la categoría de los 'derechos morales' a menos que se acepte de alguna manera el principio de que los seres racionales deben ser respetados como fines en sí mismos. Estoy de acuerdo. La creencia en el respeto en la persona es, en efecto, una condición esencial previa a la creencia en los derechos morales. Y el respeto a los demás es un principio moral fundamental y básico." MACCORMICK, N., "Children's Rights: a Test-Case for Theories of Rights", op. cit., p. 311, A. F. D. p. 300. Puede verse un análisis de la relación entre moral y derecho en el capítulo III de D. LYONS, *Ethics and the Rule of Law*, op. cit.

47. "La idea que tenemos, por consiguiente, de que podemos exigir a nuestros semejantes que nos ayuden a asegurarnos el propio subsuelo de nuestra existencia, genera sentimientos en torno a ella de una intensidad tan superior a la que se da en cualquiera de los demás casos más frecuentes de utilidad, que la diferencia de grado (como ocurre a menudo en psicología) se convierte en una auténtica diferencia de calidad." MILL, J. S., *Utilitarianism*, Chapt V, CW, vol. X p. 251; Alianza p. 119.

48. "Una persona puede perder sus derechos morales si daña deliberadamente los de otros, y la ley puede hacer efectiva esta pérdida clasificando los delitos e imponiendo castigos. Lo que no puede (moralmente) hacer, según la teoría, es privar a una persona de sus derechos morales por razones no morales. Todas estas consideraciones reiteran que los derechos y las obligaciones morales no dependen del derecho, y que las obligaciones legales han de depender de razones

en las que el derecho se puede pensar que tiene una dimensión moral, y es claro que en este espectro de casos entrarían los derechos humanos. Al resaltar la conexión entre derecho y moral⁴⁹ se distingue entre el concepto y la validez de los derechos, evitando los problemas que analizaremos en el siguiente apartado.

b) Estas afirmaciones de los teóricos de los derechos morales plantean algunos problemas:

1. El problema de la legitimidad de los valores morales y de su método: En este sentido, como dice Lyons, "no nos hallamos en condiciones de decidir si hay relaciones trascendentes entre el derecho y la moral a menos que sepamos establecer qué valores han de servirnos para juzgar como es debido el derecho."⁵⁰, lo cual nos llevaría a la cuestión de la legitimidad o validez de los derechos morales⁵¹. La negación de la existencia de un "código de valores morales" como excusa de que no es necesario para la realización de una ciencia jurídica no es posible, ya que no podemos negar ni su relación con la moral ni establecer las relaciones derecho-moral sin acudir a juicios morales o teorías morales⁵².

2. La confusión fundamento-validez: Posiblemente esto pudiera resultar criticable por las connotaciones de autoritarismo y dogmatismo político que conlleva, aunque para algún autor resulta más perniciosa su distinción⁵³.

morales para ser moralmente aceptables." Cfr. RAPHAEL, D. D., *Problems of Political Philosophy*, London, The Macmillan Press, 1970 y 1976; trad. castellana de M^a D. González Soler, Madrid, Alianza Editorial, 1983, p. 116-17.

49. "...el valor y la fuerza de los derechos humanos no depende de su eficacia o ineficacia, sino de su justificación e intensidad moral, que podrían resultar infravaloradas por la sobrevaloración de lo jurídico." Cfr. RUIZ MIGUEL, A. "Los Derechos Humanos como Derechos Morales, ¿Entre el problema verbal y la denominación confusa?" en *El Fundamento de los Derechos Humanos*, op. cit., p. 325.

50. D. LYONS, *Ética y Derecho*, op. cit., p. 76.

51. El problema de la legitimidad y sus conexiones con los de fundamento y validez son cuestiones que me propongo desarrollar separadamente en próximos trabajos.

52. "El concepto de derecho se define con referencia a un tipo específico de principio moral. Principios de un tipo relevante identifican bienes que son susceptibles de disfrute por varios individuos y dichos bienes podrían ser garantizados a cada individuo de una determinada clase. (...) La irresoluble controversia entre los derechos que la gente tiene y los que podrían ser acordados es una consecuencia lógica del carácter controvertido de los principios sustantivos morales y políticos. No es una consecuencia de la vaciedad del concepto de 'derecho' ni menos de su exclusiva apropiación de una particular escuela de filosofía jurídica y política o de una ideología." Cfr. MACCORMICK, N., "Law, Obligation, and consent: Reflections on Stair and Locke", *Archiv für Rechts-und Sozialphilosophie*, LXV, 1979, p. 387-410; recopilado en *Legal rights and Social Democracy*, op. cit. p. 78.

53. SOPER, P., "Choosing a Legal Theory on Moral Grounds", op. cit., p. 49.

Pero ¿son suficientes para la legitimidad y conceptualización del derecho su "justificación" e "intensidad moral"? ¿esta intensidad les proporciona el valor jurídico o necesitan de la validez o eficacia para su juridicidad? O con esta "sólida justificación" ¿resultan ser tan sólo "condiciones de posibilidad", pero sin llegar a ser completamente "jurídicos"?

C) LA CONFUSIÓN DEL CONCEPTO CON LA VALIDEZ

La extendida idea de que los derechos forman parte tan sólo de los sistemas jurídico-positivos y no de otros sistemas normativos, proviene de la confusión entre derechos y técnicas de protección⁵⁴. Esta confusión lleva consigo que sólo se reconozca como tal el derecho válidamente establecido en un sistema jurídico determinado. Sin embargo, el reconocimiento jurídico-positivo de los derechos, no es problema crucial respecto al concepto y menos en relación al fundamento, es un problema de validez⁵⁵.

La teoría dualista que diferencia lo que es el concepto (para salvar el escollo de la temporalidad, la localidad y la conexión derecho-moral) de lo que es el fundamento (que recoge razones éticas de mayor o menor objetividad), supone una reducción del concepto del derecho al identificarlo con el derecho positivo. En definitiva, el problema que plantea la tesis dualista sería el de identificación del derecho con lo que es el sistema de protección del derecho. Eso sí, con un corrector ético, pero que no contempla, por ejemplo, aquellos sistemas en que no existe esta coincidencia. Esto es, el derecho válido puede no recoger estos valores morales e incluso ir contra ellos. Sin embargo, la teoría de los *moral rights* sí que tendría aplicación en estas situaciones en las que existiese una norma injusta. Para evitar el confusionismo, siguiendo a Laporta⁵⁶, habría que distinguir los tres planos de la discusión: 1. concepto, 2. fundamento y 3. protección. Como hemos visto la conexión entre el concepto y el fundamento suscita menos inconvenientes de los que se dicen. La teoría de los derechos morales no es una teoría de fundamentación disfrazada. La teoría de los *moral rights* es una teoría de fundamentación que utiliza para ello el concepto de necesidades, bienes, intereses u otros. Pero el concepto de necesidades no

54. MCCLOSKEY, H. J., "Respect for Human Moral Rights versus Maximizing Good", *Utility and Rights*, op. cit., pp. 124-25; LAPORTA, F. J.; "Sobre el concepto de derechos humanos", op. cit., p. 28.

55. "So far from its being the case that the remedial provision is constitutive of the right, the fact is rather that recognition of the right justifies the imposition of the remedial provision", MacCORMICK, N., "Children's Rights: a Test-Case for Theories of Rights", op. cit. p. 309.

56. Cfr. LAPORTA, F. J., "Sobre el concepto de derechos humanos", op. cit., pp. 23-46.

sólo sirve de fundamento, sino que también es un elemento que sirve para la estructura conceptual de lo que es el derecho. Su interconexión es evidente, y querer hurtar el matiz conceptual supone confundir los dos planos de la teoría reduciéndola al plano de la fundamentación. La razón de esta reducción se basa en la confusión del plano del derecho con el plano de la protección del derecho. Los dos primeros planos se situarían en el plano de la razón práctica y el tercero tendría en cuenta las circunstancias histórico-políticas de un tiempo y lugar determinados.

Podemos apuntar varias razones y diversos aspectos⁵⁷ en los que se origina esta confusión:

a) Aspectos de contenido: En sus orígenes históricos, la necesidad de la certeza o **seguridad** de la ley por medio de su codificación y publicación a través de los órganos legítimos para ello condujo a la identificación de legitimidad y legalidad. Esto es, se pretendía la **certeza de la legitimidad** o la necesidad de centralizar los orígenes de emanación de lo jurídico al convertirse la ley en el pilar del estado soberano. Con ello se propició la confusión de lo jurídico con lo codificado. El concepto del derecho puede prescindir del elemento de la seguridad; pero ¿se puede evitar el énfasis en la certeza legitimadora? ¿Depende de ella el concepto de derecho? Las tesis próximas al positivismo sostienen la imposibilidad de la existencia de un derecho sin que exista una fuente válida de legitimación que le de valor. En el caso de los derechos morales supone tener que reducirlos a lo que sería el derecho convencional en sentido amplio, con lo que se confunde el plano conceptual del derecho con el plano de la validez.

b) Aspectos formales o estructurales: La **protección institucionalizada**: Como dice Laporta: “en la tradición teórica en que se originan los derechos

57. "Esta idea de que los derechos humanos o morales no son propiamente 'derechos' en tanto que no vienen a ser reconocidos por un conjunto normativo positivo, puede tener dos orígenes: por un lado, la reducción de la noción de tener un derecho a un tipo de reclamaciones o exigencias ejercibles mediante la coacción institucionalizada, donde tener un derecho equivale a tener una potestad de reclamación jurídica efectiva, en especial ante los tribunales; por otro lado, la reducción de esa noción de tener un derecho a un tipo de reclamaciones cuyo contenido viene expresado en pautas no necesariamente coactivas ni jurídicas, pero sí socialmente vigentes como obligatorias, según ocurre en las reglas sociales no institucionalizadas. Mientras la primera conceptualización se fija sobre todo en determinados aspectos formales o estructurales del concepto de 'tener un derecho', como la presencia de la coactividad y la eficacia, la segunda se fija sobre todo en determinados aspectos de contenido y, en particular, en su precisión definitoria", Cfr. RUIZ MIGUEL, A., "Los Derechos Humanos como Derechos Morales, ¿Entre el problema verbal y la denominación confusa?" en *El Fundamento de los Derechos Humanos*, op. cit., p. 325. La versión que recojo aquí es la ampliada en *Anuario de Derechos Humanos*, nº 6, 1990, p. 156, que incluye algunas modificaciones.

humanos el Estado es concebido como el garante típico de los derechos en virtud de su titularidad del monopolio de la fuerza y aquí viene la reflexión: Sugiero que ha sido la aceptación acrítica de esta tradición la que puede haber determinado la expansión de la idea 'legalista' de los derechos humanos, es decir, de aquella idea que mantiene que sólo puede hablarse de derechos humanos cuando estamos en presencia de un dispositivo estatal-legal de protección institucionalizada de tales derechos. Pero lo que tratan de transmitirnos los primeros teóricos de los derechos humanos no es esto, sino precisamente lo contrario, es decir, tratan de sugerir fuertemente que cuando estamos en presencia de derechos humanos o naturales es *cuando* el funcionamiento de un aparato institucional de violencia como es el sistema jurídico recupera su justificación cabal."⁵⁸

58. LAPORTA, F. J., "Sobre el concepto de derechos humanos", *op. cit.*, p. 38. Vid. Tb. NINO, C. S., "Sobre los derechos morales", *Doxa*, 7, 1990, p. 313-15. "Tal vez la vinculación de los derechos subjetivos morales con el respaldo a través de sanciones se justifique como una forma indirecta de decir que para que una relación normativa sea constitutiva de un derecho debe tener *efectividad*, vigencia, debe *gozar de reconocimiento*. Cuando ello ocurre la norma que subyace al derecho en cuestión se convierte en una norma social y aun -regla de reconocimiento mediante- en una norma jurídica (pienso que también supone una confusión del concepto del derecho en su eficacia). (...) Pero salvo que se identifique la existencia de las normas morales con esa vigencia (con lo que se aceptaría una posición convencionalista) no se ve por qué no se podrían invocar derechos precisamente para obtener su reconocimiento. El discurso habitual en términos de derechos morales -y centralmente el que alude a derechos humanos- no es un discurso constatativo de lo que generalmente se da; es un discurso de reforma y de brega; es un discurso dirigido a adecuar la realidad a ciertos ideales."