

C. S. Nino y los derechos morales *

Por JOSÉ GARCÍA AÑÓN

Valencia

«Hladík había rebasado los cuarenta años. Fuera de algunas amistades y de muchas costumbres, el problemático ejercicio de la literatura constituía su vida; como todo escritor, medía las virtudes de los otros por lo ejecutado por ellos y pedía que los otros lo midieran por lo que vislumbraba o planeaba...» (J. L. BORGES, «El milagro secreto»).

En los últimos tiempos, el concepto de derechos morales ha suscitado enconadas disputas en nuestro ámbito filosófico-jurídico. La obra del profesor bonaerense¹ C. S. Nino ha contribuido a abrir la polémica sobre el concepto de derechos humanos como derechos morales en nuestra área lingüística² siguiendo el relanzamiento realizado años antes por Dworkin en el pensamiento anglosajón³.

Nino, en sus trabajos, pretende dilucidar, para configurar el concepto de derechos humanos, las dificultades del concepto en relación al fundamento de los mismos, y esto le lleva a una primera afirmación que le separa de otros defensores de la doctrina de los derechos morales: la conexión entre el Derecho y moral⁴, ya que afirma que

* Este trabajo lo escribo en memoria del Profesor Carlos Santiago Nino, recientemente fallecido († La Paz, 29-8-1993).

1. Dentro de las corrientes de la filosofía del derecho argentino, Nino se encuadra dentro de la «analítica». Vid. Antonio Anselmo MARTINO, «La Scuola Analitica di Buenos Aires», *Materiali per una Storia della Cultura Giuridica*, VII, 1977, pp. 171-334, esp. 282-87.

2. En nuestro país se han pronunciado a favor de esta denominación y desde diversas posiciones, entre otros, Eusebio FERNÁNDEZ GARCÍA, F. LAPORTA, A. RUIZ MIGUEL, E. GUIÁN, J. M. ROJO SANZ, J. C. BAYÓN, J. RODRÍGUEZ-TOUBES...

3. Vid. un análisis histórico en este ámbito en el artículo de José M.^a ROJO SANZ, «Los Derechos Morales en el Pensamiento Angloamericano», *Anuario de Derechos Humanos*, n.º 5, 1988-89, pp. 231-49.

4. Nino señala la «existencia de al menos dos conexiones intrínsecas entre derecho y moral, una vez que se rechaza la existencia de una conexión de índole

en cualquier estructura de discurso práctico, como es la jurídica, al final encontramos razones de tipo moral⁵. A continuación expondremos su postura en relación al concepto y fundamento de derechos morales, mostrando alguna de las deficiencias que pueden observarse en este planteamiento.

1. SU CONCEPTO DE DERECHOS MORALES⁶

Comenzaremos por situar los derechos como un conjunto de reglas o principios pertenecientes a un sistema normativo de carácter moral⁷, que forman parte del ordenamiento jurídico cuando alcanzan un estadio de validez que supone su reconocimiento⁸. Estas reglas protegen bienes o valores morales que son de gran importancia, y por ello, dignos de protección: el deseo de su satisfacción por su «importancia moral» no supone que su protección siempre se realice de forma completa. Esto supone que un sistema jurídico debe satisfacer ciertos criterios de justicia mínimos: esto quiere decir, primero, que los juristas tratan de ajustar el sistema a las pautas de justicia que de hecho prevalecen en una sociedad dada; y además, como agentes morales, deben y a menudo efectivamente tratan de adecuar el sistema existente a las pautas de una moral ideal o crítica⁹.

conceptual: la conexión justificatoria, que está dada por la necesidad de legitimar el derecho según principios morales para constituir razones para actuar, y la conexión interpretativa, que está dada por la necesidad de recurrir a consideraciones valorativas para transformar materiales jurídicos relevantes en proposiciones que puedan constituir aquellas razones». Cfr. su «Derecho, Moral y Política», Ponencia en el Congreso organizado por el Consejo General del Poder Judicial, *La Crisis del Derecho y sus alternativas*, Madrid, 30 de noviembre al 4 de diciembre de 1992, p. 15.

5. Se puede utilizar el concepto de «derechos morales» sin ser partidario de la necesaria conexión entre el derecho y la moral. *Vid.*, por ejemplo, F. LAPORTA, «Respuesta a Pérez Luño, Atienza y Ruiz Manero», *Doxa*, 4, 1987.

6. En otro lugar hemos mantenido que el concepto de derechos morales es un instrumento de *análisis conceptual* independiente de la teoría moral sustantiva que se siga. *Vid.* nuestro estudio «Los Derechos Humanos como Derechos Morales: Aproximación a unas Teorías con Problemas de Concepto, Fundamento y Validez», *Derechos Humanos. Concepto, Fundamento, Sujetos*, ed. J. Ballesteros, Madrid, Tecnos, 1992, pp. 69-70.

7. Incluso Bulygin parece estar de acuerdo en la situación del origen de los derechos en el sistema moral: «En esto Nino tiene sin duda razón. En el caso especial de los derechos humanos se trata de reglas o principios de un sistema *moral*. Por tanto, los derechos humanos son, al menos en su sentido originario, *derechos morales*. Llegamos, pues, a la conclusión de que los derechos humanos otorgados por un orden jurídico son derechos morales, que el orden jurídico en cuestión reconoce, pero cuya existencia es independiente de ese reconocimiento.» Cfr. E. BULYGIN, «Sobre el *status* ontológico de los derechos humanos», *Doxa*, 4, 1987, p. 81.

8. C. S. NINO, *Ética y Derechos Humanos*, Ariel, Barcelona 1989, pp. 15, 24-25, 48.

9. Sobre esta cuestión trataremos más adelante. *Vid.* C. S. NINO, «Legal Ethics: between Metaphysics and Futility», *Essays in Legal Theory in Honor of Kaarle Makkonen*, ed. U. Kangas, Vammala, 1983, pp. 189-220; tb. puede verse en *Los Límites de la Responsabilidad Penal*, Buenos Aires, Astrea, 1980.

El concepto de los derechos lo define desde una aproximación general de forma negativa en contraposición a las normas jurídico-positivas. Serían derechos morales aquellos que no fuesen «legales»: los que no están reconocidos por el derecho objetivo o el ordenamiento jurídico, y que la gente tiene independientemente de lo que disponga el sistema jurídico de un país¹⁰. Esta definición, a pesar de su abstracción, pensamos que lo que pretende es incluir los «derechos» en todos los estadios de validez, y en concreto trata de enfatizar que «hay derechos» o «tenemos derechos» a pesar de no estar recogidos explícitamente en el ordenamiento jurídico. Pero el problema es que la definición no dice nada del carácter de los derechos jurídico-positivos como derechos morales, lo que llevaría también a incluir la exigencia de aquellos derechos morales que, aunque pudiera parecer que están «formalmente» reconocidos, padecen defectos de protección.

Además esta aproximación, no por ser general, deja de concitar algunas otras cuestiones que iremos señalando. En primer lugar hay que plantearse si realmente el concepto de derecho se puede utilizar solo como categoría jurídica, o también como categoría moral o de otro tipo¹¹. En definitiva, si los supuestos de derechos morales pueden englobarse en el plano jurídico. Si hablamos de derechos morales tan sólo como categoría moral, a pesar de los problemas semánticos, no parece que plantee ningún problema, ya que no tendría ninguna consecuencia desde el punto de vista jurídico¹².

Sin embargo, si respondemos afirmativamente a la cuestión del tratamiento jurídico de los derechos morales, resolveremos el problema de la confusión del concepto con la validez¹³, ya que se dis-

10. C. S. NINO, *Introducción al Análisis del Derecho*, 3.^a edición, Barcelona, Ariel, 1987, pp. 196-7.

11. P. SERNA, *Positivismo Conceptual y Fundamentación de los Derechos Humanos*, Pamplona, EUNSA, 1990, p. 228.

12. Los derechos morales en este sentido tendrían la acepción inglesa de «morally right», y por tanto estaríamos hablando de la «corrección» de los actos, o como mucho, de «actos justos». Aunque en esta última atribución no estarían de acuerdo todos los autores que defienden los derechos morales, como, por ejemplo, J. S. Mill. Para entendernos, aquí «moral right» se contrapone a «moral wrong»; cuando en realidad, la contraposición que nos interesa de «moral right» es la de «legal right». Por ejemplo, en el sentido que lo utiliza Austin: «Estrictamente hablando, no hay derecho, sino aquellos que son las criaturas de la ley; y hablo de cualquier otro tipo de derechos sólo para poder ajustarme al lenguaje recibido, que ciertamente nos permite hablar de derechos morales no sancionados por la ley; así, por ejemplo, hablamos de derechos creados por un acuerdo.» Cfr. J. AUSTIN, *Lectures on Jurisprudence and the Philosophy of Positive Law*, vol. I, ed. R. Campbell, London, John Murray, 1869, lecture XII, p. 355.

13. *Introducción al Análisis del Derecho*, op. cit., pp. 197, 206, 418; *Ética y Derechos Humanos*, op. cit., pp. 15, 24-25, 48. También en el mismo sentido, vid. E. FERNÁNDEZ, «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*, VV.AA., Madrid, Debate, 1989, p. 157.

tinguen los derechos en los distintos estadios de validez, y aunque un derecho humano no se halle reconocido en un ordenamiento jurídico o se proteja deficientemente, no queda reducido a una mera exigencia o a una «razón para actuar». Sin embargo, esta postura nos planteará la cuestión de la confusión del concepto con la justificación¹⁴ y de considerarlos en el ámbito de una moral propia de corrientes iusnaturalistas¹⁵, ya que en definitiva la expresión «derechos morales» remitiría a la existencia del derecho natural¹⁶.

Nino, en su «Teorema fundamental de la Teoría General del Derecho», parte de la afirmación de que un derecho tiene que estar respaldado por principios morales si quiere justificar acciones y decisiones, ya que las normas jurídicas no constituyen por sí mismas razones justificatorias si no se las concibe como derivadas de juicios morales. Pero esto no supone la utilización del «esencialismo conceptual» que él mismo critica, esto es, que un sistema normativo no es Derecho si no está respaldado por principios morales, que sería una afirmación propia de tesis iusnaturalistas¹⁷. De lo que se trata

14. Ver en este punto J. DE LUCAS, «Algunos equívocos sobre el concepto y fundamentación de los derechos humanos», *Derechos Humanos. Concepto, Fundamento, Sujetos*, ed. J. Ballesteros, Madrid, Tecnos, 1992, pp. 16-7.

15. Así lo entienden, entre otros, G. PECES-BARBA, *Escritos sobre los Derechos Fundamentales*, Madrid, Eudema, 1988, pp. 230 y 234 y en *Los Valores Superiores*, Madrid, Tecnos, 1984, p. 110.; L. PRIETO, «Teoría del Derecho y Filosofía Política en Ronald Dworkin», *Revista Española de Derecho Constitucional*, Año V, 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; A. E. PÉREZ LUÑO, *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución*, Madrid, Tecnos, 1986 (1.ª ed. 1984), p. 179; E. J. VIDAL, «Los Derechos Humanos como Derechos Subjetivos», *Derechos Humanos. Concepto, Fundamento, Sujetos, op. cit.*, p. 28 y ss.; y D. NEGRO PAVÓN, Prólogo a *Sobre la Libertad*, de J. S. Mill, Madrid, Espasa-Calpe, col. Austral, 1991. *Vid.* nuestra explicación que no comparte esta crítica en «Los Derechos Humanos como Derechos Morales: Aproximación a unas Teorías con Problemas de Concepto, Fundamento y Validez», *op. cit.*, pp. 65-70.

16. «En conclusión, negar la relevancia jurídica de los derechos morales sólo puede hacerse negando la obligación del derecho positivo de reconocerlos. Pero eso es tanto como negar la idea misma de derechos humanos. Ambos extremos no pueden ser simultáneamente afirmados. A su vez, afirmar dicha relevancia jurídica significa atribuirles ya un cierto carácter jurídico, lo cual conduce a la superación del concepto reductivo de derecho como norma. (...) Ello constituye, sin duda, una afirmación de los derechos humanos como expresión del derecho natural, aunque no signifique, mientras no se concrete el contenido de los mismos, ninguna opción por un concepto concreto de naturaleza humana.(...) Por tanto, con la expresión «derechos morales», o no se quiere decir nada, o se señala la existencia del derecho natural.» Cfr. P. SERNA, *Positivismo Conceptual y Fundamentación de los Derechos Humanos, op. cit.*, pp. 243-4.

17. «La proposición sostiene que las normas jurídicas no constituyen por sí mismas razones justificatorias si no se las concibe como derivadas de juicios morales...» Cfr. C. S. NINO, *Derecho, Moral y Política, op. cit.*, p. 6. Ver *tb.* *La Validez del Derecho*, Buenos Aires, Astrea, 1985; y *Ética y Derechos Humanos, op. cit.*, caps. I y II.

es de enfatizar la conexión que debe existir entre el Derecho y la Moral, sin que ello suponga una confusión¹⁸.

En segundo lugar, también plantea la cuestión de la forma en que se entiende el sistema moral. Si de lo que se trata es de un sistema moral no basado en la moral positiva, sino en la moral ideal, como la define Nino, el sistema no se diferenciaría de un sistema de Derecho natural. Y dado que no existen normas morales absolutas, serían tan sólo «“exigencias” que se formulan al orden jurídico positivo desde el punto de vista de un determinado sistema moral»¹⁹. Sin embargo, frente a esta observación lo que habría que preguntarse es si realmente detrás del planteamiento de Nino existe esta referencia a un sistema moral absoluto, cuestión que abordaremos en un apartado posterior.

En tercer lugar, nos situaremos en la alternativa entre el criterio de reconocimiento del derecho por el sistema jurídico y la afirmación sobre su carácter jurídico²⁰, ya que en contextos de tipo justificatorio, según Nino, todo derecho jurídico es un derecho moral; aunque no así todo derecho moral es un derecho jurídico²¹. En concreto, Vidal discrepa de Nino cuando dice que «la existencia de derechos individuales en tanto derechos morales no está condicionada a su reconocimiento a través de ciertas normas jurídicas»²²; «sino que precisamente el reconocimiento y la transformación de los derechos morales en derechos legales dan lugar a la fusión entre legitimidad crítica y legitimidad legalizada confiriéndoles plena efectividad»²³. Al igual

18. Puede verse un planteamiento en este sentido en J. S. MILL, *Utilitarianism*, cap. V.

19. E. BULYGIN, «Sobre el status ontológico de los derechos humanos», *op. cit.*, pp. 82 y 83. Y en p. 84: «Si no existe un derecho natural o una moral absoluta, entonces los derechos humanos son efectivamente muy frágiles, pero la actitud correcta no es crear sustitutos ficticios para la tranquilidad de los débiles, sino afrontar la situación con decisión y coraje: si se quiere que los derechos humanos tengan vigencia efectiva hay que lograr que el legislador positivo los asegure a través de las disposiciones constitucionales correspondientes y que los hombres respeten efectivamente la constitución. Por eso, la fundamentación de los derechos humanos en el derecho natural o en una moral absoluta no sólo es teóricamente poco convincente, sino políticamente sospechosa, pues una fundamentación de este tipo tiende a crear una falsa sensación de seguridad...»

20. Para G. PECES-BARBA no hay diferencia, *vid.* su «Sobre el puesto de la historia en el concepto de los derechos fundamentales», *Anuario de Derechos Humanos*, 4, 1986-87, p. 224.

21. La existencia de principios morales como jerárquicamente superiores al Derecho es descalificada por Vernengo como «metafísica», ya que no existe un código moral que pueda determinarse de la forma en que lo hace el Derecho. *Vid.* R. J. VERNENGO, «Los Derechos Humanos como Razones Morales Justificadoras», *Doxa*, 7, 1990, pp. 275-299; J. RODRÍGUEZ-TOUBES MUÑIZ, «La polémica sobre la expresión “derechos morales”», *Problemas de la Ciencia Jurídica. Estudios en Homenaje al Profesor Francisco Puy Muñoz*, tomo II, Universidad de Santiago de Compostela, 1991, p. 347.

22. Cfr. C. S. NINO, *Introducción al Análisis del Derecho*, *op. cit.*, p. 418.

23. E. J. VIDAL, «Los Derechos Humanos como Derechos Subjetivos», *op. cit.*, p. 28

que Peces-Barba, piensa que si no están reconocidos no son nada, pues están sin terminar, y si se reconocen serían como títulos que justifican la existencia y protección de los derechos legales²⁴. Pero ¿qué quiere decir que están sin terminar? Los derechos son instrumentos para proteger determinados «bienes» que merecen este tipo de preocupación social, política y jurídica; y estos «bienes» tendrían otro tipo de protección (por ejemplo, la reprobación moral), si su importancia para la sociedad no mereciese más. Estos bienes, sí que se puede entender que son «títulos», por igual para los derechos morales y los derechos legales. Pero los derechos morales no son títulos de los derechos legales, porque son ellos mismos derechos legales cuando son reconocidos. Los derechos morales serían más que exigencias, y más que razones para actuar: los bienes que hay que proteger sí que dan razones o guías para actuar. Podríamos decir que una de sus funciones es la de ser título, razones para actuar, exigencias o criterios de actuación; pero, desde otra perspectiva, son normas o reglas. En el caso de Nino, estas reglas provienen, como veremos, de unos principios de una moral ideal o crítica, aunque hay que decir que en su teoría este paso no queda del todo explicado. Por ejemplo, la preferencia por seguir una conducta que potencie este bien tendrá una valoración mejor que la contraria. Entonces, ¿qué es lo que añaden los derechos morales? Pensamos que añaden un componente normativo: Son razones para actuar cuando no están reconocidos, funcionan a modo de «títulos» de los derechos legales; y además suponen que se puede exigir de la sociedad su cumplimiento y protección.

Como hemos mencionado anteriormente y defendido en otro lugar, la no utilización del concepto de derechos morales como categoría jurídica supone la confusión entre el concepto y la validez del derecho, o entre el concepto y las formas de protección del mismo²⁵. El desafío se encuentra en hallar las características que puedan determinar el carácter jurídico del Derecho sin mezclar los planos de análisis, aunque esto no quiere decir que no exista conexión entre ellos. Por esto en la definición del concepto de derecho para evitar conceptos que lleven aparejados prejuicios de tipo iusnaturalista, como sería la definición de los derechos humanos a través de la de «derecho natural», Nino utiliza otros elementos de concepciones axiológicas, valorativas o principios de una moral ideal o crítica²⁶. Lo seguro es que su concepción del Derecho no incluye las posturas

24. Vid. G. PECES-BARBA, «Sobre el puesto de la Historia en el concepto de Derechos Fundamentales», *op. cit.*, p. 241.

25. Vid., p. e., F. J. LAPORTA, «Sobre el concepto de derechos humanos», *Doxa*, n.º 4, 1987, pp. 23-46, y las referencias citadas en nuestro trabajo «Los Derechos Humanos como Derechos Morales: Aproximación a unas Teorías con Problemas de Concepto, Fundamento y Validez», *op. cit.*

26. Vid. *Ética y Derechos Humanos*, *op. cit.*, pp. 19-20; y «Sobre los derechos morales», *Doxa*, 7, 1990, pp. 313-15.

que definen el derecho a través de la sanción; del deber virtuoso; del consecuencialismo o de los fines de la acción; o de las que niegan que los derechos derivan de las normas morales²⁷.

Nino plantea, más que la utilización de un concepto amplio de derecho, la existencia de varios conceptos por los distintos sentidos que tiene según las situaciones en que es utilizado, por lo que resulta necesaria su coexistencia para su empleo en los distintos contextos. Esta primera afirmación supone un cuestionamiento de las disputas entre iusnaturalismo y positivismo que se aferran, aún hoy en día en la univocidad y pureza del concepto²⁸. Sin embargo, algunos autores piensan que esta utilización «no-esencialista» del concepto no zanja la disputa entre las dos concepciones²⁹. Como veremos más adelante, su postura es convencionalista, en el sentido que para él los conceptos serían clasificaciones convencionales de la realidad.

Parece ser que al definir el concepto tenemos que dejar pasar elementos que formen parte del fundamento, y por tanto referirnos de alguna manera al sistema moral en el que nos basamos. Esta sería una de las razones por las que se utiliza el concepto «derechos morales». Para Nino, los derechos humanos serían *derechos establecidos por principios morales*. Y las características que los definirían serían: «a) su existencia está dada por su validez o *aceptabilidad* y no por su reconocimiento efectivo o *aceptación* real por ciertos individuos; no son, en consecuencia, principios de una moral positiva, sino de una moral crítica o ideal que puede o no tener vigencia en algún ámbito; b) Son principios aceptados como justificación *final* de conductas; es decir, no hay principios de *otra clase* que prevalezcan sobre ellos para valorar una acción que esté comprendida en su dominio; c) Los principios morales pueden valorar cualquier conducta»³⁰. El problema estaría en determinar esos principios a que se refiere y en todo caso, quién y cómo puede considerarlos como válidos. A continuación, al analizar su fundamento de los derechos, determinaremos los principios que según Nino son la base para los derechos humanos.

27. Vid. C. S. NINO, «El cuatrilémino del consecuencialismo», *Doxa*, 4, 1987, pp. 365-6; «Sobre los derechos morales», *op. cit.*, p. 313-15; y en el Seminario «La noción de derechos morales», Facultad de Derecho, Universitat de Valencia, 26-11-1990; «Consecuencialismo: debate ético y jurídico», *Telos*, vol. I, n. 1, 1992, pp. 73-96.

28. Vid. C. S. NINO, «Dworkin and Legal Positivism», *Mind*, 1980; «Los conceptos del derecho», *Crítica*, agosto 1981, vol. XIII, n.º 38; *La Validez del Derecho*, *op. cit.*, cap. VII, pp. 134-137 y 170 y ss.; *Ética y Derechos Humanos*, *op. cit.*, pp. 16-17; «Sobre los derechos morales», *op. cit.*, p. 316.

29. Vid. G. CARRIO, *Un intento de la superación de controversia entre positivistas y iusnaturalistas. (Réplica a Carlos S. Nino)*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1986; y P. SERNA, *Positivismo Conceptual y Fundamentación de los Derechos Humanos*, *op. cit.*, p. 240 y ss.; «En defensa de C. S. Nino. Algunas reflexiones sobre el iusnaturalismo», *Persona y Derecho*, 23, 1990, p. 326.

30. Cfr. *Ética y Derechos Humanos*, *op. cit.*, pp. 19-20.

La aproximación al concepto la vamos a realizar desde una triple vertiente: a) teniendo en cuenta los sujetos; b) analizando las funciones que pretende tener este derecho (ello nos permitirá ver qué es lo que pretenden, para qué sirven, para qué se utilizan...); c) y por último, un análisis en el que incluye la estructura y el funcionamiento de los derechos: su relación con los principios que protegen, con elementos valorativos, etc.

Tras haber establecido las conexiones con el sistema moral, el criterio de reconocimiento del derecho por el sistema jurídico, y la existencia de varios conceptos de derecho, podemos recoger una primera definición de derecho que todavía tiene unos atributos abstractos, ya que define el concepto por su pertenencia a unos sujetos. Así «los derechos humanos son derechos morales que se conceden tomando como única propiedad relevante de sus beneficiarios la de pertenecer a la especie humana, de aquí se infiere que todos los hombres poseen un *título igual* a esos derechos en la medida en que todos exhiben en el *mismo grado* esa propiedad relevante³¹». La concreción del concepto de seres humanos aptos para tener derechos la hace a continuación, designando la cualidad de «hombre» en el carácter de «persona moral»: «Los derechos básicos son aquellos derechos morales de que gozan todos los seres con capacidad potencial para tener conciencia de su identidad como un titular independiente de intereses y para ajustar su vida a sus propios juicios de valor³²». La crítica que suscita este planteamiento se refiere a la posibilidad de extender la personalidad moral a los casos en los que las personas no tengan autonomía moral, la tengan de forma potencial (niños), o a los que no la tienen porque no pueden valerse por sí mismos (disminuidos, enfermos...), cuestión que no queda resuelta por Nino³³.

Para poder concretar el concepto, examinaremos dos características que Nino utiliza en su concepto de derechos siguiendo a Dworkin: a) son distributivos e individualizados, proveyendo de recursos u oportunidades a *cada uno* de los individuos que integran la clase

31. Cfr. *Ética y Derechos Humanos, op. cit.*, p. 43. «Los «derechos individuales» son los derechos morales que los hombres tienen no por cierta relación especial con otros hombres, ni por otras circunstancias (...), sino por el hecho de ser hombres. Siendo la propiedad de ser un individuo humano la circunstancia antecedente que sirve de condición suficiente de estos derechos, todos los hombres tienen igual derecho a ellos.» Cfr. *Introducción al Análisis del Derecho, op. cit.*, p. 417.

32. Cfr. *Ética y Derechos Humanos, op. cit.*, p. 47; como veremos más adelante, la adopción de unos determinados valores como el de autonomía e imparcialidad le llevan a referirse a un cierto concepto de persona, cuya identidad no depende de su pertenencia a un grupo. Vid. su conferencia «Positivism and communitarianism: Between Human Rights and Democracy», en *Law and History Seminar*, dirigido por el Prof. Massimo La Torre, Instituto Universitario Europeo de Florencia, abril-mayo 1993, pp. 42-3. Publicado en *Ratio juris*, 7, núm. 1, 1994, pp. 14-40.

33. En el mismo sentido, vid. P. SERNA, *Positivismo Conceptual y Fundamentación de los Derechos Humanos, op. cit.*, p. 216.

que goza del derecho en cuestión (en cambio, las situaciones sociales valiosas que son contenido de objetivos colectivos involucran beneficios *agregativos y no individualizados*), y b) constituyen un *límite o umbral* (triumfos) en contra de medidas fundadas en la persecución de objetivos sociales colectivos. Los derechos individuales constituyen por definición restricciones a la persecución del bien común³⁴. Habría que precisar, sin embargo, que no se trataría de características, sino que serían una funciones o finalidades de los derechos, y servirían para definirlos en esa medida pero no nos dan la característica del concepto, sino que nos señalan la importancia que tienen sus características por lo que representan. Estas funciones claramente identificarían de alguna forma el tipo de sistema moral, que se nos muestra de corte liberal. La contradicción, como veremos más adelante, se encuentra en adoptar un sistema moral procedimentalista para conseguir una neutralidad valorativa, y al mismo tiempo exigir unos requisitos que rompen esta neutralidad.

El concepto de derechos morales en una tercera vertiente en relación a su estructura y que es su definición más precisa, la hace siguiendo a MacCormick: «Se adscribe a alguien el derecho moral de acceder a una situación S (que puede ser la posibilidad de realizar cierta acción o la de disponer de determinados recursos o la de verse librado de ciertas contingencias) cuando el individuo en cuestión pertenece a una clase C y se presupone que S implica normalmente para cada miembro de C un bien de tal importancia que debe facilitarse su acceso a S y es moralmente erróneo impedir tal acceso³⁵». Los derechos morales serían situaciones tales en que el acceso a un determinado estado de cosas es valioso o constituye un bien para los individuos de una cierta clase, de forma que su privación resulte incorrecta o indebida. En esta definición trata de evitar introducir el concepto de deber moral, y por eso utiliza la distinción entre *duty* y *ought to*³⁶. Esto es así, ya que si un principio moral básico establece un derecho, también está estableciendo deberes de forma compleja. En el concepto de derecho subjetivo existe un correlato con el deber subjetivo³⁷. Por lo que si no diferenciamos la cuestión, nos podría-

34. *Ética y Derechos Humanos, op. cit.*, pp. 34-35.

35. *Ética y Derechos Humanos, op. cit.*, p. 40.

36. Para un tratamiento de esta distinción, *vid.* J. C. BAYÓN, *La Normatividad del Derecho: Deber Jurídico y Razones para la Acción*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1991, p. 431 y ss.

37. «La peculiaridad de esta definición radica en que se sustituye la concepción *deóntica* del derecho, aquella que lo vincula siempre y esencialmente con un deber, por una concepción *valorativa*, que conecta la idea de derecho con la idea de un bien para el sujeto titular (...) esta concepción valorativa abre necesariamente la puerta a una teoría de los derechos —y también una teoría ética— que tome como base la idea de naturaleza humana.» Cfr. P. SERNA, *Positivismo Conceptual y Fundamentación de los Derechos Humanos, op. cit.*, pp. 215 y 216

mos encontrar con la misma crítica que se hace a los sistemas que confunden los derechos con los deberes³⁸.

2. SU FUNDAMENTACIÓN DE LOS DERECHOS MORALES

Tendríamos que ver a continuación sobre qué teoría moral fundamenta nuestro autor el concepto de derechos morales. En un nivel meta-ético las doctrinas que defienden los derechos morales son cognoscitivistas, ya que se busca la posibilidad de juicios racionales sobre cuestiones morales. La teoría moral meta-ética³⁹ a la que se adscribe Nino es la denominada por Rawls *constructivismo ético*. El constructivismo ético de Nino⁴⁰ se encuentra en el camino de otros autores que pretenden la superación de las teorías de justicia no cognoscitivistas a través del constructivismo moral (Rawls) y la recuperación de la razón práctica (Habermas, Apel...). Dentro del constructivismo ético se posiciona en lo que llama el «constructivismo epistemológico» que se encuentra en el plano ontológico, entre el individualismo y el colectivismo (a medio camino entre las posiciones de Rawls y Habermas); y en el plano epistemológico entre el

38. Para Rodríguez-Toubes esta propuesta de definición «no parece que satisfaga suficientemente el requisito de autonomía.» Cree «que la adecuada distinción entre lo que “se debe” moralmente hacer y el deber u obligación moral individualizado y posible (NINO, 1989, 37), no logra evitar la circularidad que supone fundamentar los derechos en lo que es correcto y a continuación definir lo correcto en función de los derechos. Porque si justificamos los deberes añadiendo a que en un estado de cosas ‘deber ser’ consideraciones sobre su posibilidad y la situación especial de ciertos individuos respecto a él —como Nino sugiere—, al definir los derechos no bastará la mención de una corrección moral genérica, sino que precisaremos concretarla con aquellas mismas consideraciones, lo que nos devuelve a los deberes. Por otro lado, J. Raz recuerda que hay razones para la acción que no pueden presentarse en términos de deberes estrictos (los únicos que cabría derivar de derechos) *v. gr.*, el deber de suministrar información a quien le sea de interés. De todas formas, esta dificultad —si lo es— no resta peso a la notable construcción fundamentadora de Nino, que constituye un apoyo poderoso a la idea de derechos morales.» Cfr. J. RODRÍGUEZ-TOUBES MUÑIZ, *La polémica sobre la expresión «derechos morales»*, *op. cit.*, p. 353.

39. Para Nino el nivel del discurso moral de la Meta-ética, Ética teórica o Ética analítica (teorías acerca del significado de los conceptos y juicios morales), trata del estudio de la *posibilidad de justificar racionalmente los juicios de valor*, es decir, «si hay alguna forma de demostrar que un juicio de justicia o bondad moral es verdadero o válido de tal modo que esa demostración sea, en principio, asequible a cualquier persona normal que estuviera en las condiciones adecuadas» y, por tanto, de analizar el significado de términos como «justo», «bueno», «deber», «juicios de valor»... de efectuar clasificaciones de teorías éticas y, en general, de elaborar conceptos éticamente adecuados. La posibilidad de justificar racionalmente los juicios valorativos depende de qué clase de juicio son ellos y qué significado tienen las expresiones que se usan típicamente para formularlos. *Vid.* C. S. NINO, *Introducción al Análisis del Derecho*, *op. cit.*, pp. 353-54.

40. *El Constructivismo Ético*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1989.

elitismo y el colectivismo: «la verdad moral parece constituida no por el resultado, sino por los presupuestos de la práctica intersubjetiva del discurso moral. Dado que esos presupuestos exigen la imparcialidad y es sumamente difícil que se tomen en cuenta los intereses de otros si no es mediante su participación en la discusión colectiva...»⁴¹

En una aproximación general establece una característica que hay que dotar de contenido: «Los derechos humanos versan sobre bienes, que normalmente son de importancia primordial o fundamental para sus titulares»⁴². Para delimitar qué es lo que pretende decir con esto hemos de estudiar la relevancia desde el punto de vista de la fundamentación, y para ello tendremos que acercarnos a la distinción que hace Nino entre normas jurídicas y morales. Según Nino, las normas jurídico-morales son aquellas que son aceptadas en virtud de que una norma moral pura legitima la prescripción de cierta autoridad. Para la aceptación de las normas morales puras no es relevante la prescripción de una autoridad; y además no establecen necesariamente derechos⁴³: pueden establecer simplemente el *deber* de obedecer a cierta autoridad o pueden valorar positivamente las consecuencias de obedecer a esa autoridad. Cuando una autoridad legitimada por normas morales puras prescribe el deber de realizar un cierto comportamiento, los beneficiarios de ese comportamiento tienen un *derecho* —según algunas posiciones ello sólo es así cuando, además, se tiene una acción procesal para hacerlo cumplir—. Estos derechos correlativos de deberes que están establecidos por normas jurídico-morales son los que Dworkin llama «derechos institucionales». Las normas morales puras también pueden establecer directamente derechos, que los podemos llamar *derechos fundamentales* para distinguirlos de los derechos institucionales, que también son de índole moral. Para Nino, estos derechos fundamentales o no institucionales «no pueden ser interpretados en el contexto de una concepción liberal de la sociedad como reflejos de deberes de otros, sino como fundamento de tales deberes, una vez que se dan ciertas condiciones adicionales como es la posibilidad de actuar; (...) lo que esos derechos exigen es que cierto estado de cosas valioso *deba* ser obtenido, lo que es diferente que decir que hay un deber de producirlo (como se advierte en inglés

41. *El Constructivismo Ético*, op. cit., p. 14; Vid. tb. *Derecho, Moral y Política*, op. cit., p. 19.

42. Cfr. *Ética y Derechos Humanos*, op. cit., pp. 40-41. Este tipo de aproximación es similar a las de J. FEINBERG, *Social Philosophy*, Englewood Cliffs (New Jersey), Prentice Hall Inc., 1973, p. 83 y M. CRANSTON, *What are Human Rights*, London, 1973, pp. 6-7.

43. Independientemente de la forma en que se determinen los derechos, que tendría que ver con aspectos de su validez, y lo que nos diría es qué tipo de moral (propia, colectiva, positiva...) es la que se establece como la que forma parte del derecho; lo que creo que trata de decir Nino es que detrás de un derecho siempre hay un principio moral, sea cual sea.

con la diferencia entre las palabras *ought* y *duty*)»⁴⁴. El enunciado normativo o se toma en cuenta porque lo ha prescrito una autoridad o por sus propios méritos. «O sea que hay un momento en que es necesario aceptar la proposición de que una autoridad o una práctica social deben ser observadas no por el origen de su formulación, sino por sus méritos intrínsecos. Pero un juicio normativo concerniente a intereses de diferentes personas que es aceptado no por la autoridad que lo pudo haber emitido, sino por sus méritos intrínsecos o por la validez de su contenido, es un *juicio moral*, ya que este tipo de aceptación exhibe la característica de la *autonomía* que desde Kant se ha sostenido, correctamente a mi juicio, que es distintiva de la adopción de normas morales.»⁴⁵. De lo que se trata es que dado que existen unas condiciones que deben ser satisfechas para el desarrollo de la persona moral, éstas tienen una fuerza para obligar lo suficiente fuerte para considerarlas como derechos, y ello aunque los órganos estatales no las reconozcan legalmente como tales⁴⁶.

Pasaremos a continuación a resumir, en palabras del propio Nino, la forma en que el constructivismo ético determina los principios morales que sirven para fundamentar los derechos. La idea central del constructivismo ético es que los juicios morales se justifican sobre la base de presupuestos procedimentales en el contexto de la práctica social del discurso moral que tiene presupuestos estructurales adaptados a sus funciones sociales⁴⁷. «... la justificación de las leyes generalmente no incluye consideraciones morales sustantivas, sino que es una justificación de tipo *procesal*, de modo que los principios morales relevantes generalmente se limitan a determinar las condiciones para la selección de las autoridades políticas y del procedimiento bajo el cual éstas deben actuar, de modo que cuando ellas son satisfechas las leyes resultantes están justificadas»⁴⁸. Para Nino, el consenso obtenido en una discusión moral real, si bien no es constitutivo de principios morales válidos, es un buen indicio para saber cuáles son ellos, ya que la unanimidad entre todos los interesados da una buena garantía de imparcialidad⁴⁹. Lo que se trata, por tanto, es de establecer un procedimiento que permita determinar unos valores morales desde la neutralidad, sin que los presupuestos contengan una predisposición en uno u otro sentido.

El planteamiento y los presupuestos de Nino nos llevan a la determinación de unos principios morales. Por otra parte, a pesar del

44. «Sobre los derechos morales», *op. cit.*, pp. 320-23; *Ética y Derechos Humanos*, *op. cit.*, cap. I.

45. *Derecho, Moral y Política*, *op. cit.*, p. 8.

46. J. RODRÍGUEZ-TOUBES MUÑIZ, *La polémica sobre la expresión «derechos morales»*, *op. cit.*, p. 350.

47. *El Constructivismo Ético*, *op. cit.*, pp. 11 y 13.

48. *Derecho, Moral y Política*, *op. cit.*, p. 12.

49. *El Constructivismo Ético*, *op. cit.*, pp. 15 y 111 y ss.

procedimiento propuesto, el fundamento de los derechos se encuentra en unos bienes de importancia primordial, y esta relevancia hace que se exija su reconocimiento por los organismos jurídicos y políticos. Los bienes se basan en unos principios morales de los que van a derivar los derechos humanos fundamentales, estos principios son:

«1. El principio de inviolabilidad de la persona, que prohíbe imponer sacrificios a un individuo sólo en razón de que ello beneficia a otros individuos; 2. El principio de autonomía de la persona, que asigna un valor intrínseco a la persecución de planes de vida e ideales de excelencia, y 3. El principio de dignidad de la persona, que prescribe tratar a los hombres de acuerdo con sus voliciones y no en relación con otras propiedades sobre las cuales no tienen control»⁵⁰.

La cuestión de cómo seleccionar entre las múltiples condiciones constitutivas de la capacidad de actuar las que integran la libertad de acción, que es parte de la autonomía moral, se soluciona con la adopción de normas que provienen de una moral *ideal* o *crítica*, frente a las de una moral positiva. Pero como esta solución plantea algunas objeciones por problemas metodológicos y de objetividad, Nino recurre a un valor que se puede encontrar en el propio procedimiento que se propone: «... hay un valor que está implícito en la misma práctica de la discusión moral y que no puede ser negado sin incurrir en inconsistencias prácticas: él es, por supuesto, el valor de la autonomía personal»⁵¹. El liberalismo está comprometido a una cierta forma de tratar a la autonomía: «está implícito en el discurso moral liberal el que ninguna persona moral debe ser instrumento de otra y que cualquier principio aceptable de distribución de autonomía debe tomar en cuenta imparcialmente el punto de vista de todas las personas morales. Esto implica (...) que debe maximizarse la autonomía de toda persona moral, salvo cuando ello implique disminuir la autonomía de otra persona moral hasta un nivel inferior al de que se intenta maximizar: de lo contrario, la última persona estaría siendo usada como medio en beneficio de la primera. Esta exigencia de imparcialidad tal vez deriva de la misma idea de autonomía personal cuando esa idea se combina con los requisitos formales de universalidad y generalidad de los principios morales. Tal combinación implica, en primer lugar, una jerarquización de los intereses de cada uno, según su vinculación con el plan de vida elegido; en segundo término, implica un aislamiento de la vida de cada persona respecto de las decisiones de otros»⁵².

50. Cfr. *Ética y Derechos Humanos*, *op. cit.*, p. 46.

51. Cfr. «Liberalismo conservador: ¿liberal o conservador?», *Sistema*, 101, 1991, p. 83.

52. Cfr. «Liberalismo conservador: ¿liberal o conservador?», *op. cit.*, pp. 83-4. «Como los principios de una moral intersubjetiva están dirigidos a preservar la autonomía de los individuos frente a los actos de otros que puedan afectarles, existen razones para que el Estado y otros individuos hagan efectivos estos principios incluso

Los bienes que cumplen estos requisitos serían, por ejemplo, las necesidades básicas. Para Nino, la satisfacción de unas necesidades básicas es central en una concepción liberal de la sociedad, como la que defiende y que denomina «liberalismo genuino»⁵³. «La forma en que el liberalismo puede obtener el difícil equilibrio entre el perfeccionismo y el utilitarismo es admitiendo que esas preferencias, para ser atendibles, deben presuponer una concepción del bien que incluye a la autonomía como elemento central»⁵⁴. La noción de autonomía es básica para entender que lo propio del individuo es la elección de un cierto plan de vida; y una vez que se ha realizado la concreción del plan involucra a todos, ya que todos se encuentran comprometidos a contribuir en los recursos necesarios para que el individuo alcance el mismo grado de éxito o goce que el resto. Lo que quiere decir que para ello deben respetársele, o debe tener cubiertas sus necesidades básicas. Esto hace que el concepto de autonomía se una al de autorrealización⁵⁵ o autodesarrollo⁵⁶ del que ya hablaba Mill⁵⁷. Así, «el reconocimiento de necesidades básicas como dato moral relevante para la distribución igualitaria sirve de escudo de protección del individuo frente a las decisiones y preferencias de otros»⁵⁸. La utilización del concepto de necesidades básicas cumpliría las ideas básicas del liberalismo: que los fines de los individuos deben ser respetados, y que todo individuo es un fin en sí mismo.

* * *

contra aquellos que no quieren adoptarlos libremente.» Cfr. «Moral Discourse and Liberal Rights», *Enlightenment, Rights and Revolution. Essays in Legal and Social Philosophy*, ed. N. MACCORMICK y Z. BANKOWSKI, Aberdeen University Press, 1989, p. 167.

53. Denominación que utiliza frente al «liberalismo conservador». *Vid.*, p. e., su «Liberalismo conservador: ¿liberal o conservador?», *op. cit.* E. Fernández lo denomina «liberalismo igualitario», en la línea de Dworkin: «Como principio de legitimidad social y política el liberalismo igualitario aboga por un principio de legitimidad contractualista, un contrato social liberal-igualitario, en el cual los derechos humanos fundamentales son aquellos derechos morales previos al contrato, por tanto limitadores de las decisiones contractuales, y que ejercen y articulan a través de él.» Cfr. Eusebio FERNÁNDEZ GARCÍA, *La Obediencia al Derecho*, Civitas, Madrid, 1987, p. 15, y pp. 188-9.

54. «Autonomía y Necesidades básicas», *Doxa*, 7, 1990, p. 28.

55. «Autonomía y Necesidades básicas», *op. cit.*, p. 31.

56. Esta tesis se encontraría dentro de las que sostienen la implicación entre el hecho y el valor. A este tipo de planteamientos se les critica que «describen la idea de necesidades a partir de un paradigma antropológico (...) explican que las necesidades están relacionadas con una existencia valiosa y un desarrollo personal también valioso, asumido como algo dado, como un *a priori* ontológico al modo del clásico proceso de transformación de la bellota al roble.» *Vid.* esta crítica en J. DE LUCAS y M. J. AÑÓN, «Necesidades, razones, derechos», *Doxa*, 7, 1990, pp. 64-5.

57. *Vid.* por ejemplo, J. S. MILL, *Utilitarianism*, capt. 5, *Collected Works, Essays on Ethics, Religion and Society*, vol. X, University of Toronto Press, Routledge & Kegan Paul, p. 251.

58. «Autonomía y Necesidades básicas», *op. cit.*, p. 33.

A continuación trataremos algunas observaciones que se le han hecho a Nino, sin llegar a ser exhaustivos y remitiéndonos a críticas más extensas⁵⁹:

1. El primer tipo de críticas se referiría a la insuficiencia de las éticas procedimentales, porque se sustentan en una «racionalidad formal»⁶⁰. Según esto, los juicios morales sólo serían verdaderos en un sentido formal o hipotético, y por tanto lo que importaría desde el punto de vista de la racionalidad sería su coherencia. «Sus propósitos se orientan hacia la “justificación procedimental” de las normas, más que al descubrimiento de la regla del bien.»⁶¹ Aunque hay que decir que lo que pretende nuestro autor es justamente esto, la búsqueda de criterios morales a través de un planteamiento intersubjetivo, ya que, para él, la verdad moral no es algo que se descubra porque sea objetivo⁶². Por esto, creemos que el problema no se encuentra en que sea una moral procedimental, sino en que el procedimiento es una excusa para justificar una determinada moral o un tipo de sistema moral concreto.

2. Una consecuencia de esto, al estudiar realidades ético-sociales (como la justicia y los derechos humanos), es que «el único saber que cabe de ellos es el que se unifica desde las categorías de una ciencia fenoménica o *física* de lo social, esto es, desde la sociología. Por eso la moral de Nino aparece fuertemente teñida como moral social, y la moral individual, simplemente desaparece, o se accede únicamente a las dimensiones exteriores del comportamiento de los agentes morales»⁶³. «... Así, el complejo mundo de lo ético queda referido en exclusiva a su función social, la moral se reduce a moral social y sus conceptos fundamentales, como el de persona, se establecen y definen por rasgos externos o verificables, con las consiguientes dificultades implícitas, ya mencionadas»⁶⁴. Si bien parece

59. Otros aspectos críticos han sido apuntados por C. I. MASSINI, «Filosofía analítica y derechos humanos. Consideraciones sobre la obra de Carlos S. Nino», *Ética y Derechos Humanos, Ethos* 12-13, Buenos Aires, INFIP, 1984-5, pp. 337-352; H. H. HERNÁNDEZ, «Deber jurídico y derecho natural. Reflexiones a partir de una polémica interanalítica», *Ethos* 14-15, Buenos Aires, INFIP, 1986-7, pp. 145-81.

60. «El autor argentino efectúa un análisis de la moralidad en términos puramente formales y funcionales. Su construcción es más bien una metaética, configurada por una parte como filosofía del conocimiento moral, y por otra como análisis de su función social. De la adopción de esta perspectiva formal de acceso a las realidades éticas derivan las insuficiencias que creemos descubrir detrás de su planteamiento.» Cfr. P. SERNA, *Positivismo Conceptual y Fundamentación de los Derechos Humanos*, *op. cit.*, pp. 218 y 229 y ss.

61. P. SERNA, «En defensa de C. S. Nino. Algunas reflexiones sobre el iusnaturalismo», *op. cit.*, p. 326; y *Positivismo Conceptual y Fundamentación de los Derechos Humanos*, *op. cit.*, p. 233.

62. *Vid.* sobre la verdad moral, C. S. NINO, «Democracia y Verdad Moral», *La Nación*, Buenos Aires, 1 de septiembre de 1986.

63. Cfr. P. SERNA, *Positivismo Conceptual y Fundamentación de los Derechos Humanos*, *op. cit.*, p. 234.

64. P. SERNA, *Positivismo Conceptual y Fundamentación de los Derechos Humanos*, *op. cit.*, pp. 245-6.

cierto que no tiene en cuenta el razonamiento moral interno, sin embargo, a esto habría que matizar que lo que Nino trata de reflejar es que las normas jurídicas deben contextualizarse, esto es, no forman parte de acciones o decisiones aisladas, sino que debe tenerse en cuenta su historia y la sociedad en donde se exigen⁶⁵. Sin embargo, la contextualización, o sea el hecho de pertenecer a una sociedad determinada en un momento histórico, no es una propiedad relevante para el disfrute de los derechos por los seres humanos, ya que como hemos visto su carácter moral los hace universalizables⁶⁶.

3. A continuación tendríamos que cuestionar la neutralidad axiológica que se pretende con el método previsto por Nino, y así lo confiesa nuestro autor al sugerir que, al apoyarse «en la práctica social del discurso moral vigente en nuestra cultura»⁶⁷ y cumplir todas las exigencias de su teoría, el resultado da lugar a instituciones jurídicas liberales⁶⁸. Aunque para él esto no quiere decir que sólo los liberales podrían participar en la discusión moral, sino que sus instituciones son las más adecuadas, lo que supone acotar de una forma muy estricta los límites de la moral y encerrarlos en una cultura que aunque nos pueda parecer la mejor de las históricamente vividas, desconoce otros sistemas morales, e incluso otras formas de entender la moral. El constructivismo epistemológico parece caer en un localismo axiológico⁶⁹, y esto puede plantear problemas a la hora de fundamentar los derechos humanos con un mínimo de amplitud, pluralismo o universalidad. Por otra parte, al terminar aceptando que la ideología política a la que conduce es una en concreto, se rompe

65. «Su efectividad, que es decisiva para su carácter de acciones o decisiones jurídicas, está dada por la forma en que ellas se combinan con acciones o decisiones pasadas, presentes y futuras de otros individuos. En otras palabras, la acción o decisión jurídica de un juez, un legislador o un ciudadano consiste en contribuir de una u otra manera a una práctica social continua. Esa práctica social puede estar originada en una norma jurídica concebida como prescripción, que puede haberse expresado en una norma jurídica concebida como texto, y la práctica social misma puede ser concebida como una norma jurídica.» Cfr. «Consecuencialismo: debate ético y jurídico», *op. cit.*, p. 91.

66. *Vid.* «Positivism and Communitarianism: Between Human Rights and Democracy», *op. cit.*, p. 44.

67. *El Constructivismo Ético*, *op. cit.*, pp. 15-6.

68. Frente a este tipo de críticas, Nino mantiene que «la autonomía requiere algunas precondiciones que permiten a la gente elegir y materializar su propia concepción de lo bueno y sus ideales personales; entre estas precondiciones se encuentra la pertenencia al grupo social: pero si esta pertenencia se valora porque es un instrumento de la autonomía, debería hacerse tan voluntaria como sea posible para no frustrar el bien que persigue». Cfr. «Positivism and Communitarianism: Between Human Rights and Democracy», *op. cit.*, p. 41.

69. Por ejemplo, tan sólo señalar que las actuales Declaraciones de derechos que llevan la impronta de la ideología liberal, son resultado de la historia occidental y de su tradición axiológica; y esto a veces nos impide ver los valores de otras tradiciones. *Vid.* en este punto, A. MONZÓN, «Derechos Humanos y Diálogo Intercultural», *Derechos Humanos. Concepto, fundamento, sujetos*, *op. cit.*, p. 120.

la magia de la neutralidad y del razonamiento intersubjetivo, y se cae en una fundamentación monista⁷⁰, ya que no se abre a las posibilidades que promete; y esto, sin dudar que el que se plantee sea un discurso amplio y abierto, y que materialmente puedan ser las instituciones jurídicas liberales «genuinas», en sentido amplio, las más acertadas para que en ellas se desarrolle cualquier tipo de justificación sobre los derechos, y además puedan caber todas. Es decir, el procedimiento que se nos ofrece ya lleva un camino andado y parece difícil apartarse de él, por lo que, si sabemos a donde conduce, no hace falta inventar y utilizar mapas para encontrar el final⁷¹.

4. En relación con los derechos, la propia teoría defendida por Nino plantea algunos frentes problemáticos. En primer lugar, y como habíamos apuntado anteriormente, su concepto de «persona moral» en relación con el valor de la autonomía, reduce extraordinariamente los sujetos que pueden disfrutar de los derechos. En segundo lugar, y en lo referente al contenido, no sólo la reducción a la ideología liberal, sino al ámbito occidental y la falta de conciencia de un pluralismo cultural⁷² hace imposible que podamos hablar de derechos de personas de otras culturas y posiblemente de otras ideologías. Con ello se cercena de alguna manera el contemplar los «derechos» de algunos «indeseables» que nos visitan (por ej., inmigrantes de civilizaciones «primitivas»), y por consiguiente de la existencia de algunos de los derechos llamados de tercera generación. Esto tendría también relación con sus componentes axiológicos: dada la primacía del valor de la libertad, corregida con el calificativo del igualitarismo (formal⁷³), se impediría el paso, o al menos tan sólo se permitiría subsidiariamente hablar del valor de la solidaridad.

70. «A partir de esto puede comprenderse que los distintos elementos que componen la teoría de la justicia resultante de estas bases epistemológicas no pueden quedar suficientemente fundados y, en consecuencia, se terminará por reducir a una pura opción ideológica lo que inicialmente pretendía ser presentado como conjunto de principios de justicia.» Cfr. P. SERNA, *Positivismo Conceptual y Fundamentación de los Derechos Humanos*, *op. cit.*, p. 246.

71. Puede verse una posible contestación a esto en «Moral Discourse and Liberal Rights», *op. cit.*, p. 161: «I think that there is some confusion when it is assumed that autonomy is a property of some plans of life, instead of constituting a capacity to choose as wide a variety as possible of plans of life. This provokes an imperceptible jump from the value of autonomy to the conclusion that some plan of life are better than others and that this is relevant for State action.»

72. *Vid.* A. MONZÓN, «Derechos Humanos y Diálogo Intercultural», *op. cit.*, pp. 118-9. En este artículo se resalta la idea de que los derechos humanos forman parte del patrimonio ético común de la humanidad, y a la vez, que toda cultura o visión del mundo encierra elementos valiosos cuya pérdida afectaría a toda la familia humana. El instrumento que propone para llegar a un consenso evitando reduccionismos es el de un «diálogo intercultural» como interpelación mutua de unas tradiciones culturales por otras.

73. Creemos que es insuficiente esa referencia que tan sólo permite la existencia de los derechos económicos, sociales y culturales: «Los principios de inviolabilidad, de autonomía y de la dignidad de la persona humana que señala Carlos Santiago

5. En cuanto a la fundamentación de los derechos morales en las necesidades básicas, tendremos que saber «cuándo y según qué criterios se puede sostener que hay exigencias éticas justificadas y especialmente importantes, o exigencias morales que constituyen razones fuertes. (...) Lo importante para esta posición, por lo que respecta a la fundamentación, es que los derechos morales encuentran su razón de ser o se justifican por su capacidad para dar respuesta a las necesidades que son básicas y que se desarrollan históricamente»⁷⁴. La crítica que se le hace a este planteamiento es que los derechos morales tendrían virtualidad sólo en el plano de la fundamentación y no en el conceptual, ya que si «es posible sostener también que los derechos morales pertenecen al ámbito de la moralidad y, por tanto, no tienen una correlación en el orden jurídico y, en todo caso, si se da tal correlación, ésta no tiene carácter necesario, sino que se daría como resultado de la posibilidad de argumentar en favor de los derechos morales como razones que pueden justificar la exigencia de un reconocimiento normativo determinado. De ahí, como vengo sosteniendo, que su virtualidad se sitúe en el plano de la fundamentación y no en el conceptual. (...) Pues bien, aquello que puede determinarse como una posición, situación, aspecto o estado de cosas que constituye una razón fuerte puede explicarse, como generalmente se hace, desde construcciones axiológicas o desde la apelación a la noción de necesidades básicas, como he señalado y, por tanto, parece más plausible atribuir directamente un nivel justificatorio o fundamentador a las necesidades básicas sin recurrir, como criterio mediador, al de derechos morales»⁷⁵.

6. Trataremos a continuación la conexión entre los derechos de las minorías y conectado con lo que denomina «valor epistemológico de la democracia»⁷⁶, esto es, el hecho de que una mayoría se haya decantado en favor de un punto de vista, tras una discusión libre, pública y profunda, que sirve como *presunción* de que ése es el punto

NINO pueden dar también pie a la fundamentación de los derechos de un liberalismo igualitario y, por tanto, no reducirse a los derechos individuales básicos, sino ampliarse también a los derechos de tipo social, económico y cultural. Incluso me atrevería a decir que es un liberalismo igualitario la única filosofía que puede hacer posible el reconocimiento de esos tres principios.» Cfr. Eusebio FERNÁNDEZ, *La obediencia al derecho*, *op. cit.*, p. 219.

74. Cfr. M.^a José AÑÓN, «Fundamentación de los Derechos Humanos y Necesidades Básicas», *Derechos Humanos...*, *op. cit.*, p. 111.

75. Cfr. M.^a José AÑÓN, «Fundamentación de los Derechos Humanos y Necesidades Básicas», *op. cit.*, p. 112. *Vid.* en el mismo sentido, J. DE LUCAS, «Algunos equívocos sobre el concepto y fundamentación de los derechos humanos», *op. cit.* Puede también verse mi respuesta a estas críticas en el mismo volumen, «Los Derechos Humanos como Derechos Morales: Aproximación a unas Teorías con Problemas de concepto, Fundamento y Validez», pp. 77-8.

76. *Vid.* *Ética y Derechos Humanos*, *op. cit.*, pp. 387-400; *El Constructivismo Ético*, *op. cit.*, pp. 129-133; y «The Epistemological Moral Relevance of Democracy», *Ratio Juris*, 1991, 4, pp. 36-51.

de vista moralmente correcto, que se alcanzaría como resultado de la discusión desarrollada en condiciones ideales⁷⁷. Bayón subraya su desacuerdo con Nino en relación al presupuesto básico del constructivismo epistemológico que es que, por definición, el individuo aislado nunca puede tener una certidumbre plena acerca de cuáles son verdaderamente las razones operativas subyacentes, ya que no comparte ese presupuesto esencial, al mantener una concepción de las razones para actuar como razones internas⁷⁸. Además, «la argumentación de Nino tropieza con un problema en cuanto a la demarcación del ámbito de validez de las decisiones democráticas. Si se concede (...) que el acuerdo de la mayoría tiene el valor de una presunción epistémica acerca de la verdad moral, siempre cabría preguntar: ¿la mayoría de *quienes?*»⁷⁹. Bayón plantea el problema de la delimitación del procedimiento democrático y que, en algunos supuestos, la postura mayoritaria dentro de marcos históricamente delimitados puede ser perfectamente minoritaria⁸⁰.

La argumentación que parece seguir Nino en relación a las minorías es la que le hace plantearse su papel en la definición y protección de los derechos fundamentales⁸¹, «sea en el reconocimiento constitucional de esos derechos que en general requiere mayorías calificadas, lo que da derecho de veto a las minorías, o sea en la protección a través de organismos judiciales que no son directamente representativos de las mayorías». Y por tanto, se pregunta por qué ha de suponerse que las minorías son mejores que las mayorías para proteger derechos de individuos que a lo mejor forman parte de otras minorías; ya que si bien es cierto que las mayorías pueden poner en peligro los derechos de las minorías también lo pueden hacer otras minorías⁸². Lo que él dice por una parte es complementario: no se le puede dar relevancia a la minoría frente a la mayoría; pero por otra, al proponer la autoridad de la mayoría se enfunda en una carrera imparable hacia la indefinición que apunta Bayón.

Asimismo parece que su concepto de democracia se muestra diferente a otros autores que también tienen unos postulados liberales, y que intentan mostrar la compatibilidad de esta tradición con otras,

77. Cit. por J. C. BAYÓN, *La Normatividad del Derecho: Deber Jurídico y Razones para la Acción*, op. cit., pp. 654-5.

78. J. C. BAYÓN, *La Normatividad del Derecho: Deber Jurídico y Razones para la Acción*, op. cit., p. 654, n. 591.

79. Cfr. J. C. BAYÓN, *La Normatividad del Derecho: Deber Jurídico y Razones para la Acción*, op. cit., p. 655, n. 591.

80. Vid. también la crítica en este punto de M. D. FARRELL, *La Democracia Liberal*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, pp. 25-9.

81. Vid. un análisis del tratamiento jurídico-positivo de los derechos de las minorías en E. BEA, «Los Derechos de las Minorías nacionales: su Protección Internacional, con especial referencia al marco europeo», *Derechos Humanos...*, op. cit., pp. 163-84

82. «Derecho, Moral y Política», op. cit., p. 22.

haciendo «posible una democracia sensible a la diversidad (irreducible) de tradiciones, a los valores éticos y a la solidaridad económica, y, a la vez, de hacer progresar a estas tradiciones en el diálogo mutuo y en el respeto a la herencia moderna»⁸³.

* * *

Reconozco que muchas de estas observaciones me gustaría haberse las hecho al profesor Nino, que seguro que las hubiese acogido, reflexionado y explicado con la extraordinaria amabilidad que le caracterizaba y la sencilla deferencia que tenía hacia los que nos acercábamos a él. Pero, como siempre ocurre, cuando la vida avanza rápido no tenemos tiempo de pararnos en la encrucijada a observar cómo los demás pasan, nos cuesta detenernos a charlar y degustar los segundos que compartimos, y sin darnos cuenta nos sumergimos en esa veloz carrera del tiempo, y cuando llegamos a donde nos propusimos ya es demasiado tarde para añorar lo que perdimos en el camino, porque nos vamos dejando los unos a los otros.

83. Puede verse en este sentido a MacCormick, citado por. A. MONZÓN, «Derechos Humanos y Diálogo Intercultural», *op. cit.*, pp. 125-6. Touraine, citado en este mismo artículo, plantea un modelo de democracia en la etapa de «nueva modernidad» que «consistirá en saber combinar lo universal y lo particular, en aprender a convivir (a dialogar) en una complejidad siempre cambiante.»