

¿DERECHOS MORALES O DERECHOS NATURALES? UN ANÁLISIS CONCEPTUAL DESDE LA TEORÍA JURÍDICA DE RONALD DWORKIN

SUMARIO: I. *Planteamiento del problema.* II. *Ascendencia de los moral rights.* III. *Definición y corrientes que aceptan los moral rights.* IV. *Ronald Dworkin y los moral rights.* V. *Derechos morales o derechos naturales.* VI. *Conclusión.* VII. *Bibliografía.*

I. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

Una de las expresiones que más fuerza ha cogido en los últimos tiempos y que ha servido para calificar a los derechos humanos es la de "derechos morales" o lo que en lenguaje inglés se conoce como *moral rights*. Con esta locución se viene a continuar la interminable polémica sobre la concepción de los derechos humanos que el positivismo jurídico, erróneamente, había creído superada al considerar como derechos humanos aquellos que la legislación positiva concebía como tales, llámense estos derechos fundamentales, libertades públicas o derechos subjetivos.¹

Esta "nueva" noción con la que ahora se pretende llamar a los derechos humanos es la que, en palabras de alguno de sus seguidores, intenta superar el círculo vicioso en el que generalmente se ha encerrado el iusnaturalismo y el iuspositivismo.² Sin embargo, y a pesar de los diversos intentos que se han hecho por alcanzar dicho objetivo, parece que esa presunta superación dista mucho de haber sido lograda. Hoy, desde las más diversas posturas teóricas y con los más distintos argumentos, la disyuntiva: derecho natural *vs.* derecho

1 Para un análisis de la problemática que encierra la pluralidad terminológica de los derechos humanos: *cfr.* Pérez Luño, A. E., *Derechos humanos, Estado de derecho y Constitución*, 4a. ed., Madrid, Tecnos, 1991, pp. 22-50; Bidart Campos, G. J., *Teoría general de los derechos humanos*, México, UNAM, 1993, *passim*; Peces Barba, G., *Curso de derechos fundamentales*, Madrid, Eudema, 1991, pp. 19-33, y Sánchez Ferriz, R., *Estudio sobre las libertades*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1989, pp. 17-53.

2 *Cfr.* Fernández, E., *Teoría de la justicia y derechos humanos*, Madrid, Debate, 1991, p. 109.

positivo, parece ser inevitable.³ En este sentido, el ejercicio teórico de cualquier estudioso del derecho, impone cuestionarse sobre lo siguiente: ¿qué tan cierta es la pretendida superación que la noción "derechos morales" hace de las teorías iuspositivistas e iusnaturalistas? ¿Existe semejanza con alguna de estas dos teorías, o efectivamente nos encontramos ante una noción superadora de ambas?

Con las siguientes consideraciones nos proponemos exponer cuáles podrían ser los conceptos o mejor dicho, el concepto con el que más se identifican los *moral rights*. Pretendemos desarrollar lo anterior a la luz del pensamiento de uno de los autores más reconocidos en el discurso filosófico-jurídico contemporáneo, y quien ha sido además uno de los teóricos más proclives a entender los derechos humanos como derechos morales, nos referimos al sucesor de Hart en la cátedra de la Universidad de Oxford de Ronald Dworkin.

II. ASCENDENCIA DE LOS *MORAL RIGHTS*

La locución *moral rights* proviene del pensamiento anglosajón, adquiriendo especial fuerza en la cultura jurídica de habla castellana. Entre los profesores de esta lengua que han preferido emplear la expresión *moral rights* para calificar a los derechos humanos están, por ejemplo, el profesor argentino recientemente fallecido Carlos Santiago Nino, quien en nuestra opinión ha sido el que más y mejor ha explicado dicha idea en tal cultura.⁴ Al lado de dicho profesor y dentro de la misma escuela analítica de la filosofía jurídica, la doctrina española es quien también ha hecho suya dicha expresión y la ha empleando en sus argumentos.⁵

3 Sólo por mencionar dos de las posturas antagónicas, sobre la concepción y entendimiento de lo que son los derechos humanos en el mundo anglosajón: cfr. Finnis, J., *Natural law and Natural rights*, Oxford, Clarendon Press, 1984, *passim*, y Dworkin, R., *Life's Dominion. An argument about abortion, Euthanasia and individual freedom*, New York, Knopf, 1993, *passim*.

4 Cfr. Nino, C. S., *Ética y derechos humanos. Un ensayo de su fundamentación*, Buenos Aires, Paidós, 1984, *passim*; cfr. Nino, C. S., *Introducción al análisis del derecho*, Buenos Aires, Astrea, 1980, *passim*.

5 Sólo por mencionar algunos autores españoles, podríamos citar: Fernández, E., *op. cit.*, Madrid, Debate, 1991; Laporta, F., "Sobre el concepto de derechos humanos", *Doxa* 4, Alicante, 1987; Ruiz Miguel, A., "Los derechos humanos como derechos morales, ¿entre el problema verbal y la denominación confusa?", en *El fundamento de los derechos humanos*, Debate, Madrid, 1989; Rojo Sanz, J. M., "Los derechos morales en el pensamiento angloamericano", *Anuario de Derechos Humanos* 3, Madrid, 1988-1989; Guisán, E., "Una justificación utilitarista de los derechos humanos", en *El fundamento de los derechos humanos*, Madrid, Debate, 1989.

Un análisis general de lo que significa la expresión *moral rights* nos tiene que llevar a decir que ésta, al intentar explicar el fundamento de los derechos humanos, lo hace radicar no en el derecho positivo sino en un dato prepositivo, anterior al derecho estatal y diferente del ordenamiento vigente, en definitiva, ese dato previo al que se refiere es de índole moral. En una "moralidad básica", como la llaman sus seguidores, es donde radica el fundamento de los derechos humanos o morales. El fundamento de estos derechos, por tanto, es axiológico-valorativo, en torno a exigencias que se consideran indispensables para asegurarle al hombre tener una vida digna. Son, en definitiva, exigencias derivadas de la idea de dignidad humana que merecen ser respetadas y garantizadas por el poder político y el derecho.⁶

Lo anterior nos hace reconocer dos características identificatorias del discurso jurídico-filosófico contemporáneo. Por una parte, el explícito abandono del positivismo jurídico, tanto método como ideología en la comprensión general del derecho;⁷ y por otra, la puesta en evidencia de la estrecha vinculación entre el derecho y la moral que el formalismo jurídico había pretendido separar.⁸ Esta última característica es sobre la que Dworkin va a insistir principalmente,

6 Cfr. Fernández, E., *op. cit.*, p. 107.

7 Defensores radicales del positivismo jurídico parece que también van abandonando dicha teoría como forma de explicar el derecho. Al respecto, el mismo Bobbio nos dice: "Admito que el positivismo está en crisis, no sólo como ideología y como teoría, como por otra parte, yo mismo había admitido, sino incluso como modo de acercarse al derecho. He comenzado diciendo que el positivismo nace como decisión científica. Permítaseme reconocer ahora que detrás de esta elección o decisión científica se esconde una exigencia política. Políticamente, el positivismo supone la aceptación del *status quo*. Y en cuanto tal, está sujeto como todas las decisiones a sufrir los altibajos de la historia [...] Y de ahí que la concepción positivista resulte buena o mala, según que se considere buena o mala la situación a conservar". Y concluye del modo más impresionante con estas consideraciones: "Habíamos venido con la idea de concluir: ha muerto el positivismo, viva el positivismo. Creo que vamos a salir exclamando: Ha muerto el positivismo jurídico, viva el iusnaturalismo". Bobbio, N., *Tavola rotonda sul positivismo giuridico*, Pavia, Milán, Giuffrè, 1966, p. 73.

8 Como regla general de los tiempos actuales, podría decirse que la ruptura entre la ética y el derecho, propuesta por la *Teoría pura del derecho* y la filosofía política moderna, son poco aceptables en los análisis científico y filosófico de las ciencias prácticas. Por irse a un extremo, el propio Hart ha señalado los muchos y diferentes tipos de relaciones que se establecen entre el derecho y la moral; de este modo señala: "Así, no puede discutirse seriamente que el desarrollo del derecho, en todo tiempo y lugar, ha estado de hecho profundamente influido tanto por la moral convencional y los ideales de grupos sociales particulares, como por formas de crítica moral esclarecida, formulada por individuos cuyo horizonte moral ha trascendido las pautas corrientemente aceptadas [...]". Hart, *The concept of law*, trad. G. R. Carrió, 2a ed., Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1995, p. 229.

y sobre la cual haremos hincapié particularmente a lo largo de este trabajo. Ejemplo de esto último son las afirmaciones del profesor argentino Carlos Santiago Nino, quien parece reconoce dicha vinculación al aceptar la "existencia de al menos dos conexiones intrínsecas entre el derecho y la moral, una vez que se rechaza la existencia de una conexión de índole 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".⁹

Son estas dos, las notas identificatorias que representan no sólo a la filosofía jurídica de hoy, sino igualmente a la filosofía política y moral de finales del siglo XX. Baste simplemente mencionar que autores como John Rawls,¹⁰ Norberto Bobbio,¹¹ A. Macintyre,¹² y el mismo Ronald Dworkin en su ya conocido libro *Foundations of liberal equality*,¹³ han venido interesándose cada vez más por abordar en sus estudios alguna de las consideraciones anteriores.

Volviendo nuevamente a lo que venimos diciendo, insistamos en que la idea central de la expresión *moral rights*, tal y como lo hemos anunciado, señala que estos derechos encuentran su fundamento no en el derecho (nos referimos al derecho positivo) sino en la moral. De este modo se ha señalado que con "ésta afirmación fundamental, los escépticos en materia ética podrán aceptar la tesis de que los derechos humanos son derechos establecidos por principios morales".¹⁴ De este modo, cuando se habla de *moral rights*, en alusión a los derechos humanos, se está indicando una negación de todo fundamento jurídico de los derechos del hombre. El fundamento de estos derechos se encuentra en la ética, en las exigencias que se

9 Cfr. Nino, C. S., "Derecho, moral y política", en *Crisis del derecho y sus alternativas*, congreso organizado por el Consejo General del Poder Judicial, noviembre-diciembre de 1992, p. 15.

10 Cfr. Rawls, J., *A theory of justice*, Cambridge, The berkiknap press of Harvard University, 1971. Del mismo autor cfr. *Political liberalism*, trad. del cast. por S. R. Madero Báez, México, FCE, 1995, *passim*.

11 Cfr. Bobbio, N., *El futuro de la democracia*, trad. del cast. José F. Fernández Santillán, México, FCE, 1996, *passim*, y Norberto Bobbio: *el filósofo y la política (antología)*, México, FCE, 1996, pp. 229-302.

12 Cfr. Macintyre, A., *After virtue*, Notre Dame, Notre Dame Press, 1981, *passim*.

13 Hay una traducción al castellano hecha por Antoni Domènech en ediciones Paidós de 1991, bajo el título de *Ética privada e igualitarismo político*.

14 Nino, C. S., *Ética y derechos humanos...*, cit., p. 19.

presentan como indispensables para una vida digna del ser humano, pero estas mismas serían realmente "derechos", sólo hasta que se encontraran incorporados en un sistema de normas, es decir, en el derecho positivo. Antes de esta incorporación, los *moral rights* serían sólo eso: derechos morales. En este sentido, únicamente se hablará de derechos humanos cuando el derecho positivo así los formule.¹⁵

Observemos cómo los seguidores de los *moral rights* aceptan, con la afirmación anterior, la estrecha vinculación entre lo jurídico y lo moral en la consideración general del derecho. Sin embargo, hay que hacer notar que a pesar del nexo reconocido entre ambas disciplinas, parece que estos pensadores hacen una reducción del derecho, al identificarlo con una característica de éste: la coacción, ya que sólo mediante ésta se aseguraría la obligatoriedad de esas exigencias morales prejurídicas. Luego entonces, los derechos humanos, derechos morales o exigencias prejurídicas, carecerían de exigibilidad hasta en tanto no pasaran del plano puramente axiológico al terreno meramente coactivo.

III. DEFINICIÓN Y CORRIENTES QUE ACEPTAN LOS *MORAL RIGHTS*

Algunos autores¹⁶ han señalado que se pueden distinguir dos corrientes diversas dentro de los pensadores españoles que se han referido a los derechos morales. En un primer grupo se incluyen aquellos teóricos que adoptan una posición iusnaturalista, abierta a la historia, y por tanto, flexible (entre los autores que se mencionan en esta primera postura se encuentran Pérez Luño y Eusebio Fernández); una segunda vertiente más racionalista, rechaza las dimensiones históricas y reivindica unos derechos morales universales, absolutos e inalienables (Francisco Laporta y Ruiz Miguel).¹⁷

Dicha diferenciación, en nuestra opinión, resulta forzada si tomamos en cuenta que en la cultura anglosajona existe una común identificación entre los *moral rights* y lo que la tradición ha venido conociendo como derechos naturales, de modo que hacer alguna distinción puede parecer forzada. Hart hablando precisamente sobre dicha identificación se ha referido a ello al señalar: "Sostendré la tesis de que si hay derechos en el campo moral, entonces se sigue de ahí que hay por lo menos un derecho natural, a saber, el derecho

15 Bidart Campos, G. J., *op. cit.*, pp. 79-80.

16 Cfr. Peces Barba, G., *op. cit.*, p. 29.

17 Cfr. *ibidem*, supra nota 5.

igual de todos los hombres a ser libres".¹⁸ Refiriéndose a este derecho, señala más adelante que "Este derecho (se refiere al derecho igual de todos los hombres a ser iguales) es el que tienen todos los hombres en tanto que hombres y no únicamente si son miembros de cierta sociedad o se encuentran en alguna relación especial entre sí. Este derecho no es creado o conferido por la acción voluntaria de los hombres".¹⁹ Finalmente, señala Hart "[...] lo típico es concebir los derechos como poseídos por o como pertenecientes a individuos, y estas expresiones reflejan aquella concepción de las reglas morales con arreglo a la cual éstas no se limitan a prescribir conducta, sino que además constituyen un tipo de propiedad moral de los individuos, a la que éstos tienen título en tanto que individuos; sólo cuando las reglas son concebidas de esta manera, podemos hablar de derechos y transgresiones (*rights and wrongs*), así como de acciones correctas e incorrectas (*right and wrong actions*)".²⁰

1. Definición

No existe una definición de los *moral rights*, sin embargo, tomando las ideas expuestas por Hart, Nino reconoce, en términos parecidos a como lo hace el profesor de Oxford, que estos derechos son:

aquellos derechos individuales que los hombres tienen no por cierta relación especial con otros hombres, ni por ocupar determinado cargo o función, ni por ciertas particularidades físicas o intelectuales, ni por ciertas circunstancias en las que un individuo puede encontrarse, sino por el hecho de ser hombre. Siendo la propiedad de ser individuo humano la circunstancia antecedente que sirve de condición suficiente de estos derechos, todos los hombres tienen un título igual a ellos.²¹

18 Hart, H. L. A., "Are there any natural rights?", trad. al cast. de G. Carrió, en *Derecho y moral, contribuciones a su análisis*, Buenos Aires, Depalma, 1962, p. 65.

19 *Idem*, p. 66.

20 *Idem*, pp. 77-78. Dentro de la propia cultura sajona, John Finnis ha señalado que los derechos humanos o naturales son derechos morales de carácter general y fundamental, mientras que los derechos morales en sentido estricto tienen un carácter particular y concreto. Cfr. Finnis, J., *Natural law and natural rights*, Oxford, Clarendon Press, 1980, pp. 198-199.

21 Nino, C. S., *Introducción al análisis del derecho*, Buenos Aires, Astrea, 1980, p. 417. En este mismo sentido cfr. Truyol y Serra, A., *Los derechos humanos, declaraciones y convenios internacionales*, Madrid, Tecnos, 1984.

2. Características

De lo hasta ahora señalado, podemos destacar, en forma general, los siguientes caracteres identificatorios de los derechos humanos como derechos morales:

- a) Con el término "derechos morales" se pretende describir la síntesis entre los derechos humanos, entendidos como exigencias éticas o valores, y los derechos humanos entendidos paralelamente como derechos.
- b) Si consideramos lo anterior, tenemos que admitir también que el origen y fundamento de estos derechos nunca puede ser jurídico, sino previo a lo jurídico. El derecho, entendido éste en sentido formal, no crea los derechos humanos. Su labor consiste en el simple reconocimiento de tales derechos, convirtiéndolos en normas jurídicas garantizadas en el derecho positivo.
- c) De lo anterior, solamente los derechos morales pueden ser considerados como derechos humanos. De este modo, el sustantivo "derechos" expresa la idea de que los derechos humanos están a caballo entre las exigencias éticas y los derechos positivos, pero también la necesidad de que para su auténtica realización los derechos humanos estén incorporados en el ordenamiento jurídico.²²

IV. RONALD DWORKIN Y LOS *MORAL RIGHTS*

Una vez expuestos someramente los rasgos identificatorios y la forma general en la que se entienden los *moral rights*, es oportuno analizar la concepción que de estos derechos se encuentra en la teoría jurídica de Ronald Dworkin.

Dworkin es actualmente sucesor de Hart en la cátedra de jurisprudencia en la Universidad de Oxford y es también uno de los pensadores más importantes, junto a John Rawls, de la filosofía jurídica y política de la cultura anglosajona.

La teoría de Ronald Dworkin acerca del derecho y la justicia, no resulta fácil de resumir ni tampoco de analizar, pues no es un autor que pueda ser considerado como defensor de una teoría determina-

²² Para la caracterización de los derechos humanos como derechos morales, hemos utilizado el libro de Fernández, E., *op. cit.*, pp. 104-126.

da. Sin embargo, podemos comenzar caracterizando su postura a partir de tres notas que la identifican. Es, primero, una postura anti-positivista; en este sentido, Dworkin es considerado como crítico del positivismo jurídico; segunda, es un crítico de utilitarismo propuesto por Bentham y Austin; tercera, Dworkin es un pensador que, contrario a los que algunos teóricos propugnan hoy en día acerca de la sustitución del liberalismo, él define y defiende la tesis propuesta por la filosofía liberal del conservadurismo.

1. *Teoría jurídica*

La teoría jurídica del profesor de Oxford comienza reconociendo que el derecho puede ser entendido al menos en tres sentidos: a) en primer lugar, en cuanto tipo distinto y complejo de instituciones sociales, porque se reconoce que en determinada sociedad existen algunos "rasgos" que hacen saber que en dicha sociedad hay derecho;²³ b) se entiende también al derecho como las leyes o reglas de derecho, como distintos tipos de reglas o normas con una índole especial de antecedente u orígenes;²⁴ c) por último, acepta igualmente que el derecho es fuente peculiar de la que emanan ciertos derechos, deberes, poderes y relaciones interpersonales.²⁵

Para los efectos de este trabajo, y por lo que a los derechos y deberes de la persona respecta, pondremos mayor atención en la tercera forma de entender el derecho, es decir, en aquella postura que asume Dworkin acerca de la necesidad que tiene el jurista de resolver o decidir un caso particular que le ha sido asignado.²⁶ En

23 "Decimos que el derecho es una de las más dignas conquistas del hombre, o que es un instrumento por el cual el poderoso oprime al débil, o que es más primitivo en unas sociedades que otras". Dworkin, R. (comp.), *The philosophy of law*, trad. al cast. por J. Sáinz de los Terreros, México, FCE, 1980, p. 8.

24 "La noción de ley o de norma jurídica como una clase determinada de normas, presupone la idea de derecho como institución social, porque sólo las normas promulgadas o elaboradas dentro de tal institución, pueden ser verdaderas leyes. Cualquier teoría sobre el derecho como institución, es probable que incluya o sugiera una teoría sobre la esencia de la leyes". *Idem*, p. 12.

25 "Los juristas utilizan proposiciones jurídicas para describir o declarar ciertas relaciones, en especial de derechos y deberes, dentro de la institución del derecho, y cuando discrepan sobre estas relaciones, discuten la validez de tales proposiciones". *Idem*, p. 14.

26 Esta teoría no sólo parece tener como objeto de análisis la actividad jurisdiccional, sino también la labor que llega a realizar el jurista, al razonar y argumentar sobre el derecho.

definitiva, la teoría jurídica de Dworkin se coloca en lo que nosotros identificamos como decisionismo judicial.

En este sentido, Dworkin pretende hacer ver que en la decisión judicial, el jurista ha de echar mano de lo que, según él, constituye el universo jurídico, es decir, de normas, directrices y principios. Al respecto escribe el profesor de Oxford: "Mi estrategia se organizará en torno al hecho de que cuando los juristas razonan o discuten sobre derechos y obligaciones jurídicas, especialmente en aquellos casos difíciles en que nuestros problemas como tales conceptos parecen agudizarse más, echan mano de estándares que no funcionan como normas, sino que operan de manera diferente, como principios, directrices políticas y otro tipo de pautas".²⁷

La anterior diferenciación la emplea Dworkin como una primera arma contra el positivismo, al señalar que éste reduce y simplifica el derecho de una comunidad al sólo conjunto de normas empleadas por la comunidad, con el propósito de determinar qué comportamiento será castigado o sometido a coerción por los poderes públicos.²⁸

Según Dworkin, en este conjunto de normas jurídicas válidas, se agota el concepto de derecho que el positivismo ha propuesto, y que en la resolución judicial puede llevar a la discrecionalidad del juzgador, cuando no hay una norma que cubra claramente el caso de alguien, entonces, dice Dworkin, el caso no se puede decidir "aplicando la ley".

De la distinción hecha por Dworkin entre normas, directrices y principios, define a la directriz, o como él la llama, "directriz política", como "el tipo de estándar que propone un objetivo que ha de ser alcanzado; generalmente, una mejora en algún rasgo económico, político o social de la comunidad".²⁹ Por otra parte, distingue como principio "un estándar que ha de ser observado, no porque favorezca o asegure una situación económica, política o social que se considera deseable, sino porque es una exigencia de justicia, de equidad o alguna otra dimensión de la moralidad".³⁰

Con la afirmación anterior, es claro que el profesor de Oxford acepta la estrecha vinculación entre el derecho y la mora, y rechaza con esto la falsa pretensión positivista-formalista de la separación ta-

²⁷ Dworkin, R., *Taking rights seriously*, trad. al cast. por M. Gustavino, 2a. ed., Barcelona, Ariel, 1989, p. 72.

²⁸ Cfr. *idem*, p. 65.

²⁹ *Idem*, p. 72.

³⁰ *Ibidem*.

jante entre estos dos órdenes normativos, "una concepción del derecho que niegue la separación absoluta entre el derecho y la moral, y que no acuda a principios de justicia material preestablecidos —como lo hacía el viejo iusnaturalismo— es una doctrina peligrosa. Y es peligrosa porque Dworkin demuestra que en la práctica jurídica de los tribunales, la distinción entre el derecho y la moral no es tan clara como lo sostienen los positivistas".³¹

2. Diferencias entre principios y normas

La diferencia marcada por el mismo Dworkin entre principios jurídicos y normas jurídicas es lógica. "Ambos conjuntos de estándares apuntan a decisiones particulares referentes a la obligación jurídica en determinadas circunstancias, pero difieren en el carácter de la orientación que dan".³² Mientras que las características de las reglas es que éstas son dadas y una vez que esto sucede, la respuesta que dan tendrá necesariamente que ser aceptada. Por el contrario, y como el mismo Dworkin lo advierte, el principio es algo que debe tomarse en cuenta, y si éste resulta relevante, servirá entonces para orientar la dirección de un conflicto en uno u otro sentido.

Otra distinción igual de importante que la anterior³³ señala que entre los principios y las reglas o normas, éstos mantienen una dimensión de peso o importancia que las normas no tienen. Cuando existen principios en conflicto, la decisión se toma en función del peso de éstos. "En esto no puede haber, por cierto, una mediación exacta, y el juicio respecto de si un principio y directriz en particular es más importante que otro, será con frecuencia motivo de controversia. Sin embargo, es parte esencial del concepto de principio el que tenga esta dimensión, que tenga sentido preguntar qué importancia o qué peso tiene".³⁴

Los principios hacen siempre referencia a la justicia y a la equidad. Las normas, o se aplican o no se aplican, en cambio, los principios le dan al juzgador razones "morales" para decidir en un sentido o en otro. Así, la labor del juez no se limita a la aplicación literal de lo establecido en el texto normativo, sino que permite que

31 Calsamiglia, A., "Ensayo sobre Dworkin", *Los derechos en serio... op. cit.*, pp. 8-11.

32 Dworkin, R., *Taking rights... op. cit.*, p. 75.

33 Para un análisis detallado de las diferencias existentes entre normas y principios, cfr. Vigo, L. R., *Perspectivas iusfilosóficas contemporáneas*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1991, pp. 170-172.

34 Dworkin, R., *Taking rights... op. cit.*, p. 78.

el juez pueda incluso desentenderse de dicha norma y emplear para su argumentación un principio que considere importante. El razonamiento jurídico, según Dworkin, invoca y utiliza principios que los tribunales desarrollan lentamente mediante un largo proceso de razonamiento y de creación de precedentes. Estos principios son específicamente morales. En consecuencia, el razonamiento jurídico depende del razonamiento moral, en el sentido de que los principios morales juegan un papel muy importante en el razonamiento jurídico, especialmente en los casos difíciles. Y, por tanto, la tesis central del positivismo —la separación entre el derecho y la moral— es falsa; no se puede separar el razonamiento jurídico del razonamiento moral.

Tal y como desarrolla el tema de los principios, Dworkin sostiene que incluso en aquellos casos difíciles, éstos encuentran una solución correcta. Ante un caso extraordinario, es posible que no se pueda aplicar ninguna norma, sin embargo, esto no descalifica la posibilidad de aplicar para este mismo caso un principio.

Como se puede ver, aceptar la existencia y aplicación de principios, en la resolución judicial tal y como se observa en la teoría de Ronald Dworkin, que es en el fondo, y según lo visto, un ataque frontal al positivismo jurídico, nos lleva igualmente a considerar que la tesis de los derechos humanos propuesta por la teoría positivista, es decir, aquella que considera la existencia de tales derechos, sólo cuando éstos se encuentran previstos en las normas jurídicas, es también cuestionada con las afirmaciones anteriores.

Esto último lo deja igualmente ver en su obra: “El positivismo jurídico no acepta la idea de que los derechos puedan preexistir a cualquier forma de legislación; es decir, rechaza la idea de que a los individuos o a los grupos puedan adjudicárseles otros derechos que los explícitamente previstos en el conjunto de las normas explícitas que componen la totalidad de la jurisprudencia de una comunidad”.³⁵ Para el positivismo jurídico, por tanto, los individuos tienen derechos legales, sólo en la medida en que éstos han sido creados en virtud de decisiones políticas explícitas o de una práctica social explícita.³⁶

³⁵ En este mismo sentido, señala más adelante que “gran parte de la oposición de la teoría dominante, es consecuencia de una idea que promovió Bentham: que los derechos naturales no pueden tener lugar alguno en la metafísica que se precie de empírica”, *idem*, p. 36.

³⁶ *Idem*, p. 37.

Contra esta postura, Dworkin sostiene la existencia de derechos preexistentes, y a pesar de negar expresamente que su teoría pueda enmarcarse dentro de aquellas que aceptan elementos metafísicos, admite que los individuos tienen derechos, aun cuando éstos no estén positivados en ningún texto legal. El anterior argumento parece vincularse más con postulados iusnaturalistas, que explican igualmente la preexistencia de los derechos que a los postulados positivistas o puramente formalistas.

Sin embargo, la teoría propuesta por el profesor de Oxford pretende ir más lejos, y contrario a lo establecido por la filosofía utilitarista, reconoce que las personas gozan para sí de ciertos derechos preexistentes, y que "ninguna meta colectiva puede ser razón justificatoria suficiente para negarles lo que, en cuanto individuos, desean tener o hacer, o cuando no justifica suficientemente que se les imponga alguna pérdida o perjuicio".³⁷ En definitiva, dice Dworkin, "Los derechos individuales son triunfos políticos en manos de los individuos".³⁸

Parece claro que la tesis anterior viene a reforzar la postura dworkiniana sobre la vinculación íntima entre derecho y moral, colocando además en tela de duda aquel intento de fundamentación de los derechos humanos que pretende encontrar éste en la aceptación generalizada de estos derechos.³⁹ De acuerdo con lo anterior, los derechos humanos o derechos de las personas, jamás podrían ser sacrificados en nombre del bienestar colectivo, ni tampoco podrán dar paso a intereses, por más que éstos intenten justificar la arbitrariedad

37 *Ibidem*.

38 *Ibidem*.

39 La tesis de la fundamentación de los derechos humanos, radicada en el consenso, se le ha atribuido generalmente a Norberto Bobbio; sin embargo, Jacques Maritain había ya señalado con anterioridad que era posible hacer a un lado la fundamentación filosófica y buscar las coincidencias en las conclusiones prácticas. Bobbio retoma esta idea y textualmente señala lo siguiente: "Pero cuando digo que el problema cada vez más urgente frente al que nos encontramos no es el problema del fundamento, sino el de las garantías, quiero decir que consideramos el problema del fundamento no como inexistente sino como, en un cierto sentido, resuelto, de tal modo que no debemos preocuparnos más de su solución. En efecto, hoy se puede decir que el problema del fundamento de los derechos humanos ha tenido su solución en la Declaración Universal de Derechos Humanos aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 10 de diciembre de 1948 [...] La Declaración Universal de Derechos Humanos representa una manifestación de la única prueba por la que un sistema de valores puede ser considerado humanamente fundado y, por tanto, reconocido: esta prueba es el consenso general acerca de su validez". Bobbio, N., *L'Età dei diritti*, trad. al cast., por R. de Asís Roig, Madrid, Sistema, 1991, p. 64.

de sus decisiones; de este modo, ni siquiera el consenso posibilitará la limitación de los derechos de las personas.

En este sentido, Dworkin rescata para la filosofía del derecho y para la teoría general de los derechos humanos, un concepto clásico, herencia de la tradición aristotélico-tomista y fundamento de los derechos: el concepto de persona, concepto éste que se sobrepone a cualquier colectivismo o estatismo. Estos derechos se encuentran en la persona y tienen su reflejo práctico en el comportamiento que los individuos llevan a efecto a través de sus acciones, es decir, en la moralidad. De ahí parece necesario aceptar la tesis de que cualquier sistema jurídico moderno mantenga una vinculación estrecha con la moral. Argumenta el propio Dworkin: "Nuestro sistema constitucional descansa sobre una determinada teoría moral, a saber, que los hombres tienen derechos morales en contra del Estado. Las cláusulas difíciles del *Bill of Rights*, como las cláusulas de igual protección y de proceso debido, deben ser entendidas como apelaciones a conceptos morales, más que como el establecimiento de determinadas concepciones; por consiguiente, un tribunal que asuma la carga de aplicar plenamente tales cláusulas como derecho, debe ser un tribunal activista, en el sentido de que debe estar preparado para formular y resolver cuestiones de moralidad política".⁴⁰

3. *Derechos básicos e institucionales*

La distinción hecha por Dworkin entre derechos básicos e institucionales apoya, en parte, la afirmación anterior. Los primeros son aquellos derechos válidos de manera abstracta contra las decisiones tomadas por la comunidad o la sociedad como tales. Por su parte, los derechos institucionales, considerados más específicos, son válidos contra una decisión tomada por una institución específica. En el primero de los casos, es evidente que estos derechos reflejan un claro ataque al utilitarismo propio de la filosofía liberal clásica;⁴¹ por su parte, los derechos institucionales, como normas jurídicas más específicas, son aquellos que regulan los derechos de los individuos y que los salvaguardan, en el plano legal, de aquellas decisiones asu-

40 Dworkin, R., *Taking rights... op. cit.*, p. 231.

41 "En este sentido, el propio Dworkin deja perfectamente claro que los derechos individuales no son sino triunfos frente a la mayoría y, por tanto, ninguna directriz política ni tampoco ningún objetivo social puede ser óbice frente a un auténtico derecho". Calsamiglia, A., "Ensayo sobre Dworkin", *op. cit.*, p. 16.

midas por un tribunal, por un órgano administrativo, en definitiva por el poder estatal.

Según lo anterior, es claro que Dworkin acepta que al lado de los derechos legales propiamente dichos (reconocidos en los textos escritos), existe otro tipo de derechos cuyo fundamento jamás será el consenso social reconocido en una norma sino, según lo hemos visto, un cierto tipo de moralidad básica.

Estos derechos morales básicos encuentran su reflejo más evidente en la misma decisión judicial, particularmente en la resolución de los casos más difíciles. El presente esquema se puede resumir de la siguiente manera: *a)* En todo proceso judicial existe un juez que tiene la función de decidir el conflicto —primera característica del razonamiento dworkiniano—; *b)* existe un derecho a vencer en el conflicto, y el juez debe indagar a quién corresponde vencer —facultad resolutoria del juzgador, quien decidirá a partir de dos presupuestos: el derecho legal o el razonamiento prelegal—; *c)* el derecho a vencer existe siempre, aunque no exista norma exactamente aplicable. El juez, por tanto, puede resolver aun cuando no exista un derecho legal o existiendo éste, pueda prescindir del mismo; *d)* en los casos difíciles, el juez debe conceder la victoria a una parte, basándose en principios que le garantizan el derecho; *e)* los objetivos sociales están subordinados a los derechos y a los principios que los fundamentan —por tanto, la resolución del juez atiende, antes que a las normas jurídicas, a la moralidad básica, superior a ésta en la resolución del caso—; *f)* el juez, al fundamentar su decisión en un principio preexistente, no inventa el derecho ni aplica legislación retroactiva, se limita a garantizarlo.⁴²

En este esquema, los derechos individuales son derechos anteriores a toda legislación positiva, válidos, y cuyo contenido jurídico los hace plenamente exigibles. A la vez, contradice las críticas del positivismo al reconocer derechos a favor de los individuos antes y por encima del derecho positivo, confirmando al mismo tiempo la dimensión moral de lo jurídico.⁴³

42 "La tesis de los derechos prevé que los jueces decidan los casos difíciles confirmando o negando derechos concretos. Pero los derechos concretos en que se apoyan los jueces deben tener otras dos características. Deben ser más bien derechos institucionales que básicos, y dentro de lo institucional, más bien deben ser jurídicos que de ningún otro orden. Por lo tanto, no podemos evaluar ni poner a prueba la tesis sin elaborar mejor estas distinciones", Dworkin, R., *Taking rights... op. cit.*, p. 171.

43 Cfr. Vigo, L. R., *op. cit.*, p. 192.

4. *Derechos abstractos y derechos concretos*

Por otra parte Dworkin hace otra diferenciación, aunque ésta sea simplemente de grado. Distingue entre derechos concretos y derechos abstractos, y señala que los “derechos abstractos son finalidades políticas generales cuyo enunciado no indica de qué manera se ha de comparar el peso de esa finalidad general con el de otras finalidades políticas, en determinadas circunstancias, o qué compromisos se han de establecer entre ellas. Los grandes derechos de la retórica política son abstractos en este sentido. Los políticos hablan de derecho a la libertad de expresión, a la dignidad o a la igualdad, sin dar a entender que tales derechos sean absolutos, y sin aludir tampoco a su incidencia sobre determinadas situaciones sociales complejas”.⁴⁴

Los derechos concretos, por su parte, “son finalidades políticas definidas con mayor precisión de manera que expresan más claramente el peso que tienen contra otras finalidades en determinadas ocasiones”.⁴⁵ De esta manera, los derechos abstractos proporcionan argumentos a los derechos concretos, pero la reclamación de un derecho concreto es más decisiva que cualquier reclamación del derecho abstracto que le sirve de base.⁴⁶

La distinción antes expuesta no invalida la defensa de la moralidad que Dworkin había hecho en el argumento anterior; antes bien, parece que viene a reforzar esta tesis. Si los derechos concretos son finalidades políticas que encuentran inspiración en el derecho abstracto, esta inspiración ha de provenir de la moralidad.

V. DERECHOS MORALES O DERECHOS NATURALES

De lo que llevamos dicho hasta aquí, podemos perfectamente hacer resaltar la similitud que existe entre la concepción moral de los derechos y la noción iusnaturalista de los mismos para comprobar, según parece, que entre ellos puede haber más rasgos semejantes que diferenciadores.

La primera idea que se puede obtener es que para hablar de derechos humanos (por lo menos desde su filosofía), sean estos derechos naturales o morales, se debe abandonar, como lo hace Dwor-

44 Dworkin, R., *Taking rights... op. cit.*, p. 162.

45 *Ibidem.*

46 *Ibidem.*

kin, la tesis positivista. Hoy, parece que, como había advertido anteriormente el iusnaturalismo, esta postura que intentó también explicar los derechos humanos, no satisfizo plenamente ésta, y en consecuencia debe ser abandonada si efectivamente se quiere, como el mismo Dworkin señala, tomar en serio tales derechos.

En igual sentido, las razones que el utilitarismo mantuvo para defender las razones sociales con base en el consenso general, tal y como las había criticado el iusnaturalismo, tampoco pueden servir para hablar seriamente de los derechos humanos. Estos derechos encuentran su base en una realidad objetiva que es suya.

En este sentido, el contenido de los derechos humanos como derechos morales, describe una realidad moral objetiva. Y el recurso a los principios morales parece que lo refleja en forma evidente. Estos principios, tal y como lo hemos visto, no son creados por el hombre sino son descubiertos por la razón, de acuerdo con los fines que llevan al hombre a concebirse y entenderse como persona. La razón, por tanto, entiende que existen cosas que son buenas y hay que hacerlas, y otras cosas que igualmente entiende que son malas y que deben evitarse; por ejemplo, es bueno fomentar la vida y, por tanto, es malo quien mata. Este razonamiento es una operación natural que procede de una estructura psicológica-moral del ser humano, y que le lleva a disociar lo que debe hacerse y no quiere hacer y aquello que debe evitarse y quiere hacer. Existiendo, por tanto, una separación entre lo emitido por la razón y lo querido por la voluntad.

Lo anterior nos refleja con toda evidencia que el hombre es un ser eminentemente moral, que se guía por su razón, la que le indica ciertos fines a los que tiende, y que son éstos los que lo perfeccionan como persona: debes hacer esto, debes evitar aquello. Estos juicios son los que en filosofía se conocen como juicios deónticos, por los que el hombre ha de regir su conducta y lo limitan en su acción. "La conciencia del deber obedece necesariamente a una estructura natural de la razón práctica. Por lo demás, es claro que si los juicios deónticos obedecen a una estructura natural de la razón práctica y hay un núcleo fundamental de tales juicios que son independientes de la sociedad —lo cual es evidente— existe la ley natural".⁴⁷ Ley natural que, como perfectamente expuso el iusnaturalismo clásico, deriva de la naturaleza humana, estableciéndose la relación entre ambos conceptos, al manifestar la ley natural en forma de deberes, las

⁴⁷ Hervada, J., *Introducción crítica al derecho natural*, 7a. ed., Pamplona, Eunsa, 1993, p. 143.

exigencias naturales del ser del hombre, es decir, en la obtención de sus fines naturales. La propia definición de esta ley clarificará lo antes señalado. Por ley natural se entiende: "El conjunto de leyes racionales que expresan el orden de las tendencias o inclinaciones naturales a los fines propios del ser humano, aquel orden que es propio del hombre como persona".⁴⁸

Con todo lo que hemos dicho, parece posible afirmar que la teoría jurídica de Ronald Dworkin, se acerca sobre manera a la concepción clásica del derecho natural. Así, de la filosofía del profesor de Oxford, podemos deducir la afirmación acerca de que los hombres y las mujeres tienen suficiente responsabilidad para afirmar juicios particulares conforme a los cuales van a actuar de una forma coherente.⁴⁹

En definitiva, parece que estos juicios deónticos, que no son sino juicios morales, rescatan, para los derechos humanos, el concepto más importante en su discurso: el de dignidad de la persona, noción ésta que también es aceptada por la teoría moral de los derechos humanos. Así, tanto la concepción de los derechos morales como la de los derechos naturales, hacen suyo el concepto de dignidad de la persona para su argumentación y para la defensa de los derechos. En este sentido, la línea divisoria entre ambas teorías parece ser muy tenue, si no es que indivisible. Sostener una tesis contraria podría parecer artificial u oportunista en los momentos actuales de la filosofía.

Finalmente, no quisiéramos terminar estas breves reflexiones sin antes exponer cuáles podrían ser las dos características identificatorias más importantes de ambas concepciones, aparte de la acabada de anunciar. La primera de ellas tiene que ver con la posibilidad de aceptar, desde la teoría de los derechos morales, de una ética general o universal. Beuchot lo ha dejado ver con toda claridad, nos dice que "de sostener que los derechos humanos son derechos morales, estaremos aceptando que existe una moral o ética universal, común a todos los hombres y por la que cada uno de ellos podría argumentar en su favor la existencia de los derechos humanos".⁵⁰

48 Cfr. *idem*, p. 144.

49 Cfr. Dieterlen Struck, P., *Sobre los derechos humanos*, México, UNAM, 1985, p. 85.

50 Beuchot, M., *Filosofía y derechos humanos*, México, S. XXI, 1993, p. 31. Cfr. las críticas que señala Peces Barba en torno a los derechos humanos como derechos morales en: Peces Barba, G., *Curso de derechos fundamentales I. Teoría general*, Madrid, Eudema, 1991, pp. 30-31.

La segunda característica que podemos enunciar y que parece viene a confirmar nuestra hipótesis inicial, es que tanto los derechos del hombre considerados desde el iusnaturalismo, es decir, derechos naturales, como los derechos morales, son válidos independientemente del consenso y su promulgación. Es admitido por ambas posturas que el derecho positivo no puede crear a los derechos humanos. Sin embargo, estos no estarán completos si no se llega a su positividad (tesis que el iusnaturalismo no sólo no rechaza sino que además aplaude), pero observemos que son dos cosas distintas; es decir, no son derechos a partir del momento de su promulgación, lo son antes e independientemente de que sean reconocidos como tales, de manera positiva. Se basa entonces en que la moral o ética vale independientemente de su estatuto jurídico positivo, aunque se necesita, por supuesto, de que sean llevados al nivel jurídico y a su positividad.⁵¹ Esto está más cerca del iusnaturalismo que del positivismo.⁵²

VI. CONCLUSIÓN

Quizá la única conclusión que podríamos señalar de lo hasta ahora planteado, sería que la presunta superioridad que pretende la concepción iusmoralista de los derechos humanos, en nuestra opinión, no resulta del todo cierta. Antes bien, las características de fondo que identifican dicho intento de definición y fundamentación de los derechos humanos, han sido suficiente y profundamente expuestas por el iusnaturalismo, no el dieciochesco, sino el que parte de Aristóteles, pasa por los juristas romanos y alcanza su culminación en Santo Tomás. Por tanto, y sólo desde nuestra perspectiva, parece posible hablar en forma indistinta de derechos morales y de derechos naturales, al menos en sus rasgos más esenciales.

51 La tesis central de la positividad del derecho natural se resume estableciendo que el derecho natural y el derecho positivo son parte integrante de un mismo sistema jurídico y, por tanto, este sistema es en parte natural y en parte positivo. Esta unidad es triple: "1. La ley positiva se genera —deriva— a partir de la ley natural por determinaciones en el orden de los medios convenientes y útiles para los fines naturales del hombre; el derecho natural es la base del derecho positivo y entre ambos existe una unidad de derivación; 2. La potestad de dar normas positivas es de origen natural, pues del derecho natural derivan el poder social y la capacidad de compromiso y de pacto, y 3. Las relaciones jurídicas básicas y fundamentales, de las que las demás son derivación, complemento o forma histórica, son naturales". Hervada, J., *Introducción crítica al derecho... op. cit.*, pp. 176-177.

52 Cfr. *idem*, pp. 32-33.

VII. BIBLIOGRAFÍA

- BIDART CAMPOS, G. J., *Teoría general de los derechos humanos*, México, UNAM, 1993.
- BOBBIO, N., *Tavola rotonda sul positivismo giuridico*, Pavia, Milán, Giuffrè, 1966.
- , *El futuro de la democracia*, trad. al cast. por José F. Fernández Santillán, México, FCE, 1996.
- , *L'Età dei diritti*, trad. al cast. por R. de Asís Roig, Madrid, Sistema, 1991.
- , *Norberto Bobbio: el filósofo y la política (antología)*, México, FCE, 1996.
- BEUCHOT, M., *Filosofía y derechos humanos*, México, Siglo XXI, 1993.
- DIETERLEN STRUCK, P., *Sobre los derechos humanos*, México, UNAM, 1985.
- DWORKIN, R. (comp.), *The philosophy of law*, trad. al cast. por J. Sáinz de los Terreros, México, FCE, 1980.
- , *Taking rights seriously*, trad. al cast. por M. Gustavino, 2a. ed., Barcelona, Ariel, 1989.
- , *Life's Dominion. An argument about abortion, Euthanasia and individual freedom*, New York, Knopf, 1993.
- FERNÁNDEZ, E., *Teoría de la justicia y derechos humanos*, Madrid, Debate, 1991.
- FINNIS, J., *Natural law and Natural rights*, Oxford, Clarendon Press, 1984.
- GUISÁN, E., "Una justificación utilitarista de los derechos humanos", en *El fundamento de los derechos humanos*, Madrid, Debate, 1989.
- HART, *The concept of law*, trad. de G. R. Carrió, 2a ed., Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1995.
- , "Are there any natural rights?", trad. al cast. por G. Carrió, en *Derecho y moral, contribuciones a su análisis*, Buenos Aires, Depalma, 1962.
- LAPORTA, F., "Sobre el concepto de derechos humanos", *Doxa* 4, Alicante, 1987.
- MACINTYRE, A., *After virtue*, Notre Dame, Notre Dame Press, 1981.
- NINO, C. S., *Ética y derechos humanos. Un ensayo de su fundamentación*, Buenos Aires, Paidós, 1984.
- , *Introducción al análisis del derecho*, Buenos Aires, Astrea, 1980.
- , "Derecho, moral y política", *Crisis del derecho y sus alternativas*, congreso organizado por el Consejo General del Poder Judicial, noviembre-diciembre, 1992.
- PECES BARBA, G., *Curso de derechos fundamentales*, Madrid, Eudema, 1991.
- PÉREZ LUÑO, A. E., *Derechos humanos, Estado de derecho y Constitución*, 4a. ed., Madrid, Tecnos, 1991.

- RAWLS, J., *A theory of justice*, Cambridge, The berkiknap press of Harvard University, 1971.
- , *Polítical liberalism*, trad. al cast. por S. R. Madero Báez, México, FCE, 1995.
- ROJO SANZ, J. M., "Los derechos morales en el pensamiento angloamericano", *Anuario de Derechos Humanos* 5, Madrid, 1988-1989.
- RUIZ MIGUEL, A., "Los derechos humanos como derechos morales, ¿entre el problema verbal y la denominación confusa?", en *El fundamento de los derechos humanos*, Madrid, Debate, 1989.
- SÁNCHEZ FERRIZ, R., *Estudio sobre las libertades*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1989.
- TRUYOL Y SERRA, A., *Los derechos humanos, declaraciones y convenios internacionales*, Madrid, Tecnos, 1984.
- VIGO, L. R., *Perspectivas iusfilosóficas contemporáneas*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1991.

Javier SALDAÑA