

¿QUIÉN TIENE DERECHOS HUMANOS?

Liborio L. Hierro

Universidad Autónoma de Madrid

Sumario: 1. Planteamiento del problema: las personas y los derechos. 2. Los derechos subjetivos: teorías voluntaristas y teorías no-voluntaristas. 3. Tipos de derechos y tipos de sujetos. 4. Sujetos problemáticos. 5. El prejuicio de la especie: el lado positivo. 6. El prejuicio de la especie: el lado negativo. 7. Conclusión.

1. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA: LAS PERSONAS Y LOS DERECHOS

“...quae ad personam refertur...” (Hugo Grocio [1625] 1987, 54)

Cualquier estudiante de derecho aprende en los primeros días de sus estudios que los titulares de los derechos subjetivos son las personas y que, hace ya mucho tiempo, los juristas distinguieron entre las personas físicas —esto es: los seres humanos— y las personas jurídicas, que pueden ser ciertos conjuntos de personas físicas, ciertas instituciones o ciertos conjuntos de bienes patrimoniales. Lo que el estudiante aprende, también enseñada, es que saber que los titulares de los derechos subjetivos son las personas no es saber demasiado ya que si el estudiante pregunta quién o qué es una persona, recibirá la insólita respuesta de que una persona es, jurídicamente hablando, un ser humano al que las normas de un sistema jurídico reconozcan la capacidad de ser titular de derechos y obligaciones y cualquier otra cosa —como ciertos conjuntos de personas físicas, ciertas instituciones o ciertos conjuntos de bienes patrimoniales— a la que se le haga el mismo reconocimiento. De este modo la respuesta jurídica es simplemente tautológica: los titulares de los derechos son las personas y

las personas son quienes puedan ser titulares de derechos.

La condición jurídica de “personalidad” es, además, totalmente artificial. Tanto puede darse un ordenamiento jurídico que no reconozca personalidad a ciertos seres humanos —por ejemplo: a los esclavos desde el derecho romano (*“servi pro nullis habentur”*) y allí donde la esclavitud ha estado admitida— como puede darse un ordenamiento jurídico que reconozca personalidad a conjuntos de objetos adscritos a un fin (como son las fundaciones) y no a otros (como son las herencias yacentes), o bien a ciertos territorios y sus habitantes (como, en España, a los municipios) y no a otros (como, en España, a los barrios), o bien a ciertas instituciones voluntarias (como una sociedad mercantil) y no a otras (como la sociedad conyugal). El problema jurídico se resuelve, en cualquier caso, conociendo las normas del ordenamiento y sabiendo, por ello, a quien otorgan y a quien deniegan la personalidad, es decir la capacidad de ser titular de derechos y obligaciones.

La cuestión es distinta si no nos preguntamos quién tiene derechos en un sistema jurídico dado sino quién debiera tener, en cualquier sistema jurídico, ciertos derechos moralmente muy importantes, es decir: quién tiene derechos humanos. Si ahora respondemos “las

personas”, entonces no podemos mantener la tautología de decir, al mismo tiempo, que entendemos por “personas” a los seres que son titulares de derechos humanos. Necesitamos construir un concepto fundacional de persona, un concepto que permita determinar quiénes son y quiénes no son titulares de los derechos humanos precisamente porque son o porque no son personas. La cuestión, así planteada, no parece tampoco excesivamente complicada; cualquier estudiante respondería que la concepción de los derechos humanos está asociada a la idea de que estos derechos corresponden a todos los seres humanos y sólo a los seres humanos, y podría fundamentar su afirmación en textos muy diversos¹. La Declaración de Independencia de los Estados Unidos sostenía como evidente y afirmaba solemnemente que “todos los hombres” están dotados por su Creador de ciertos derechos inalienables; la Declaración francesa de 1789 afirmaba del mismo modo que “los hombres permanecen libres e iguales en derechos”; la Declaración Universal de 1948 declara igualmente que “todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos”; la encíclica *Pacem in Terris* del Papa Juan XXIII mantenía, a su vez, “que todo hombre es persona, esto es, naturaleza dotada de inteligencia y de libre albedrío, y que, por tanto, el hombre tiene por sí mismo derechos y deberes”. Y esta es la convicción generalmente sostenida por la mayor parte de los filósofos desde que se empieza a hablar de los derechos hasta ahora mismo: que los derechos son algo que corresponde a las personas y las personas son los seres humanos.

Hay una persistente unanimidad en esta tesis. Cuando Hugo Grocio definió el derecho subjetivo como uno de los significados del término “ius” lo hizo así: “Hay un significado distinto del de “Derecho”, aunque derive del mismo, que se refiere a la persona; en este sentido es el derecho una cualidad moral de la persona que le habilita para tener algo o hacer algo legítimamente... Los juristas denominan a esta facultad como “lo suyo”, pero nosotros desde ahora la denominaremos derecho en sentido

propio y estricto”². Casi cuatrocientos años después James Griffin, en su reciente gran reconstrucción filosófica de los derechos humanos, afirma: “¿En qué deberíamos decir que se fundan los derechos humanos? Bien, ante todo en la personalidad” (Griffin 2008, 33). Sin duda cuando Grocio o Griffin se refieren respectivamente a la persona y a la personalidad no lo hacen en aquel tautológico sentido técnico normativo sino en un sentido fundacional según el cual los derechos subjetivos morales que denominamos “derechos humanos” son pretensiones morales que corresponden a los seres humanos en cuanto son personas y su fundamento es precisamente esa personalidad. Pero, ¿en qué consiste ese “ser persona” o “tener personalidad” que parece ser específico, en principio, de todos los seres humanos y sólo de los seres humanos?

Es generalmente sabido que la más antigua y consagrada definición de persona se debe a Boecio que, a principios del siglo VI en su *Liber De Persona et Duabus Naturis Contra Eutychem Et Nestorium*, la formuló como “rationalis naturae individua substantia” definición que incluía tanto a los seres racionales corpóreos como a los incorpóreos (“at hominis dicimus esse personam, dicimus dei, dicimus angeli”). La definición tuvo una influencia extraordinaria en toda la escolástica medieval y, todavía seis siglos después, Tomás de Aquino la asume y defiende frente a las objeciones subrayando su conexión con la dignidad: “Como quiera que subsistir en la naturaleza racional es de la máxima dignidad, todo individuo de naturaleza racional es llamado persona, como se ha dicho”³. En la filosofía escolástica esa dignidad está fundada en el hecho de que la naturaleza humana es imagen de la naturaleza divina pero, en todo caso, consiste en que todas las personas, como individuos racionales, tienen inteligencia, conciencia de su inteligencia, voluntad y libertad. Como resume el sacerdote agustino Avelino Folgado, en su excelente obra sobre la evolución histórica del concepto de derecho subjetivo, tras reafirmar el triple orden de personas (Dios, los ángeles

y el ser humano): “En este mundo visible el sujeto único de derecho es el hombre... El hombre es sujeto capaz de derechos por su dignidad de persona... Como naturaleza racional posee inteligencia y voluntad libre. Mediante la inteligencia se conoce a sí mismo, conoce las cosas exteriores a sí, descubre los fines, percibe los medios, se da cuenta de su fin propio y de la posibilidad de ordenar la realidad externa y sus propios actos a la realización de ese fin. Mediante la voluntad libre puede obrar o abstenerse, obrar en un sentido o en otro: es dueña de sus actos...” (Folgado 1960, 250-251).

La concepción moderna más influyente se debe sin duda a Kant quien, bajo la influencia de Locke, construyó el concepto moral de persona, distinguiéndolo del concepto meramente empírico, del lógico y del metafísico. Locke había señalado que la identidad personal requiere no solo razón sino conciencia de ella y permanencia: “Para encontrar en qué consiste la identidad personal debemos considerar lo que significa «persona». Creo que se trata de un ser pensante inteligente, que posee razón y reflexión y que puede considerarse a sí mismo como sí mismo, como la misma cosa pensante en momentos y lugares diferentes; lo que hace sólo por aquella conciencia que es inseparable del pensamiento y, según me parece, es esencial para él: ya que es imposible para cualquiera percibir sin percibir que él percibe”⁴. Kant da un paso más definitivo, desde la autoconciencia a la autodeterminación, al poner la libertad como autonomía en el centro del concepto moral de persona.: “La personalidad moral, por tanto, no es sino la libertad de un ser racional sometida a leyes morales... de donde se desprende que una persona no está sometida a otras leyes más que las que se da a sí misma...” (Kant [1797, IV, 223] 2002, 30)⁵.

Esta idea kantiana de la persona como ser racional-autónomo y, por ello, como agente moral es la que permanece vigente en el pensamiento contemporáneo y, particularmente, en la teoría de los derechos humanos. La teoría de la justicia de Rawls se apoya, según sus propias palabras, en “la concepción política

y normativa de los ciudadanos como personas libres e iguales” (Rawls 1989, 4 y 15-19), concepción que estriba en considerar “a cada persona como una persona moral movida por dos intereses de orden supremo, a saber, los intereses en realizar y ejercitar las dos facultades de la personalidad moral. Estas dos facultades son la capacidad de un sentido de lo recto y de la justicia (la capacidad de respetar términos de cooperación equitativos) y la capacidad de decidir, revisar y perseguir racionalmente una concepción del bien” (Rawls 1999, 269). Nino va más lejos al hacer depender la condición de persona moral de la capacidad para “gozar de los derechos generados por los principios morales básicos” (Nino 1989, 46) y sugerir que se trata de la “capacidad potencial para tener conciencia de su identidad como titular independiente de intereses y para ajustar su vida a sus propios juicios de valor” (ibídem, 47). También Abraham I. Melden había atribuido un papel decisivo al concepto de persona en la fundamentación de los derechos humanos: “... lo único que necesitamos es el concepto de las personas, cuyas características como agentes morales bastan para justificar su posesión de derechos morales fundamentales...” (Melden 1980, 424). Griffin —que, como hemos visto, fundamenta los derechos humanos en la personalidad— entiende que la personalidad es equiparable con la capacidad de vivir una vida que merezca la pena y propone denominarla “agencia normativa” (Griffin 2008, 45). Carl Wellman había sostenido también que la agencia es “el mínimo común denominador”, consistente en la doble capacidad de pensamiento y de acción, y que “sólo podrían ser titulares de derechos aquellos tipos de entidades que son agentes” cuyo paradigma se encuentra el ser humano adulto normal (Wellman 1995, 107). Alan Gewirth, por su parte, ha ofrecido como fundamento de los derechos humanos una necesidad conceptual ya que esos derechos derivarían de “las condiciones necesarias inmediatas de la acción humana” (Gewirth 1990, 129); tales condiciones son la libertad y el bienestar y los derechos son la expresión

normativa de esas condiciones necesarias de la acción propiamente humana de tal modo que si alguien negase sus derechos a la libertad y al bienestar incurriría en una contradicción consigo mismo y, al mismo tiempo, la universalidad de los derechos humanos se apoya, también como necesidad conceptual, en el “principio de consistencia genérica” según el cual mi derecho a las condiciones necesarias de la acción humana requiere, lógicamente, el reconocimiento del mismo derecho de todos los demás seres humanos a esas mismas condiciones (ibídem, 130-134)⁶.

La conclusión parece ser que, con unos u otros matices, todos coincidimos en que la personalidad es una característica moral específica de los miembros de la especie humana, y consiste en la capacidad de elegir los propios fines (autonomía) y llevarlos a cabo (libertad) asumiendo las consecuencias (responsabilidad), capacidad que deriva de la conciencia de ser racional, de percibir que uno percibe y saber que uno sabe⁷. Es esta característica moral la que dota a los seres humanos de un especial valor moral al que hemos llamado dignidad y que, como Dworkin señaló, está necesariamente implicado en cualquier teoría de los derechos humanos: “cualquiera que declare que se toma los derechos en serio... debe aceptar, como mínimo, una o dos ideas importantes. La primera es la idea, vaga pero poderosa, de la dignidad humana” (Dworkin 1984, 295).

Esta unanimidad en la tesis central —que los seres humanos son personas en sentido moral— no deja, sin embargo, de suscitar ciertos problemas. Aun limitando la discusión a los seres corpóreos (prescindiendo, pues, de la eventual personalidad de Dios y de los ángeles lo que, en cualquier caso, parece quedar al margen de nuestra experiencia), la primera cuestión que inmediatamente se suscita es si esta característica, la personalidad, es necesariamente predicable de todos los miembros de la especie humana o hay en la especie miembros que no tienen esa característica; la segunda cuestión es si esta característica es predicable exclusivamente de miembros de la especie

humana o puede predicarse de individuos de otras especies. Para responderlas conviene tener presente que estamos hablando de una característica moral y no de características físicas o psicológicas cuya concurrencia o no concurrencia podamos comprobar empíricamente.

Parece evidente que no todos los miembros de la especie humana en sentido físico o biológico son candidatos a la personalidad así entendida. Los infantes carecen de razón actual y mucho más de conciencia de ella, como también los humanos en estado de coma; otros tipos de patologías psíquicas severas privan a algunos seres humanos de la capacidad de percibir normalmente la realidad exterior, de la autoconciencia, de la percepción de su identidad o de la capacidad de tomar decisiones. Respecto a la segunda cuestión es posible —digo, sólo posible— argumentar que ciertos colectivos humanos, y por ello supraindividuales, pueden compartir cierta percepción del entorno físico o social, compartir la conciencia de su propia percepción compartida y en consecuencia tener cierta identidad, y organizarse para tomar decisiones asimismo compartidas, de forma que no sería disparatado atribuirles personalidad, puesto que se trata de una característica moral y, por tanto, construida. Del mismo modo cabría argumentar que algunos primates superiores reúnen una suficiente percepción de que perciben y tienen, por ello, una cierta conciencia de su identidad por lo que tampoco resultaría absurdo atribuirles personalidad, o cierto grado de personalidad ya que, hay que insistir, se trata de una característica moral y, por tanto, construida; como afirma Griffin, en relación con los infantes, podemos construir la teoría para dar cabida o para no dar cabida a los infantes como titulares de derechos humanos pero eso es “en cierta medida, objeto de estipulación” (Griffin 2008, 88).

La forma más sencilla de resolver ambas cuestiones es optar por una respuesta categórica: sólo los seres humanos normales son personas porque sólo ellos reúnen aquella característica moral específica y, consecuentemente, sólo ellos, las personas, son titulares de derechos

humanos. Esta es, por cierto, la estipulación que propone el mismo Griffin: “«Humano» no puede significar allí simplemente ser un miembro de la especie *Homo Sapiens*. Los infantes, los severamente retrasados mentales, la gente en coma irreversible, todos ellos son miembros de la especie, pero no son agentes” (Griffin 2008, 34)⁸. De acuerdo con una posición como ésta, la primera cuestión se resuelve excluyendo de la condición de persona moral, y por tanto de la titularidad de los derechos humanos, a los seres humanos con serias deficiencias de racionalidad; al mismo tiempo, y por la misma razón, se excluye del concepto de persona moral, y por tanto de la titularidad de los derechos humanos, a cualquier tipo de individuo o entidad no-humanos.

Una forma más compleja de responder a la primera cuestión es la de considerar que la racionalidad —y, con ella, la autoconciencia, la capacidad de elegir y de tomar decisiones así como la responsabilidad— no son propiedades del tipo todo-o-nada sino que son propiedades que se adquieren, se poseen e incluso se pierden de forma gradual. Es la posición que han sostenido autores como Melden (1980, 138, 275, 407 y 411), Nino (1989, 359⁹) o Gewirth (1990, 135-136). Esta segunda opción resuelve afirmativamente el problema de los derechos de los niños o de los que tienen ciertas deficiencias psíquicas pero negativamente el de los que se encuentran en coma irreversible o padecen deficiencias psíquicas severas. Nino es un ejemplo consecuente de esta posición que le lleva a aceptar los derechos humanos para los niños y para los fetos mientras que los niega para los descerebrados: “Por supuesto que un feto, al igual que un niño, no puede actualizar esa capacidad por la sola voluntad; pero el obstáculo para hacerlo es superable, a diferencia de lo que ocurre con un descerebrado, a través del desarrollo normal de las cosas y de los medios técnicos disponibles” (Nino 1989, 361). La posición gradualista, por otra parte, no ofrece una respuesta común a la segunda cuestión. Nino considera una “improba tarea” la de establecer “qué tipo de entidades son per-

sonas morales” (ibídem, 360) y es obvio que la afirmación de que las características de la personalidad humana se adquieren, poseen y pierden de forma gradual no condiciona afirmativa ni negativamente la respuesta a qué otros individuos o entidades no humanos poseen, en el grado que sea, esas propiedades de autoconciencia, identidad y capacidad de decisión que permitirían considerarlas personas morales.

Pero no parece necesario continuar ahora la indagación sobre el concepto de persona moral ya que, en la teoría de los derechos humanos, la respuesta a estas dos cuestiones no ha venido tanto determinada por el concepto de persona moral como por el concepto de derecho subjetivo.

2. LOS DERECHOS SUBJETIVOS: TEORÍAS VOLUNTARISTAS Y TEORÍAS NO-VOLUNTARISTAS

“...*facultas quaedam moralis...*” (Francisco Suárez [1612] 1967, I, 11)

Señala con acierto Carl Wellman que la cuestión de qué tipo de entidades podrían ser titulares de derechos morales depende del concepto de derecho que adoptemos¹⁰. Efectivamente, la teoría de los derechos humanos ha heredado y, si cabe, aumentado el peso de la vieja confrontación dogmático-jurídica entre la teoría de la voluntad y la teoría del interés.

La teoría de la voluntad, cuyo representante más destacado fue Bernhard Windscheid, sostiene que un derecho subjetivo jurídico es siempre un poder de la voluntad protegido jurídicamente, por lo que el contenido del derecho es siempre disponible para su titular. Aun siendo la teoría más extendida en el ámbito de la dogmática jurídica ha tenido que afrontar ciertas objeciones entre las que destacan dos: el pacífico reconocimiento jurídico de la titularidad de derechos subjetivos a seres humanos incapaces, como los infantes o los enfermos o deficientes que no pueden gobernarse a sí mis-

mos, objeción que suele resolverse recurriendo al dudoso argumento de la interposición de la voluntad de un representante¹¹, y la todavía más insalvable del pacífico reconocimiento jurídico de ciertos derechos inalienables y, por tanto, indisponibles para su titular como son los llamados derechos de la personalidad. Puesto que “los derechos de la personalidad se consideran tradicionalmente innatos, esenciales a la persona, intransmisibles, irrenunciables e imprescriptibles” —señalan Díez Picazo y Gullón (1997, 327)— “[d]e estas características se desprende que en ellos sufre una notable restricción el radio de acción de la autonomía de la voluntad”. Como consecuencia “[p]ara los cultivadores del Derecho público, los derechos de la personalidad presentan una problemática distinta de la que poseen para los del Derecho privado. Aquéllos ponen el acento en la fundamentación ética, filosófica y política de tales derechos, mientras que los últimos hacen denodados esfuerzos para encajarlos en las categorías tradicionales en que siempre se han desenvuelto en el estudio de los derechos patrimoniales, concretamente en el derecho subjetivo, entendido como poder jurídico reconocido o concedido por la norma jurídica... Pero, si se aplica la categoría de derecho subjetivo a los derechos de la personalidad, la oscuridad se presenta de inmediato...” (ibídem, 325).

La teoría del interés, cuyo representante más relevante fue Rudolf von Ihering, sostiene —como es sabido— que un derecho subjetivo jurídico es un interés jurídicamente protegido y con ello, a pesar de ser minoritaria en el ámbito de la dogmática iusprivatista, resuelve razonablemente ambas objeciones, aunque tiene que afrontar otras, entre las que destaca la de que atribuimos derechos a personas prescindiendo de que realmente tengan o dejen de tener interés alguno en ser titular de tal derecho.

En la teoría de los derechos humanos la teoría de la voluntad se ha reproducido como teoría de la elección —“choice theory” en la terminología anglosajona— y la teoría del interés como teoría del beneficiario. Esta gran división, en todo caso, separa las teorías volun-

taristas o discrecionalistas de los derechos y las teorías no voluntaristas o no discrecionalistas. Las primeras cuentan entre sus numerosos defensores con autores tan influyentes como Herbert L. A. Hart (1974, 91-92), Thomas R. Kearns ((1975, 475), David Gerber (1976, 337-339) o Carl Wellman (1995, 120). Las segundas han sido sostenidas, entre otros, por David Lyons (1969), Neil MacCormick (1976, 309), Vinit Haksar (1978, 183), Joel Feinberg (1980, 157) o Joseph Raz (1984, 194 y ss.).

Las teorías voluntaristas sostienen que el elemento que define un derecho subjetivo es, en todo caso, la voluntad o discreción del titular con relación al contenido del derecho. En este aspecto cualquier libertad protegida constituye, en un sistema normativo dado, un derecho subjetivo; sin embargo, una pretensión, una potestad o una inmunidad sólo constituyen un derecho subjetivo si van acompañadas de la atribución a su titular de la libertad de ejercitar o no ejercitar su contenido. La explicación canónica en la teoría de los derechos es la que ofreció Hart: “Y se encuentra moralmente en posición de determinar con su elección cómo actuará X y de limitar en esta forma la libertad de elección de X; y es este hecho, no el de que pueda beneficiarse, el que hace cierta la afirmación de que tiene *un derecho*” (Hart 1974, 91-92)¹². Quienes se adhieren a esta teoría tienen más fácil delimitar el sujeto de los derechos morales, pues sólo quien por su propia elección pueda determinar la actuación de otro puede ser titular de un derecho moral; “sin excepciones”, como hemos visto que afirma Griffin aunque con distintos argumentos. Carl Wellman afirma que la inevitable conclusión de que los infantes no pueden ser titulares de derechos morales le resultaba contraintuitiva y le produjo “un período de crisis intelectual y emocional” (Wellman 1995, 113) pero, a pesar de lo que él mismo denomina una monstruosa conclusión, se mantiene fiel a la teoría (ibídem, 120). Sea o no sea una conclusión monstruosa, estas teorías delimitan más estricta y sencillamente el concepto de derecho

subjetivo que se define como la protección normativa de la libre voluntad del titular sobre el contenido del derecho, ya sea este la propia acción (como pensar, expresarse, reunirse, etc.) ya sea la acción de otro (como indemnizar, devolver lo debido, prestar ayuda, etc.) de modo tal que todos los derechos son, para su titular, discrecionales. Por otra parte, estas teorías tienen dos inconvenientes: de un lado, excluyen como titulares de derechos, en sentido propio, a los seres que no tienen autonomía de la voluntad, tales como niños e incapaces y, por supuesto, a los animales (Hart 1974, 92; Wellman 1995, 113-125); por otro lado, no se acomodan en absoluto a la noción de derecho subjetivo utilizada en el lenguaje moral y político sobre los derechos humanos, noción que hoy se encuentra también acogida en el derecho positivo (p.ej. el derecho a la educación, el derecho a la asistencia letrada, etc.)¹³

Las teorías no voluntaristas sostienen, por el contrario, que el elemento que define un derecho subjetivo es el beneficio, interés o necesidad que se satisface o protege para su titular y del que se deriva el deber o deberes que se imponen sobre otro u otros. La presentación canónica sería la de McCormick: “La adscripción de un derecho a cierta clase de seres parece exigir los siguientes presupuestos: para la clase en cuestión...existe algún acto u omisión...cuya realización en el caso de todos y cada uno los miembros de esa clase satisfará, protegerá o paliará alguna necesidad, interés o deseo de cada uno de tales individuos; y, en segundo lugar: la satisfacción de aquella necesidad, interés o deseo es de tal importancia que sería malo denegarla a cualquiera de estos individuos al margen de las ulteriores ventajas de hacerlo” (McCormick 1976, 309). Estas teorías, aunque se acomodan mejor al lenguaje habitual sobre los derechos humanos y peor al de la tradición dogmática iusprivatista, ofrecen también algunos inconvenientes: el principal es, quizás, que permiten considerar titulares de derechos a todos los titulares de intereses o necesidades de relieve moral, de tal modo que abren una pendiente resbaladiza que, partien-

do de los infantes y los incapaces, nos puede llevar a reconocer derechos morales a los grupos, a los animales, a la propia naturaleza o a otros posibles objetos (el patrimonio artístico, por ejemplo). Exigen, por otra parte, desarrollar un concepto más complejo de derecho subjetivo que incluya una subdivisión entre derechos discrecionales y derechos no-discrecionales u obligatorios¹⁴. Es fácil observar que las teorías no voluntaristas son más amplias que las teorías voluntaristas pues, mientras aquéllas incluyen tanto los derechos discrecionales como los no-discrecionales, éstas sólo incluyen los segundos¹⁵.

De esta dualidad teórica cuelga, finalmente, una paradoja conceptual que puso brillantemente de relieve Leonard W. Sumner y que creo merece mayor atención que la que ha recibido y exige una respuesta sensata. La paradoja es ésta: ni la teoría de la voluntad ni la teoría del interés permiten afirmar los derechos humanos como derechos de todos los seres humanos y sólo de los seres humanos “si estos son derechos cuyo criterio es la propiedad natural de pertenecer a nuestra especie. En el modelo de la elección todos los seres no-humanos carecerán de derechos si carecen de agencia, pero lo mismo les ocurrirá a muchos seres humanos (fetos, infantes, disminuidos psíquicos profundos). En el modelo del interés todos los seres humanos tendrán derechos si tienen intereses, pero también los tendrán muchos seres no-humanos (al menos algunos animales)” (Sumner 1987, 205-206). Creo que los dos cuernos de este dilema son diferentes; mientras que, en efecto, la idea de los derechos humanos casa mal con la teoría de la voluntad porque obliga a excluir de la titularidad de los derechos a algunos seres-humanos, la idea de los derechos humanos no exige que los derechos de los que sean titulares todos los seres humanos sean exclusivos y no puedan algunos de ellos atribuirse también a seres-no-humanos por lo que resulta compatible con la teoría del interés.

Quienes asumen la teoría de la voluntad pueden limitar la discusión sobre el sujeto de los derechos humanos a cuándo el niño, en su

desarrollo, adquiere el carácter de agente moral, a cuándo un ser humano normal pierde ese carácter por enfermedad psíquica y/o física y, eventualmente, a bajo qué condiciones los grupos humanos pueden ser considerados agentes morales. En ambas cuestiones o en cualquiera de ellas pueden adoptar una posición gradualista o una posición todo/nada. Quienes asumimos la teoría del interés tenemos que discutir qué derechos morales deben reconocerse a todos los seres humanos y qué derechos son específicos de cada situación en que los seres humanos se encuentren, cuáles son específicos de la especie humana y cuáles pueden y/o deben reconocerse también a otros sujetos no-humanos. Para hacerlo no contamos con una restricción analítica —un concepto cerrado del derecho subjetivo como facultad que integra siempre, al menos, una libertad y un poder (Wellman 1984, 441)— y, por ello, hemos de aportar razones morales sustantivas para explicar por qué determinados derechos que no son discrecionales y por ello no requieren la cualidad de agente moral, como el derecho a la vida o a la integridad física, se atribuyen a los miembros de la especie humana y no a los de otras especies; hemos de responder, en efecto, a lo que Peter Singer ha llamado “el prejuicio de la especie” (Singer 1988, 71).

3. TIPOS DE DERECHOS Y TIPOS DE SUJETOS

“Either we abstain from ascribing to children a right to care and nurture, or we abandon the will theory” (Neil MacCormick 1976, 309)

Desde la teoría del interés tenemos que distinguir hasta cuatro tipos de derechos: los derechos discrecionales activos, como la libertad de expresión; los derechos discrecionales no activos, como el derecho a beneficiarse del progreso científico o el derecho a recibir información veraz; los derechos obligatorios activos, como el derecho a la educación y los derechos obligatorios no activos, como el de-

recho a la igualdad jurídica o el habeas corpus¹⁶.

Un derecho discrecional activo es una libertad completa¹⁷ para realizar una acción o una actividad o una potestad de libre ejercicio sobre la conducta de otro u otros; el titular es libre de ejercer o no ejercer el derecho y es libre de renunciar a su protección en caso de violación. Si un derecho moral básico de todos los seres humanos es de este tipo y, por su relieve moral, lo consideramos irrenunciable e imprescriptible lo que ello supone es que ningún ser humano puede renunciar o enajenar la condición de titular del derecho, aunque voluntariamente pueda no ejercerlo nunca, o bien renunciar o enajenar su ejercicio en situaciones concretas, o bien renunciar a reivindicar su protección o la reparación por su violación cuando se haya producido. La imprescriptibilidad sólo añade que, aun habiendo renunciado a su ejercicio o a su protección siempre hasta un momento dado, la persona no perdería nunca la titularidad del derecho y su posibilidad de ejercerlo o reivindicar su protección. La libertad de expresión es buen ejemplo; nada me impide no expresar nunca mis opiniones, o dejar de expresarlas en un momento dado a cambio de alguna contraprestación o simplemente por miedo, aunque el no haberlo hecho nunca o el haber callado siempre a cambio de contraprestaciones o por miedo no me priva de la titularidad del derecho y su posible ejercicio actual o futuro. Las libertades son todas, por definición, de este tipo de derecho. Las potestades pueden serlo o no serlo. Hay potestades, como el derecho a elegir a mis representantes políticos, que generalmente consideramos discrecionales, de modo que el titular puede no votar nunca en los procesos electorales o hacerlo en blanco (incluso en aquellos sistemas en que resulta obligatorio el acto de ir a votar), pero hay potestades —incluso privadas, como la potestad parental— cuyo ejercicio es obligatorio¹⁸.

Un derecho discrecional no activo es una pretensión libre sobre la acción de otro u otros en beneficio del titular o una inmunidad de li-

bre disfrute respecto a otro u otros. Si un derecho moral básico de todos los seres humanos es de este tipo —como lo son, por ejemplo, el derecho a beneficiarse del progreso científico y de sus aplicaciones recogido en el artículo 15.b) del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, o el derecho a recibir libremente información veraz por cualquier medio de comunicación social recogido en el artículo 20 de la Constitución Española— entonces ocurre, como en el caso anterior, que el titular puede no ejercer nunca o renunciar ocasionalmente a ese derecho, aun cuando no pueda enajenar ni perder por prescripción extintiva la titularidad del derecho que, en cualquier momento, puede decidir ejercer o reclamar contra su violación. Muchas pretensiones son de este tipo, pero no todas. Hay pretensiones —derechos a beneficiarse de la acción ajena— que, como enseguida veremos, son obligatorias; típicamente lo son algunas cuando hablamos de los niños, como el derecho a la educación, pero también lo es, en el caso de los adultos, el derecho al habeas corpus que, en su versión actual, obliga a la autoridad a poner a disposición judicial a un detenido dentro de un tiempo determinado aunque el interesado no lo pida o expresamente lo renuncie. Hay inmunidades que son también de libre disfrute de modo que el titular puede renunciar a su ejercicio actual, como ocurre cuando renuncia o enajena su derecho a la imagen o a la intimidad o renuncia a reclamar contra su violación.

Un derecho obligatorio activo es un derecho a realizar determinada acción o actividad (o a ejercer determinada potestad) que es obligatoria para el titular y, en consecuencia, el titular no puede dejar de ejercer o disfrutar ni puede renunciar a reclamar contra su violación. El ejemplo más típico es el del derecho a la vida que, en condiciones normales, se entiende no renunciabile de tal modo que los demás no pueden privarme de su ejercicio y disfrute pero pueden obligarme a disfrutarlo¹⁹ en tanto el auxilio al suicidio o la eutanasia estén prohibidos. Un derecho obligatorio no-activo es, finalmente, una inmunidad de disfrute

obligatorio de modo que el titular no puede renunciar a su disfrute ni a reclamar contra su violación, como la igualdad ante la ley con las consiguientes prohibiciones de discriminación por raza, sexo, etc. o el derecho a la integridad física salvo en los excepcionales casos en que el consentimiento justifica las lesiones.

El que un adulto normal pueda disponer libremente de su salud renunciando, bajo un consentimiento informado, a un cierto tratamiento médico y no pueda hacerlo un menor de edad ni sus padres o tutores en su representación, el que el derecho a la educación implique, hasta una cierta edad, la obligación de tomar parte en el proceso educativo, el que uno pueda renunciar a su intimidad, incluso a cambio de dinero, pero no pueda renunciar a su integridad física, ni siquiera a cambio de dinero,... todos estos supuestos no suscitan problemas meramente conceptuales sino problemas morales sustantivos. Dicho de otro modo: la línea divisoria entre los derechos discrecionales y los derechos obligatorios no coincide con la distinción entre la persona-como-agente-autónomo-titular-de-derechos-siempre-discrecionales y los seres-humanos-carentes-de-autonomía-titulares-de-derechos-siempre-obligatorios. No hay una relación biunívoca entre los grandes tipos de derechos que la teoría del interés distingue —derechos discrecionales y derechos obligatorios— y los tipos de sujeto —los agentes morales plenamente autónomos y los seres humanos sin autonomía o con autonomía limitada y, por supuesto, los seres no humanos—.

Con toda probabilidad la discusión entre la teoría de la voluntad y la teoría del interés oculta, tras una aparente divergencia conceptual, una motivación ideológica y su correspondiente definición del derecho subjetivo es, en ambos casos, una definición persuasiva (Celano 2001, 40). En consecuencia tenemos que aportar razones morales sustantivas para atribuir a las personas plenamente autónomas derechos obligatorios que limitan su autonomía y tenemos que aportar razones morales sustantivas para atribuir a personas no plena-

mente autónomas derechos discrecionales que promueven su autonomía.

4. SUJETOS PROBLEMÁTICOS

“... so whatever any group in society regards as most important, it will be strongly tempted to declare to be a human right” (James Griffin 2008, 92)

Un enfoque de la cuestión que ya cabe considerar clásico es el que aportó Carl Wellman al distinguir entre el titular paradigmático de derechos morales, el ser humano adulto normal, y dos tipos de sujetos problemáticos: los sujetos posibles, entre los que sitúa a los niños y a los disminuidos mentales, y los sujetos presuntos, entre los que sitúa a los fetos, los muertos y los grupos. Para los teóricos de la voluntad, como el mismo Wellman, el análisis de estos sujetos problemáticos conduce siempre a negar la titularidad de derechos morales y, por tanto, de los derechos humanos, a cualquier tipo de entidad individual o colectiva que carezca de las condiciones propias para ser agente moral. Ni los grupos de personas (sean organizados, como las corporaciones y los equipos, sean no-organizados, como los colectivos y las clases, en la clasificación que hace Wellman), ni los muertos, ni los fetos, ni los disminuidos mentales severos, ni los infantes son titulares de derechos humanos porque ninguna de estas entidades o individuos son agentes morales (Wellman 1995, 106-107, 113, 120, 176). Ni siquiera cabe entender que puedan ser todos o algunos de ellos titulares de ciertos derechos que otros —sus representantes— pueden ejercitar, reivindicar o renunciar en su nombre, como cabe hacer en representación de un adulto normal, porque sólo se puede representar la voluntad libre de otra persona y aquellos carecen de ella (ibídem, 116). A los niños, sin embargo, se les pueden adscribir derechos humanos gradualmente a medida que van madurando pues, en esa medida, van adquiriendo la condición de agentes morales (ibídem, 112

y 125). Naturalmente, Wellman superó la crisis emocional que le producía la “monstruosa conclusión” de que los infantes no tienen derechos humanos afirmando —como todos los voluntaristas— que no todos los deberes se basan en derechos (ibídem, 125 y 143) por lo que podemos tener el deber de proteger la vida de un infante como tenemos el deber de proteger la integridad de un legado cultural²⁰.

La teoría del interés —además de resultar conceptualmente más ajustada al uso moral, jurídico²¹ y político del concepto y a su desarrollo institucional en el mundo contemporáneo— no conduce a una conclusión tan inquietante como la de que el deber de preservar la vida o de cuidar y alimentar a un infante es del mismo orden que el deber de preservar la integridad y cuidar una obra de arte porque ninguno de ellos es correlativo de un derecho moral de aquello que ha de preservarse y cuidarse. Incluso frente al argumento, no vano, de que una obra de arte es una entidad con un valor cultural determinado e irrepetible mientras un infante es una persona en formación de perfil todavía no definido y fácilmente sustituible, sostenemos la convicción de que tiene un valor moral distinto —no sólo mayor, sino de orden distinto— la vida del infante que la vida de la obra de arte y, por eso, sostenemos que no es sólo la libre voluntad actual de un adulto normal lo que genera sus derechos, sino las necesidades de cualquier ser humano para desenvolverse como agente moral, necesidades entre las que se encuentra, a medida que se madura, la de ejercer su libre voluntad, pero no sólo esa.

El problema de la teoría del interés no es el de la exclusión de los sujetos problemáticos sino, precisamente, el problema opuesto: el de la inclusión. Si nuestra teoría permite atribuir derechos morales a individuos que carecen de agencia moral, porque se trata de garantizar la satisfacción de sus necesidades básicas para subsistir y realizarse y ello se puede hacer mediante la adscripción de derechos obligatorios y de derechos discrecionales que alguien, su representante, ejerce o reivindica en nombre y beneficio del titular, entonces ¿por qué no

reconocer esos derechos en favor de entidades o individuos que pueden llegar a ser humanos (los fetos) o que han sido humanos (los muertos) o que se componen de seres humanos (los grupos) o que simplemente no son humanos (los animales, las plantas, la naturaleza)? Podríamos hacerlo en el ámbito de la moral, como lo hace el legislador en el ámbito del derecho²². ¿Por qué damos tanta importancia moral a los derechos “humanos” y no a los derechos morales de cualquier cosa? Sin duda alguna en eso consiste el “prejuicio de la especie”.

5. EL PREJUICIO DE LA ESPECIE: EL LADO POSITIVO

“How could I avoid this monstrous conclusion?”
(Carl Wellman 1995, 114)

Si es claro, como he venido argumentando, que los derechos humanos se basan en la igual dignidad de los seres humanos como agentes morales, autoconscientes y autónomos, resulta discutible por qué atribuir esa misma igual dignidad a seres biológicamente humanos pero que, sea cual sea la causa, carecen de agencia moral (no son autoconscientes y/o autónomos). Nino consideró que, puesto que la ciudadanía moral era una cuestión de teoría moral y no de teoría biológica, atribuir los derechos humanos a un individuo sobre la mera base de sus rasgos biológicos “parece involucrar un burdo «especismo» análogo a posiciones racistas” (Nino 1989, 45)²³. Lo cierto es que asumimos generalmente la atribución de los derechos humanos a los infantes y a los incapaces absolutos, esto es: asumimos generalmente el lado positivo del prejuicio de la especie, la inclusión de todos los miembros de nuestra especie biológica como titulares de los derechos humanos. Melden razona, en este aspecto, que “es, pues, en virtud del futuro en el caso de los infantes, así como es en virtud del pasado en el caso de aquellos que ahora están incapacitados por una prolongada falta de conciencia o estado de coma que

precede a su muerte, que los consideramos como personas, a pesar de las fundamentales deficiencias respecto de las características que se requieren para la posesión de derechos de esos seres humanos —personas— durante las etapas en ese momento actual de sus vidas” (Melden 1980, 412). Sobre el caso extremo de quienes no parece que puedan acceder nunca a un futuro ni hayan disfrutado nunca de un pasado personal, Melden se muestra prudente (“la anormalidad mental y física desafía todos los esfuerzos por trazar una línea definida entre lo humano y lo no humano”, *ibidem*, 413)²⁴ pero es claro que los argumentos para sostener la tesis inclusiva en función del futuro o del pasado son válidos también para incluir a todos los miembros biológicos de la especie, puesto que sólo expresan un sentimiento de hermandad con quienes fueron o pueden llegar a ser como nosotros y el mismo sentimiento cabe respecto de quienes podrían haber sido como nosotros. ¿Es esto racismo?

Creo que Nino y, en general, los defensores del argumento de los casos marginales se equivocan²⁵. Lo odioso del racismo es que niega la igualdad entre todos los seres humanos (incluso adultos normales) en función de un rasgo que, para la construcción de la dignidad humana y la fundamentación de los derechos morales del ser humano, resulta irrelevante, como la raza. Lo mismo ocurre cuando se afirma con carácter general una discriminación por el género, el origen social, las capacidades naturales, las opiniones, las creencias, etc. Pero la atribución de una particular dignidad moral al ser humano en cuanto agente moral es el presupuesto necesario para fundamentar los derechos humanos aunque, inevitablemente, implica un juicio moral especieísta ya que atribuye la dignidad moral sólo a los seres de una especie, los seres humanos, y eventualmente sólo a los que, de otras especies, tuvieran sus mismas características de agencia (lo que los escolásticos predicaban sólo de Dios y de los ángeles, y los ilustrados nos vemos limitados hoy por hoy a predicar de los seres humanos y a discutir si cabe predicar de algunos prima-

tes superiores). Establecido, pues, el juicio de valor que atribuye la dignidad moral a los individuos humanos en cuanto agentes morales por su capacidad racional, el prejuicio de la especie es sólo su extensión a todos nuestros homólogos biológicos, extensión que puede ser discutible, pero no, desde luego, porque añada ningún rasgo racista a aquella decisión moral en favor de la igual dignidad de todos los seres humanos. Lo que hace odioso el racismo o el sexismo es que niega la igualdad de los seres humanos, su igual valor moral; extender el ámbito de esa igualdad puede ser discutible, pero no es odioso por que no niega, sino que extiende, esa misma igualdad. Si Nino tuviera razón, el racismo estaría en esta teoría moral —la que atribuye la dignidad moral a los seres humanos en cuanto agentes morales— y no en su extensión a todos los miembros de la especie.

Concluyo, pues, que el prejuicio de la especie tiene una primera dimensión positiva o inclusiva que justifica la adscripción moral de derechos humanos —debidamente modulados a cada circunstancia— no sólo a los niños y a los disminuidos físicos o psíquicos, a lo largo de su evolución como personas morales, sino a los infantes y a los incapaces absolutos. Este es el lado positivo, y menos problemático, del prejuicio de la especie, pero el prejuicio ofrece un lado negativo, su dimensión excluyente, que resulta moralmente más problemático.

6. EL PREJUCIO DE LA ESPECIE: EL LADO NEGATIVO

“But suppose the case were otherwise, what would it avail? the question is not, Can they reason? nor, Can they talk? but, Can they suffer?”
(Jeremy Bentham [1789] 1970, 283)

Con un argumento parecido al de Nino, Singer ha popularizado la idea de que no hay motivo alguno —salvo el prejuicio— para no tomarse con la misma seriedad los intereses de los animales no humanos que los intereses de

los animales humanos y que es un prejuicio similar al que tenían los esclavistas al sobreponer los intereses de los blancos a los intereses de los negros (Singer 1988, 69). Tanto Peter Singer como Tom Regan o, entre nosotros, Pablo de Lora han fundamentado los derechos de los animales sobre la idea de que tienen intereses. Todos los seres sensibles —capaces de sufrir, recordando los términos en que Bentham planteó la cuestión— comparten con los humanos el interés en evitar o disminuir el dolor e incrementar el placer. Teniendo en cuenta que la filosofía utilitarista considera que la felicidad estriba precisamente en eso, evitar el dolor y conseguir el placer, y entiende asimismo que la justicia no es otra cosa que la mayor felicidad del mayor número, se comprende ese intento de incluir en el ámbito de la justicia a todos los seres que pueden experimentar el sufrimiento y disminuir, cuando sufren, el volumen de felicidad agregada. Tom Regan, por su parte, sostuvo un argumento más constructivista desplazando la dignidad moral de un sujeto desde la racionalidad a la titularidad de una vida; ser sujeto de una vida es lo que dota de dignidad moral a un ser y esa cualidad es —según Regan— común a los seres humanos y a los animales no humanos²⁶.

Estas propuestas comparten el error, nada irrelevante, de manejar una noción de interés que no está ligada a la conciencia de ese interés. La filosofía moral, en general, entiende como interés una preferencia de segundo orden con la cual un sujeto racional ordena sus deseos o preferencias sensibles de primer orden. Como ha argumentado Juan Carlos Bayón, mientras los deseos y las creencias se vinculan a la racionalidad instrumental, los intereses se vinculan a la racionalidad prudencial y ésta tiene que ver con “la satisfacción global de un plan de vida” (Bayón 1991, 97). Incluso la idea de intereses “objetivos”, aquellos que podrían considerarse independientes de la voluntad del agente y vincularse a necesidades cuya satisfacción es necesaria para cualquier plan de vida, se reduce, finalmente, a intereses subjetivos del agente porque o bien consiste en una necesidad a sa-

tisfacer para “cualquier conjunto de intereses subjetivos últimos” o bien consiste en una necesidad a satisfacer para que un agente moral pueda forjar con autonomía sus planes de vida (ibídem, 124-125)²⁷. En ninguno de los casos esa noción de interés resulta aplicable a seres carentes de racionalidad y autonomía.

No parece que podamos dar la misma denominación a las preferencias de segundo orden, propias de la racionalidad prudencial, que a las tendencias instintivas a la propia conservación y a la satisfacción de necesidades biológicas, incluyendo la eliminación del dolor y la búsqueda del bienestar que todos los animales comparten, sin conciencia de ello, y tampoco parece que estas tendencias inconscientes se diferencien mucho de la inconsciente pero sólida tendencia de los vegetales a procurarse la luz y el agua que necesitan para subsistir.

De estas limitaciones son, sin embargo, bastante conscientes los defensores de los derechos morales de los animales. Se ha señalado con frecuencia la prudente contradicción en que incurre Singer al referirse al distinto valor de la vida humana y de la vida animal (Singer 1988, 75). Singer es también prudente al discutir el argumento de la falta de reciprocidad: “Como los animales no pueden reciprocarnos nuestras actitudes, se encuentran, desde este punto de vista, fuera de los límites del contrato ético” (ibídem, 93), aun cuando considera finalmente que no es atrayente esa perspectiva de la reciprocidad y que la ética va más allá. Pablo De Lora, por su parte, admite que la defensa de los derechos de los animales implicaría “personificarlos” y se hace eco, aunque la rechace, de la crítica que señala que sólo supone descender un escalón en la discriminación para pasar del especieísmo al “nerviosismo” (De Lora 2003, 234 y 244).

Similar es el proceso argumentativo para quienes sostienen que los grupos son titulares de derechos morales fundamentales, lo que destacadamente vienen haciendo los comunitaristas. Sus argumentos implican una “personificación” del grupo y sólo descienden uno

o dos escalones en la discriminación ya que terminan siempre por atribuir la titularidad a algún tipo de grupo (la nación, la población indígena, la etnia, la minoría cultural...) para negársela a otros (la región, la tribu, la comunidad inmigrante, la minoría disidente...). Aunque los argumentos sustantivos sean diferentes en uno y otro caso, comparten siempre algo común: el respeto moral que cierta entidad merece —ya se trate del feto humano, del humano muerto, del grupo humano, o del individuo o de la especie animal— requiere para su mejor protección considerarle titular de derechos morales básicos que fundamentan deberes de las personas hacia ellos en un orden justo.

Para responder negativamente esta pretensión debemos tener claras dos razones: que, aunque los derechos son siempre correlativos de deberes, los deberes no necesariamente son correlativos de derechos y que los derechos humanos, en cuanto derechos morales fundamentales, constituyen una teoría completa de la justicia pero no una teoría completa de la moral. Para fundamentar deberes morales (por ejemplo, el deber de no causar sufrimiento inútil a los animales o el deber de cuidar el patrimonio cultural) no es necesario adscribir derechos correlativos a esos seres vivos o a esas cosas pues, si bien los derechos son siempre correlativos de ciertos deberes, los deberes no son siempre correlativos de ciertos derechos. El deber de respetar la vida como un bien no es necesariamente correlativo del derecho del feto a desenvolverse desde cualquier momento de su desarrollo²⁸ como el deber de preservar la integridad de una obra de arte no es, más allá de los derechos de propiedad intelectual, correlativo del derecho de la obra de arte ni de ningún derecho de su autor hace siglos fallecido. Estos deberes pueden sustentarse indirectamente en derechos de las personas o en meras conveniencias del bien común. Estos deberes no compiten en ningún caso con los derivados de los derechos morales básicos de las personas y ello quiere decir que, por ejemplo, entre salvar de un incendio a la Gioconda

o a un niño mendigo irregularmente asentado en el país no hay ninguna duda moral: hay que salvar al niño.

Algo similar ocurre con los deberes de protección a los grupos humanos. Sin duda hay razones para proteger a una minoría cultural, a una etnia o a una nación. En muchas ocasiones porque lo que se predica como un derecho colectivo es sólo un derecho individual de ejercicio colectivo (como el derecho de reunión, el derecho de manifestación, el derecho a usar la propia lengua, etc.); en otras porque al enunciar un derecho colectivo se trata sólo de enunciar colectivamente derechos individuales, como el derecho de autodeterminación de un pueblo sometido a dominio colonial. Pero cuando realmente se defienden derechos morales de un grupo humano como derechos de titularidad y ejercicio colectivo, como el supuesto derecho a la subsistencia de la identidad cultural de un cierto grupo humano, los deberes que podemos justificar para proteger esa identidad nunca pueden competir con los derivados de los derechos morales básicos de las personas y ello quiere decir que, por ejemplo, un grupo no tiene derecho a imponer su identidad cultural por encima de la libertad religiosa de sus miembros²⁹.

Podemos discutir si algunos animales han llegado o pueden llegar al mínimo grado de autoconciencia necesario como para considerarlos agentes morales y reconocerles derechos morales fundamentales de idéntico peso a los derechos humanos, pero no es ni necesario ni conveniente extender la titularidad de derechos morales de este tipo, fundamento de un orden justo, a ningún tipo de entidad individual o colectiva que no sea un agente moral o pertenezca a la misma especie que los agentes morales. La razón de esta conclusión se apoya, simplemente, en la propia función que el invento de los derechos humanos trataba, y sigue tratando, de cumplir.

7. CONCLUSIÓN

Los derechos humanos se inventaron para proteger un ámbito de soberanía individual frente al poder físico o normativo de otros. Los derechos humanos vinieron a dar la mejor respuesta que conocemos a la definición estoica de la justicia como voluntad constante y perpetua de dar a cada uno lo suyo. ¿Qué es lo suyo de cada uno?; era la pregunta. Sus derechos naturales; fue la respuesta. Una teoría de los derechos humanos es una teoría del orden justo, una teoría de la justicia. Un orden político-jurídico es justo si y solo si nace para proteger y satisfacer los derechos morales básicos de los individuos sujetos a él y fundamenta su autoridad coercitiva en el ejercicio de esos mismo derechos por los individuos, en su participación y en su consentimiento. Pero esto es todo: los derechos humanos constituyen, por lo tanto, el contenido de una teoría de la justicia, una teoría que no es moralmente neutra porque implica una determinada concepción de las personas como agentes morales, libres e iguales (Hierro 2002, 32-35; Gonzalez Amuchastegui 2004, 99-100), pero no constituyen una teoría moral completa; hay multitud de dimensiones del bien que la teoría de los derechos ni abarca ni pretende abarcar. Tenemos obligaciones morales, de las que cabe derivar deberes jurídicos, que no son directamente correlativas de derechos humanos o de derechos morales fundamentales de no-humanos. No debemos maltratar a los animales, no debemos despilfarrar los recursos del planeta, debemos proteger nuestro patrimonio cultural, debemos proteger la diversidad biológica y la diversidad cultural, y así sucesivamente. Para explicar que todo esto es razonable moralmente no necesitamos devaluar el lenguaje de los derechos hasta hacerle perder su sentido y, lo que sería peor, su función en el diseño de un orden político justo.

NOTAS

1. Esa es, por ejemplo, la afirmación taxativa de Carlos S. Nino: “Como el nombre de estos derechos lo sugiere, la clase de sus beneficiarios está integrada por *todos* los hombres y *nada más* que los hombres; su posesión no puede estar restringida a subclases —como los obreros o los artistas— o extenderse más allá de la especie humana” (Nino 1989, 41).

2. “Ab hac juris significatione diversa est altera, sed ab hac ipsa veniens, quae ad personam refertur: quo sensu jus est, Qualitas moralis personae competens ad aliquid juste habendum vel agendum... Facultatem Jurisconsulti nomine sui appellat, nos posthac ius proprie aut stricte dictum appellabimus.” (Grocio [1625] 1987, 54). Hay que recordar que la conocida definición de Grocio es directa heredera de la que formuló Francisco Suárez: “Et iuxta posteriorem, & strictam iuris significationem solet proprie ius vocari facultas quaedam moralis, quam unusquisque habet, vel circa rem suam, vel ad rem sibi debitam...” (Suárez [1612] 1967, I, 11).

3. “Et quia magnae dignitatis est in rationali natura subsistere, ideo omne individuum rationalis naturae dicitur persona, ut dictum est” (Tomás de Aquino, *Summa Theologiae*, I q. XXIX, a. 3, ad. 2).

4. “... to find wherein personal identity consists, we must consider what person stands for;—which, I think, is a thinking intelligent being, that has reason and reflection, and can consider itself as itself, the same thinking thing, in different times and places; which it does only by that consciousness which is inseparable from thinking, and, as it seems to me, essential to it: it being impossible for any one to perceive without perceiving that he does perceive” (Locke 1690, II, 27, 9).

5. Para Kant esa vinculación entre razón y libertad resulta conceptualmente necesaria: “Pero es imposible una razón que fuese conducida en alguna otra dirección con respecto a sus juicios, pues en ese caso el sujeto habría de describir la determinación de la facultad de juicio no a la razón sino a un impulso. Debe verse a sí misma como dadora original de sus principios, independientemente de influencias extrañas; por consiguiente debe considerarse libre en calidad de razón práctica o voluntad de un ser racional; es decir, la voluntad de éste puede ser una auténtica voluntad sólo bajo la idea de la libertad y debe, pues, ser atribuida, en sentido práctico, a todos los seres racionales” (Kant [1785] 1978, 138). Pocas páginas más adelante la libertad de la voluntad se convierte en autonomía de la persona y fuente de su moralidad o dignidad: “Con la idea de la libertad se encuentra unido inseparablemente el concepto de *autonomía* y con éste el principio general de la moralidad, que en la idea de todas las acciones de los seres racionales yace como base al igual que la ley natural en todos los fenómenos” (ibídem, 144).

6. “Lo que hemos tratado de mostrar en este ensayo —dice Gewirth— es que todos los derechos humanos tienen un fundamento racional en las condiciones necesarias o necesidades de la acción humana, de modo que ningún agente humano puede denegarlas o violarlas so pena de autocontradicción. Así, las demandas que los derechos humanos hacen a las personas se justifican por el PCG (Principio de Consistencia Genérica) en cuanto principio supremo de la moralidad. Es también a través de las exigencias morales establecidas por este principio como el orden político y jurídico recibe su justificación central en cuanto provisor de la protección de los derechos humanos” (Gewirth 1990, 145).

7. Es también la tesis que, entre nosotros, sostuvo González Amuchastegui subrayando que la concepción de la persona como agente moral, apoyada en su autonomía (capacidad de razonar y de elegir), implica una determinada concepción del bien y, por ello, no es meramente neutral (2004, 99-100, 113 y 331).

8. En el mismo sentido insiste en Griffin 2008, 83 (incluyendo ahora a los fetos) y 92, donde afirma: “My belief is that we have a better chance of improving the discourse of human rights if we stipulate that only normative agents bear human rights —no exceptions: not infants, not the seriously mentally disabled, not those in a permanent vegetative state, and so on”. En el debate publicado en *Ethics* en 2010, Griffin insiste reproduciendo, frente a las observaciones de Tasioulas, exactamente el mismo párrafo citado (Griffin et al. 2010, 749)

9. Nino afirma allí que las propiedades necesarias de la personalidad moral —esto es, la capacidad para determinar la conducta conforme a valores y la capacidad para tener sensaciones dolorosas o placenteras— son propiedades graduales y que, en consecuencia, se dan “diversos grados de personalidad moral” (ibídem, 359) aunque previamente había señalado que era una “conclusión chocante” la de que “hay hombres que lo son en menor grado que otros” (ibídem, 44).

10. "...ascriptions of rights that are conceptually possible in the language of one theory may be conceptually impossible in that of another" (Wellman 1995, 106).

11. Dudoso —digo— porque, como muchas veces se ha señalado, sólo cabe representar la voluntad de alguien que, por su voluntad, me lo ha encomendado, pero no es comprensible como se representa la voluntad de alguien que no tiene voluntad.

12. Alf Ross mantuvo una posición similar al incluir entre los derechos subjetivos las pretensiones y las competencias (o potestades) sólo cuando son discrecionales (Ross 1971, 120 y 125) si bien deja fuera de su análisis a los derechos humanos que, en cuanto derechos morales, no son —según Ross— correlativos de obligaciones (ibídem, 129).

13. Este argumento —el significado del concepto en el lenguaje común o en cualquier tipo de lenguaje técnico, como el lenguaje jurídico— nunca es un argumento de mucho peso cuando lo que tratamos es precisamente de convenir un significado filosóficamente coherente. Tiene, por tanto, un valor meramente accesorio. De hecho no voy a tomar en cuenta, como argumento relevante en favor de algunas de las tesis que discuto, el hecho institucional de que existan declaraciones de "derechos" que reconocen derechos morales básicos a los animales o a ciertos grupos, como son la Declaración Universal de Derechos del Animal, aprobada por la UNESCO el 15 de octubre de 1978, o la Declaración sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas aprobada por la Asamblea General de la O.N.U. el 13 de septiembre de 2007.

14. En Hierro 1982, 57-58 ofrezco una división conceptual de los derechos combinando la distinción que introdujo David Lyons entre derechos activos y no-activos (Lyons 1970, 45 y ss.) con la distinción entre derechos discrecionales y derechos obligatorios.

15. Puede decirse —como señala Sumner— que las teorías de la voluntad entienden los derechos exclusivamente como instrumentos para promover la libertad o autonomía mientras que las teorías del beneficiario entienden los derechos como instrumentos para promover el bienestar individual incluyendo la libertad o autonomía (Sumner 1987, 47 y 96).

16. Estos cuatro tipos de derecho subjetivo pueden definirse así: (1) A tiene un derecho discrecional activo si y sólo si ostenta la necesidad de ser libre para hacer X frente a alguna persona o grupo de personas, lo que implica que esta persona o grupo de personas tiene el deber de abstenerse tanto de impedir que A haga X como de forzar a A a hacer X; (2) A tiene un derecho discrecional no-activo si y sólo si ostenta la necesidad de ser libre respecto a que una persona o grupo de personas hagan X, lo que implica que esta persona o grupo de personas tiene el deber de hacer X si lo quiere A; (3) A tiene un derecho obligatorio activo si y sólo si ostenta una necesidad cuya satisfacción exige frente a una persona o grupo de personas que A haga X, lo que implica que esta persona o grupo de personas tiene el deber de abstenerse de impedir que A haga X pero no tiene el deber de abstenerse de forzar a A a hacer X; (4) A tiene un derecho obligatorio no-activo si y sólo si, ostenta una necesidad cuya satisfacción exige respecto a una persona o grupo de personas que hagan X, lo que implica que esta persona o grupo de personas tiene el deber de hacer X (Hierro 1982, 57-58).

17. Digo "libertad completa" porque muchos autores distinguen entre permiso y facultad como modalidades deónticas, junto a la prohibición y la obligación. Según esta distinción una facultad es un permiso para hacer y para no hacer (Alchourrón-Bulygin 1974, 36; Manuel Atienza 1985, 322). Riccardo Guastini, por su parte, denomina permiso al permiso positivo, facultad al permiso negativo y añade una quinta, la de libertad (Guastini 1999, 118-119). Me refiero, por tanto, a una "libertad completa" para no dejar duda aunque, en mi opinión, el permiso es siempre de hacer y de no hacer, se exprese como se exprese (Hierro 2000, 149-153).

18. Aunque la potestad ha sido generalmente considerada como el núcleo conceptual del derecho subjetivo, generalmente se limita este tipo de derecho subjetivo a los poderes o potestades que el ordenamiento reconoce a los individuos en sus relaciones particulares (potestades de derecho privado), y se niega que constituyan derechos subjetivos las potestades o poderes normativos que el ordenamiento atribuye a ciertos individuos o grupos de individuos en cuanto autoridad normativa (potestades de derecho público), las cuales suelen ser consideradas como funciones y no como derechos subjetivos. Esta restricción se apoya en la idea de que un derecho subjetivo es siempre una situación favorable al sujeto y los que tienen una potestad normativa pública parecen encontrarse más bien en la obligación de desempeñar una cierta función en favor de los demás. Sin embargo, esta distinción ideológica no puede ocultar que, desde el punto de vista meramente analítico, no hay diferencia entre las potestades privadas y las potestades públicas: ambas implican que uno tiene competencia para regular la acción de otros que quedan sujetos a él. La restricción se

apoya también, por otra parte, en la idea de que el contenido de un derecho subjetivo es siempre discrecional, lo que no resulta admisible para la teoría del interés (vid. Hierro 2000, 163-164).

19. Eludo ahora discutir el problema de la eutanasia que, en cualquier caso, suele entenderse como una excepción, bajo ciertas condiciones, a la configuración del derecho a la vida como derecho obligatorio. El derecho a la educación es también un buen ejemplo de derecho obligatorio activo en el caso de los menores de edad escolar. El derecho a la educación puede entenderse como un tipo mixto de derecho obligatorio activo y no-activo en cuanto exige que el titular haga X (asista a una escuela) y que la sociedad (estado, ayuntamiento, etc.) esté obligada a facilitar una escuela, un maestro y demás medios educativos, pero parece predominar en el tipo de derecho su carácter de derecho activo, aunque obligatorio.

20. En este sentido Onora O'Neill propone, frente a los defensores de los derechos de los niños, una reconstrucción kantiana de las obligaciones hacia ellos (O'Neill 2004, *passim*).

21. Es necesario insistir, frente al argumento de que el concepto de "derecho subjetivo" se utiliza de distinta forma en el ámbito moral y político que en el ámbito jurídico (Hart 1982, 193), en que la dogmática iusprivatista tuvo que asumir que los llamados derechos de la personalidad no se ajustaban al concepto defendido por la teoría de la voluntad.

22. "The lawmakers could confer legal rights on whatever kind of thing they choose" (Wellman 1995, 133).

23. La solución que ofrece Nino a este "dilema desagradable", según sus propias palabras, no es muy clara. Él sostiene que en lugar de derivar los derechos humanos de características fácticas, los derivemos de principios morales y, entonces, definamos a las personas morales como los que tienen las propiedades fácticas necesarias para gozar o ejercer aquellos derechos, lo que presupone distinguir entre la titularidad del derecho y la capacidad efectiva para ejercerlo. Creo que este enfoque puede resolver problemas menores, como el de los infantes, pero no resuelve el problema de los incapaces psíquicos profundos o de los enfermos en coma irreversible (Nino 1989, 45-46). El neologismo "speciesism" fue introducido por el filósofo británico Richard D. Ryder como título de un panfleto publicado en 1970 (Castignone 1996, 170 nota 1). Ha sido traducido al castellano como "especismo" y como "especieísmo".

24. En el mismo sentido que Melden, argumenta Peter Carruthers desde un enfoque contractualista: "La estrategia se basa en el hecho de que no existen límites precisos entre un bebé y un adulto, entre un adulto no muy inteligente y un subnormal profundo y entre un anciano normal y uno en estado de senilidad avanzado. El argumento sería pues que tratar de otorgar derechos morales directos sólo a los agentes racionales (los adultos normales) sería intrínsecamente peligroso y se prestaría a abusos" (Carruthers 1995, 134).

25. Generalmente se denomina "argumento de los casos marginales" —nombre que se debe al canadiense Jan Narveson— al que denuncia como incoherente el prejuicio de la especie (De Lora 2003, 234-244; Castignone 1996, 127-129).

26. "Inherent value, then, belongs equally to those who are the experiencing subjects of a life" (Regan 1985, 23).

27. La idea de que las necesidades humanas son el contenido de los derechos humanos, precisamente porque su satisfacción es la condición para desenvolverse como agente moral, es la que he defendido en mi propia definición de los derechos humanos como "aquellas libertades, inmunidades, pretensiones y potestades que corresponden a todo ser humano como condición necesaria para realizarse como sujeto moral y cuya satisfacción es condición necesaria y suficiente para justificar la existencia, el origen y el contenido de un sistema jurídico" (Hierro 2002, 41; ver también Hierro 1982, *passim*).

28. Como recuerda Pablo De Lora, citando a Raz, el caso de nuestros deberes con los animales es un ejemplo clásico para desmentir la correlación deberes-derechos (De Lora 2003, 222 nota 26).

29. Un ejemplo paradigmático de la superposición de un presunto derecho a la identidad colectiva sobre el derecho individual a la libertad religiosa se encuentra en la sentencia de la Corte Constitucional colombiana de 18 de septiembre de 1998 (sentencia SU-510/98) sobre la cultura Ika.

NOTA BIBLIOGRÁFICA

ALCHOURRÓN, Carlos y BULYGIN, Eugenio (1974) *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales*, Buenos Aires, Astrea.

- AQUINO, Tomás de, *Summa Theologiae*, <http://www.corpusthomicum.org/sth0000.html>.
- ATIENZA, Manuel (1985) *Introducción al Derecho*, Barcelona, Barcanova.
- BAYÓN, Juan Carlos (1991) *La normatividad del Derecho: deber jurídico y razones para la acción*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales.
- BENTHAM, Jeremy [1789] (1970) *An Introduction to the Principles of Morals and Legislation* (edición de J.H. Burns y H.L.A. Hart), Londres, Methuen.
- BETEGÓN, Jerónimo y PÁRAMO, Juan Ramón (1990) *Derecho y Moral, Ensayos analíticos*, Barcelona, Ariel.
- CARRUTHERS, Peter (1995) *La cuestión de los animales. Teoría de la moral aplicada*, Cambridge, Cambridge University Press (Orig: *The Animals issue: moral theory in practice*, Cambridge, Cambridge University Press, 1992).
- CASTIGNONE, Silvana (1996) *Nuovi diritti e nuovi soggetti*, Genova, Edizioni Culturali Internazionali Genova.
- CELANO, Bruno (2001) *Il diritto nella giurisprudenza anglosassone contemporanea*, Analisi e Diritto, 1-58.
- DE LORA, Pablo (2003) *Justicia para los animales. La ética más allá de la humanidad*, Madrid, Alianza.
- DÍAZ, Elías y COLOMER, José Luis (2002) *Estado, justicia, derechos*, Madrid, Alianza.
- DÍEZ-PICAZO, Luís y GULLÓN, Antonio (1997) *Sistema de Derecho Civil*, Volumen I (novena edición), Madrid, Tecnos.
- DWORKIN, Ronald (1984) *Los derechos en serio*, Barcelona, Ariel (Orig: *Taking Rights Seriously*, Londres, Gerald Duckworth & Co., 1977).
- FANLO, Isabel (ed.) (2004) *Derechos de los niños*. Una contribución teórica, México, Fontamara.
- FEINBERG, Joel (1980) *Rights, Justice and the Bounds of Liberty*, New Jersey, Princeton University Press.
- FOLGADO, Avelino (1960) *Evolución histórica del concepto del derecho subjetivo*. Estudio especial en los teólogos-juristas españoles del siglo XVI, Pax Iuris (Escorialensium Utriusque Studiorum Scripta), San Lorenzo del Escorial (Madrid).
- GERBER, David (1976) *Rights*, Archiv für Rechts-und Sozialphilosophie, LXII, 329-347.
- GEWIRTH, Alan (1990) *La base y el contenido de los derechos humanos*, en Betegón, J. y Páramo J. R. 1990, 125-145 (Orig: *The Basis and Content of Human Rights*, Nomos XXIII, New York University, 1981).
- GONZÁLEZ AMUCHASTEGUI, Jesús (2004) *Autonomía, dignidad y ciudadanía. Una teoría de los derechos humanos*, Valencia, Tirant lo Blanch.
- GRIFFIN, James (2008) *On Human Rights*, Oxford, Oxford University Press.
- GRIFFIN, James et al. (2010) *Symposium on James Griffin's On Human Rights*, Ethics, Vol. 120, Number 4.
- GROCIO, Hugo [1625] (1987) *Del derecho de presa*. Del derecho de la guerra y de la paz, edición bilingüe de Primitivo Mariño, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales.
- GUASTINI, Riccardo (1999) *Distinguiendo*, Barcelona, Gedisa (Orig: *Distinguiendo*, Turín, Giappichelli, 1996).
- HAKSAR, Vinit (1978) *The Nature of Rights*, Archiv für Rechts-und Sozialphilosophie, LXIV, 183-204.
- HART, Herbert L. A. (1974) *¿Existen derechos naturales?* en Quinton, A. 1974, 84-105 (Orig: *Are There any Natural Rights?*, Philosophical Review, 64, 1955, 175-191)
- (1982) *Essays on Bentham. Jurisprudence and Political Theory*, Oxford, Clarendon Press.
- HIERRO, Liborio L. (1982) *¿Derechos humanos o necesidades humanas? Problemas de un concepto*, Sistema. Revista de Ciencias Sociales, 46, enero 1982, 45-61.
- (2000) *Conceptos jurídicos fundamentales. (I) De las modalidades deónticas a los conceptos de derecho y deber*, Revista Jurídica. Universidad Autónoma de Madrid, 3, 139-173.
- (2002) *El concepto de justicia y la teoría de los derechos*, en Díaz, E. y Colomer, J. L. (eds.) 2002, 11-73.
- Kant, Immanuel [1785] (1978) *Cimentación para la metafísica de las costumbres*, Madrid, Aguilar.
- [1797] (2002) *La metafísica de las costumbres* (edición de Adela Cortina y Jesús Conill), Madrid, Tecnos.
- KEARNS, Thomas R. (1975) *Rights, Benefits and Normative Systems*, Archiv für Rechts-und Sozialphilosophie, LXI, 465-483.
- LOCKE, John (1690) *An Essay Concerning Human Understanding*, ebooks.adelaide.edu.au/l/locke/john/l81u/B2.27.html.
- LYONS, David (1969) *Rights, Claimants and Beneficiaries*, American Philosophical Quarterly, 6, 1969, 173-185.
- (1970) *The Correlativity of Rights and Duties*, Nous, 4, 45-55.
- MACCORMICK, Neil (1976) *Children's Rights: A test-case for Theories of Rights*, Archiv für Rechts-und Sozialphilosophie, LXII, 305-316.
- MELDEN, Abraham I. (1980) *Los derechos y las personas*, México, Fondo de Cultura Económica (Orig: *Rights and Persons*, Oxford, Basil Blackwell, 1977).
- NINO, Carlos S. (1989) *Ética y derechos humanos*, Buenos Aires, Astrea.
- O'NEILL, Onora (2004) *Los derechos de los niños y las vidas de los niños*, en Fanlo, I. (ed.) 2004, 77-106 (Orig: *Children's Rights and Children's Lives*, Ethics, vol. 98, 1988, 445-463).

- QUINTON, Anthony (ed.) (1974) *Filosofía Política*, México, Fondo de Cultura Económica (Orig: Political Philosophy, Londres, Oxford University Press, 1967).
- RAWLS, John (1989) *Justice as Fairness. A Guided Tour*, Cambridge, Harvard University, (texto fotocopiado, no publicado)
- (1999) *Justicia como equidad*. Materiales para una teoría de la Justicia (edición de M. Angel Rodilla, Madrid, Tecnos (segunda edición).
- RAZ, Joseph (1984) *The Nature of Rights*, *Mind*, 93, 194-214.
- REGAN, Tom (1985) *The Case for Animal Rights*, en Singer, P. (ed.) 1985, 13-26.
- ROSS, Alf (1971) *Lógica de las normas*, Madrid, Tecnos (Orig: Directives and Norms, Londres, Routledge & Kegan Paul, 1968).
- SINGER, Peter (1988) *Ética práctica*, Barcelona, Ariel (segunda edición) (Orig: Practical Ethics, Cambridge, Cambridge University Press, 1979)
- SINGER, Peter (ed.) (1985) *In Defence of Animals*, Oxford, Basil Blackwell.
- SUÁREZ, Francisco [1612] (1967) *Las Leyes*, Madrid, Instituto de Estudios Políticos, vol I.
- SUMNER, Leonard W. (1987) *The Moral Foundations of Rights*, Oxford, Clarendon Press.
- WELLMAN, Carl (1984) *The Growth of Children's Right*, *Archiv für Rechts-und Sozialphilosophie*, LXX, 441-453.
- (1995) *Real Rights*, Oxford, Oxford University Press.