HACIA UNA TEORÍA EXPRESIVA DE LOS DERECHOS: RECONSIDERANDO LA TEORÍA DE LOS DERECHOS DE HART[1]

Samuel I Tschorne

Introducción

Desde la década de 1950, la importancia del lenguaje de los derechos en general, y el de los derechos humanos en particular, ha aumentado a tal ritmo que hoy se ha convertido en el vocabulario normativo más prominente en los discursos político, jurídico y moral. Esta expansión, sin embargo, ha conllevado tal cantidad de problemas que se está llegando a una situación crítica en la que el discurso de los derechos parece estar sufriendo una importante "devaluación". Hay quienes incluso se han vuelto completamente escépticos acerca de la existencia o el valor de este vocabulario. Aun si uno no está dispuesto a llegar tan lejos, resulta cada vez más cierto que la afirmación de que algo constituye un derecho no significa nada más que decir que se trata de algo (un interés, un valor, un principio, etc.) que amerita ser considerado en el razonamiento práctico y que tiene que ser "ponderado" junto con otras consideraciones relevantes. Los derechos, en este sentido, parecen haber perdido la especial fuerza normativa y el carácter perentorio que solían tener en nuestros discursos normativos.

¿Cuál es, entonces, el valor del lenguaje de los derechos? En lo que sigue presentaré las líneas generales de una aproximación expresiva que define como el objeto primario de la teoría de los derechos el explicar qué es aquello que el vocabulario de los derechos nos permite distintivamente expresar en nuestros discursos normativos (¿qué es lo que el vocabulario de los derechos nos permite *decir* o *dar a entender* que no podría ser dicho o

[1] Título anunciado: "El Lenguaje de los derechos". Borrador de la traducción al castellano. Las notas al pie contenidas en el original han sido reducidas estrictamente a las referencias, omitiendo las citas.

dado a entender –en forma tan perspicua– usando otra terminología normativa?). Esta aproximación expresiva se centra en una cuestión que la mayoría de las teorías contemporáneas de los derechos –enfocadas como están en la cuestión del objeto de los derechos (¿interés, voluntad, o estatus?) o en la cuestión de quién o qué puede ser titular de derechos (¿humanos adultos, humanos, mamíferos superiores, anímales, árboles, etc.?)– simplemente ignoran. De hecho, situar al principio de la teoría de los derechos la cuestión del *valor expresivo* del lenguaje de los derechos bien podría demostrar que las aproximaciones centradas en otros problemas son víctimas de disyunciones falsas y dilemas aparentes. Con el objeto de contribuir al desarrollo de una aproximación expresiva, en este trabajo reconstruiré la teoría de los derechos de H. L. A. Hart desde esta perspectiva metodológica, reformulando sus principales tesis como respuestas a la pregunta "¿cuál es el distintivo valor expresivo de la terminología de los derechos?"

A pesar de ser uno de los aspectos menos estudiados de su, en lo demás, muy estudiada y comentada obra en filosofía del derecho, la teoría de los derechos de Hart –como se intentará demostrar en estas páginas– no sólo constituye un punto de partida ideal para desarrollar una aproximación expresiva a los derechos, sino que bien puede ser considerada una de las más prometedoras teorías analíticas de los derechos de la escena contemporánea. Como Jeremy Waldron ha sostenido, una de las notas distintivas de los debates contemporáneos acerca de los derechos proviene de los altos niveles de precisión y claridad que han alcanzado durante el siglo XX gracias a la contribución de la teoría analítica del derecho cuyos trabajos se han visto facilitados tanto por "una atmósfera en filosofía que ha fomentado en general el análisis y que ha estado preocupada hasta llegar a la obsesión con el rigor y precisión analíticos" y con el legado jurisprudencial de Jeremy Bentham y su escuela[2]. La teoría de los derechos de Hart –como también aquí se intentará

[2] Jeremy Waldron, "Introduction," in *Theories of Rights*, ed. Jeremy Waldron (Oxford, New York: Oxford University Press, 1984), 2.

mostrar– es quizás la que mejor representa tanto las fortalezas como las limitaciones de la filosofía del derecho analítica del siglo XX.

I. Análisis conceptual y el lenguaje de los derechos

Si bien hoy se encuentra bajo una crítica creciente, el análisis conceptual ha sido, sin duda, la corriente metodológicamente más influyente en la filosofía del derecho anglófona de los últimos cincuenta años. El dominio de esta concepción del método en teoría del derecho –i.e. el predominio de la concepción de que los problemas de la filosofía del derecho dicen relación con (o pueden ser fructíferamente reformulados como si fueran acerca de) conceptos– es en gran medida el legado de Herbert Hart. Su obra ha sido por muchos años el testimonio visible de cuán fructífero ha sido pensar que el examen del contenido –o "significado"– de los conceptos jurídicos puede ayudarnos a entender mejor los fenómenos jurídicos.

En la época en que Hart hizo sus más importantes contribuciones en la materia –a mediados del siglo XX– esta forma de cultivar la teoría del derecho estaba considerablemente desorientada y se alejaba cada vez más de las cuestiones que preocupaban a juristas, abogados y jueces. La principal contribución de Hart en este sentido fue fruto de sus esfuerzos por reorientar la teoría analítica del derecho usando las herramientas provistas por la filosofía de lenguaje en boga durante esos años[3]. Ya en su lección inaugural (1953), Hart trazó los lineamientos generales de aquella aproximación a la filosofía analítica del derecho que su obra más conocida –*El Concepto de Derecho* (1961)– iba a transformar en la más influyente por muchos años. Si bien el propósito de su lección inaugural fue el de presentar un programa general para la teoría analítica del derecho, de paso Hart daría importantes pasos en el desarrollo de su teoría de los derechos. En lo que sigue, se hará una reconstrucción de su concepción del análisis conceptual con el objeto

[3] H. L. A. Hart, *Essays in Jurisprudence and Philosophy* (Oxford: Clarendon Press, 1983), 1–6.

discutir su primera –aunque breve, muy importante– exploración en la teoría de los derechos. Luego, se examinarán las conclusiones que se pueden obtener si se extiende este nuevo marco de análisis al tema de los "derechos morales" (sección 2) para, finalmente, presentar y discutir la versión más desarrollada de su teoría de los derechos (sección 3).

La tesis principal de su lección inaugural era que la teoría analítica del derecho estaba desorientada porque entendía que sus cuestiones centrales (¿qué es una norma jurídica? ¿qué es el Estado? ¿qué es un deber jurídico? ¿qué es un derecho jurídico? etc.) como preguntas acerca de cuál es la "definición" de los conceptos jurídicos fundamentales. El problema, sin embargo, es que para entender estos conceptos se requiere *una explicación no una definición*. Dar una definición como respuesta a las preguntas que animan a la filosofía del derecho es malentender tanto lo que nos mueve a formular esas preguntas como la naturaleza del lenguaje legal y los conceptos jurídicos.

Sólo cuando quien pregunta estas cuestiones ignora el uso común del término o necesita ser instruido acerca de cómo usarlo correctamente una definición podría considerarse como una respuesta adecuada. Pero el problema es que el jurista, juez o abogado que pregunta estas cuestiones sabe perfectamente como usar el término correspondiente, i. e. puede identificar las situaciones en las que el concepto es correctamente aplicado e, incluso, señalar las situaciones en las que por alguna razón la aplicación del concepto resulta problemática o controvertida. El problema es, dicho de otro modo, que se "puede saber y, sin embargo, no entender" y una definición no resulta útil para entender conceptos que ya se sabe como utilizar[4].

¿Pero cómo puede ser posible saber y, sin embargo, no entender? La respuesta de Hart es notablemente simple: no entendemos porque los modelos explicativos que utilizamos no toman en consideración importantes atributos o peculiaridades (las

[4] H. L. A. Hart, "Definition and Theory in Jurisprudence," in *Essays in Jurisprudence and Philosophy* (Oxford: Clarendon Press, 1983), 22.

"anomalías") que estos conceptos poseen. Más concretamente, según Hart el problema reside en el intento de aplicar a estos conceptos jurídicos un modelo explicativo que es apropiado sólo para conceptos ordinarios o comunes. Las perplejidades que rodean a estos conceptos jurídicos (y lo mismo puede decirse del concepto de derecho en sí) provienen de que, por una parte, estos términos son aplicados en circunstancias tan diversas, a una multiplicidad tan diversa de casos, que pareciera imposible que existiera un principio común guiando su uso, al tiempo que, por otra parte, existe una asentada convicción de que la aplicación de la misma palabra en estos diversos contextos *no es arbitrario*[5]. Dicho de otra manera, si bien puede que no exista un principio simple detrás del uso de una palabra en estos distintos contextos, sabemos de que no se trata de simples *homónimos*, sino que constituyen aplicaciones del *mismo concepto*. Para entender estos conceptos, entonces, tenemos que liberarnos de

> "la errada creencia (falsa no sólo de expresiones legales y políticas complejas como 'derecho', 'Estado', 'nación', pero también de casos más prosaicos como el de 'un juego') de que si una palabra no constituye simplemente un homónimo entonces todas las circunstancias en las que es aplicada tienen que poseer ya sea una única propiedad o un único conjunto de propiedades en común"[6].

Quizás todavía más importante, Hart argumentó que estos conceptos jurídicos fundamentales son peculiares porque

> "no tienen una contraparte directa en el mundo de los hechos como la mayoría de los palabras comunes tienen y a los cuales apelamos en nuestras definiciones de las palabras comunes. No hay nada que simplemente 'corresponda' a estas palabras jurídicas y cuando intentamos definirlas nos encontramos con que las expresiones que ofrecemos en nuestras definiciones identificando tipos de personas, cosas, cualidades, eventos y procesos, materiales o psicológicos, nunca constituyen un equivalente de estas palabras jurídicas, a pesar de que está normalmente conectadas con éstas de alguna manera"[7].

Hart mismo reformularía este punto sosteniendo que los conceptos jurídicos no figuran "en lugar de" algo, sino que tienen una función completamente distinta. Con esto Hart dio un paso fundamental: estos conceptos jurídicos no pueden ser entendidos

[5] Ibid.
[6] Ibid., 22 n 1.
[7] Ibid., 23.

siguiendo un *paradigma designacional*, esto es, tomando como modelo la relación entre un nombre y aquello que éste nombra[8]. Pero si no el modelo inspirado en la relación entre el nombre y lo nombrado ¿qué modelo? El descubrimiento de Hart es que no tenemos que seguir ningún tipo de explicación *representacional*, i. e. no tenemos que preguntar en *lugar de qué* objeto (e. g. persona, cosa, evento) el concepto legal figura en nuestro discurso. Tenemos que adoptar, en cambio, una explicación *funcional* y, por lo tanto, tenemos que preguntar qué *función* cumple el concepto jurídico en nuestro discurso. Como Hart explicaría luego, se trata de "examinar el rol que tal palabra desempeña cuando es utilizada para cumplir su tarea estándar en un sistema jurídico"[9].

El marco explicativo funcional que Hart propone se caracteriza por una nota esencial: otorga prioridad a las *proposiciones* en el orden explicativo por sobre los *conceptos*. Hart enfáticamente sostuvo –siguiendo en esto una tesis fundamental de Bentham– que "nunca deben tomarse estas palabras de manera aislada, sino que deben considerarse los enunciados en los que cumplen su rol distintivo como un todo"[10]. Para entender cualquiera de estos conceptos jurídicos, en consecuencia, debe comprenderse el rol o función que desempeñan en enunciados en los que son correctamente empleados, i.e. la manera en que contribuyen al contenido de los enunciados en los que figuran. Más todavía, para entender las proposiciones en las que estos conceptos jurídicos son empleados, es necesario entender el rol o función de estas proposiciones en sí, viz. el rol o función que esas proposiciones juegan en el *razonamiento* jurídico o, para usar la terminología de Hart, en nuestros "cálculos jurídicos". Un enunciado en el que uno o más de estos conceptos jurídicos son correctamente empleados (e.g. "*A* tiene derecho a *x*") constituye "el eslabón

[8] Robert B Brandom, *Articulating Reasons: An Introduction to Inferentialism* (Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 2000), 159.

[9] H. L. A. Hart, "Analytical Jurisprudence in Mid-twentieth Century: A Reply to Professor Bodenheimer," *University of Pennsylvania Law Review* 105, Analytical Jurisprudence in Mid-twentieth Century (1957): 961.

[10] Hart, "Definition and Theory in Jurisprudence," 26.

final de un simple cálculo jurídico: reporta un resultado que puede bien ser denominado una conclusión jurídica"[11]. Como el mismo Hart resumiría esta idea crucial, cada uno de estos conceptos jurídicos "tiene significado sólo en tanto componentes de un enunciado cuya función como un todo es inferir una conclusión jurídica a partir de un tipo específico de regla"[12].

Esto equivale a decir que para aprehender el contenido de estas proposiciones (y, a su turno, el de estos conceptos) es necesario entender el rol que juegan en el razonamiento jurídico. Dicho de otro modo, el contenido de los conceptos jurídicos –y el de las proposiciones de las que forman parte– está articulado *inferencialmente*: los conceptos hacen posible hacer una movida en un juego de lenguaje (una inferencia apropiada) desde un enunciado o enunciados (premisas) hacia otro enunciado (conclusión). Esto implica, como Hart claramente vio, que como método para elucidar el contenido de los conceptos jurídicos debe adoptarse una explicación que contenga en sí dos momentos diferentes. En sus propios términos, uno debe tomar

> "un enunciado en el que la palabra… desempeñe su rol distintivo y explicarla, en primer lugar, a través de la especificación de las condiciones bajo las cuales el enunciado como un todo resulta verdadero y luego, en segundo lugar, debe mostrarse cómo es empleado para obtener una conclusión a partir de reglas en un caso particular"[13].

Estos conceptos jurídicos "median" –son el "*tertium quid*"– entre las circunstancias de aplicación de un enunciado aplicando una regla a un caso particular y la afirmación de las consecuencias jurídicas que se siguen de la aplicación de la regla al caso particular: el rol o función de estos conceptos es hacer posible este paso inferencial[14].

Hart formuló en su lección inaugural esta tesis fundamental en términos demasiado fuertes. Como él mismo se daría cuenta posteriormente, la distinción entre la (variable) "fuerza" y el (constante) "significado", que J. L. Austin elaboró en su teoría de los actos de

[11] Ibid., 28.
[12] Ibid.
[13] Ibid., 33.
[14] Ibid., 44ff.

habla, implica que no es correcto afirmar que los enunciados en los que figuran conceptos tales como "derechos", "corporaciones", y así sucesivamente, *son* conclusiones que se obtienen en inferencias a partir de reglas (porque bien pueden ser usados para *hacer* otras cosas)[15]. Sin que se pierda nada, no obstante, la tesis principal de Hart puede ser reformulada de manera que no se vea afectada por esta objeción: sólo basta adoptar una semántica inferencial que favorezca una *explicación funcional* del contenido de los conceptos dando prioridad en el *orden explicativo* a las proposiciones. No es necesario sostener que cada vez que estos enunciados son emitidos –y esos conceptos aplicados– ellos son utilizados para formular conclusiones jurídicas inferidas por el hablante. Lo crucial es la adopción de una estrategia metodológica comprometida con una explicación semántica que parta desde arriba, viz. que el tipo de contenido expresado por proposiciones es previo al tipo de contenido expresado por elementos sub-proposicionales. La prioridad de las proposiciones –o, más precisamente, del contenido conceptual expresado por enunciados (viz. contenido proposicional)– se explica, a su vez, porque son las unidades lingüísticas que pueden jugar el rol de premisas y conclusiones en el razonamiento[16]. Hart, de hecho, siempre se mantendría convencido de la importancia de este estrategia de explicación semántica[17].

¿Cuáles son las consecuencias de todo esto para la teoría de los derechos? La primera observación de Hart –desarrollando el análisis bajo este marco– es que enunciados tales como

> "*A* tiene derecho a ser pagado £ 10 por *B*… silenciosamente asume un escenario muy especial y complejo, a saber, la existencia de un sistema jurídico con todo lo que eso implica… pero a pesar de que esta situación compleja está asumida en las proposiciones acerca de derechos y deberes, éstas no *afirman* que aquélla existe"[18].

El uso de estos enunciados no sólo tiene la presuposición de trasfondo de (o el escenario provisto por) la existencia de un sistema jurídico sino que, más específicamente,

[15] Hart, *Essays in Jurisprudence and Philosophy*, 2, 5.
[16] Brandom, *Articulating Reasons*, 12, 30.
[17] Vid. H. L. A. Hart, *Essays on Bentham: Studies in Jurisprudence and Political Theory* (Oxford: Clarendon Press, 1982), 10.
[18] Hart, "Definition and Theory in Jurisprudence," 27.

el "uso de este enunciado tiene además una conexión especial con una regla particular del sistema"[19]. Es crucial notar que un enunciado de la forma "*A* tiene un derecho a…", sin embargo, "no es un enunciado *acerca* de reglas", viz. estos enunciados no *dicen* nada acerca de reglas. ¿En qué consiste, entonces, esta conexión implícita entre estos enunciados y las reglas jurídicas? Como Hart explica, esta "conexión especial":

> "puede hacerse explícita si uno pregunta '¿por qué A tiene este derecho?' Una respuesta apropiada sólo puede consistir en dos cosas: primero, la aserción de una o más reglas jurídicas (ej. aquellas sobre contratos), de acuerdo a las cuales dados ciertos hechos se siguen determinadas consecuencias jurídicas; y, segundo, la aserción de que en el caso se dieron estos hechos. Pero, de nuevo, es importante notar que quien dice 'A tiene un derecho' no *dice* algo acerca de la regla; y, si bien, dados ciertos hechos es correcto decir 'A tiene un derecho', quien lo dice no describe ni dice nada acerca de estos hechos. Quien dice esto hace algo diferente… él ha obtenido una conclusión a partir de una regla relevante pero implícita y de hechos del caso relevantes pero implícitos"[20].

De modo más general, estos enunciados son "usados para apelar a reglas, para entablar pretensiones, o para adoptar decisiones bajo ellas"[21]. En consecuencia, el vocabulario de los derechos es utilizado para *hacer* ciertas cosas con un determinado tipo de reglas (e.g. enunciar una pretensión, señalar una acción que es exigida o requerida, evaluar o criticar una acción, etc.), pero no para *decir* algo acerca de estas reglas[22].

Para tener una teoría completa de los derechos, no obstante, debe además especificarse el tipo o clase de regla que subyace al uso apropiado del concepto de derechos. Hart provee una explicación bastante simple de este aspecto: para que pueda decirse que alguien tiene un derecho debe existir una regla que (i) imponga un deber sobre otra persona tal que si el destinatario del deber lo infringe (ii) tal acto contará como una "violación del derecho" en contra de la que (iii) el titular del derecho puede ejercer determinadas acciones legales que son puestas a su disposición. Hart, de esta manera, concluyó que las "reglas que confieren derechos" –esp. en contraste con las reglas que

[19] Ibid., 28.
[20] Ibid.
[21] Ibid., 27.
[22] Ibid., 28.

"sólo imponen obligaciones"– se distinguen porque la obligación de cumplir con el deber depende de la voluntad del titular del derecho (o de una persona autorizada para actuar en su nombre), i.e. que el titular del derecho puede condonar o no exigir el cumplimiento del deber respectivo[23].

Esta explicación otorga un rol central a la voluntad para identificar bajo qué circunstancias puede decirse con sentido que existe un derecho, lo que se ve ratificado por el hecho de que constituye el "elemento unificador" que subyace al vocabulario de los derechos como un todo, dando cuenta de algo anotado por Hohfeld pero que él dejó sin explicación: ¿por qué el concepto de derechos no sólo es usado para referirse a derechos en sentido estricto (*claims*), sino también para referirse a libertades, poderes e inmunidades? Según Hart, a diferencia de Hohfeld, el uso "genérico" del concepto de derechos más que una forma poco rigurosa o inapropiada de hablar, constituye la expresión del vínculo central que existe entre voluntad y derechos[24]. Como el mismo Hart resumiría más tarde:

> "las cuatro distinciones cardinales establecidas por Hohfeld (que no son sino cuatro usos diferentes de la expresión 'un derecho' comunes en nuestro lenguaje) pueden elucidarse demostrando como todas ellas giran en torno a mismo punto focal, a saber, la voluntad individual. Algunos usos de la expresión 'un derecho' indican que el derecho otorga efecto vinculante a la voluntad individual en determinadas circunstancias, mientras que otros simplemente dan a entender que en determinados respectos la voluntad no está sujeta a restricciones"[25].

2. El concepto de derechos morales y el principio de libertad individual

Si bien los derechos jurídicos constituyeron el foco exclusivo en su lección inaugural, el marco analítico desarrollado en ésta podría extenderse a los "derechos morales", como Hart –de hecho– intentó hacer en un temprano artículo (originalmente publicado en 1955) bajo el título "Are there any natural rights?"[26]. Si bien Hart se

[23] Ibid., 35.
[24] Ibid., 35 n 15.
[25] Hart, "Analytical Jurisprudence in Mid-twentieth Century," 970.
[26] H. L. A. Hart, "Are There Any Natural Rights?," in *Theories of Rights*, ed. Jeremy Waldron (Oxford, New York: Oxford University Press, 1984), 77–90.

distanciaría explícitamente de este trabajo[27] e incluso llegaría a mostrar simpatía por el escepticismo de Bentham tanto sobre la idea misma de derechos morales como acerca de las teorías morales basadas en derechos[28], resulta importante discutirlo aquí pues algunas tesis desarrolladas en este artículo se volverán aspectos permanentes del pensamiento de Hart en la materia.

Una de estas tesis es que "derechos" constituye un "concepto fundamental" distintivo que no puede ser reducido o simplemente reemplazado por otros conceptos normativos. Partiendo de consideraciones similares a las ya desarrolladas en su lección inaugural, Hart observó que el concepto de "derecho morales" es usado para evaluar o criticar acciones humanas de acuerdo con un "código moral" (i.e. un conjunto de reglas morales). Pero, y esto es crucial, así como el concepto de derechos jurídicos es utilizado apropiadamente sólo en relación con un determinado tipo de regla jurídica, el concepto de derechos morales sólo puede desplegar su distintivo rol expresivo en relación con un particular tipo de código moral. En sus palabras:

> "es importante tener en consideración que pueden existir códigos de conducta que bien pueden denominarse códigos morales (aunque quizás serían 'imperfectos') a pesar de que no empleen la noción de derechos, pues no hay nada contradictorio o absurdo en un código o moralidad consistente exclusivamente en prescripciones o en un código que sólo prescribe aquello que ha de hacerse para la obtención de la felicidad o de algún otro ideal de perfección personal. Las acciones humanas en tales sistemas podrán ser evaluadas o criticadas como *buenas* o *malas, prudentes* o *imprudentes*, *apropiadas* o *inapropiadas*, pero nadie podría en estos sistemas poseer, ejercer o reclamar derechos, ni violar o infringir un derecho"[29].

Esta idea podría expresarse de manera más perspicua diciendo que existen sistemas morales desarrollados y consistentes que pueden ser descritos –sin pérdida alguna– usando otros conceptos morales fundamentales (esp. "deber" y "bueno/malo"). Esto podría explicar porqué el concepto de derecho no tiene lugar, por ejemplo, en la filosofía moral clásica ni en las obras de inigualables pensadores como Aristóteles y Platón. La razón de

[27] Hart, *Essays on Bentham*, 17.
[28] Ibid., 14–7.
[29] Hart, "Are There Any Natural Rights?," 78–9.

esto es que "salvo que se reconozca el valor moral de la libertad individual, no hay lugar para los derechos morales"[30]. En otras palabras, el concepto de derechos morales exhibe su "sentido específico" y se vuelve "irremplazable por otros conceptos morales", sólo en el caso de códigos morales que no "sólo prescriben lo que ha de hacerse" sino que también contienen "principios que regulan la distribución apropiada de libertad humana que por sí hacen moralmente legítimo para un ser humano determinar por su voluntad como otro ha de actuar"[31].

El concepto de derechos morales sólo cumple su función distintiva, entonces, cuando es utilizado en el contexto de un código moral que articula una distribución apropiada de esferas de libertad individual tal que cada individuo posee una suerte de soberanía o dominio sobre un segmento de su mundo moral dentro del que debiera estar libre de toda inferencia moralmente injustificada[32]. Dicho de manera más precisa, el concepto de derechos morales permite *expresar* o hacer explícita la articulación o elaboración normativa del principio de libertad individual (i.e. el derecho que todas las personas tienen a una igual libertad) y los tipos específicos de fundamentos morales que pueden justificar interferencias en la libertad de una libertad respetando tal principio (viz. los títulos especiales en virtud de los que alguien puede intervenir en la libertad de otro). Tal como se puede apreciar en las dos principales situaciones en las que enunciados de la forma "tener derecho a" son utilizados, la estructura de un código moral que elabora el principio de libertad puede explicitarse a través de *derecho morales generales*, que son "defensivamente afirmados" en contra de actuales o potenciales interferencias injustificadas en la libertad del titular del derecho (e.g. "Yo tengo el derecho a decir lo que pienso", "¿con qué derecho me impides hablar?") y de *derechos morales especiales* que identifican transacciones especiales (e.g. "tú me prometiste…") o relaciones especiales (v.gr. la relación

[30] Ibid., 78 n 4.
[31] Ibid., 79–83.
[32] Ibid., 83.

entre padre e hijo) entre las partes que moralmente legitima o autoriza a una de ellas para interferir con la libertad de la otra. Hart resumió esta tesis central en el siguiente pasaje:

> "A menos que se reconozca que la interferencia en la libertad de otra persona requiere una justificación moral, la noción de derechos no tiene lugar alguna en la moral; afirmar un derecho no es sino la afirmación de que existe tal justificación. La función característica de los enunciados en los que ha de buscarse el significado de la expresión 'un derecho' –'Yo tengo derecho a…', 'Tú no tienes derecho a…', '¿con qué derecho…?'– es precisamente la de apelar, en circunstancias de una intervención actual o potencial en la libertad de otro, a un tipo de evaluación o crítica moral especialmente apropiado para interferencias en la libertad y que es característicamente diferente de la crítica moral de acciones que se hace con expresiones tales como 'bueno', 'malo', 'correcto' e 'incorrecto'. Y se trata sólo de uno de entre los muchos tipos de razones morales para decir 'tú debes…' o 'tú no debes…'. El uso de la expresión '¿con qué derecho…' muestra esto de manera más clara, quizás, que las demás; pues es utilizada, junto en el momento en que una interferencia actual o potencial se hace presente, para exigir al destinatario de la pregunta que explicite en virtud de qué *título* moral pretende interferir; y se hace esto usualmente sin sugerir que la acción que éste pretende realizar sea incorrecta en algún otro sentido e incluso, en ocasiones, con la implicación de que la misma interferencia realizada por otra persona podría ser inobjetable"[33].

El concepto de derechos morales, en consecuencia, despliega su "función característica en un discurso moral" permitiéndonos articular o hacer explícita la estructura y contenido de los sistemas morales que incorporan el principio de que todas las personas nacen libres e iguales, a través del reconocimiento de derechos morales que articulan el principio normativo de que "interferencia con la libertad de otro requiere una justificación moral" y derechos especiales que articulan las especiales razones morales justificatorias que pueden legitimar tales interferencias[34].

En la elaboración del principio normativo de igual libertad individual a través del concepto de derechos morales Hart hizo dos observaciones de la mayor importancia. Por una parte, si no se ha de "trivializar" el principio de liberad individual –con éste el concepto de derechos morales– las razones morales justificatorias de interferencias en la libertad de una persona han de tener un carácter cualificado o particular. Dicho de otro modo, los derechos morales han de gozar de una fuerza normativa especial, "pues a menos que el

[33] Ibid., 88–9.
[34] Sobre el concepto de intereferencia, ibid., 77 n2, 81.

significado del término 'derechos' imponga alguna restricción en el tipo de justificaciones morales en la libertad que pueden constituir un derecho, el principio sería totalmente vaciado de contenido"[35]. Por otra parte, Hart argumentó que si se examinan detenidamente los principales tipos de razones justificatorias de interferencias en la libertad de personas adultas (dejando de lado pues la relación padres-menores), todas ellas guardan relación con transacciones o relaciones especiales (e.g. promesas, consentimiento, autorizaciones, restricciones mutuas de acuerdo un principio de reciprocidad) que directa o indirectamente apelan al principio mismo de libertad individual. En otros términos, la justificación vía derechos especiales "invoca indirectamente como justificación el principio de todas las personas tiene igual derecho a ser libres"[36]. La idea central del concepto de derechos morales, tanto generales como especiales, en consecuencia, no es otra que la de soberanía o dominio sobre el propio mundo moral de acuerdo a un principio general de liberal individual.

3. La teoría de los derechos: centro y periferia

Hart escribió un tercer trabajo –publicado originalmente en 1962 pero que retocó dos décadas después para su colección de ensayos sobre Bentham (1982)– que bien puede ser considerado como lo más cercano que tenemos a una exposición completa de su pensamiento sobre los derechos. En este artículo, sin embargo, Hart desarrolló sus propias concepciones a través de la presentación y crítica de las obras de Bentham, cuya contribución en la materia él consideraba más iluminadora que la Hohfeld o que la de "cualquier otro escritor sobre el tema"[37].

El punto de partida de este tercer trabajo viene dado por una consideración que ya nos es familiar. Siguiendo a Maine, Hart observó que la noción precisa de derecho jurídicos

[35] Ibid., 89.
[36] Ibid., 90.
[37] H. L. A. Hart, "Legal Rights," in *Essays on Bentham: Studies in Jurisprudence and Political Theory* (Oxford: Clarendon Press, 1982), 162.

–si bien ésta puede parecernos como "elemental"– no aparecerá sino con el "mundo moderno", pues no puede encontrarse ni en las obras clásicas de filosofía política y moral, ni en el derecho romano[38]. A diferencia de artículo de 1955, sin embargo, Hart no intentó responder directamente a la cuestión de por qué el concepto de derechos es "distintivamente moderno". Siguiendo la pista dejada por ese trabajo anterior, podría argumentarse que la razón del carácter distintivamente moderno de los derechos tiene que estar relacionada con el lugar central que el principio normativo de libertad individual posee en la modernidad (tanto en su derecho como en su moralidad). Esto podría explicar por qué (1) Hart insiste –en contra de la teoría del beneficio de Bentham– que el núcleo o parte general de la teoría de los derechos debe ser construida sobre la voluntad como elemento central, y (2) por qué considera clave para entender incluso las partes periféricas o especiales de la teoría de los derechos –que no pueden ser explicadas solamente a través de una teoría basada en la voluntad– la existencia de un núcleo "individualista". Todo esto puede parecer ciertamente poco sorprendente, pues ya sabemos que Hart está comprometido tanto con una teoría de los derechos basada en la voluntad como con la tesis de que existe una conexión conceptual entre el lenguaje de los derechos y el principio distintivamente moderno de la libertad individual. Lo que es novedoso y crucial, sin embargo, es la estrategia explicativa que postula la existencia un núcleo o *teoría general* de los derechos jurídicos, que se refiere a los casos centrales o "paradigmáticos" y que requiere ser suplementada o extendida para integrar los casos especiales o no-centrales en los que también se puede utilizar –con sentido– el vocabulario de los derechos.

¿Qué es, entonces, la teoría general de los derechos? Tal como Bentham veía a la noción de "derechos jurídicos" como una parte de la teoría universal expositiva del derecho[39], Hart consideraba a la teoría de los derechos jurídicos como uno de los

[38] Ibid., 163.
[39] Ibid.

problemas "analíticos" o "definicionales" característicos de la filosofía del derecho. Esta teoría general, entonces, forma parte de una teoría analítica del derecho cuyo fin primario es aclarar "la estructura general del pensamiento jurídico"[40]. El núcleo de la teoría de los derechos es, en este sentido, específicamente *jurídica* pues tiene por objeto elucidar la estructura del pensamiento jurídico, esto es, constituye una parte del análisis de aquellos "esquemas conceptuales de clasificación, definición y división que en el estudio académico del derecho se introducen con propósitos expositivos y didácticos"[41].

La teoría de los derechos es, en otras palabras, una parte del análisis del vocabulario básico –viz. las categorías y conceptos organizatorios– que abogados, jueces y juristas utilizan en la elaboración de ese especial tipo de *conocimiento jurídico* que emerge como consecuencia de la profesionalización de la administración de justicia que es inherente a todo sistema jurídico que tiene un cierto grado de complejidad:

> "dado que el derecho en la mayoría de las sociedades adquiere pronto un alto grado de complejidad, su administración exige la formación especial de jueces y abogados profesionales. Esto, a su turno, ha generado la necesidad de contar con una forma especial de ciencia jurídica que provea de una exposición sistemática o dogmática del derecho, la que es dividida en ramas (tales como derecho penal, derecho de contratos y derecho de daños) y clasificaciones generales y conceptos organizatorios son introducidos para identificar elementos comunes en las situaciones y relaciones creadas por el derecho (tales como derechos, deberes, obligaciones, personalidad jurídica, propiedad y posesión) o elementos comunes a muchos tipos diferentes de reglas jurídicas (tales como acto e intención)"[42].

¿Pero qué lugar tiene el concepto de derechos dentro de la completa gama de conceptos jurídicos fundamentales? El concepto de derechos es un miembro de la clase de conceptos jurídicos que son utilizados para referirse a posiciones jurídicas subjetivas, viz. al estatus normativo de personas determinadas en relación a las reglas de un sistema jurídico. En palabras de Hart, el concepto de derecho derechos, el de "deber", "obligación", "potestad" y demás similares, son

[40] H. L. A. Hart, *The Concept of Law*, ed. Joseph Raz and Penelope A Bulloch (Oxford: Oxford University Press, 2012), vi.

[41] H. L. A. Hart, "Problems of the Philosophy of Law," in *Essays in Jurisprudence and Philosophy* (Oxford: Clarendon Press, 1983), 88.

[42] Ibid.

> "los conceptos básicos organizatorios en términos de los que el contenido del derecho, especialmente en su punto de impacto en los individuos, son tradicionalmente descritos por abogados, ya sean litigantes, jueces o juristas, y, con menos uniformidad, por teóricos de otras disciplinas interesados en el derecho, y por ciudadanos legos. Enunciados de obligaciones jurídicas, derechos y potestades, enuncian respectivamente lo que individuos deben jurídicamente hacer u omitir, lo que éstos pueden jurídicamente hacer o tienen título para que otros hagan u omitan, y las maneras en que ellos pueden cambiar, con la asistencia del derecho, posiciones jurídicas propias o ajenas en tales respectos. Dado que éstas son las maneras básicas en las que distintivamente el derecho restringe la libertad humana o la deja libre, la protege de interferencias, o facilita su ejercicio, las obligaciones, derechos y potestades jurídicos son el punto focal del pensamiento jurídico cuya clarificación toda filosofía del derecho seria debe ocuparse"[43].

Todos estos conceptos tiene como su rol distintivo especificar el punto de impacto del derecho en los individuos, esto es, estos conceptos expresan las diversas maneras en las que el derecho regula la libertad de acción de individuos. Dentro de esta clase de conceptos el concepto de "derechos", como Hohfeld arguyó, se refiere en un sentido "genérico" a cuatro tipos distintos de posiciones jurídicas subjetivas "favorables" (incluyendo no sólo derechos en sentido estricto, sino también libertades, potestades e inmunidades), si bien para él este uso "genérico" era impropio o confuso, pues una manera tan indiscriminada de hablar podía fácilmente inducir malentendidos y *non-sequiturs*, y, por tanto, propuso restringir el término a los derechos en sentido estricto. En cambio, para Hart –así como para Bentham[44]– la teoría de los derechos abarca tres tipos básicos de derechos –libertades (o "derechos-libertades"), derechos correlativos a obligaciones (derechos en sentido estricto) y potestades– que constituyen los casos centrales o "paradigmáticos" en los que la expresión "tener derecho a" exhibe su potencial expresivo en su máxima expresión.

En este punto del análisis un problema se presenta inmediatamente: ¿cuál es el distintivo rol expresivo del concepto de derechos? ¿Qué es lo que puede *decirse* o *darse a entender* usando el concepto de derechos que no puede ser dicho o dado a entender usando las demás nociones utilizadas para referirse a posiciones jurídicas subjetivas? ¿O es el caso

[43] Hart, *Essays on Bentham*, 17.
[44] Hart, "Legal Rights," 164.

que el concepto de derechos es *expresivamente* superfluo en el sentido de que todo lo que puede decirse utilizándolo puede expresarse sin pérdida usando otros conceptos? Esta última cuestión se presenta con particular intensidad en relación con el concepto de deber, pues los dos sentidos primarios de tener "derecho a" parecen ser traducibles al lenguaje de "deber": ya sea como la ausencia de deber ("derechos-libertades") o como un deber respecto de alguien ("derechos correlativos a obligaciones"). Es más, si decir que alguien tiene "un derecho a" significa nada más que ese alguien "no tiene el deber (de no)" o que él es el beneficiario de un deber

> "entonces 'un derecho' en este sentido puede constituir una expresión innecesaria, y tal vez confusa, en la descripción del derecho; dado que todo lo que puede ser dicho en la terminología de los derechos parece que puede decirse, e incluso decirse de mejor manera, en la indispensable terminología del deber. De este modo la teoría del beneficio parece reducir a los derechos en nada más que una formulación alternativa de deberes: así y todo nada parece ganarse en términos de contenido o claridad a través de la traducción, por ejemplo, del enunciado de que las personas tienen el deber legal de no matar, lesionar o robar a otros al enunciado de que los individuos tienen el derecho de no ser muertos, lesionados o robados, o por la vía de decir que quien ha sido matado por otro ha visto vulnerado su derecho a no ser muerto"[45].

La terminología de los deberes es, ciertamente, indispensable y fundamental para entender y describir el derecho. Como el mismo Hart insistió en *El Concepto de Derecho*: "la característica general más prominente del derecho en todas las épocas y lugares es que su existencia implica que ciertos tipos de conducta humana dejan de ser opcionales y se vuelve en *algún* sentido obligatorios"[46]. Esto explica por qué "la situación en la que un individuo tiene un deber jurídico de hacer o no hacer algo es el más común y fundamental de todos los fenómenos jurídicos"[47]. El concepto de deber es, en consecuencia, más primitivo que el concepto de derechos y esto pone en duda el valor expresivo de ésta última noción: ¿es el concepto de derechos redundante o inútil?

[45] Ibid., 182.
[46] Hart, *The Concept of Law*, 6.
[47] Hart, "Problems of the Philosophy of Law," 92.

Hart responde a esta objeción de redundancia o inutilidad argumentado que para aprehender el peculiar contenido semántico del concepto de derechos y el rol específico que éste juega en el discurso jurídico, es necesario comenzar el análisis con referencia a los casos centrales o paradigmáticos de derechos jurídicos en el sentido de "derechos-libertades" y "derechos correlativos a obligaciones", viz. respectivamente lo que él llama "libertades (bilaterales) protegidas" y "deberes relativos". En otras palabras, si se quiere entender lo que son los derechos-libertades es necesario partir examinando las libertades (bilaterales) protegidas, y si se quiere elucidar lo que son los derechos correlativos a obligaciones tiene que otorgarse prioridad explicativa a los deberes relativos. Sólo si privilegia en el orden explicativo estos casos –tratándolos como paradigmas o modelos– puede reconstruirse el núcleo del valor expresivo del concepto de derechos.

En el caso de los derechos correlativos a obligaciones Hart responde a la objeción de redundancia observando que este tipo de derechos exhibe más claramente su distintivo rol expresivo en algunas áreas o ramas del derecho que en otras. Podría llegar a pensarse incluso que es aquí –en la distinta fuerza expresiva que este tipo de derechos despliega– donde puede encontrarse un criterio claro de distinción entre el derecho penal y el derecho civil: así mientras aquél estaría articulado a través de "deberes absolutos" (i.e. que no se deben respecto de ningún individuo en particular), haciendo del concepto de derechos algo superfluo en esa rama, el derecho civil estaría articulado a través de "deberes relativos" que se deben respecto de individuos particulares (porque protegen intereses individuales en particular), lo que el concepto de derechos parece poder describir de un modo particularmente adecuado. Si bien Hart no consideraba correcto este argumento, porque descansa en el errado supuesto de que el propósito del derecho penal –y de los deberes que éste impone– es exclusivamente proteger los intereses de la sociedad y no del individuo,

ciertamente opinaba que no estaba del todo mal orientado[48]. Hart argumentó que, de hecho, existe una importante diferencia entre la mayoría de los deberes del derecho penal y los del derecho civil que no descansa, sin embargo, en los diferentes "intereses" objeto de protección o solamente en el familiar contraste entre las consecuencias características asociadas a la infracción de los deberes (pena en el primer caso, obligación indemnizatoria en el segundo caso). La distinción crucial, aquella que explica por qué el concepto de derechos despliega mejor su valor expresivo en una rama más que en la otra, se encuentra en

> "la especial manera en que el derecho civil en tanto que distinto del derecho penal provee a los individuos: les reconoce y otorga un lugar o *locus standi* en relación al derecho completamente distinto al que les da el derecho penal. Más que las nociones utilitaristas de beneficio, se necesita otra distinta para reproducir este especial tratamiento del individuo. Esta idea es la de un individuo al que el derecho otorga un control exclusivo, más o menos extenso, sobre el deber que otra persona tiene de manera tal que en el área cubierta por este deber el titular del derecho es una especie de soberano en pequeña escala a quien se le debe, por así decir, el deber"[49].

Lo que hace al concepto de derechos particularmente apropiado para describir el contenido de la mayor parte de los deberes jurídico civiles es que lingüísticamente señaliza la única posición soberana que el titular del derecho posee con respecto al deber jurídico relevante, la cual en su máxima expresión incluye una serie de poderes jurídicos sobre la obligación correlativa: (1) el de remitir o extinguirla, (2) el de dejarla sin ejecución ante su infracción, y (3) el de remitir o extinguir la obligación indemnizatoria secundaria. La identificación de los casos en los que un individuo es tratado por el derecho de esta especial manera en relación a un deber determinado, tal que el derecho lo constituye en un soberano a pequeña escala de éste, resulta particularmente relevante para entender y describir el derecho. Sólo cuando una persona tiene tal control sobre el cumplimiento e imposición del deber de otro tiene sentido decir que: (a) el titular *tiene* o *posee* el derecho, (b) el derecho puede *ser ejercido*, (c) el deber correlativo *se le debe* al titular, y (d) la violación del

[48] Hart, "Legal Rights," 183.
[49] Ibid.

derecho constituye una *ofensa hacia* el titular. Estas maneras características de expresarse en aquellas situaciones en las que un derecho está presente constituyen una "clara señal de la centralidad de estas potestades para la concepción de un derecho jurídico"[50]. En suma, esto explicaría por qué es en las áreas del derecho en las que los deberes relativos predominan que el concepto de derechos despliega tan claramente su distintivo rol expresivo y se vuelve una herramienta conceptual tan valiosa en la exposición del derecho: ayuda a determinar aquellos casos en los que individuos tienen una posición jurídica única o *locus standi* en relación con un deber jurídico; una posición que es articulada a través de una serie de potestades sobre el cumplimiento y la ejecución de éste. En palabras de Hart:

> "estos poderes jurídicos (pues esto es lo que son) sobre la obligación correlativa resultan de gran importancia para los abogados: tanto legos como abogados necesitarán, en la frase de Bentham, 'ser instruidos' acerca de ellos; y su ejercicio requiere de las habilidades específicas del abogado. Ellos constituyen pues un foco natural de atención en materia jurídica… cada vez que un individuo tiene este control especial, como aquél tiene en la mayoría de los casos en el derecho civil pero no sobre los deberes del derecho penal, existe un contraste de importancia que debe ser trazado y muchos juristas lo han hecho por la vía de distinguir entre los 'deberes absolutos' del derecho penal y los deberes 'relativos' del derecho civil"[51].

Es importante dejar claro, sin embargo, que Hart no restringió la noción de derechos sólo a los deberes relativos en los que un individuo posee esa extensiva soberanía a pequeña escala que es característica de la mayor parte de los deberes en derecho civil. Él pensaba, por ejemplo, que el concepto de derecho podía ser usado apropiadamente también para describir la posición jurídica subjetiva de los beneficiarios de prestaciones "sociales" que se han vuelto tan comunes en el derecho administrativo contemporáneo:

> "existen casos, cada vez más prominentes gracias a la extensión de las funciones sociales del Estado, en los que funcionarios de entes públicos están bajo el deber jurídico de otorgar a individuos, si satisfacen ciertas condiciones, prestaciones sociales que pueden tomar la forma de sumas de dinero (e.g. subvenciones públicas, seguro de desempleo, subsidio agrícolas) o provisión de bienes o servicios, e.g. tratamientos médicos. En tales casos resulta perfectamente común y

[50] Ibid., 184.
[51] Ibid., 184–5.

> natural decir que los individuos que satisfacen las condiciones prescritas poseen jurídicamente el derecho a obtener tales beneficios"[52].

Como Hart reconoció, no obstante, "comúnmente no es el caso que ellos posean el tipo de control sobre los deberes del funcionario que… es una propiedad definicional de los derechos legales". Lo que, sin embargo, hace apropiada en estos casos a la terminología de los derechos es la presencia de "dos propiedades que los unen a los casos paradigmáticos de derechos correlativos a obligaciones tal como éstos aparecen en el derecho civil". Por una parte, "el deber de otorgar las prestaciones sociales está sujeto a la condición de que sean exigidas y el beneficiario del deber es libre para exigirlas o no". Por la otra, si el deber es infringido, el beneficiario afectado "tiene un *locus standi* especial tal que su petición habilita a un tribunal para ordenar a la entidad pública otorgar la prestación o cesar la infracción"[53]. Es esta analogía con el caso paradigmático de los deberes relativos del derecho civil lo que

> "explica por qué, a pesar de que es en general suficiente describir sólo en términos de deberes al derecho penal, oscurecería importantes cuestiones el describir así al derecho que regula las prestaciones sociales. Pues la necesidad de que tales beneficiarios, si quieren que el deber sea cumplido deben exigirlo, y la posibilidad que tienen de solicitar tutela judicial para hacerlos cumplir, hace de su posición ante el derecho un foco de atención en materia legal que requiere de una descripción que la separa de los simples deberes que les resultan ventajosos"[54].

A la objeción de redundancia o inutilidad en el caso de los derechos-libertades –que indican la mera ausencia de una obligación– Hart respondió argumentando que el concepto de derechos juega en este caso un rol significativo, valioso para la comprensión y descripción del derecho, sólo en presencia de una libertad bilateral protegida. Si bien algunos teóricos de importancia han considerado valioso considerar las libertades totalmente desprotegidas o "desnudas" utilizando el vocabulario de los derechos –e.g. el estado de naturaleza hobbesiano– sólo en el caso de libertades que gozan de algún tipo de

[52] Ibid., 186.
[53] Ibid.
[54] Ibid.

protección puede decirse con sentido que alguien tiene "un derecho"[55]. Pero, de ser este el caso, una cuestión se plantea inmediatamente: ¿de qué modo difiere la protección jurídica característica de los derechos-libertades de la protección jurídica propia de los derechos correlativos a obligaciones? De no poderse trazar esta distinción, la noción de derechos-libertades tendría que considerarse innecesaria, pues o bien (1) se referiría a la poco interesante situación en la que existe una mera ausencia de obligación de hacer o no hacer algo que carece de toda protección, lo que nos dejaría con "una noción tan negativa, sin ningún correlativo positivo, que no merecería la atención del abogado"[56]; o bien (2) sería equivalente a un derecho protegido de hacer o no hacer que no sería más que un caso particular de derechos correlativos a obligaciones.

La diferencia entre la protección de un derecho-libertad y la protección de un derecho correlativo a obligaciones es que en este último caso el derecho es "protegido por una obligación estrictamente correlativa de terceros de no interferir con éste" mientras que un derecho-libertad es "protegido sólo por un perímetro normalmente adecuado de obligaciones generales"[57]. El concepto de derechos-libertades hace su contribución distintiva al "análisis de muchos fenómenos jurídicos incluyendo el de la competencia económica", sólo en aquellos casos en los que existe una libertad y un "perímetro de protección"[58]. Dicho de otro modo, en el caso de los derechos-libertades, la expresión "un derecho a" sirve para señalizar:

> "el importante hecho de que donde una persona es dejada libre por el derecho para hacer o no hacer algo en particular, el ejercicio de esta libertad siempre estará protegida por el derecho hasta cierto punto, a pesar de que no exista una obligación correlativa que pese sobre otros de no interferir. Esto es así porque al menos las formas más crudas de interferencia, tales como aquellas que envuelven violencia física o lesiones, constituirán delitos penales o civiles, o ambos, y los

[55] Ibid., 173.
[56] Ibid., 171.
[57] Ibid.
[58] Ibid.

> deberes u obligaciones de no interferir de tales modos constituirán un perímetro protectivo detrás del cual libertades podrán existir y ejercerse"[59].

El perímetro de protección constituido por estas obligaciones generales establece un anillo dentro del que cada individuo puede ejercer su libertad y tomar sus decisiones acerca de qué hacer o no hacer. Esto implica que el caso paradigmático de derechos-libertades es aquel constituido por libertades bilaterales protegidas. Así para Hart, a diferencia de Bentham y Hohfeld, es claro que

> "la extensión general incluyendo todas las libertades unilaterales no sería útil ni se ajustaría al uso lingüístico. En el caso ordinario, en el que el derecho impone obligaciones generales, v. gr. de pagar impuestos, o de abstenerse de lesionar a otro, sería ocioso e incluso podría inducir a confusión describir a aquellos quienes tienen tales obligaciones como teniendo el derecho a pagar impuestos o de abstenerse a lesionar a otros"[60].

Sólo en contextos muy específicos tiene sentido describir a una libertad unilateral como un derecho a hacer algo que también se tiene el deber de hacer: "cuando algunos individuos están, por la vía de una excepción a la regla general, no sólo autorizados sino que además jurídicamente requeridos de hacer algo generalmente prohibido". Este es el contexto en el que "la pregunta de ¿qué derecho tienes para hacer eso?" juega su rol distintivo de invitar "al destinatario a mostrar que algún acto suyo *prima facie* ilícito, porque está generalmente prohibido, es uno que en el caso particular está en libertad de hacer" (e.g. el caso en que a un oficial de policía se le pide que exhiba la autorización judicial para allanar un domicilio o arrestar a alguien")[61].

Más todavía, Hart pensó haber encontrado en la noción de "libertad bilateral" la razón por la que tendemos a hablar indistintamente acerca de derechos-libertades, derechos correlativos a obligaciones y potestades como si ellos fueran especies de un concepto o categoría unificada. Desarrollando un punto que había aparecido en su lección inaugural, argumentó que Hohfeld estaba equivocado al sostener que este sentido "genérico" de "tener un derecho" era "desafortunado", que no era más que un uso lingüístico impreciso y

[59] Ibid.
[60] Ibid., 174.
[61] Ibid.

"nebuloso" que sólo podía dar lugar a una manera confusa de razonar. Por el contrario, no sólo los derechos-libertades, sino también las potestades y los derechos correlativos a obligaciones pueden ser considerados como esencialmente libertades bilaterales o "manifestaciones de voluntad jurídicamente protegidas". Esto impondría "un patrón de orden sobre una amplia gama de fenómenos aparentemente diversos", mostrando que "en los tres principales tipos de derechos la idea de libertad bilateral está presente y que la diferencia consiste sólo en el tipo de acto que se tiene libertad de hacer"[62]. Una persona tiene una potestad cuando "está habilitado por el derecho para cambiar las posiciones jurídicas de otros, o las propias y las de otros", tal que ella puede mediante actos de voluntad reconocidos por el derecho ("actos jurídicos") producir ciertas "consecuencias jurídicas", viz. modificar los deberes, derechos y otras posiciones jurídicas que otros y ella misma poseen[63]. Por tanto, mientras los derechos-libertades constituyen libertades bilaterales para realizar o no "actos naturales en el sentido de que no están envestidos por el derecho de ninguna significancia particular o consecuencias jurídicas" (e.g. dar un paseo por el parque, mirar al jardín del vecino por sobre la cerca, y así sucesivamente), en

> "el caso de los derechos que son potestades, tales como el derecho a disponer de una propiedad, el acto que se tiene una libertad bilateral de hacer es un acto jurídico, en el sentido de que está específicamente reconocido por el derecho como dotado de ciertas consecuencias jurídicas variando las posiciones jurídicas de varias partes y como un medio apropiado para su variación"[64].

Desde esta perspectiva, los derechos correlativos a obligaciones constituyen "sólo un caso especial de potestad jurídica en la que el titular del derecho tiene la libertad de condonar o extinguir, o demandar judicialmente o no la obligación que pesa sobre otro". Así es como una teoría de los derechos fundada en la voluntad puede, a través de la idea de libertades bilaterales, dar cuenta del elemento común que unifica los casos paradigmáticos o centrales en los que la terminología de los derechos despliega en su máxima expresión su

[62] Ibid., 188.
[63] Ibid., 170.
[64] Ibid., 188.

potencial expresivo dentro del discurso jurídico: esta teoría demuestra, por cierto, que en los tres tipos de casos paradigmáticos

> "quien tiene un derecho tiene una opción jurídicamente protegida. Desde esta perspectiva existiría un solo sentido de derecho jurídico –un decisión jurídicamente protegida– si bien tendría distintas ejemplificaciones, dependiendo del tipo de acto o acto jurídico que se tiene libertad de hacer"[65].

Es precisamente esta capacidad unificadora la razón principal por la que esta explicación debe ser considerada como la "teoría general de los derechos jurídicos". Pues esta es la única que hace explícita la idea nuclear que subyace a aquello que es lo distintivamente expresado usando la terminología de los derechos en el discurso jurídico y esta idea nuclear no es otra que "libertad individual". Es esta la teoría la que hace explícito que la terminología de los derechos es usada para señalar los casos en los que la especial manera en que el derecho trata a los individuos expresa una distintiva concepción del individuo que equivale a la sustancia normativa articulada a través de este vocabulario y que no puede ser expresada –sin pérdida– usando el lenguaje del deber. Aquí Hart sostiene pues, tal como en 1955 en relación a los derechos morales, que el vocabulario de los derechos juega su rol expresivo distintivo en el discurso jurídico como articulación del principio de libertad individual.

La teoría general, sin embargo, "no puede ser considerada exhaustiva respecto de la noción de un derecho jurídico" y necesita ser extendida o complementada para cubrir dos contextos adicionales en los que puede usarse con sentido el lenguaje de los derechos. Estos otros contextos, si bien no se conforman estrictamente a la teoría general, pueden ser considerados como ejemplificando un rol expresivo similar: articulan una forma especial de concebir al individuo y su libertad. Pero en estos dos contextos, esa sustancia normativa es ulteriormente elaborada en una manera diferente, viz. la "especial manera" que es señalada a través de la idea de derechos *humanos* o *fundamentales*.

[65] Ibid., 188–9.

La teoría general de los derechos requiere ser complementada, en palabras de Hart, porque

> "a menos que se haga no puede darse cuenta del despliegue del lenguaje de los derechos, en dos contextos principales, donde ciertas libertades y beneficios son vistos como esenciales para la preservación de la vida, la seguridad, el desarrollo y la dignidad del individuo. Tales libertades y beneficios son reconocidos como derechos en el derecho constitucional de varios países a través de catálogos de derechos, que otorgan protección al individuo incluso en contra del proceso legislativo. En los países que como el nuestro, donde la doctrina de la soberanía del legislador es vista como incompatible con la idea de limitaciones a la legislación a través de un catálogo de derechos, se piensa y se habla acerca de ellos como derecho jurídicos, a pesar de que se les otorga sólo protección a través del derecho penal, por teóricos sociales y críticos del derecho que están acostumbrados a aproximarse al derecho con una perspectiva más amplia que la del abogado preocupado de su trabajo del día a día"[66].

Es necesario extender la teoría de los derechos, en consecuencia, para acomodar por completo el campo semántico que elabora la idea de derechos humanos o fundamentales incluyendo tanto su uso en discursos jurídicos (en el contexto del derecho constitucional) como su uso en teoría social o en la crítica del derecho por quienes no están primariamente interesados en la comprensión y exposición del derecho, sino en su evaluación y reforma. Dicho de otro modo, la teoría de los derechos jurídicos debe complementarse –yendo más allá de su núcleo– para dar cabida al discurso de los derechos humanos y sus principales contextos de aplicación: el derecho constitucional y la crítica del derecho.

La teoría básicas de los derechos –ya sean teorías fundadas en la voluntad o en el interés– están "diseñadas primariamente como explicación de los derecho de ciudadanos en contra de ciudadanos; esto es, de derechos de 'derecho ordinario'"[67]. La primera extensión de la teoría de los derechos requerida por el discurso de los derechos humanos se sitúa todavía dentro de los límites del discurso jurídico, pero analiza una particular rama del sistema jurídico: mientras que la teoría general analiza los casos paradigmáticos o centrales en los que la terminología de los derechos resulta particularmente valiosa para la

[66] Ibid., 189.
[67] Ibid., 190.

descripción del "derecho ordinario", esta extensión de la teoría del derecho se aplica al "derecho constitucional". Más precisamente, esta primera extensión de la teoría analiza el uso de este vocabulario en el contexto de los

> "derechos fundamentales que pueden ser esgrimidos incluso en contra de la legislatura, limitando su potestad para crear (o derogar) el derecho ordinario, donde tales reformas privarían a individuos de determinadas libertades y beneficios ahora concebidos como esenciales para el bienestar humano, tales como la libertad de expresión y de asociación, la libertad frente al arresto arbitrario, la seguridad de la persona y su vida, educación e igualdad de trato en ciertos respectos"[68].

En el contexto del derecho constitucional, el lenguaje de los derechos exhibe un especial rol expresivo: la articulación de los límites que impone sobre la legislatura en un sistema constitucional con un catálogo de derechos el respeto de esos bienes humanos esenciales que son identificados a través de la idea de derechos humanos. Particularmente apropiada para tal tarea expresiva es la noción de "inmunidad" que constituye el cuarto sentido de "derechos" considerado por Hohfeld. En general, "tener una inmunidad" se refiere a la ausencia de potestad ("incompetencia") que un tercero tiene para afectar la posición jurídica relevante de una persona (i.e. para variar sus deberes, derechos-libertades, derechos correlativos a obligaciones, o potestades). En general, nos dice Hart, no resulta necesario ni interesante inventariar los cambios que otros no pueden hacer en nuestras posiciones jurídicas subjetivas, especialmente si se trata de cambios ventajosos (e.g. nadie tiene interés en destacar que "mi vecino no tiene potestad para eximirme del pago de mis impuestos")[69]. Pero, en ciertas áreas del derecho, y particularmente en el derecho constitucional, sí importa y mucho, destacar qué cambios jurídicos adversos los órganos del Estado no pueden efectuar en las posiciones jurídicas subjetivas de los ciudadanos. Y es precisamente aquí que los "derechos-inmunidades" tienen su lugar más relevante en el

[68] Ibid.
[69] Ibid., 191.

discurso jurídico: "para distintivamente caracterizar las posiciones jurídicas subjetivas de los individuos que están constitucionalmente protegidas frente a tales cambios adversos"[70].

Finalmente, el otro contexto principal en el que el lenguaje de los derechos es usado en la elaboración del discurso de los derechos humanos trasciende los límites del discurso jurídico y no está relacionado con la comprensión o exposición del derecho, sino con su evaluación y reforma. Cualquier explicación de los derechos debe, sin embargo, considerar este uso no-jurídico del lenguaje de los derechos porque

> "el derecho es, pues, algo demasiado importante para dejárselo a los abogados – aun a los abogados constitucionalistas; y las maneras de pensar acerca de los derechos por parte de teóricos sociales y críticos serios del derecho deben ser acomodadas a pesar de que son diferentes de y pueden no servir para los propósitos específicos de los abogados"[71].

También en este contexto, la crítica moral del derecho, el lenguaje de los derechos en general y el discurso de los derechos humanos en particular tienen también un rol distintivo que jugar. El contenido del derecho y su aplicación pueden ser criticados de múltiples y diversas maneras y, correlativamente, muchos criterios de evaluación del derecho pueden ser usados[72]. Aquí el lenguaje de los derechos exhibe su rol distintivo cuando es utilizado por el "crítico individualista del derecho" que critica al derecho por no reconocer o proteger de manera suficiente "necesidades individuales básicas o fundamentales"[73]. El vocabulario de los derechos, de esta forma, continúa en el nivel de la crítica moral del derecho cumpliendo un rol expresivo esencialmente similar: permite articular una concepción distintiva y demandar un trato especial al individuo. En conclusión, el discurso de los derechos humanos no sólo cumple una función expresiva valiosa en el discurso jurídico del derecho constitucional, sino que también en los discursos morales acerca del derecho:

---

[70] Ibid.
[71] Ibid., 192.
[72] vid. Hart, "Problems of the Philosophy of Law," 111–8.
[73] Hart, "Legal Rights," 193.

> "pues existe una forma distintiva de crítica moral del derecho que, como los derechos-inmunidades del derecho constitucional ya descritos, está inspirada en el respeto de las necesidades del individuo de gozar de ciertas libertades y protecciones o bienes fundamentales"[74].

Conclusión: el despliegue del concepto de derechos

La discusión del análisis conceptual de los derechos desarrollado por Hart nos ha permitido elaborar una teoría expresiva de los derechos que parte de la siguiente pregunta fundamental: ¿cuál es el distintivo rol expresivo del vocabulario de los derechos en nuestros discursos normativos? Sabemos ahora que el concepto de derechos es utilizado para referirse al *impacto* que los sistemas normativos tienen *en individuos*, i.e. es uno de aquellos conceptos que permiten señalar las distintas posiciones jurídicas subjetivas que los individuos tienen de acuerdo a un conjunto dado de normas. El concepto de derechos nos permite *razonar* a partir de un sistema normativo y caracterizar las correspondientes posiciones de los distintos individuos afectados; este concepto nos permite así articular el discurso jurídico por la vía de establecer los distintos patrones de consecuencias normativas que se siguen de las normas para los individuos afectados.

Pero, dicho esto, nos encontramos con que esa pregunta fundamental se nos vuelve a presentar aunque bajo un nuevo aspecto: ¿qué es lo que puede decirse o darse a entender con el concepto de derechos que no puede ser dicho o dado a entender de modo tan perspicuo utilizando los demás conceptos que especifican posiciones jurídicas subjetivas (esp. usando la terminología del deber que es más "primitiva" y "fundamental")? Hart dio dos respuestas diferentes, aunque relacionadas, a esta cuestión. Su primera respuesta la articuló en relación al discurso moral y se fundó en la observación de que el concepto de derechos puede desplegar su rol distintivo sólo en relación con sistemas morales basados en el principio de libertad individual, i.e. para elaborar el contenido de sistemas morales que establecen una distribución de esferas de libertad individual –dentro de las que cada persona goza de una suerte de soberanía moral– y para articular el *particular conjunto de*

[74] Ibid., 192.

razones ("derechos especiales") que pueden justificar intervenciones en aquellas esferas de libertad ("derechos generales").

Luego de distanciarse de esta primera respuesta, él se concentró en el discurso jurídico y sostuvo que el concepto de derechos jurídicos permite a abogados, jueces y juristas pensar y hablar acerca de un *tipo específico* de impacto que determinadas reglas jurídicas tienen en los individuos. Más precisamente, Hart argumentó que en todos los casos paradigmáticos (derechos-libertades, derechos correlativos a obligaciones, potestades) en los que se habla con sentido en términos de derechos, lo que se hace es señalar la presencia de libertades bilaterales (u opciones) jurídicamente protegidas. Esta conexión esencial entre libertad individual y el concepto de derechos es preservada incluso en esos otros contextos en los que el lenguaje de los derechos se extiende más allá del "derecho ordinario" (e.g. en el contexto del control constitucional de la legislación) o, incluso, de los límites del discurso jurídico (viz. la crítica moral del derecho). En estos dos contextos, el discurso de los derechos *humanos* es utilizado para articular los límites constitucionales del poder legislativo para proteger los intereses fundamentales de los individuos (derechos-inmunidades) o para criticar el derecho por sus deficiencias en la protección de estos intereses individuales fundamentales.

La tesis principal de una teoría expresiva-hartiana de los derechos, entonces, es que el lenguaje de los derechos es aquel vocabulario que nos permite articular o elaborar la sustancia normativa de una concepción distintiva del individuo –que ha tenido nombres diversos: el principio de libertad, el derecho a igual libertad, etc.– que identifica como elemento central su capacidad de agencia: el concepto de derechos y toda la terminología a éste asociada *se refiere a* o *señala la presencia de* esferas individuales de libertad normativamente protegidas, i.e. de segmentos del mundo social que están bajo la soberanía a pequeña escala de cada individuo. El análisis de los derechos, en consecuencia, consiste en la explicación de cómo en los distintos discursos normativos (morales y jurídicos) y dentro de las distintas

áreas de estos discursos –viz. las diferentes ramas del sistema jurídico– la misma sustancia normativa puede ser elaborada o articulada de maneras considerablemente distintas utilizando el vocabulario de los derechos.

Hart apuntó también a otra cuestión crucial. El vocabulario de los derechos puede expresar plenamente su rol expresivo sólo cuando es usado para describir un tipo especial de sistema jurídico y un tipo especial de código moral, viz. el derecho y la moral de las sociedades modernas. Dicho de otro modo, el lenguaje de los derechos es *distintivamente moderno*, porque este aparato conceptual resulta necesario para pensar y hablar acerca de sistemas jurídicos y morales que son –en algún sentido necesitado de aclaración– *específicamente modernos*. Esto conduce a la tercera reformulación de la pregunta fundamental de una teoría expresiva de los derechos: ¿qué es aquello que hace que el derecho y la moral de las sociedades modernas no pueda ser descrito de manera perspicua sin usar el vocabulario de los derechos? Dicho de otro modo, ¿por qué el lenguaje de los derechos tiene un lugar tan prominente en la comprensión y explicación del derecho moderno y de la conciencia moral moderna?

Como Hart apuntó esto no tiene nada que ver con mera sofisticación: sistemas jurídicos altamente avanzados como el derecho romano y una filosofía política y moral tan cultivada como la de Platón y Aristóteles no tuvieron necesidad de elaborar esta herramienta conceptual. La sustancia normativa que es articulada por el vocabulario de los derechos, en otras palabras, es distintivamente moderna de una forma peculiar que debe ser explicada si ha de entenderse por qué el discurso de los derechos juega un rol tan conspicuo en los discursos normativos contemporáneos. Para entender plenamente aquello que es distintivo del discurso de los derechos, en consecuencia, es necesario investigar de modo más profundo aquello que es distintivo del derecho y la moral de la sociedad moderna. Se puede inferir del análisis de Hart que la respuesta debe estar relacionada al

especial estatus normativo que el individuo posee en la sociedad moderna, pero él nunca intentó realmente seguir esta pista lo suficientemente lejos.

La razón de esta omisión parece ser fundamentalmente metodológica: la concepción que Hart tenía del análisis conceptual no le permitió darle debida consideración a cuestiones sociales e históricas y sólo una perspectiva enriquecida por consideraciones históricas y teórico-sociales puede responder esta tercera versión de la pregunta fundamental de la teoría expresiva de los derechos: ¿qué hace que las sociedades *modernas* tengan un derecho y una moral tal que el lenguaje de los derechos se vuelve tan importante?

La historia de los derechos es compleja y sinuosa. Desde su tiempo de esplendor durante la ilustración y el constitucionalismo liberal clásico, el discurso de los derechos fue objeto de serios cuestionamientos durante el siglo XIX. Sólo tras la segunda guerra mundial, hemos vuelto a una nueva "era de los derechos". Incluso la teoría de Hart tiene dentro de sí implícitamente inscrita una cierta trayectoria histórica. Comenzando con los derechos del derecho civil, que jurídicamente articularon la autonomía privada de los ciudadanos que triunfó con el constitucionalismo liberal clásico, él extendió el foco de su teoría para incluir, primero, los derechos a prestaciones sociales tan característicos del Estado social del siglo XX y, segundo, a la protección constitucional de los derechos (derechos-inmunidades). Él incluso alcanzó a percibir la necesidad de incluir en la explicación del lenguaje de los derechos su rol en la articulación de la crítica moral individualista del derecho.

De hecho, justo cuando elaboraba la versión más desarrollada de su teoría de los derechos, Hart entrevió los comienzos de un punto de quiebre en la filosofía moral y política. Él vio que tras el renacimiento de la teoría política normativa, especialmente tras la publicación de *La Teoría de la Justicia* (1971) de John Rawls, las teorías políticas basadas en derechos vendrían a desplazar las hasta ese momento dominantes teorías utilitaristas. Si

bien Hart consideró estas nuevas teorías como "todavía no del todo convincentes a pesar de su mucha brillantez", él concluyó que una teoría normativa de los derechos era

> "urgentemente necesaria. Durante el último medio siglo la inhumanidad del hombre hacia el hombre ha sido tal que se han vulnerado las más básicas y fundamentales libertades y protecciones de innumerables hombres y mujeres culpables, si de algo, sólo de reclamar para sí y para los demás estas libertades y protecciones, y algunas veces las violaciones de estas libertades y protecciones han sido justificadas con el sospechoso argumento de que son necesarias para el bienestar general de la sociedad. De este modo, una doctrina de los derechos humanos básicos que imponga límites a lo que un Estado puede hacer con sus ciudadanos parece ser precisamente lo que los problemas políticos de nuestra era reclaman o, al menos, parece ser algo más urgente que el reclamo de que la utilidad general sea maximizada. Y de hecho los desarrollos filosóficos que he discutido han sido acompañados por el crecimiento, recientemente acelerado, de un movimiento internacional de los derechos humanos… No puedo aquí evaluar cuán poco o mucho el mundo ha ganado con el hecho de… (que) la presión por la implementación de los derechos humanos básicos se ha vuelto progresivamente característica de las relaciones internacionales, los tratados y la diplomacia. No puedo aquí tampoco evaluar cuan frecuentemente la proclamación cínica de esta doctrina ha venido, y todavía viene, acompañada del incumplimiento cínico de sus principios. No hay duda, sin embargo, que la concepción de los derechos humanos básicos ha marcado profundamente el estilo de la diplomacia, la moral, y ideología política de nuestro tiempo, si bien miles de personas inocentes todavía oprimidas o encarceladas no han podido todavía sentir sus beneficios. La doctrina de los derechos humanos ha reemplazado al menos temporalmente a la doctrina maximizadora del utilitarismo como la principal inspiración filosófica de la reforma política y social. Queda todavía por ver si ha de tener tanto éxito como el utilitarismo alguna vez tuvo para modificar las practicas de gobierno en pos del bien del ser humano"[75].

Hart ciertamente fue capaz de ver que lo que él consideraba como la "extensión" o la "periferia" de la teoría de los derechos –el discurso de los derechos humanos– iba a volverse el centro de la teoría política y jurídica contemporánea. Esto puede imponer una inversión en el orden explicativo tal que el discurso de los derechos humanos habrá de ser postulado como expresión del fundamento normativo profundo (la sustancia moral) que, en un paso ulterior, es políticamente articulado como derechos constitucionales y, luego, jurídicamente articulado como derechos de derecho privado, derechos de derecho administrativo, y así sucesivamente.

[75] H. L. A. Hart, "Utilitarianism and Natural Rights," in *Essays in Jurisprudence and Philosophy* (Oxford: Clarendon Press, 1983), 196–7.

Todas estas consideraciones sociales, históricas y normativas deben ser integradas en la teoría de los derechos si ha de seguirse la aproximación expresiva todo el camino hasta la tercera reformulación de su pregunta fundamental. Pero la concepción de Hart, que nos llevado tan lejos, ha de ser trascendida si se quiere reconstruir históricamente el despliegue de la idea de los derechos: esto equivaldría a la reconstrucción histórica del proceso de aprendizaje (moral) que está encarnado en el discurso contemporáneo del discurso de los derechos humanos y en su articulación política y jurídica. Esta historia expresiva, sin embargo, ha quedado pendiente para ser contada por otros.