



**Università  
di Genova**

**Universitat  
de Girona**

**TESIS DOCTORAL**

**DERECHOS E INTERESES**

**Miguel Fernández Núñez**

**2021**





**TESIS DOCTORAL**  
**DERECHOS E INTERESES**

Miguel Fernández Núñez

2021

Dirigida por:

Pierluigi Chiassoni

Jordi Ferrer Beltrán

Dottorato in Filosofia del Diritto e Storia della Cultura Giuridica

Doctorado Interuniversitario en Derecho, Economía y Empresa

## Resumen

Esta tesis consiste, en gran medida, en una investigación de metateoría del derecho acerca de algunas de las principales teorías de los derechos formuladas en ámbito angloamericano en época contemporánea. En menor medida, constituye una propuesta de distintos elementos relevantes que debería incorporar una teoría analítica de los derechos. Realizo una reconstrucción y un análisis crítico de los elementos más significativos, de las tesis y de los compromisos que presuponen, de las teorías de los derechos defendidas por Bentham, Hart, MacCormick, Raz y Kramer. Asimismo, el corpus incluye también la teoría de Hohfeld, así como otras contribuciones, de ámbito anglófono y latino.

En el desarrollo de esta investigación empleo la noción de “interés” como elemento de comparación y de esclarecimiento de la noción de “derecho subjetivo” y parto de la hipótesis de que los derechos protegen y promueven intereses, para llegar a una propuesta acerca de la función de los derechos integradora de la teoría del interés y la teoría de la voluntad.

Así, las labores reconstructiva, crítica y propositiva están dirigidas a evaluar y tomar partido por las argumentaciones más sólidas en relación con la función de los derechos. En el trasfondo de este trabajo se encuentra la convicción de que el análisis de la función de los derechos constituye un componente central de una teoría de los derechos; pretendo, en suma, responder a interrogantes cruciales que cualquier teoría de los derechos ha de responder.

## Riassunto

Questa tesi consiste, in gran parte, in una ricerca di metateoria del diritto avente ad oggetto alcune delle principali teorie dei diritti elaborate in ambito angloamericano in epoca contemporanea. In minor misura, presenta la proposta di alcuni elementi rilevanti che una teoria analitica dei diritti dovrebbe comprendere. Porto a compimento una ricostruzione e un'analisi critica degli elementi più significativi, delle tesi e degli impegni teorici assunti, delle teorie dei diritti difese da Bentham, Hart, MacCormick, Raz e Kramer. Inoltre, il corpus comprende anche la teoria de Hohfeld, così come altri contributi di ambito anglofono e latino.

Nello sviluppo della ricerca, impiego la nozione di “interesse” come elemento di paragone e di chiarimento della nozione di “diritto soggettivo” e, partendo dall'ipotesi che i diritti proteggono e promuovono interessi, elaboro, alla fine della ricerca, una concezione della funzione dei diritti che integra la teoria dell'interesse e la teoria della volontà.

Così, i compiti ricostruttivo, critico e propositivo sono diretti a stabilire quali siano le argomentazioni più solide in relazione alla funzione dei diritti. Sullo sfondo di questo lavoro vi è la convinzione teorica che la funzione dei diritti costituisce una componente centrale di una teoria dei diritti; in poche parole, pretendo rispondere a domande cruciali che ogni teoria dei diritti deve affrontare.

## Abstract

This PhD Thesis consists, for the most part, of an investigation of the metatheory of law regarding some of the main theories of rights as formulated in the Anglo-American sphere in the contemporary era. To a lesser extent, it constitutes a proposal as to some of the relevant components that an analytical theory of rights should incorporate. I have carried out a reconstruction and a critical analysis of the most prominent elements (of the theses and of their implicit commitments) of the theories of rights championed by Bentham, Hart, MacCormick, Raz and Kramer. Likewise, the corpus also includes Hohfeld's theory, as well as other contributions from the Anglo-Saxon and Latin areas.

In the development of this investigation, I use the notion of "interest" as an element of comparison and elucidation of the notion of "subjective right" and I proceed from the hypothesis that rights protect and foster interests, to finally reach a proposal on the function of rights that integrates both interest and will theories.

In this investigation, therefore, the reconstructive, the critical and the theoretical tasks are aimed at evaluating and choosing the soundest arguments in relation to the function of rights. In the backdrop of this work may be found the conviction that the analysis of the function of rights constitutes a central element in a theory of rights; in summary, I aim to answer some of the crucial questions that any theory of rights must address.

# Índice

RESUMEN.....	5
RIASSUNTO.....	6
ABSTRACT .....	7
ÍNDICE .....	8
<b>CAPÍTULO PRIMERO. INTRODUCCIÓN: PROPÓSITOS Y METODOLOGÍA DE LA INVESTIGACIÓN .....</b>	<b>12</b>
<b>CAPÍTULO SEGUNDO. LOS DERECHOS COMO FICCIONES ÚTILES: LA TEORÍA DE LOS DERECHOS DE BENTHAM .....</b>	<b>23</b>
II. 1. LAS TEORÍAS PSICOLÓGICA Y LEGISLATIVA: LA NOCIÓN DE “INTERÉS” .....	26
II. 1. 1. La teoría psicológica de la acción: el interés como explicación causal de la acción .....	27
II. 1. 1. 1. “Interés” como noción conectiva de las teorías psicológica y legislativa .....	31
II. 1. 2. La teoría de la legislación: del interés particular al interés público .....	33
II. 1. 2. 1. Asunción inicial: el principio de autpreferencia.....	34
II. 1. 2. 2. Fin de la teoría legislativa: la implementación del principio de utilidad.....	36
II. 1. 2. 3. Medios: concordancia entre autointerés e interés general.....	37
II. 2. LA TEORÍA DEL BENEFICIARIO DE BENTHAM.....	40
II. 2. 1. Concepciones ontológica y lingüística: los derechos jurídico-positivos como entidades ficticias.....	41
II. 2. 2. Derechos y correlatividad: los derechos como producto de obligaciones .....	47
II. 2. 3. Teoría del beneficiario: los derechos como beneficios .....	56
II. 2. 3. 1. La función distributiva de las leyes: la metáfora del árbol del bien y del mal .....	59
II. 2. 3. 2. La teoría en <i>An Introduction to the Principles of Morals and Legislation</i> .....	62
II. 2. 3. 3. Obligaciones que no responden a un beneficio .....	64
II. 2. 3. 4. Parte beneficiada o lesionada.....	65
II. 3. RECAPITULACIÓN.....	66
<b>CAPÍTULO TERCERO. LOS DERECHOS DEL JURISTA, LOS DERECHOS DEL CRÍTICO: LAS PROPUESTAS DE REDEFINICIÓN Y ALTERNATIVA DE HART.....</b>	<b>70</b>
III. 1. REDEFINICIÓN DE ALGUNOS NUDOS DE LA TEORÍA DEL BENEFICIARIO.....	73
III. 1. 1. Hacia el beneficio directo. Un alejamiento del hedonismo ético .....	74
III. 1. 2. Del beneficio al perjuicio directo. El “individuo al que la ley pretende beneficiar” como damnificado.....	78
III. 2. LA TEORÍA DE LA ELECCIÓN: IRRELEVANCIA DE LA CONDICIÓN DE BENEFICIARIO .....	82
III. 2. 1. Acusación de redundancia a la teoría del beneficiario .....	83
III. 2. 2. Capacidad de control sobre la obligación ajena .....	85
III. 2. 3. Obligaciones relativas y absolutas y sectores del ordenamiento jurídico.....	90
III. 2. 4. Méritos de la teoría de la elección señalados por Hart .....	92
III. 2. 5. La justificación de los derechos. Versiones precedentes de la teoría de la elección.....	93
III. 3. LÍMITES DE LA TEORÍA DE LA ELECCIÓN: EL NIVEL CONSTITUCIONAL DE LOS DERECHOS .....	96
III. 3. 1. Inmunities frente al legislador.....	97
III. 3. 2. Tres perspectivas acerca de los derechos .....	98
III. 4. POST SCRÍPTUM. LA INADVERTENCIA DE LYONS Y LA ACUSACIÓN DE REDUNDANCIA DE HART ...	100
III. 5. ALGUNAS CONCLUSIONES CRÍTICAS .....	105

LOS DERECHOS COMO RAZONES JUSTIFICATIVAS. LA TEORÍA DEL INTERÉS A LA LUZ DE UNA CONCEPCIÓN DINÁMICA DE LOS DERECHOS .....	109
<b>CAPÍTULO CUARTO. HOHFELD Y LA CONCEPCIÓN DINÁMICA DE LOS DERECHOS</b>	<b>111</b>
IV.1. FUNDAMENTOS DE UN MODELO ANALÍTICO-CONCEPTUAL DE LOS DERECHOS: LA PRETENDIDA “CONCEPCIÓN ESTÁTICA” .....	113
IV.1.1. La correlatividad de derechos y obligaciones .....	114
IV.1.2. El modelo y las tesis principales de Hohfeld.....	117
IV.1.2.1. Breve caracterización de la metodología lingüística hohfeldiana.....	121
IV.1.2.2. Tesis de la universalidad de los conceptos jurídicos fundamentales.....	122
IV.1.2.3. Tesis de la estricta bilateralidad de las posiciones individuales.....	123
IV.2. EL INTENTO DE REFUTACIÓN DE LA CONCEPCIÓN DINÁMICA A HOHFELD. OBJECIONES Y CONTRARRÉPLICAS .....	123
IV.2.1. Réplicas a la tesis de la universalidad .....	124
IV.2.2. Réplicas a la tesis de la estricta bilateralidad .....	126
IV.2.3. La vinculación entre derechos y obligaciones no como una relación lógica sino justificativa.....	128
IV.2.4. La crítica “dinámica en sentido estricto”: la cuestión temporal.....	130
IV.2.5. Contra el carácter reflejo de los derechos respecto de las obligaciones.....	136
IV.3. CONSIDERACIONES A FAVOR DE LA COMPLEMENTARIEDAD DE LOS ENFOQUES .....	139
<b>CAPÍTULO QUINTO. ELOGIO DE LA PROTECCIÓN, ACOGIDA DEL ANTIPATERNALISMO: LA TEORÍA DE LOS DERECHOS DE MACCORMICK</b> .....	<b>141</b>
V.1. UN CONTRAEJEMPLO PARA LA TEORÍA DE LA VOLUNTAD .....	143
V.2. LAS TESIS HARTIANAS ACERCA DE LOS DERECHOS DE LOS NIÑOS .....	146
V.3. LA TEORÍA HARTIANA DE LAS NECESIDADES: UN PUNTO IGNORADO POR MACCORMICK .....	148
V.4. BASES DE UNA CONCEPCIÓN DINÁMICA Y ACUERDOS Y DESACUERDOS CON LA TEORÍA DE LA VOLUNTAD .....	150
V.5. ALGUNAS CONSIDERACIONES METODOLÓGICAS EN TORNO A LA EXPLICACIÓN DE LOS DERECHOS	155
V.6. CONTRAPUNTOS CRÍTICOS. LA INDISPONIBILIDAD DE LOS DERECHOS COMO BANCO DE PRUEBAS PARA LA TEORÍA DEL INTERÉS .....	158
V.7. RECAPITULACIÓN .....	160
<b>CAPÍTULO SEXTO. LOS DERECHOS, OBJETO MULTIFORME DEL RAZONAMIENTO JURÍDICO: LA TEORÍA DE LOS DERECHOS DE RAZ</b> .....	<b>162</b>
VI.1. ELEMENTOS DE UNA DEFINICIÓN .....	163
VI.2. TRES SENTIDOS DE “DERECHO SUBJETIVO” .....	168
VI.3. LOS DERECHOS COMO BASE DE POSICIONES NORMATIVAS: DERECHOS BÁSICOS, DERECHOS DERIVADOS Y NOMODINÁMICA DE LOS DERECHOS .....	174
VI.4. LA CUESTIÓN DEL BIENESTAR Y EL PROBLEMA DE LA TITULARIDAD DE DERECHOS .....	180
VI.5. EL PESO DE LOS INTERESES. DESAJUSTES APARENTES ENTRE DERECHOS E INTERESES .....	182
VI.6. RECAPITULACIÓN .....	186
<b>CAPÍTULO SÉPTIMO. LOS DERECHOS, ENTRE EL RIGOR DE LA CORRELATIVIDAD Y LA HOLGURA DEL BENEFICIO: LA TEORÍA DE LOS DERECHOS DE KRAMER</b> .....	<b>190</b>
VII.1. TEORÍA DEL INTERÉS. ELEMENTOS DE UNA DEFINICIÓN .....	191
VII.2. TITULARIDAD DE DERECHOS Y EL TEST DE BENTHAM .....	199
VII.3. DERECHOS JURÍDICO-POSITIVOS, TÍTULOS DEFINIDOS .....	203



VII.4. SOBRE LA DIMENSIÓN JUSTIFICATIVA DE LA TEORÍA DE KRAMER Y DE LAS DEMÁS TEORÍAS DE LOS DERECHOS .....	208
VII.5. RECAPITULACIÓN.....	212
<b>CAPÍTULO OCTAVO. PREFERENCIAS, NECESIDADES, BIENES: EL “INTERÉS” DESDE LA FILOSOFÍA MORAL Y POLÍTICA.....</b>	<b>214</b>
VIII.1. CUASISINONIMIA Y CAMPOS SEMÁNTICOS COMPARTIDOS .....	217
VIII.2. CONCEPCIÓN SUBJETIVA DE “INTERÉS”, ENFOQUES EN TÉRMINOS DE DESEOS Y PREFERENCIAS ..	218
VIII.3. CONCEPCIÓN OBJETIVA DE “INTERÉS”: ENMIENDAS A LOS ENFOQUES PREFERENCIALISTAS Y MODELOS DE LAS NECESIDADES HACIA UNA LISTA OBJETIVA .....	220
VIII.4. NO REDUCTIBILIDAD DE LAS RAZONES MORALES A LAS PRUDENCIALES Y REFUTACIÓN DEL EGOÍSMO PSICOLÓGICO.....	221
<b>CAPÍTULO NOVENO. HACIA UNA SOLUCIÓN: LA FUNCIÓN DE LOS DERECHOS.....</b>	<b>224</b>
IX.1. CLÁUSULAS DEFINITORIAS .....	225
IX.2. CAPACIDAD TEÓRICO–EXPLICATIVA .....	229
IX.2.1. Problemas teóricos: objeciones y réplicas .....	231
IX.2.1.1. La teoría del interés. Desajustes entre derechos e intereses.....	231
IX.2.1.1.1. Terceros beneficiarios .....	231
IX.2.1.1.2. Desinterés .....	236
IX.2.1.2. La teoría de la voluntad. El monopolio de los derechos disponibles.....	238
IX.2.1.2.1. ¿Hay lugar para los derechos indisponibles? .....	238
IX.2.1.2.2. Un conjunto restringido de posibles titulares .....	242
IX.2.1.3. Apepciones de “derecho subjetivo” concernidas .....	245
IX.3. VALOR JUSTIFICATIVO. VISIONES SUBYACENTES, ASOCIACIONES CONTINGENTES .....	252
IX.4. PROTOTEORÍAS Y PARATEORÍAS DEL INTERÉS Y DE LA VOLUNTAD.....	255
IX.5. EN PRO DE LA INTEGRACIÓN DE LAS TEORÍAS DEL INTERÉS Y DE LA VOLUNTAD .....	257
<b>X. CONSIDERAZIONI CONCLUSIVE. PROPOSTA DI INTEGRAZIONE DELLE TEORIE DELLA FUNZIONE DEI DIRITTI.....</b>	<b>263</b>
X.1. TEORIE DEI DIRITTI E TEORIE DELLA FUNZIONE DEI DIRITTI.....	263
X.2. VALORI E VISIONI SOGGIACENTI .....	264
X.3. ACCEZIONI DI “DIRITTO SOGGETTIVO”. STRUTTURA E CONTESTI.....	266
X.4. INTEGRAZIONE IN FUNZIONE DEI VALORI TUTELATI .....	269
<b>APÉNDICE. EL INTERÉS LEGÍTIMO, SOSIA DEL DERECHO SUBJETIVO .....</b>	<b>273</b>
APÉNDICE.1. TRASFONDO: POLÍTICA DEL DERECHO Y CULTURA JURÍDICA.....	275
Apéndice.1.1. El producto de la creación de la jurisdicción contenciosa .....	276
Apéndice.1.2. Fruto y vehículo de ideologías jurídicas.....	277
Apéndice.1.3. El “reflejo” del interés general .....	279
APÉNDICE.2. PROTECCIÓN JURISDICCIONAL: INTERÉS Y ACCIÓN, EL DERECHO Y SU TUTELA .....	280
APÉNDICE.3. LA “INTENCIÓN” O EL “PROPÓSITO” DE LAS NORMAS .....	286
APÉNDICE 4. EL LEGISLADOR Y EL JUEZ. EL JUEZ COMO ESTADISTA .....	287
APÉNDICE.5. CONCORDANCIA CON LA TAXONOMÍA HOHFELDIANA .....	288
APÉNDICE.6. ALGUNAS PALABRAS CONCLUSIVAS SOBRE EL INTERÉS LEGÍTIMO .....	288
<b>BIBLIOGRAFÍA .....</b>	<b>290</b>

**DERECHOS E INTERESES  
EN LA FILOSOFÍA DEL DERECHO ANGLOSAJONA  
METATEORÍA Y ANÁLISIS CONCEPTUAL**

---

## Capítulo primero. Introducción: propósitos y metodología de la investigación

Sometimes it happens that a man's circle of horizon becomes smaller and smaller, and as the radius approaches zero it concentrates on one point. And then that becomes his point of view.

(David Hilbert)

En esta tesis llevo a cabo una investigación analítica acerca de los diferentes usos teóricos de las nociones de “derechos” e “intereses” por parte de un conjunto relevante de iusfilósofos contemporáneos. En concreto, y fundamentalmente, elaboro en este trabajo una reconstrucción y un examen crítico de las teorías del interés y de algunas aportaciones relevantes para las teorías de los derechos en el área cultural anglosajona en época contemporánea. Además de las labores reconstructiva y crítica, esta tesis contiene algunas propuestas originales acerca de diferentes elementos fundamentales que debe contener una teoría de los derechos.

Desde el comienzo de la reflexión analítica acerca de los derechos y todavía hoy, la literatura jurídica y filosófica, especializada o generalista, asume con harta frecuencia que el derecho subjetivo consiste en un “interés tutelado” (*vid.*, p. e., Alexy, 2010: 111 ss.; Ferrajoli, 2013: 594, 675, 828; Posner, 1990: 331; Garzón Valdés, 2004: 205-206). Tal tesis resulta problemática por distintas razones. Antes que nada, “interés” es un término ambiguo; al emplearlo puede que nos estemos refiriendo, entre otras cosas, a una clase de exigencias materiales o inmateriales (básicamente, necesidades) o a un cierto tipo de actitudes intencionales respecto de ciertas exigencias (fundamentalmente, preferencias). La principal diferencia entre una y otra acepción estriba, fundamentalmente, en el carácter objetivo de la primera y subjetivo de la segunda. En función de qué acepción adoptemos identificaremos conjuntos diferentes de bienes como susceptibles de ser merecedores de tutela por parte del ordenamiento, y, en concreto, mediante el mecanismo especial de tutela que solemos denominar “derechos”, y nos decantaremos por caminos justificativos distintos. Acaso una fundamentación humanitaria en el caso de las necesidades y una fundamentación liberal antipaternalista en el caso de las preferencias.<sup>1</sup> Por otra parte, aun cuando se concediera que un interés conforma el contenido de los derechos, la teoría del interés debe encarar distintos problemas teóricos: ¿es todo derecho la protección o promoción de un interés? O bien, si formulamos la pregunta asumiendo una perspectiva relativa al agente ¿tiene siempre el titular del derecho interés en el interés objeto del

---

<sup>1</sup> En verdad, como se verá seguidamente, no se trata tanto de un problema semántico, relativo a la denotación del vocablo “interés”, como de un problema normativo, acerca de qué valoraciones nos llevan a servirnos de uno u otro concepto, uno que puede decirse, no sin cierta imprecisión, objetivo (necesidades) u otro que puede considerarse subjetivo (preferencias).

derecho? Y, de ser así, ¿lo tiene únicamente el titular? Puede que se pretenda zanjar la primera pregunta con cierta expedición al constatar que las normas que confieren derechos descansan en generalizaciones y con la aparente solución de adscribir a “interés” un sentido mínimo de “beneficio” para hacer de la teoría del interés básicamente coincidente con el lugar común (para algunos autores, un truísmo) en virtud del cual puede afirmarse que todo derecho es una situación de ventaja. La segunda pregunta en cambio tolera peor tal respuesta. Por su parte, la última cuestión moviliza algunas problemáticas relativas al individualismo y a la centralidad de los derechos en el razonamiento moral y jurídico. Asimismo, si se estima que los derechos no son más que un título formal anexado a los intereses y se aduce, como por ejemplo hace Dworkin, que los derechos son una clase superior de intereses, entonces hay que mostrar qué los distingue de los demás intereses. Adicionalmente, en situaciones de conflicto entre ambas clases de intereses habrá que explicar cómo se comportan los intereses no cualificados frente a los cualificados.

En este trabajo me propongo hacer explícitos estos y otros presupuestos semejantes y examinar en detalle el modo en que el entramado de argumentaciones que sustentan la tesis básica de los derechos como interés tutelado están articuladas.

La hipótesis de trabajo de la que parto es que buena parte de la literatura acerca de los derechos, tanto la iusfilosófica como la jurídico-dogmática, establece una conexión conceptual entre estos y los intereses y que la extrapolación de los resultados del estudio de la noción de “interés” y el examen paralelo de las nociones de “interés” y “derecho subjetivo” contribuyen significativamente a esclarecer algunas preguntas centrales en torno a la identidad y el contenido de los derechos.

El presente trabajo está articulado en once capítulos. La tesis consiste fundamentalmente en una investigación analítica de metateoría del derecho y una discusión crítica sobre la comprensión del derecho subjetivo como “interés tutelado”. Así, en los siete primeros capítulos de la investigación estudio aquel conjunto de problemas que aborda buena parte de las teorías de los derechos que puede denominarse la “función de los derechos” y, especialmente, la familia de teorías explicativas de dicha función que ha dado en llamarse “teoría del interés” (para una explicación del encaje de una teoría de la función de los derechos en una teoría de los derechos IX y X). La teoría del interés está conformada por un conjunto de aportes filosófico-jurídicos que sostienen que la función de los derechos radica en la protección y promoción de algún interés del titular del derecho. En virtud de los enfoques examinados en los primeros siete capítulos de la investigación, el interés constituye el contenido material del derecho, siendo aquella una noción más primitiva respecto de la de “derecho subjetivo”.

En concreto, una tabla sinóptica del trabajo podría ser la siguiente. Tras esta introducción, estudio las teorías del interés propuestas por filósofos del derecho anglófonos, desde el siglo XVIII hasta la actualidad. En primer lugar (II), analizo la teoría de los derechos de Jeremy Bentham, tanto su teoría del beneficiario como buena parte de la trama teórica que dicha teoría ella presupone (su teoría psicológica de la acción, su

teoría legislativa y su teoría ontológico-lingüística). Tras lo cual, presento la respuesta de Herbert Hart a la teoría del beneficiario (III§1); una respuesta compleja, consistente en la interpretación de los textos benthamianos, la proposición de enmiendas a algunos aspectos significativos de la teoría del beneficiario y la formulación de una teoría alternativa. Incidentalmente, expongo la participación de David Lyons en el debate de su maestro, Hart, con la obra de Bentham (III§4). Seguidamente, examino algunas piezas clave de la empresa teórico-explicativa de Hohfeld, para abordar luego las llamadas versiones “dinámicas” de la teoría del interés, que pretenden entablar una polémica con las tesis y proyectos de matriz hohfeldiano (IV). Tras ello, estudio en detalle las versiones de la teoría del interés de los representantes más notables de la concepción dinámica de los derechos: la teoría del interés de Neil MacCormick (V) y la teoría del interés de Joseph Raz (VI). La investigación reconstructiva y crítica de la función de los derechos concluye con un examen de la teoría del interés de Matthew Kramer (VII).

En el octavo capítulo, examino con mayor profundidad de lo que permiten los anteriores capítulos algunas cuestiones relativas al significado del contenido en sí de los derechos. Es decir, examino los análisis de distintos filósofos morales y políticos de la noción de “interés”, fundamentalmente al margen de la noción de “derecho”. Planteo un sondeo de aquellos aportes de filosofía política y jurídica centrados en la noción de interés y otras nociones afines (*i. e.*, necesidades y preferencias) y que, en concreto, las seleccionan como base del reparto de bienes en escenarios propios de las teorías de la justicia o de propuestas neocontractualistas (VIII). Como he señalado al comienzo de la introducción, es crucial caracterizar cuidadosamente la noción de “interés” empleada por las teorías del interés dado que ello incide sustancialmente en la articulación teórica relativa a los derechos; distintas decisiones semánticas dejan algunas vías justificativas abiertas y cierran otras. Si estos aspectos no son abordados con mucho detalle en los siete primeros capítulos ello no responde únicamente a que en el análisis metateórico se deba realizar un reparto equilibrado de los contenidos, sino también a la constatación de que pocas versiones de la teoría del interés se han embarcado con la debida profundidad – seguramente Bentham (II) y, en menor medida, Kramer (VII) representan excepciones significativas. En suma, en las obras provenientes de filósofos morales y políticos puede encontrarse una sólida contribución con que suplir la parcial indeterminación de las teorías del interés (VIII).

En último lugar, extraigo algunas conclusiones acerca del conjunto de la investigación, en buena medida, bajo forma de examen crítico de los distintos aspectos problemáticos encarados por los teóricos del interés y de la voluntad, escenarios teóricos y objeciones habituales, contenido de los derechos y variedades de microderechos y macroderechos de que una y otra teoría pretenden y logran dar cuenta, estatus de los análisis que acometen (IX). En el noveno capítulo, amén de ofrecer un balance del conjunto de la investigación, ofrezco algunas pautas y elementos para defender una teoría de la función de los derechos que comprenda las teorías del interés y de la voluntad. El plan de semejante teoría, tanto en panorámica como con algunos pormenores, es acometido en mayor medida en el capítulo décimo (X).

Finalmente, planteo un apéndice, autónomo con respecto al conjunto de la tesis tanto en lo que hace al enfoque problemático asumido, a la metodología empleada y, en parte, al ámbito geográfico de cultura jurídica concernido. En el apéndice me ocupo de algunos aportes que conciben derechos e intereses en una situación de “afinidad estructural”, es decir, una y otra noción son concebidas como (algún tipo de) posiciones normativas subjetivas con plena independencia conceptual, posiciones que, sean opuestas –según algunos autores– sean equiparables –según otros– se encuentran en algún sentido en pie de igualdad. No se trata, por tanto, de responder a la pregunta de si los intereses conforman el contenido de los derechos sino si puede hablarse de “intereses” y de “derechos” como dos posiciones normativas autónomas. El enfoque que asumo en el apéndice puede definirse como “metajurisprudencial”.

Examino algunas aportaciones, procedentes de la dogmática administrativista, fundamentalmente italiana y española, que han concebido el interés –el interés legítimo para ser exactos– como una posición normativa estructural o funcionalmente distinta de los derechos (Apéndice). Con todo, en un segundo plano, examino también algunas doctrinas, tanto del *civil law* como del *common law*, que presentan los derechos y los intereses como posiciones normativas con estructura y comportamiento diferentes en el momento de la interpretación-aplicación.

En lo que atañe a la metodología, en esta investigación aúno metateoría descriptiva y examen conceptual, en distintos puntos, un enfoque cercano a la comprensión de la tarea de la filosofía del derecho como laboratorio conceptual, mientras que, puntualmente y al final de la tesis, formulo algunas propuestas teóricas. Finalmente, en el apéndice, incluyo un acercamiento que puede ser calificado de “metajurisprudencia analítica”.

Entiendo aquí la “metateoría descriptiva” como conformada en buena medida por la reconstrucción de doctrinas. La reconstrucción de una doctrina “consiste en la reformulación, en el reajuste, de conjuntos de oraciones, seleccionados dentro de conjuntos de textos (escritos y no escritos) de contornos indefinidos” (Celano, 2009: 211). “Reformulación y reajuste persiguen la reestructuración, la sistematización de los conjuntos de oraciones relevantes: se identifican, o extraen, premisas, principios, presupuestos, tesis, que se consideran adecuados para dar cuenta de los aspectos significativos de la doctrina, explicando formulaciones explícitas, tomas de posición a primera vista sorprendentes, la elección de determinadas estrategias argumentativas, etc.” (Celano, 2009: 211). He procurado, en los casos en que podían plantearse lecturas contradictorias, decantarme por la interpretación benévola. En efecto, la reconstrucción se basa en el principio de caridad griceano (*vid.* Celano, 2009: 211) o en el desiderátum de que el intérprete ejerza como “buen samaritano” (*vid.* Chiassoni, 2018a: 197).

Se persigue también la construcción de un inventario descriptivo, al igual que una evaluación del aparato conceptual de que dispone el jurista, tareas que hacen recomendable recurrir a la llamada “metajurisprudencia descriptiva”. Por “metajurisprudencia descriptiva” se entiende la descripción y reconstrucción de las operaciones que suelen llevar a cabo los juristas, así como de los instrumentos de que

habitualmente se valen, aparato conceptual y operaciones de interpretación y doctrina (*vid.* Chiassoni, 2018b: 290). O bien, tomando una definición que hace mayor énfasis en el carácter metalingüístico de la filosofía del derecho, “se puede llamar 'metajurisprudencia' aquella subdisciplina de la teoría general [del derecho] que no tiene por objeto el lenguaje legislativo, sino que consta de un discurso sobre la jurisprudencia: precisamente se trata de un análisis (metalingüístico, pues lingüístico es su objeto) de los discursos interpretativos realizados por los operadores del derecho” (Guastini, 1980: 31-32; *cf.* Guastini, 2013b: 19).

En pequeña medida, sugiero también la oportunidad teórica de un reemplazo parcial del aparato conceptual del jurista, para dotar al operador jurídico de conceptos en función explicativa más precisos de los que posee. En esta medida, acotada y modesta, acometo una tarea de “laboratorio conceptual” (*cf.* Chiassoni, 2016b: 114). Más precisamente y más humildemente, lo que realizo, especialmente en el apéndice, es la elaboración de una etapa previa en el desarrollo de un “laboratorio conceptual” del jurista, concretamente, del iuspublicista. En verdad, el examen crítico del derecho administrativo que aquí presento se rige por un principio de inspiración ockhamista: si no pueden señalarse diferencias estructurales o funcionales (teóricas o prácticas) de las nociones que, según los dogmáticos, se distinguirían de lo que usos técnicos y ordinarios califican de “derechos” entonces no hay verdaderas razones para postular posiciones normativas distintas de los derechos. Antes bien, como intentaré demostrar, tal postulación responde, fundamentalmente, a ciertas doctrinas e ideologías especialmente cargadas, antes que a las necesidades teóricas y prácticas del jurista. En efecto, en el apéndice pretendo explicitar qué teorías e ideologías del derecho positivo han llevado a formular y dotar de un contenido determinado la noción de “interés legítimo”.

En el marco de los capítulos de reconstrucción, como parcial consecución de esta –diferenciada, naturalmente, por ser de carácter crítico y parcialmente “constructivo”–, emprendo labores de análisis conceptual, etapa obligada para la construcción de propuestas teóricas. El análisis conceptual, *modus operandi* habitual del filósofo analítico (*cf.* Strawson, 1997: 2), al menos el análisis conceptual que aquí se plantea, está inspirado en algunas directrices fundamentales. Por una parte, se rige por enfoques metodológicos propios de las contribuciones de “filosofía del derecho de los juristas”. La primera directiva reconoce la sensatez de orientarse por un modelo de “conceptos jurídicos fundamentales” del tipo de los elaborados por Hohfeld y por Kelsen. Nótese que me refiero a “orientarse”, pues no pretendo conceder automáticamente la plausibilidad teórica de semejante comprensión sino sencillamente afirmar la conveniencia metodológica de proceder de ese modo. Un modo de entender los conceptos jurídicos fundamentales, un modo especialmente atento al rol de la sistemática dogmática es concebir tales conceptos como nociones empleadas “en casi todas las explicaciones de las distintas ramas del derecho” (Nino, 2003: 165-167). Seguir de cerca semejantes pautas permite, además, al filósofo poner los pies en tierra; en la tierra del jurista.

La segunda directiva es aplicar un enfoque “lexicológico” de matriz bobbiana (*cf.* Millard, 2005), dirigido a la construcción de un léxico descriptivo. El trabajo de clarificación conceptual de detalle debe servir a la elaboración de una voz de un diccionario jurídico ideal.

Asimismo, en esta investigación se asumen acercamientos propios de una “filosofía del derecho de los filósofos”. Emprendo la labor de un “análisis conceptual en red” (*cf.* Strawson, 1997: 17 ss.), latamente entendido. El concepto de “derecho” y el de “interés” no son considerados de forma aislada, sino que cada uno es concebido en el marco de una red conceptual de nociones con las que mantiene relaciones de distintos órdenes; parto de la base de que el significado de ciertos conceptos puede y debe, al menos en parte, colegirse de las redes conceptuales en que se ubican. En concreto, precisamente la noción de “interés” puede ayudar a testar la plausibilidad de semejantes estrategias teóricas, por cuanto, su ambigüedad y su trasposición a muy distintos campos semánticos la hacen especialmente susceptible de ser empleada como una noción que actúa como conector entre distintos antecedentes y consecuentes, como “concepto conectivo”. Asimismo, una de las nociones fundamentales con las que contrasto la noción de “derecho” es la de “obligación”, sea por las relaciones analítico-conceptuales sea por las conexiones valorativo-justificativas de uno y otro concepto.

Como he adelantado, además de dilucidar los derechos a la luz de los intereses (II-VII, IX, X), creo que es fructífero analizar puntualmente las nociones de “derecho” e “interés” de forma (al menos, parcialmente) independiente para luego extrapolar los datos del examen de una de las nociones a la otra, o bien a la interacción de la una con la otra. Un modo de concebir el derecho subjetivo sin el interés es, por lo pronto, testando la plausibilidad explicativa de la teoría de la voluntad (III, IX, X).

¿Cómo concebir el interés en paralelo con respecto al derecho? En distintas ramas del ordenamiento se habla de intereses sin que, supuestamente, quepa hablar de derechos, pero mostrando una suerte de equivalencia estructural y funcional entre los derechos y los intereses. Así, en el derecho penal, es habitual hablar del interés jurídico protegido por un tipo penal (así como de “bien jurídico protegido”, “interés jurídico-penal”) para referirse al objeto que se ve afectado por la conducta antijurídica, sin tener en cuenta la cuestión de si el sujeto lesionado tiene o no genuinos derechos respecto de tal interés. Con este panorama de la dogmática y del derecho positivo en mente, la hipótesis que planteo en el apéndice es si la noción de “interés” (especialmente, la construcción doctrinal del “interés legítimo”) puede hacer las veces de (esto es, ser funcionalmente equivalente a) o ser estructuralmente análogo a (esto es, ser conceptualmente equivalente a) la noción de “derecho subjetivo” (Apéndice). Concentrarse en la figura del “interés legítimo” –así como en otras construcciones afines del derecho administrativo– responde a que en torno a ella ha surgido una nutrida discusión encaminada a acreditar (y a desacreditar) la posible distinción de dos posiciones normativas denominadas “derechos” e “intereses”. El diagnóstico que pueda darse acerca del interés legítimo podrá ser extrapolado a otras construcciones de ramas del ordenamiento distintas.



Por otra parte, resulta también relevante acometer un examen exclusivo de los intereses, concepto y distintas concepciones, para, de forma mediata, trasponer los resultados obtenidos a los derechos. Tal es el modo de operar que está detrás del examen de distintas aportaciones de filósofos políticos y morales; con ese examen se aspira a comprender qué valoraciones pueden sustentar la operación de asignación de bienes propia de los proyectos neocontractualistas y de teoría de la justicia (VIII). Se trata de comprender el posible contenido de los derechos para captar lo que son los derechos, esto es, captar los bienes distribuidos en una comunidad política para aprehender un mecanismo privilegiado de conferir dichos bienes.

Es conveniente presentar algunas consideraciones adicionales sobre el propósito reconstructivo de la investigación y acerca de las conexiones entre las labores metateórica y teórica. En este trabajo persigo un conjunto de objetivos metateóricos, que consisten en la comprensión de episodios significativos de la historia de la filosofía analítica del derecho contemporánea en ámbito anglófono. Algunos de estos episodios representan hitos del acercamiento de los filósofos analíticos a la cuestión de los derechos, por distintas razones. Para algunos autores, el análisis descriptivo y la redefinición de los enunciados acerca de derechos constituye una pieza clave en proyectos desmistificadores ambiciosos (esencialmente, Bentham, II), al tiempo que la desambiguación del vocablo “derecho” y la elaboración de taxonomías contribuyen a la clarificación del vocabulario jurídico y a la resolución de problemas prácticos de los juristas (Bentham, II; Hohfeld, IV; en menor medida, Kramer, VII). Algunas de estas aportaciones, las provenientes de los clásicos analistas de los derechos, suponen propuestas ambiciosas de reglamentación conceptual y lingüística del vocabulario usual empleado por el legislador y por los operadores jurídicos (Bentham, II; Hohfeld, IV). En cambio, los nuevos aportes de los discípulos de Hart presentan un panorama acerca de las nuevas maneras (o, pretendidamente nuevas) de entender el razonamiento de los operadores jurídicos (MacCormick y Raz, IV, V, VI).

No es ocioso señalar que, si bien los autores clásicos que acabo de mencionar son representantes manifiestos del positivismo teórico y metodológico, los últimos en ser mencionados resultan de más difícil adscripción al positivismo como enfoque y como teoría. El problema de identidad de los derechos es un banco de pruebas relevante de la actitud de los filósofos analíticos de corte positivista hacia conceptos jurídicos fundamentales compartidos con la filosofía política. En efecto, aquí examinaré, de una parte, los intentos realistas de reducir los derechos a los hechos empíricos a los que responden (la conducta y, en menor medida, las disposiciones legislativas en el caso de Bentham) y, de otra parte, las propuestas que les conceden un rol independiente y central en los sistemas jurídicos, entendidos como parte de ambiciosos proyectos prácticos (Raz y MacCormick, IV, V, VI).

Pero no se trata solo de aportaciones significativas a la filosofía analítica del derecho. Algunos de estos hitos pueden ser vistos también como momentos significativos de la construcción de un enfoque antiformalista en la ciencia jurídica. No es casual, pues la noción de “interés” ha sido empleada para introducir consideraciones de orden

psicológico, sociológico, entre otros, así como para abrir la ciencia jurídica al ámbito de la política del derecho.

En último lugar, supone un examen de la cultura jurídica reciente, del *civil law* y, en medida mucho menor, del *common law*, sobre todo a la luz de la construcción de nociones como la de “interés legítimo” (Apéndice).

Unas últimas consideraciones acerca de la metateoría descriptiva y sus lazos con la labor teórica. El examen de los distintos aportes teóricos de los autores tiene un conjunto de propósitos inmediatos y un conjunto de propósitos mediatos. El conjunto de propósitos inmediatos puede cifrarse en el rótulo de “propósitos (estrictamente) reconstructivos”: aspiro a plantear una presentación detallada de los intercambios argumentativos complejos que conforman la discusión acerca de la función de los derechos y de los múltiples presupuestos que están en el trasfondo de estos intercambios. Con ello me refiero a reconstruir, respectivamente, tanto el debate visible, esto es, el debate manifiesto, relativamente conocido por la literatura especializada, como el invisible, argumentos que con cierta frecuencia han sido ignorados (deliberada o inconscientemente) o han quedado incomprendidos, o incluso han sufrido algunos deslizamientos parciales o forzamientos. Seguramente, los exámenes de la recepción de las principales tesis hohfeldianas por parte de los defensores de la llamada “concepción dinámica” sean un ejemplo manifiesto de una discusión erigida en unas bases incomprendidas y (parcialmente) distorsionadas, guiadas por una política cultural “polemista” con enfoques clásicos pretendidamente formalistas (IV). El caso de las incomprendiciones de algunas tesis de Bentham es más sutil y es más genuinamente historiográfico (III). Tal caso descansa en algunos puntuales malentendidos por parte de Hart, en la mezcla en la reconstrucción del profesor oxoniense de labor exegetica y propósitos polémicos y, sobre todo, en la confusión posterior de aquello que Hart afirmó en clave explícitamente crítica (un problema de “metarecepción”). La reconstrucción tiene por meta la corrección de semejantes “teléfonos rotos”, para poder restituir a las obras históricas su profundidad y sus matices.

Todo ello no es solo fruto de preciosismo anticuario. En efecto, el propósito mediato de la reconstrucción consiste en el examen crítico de un conjunto de problemáticas y en la formulación de soluciones, ya solo sean parciales. No aludo únicamente al hecho de que la reconstrucción es una etapa previa, necesaria para la crítica y la formulación de soluciones (momento en que se evalúa la plausibilidad de los planteamientos y se escogen las soluciones más sólidas) sino a una suerte de etapa intermedia: en el examen de cada uno de los distintos autores se suscitan problemas y soluciones parcialmente distintos y este es un modo de proceder para el examen de cuestiones que deben ser tratadas en una discusión como la presente. Así, por ejemplo, hay autores que resultan esclarecedores de ciertos problemas filosófico-políticos –verbigracia, la de MacCormick resulta una aportación idónea para juzgar algunas tesis del paternalismo como justificación de los derechos– mientras que otros autores plantean los mejores análisis disponibles para encarar la dimensión analítico-conceptual de los derechos –por ejemplo, Kramer, acerca de las

virtualidades de aplicar la correlatividad como mecanismo operativo de identificación de individuos. Es cierto, en todo caso, que la que acabo de señalar no es una coincidencia, pues las distintas teorías de los derechos responden a distintas exigencias. Si ciertos argumentos (y no otros) son afrontados con determinados enfoques (y no otros) ello se debe, en gran medida, a las necesidades teóricas y prácticas con que se ha encontrado o, mejor dicho, que ha percibido cada autor. Por otro lado, no se trata de una problematización de la reconstrucción “automática”: por ejemplo, la discusión de la obra de MacCormick es empleada como una sede especialmente idónea para sustentar la oportunidad de aunar las teorías del interés y de la voluntad como explicación de la función de los derechos. Por una parte, el MacCormick menos conocido podría mostrarse favorable a esa decisión, pues, como habrá ocasión de comprobar, MacCormick fue acercándose cada vez más a posturas integradoras de ambas teorías. Pero, por otra parte, incluso el MacCormick menos conocido se mostraría algo reacio a esa decisión, pues examino algunas pruebas de que MacCormick, enrocado en su postura más conocida de opositor impenitente a la teoría de la voluntad, desconoce las cualificaciones especialmente valiosas de Hart a dicha teoría y los gestos de Hart proclives a acoger rasgos de la teoría del interés. Se trata aquí de elaborar propuestas teóricas construidas sobre la base de los mejores argumentos disponibles; lo cual, en el caso de la literatura acerca de los derechos, frecuentemente (*cf.* Finnis, 1972), pasa por restituir a los autores clásicos la voz ignorada.

Por último, considero importante hacer unas breves aclaraciones terminológicas preliminares, para introducir una serie de expresiones y de nociones a las que me refiero a lo largo de esta investigación.

Cuando menciono una expresión lingüística sigo la convención extendida en un amplio sector de la literatura filosófica –a partir de Tarski (1994 [1941])– de entrecomillar la expresión en cuestión. En muchos casos en que me sirvo de esta convención, trato la expresión del lenguaje objeto en calidad de concepto.

En este trabajo, me refiero las más de las veces a “derechos”, sin ulteriores cualificaciones. El único adjetivo que incluyo con una frecuencia significativa es el de “derechos subjetivos”, pero no pretendo con ello incorporar matices –salvo uno que estimo básico–, sino evitar una fundamental ambigüedad léxica del vocablo “derecho”. En efecto, pretendo distinguir lexicalmente el “derecho subjetivo” del “derecho objetivo” y esta distinción suele presuponer la tesis básica de que un derecho subjetivo solo puede ser conferido por una norma. Pero no busco referirme a doctrinas como aquella –afín y genéticamente vinculada a la referida tesis– de los “derechos públicos subjetivos”. En todo caso, conviene recordar que la ambigüedad léxica que acaba de señalarse no se da en inglés y que la terminología de “derecho subjetivo” es ajena a la tradición anglosajona (*vid.* Campbell, 2017).

Dicho esto, la norma que confiere derechos no tiene por qué ser jurídica. Así, en ciertos casos, estimo relevante especificar si el contexto normativo en que son proferidos enunciados de derechos es el de un sistema moral o el de un sistema jurídico. A los

primeros me refiero como “derechos morales” y a los segundos como “derechos jurídico-positivos”, entendiendo que esta última es la denominación más idónea para evitar cacofonías y equívocos (*vid.* Celano, 2013: 22). En los capítulos que siguen, en la medida en que, la mayor parte de las veces, me pronuncio acerca de rasgos funcionales y estructurales que, de ser válidos para los derechos jurídico-positivos, lo serían también para los derechos morales, no especifico a qué clases de derechos me refiero. No considero necesario, por el momento, pronunciarme acerca de si tiene sentido hablar de “derechos morales” y asumo que la respuesta es afirmativa. Solo puntualmente y en un segundo momento, cuando discuto la elaboración de una teoría acerca de la función de los derechos, considero importante afrontar este punto (IX).

En ocasiones, cuando analizo rasgos estructurales de los derechos, considero relevante especificar si por “derecho subjetivo” hay que entender una posición normativa individual elemental, una posición “atómica” (una pretensión, una libertad, un poder o una inmunidad) o un conjunto “molecular” de tales posiciones (para un examen de la taxonomía hohfeldiana y de esta distinción IV§1.2). Entenderé la primera noción como “microderecho”, la segunda como “macroderecho” (*vid.* Barberis, 2014: 83).

## Agradecimientos

“Lo que sabemos lo sabemos entre todos.”  
(Francisco Giner de los Ríos)<sup>2</sup>

Agradezco muy sentidamente el apoyo intelectual y material que he recibido de mis directores, Pierluigi Chiassoni y Jordi Ferrer Beltrán. Un apoyo que no exagero en calificar de enorme y fundamental.

Tanto en la Universidad de Génova, en el Istituto Tarello per la Filosofia del Diritto, como en la Universidad de Girona, en la Càtedra de Cultura Jurídica, he tenido el privilegio de contar con unas estructuras óptimas. Doy las gracias a la Universidad de Génova por haberme otorgado una beca doctoral.

Asimismo, las facilidades bibliotecarias han sido determinantes para el buen curso de la investigación. Me es grato mencionar ese sistema de préstamo tan valioso como infrecuente en el panorama universitario europeo que es el Préstec consorciat (PUC), así como a los bibliotecarios Milad Amini y Rubèn Doll Petit.

Me he beneficiado mucho de la hospitalidad de Andrea Dolcetti, en mi estancia en Oxford; de Jordi Ferrer Beltrán y Víctor Cervantes Furió, en mi estadía en Girona; de Matthew H. Kramer, en mis idas y venidas de Cambridge. Marco Brigaglia, Bruno Celano y Giuseppe Rocché han hecho que Palermo sea un hogar y de su casa la mía.

---

<sup>2</sup> Si bien el autor de estas palabras es el célebre pedagogo, ellas resuenan con las voces de José Juan Moreso y de Francisco J. Laporta, de quienes con cierta frecuencia las he oído. Sirva esta cita para evocar esos ecos, del mismo modo en que esta tesis es un reflejo, con las inevitables aberraciones de los espejos, del saber de los demás.

Han sido de gran importancia los comentarios de Timothy Endicott, Riccardo Guastini, Marisa Iglesias Vila, Giulio Itzcovich, Nicola Muffato, Pablo Navarro, Giorgio Pino, Cristina Redondo y Guillaume Tusseau. A Bruno Celano debo incontables conversaciones iluminantes. Me gustaría agradecer especialmente las concienzudas observaciones de los evaluadores de esta tesis, Pierre Brunet y David Duarte. Merecen mi más profundo agradecimiento Liborio Hierro y Alfonso Ruiz Miguel, que me iniciaron en las tareas de investigación; sin ellos no sería pensable esta tesis.

De mis compañeras y compañeros de doctorado, merecen una mención especial Lucila Fernández Alle, Andrea Barca, Marin Keršić, Pablo Rapetti, José Antonio Sánchez Rubín y Natalia Scavuzzo. De Diego Dei Vecchi y Luís Matricardi he recibido un apoyo continuo y la mejor demostración de honestidad intelectual.

Me he beneficiado enormemente del apoyo de mi madre, Enrico, Bonnie y Neus. Reciban aquí mi agradecimiento. Korova, con quienes vino el entendimiento y se labró la avenencia, ha sido una escuela de pensamiento.

A Mathilde debo el ánimo de estos años. Esta tesis, con lo que pueda valer, está dedicada a ella.

## Capítulo segundo. Los derechos como ficciones útiles: la teoría de los derechos de Bentham

En este capítulo presento una reconstrucción y un análisis crítico de la teoría de los derechos de Jeremy Bentham. En primer lugar (II§1), estudio los fundamentos del utilitarismo ético benthamiano; para ser exactos, examino algunas de las tesis más notables de la teoría psicológica de la acción y de la teoría de la legislación, un examen que articulo alrededor de los usos benthamianos de la expresión “interés”. Tras haber explicitado la trama teórica en que se asienta la comprensión de los derechos –tanto las mencionadas teorías psicológica y legislativa como la teoría ontológico-lingüística benthamiana–, en segundo lugar (II§2), analizo la teoría del beneficiario defendida por Bentham, así como otras piezas clave de su teoría de los derechos, sea elementos de índole teórico-jurídica –con la aspiración de responder a preguntas tales como ¿Qué taxonomía de los derechos podemos encontrar en Bentham? ¿Puede hablarse de una mutua implicación de derechos y deberes?– sea elementos de carácter filosófico-político y filosófico-jurídico –cuestiones como ¿Qué función deben cumplir los derechos en un ordenamiento utilitarista? ¿Qué espacio ocupan, qué autonomía conceptual se les reserva, dada la ubicuidad y la preeminencia de la noción de “utilidad”? Conviene señalar, por añadidura, que la confusión entre el orden analítico-conceptual y el orden valorativo-justificativo de preguntas por parte de algunos comentaristas ha tenido efectos aciagos en la recepción y comprensión de las afirmaciones de Bentham en materia de derechos: así, por citar la más significativa para este capítulo, la aserción de la prioridad ontológica de las obligaciones y de la correlatividad lógico-existencial de derechos y obligaciones ha sido erróneamente entendida como una valoración acerca del contenido sustantivo de derechos y obligaciones y la afirmación de una eventual prioridad justificativa de las segundas respecto de los primeros.<sup>3</sup>

Pese a lo que pudiera pensarse, la teoría de los derechos de Bentham puede ser considerada un hito dentro de la historia de la *analytical jurisprudence* y un aporte fundacional de dos proyectos de investigación teórica.<sup>4</sup> En efecto, tal teoría supone para el ámbito anglófono tanto el comienzo de la reflexión conceptual acerca de la función de

---

<sup>3</sup> Semejantes confusiones en lo relativo a la recepción, debidas en gran medida a algunas formulaciones equívocas de Hart y a la incompreensión de Lyons, son examinadas en el próximo capítulo (III). En cambio, una reconstrucción detenida de los elementos que permiten establecer distintos órdenes de prioridad entre derechos y deberes en la obra de Bentham es acometida (II§2).

<sup>4</sup> Intentaré mostrar que, en efecto, la propuesta teórica y el análisis de Bentham presentan sobrados elementos para poder hablar, en rigor, de una teoría benthamiana de los derechos y que, además, esta constituye una comprensión sumamente relevante desde la perspectiva historiográfica y teórica. Me parece que la refractariedad a reconocer estas dos consideraciones se debe, al menos en parte, a una cierta comprensión “imperialista” de los derechos y a la incapacidad para distinguir en Bentham varios discursos sobre los derechos en función de las normas que los establecen (para un somero análisis de la última cuestión II§2.1).

los derechos,<sup>5</sup> como el comienzo del debate entre la teoría del interés y la teoría de la voluntad. Ciertamente es que para que Bentham recibiera el reconocimiento merecido como iniciador de la reflexión sobre los derechos y para que el debate acerca de la función de los derechos tuviera lugar ha habido que esperar a la labor de glosa y crítica de Hart (cuyo análisis será acometido en el próximo capítulo), cerca de dos siglos después de que Bentham escribiera los textos que Hart glosaba.<sup>6</sup>

Bentham concebía los derechos como un importante mecanismo mediante el cual el derecho dispensa beneficios a sus titulares, a través de la imposición o de la exención de deberes. Las modernas teorías del interés reconocen en la teoría del beneficiario un venerable precedente. Sin embargo, veremos que numerosas tesis y presupuestos teóricos de la teoría del beneficiario exceden con creces lo que las modernas teorías del interés esperan de ella.<sup>7</sup> En efecto, el estudio de la teoría del beneficiario requiere abordar las peculiares herramientas lingüístico-ontológicas con las que Bentham pretende dar cuenta de los derechos así como captar el rol preciso que desempeñan los derechos dentro de la propuesta utilitarista (especialmente, en el seno de su justicia distributiva). Dicho de otro modo, para entender la teoría de los derechos de Bentham –particularmente, la teoría del beneficiario– hay que comprender la dimensión ontológico-lingüística de los derechos (¿qué es, ontológicamente, un derecho? ¿qué relación guarda con las percepciones sensibles del placer y el dolor?) y la esfera valorativo-justificativa de los derechos (¿en qué consiste, normativamente, un derecho? ¿qué relación guarda con la distribución de placer y dolor?). Como intentaré mostrar, la teoría del beneficiario, “the most striking feature of Bentham's analysis of legal rights” (Hart, 1982: 174), ocupa un lugar sumamente relevante dentro del proyecto benthamiano.

Hart ha sido uno de los más notables “intermediarios” que los textos de Bentham parecen requerir (*vid.* Twining, 1998: 23; *cf.* Hart, 1971: 21, 42), realizando una inestimable tarea de reconstrucción –tanto labores de exposición y clarificación del texto como de discusión problematizada.<sup>8</sup> Pero para entender algunos puntos teóricos de la obra de Bentham, rectificando algunas incomprensiones que se dan con cierta frecuencia,

---

<sup>5</sup> Naturalmente, cabe la posibilidad de identificar, también y específicamente en el ámbito anglófono, *precursores* de la reflexión en torno a la función de los derechos, tales como Hobbes y Locke, por citar ejemplos de la Edad moderna (para un examen detenido de esta posibilidad VI§4.1).

<sup>6</sup> La labor de interpretación hartiana, inauguradora del estudio del Bentham teórico de los derechos, así como, prácticamente, del Bentham teórico del derecho, se volvió en poco tiempo canónica. Hart cristaliza, para buena parte de la literatura posterior, tanto la formulación del análisis de Bentham como los términos de la oposición entre las teorías del interés y de la voluntad.

<sup>7</sup> De hecho, distingo tres acepciones posibles de qué puede entenderse por la locución “teoría del beneficiario” y los teóricos del interés se refieren, preferentemente, a la que podría denominarse “versión mínima”.

<sup>8</sup> En efecto, creo que no está de más reconocer lo valioso e ingente del trabajo reconstructivo de las aportaciones de Bentham a la filosofía del derecho acometido por Hart, culminado en sus *Essays on Bentham* (1982). Acaso un trabajo panorámico semejante solo tenga el parangón de las monografías de Harrison (1983), fundamentalmente para la filosofía del lenguaje benthamiana, y de Moreso (1992), para la filosofía jurídica.

hay que trascender la labor exegética de Hart. Hart desatiende el texto benthamiano en algunos puntos cruciales, como algunos aspectos del peculiar papel de los derechos en los cálculos utilitaristas (II§1), el reconocimiento por parte de Bentham de la plausibilidad de algo sumamente parecido a la teoría de la voluntad (II§2) o la cabida de una noción análoga a la hohfeldiana de “inmunidad” en la clasificación benthamiana de los derechos (II§2.2). Tales inadvertencias responden fundamentalmente a la preocupación del profesor oxoniense por replicar, más que al Bentham histórico, a dos interlocutores ideales: el utilitarista en moral y el teórico del interés. Pero el examen crítico de la teoría del beneficiario por parte de Hart está fundamentalmente ausente en el presente capítulo, siendo el principal objeto del próximo.

Como se puede apreciar, uno de los propósitos principales de este capítulo es reconstructivo. En él aspiro a dar cuenta tanto del Bentham “manifiesto”, del Bentham “histórico”, inadvertidamente parapetado en su *Introduction to the Principles of Morals and Legislation* (cfr. Schofield, 2009: 22; cfr. Kelly, 1990: 10, 12), que quedó fijado en los comentarios de Hart y que tuvieron en cuenta la mayoría de los teóricos del interés posteriores –y buena parte de los teóricos del derecho hasta aproximadamente los años 90–, como del Bentham que ha permanecido hasta hace poco “soterrado” –hasta la recuperación y transcripción de algunos manuscritos y hasta la aparición de una reciente literatura revisionista (cfr. Schofield, 2009: 21; cfr. Hume, 1978)–, reflejado en sus escritos menores, de redacción tardía o de aparición y publicación recientes, de orientación más marcadamente liberal.<sup>9</sup> El Bentham ignorado al que me refiero no se circunscribe a la dimensión del utilitarismo moral; en efecto, en este capítulo examino, incidental y someramente, algunas cuestiones aún disputadas relativas a su comprensión ontológico-lingüística, como los distintos métodos de explicación de las entidades ficticias y los elementos en que, según el célebre método de la paráfrasis, se descompone la noción de “derecho subjetivo”.

Pero junto con el trabajo de metateoría descriptiva, este capítulo plantea también la discusión de distintos elementos teóricos y de correspondientes pistas de investigación, en los que el resto de este trabajo pretende profundizar. La propuesta del utilitarismo benthamiano (fundamentalmente, los elementos presentados en II§1) resulta una

---

<sup>9</sup> No es infrecuente, en lo que concierne a la reconstrucción, hablar de “distintos Benthams” ante la aparición en la obra del autor de discontinuidades y rupturas (reales o aparentes contradicciones, diferencia de soluciones, cambios de énfasis). Tradicionalmente se ha visto como un ejemplo paradigmático de esto el viraje de Bentham hacia el radicalismo político –exámenes cautelosos, que muestran que tal viraje no ha sido ni repentino ni uniforme pueden encontrarse en Crimmins (1994) y en Schofield (2009: 9-12). Tampoco es infrecuente, en lo que atañe a la reconstrucción de la reconstrucción, referirse a un “Bentham de Hart”, un “Bentham de Mill” o un “Bentham de Halévy” (cfr. Himmelfarb, 1969: 193; cfr. Hume, 1978: 4). No pretendo discutir si semejantes soluciones son más o menos aplicables en concreto a Bentham ni tanto menos si, en abstracto, son plausibles; lo que busco ahora es una manera de presentar la cuestión que me permita afirmar que voy a desatender los “distintos Benthams”, en la medida en que mi acercamiento no es estrictamente textual ni se rige por la periodización de las obras benthamianas, y que, por el contrario, dedico cierta atención específicamente al “Bentham de Hart”, aunque ese “Bentham” no se encuentre tan distante de la reconstrucción de Bentham que aquí planteo.



anticipación, aunque algo rudimentaria sumamente original, de muchas cuestiones que serán estudiadas en el capítulo dedicado al campo de la filosofía moral, en VIII (cuestiones tales como ¿asumen las teorías de la justicia una concepción subjetiva u objetiva de los intereses? ¿qué concepción deberían asumir? ¿cómo ha de interpretarse la afirmación de que los individuos persiguen su autointerés? ¿puede la distribución de beneficios tener en cuenta las preferencias externas?).<sup>10</sup> Asimismo, la teoría del beneficiario encierra algunas soluciones teóricas que son muy afines a y esclarecedoras de las defendidas por distintos teóricos de los derechos contemporáneos. Por ejemplo, los derechos y obligaciones de ciertos estatutos personales conforman un escenario cercano a la comprensión raziana de los intereses “plúrimos” (VI§5), o bien la posibilidad, ya mencionada, de dar cabida a la teoría de la voluntad, que trasluce una conciencia afín a modernas propuestas integradoras). Muchos de estos puntos, hasta donde yo sé, han pasado inadvertidos hasta la fecha. En este capítulo dedicado a la teoría de los derechos de Bentham aspiro a promover una reevaluación de la perspicacia de la teoría de los derechos benthamiana así como a plantear una introducción sólida a muchas de las inquietudes, problemas y soluciones que son estudiados en el resto de esta investigación.

## II.1. Las teorías psicológica y legislativa: la noción de “interés”

However, the bonds of slavery, which the legislator cannot break by a single blow, time destroys by little and little [...]. Landowners need not be alarmed at this change. [...] In Poland, some landowners, enlightened as to their own interests, or animated by a love of glory, have effected a total and simultaneous emancipation in their vast seignories. Did this generosity cause their ruin? Altogether the contrary. The farmer, interested in his labour, has been in a condition to pay more than the slave; and their lands, cultivated by free hands, have received every year a new and increased value.  
(Bentham, 1843, t. 1: 347)

---

<sup>10</sup> Naturalmente, afirmar que el enfoque problemático o las soluciones que presenta Bentham contengan grandes dosis de originalidad no equivale a negar su deuda con los pensadores de su tiempo; sería insólito que una visión tan articulada como la de Bentham no fuera en gran medida acreedora de su contexto y de sus antecedentes teóricos. Es más, como veremos puntualmente, diferentes doctrinas de Bentham reflejan de forma manifiesta y a veces icónica otras significativas concepciones filosóficas y políticas de su época. Como habrá ocasión de comprobar, esto es particularmente cierto de distintos puntos de su tratamiento de la noción de “interés”.

### II.1.1. La teoría psicológica de la acción: el interés como explicación causal de la acción

En este párrafo afronto, primero, algunos de los rasgos más notables de teoría benthamiana de la acción –teoría conformada fundamentalmente por lo que Bentham llamaba “psychological dynamics” y que aquí será denominada, por comodidad, “teoría psicológica de la acción”– para, seguidamente, examinar el campo de la política del derecho, el fin y los medios que debe implementar el legislador utilitarista –objeto de estudio que puede conocerse, al menos desde *Theory of Legislation* (Bentham, 1871), bajo la expresión genérica de “teoría de la legislación”. Como resultará manifiesto en las próximas páginas, la teoría psicológica de la acción benthamiana brinda los principales presupuestos de su teoría de la legislación, o, dicho de otro modo, su propuesta ético-política se sustenta en una peculiar antropología. La problemática aquí encarada puede formularse en los siguientes términos: habida cuenta de que, *de facto*, cada individuo persigue siempre su autointerés y dado que lo que es correcto para el individuo no es necesariamente correcto para la comunidad ¿cómo puede lograrse que los efectos de sus acciones coincidan (*i. e.*, se amolden o no interfieran) con el fin que el legislador utilitarista *debe* actuar, esto es, la realización del interés general? (*cf.* Schofield, 2009: 23-24, *cf.* Ayer, 1948: 249). Qué deba entenderse por “autointerés” o por “interés general” es algo que será visto en las páginas siguientes, al tiempo que se aborda por qué es significativa la continuidad terminológica de la expresión “interés”; en cambio, lo que conviene poner de manifiesto desde ahora es la distinción entre un enfoque descriptivo –empleado por Bentham para ocuparse de la psicología– y un enfoque normativo –manejado por Bentham en los argumentos de la teoría de la legislación examinados en las próximas páginas.

En virtud de la doctrina que puede denominarse “hedonismo psicológico”, Bentham defiende que las acciones de los seres humanos (y, en general, de las criaturas sintientes)<sup>11</sup> están motivadas por la perspectiva de obtener algún placer o de evitar algún dolor. En efecto, el principio de utilidad –que, como es sabido, es, en su sentido censorio la base del utilitarismo ético benthamiano– defiende, en su sentido descriptivo o “expositivo”, que la conducta humana es una conducta guiada hacia la maximización del placer y la minimización del dolor (*vid.* Moreso, 1992: 288). Igualmente, se puede emplear como un cuasisinónimo de la expresión “placer” el vocablo “interés”, pues se dice que algo es de interés para un individuo toda vez que este prevé obtener placer de la ejecución de la acción o de la realización del estado de cosas en que consiste ese algo (*vid.* Bentham, 1982: 12; *vid.* Schofield, 2009: 46). En concreto, Bentham afirma que “a thing is said to promote the interest, or to be for the interest, of an individual, when it tends to add to the sum total of his pleasures: or, what comes to the same thing, to diminish the sum total of his pains” (Bentham, 1982: 12). En otro pasaje, Bentham determina el tenor de

---

<sup>11</sup> La nocicepción es vista, por el propio Bentham, como sustrato de intereses, así como la sintiencia es vista como potencial fundamento de derechos.

la expresión “interés” de un modo que evoca el método de la paráfrasis: “to understand what interest means, we must look to motives: to understand what motive means, we must look to pain and pleasure, to fear and hope; fear, the expectation of pain or of loss of pleasure –hope, the expectation of pleasure or of exemption from pain” (Bentham, 1843, t. 7: 393).<sup>12</sup> A fin de cuentas, “interés” es el nombre de una entidad ficticia y debe ser explicado recurriendo al nombre (y a la noción de) “placer”.<sup>13</sup> Por último, puede constatarse que la noción de “interés” es semánticamente cercana a la de “utilidad”.<sup>14</sup>

Tal vez pueda sostenerse que la distinción entre “interés” y “motivo” estriba en que el segundo es la forma en que el primero se concreta en la acción, operando sobre la voluntad (*vid.* Kelly, 1990: 31, *vid.* Bentham, 1843, t. 1: 208, 212), o bien, que los intereses se refieren a objetos más abstractos que los motivos (*vid.* Bentham, 1843, t. 6: 257-258). En el citado pasaje, Bentham concluye que “action without motive, without interest, is an effect without a cause” (Bentham, 1843, t. 6: 257-258). ¿En qué sentido? Decir que “toda acción es interesada” es tanto como formular dos tesis conjuntamente: [1] que toda acción responde a un motivo,<sup>15</sup> una afirmación que resulta trivial, fruto de la observación empírica e indudablemente verdadera para Bentham (Bentham, 2010: 93), y [2] que ese motivo consiste en la expectativa de algún bien (*i. e.*, en la obtención de placer o la evitación de dolor).<sup>16</sup> La acepción de “interés” que aquí utiliza Bentham es deliberadamente amplia, dependiente de toda clase de motivos, no solo egoístas o centrados en uno mismo (*self-regarding interests*), sino también altruistas (*extra-regarding interests*).<sup>17</sup> El agente puede sentir placer o dolor por (tener interés en) el bienestar o

---

<sup>12</sup> En muchos casos, el léxico de Bentham se presta poco a la traducción: numerosos pasajes suponen definiciones estipulativas e incluyen grandes dosis de lenguaje figurado, con una marcada intención poética. Asimismo, conservar las citas en original permite al lector evaluar mejor la plausibilidad de las interpretaciones que aquí planteo. Es por ello por lo que he preferido, en este capítulo, conservar las citas en inglés, aunque presento las denominaciones de las categorías teóricas fundamentales tanto en original como en traducción propia. Se conserva también, en las citas provenientes de la edición de Bowring (Bentham, 1843), el singular uso de los guiones – que cumplen varias funciones habitualmente asignadas a los dos puntos–; por el contrario, se prescinde de la cursiva del original.

<sup>13</sup> “Interés” designa una entidad ficticia (Bentham, 1982: 12), lo que implica que tal nombre puede ser usado en el discurso para posibilitar la comunicación, pero con la salvedad de que sea “traducible” en términos de otras entidades, de entidades reales. La herramienta principal que Bentham propone para llevar a cabo semejante traducción es, precisamente, el método de la paráfrasis (II§2.1).

<sup>14</sup> Bentham define “utilidad” como “that property in any object, whereby it tends to produce benefit, advantage, pleasure, good or happiness (all this in the present case comes to the same thing)” (Bentham, 1982: 12). El tenor de esta definición es muy afín a la definición que en la misma página da de la expresión “interés”.

<sup>15</sup> Es decir, con un léxico más preciso, que “todas las acciones positivas poseen intencionalidad” (González Lagier, 2001: 158). Bentham excluye explícitamente de su análisis las acciones no intencionales.

<sup>16</sup> Esto es, la intención indicada en [1] consiste en el deseo de obtener placer o de evitar dolor. La conjunción de [1] y [2] es una formulación alternativa del principio de utilidad en su sentido descriptivo, equivalente a este salvo por la ausencia de alusión explícita a la maximización.

<sup>17</sup> La acepción amplia es, según Bentham, “the original and only strictly proper sense” del término (Bentham, 1843, t. 1: 212). Bentham quiere, fundamentalmente, evitar que por

malestar ajeno, de tal suerte que Bentham dictamina –de forma solo en apariencia paradójica– que “the most disinterested of men is not less under the dominion of interest than the most interested” (Bentham, 1843, t. 1: 212; *vid.* Bentham, 1982: 49). El “dominio del interés” engloba pues también el desinterés (*i. e.*, el interés altruista): Tal vez pueda caracterizarse el hedonismo psicológico benthamiano como una clase de egoísmo psicológico en la medida en que considera que, pese a que puedan realizarse acciones altruistas, lo que motiva al agente a realizarlas es, al menos en último término, su autointerés, un placer que él –y ningún otro sujeto– experimenta.<sup>18</sup> “Placer”, además, deja de significar un tipo de percepción sensible para referirse a cualquier clase de estado mental de satisfacción (*vid.* Harrison, 1983: 151).<sup>19</sup> Si las cosas están así, no resultaría descabellado considerar el diagnóstico de Bentham en términos de “autointerés” infalible –y, de hecho, infalsificable–, bien que escasamente informativo. No puede ser falsado por un pretendido altruismo genuino, pero, de ser así, podría reprocharse a semejante modelo que ignora cuestiones y distinciones conceptuales fundamentales, como la posibilidad de que el agente se sacrifique o la diferencia entre egoísmo y altruismo. En todo caso, ha sido frecuente adentrarse en esta línea de análisis y aún entender las proposiciones benthamianas como tautológicas, con el propósito radical de minimizar aún más o de cancelar el componente hedonista, ignorando totalmente la antes mencionada tesis [2] para centrarse en la más plausible tesis [1].<sup>20</sup> Asimismo, resulta que los intérpretes de Bentham, además de centrarse exclusivamente en [1], cambian su estatus de proposición sintética en analítica –condición necesaria, en opinión de ciertos autores, para poder considerar tautológica cualquier proposición (*contra*, Quine, 1976: 41-55). Se ha concluido (*vid.* Ayer, 1948: 255-257) que si Bentham pretende afirmar que los sujetos actuamos siempre movidos por la felicidad individual, tal afirmación se encuentra entre la espada de la falsedad, si es interpretada como una proposición empírica –básicamente, porque no es cierto que siempre actuemos maximizando nuestro placer o, por lo menos, persiguiendo nuestra felicidad– y la pared de la tautología, necesariamente verdadera (si es interpretada como una proposición analítica). En efecto, con cierta frecuencia se ha

---

“interés” se entienda únicamente “interés egoísta” o “interés económico” –una clase de intereses egoístas. En efecto, si por “interés” se entendiera únicamente “interés egoísta” la afirmación sería indudablemente falsa (Bentham, 1970: 70).

<sup>18</sup> Ahora y en lo sucesivo, entiendo por “autointerés” no solo “interés egoísta” sino todo interés que tiene el agente cuya deliberación tomamos en cuenta en cada caso. No me detengo ahora en los problemas de si visiones como el hedonismo psicológico benthamiano constituyen ejemplos de egoísmo psicológico o de si la noción de “autointerés” (o “interés”) es escasamente explicativa y engloba otras nociones que no debería englobar –no permitiendo, por ejemplo, distinguir entre egoísmo y altruismo. Estos problemas serán examinados en detalle en IX.

<sup>19</sup> Con ello, desoye Bentham, entre otras cosas, que “no resulta fácil asociar a algunas emociones sensaciones de placer o dolor” (González Lagier, 2009: 31).

<sup>20</sup> Hay pasajes en que Bentham presenta lecturas afines, enfocadas exclusivamente en [a] el elemento intencional, obviando que [b] tal intención consiste en un deseo y [c] que el objeto de ese deseo es el incremento del placer. Un ejemplo notable en que Bentham se refiere a [a], donde enuncia como “a trite and idle observation” y “nugatory” el principio de que “no man acts without a motive: no man acts against a preponderant mass of motives” se encuentra en Bentham, 2010: 93.

entendido, a partir de Ayer, que la variante descriptiva o expositiva del principio de utilidad debía decantarse por el cuerno tautológico del dilema, debiendo ser interpretada como una proposición analítica de carácter tautológico del siguiente tenor: “Si nuestra medida de lo que una persona quiere es lo que hace, entonces en este sentido estamos diciendo que todos los hombres hacen lo que hacen” (*vid.* Moreso, 1992: 289). Las evidencias textuales empleadas por los intérpretes de Bentham en favor de la solución tautológica no parecen en absoluto concluyentes de que Bentham suscribiera una solución semejante. En primer lugar, en una perspectiva estrictamente textual, porque tales pasajes están formulados como una discusión de problemas relativamente acotados y accesorios respecto del principio de utilidad –se trata de decisiones teóricas relativas a la denotación del término “interés” (*vid.* Bentham, 1843, t. 9: 46)– y porque si en ellos se centra Bentham en [1], dejando de lado [2] es poco más que una cuestión de énfasis retórico –dado que [1] es una premisa más evidente que [2], más fácilmente susceptible de ser concedida–, no porque pretenda prescindir de [2] en una reformulación del principio de utilidad en su sentido descriptivo. En segundo lugar, en lo que hace a la teoría, el principio de utilidad en su sentido descriptivo es concebido como una proposición sintética, fruto de la evidencia. El autor utilitarista no parece advertir la posibilidad de entender el principio de utilidad en su sentido descriptivo como una proposición analítica y, de haberlo sido, es muy discutible que la hubiera abrazado (*contra*, Harrison, 1983: 143-144), pues ello hubiera supuesto el abandono del elemento hedonista –reflejo de creencias perceptivas que dan cuenta de datos de la experiencia– como fundamento empírico de sus teorías psicológica y legislativa.

El interés es la pieza clave de la explicación causal pues anuda la percepción sensible (de placer o dolor) con el proceso de formación de los fenómenos mentales (fundamentalmente, creencias y deseos) que dan lugar a la acción. El interés –en cuanto búsqueda de aquello que da placer– determina el razonamiento práctico al incidir tanto en las llamadas, con terminología actual, “razones operativas” como en las “razones auxiliares” (*cf.* Raz, 1975: 33-35).<sup>21</sup> Siguiendo un modelo de racionalidad práctica que ha dado en denominarse “humeano” (*vid.* Bratman, 1994: 376; *cf.* Davidson, 1980), Bentham considera que la acción intencional es el resultado de estados intencionales de dos tipos: deseos, intenciones, etc. –que conforman lo que Bentham llama facultad activa o apetitiva– y creencias, opiniones –la facultad pasiva o perceptiva (*vid.* Moreso, 1992: 54; *vid.* Bentham, 1843, t. 8: 224). El interés incide en ambas facultades pues es “fuente de todo pensamiento y la causa de toda acción” (Bentham, 1997: 98). De este modo, los individuos siempre calculan –con mayor o menor precisión– (Bentham, 1982: 173-174) respecto de sus intereses, decantándose *de hecho* por el curso de acción cuyas consecuencias comportan una ratio mayor de placer (consecuencialismo hedonista).

En lo que atañe a la utilidad de un objeto, tal utilidad se encuentra definida en términos hedonistas, en términos del placer que es susceptible de producir en el individuo.

---

<sup>21</sup> Con esta presentación pretendo poner de manifiesto que Bentham atribuye valor normativo (tiene un sentido censorio) y no solo explicativo (un sentido expositivo) a su comprensión del razonamiento práctico.

Esto quiere decir que lo determinante para poder considerar algo como útil es la experiencia del sujeto (es en virtud de ciertos estados mentales que se puede determinar si algo es útil) y que dicha experiencia puede cambiar de un sujeto a otro, en virtud de lo que Bentham denomina “sensibilidad”. Es cierto que la utilidad puede predicarse del objeto en la medida en que esta depende de alguna propiedad que el objeto reúne (Bentham se refiere reiteradamente a la *tendencia* del objeto a aumentar la suma de los placeres o disminuir la suma de los dolores, p. e., *vid.* Bentham, 1982: 12-13), pero para que tenga algún sentido predicar tal utilidad tiene que haber un sujeto que la pruebe. Como señala Kahneman, Bentham maneja una concepción de utilidad muy cercana a la que denomina “utilidad experimentada”; la utilidad experimentada de un resultado es definida como la medida de la experiencia hedónica de dicho resultado (Kahneman, 1994: 21). Así las cosas, es previsible que se produzcan varios hiatos entre la utilidad prevista (la aptitud de un objeto para producir placer, la “tendencia” a la que con frecuencia alude Bentham) y la utilidad efectivamente experimentada. Tales hiatos son potencialmente problemáticos por una serie de razones, pero aquí solo puedo constatar que la falta de distinción entre utilidad prevista y utilidad experimentada reproduce un desajuste que acucia al consecuencialismo benthamiano, en concreto, a su teoría de la causalidad.<sup>22</sup> Puede decirse, con cierta rapidez, que Bentham concibe el beneficio como propiedad disposicional. En todo caso, la utilidad de un objeto está en función de los efectos (principales) que uno se prefigura que este produzca; lo que entra en el cálculo del agente o del legislador es esta expectativa, bien que es la utilidad efectivamente experimentada la que permite definir un objeto, una acción o un estado de cosas como valioso.<sup>23</sup>

### **II.1.1.1. “Interés” como noción conectiva de las teorías psicológica y legislativa**

Antes de pasar a encarar la teoría de la legislación, conviene dedicar algunas palabras al insistente empleo por parte de Bentham del término “interés” –un empleo que recalco en la reconstrucción que realizo en estas páginas–, de modo tal que permita poner de manifiesto la conexión entre “ética privada” y “arte de la legislación”, la conexión entre distintos sectores del ordenamiento y esbozar de forma básica una cierta comprensión de lo que se puede denominar “conceptos conectivos” –una idea que será caracterizada con mayor profundidad en las próximas páginas. Si bien es cierto que muchos de los enunciados formulados en términos de “intereses” son equivalentes a aquellos formulados en términos de “placeres” –de hecho, “interesting perceptions” es una expresión

---

<sup>22</sup> Encaro algunas cuestiones relacionadas con la falta de coincidencia entre utilidad prevista y utilidad experimentada, como, por ejemplo, la modificación de preferencias a lo largo del tiempo, en IX.

<sup>23</sup> En fin, la calificación general como “beneficiosa” de una acción (o de un estado de cosas o de un objeto) descansa en un juicio prospectivo respecto de sus efectos: es beneficiosa (útil, ventajosa) aquella acción que es más idónea para producir placer que dolor (Bentham, 1977: 67).

“general” que denota placeres y dolores (Bentham, 1982: 42)—, expresarse en términos de intereses tiene, a ojos de Bentham, una serie de méritos comparativos. Por una parte, el término “interés” evocaría, sin los forzamientos del término “placer”, la tarea legislativa de reparto de utilidades, siendo, además, los intereses más susceptibles de ser conmensurados y comparados que los placeres y, al igual que los motivos, expresan que los placeres suponen razones para la acción. De ahí que la pormenorizada clasificación que brinda Bentham en “The table of springs of action” emplee como principal variable los intereses, por cuanto dicha tabla está fundamentalmente dirigida al legislador utilitarista. No solo eso; el interés es una suerte de “puente” que recorre y ensambla la psicología expositiva benthamiana con su teoría censoria legislativa. No es descabellado pensar que el reparto —consistente en múltiples operaciones de cálculo, provisión, redistribución— de placeres y dolores es más eficazmente realizado si lo formula en términos de “intereses” por remitir a la psicología hedonista pero de una forma menos connotada que la noción de “placer” y por remitir al cálculo utilitarista de una forma menos circunscrita que la noción de “utilidad” (*cf.* Bentham, 1982: 11; *cf.* Schofield, 2009: 50).<sup>24</sup> Estas consideraciones son parcialmente extensibles al término “beneficio” (*cf.* Bentham, 1977: 444; *cf.* Bentham, 1982: 166). En todo caso, es conveniente indicar —y es importante tener esta indicación en mente en el resto del capítulo— que “placer”, “interés”, “utilidad” y “beneficio” ocupan los mismos campos semánticos y son empleados con frecuencia como cuasisinónimos.<sup>25</sup> La continuidad terminológica consiente una continuidad de análisis entre las distintas esferas en que Bentham quiere detener su atención, en el discurso teórico y en el práctico. Esto también parece cierto para el “natural arrangement” del saber jurídico, pues, en el marco de un tratamiento “panóptico” del saber (*vid.* Tusseau, 2004: 28–29), emplear una serie restringida de conceptos de gran vaguedad intensional permite a Bentham aplicar su análisis calculatorio a un amplio espectro de asuntos económicos, sociales y políticos (*vid.* Draper, 2009: 2–3). Las decisiones de Bentham son en muchos sentidos innovadoras y rupturistas, en lo que hace a su conciencia metodológica y teórica respecto del empleo de los conceptos. Sin embargo, en otros aspectos, la teoría y el análisis benthamianos se inscriben en una tradición de la filosofía política, cuyo arraigo, ya solo en Inglaterra, era plurisecular.<sup>26</sup> Los tratadistas cuyas obras conforman esa tradición se sirven de la noción de “interés” para

---

<sup>24</sup> Otro análisis acerca de la idoneidad de la noción de “interés” para expresar la utilidad en las obras tardías de Bentham puede encontrarse en Postema, 2006a: 37–38.

<sup>25</sup> Hay que advertir, en cualquier caso, que “placer” denota una entidad real, mientras todos los demás son nombres de entidades ficticias.

<sup>26</sup> Seguramente el inicio de la discusión política en Inglaterra en torno al “interés” data de la recepción de *De l'intérêt des princes et des états de la Chretienté*, de 1638, de Rohan y de los escritos periodísticos y panfletos de Marchamont Needham, especialmente, *Interest will not lie*, de 1659. En verdad, la atribución de un papel explicativo a la noción de “interés” y la discusión del interés público solo comienzan con la guerra civil y con la Commonwealth (*vid.* Gunn, 1968a: 551); solo entonces, cuando la situación política es crítica, los teóricos políticos británicos vencen su refractariedad de índole moral a los conceptos, de matriz maquiaveliana, de “razón de estado” e “interés” y empiezan a decantarse por variantes tímidas de realismo político (*cf.* Raab, 1964).

referirse tanto a cuestiones de lo que podríamos llamar con rótulos modernos “teoría de la acción y de la mente” (por ejemplo, ya Guicciardini señala los “*interessi particolari*” como las únicas razones que motivan a actuar), como a los bienes que deben tutelarse en una comunidad política (Adam Smith). En concreto, la construcción censoria y la antropología descriptiva benthamianas, una trasposición del newtonianismo al análisis y a la guía de la conducta humana –conducta concebida fundamentalmente en términos de relaciones causales–, tienen como declarado antecedente el pensamiento de Helvétius, para quien “del mismo modo en que el universo físico está sujeto a las leyes del movimiento, el universo moral lo está a las del interés” (Helvétius, 1810: 42).

En pocas palabras, son el placer y el dolor, en cuanto base de la percepción y la experiencia, la llave maestra de la investigación teórica acerca de los seres humanos, concebidos por Bentham como un objeto natural, que puede y debe analizarse únicamente sobre firmes bases empíricas (*vid.* Berlin, 2002: 220; *vid.* Bentham, 1843, t. 3: 224). El placer y el dolor proporcionan la clave de la explicación causal de la acción, así como una buena parte –junto con los objetos físicos– de la referencia de la semántica, además de criterios epistemológicos (II§2.1), y, especialmente, el propósito y los instrumentos de que debe servirse la teoría legislativa.

### **II.1.2. La teoría de la legislación: del interés particular al interés público**

Una distinción primordial en el acercamiento benthamiano al estudio del saber jurídico que, aunque es sobradamente conocida, conviene introducir, la distinción entre un enfoque descriptivo (la “jurisprudencia expositiva” o “*expositive jurisprudence*”, en palabras de Bentham) y un enfoque normativo (la “jurisprudencia censoria” o “*censorial jurisprudence*”).<sup>27</sup>

Con las tesis que acabo de examinar como presupuestos empíricos –o, lo que es lo mismo, con la teoría psicológica de la acción como teoría descriptiva al servicio de la jurisprudencia censoria–, Bentham enuncia su teoría jurídica y política, acometiendo una tarea principalmente censoria. Como he dicho, el problema crucial que el legislador utilitarista –el principal punto de vista asumido por la propuesta ético-política benthamiana– debe afrontar estriba en la manera de actuar el interés general (*i. e.*, el bienestar del mayor número), habida cuenta de que cada individuo busca su autointerés,

---

<sup>27</sup> “A book of jurisprudence can have but one or the other of two objects: 1. to ascertain what the law is; 2. to ascertain what it ought to be. In the former case it may be styled a book of expository jurisprudence; in the latter, a book of censorial jurisprudence” (Bentham, 1982: 293–294). La distinción entre jurisprudencia expositiva y censoria se sustenta en la tesis empírica de la concordancia contingente entre derecho y moral (el derecho como es puede corresponderse o no con el derecho como debe ser) y la tesis epistemológica de la neutralidad moral de los conceptos teórico-jurídicos (Chiassoni, 2016a: 25–26). Así, es razonable situar en la distinción benthamiana el comienzo del debate acerca de la neutralidad de la ley (*vid.* Guastini, 2013a: 147)



siendo que el autointerés puede coincidir o no con el interés general.<sup>28</sup>

En verdad, es conveniente precisar en qué sentidos concibe Bentham la ética privada como el presupuesto de la ciencia de la legislación, pues establece múltiples puntos de conexión entre una y otra. En primer lugar, se trataría de un *analogon* empírico: si en virtud de la primera disciplina el individuo aprende cómo debe (en sentido técnico) dirigir su conducta, en virtud de la segunda, el legislador aprende cómo debe (en sentido técnico y normativo) dirigir la conducta de los ciudadanos.<sup>29</sup> Este *analogon* entre autointerés e interés general se plasma asimismo en la distinción entre sentido descriptivo y sentido normativo del principio de utilidad. En segundo lugar, en la práctica, el legislador utilitarista tiene que valerse de la ética privada como medio para realizar su labor; como, con cierto énfasis retórico, afirmó Bentham: “the proper and only useful business of Morality and Legislation is to establish and illustrate this connection between private and public interest” (Bentham *in* Steintrager, 1977: 39).

### II.1.2.1. Asunción inicial: el principio de autopreferencia

El punto de partida de la ciencia de la legislación ha de ser el interés egoísta o “interno” (*self-regarding interests*). A pesar de que, como acabo de mostrar, la psicología descriptiva benthamiana establece que los individuos persiguen su autointerés y este viene dado tanto por intereses egoístas como por intereses altruistas, la teoría legislativa descansa en una asunción distinta, el principio de autopreferencia (*self-preference principle*). La argumentación en torno al principio de autopreferencia puede ser reconstruida del siguiente modo: dado que [1] cuando un individuo actúa, lo más habitual es que el interés particular prevalezca sobre los intereses sociales (Bentham, 1843, t. 2: 482; *vid.* Strowel, 1990: 42-44) [2] el individuo medio perseguirá su propio interés (Bentham, 1843, t. 4: 495), lo que hace razonable [3] asumir que los individuos persiguen únicamente intereses egoístas (*self-regarding interests*). Bentham reconoce que [2] es una generalización empírica –derrotable por escasas excepciones heroicas (*cf.* Bentham, 1982: 155)– pero nos permite defender [3], que es asumida tácticamente a razón de su mayor rendimiento explicativo: esgrimir una concepción egoísta del individuo ofrece –por ser prudente teóricamente y exigente en la práctica– sólidos fundamentos para el diseño de instituciones (*vid.* Bentham, 1983b: 119; *vid.* Bentham, 1834: 19; *vid.* Hume, 1985: 42-43).

---

<sup>28</sup> Esto es, Bentham no suscribe en bloque una tesis de la armonía natural de los intereses, como hacían Shaftesbury o Adam Smith.

<sup>29</sup> Esta consideración y su articulación son sumamente reveladoras del modo en que Bentham concibe y presenta su propuesta, con la convicción de que la manera idónea de promover una propuesta ético-política es plantearla como una consecución análoga y armoniosa de lo que de hecho los individuos (los individuos que no incurren en error epistémico) ya hacen. No se trata solo de que la moral no reclame de los sujetos acciones que contrarían sus intereses (*Deontology*), sino que el lenguaje de la moral y sus preceptos deben encontrar acomodo en un lenguaje y unos usos preexistentes, que aquellos reformulan parcialmente.

Hablar de “interés egoísta” no nos dice, por sí solo, nada acerca de su coincidencia o discordancia con el interés general.<sup>30</sup> En efecto, los intereses individuales, ya sean egoístas o altruistas, pueden dividirse en dos clases en función de su correspondencia o discordancia con el principio de utilidad: los intereses divergentes respecto del interés general –denominados “sinister interests” o “intereses siniestros”– y los intereses coincidentes con el interés general –conocidos bajo el nombre menos habitual de “dexter interests” o “intereses diestros”.<sup>31</sup> Calificar un cierto interés como “siniestro” o “diestro” es algo que tiene sentido solo una vez que se ha llevado a cabo el cálculo utilitarista de intereses. Además, se trata de una definición eminentemente formal: es la relación de contradicción entre un cierto interés y el interés general el que hace que el primero sea calificado de “siniestro”. Así, no se puede decir que haya ciertos intereses que comportan inevitablemente resultados nocivos ni mucho menos que haya intereses perniciosos en sí mismos (*i. e.*, al margen de los resultados a los que pueden dar lugar). Antes bien, un interés es siniestro si y solo si el aumento del (auto)interés comporta necesariamente un perjuicio del interés general (*vid.* Bentham, 1989: 192; *cf.* Bentham, 1843, t.7: 393–394). Lo intolerable para Bentham es anteponer el interés particular al general y que se lleve a cabo un “sacrificio siniestro”, *i. e.*, que se adopte una decisión contradictoria con la utilidad general. Pero ello no significa que los intereses que fuerzan a ese sacrificio presenten alguna propiedad que los hace siniestros, antes de su comparación en el cálculo hedonista. Lo que sí puede afirmarse es que el interés siniestro presenta una suerte de “pertinacia”; una vez que el individuo en cuestión se ha persuadido de que ha de realizar el interés propio aunque ello redunde en detrimento del general, el interés siniestro incide en las facultades perceptiva y apetitiva, condicionando capilarmente el proceso de formación de creencias.<sup>32</sup> Asimismo, los intereses siniestros determinan la representación y formación del lenguaje y, a su vez, son determinados por el lenguaje, de tal forma que la guerra de los intereses es también una “guerra de las palabras” (II§2.1; *cf.* Laval, 2006: 302). Los efectos públicos de los intereses siniestros de quienes detentan el poder son especialmente perniciosos: en los gobernantes, conducen a generar arbitrariedad y opresión (*vid.* Bentham, 1989: 126–127), en los abogados, que alientan la inseguridad

---

<sup>30</sup> No nos dice nada, naturalmente, si lo tomamos como mera asunción, como hace [3]. Pero tampoco nos dice nada como afirmación empírica: como veremos, es erróneo o, al menos, sumamente parcial, concebir el problema y su solución como una suerte de conversión de los intereses egoístas en intereses altruistas (*contra*, Rosen, 1983: 209, que pretende que Bentham sugiere semejante conversión).

<sup>31</sup> Bentham forja esta contraposición terminológica a partir de los intereses siniestros, valiéndose de la ambigüedad del propio vocablo “siniestro”. En efecto, “sinister” y “dexter” son términos usuales del léxico heráldico, referidos a la ubicación del elemento heráldico que se toma en cuenta a la izquierda o a la derecha del escudo, lo que permite a Bentham el juego de palabras (*vid.* Bentham, 1843, t. 6: 258).

<sup>32</sup> Son muy numerosos los pasajes en que Bentham analiza la incidencia de los intereses siniestros en la percepción y en el razonamiento. Algunas afirmaciones son especialmente elocuentes: “interest smooths the road to Faith” (Bentham, 1977: 442); “when interest closes the eyes, the whole force of reason cannot open them” (Bentham, 1843, t. 11: 73). El análisis de Bentham se inscribe en la larga tradición que emplea el término “interés” como una noción crítica en epistemología.

jurídica y el desconocimiento del derecho (*vid.* Bentham, 2015: 146-152; *cf.* Harrison, 1983: 33-35). El gremio de los juristas –y especialmente los jueces, “Judge and Co.” (Bentham, 1821: 65)– se esmera, entre otras cosas, en engendrar ficciones judiciales.<sup>33</sup> El origen de buena parte de la mistificación lingüística que Bentham combate radica en los intereses siniestros.

### II.1.2.2. Fin de la teoría legislativa: la implementación del principio de utilidad

El objetivo del gobierno es “la promoción del interés general” (Bentham, 1843, t. 3: 452).<sup>34</sup> En virtud del individualismo metodológico benthamiano, el “interés general” denota el interés agregado de los miembros de determinada comunidad.<sup>35</sup> El “genuino fin de la legislación” (Bentham, 1843, t. 6: 6), según preconiza Bentham, consiste en el balance positivo de utilidad con relación a todas las conductas reguladas (según el principio de utilidad en su sentido normativo); asimismo, el principio de utilidad conforma también la fuente de criterios metodológicos para lograrlo.<sup>36</sup> El principio de utilidad, en su sentido normativo, sostiene que el valor moral de una acción es positivo si la cantidad total de placer que causa a todas las personas afectadas de algún modo por ella supera a la cantidad total de dolor (*vid.* Ayer, 1948: 249; *vid.* Bentham, 1982: 12-13).

Bentham *postula* que placer y dolor son la medida de lo justo y de lo injusto y el único modo de atribuir significado al discurso moral (1982: 100).<sup>37</sup> Con ello, defiende una teoría monista del valor, en virtud de la cual el único bien intrínseco es el placer, el único criterio de corrección es el principio de utilidad.<sup>38</sup>

---

<sup>33</sup> Las ficciones judiciales son fruto de la actividad nomopoiética de los jueces, y reciben un tratamiento singularizado por parte de Bentham (para un análisis de los elementos teórico-jurídicos más relevantes *vid.* Chiassoni, 2001: 73, 86-87).

<sup>34</sup> Las designaciones “interés común”, “interés general”, “interés universal”, “interés público” son usadas de forma prácticamente indistinta por Bentham (*cf.* De Champs, 2008: 340; *cf.* Gunn, 1968b).

<sup>35</sup> Por metonimia, Bentham alude a veces con “interés general” a la aplicación del principio de utilidad a los miembros de determinada comunidad. El individualismo metodológico benthamiano responde a su ontología: la comunidad es una entidad ficticia que no consiste en nada más que la suma de los individuos que la componen (*vid.* Bentham, 1982: 12). La presentación que ahora planteo no prejuzga cómo han de repartirse las utilidades (II§1.2.3).

<sup>36</sup> Conviene notar, de pasada, que la visión benthamiana que ve los intereses como balances de bienes y males que se zanján con ratios positivas supone una culminación de la concepción madurada al inicio de la Edad Moderna que definía “interés” como un balance de pasiones, que debía zanjarse con la prevalencia de la pasión menos dañina.

<sup>37</sup> Aunque la defensa de Bentham acerca de los méritos explicativos de su identificación pueda dar a entender otra cosa (*cf.* Kelly, 1990: 48-49), es manifiesto que se trata de un axioma (*vid.* Bentham, 1982: 13).

<sup>38</sup> Precisamente, al enunciar esta identificación como axioma, resulta erróneo afirmar (como hizo Moore, [1903] 1962: 18-19) que Bentham incurre en una falacia naturalista que confunde valores y hechos, bondad y felicidad (*cf.* Moreso, 1992: 279-280). Otra cosa es que se aleguen razones

El principio de utilidad o *greatest happiness principle* constituye una “guía práctica para la acción”, el principio de utilidad sería fundamentalmente una recomendación, una comendación persuasiva a usar las palabras de un cierto modo, y a través de este uso, comportarse como Bentham pretende (*vid.* Ayer, 1948: 254-255, 258).

Pero ¿Cómo se logra el “genuino fin de la legislación” (Bentham, 1843, t. 6: 6) de maximizar el placer del mayor número (interés público) si asumimos que los individuos persiguen exclusivamente intereses egoístas?

### II.1.2.3. Medios: concordancia entre autointerés e interés general

Como se ha dicho, el individuo solo puede perseguir su autointerés, salvo que incurra en error epistémico o que se adhiera al principio del ascetismo.<sup>39</sup> No es en absoluto infrecuente que un individuo persiga su autointerés y que este coincida con el interés general (*cf.* Gunn, 1968b: 400; *cf.* Schoeman, 1993: 742). Pero en el caso de que esto no ocurra el legislador está llamado a intervenir (“agenda”). Dos son los supuestos y, aunque superpuestas, las modalidades de intervención:

En el caso en que un individuo incurra en error epistémico, no esté ilustrado acerca de su verdadero interés, se trata de mostrarle que cierta acción o estado de cosas –que, además, coincide con el interés general– es en su interés, persuadiéndole de ello. Acaso se pueda decir que el error del individuo consiste únicamente en un desconocimiento o confusión de índole prudencial o técnica –Bentham parece, en la dimensión individual, incapaz de distinguir entre conveniencia y moralidad (*vid.* Ayer, 1948). Aunque el individuo no es el único que conoce sus intereses, pues de lo contrario la legislación no podría incidir sobre ellos, es, desde luego, el mejor juez de sus intereses (*cf.* Bentham, 1954: 333; *cf.* Bentham, 1834: 79; *cf.* Tarantino, 2018: 127). Esta regla, de carácter primordialmente epistémico, tiene dos excepciones manifiestas: los incapaces y los casos de error epistémico. En lo que atañe a los incapaces, se sostiene que solo ante una notable carencia de conocimiento o de comprensión puede ser ventajoso para alguien estar bajo el poder de otro, que determine cuál es su interés; tal es el caso de los niños y de los locos (Schoeman, 1993: 742).<sup>40</sup> En los casos más sutiles de ignorancia de los individuos adultos respecto de sus genuinos intereses (*cf.* Bentham, 1843, t. 2: 477-478), el legislador debe conocer tanto sus intereses aparentes para actuar sobre ellos como sus intereses reales, para que oriente sus acciones hacia ellos (Harrison, 1983: 162).<sup>41</sup> También en los casos –que,

---

para poner en entredicho que la de este axioma es una verdad autoevidente, como pretenden los presupuestos empíricos (II§1.1) y como sugiere la argumentación censoria benthamiana, en que la dimensión retórica cobra especial importancia (II§1.2).

<sup>39</sup> Que la mayoría de individuos se vea constreñida a perseguir su autointerés ha llevado a sostener que la teoría de la intención benthamiana es determinista.

<sup>40</sup> El antipaternalismo como regla general y la excepción de los individuos considerados incapaces son reconocidos por MacCormick y articulados por él con cierta sofisticación (V).

<sup>41</sup> Por añadidura, el interés de un sujeto “is either the interest of the moment or the interest of the sum of life” (Bentham *in* Postema, 2006b: 116). Con frecuencia, al hablar del bienestar, de

a decir verdad, son susceptibles de ser cualitativamente distintos de la mera ignorancia—en que los individuos estén en “quarrel with their own interest” es tarea del legislador instruirlos sobre ese punto (*vid.* Bentham, 1982: 183–184). De esta suerte, en estos casos en que los intereses aún no se han formado, la ingeniería social —el legislador, pero también el moralista, el educador y los dispositivos institucionales (Laval, 2006: 303)— dispone fundamentalmente de la legislación indirecta. Se trata de un sistema sutil que incide en la formación misma de los intereses —p. e., la prevención de delitos a través de la educación.

Pero también puede ocurrir que un individuo no incurra en error epistémico sino que, sencillamente, albergue un interés que no coincide con el interés público.

También ocurre que el autointerés del gobernante no se ajusta a veces al interés general, de los súbditos, con la gravedad que supone que quienes ejercen el poder, debiendo aplicar el principio de utilidad, lo inapliquen en beneficio propio (*vid.* Bentham, 1843, t. 2: 475); también en su caso habrá que propiciar una armonía artificial de intereses. El modo de llevarlo a cabo es fomentando la “aptitude” de los funcionarios o actuando una serie de mecanismos político-institucionales que previenen o permiten reprimir la consecución de intereses siniestros por parte de los gobernantes (*vid.* Schofield, 1996: 223, 225–227, 230).<sup>42</sup> En suma, se trata, también en el caso de los gobernantes, de que se sientan concernidos por el bien público (*vid.* Bentham, t. 2: 475), o bien, acaso más habitualmente, de que la consecución del bien público por parte del funcionario redunde en beneficio de este (*vid.* Bentham, 1843, t. 2: 476–477).

El instrumento privilegiado mediante el cual el legislador consigue que el individuo promueva el interés universal al perseguir su interés particular es la identificación artificial entre el interés del agente y su deber o *duty-interest junction principle* (Bentham, 1843, t. 4: 126), modifica el autointerés para que coincida con el interés general.<sup>43</sup>

Si para realizar efectivamente su interés, el agente debe disponer de poder, conocimiento y voluntad (Bentham, 1843, t. 3: 34), la ingeniería social debe intervenir

---

la felicidad de los individuos, Bentham parece referirse a un conjunto diacrónico, esto es, a la segunda acepción.

<sup>42</sup> Algunos de estos mecanismos consisten en la sujeción de los funcionarios a sanciones políticas y jurídicas, así como a la sanción moral por parte del tribunal de opinión pública, la publicidad, la posibilidad de un cambio de gobierno (*vid.* Schofield, 1996: 230–231). El aseguramiento de la tutela del interés público por parte de los funcionarios descansa en una serie de mecanismos institucionales de controles y sanciones que parecen compadecerse especialmente con la democracia representativa. Como expresa Rosen, un sistema de gobierno representativo es una condición necesaria aunque no suficiente para la identificación de los gobernantes y gobernados (Schofield, 1996: 230). La supervisión de la conducta de los funcionarios, como muchos aspectos cardinales de la propuesta benthamiana, se rige por la directiva de que “la publicidad es el alma de la ley” (*vid.*, p. e., Postema, 2014; *cf.* Tusseau, 2004: 27; *cf.* Ferraro, 2011: 256–264; *cf.* Bentam, 1843, t. 9: 41–46).

<sup>43</sup> El principio está enunciado como una directive dirigida al legislador: “to make it each man’s interest to observe on every occasion that conduct which it is his duty to observe” (Bentham, 1843, t. 8: 380).

sobre tales elementos.<sup>44</sup> En este caso, las leyes (la legislación directa) inciden en los intereses que ya se han formado los ciudadanos, gobernando a través de sensaciones (*vid.* Laval, 2006: 294-299). Especialmente mediante arreglos institucionales en el caso de funcionarios (*vid.* Schofield, 1996: 227). Como se ha visto, los individuos calculan, escogiendo las acciones que prometen ratios positivas de placer respecto al dolor y, de modo semejante, el legislador, con el fin de promover la felicidad de la sociedad, calcula los placeres y dolores (en un balance de costes y beneficios) que debe suministrar, a través de un sistema de premios y sanciones –la función preventiva de la pena responde a la misma pauta consecuencialista que la función distributiva de derechos subjetivos (*vid.* Bentham, 1982: 74) aun sin poderse referir a distribución en sentido estricto (*cf.* Bentham, 1982: 166). Así, por ejemplo, un individuo que participe directamente en los beneficios económicos de un determinado interés público querrá fomentarlo o bien el interés de un individuo por evitar la sanción le hará adecuarse a su deber (*cf.*, p. e., Bentham, 1843, t. 2: 476-477).<sup>45</sup> En semejante sistema de distribución de beneficios y cargas (*vid.* Bentham, 1982: 165-166), es inevitable sacrificar el interés de algunos individuos (pocos) en aras de un bien duradero (*vid.* Bentham, 1843, t.4: 540; *cf.* Bentham, 1843, t. 1: 321 para una visión atenta a los intereses de cada individuo). La propia acción legislativa inflige un mal (la coacción, de toda índole) pero con el fin de evitar que un mal mayor se perpetúe (*vid.* Bentham, 1843, t.1: 178; *cf.* Berlin, 2002: 195).<sup>46</sup> Es poco habitual que las acciones que producen bien no comporten ciertas dosis de mal o viceversa; más bien suele darse un “balance on the side of the good” (Bentham, 1843, t. 1: 207). En muchos casos –salvo cuando el mal sea preponderante (*cf.* Bentham, 1982: 166) o el balance fuera en todo caso negativo (Bentham, 1982: 263)–, el bien (o “beneficio”, Bentham, 1982: 40) –derivado, mediato o de segundo orden– se obtiene solo a través de un mal inmediato o de primer orden (*vid.* Harrison, 1983: 235).

---

<sup>44</sup> Aunque la teoría benthamiana presupone que los estados mentales son verificables externamente, poder influir en la acción de los individuos requiere que sus intereses puedan ser conocidos de forma fidedigna y comparados entre sí por el legislador. El problema es, fundamentalmente, el de encontrar una medida común de los estados mentales (sobre el dinero, como paradigma de lo fungible *vid.* Bentham, 1843, t. 4: 540-541, donde, por otro lado, formula una versión de la ley de utilidad marginal decreciente; para casos en que la compensación económica no sirve si no es que, sencillamente no se puede determinar *vid.* Bentham, 1970: 213).

<sup>45</sup> Nótese que en casos semejantes se puede decir que el individuo sacrifica un interés pero sigue siendo su interés, un interés prevalente, adecuarse a su obligación: “the obligation which binds men to their engagements is nothing but the perception of a superior interest” (Bentham, 1871: 18). Bentham no contempla el autosacrificio, la obediencia del individuo al derecho se guía en todo caso por el lema del buen ciudadano “to obey punctually, to censure freely” (Bentham, 1843, t. 1: 230), en virtud del cual el derecho debe ser obedecido solo hasta el punto de que la utilidad de la obediencia sea apenas mayor que la utilidad de la rebelión (Postema, 1979: 649).

<sup>46</sup> En el famoso artículo en que Hart discute acerca de los derechos naturales (Hart, 1955), se encuentra la tesis de que el elemento coactivo está necesariamente presente en el concepto de “derecho”, que debe ser concebido como el despliegue de ciertas voluntades y la simultánea constricción de otras. Pues bien, esta visión parece, si no heredera, sumamente afín a la concepción benthamiana.

En efecto, Bentham introduce una serie de cualificaciones a su teoría del beneficiario, por lo que algunos casos en que aparentemente un titular de derechos no se beneficia tal aparente desajuste puede deberse a un espectro de posibilidades: 1. las posiciones normativas pueden modificarse a lo largo del tiempo; 2. las partes de una relación pueden ser más de dos; 3. la manera en que un sujeto puede verse beneficiado o afectado puede ser distinta, más directa o más indirecta; 4. una misma parte puede ostentar tanto derechos (beneficios) como obligaciones (cargas); 5. a su vez, los derechos y las obligaciones no tienen por qué ser, respectivamente, beneficios y cargas puros, sino que el beneficio o la carga puede ser meramente preponderante respecto de su opuesto.

## II.2. La teoría del beneficiario de Bentham

En esta sección abordo análisis de los derechos, básicamente de los derechos correlativos a obligaciones, que Bentham ofrece en su teoría del beneficiario. Aunque se pueden hallar múltiples alusiones, de distinto contenido y calado, en distintas obras de la jurisprudencia universal benthamiana, encontramos en el centro de la influyente *An Introduction to the Principles of Morals and Legislation* (1789) la que ha sido considerada la formulación más estructurada de dicha teoría (cfr. Hart, 1982: 174-188). No hay que perder de vista que, si bien Bentham dota de una articulación detallada y coherente a la teoría del beneficiario, sus consideraciones en torno a ella se hallan recogidas en múltiples obras, sin que conformen un cuerpo teórico ordenado y compacto, y son Lyons y Hart, no Bentham, quienes primero nombran tal teoría como “teoría del beneficiario” o “teoría del beneficio” (“*beneficiary theory*”, por Lyons, “*benefit theory*”, por Hart).<sup>47</sup> Esta –en una formulación concisa, que deberá ser reformulada– identifica al titular de un derecho con el beneficiario de una obligación ajena.<sup>48</sup> Con ello, Bentham responde a un interrogante: [I] “¿qué quiere decir ser titular de un derecho?”; esta pregunta, ambigua, encierra otras dos.<sup>49</sup> La primera pregunta es semántica: [I’] “¿qué significa la expresión ‘derecho?’”, la segunda, normativa: [I’] “¿qué significación o, si se prefiere, qué función o qué consecuencias tiene ser titular de un derecho?”

Aunque de necesaria distinción, [I’] tiene mucho que decir acerca de [I’]. Para

---

<sup>47</sup> La traducción castellana de “teoría del beneficiario”, la más ampliamente difundida, proviene de Hierro (2001 [1982]), quien traduce la denominación de Lyons (VI§1).

<sup>48</sup> Esta formulación tiene el riesgo de pasar por alto que no es la obligación sino el derecho aquello que conforma el beneficio –cuando se trate de un beneficio puro– o aquello que entraña beneficios –cuando se trate de un beneficio meramente preponderante. Conviene reparar en que las caracterizaciones someras de la teoría benthamiana tienden a tomar la forma de dicha formulación: p. e., “la teoría del beneficiario [...] básicamente afirma que los derechos son conferidos por obligaciones beneficiosas para quien es titular del derecho en cuestión” (Spector, 2001: 18).

<sup>49</sup> La delimitación entre ambas preguntas es demasiado tajante y su tenor demasiado genérico como para dar cuenta del entramado teórico benthamiano. Con todo, son herramientas útiles para distinguir, a lo largo del estudio, dos órdenes de preguntas en la investigación acerca de los derechos.

comprender la significación del aporte benthamiano conviene examinar sus presupuestos teóricos y metodológicos. En primer lugar, es oportuno estudiar la consideración ontológica de los derechos como ficciones y su tratamiento lingüístico (II§2.1). Seguidamente, tras un bosquejo de las distintas acepciones de “derecho subjetivo” en Bentham, se estudia la relación lógica y semántica de los *rights to a service* respecto de las obligaciones (II§2.2). En tercer lugar, se presenta la teoría del beneficiario (II§2.3): primero, con un enfoque más netamente teleológico, que caracteriza a los derechos en términos de beneficios (II§2.3.1) y luego, en su formulación a partir de su *An Introduction to the Principles of the Morals and Legislation* (II§2.3.2).

Las consideraciones ontológicas tienen una clara incidencia en la epistemología y la semántica; esta incidencia lleva a que Bentham transite repetidamente entre análisis del lenguaje y análisis de la realidad (*vid.* Castignone, 1997: 310). Asimismo, dichos niveles de análisis descriptivo resultan relevantes en –aunque independientes de– lo normativo. El proyecto benthamiano de “reconstrucción racional” del derecho no se restringe a la descripción de este (el rol de “expositor”), sino que aspira también y especialmente a desempeñar un papel de “censor” (Bentham, 1843, t. 1: 148); en suma, semejante proyecto tiene como condición necesaria (Bentham, 1843, t. 3: 271) el esclarecimiento conceptual del saber jurídico<sup>50</sup> y por aspiraciones la reforma radical de la legislación. Una reconstrucción que individúe y exponga los varios elementos que inciden en la teoría del beneficiario –mostrando la relación fluida que media entre [I'] y [I'']–, pero sin confundirlas– puede dar cuenta de una teoría que, además de ser un intento de clarificación conceptual, es una clara muestra de la propuesta consecuencialista benthamiana, en la continua búsqueda de un legislador racional, de un *beneficent legislator* (Bentham, 1843, t. 1: 235).

### II.2.1. Concepciones ontológica y lingüística: los derechos jurídico-positivos como entidades ficticias

There is no longer any mystery. The word obligation may be employed in an abstract sense [...] but it ought to be possible to decipher such language into the language of pure and simple truth – into that of fact. To understand abstract terms, it is to know how to translate figurative language into language without figure.

(Bentham, 1843, t. 3: 181)

---

<sup>50</sup>A propósito de la “reconstrucción racional” benthamiana, Hart señala que “hence Bentham spoke of himself as expounding the meaning of terms by «fixing» rather than teaching their import; [...] his general standpoint is critical and corrective” (Hart, 1982: 164); bajo este prisma, el análisis benthamiano de la ley es un instrumento para su política legislativa (*vid.* Pellegrino, 2002: 5). Con la alusión a “fixing” Bentham sugiere asimismo que el análisis que proporciona hace inteligible lo que hasta entonces permanecía incomprendido (Harrison, 1983: 72).



Los pasajes que contienen los apelativos reservados a los derechos naturales se encuentran entre los más citados de la obra de Bentham. Hablar de derechos naturales es como hablar de *round squares*, una contradicción de términos, pues son inexistentes (*incorporeal bodies*) o, dicho con una metáfora relativa a su producción, suponen *a son that never had a father* puesto que la ley natural no es ley, y, por ello, no puede ser fuente de derechos (Bentham, 1954, t. 1: 334).

En cambio, es legítimo hablar en términos de “derechos morales” pero simplemente como una expresión desiderativa. Para Bentham, los derechos morales, por decirlo con Bulygin, “sólo pueden ser interpretados como *exigencias* que se formulan al orden jurídico positivo desde el punto de vista de un determinado sistema moral” (Bulygin, 1987: 83). No pueden ser tratados como algo existente –en este sentido, son parcialmente correspondientes a los derechos naturales–, pues “hunger is not bread” (Bentham *in* Waldron, 1987: 37).

Por su parte, los derechos jurídico-positivos merecen una consideración distinta. El motivo es en primer lugar y fundamentalmente<sup>51</sup> la conexión de unos y otros con la realidad: los derechos morales son considerados entidades fabulosas, *non-entities* –al igual que dragones y quimeras–, los derechos jurídico-positivos, entidades ficticias, *fictitious entities* (Bentham, 1843, t. 8: 262, 267).<sup>52</sup> Ambos tipos de ficciones pueblan el lenguaje en cuanto nombres, pero, si bien ninguno de los entes nombrados existe –en la medida en que solo expresan nociones carentes de denotación–,<sup>53</sup> las entidades ficticias, a diferencia de las fabulosas, se refieren a la realidad y, a menudo, son ciertas (Hart, 1982: 128). Pero para ser significativa la expresión de la entidad ficticia debe encontrarse inserta en una frase (*phraseoplerosis*) y solo con su “traducción” (*paraphrasis*) obtenemos una proposición con un valor de verdad.

Los nombres de entidades son empleados con suma frecuencia en el discurso en aras de la concisión<sup>54</sup> sin que existan como entidades en el mundo, frente a lo que pudiera

---

<sup>51</sup> “The assertion of such rights, absurd in logic, is pernicious in morals” (Bentham, 1843, t. 3: 221); aunque las razones conceptuales son concluyentes, el rechazo de los derechos naturales responde asimismo a razones de política legislativa (*cf.* Sumner, 1984), aunque parece que incluso tales razones son, en último término, de índole epistemológica y semántica pues la promulgación de una norma significa publicidad y solo así resulta, amén de controlable, verificable (*cf.* Pellegrino, 2002: 10, 16).

<sup>52</sup> En aras de una mayor sencillez en la explicación, aludo en ocasiones –como hace el propio Bentham– a ambas ficciones como entidades pero no son clases de entidades, sino clases de nombres (Bentham, 1843, t. 8: 198; Hart, 1982: 129). Nombres aparentes en el caso de las entidades ficticias, pues se trata de predicados, de descripciones, mientras que resulta ilegítimo en todo caso emplear un nombre para referirse a las entidades fabulosas. Es, en definitiva, una distinción circunscrita al lenguaje (Harrison, 1983: 82).

<sup>53</sup> De acuerdo con la ontología factualista de Bentham, existen únicamente las entidades reales (objetos físicos e impresiones sensibles), denotadas por verdaderos nombres (*vid.* Moreso, 2013: 224).

<sup>54</sup> Semejantes expresiones simplifican la comunicación, lo que hace ineludible su empleo. Por la función que cumplen su existencia en el lenguaje “is feigned for the purpose of the discourse [...] because] without it human discourse could not be carried on” (Bentham, 1843, t. 3: 218).

parecer.<sup>55</sup> La aspiración de Bentham es la de combatir la equívocidad y la reificación del lenguaje, siguiendo la pista baconiana de los *idola fori*<sup>56</sup> proporcionando una explicación capaz de “dar algún tipo de llave en este laberinto” (Bentham, 1970: 278). Sutileza de la comprensión benthamiana: el uso de expresiones ficticias es legítimo en la medida en que, en algún momento, tal nombre de ficción pueda traducirse en otro nombre al que sí corresponda un referente empírico. Pero esta traducción puede tener lugar de forma mediata y, de hecho, la comprensión benthamiana no parece distante de la moderna decisión de “poner mentalmente entre paréntesis” términos problemáticos como el de “deber”, sin olvidar la idea a la cual dicho término, por razones de conveniencia, está reemplazando. Tal explicación consiste en reconducir nuestras ideas a los objetos sensibles en que se originan –un referente, que es verificable– haciendo inteligible la expresión (analizando lo que no estaba claro), estableciendo su contenido (*vid.* Bentham, 1843, t.3: 286) y determinando –más que preservando– su valor de verdad,<sup>57</sup> en una suerte de “traducción” (Bentham, 1970: 283).

Si generalmente una palabra es explicada mediante su definición *per genus et differentiam* (Bentham, 1843, t. 8: 251) –el método preferente de definición, que Bentham presupone al clasificar mediante árboles de Porfirio (*cf.* Chiassoni, 2016a: 29)–, esto, sin embargo, no resulta posible en el caso de los términos que se refieren a entidades ficticias –si no en todas (*vid.* Bentham, 1983a: 6), al menos sí en las principales ficciones jurídicas– pues carecen de un género superior al que remitirse, lo que obliga a emplear un método subsidiario de definición, el de la paráfrasis (Bentham, 1970: 294–295).<sup>58</sup> El

---

<sup>55</sup> La adscripción a las entidades ficticias de existencia lingüística no lleva –o, más bien, no debe llevar– a atribuirles existencia en el mundo (1843, t. 8: 198). Sin embargo, con frecuencia ocurre lo contrario y el empleo de nombres de entidades ficticias lleva a confusiones ontológicas: “Wherever there is a word, there is a thing: so says the common notion—the result of the association of ideas. Wherever there is a word, there is a thing: hence the almost universal practice of confounding fictitious entities with real ones—corresponding names of fictitious entities with real ones. Hence, common law, mind, soul, virtue, vice. Identity of nomenclature is certificate of identity of nature: diversity of diversity:—how absurd, how inconsistent to make the certificate a false one!” (Bentham, 1843, t. 11: 73).

<sup>56</sup> Lo indeseable no consiste tanto en los nombres de entidades ficticias como en el uso que se hace de ellos, cuya licitud depende en gran medida del análisis que les podamos dispensar (*vid.* Harrison, 1983: 87, 90); escribiendo acerca de ficciones legales tales como poder y derecho, Bentham afirma que: “These phantastic denominations are a sort of paper currency: if we know how at any time to change them and get sterling in their room, it is well: if not, we are deceived, and... we possess nothing but sophistry and nonsense” (*in* Harrison, 1983: 87).

<sup>57</sup> Este, en cualquier caso, solo puede ser conocido en el momento en que se establece el contacto de las expresiones con sus referentes, dado que: “Nothing has no properties. [...] Whatsoever of truth is capable of belonging to it cannot belong to it in any other character than that of representative –of the intended and supposed equivalent and adequate succedaneum, of some proposition having for its subject some real entity” (Bentham, 1843, t. 8: 246).

<sup>58</sup> Bentham habría tomado de Beccaria, entre tantas otras aportaciones, la de su “explicación por razonamiento”. En una nota a pie de página sobre el concepto ficticio de “obligación” –cuyo eco es palmario en la teoría benthamiana de las ficciones (Hart, 1982: 42)–, Beccaria escribe: “La voce obbligazione è una di quelle molto più frequenti in morale, che in ogni altra scienza, che sono un segno abbreviativo di un raziocinio, e non di un'idea. Cercatene una alla parola obbligazione e non la troverete: fate un raziocinio, e intenderete voi medesimo e sarete inteso”

primer paso de dicho método adelanta la propuesta de Frege (Hart, 1982: 10) –sobre la que luego insistió la mayor parte de la filosofía del lenguaje contemporánea– de concebir la oración como unidad mínima dotada de significado, mientras que tanto el primero como el segundo de sus pasos se asemejan a la teoría de las descripciones definidas de Russell (Hart, 1982: 128). Esbozar la teoría de las descripciones puede resultar esclarecedor de los aspectos de la teoría de las ficciones con los que guarda estrecho parecido.<sup>59</sup>

Russell (1986: 208–221) distingue entre nombres propios genuinos y nombres propios ordinarios. En lo relativo a los nombres propios genuinos, su existencia queda garantizada por el hecho de ser nombres; al ser un nombre (un medio para denotar un objeto) a la fuerza ha de nombrar *algo*. El significado de los nombres propios genuinos es su referencia, de tal suerte que si el objeto nombrado no existe no es que la proposición sea falsa sino que carece de significado. Dicho de otra manera, no cabe preguntarse por la existencia del nombre pues los elementos constitutivos del enunciado deben incluirse entre las cosas que se dan en el mundo y los nombres genuinos son elementos constitutivos del enunciado (entran en el significado del enunciado).<sup>60</sup> Y lo son porque tienen significado independiente, pues se trata de símbolos simples (símbolos carentes de partes que sean símbolos).

Por su parte, los nombres propios ordinarios no son, pese a su forma gramatical, verdaderos nombres (sujetos lógicos) sino abreviaturas de “descripciones disfrazadas”<sup>61</sup> y es a tales descripciones a las que hay que acudir para referirse al mundo. Las descripciones no tienen significado por sí mismas (son símbolos incompletos),<sup>62</sup> aunque contribuyen al

---

(Beccaria, 1958: 51).

<sup>59</sup> Al margen de lo que el paralelismo entre ambas teorías resulte altamente clarificador, merece la pena exponerlo por la insistencia con la que ha sido establecido en la literatura –ya Ogden (1932: xlvii) señala la teoría de los símbolos incompletos como el enfoque moderno más cercano a la investigación de Bentham, a la par que examina esta a la luz de Russell. Naturalmente, todo examen de un autor a partir de otro acarrea el riesgo de dejar inexplorados rasgos propios y de proyectar en él rasgos ajenos; por ejemplo, al hacerse hincapié en el carácter de “precursor” de Bentham y en la originalidad del método de la paráfrasis se ha tendido a obviar su arraigo en el contexto de la filosofía del s. XVIII (cf.: De Champs, 1999: 15).

<sup>60</sup> Una proposición debe, para ser entendida, estar compuesta en su totalidad por elementos constitutivos de los que tenemos conocimiento directo (Simpson, 1964: 106). Esta última consideración remite a la gnoseología que propugna Russell en sus obras tempranas, semejante a la defendida por Bentham.

<sup>61</sup> Russell muestra la necesidad de distinguir entre un nombre (por ejemplo, “Scott”) y una descripción (“el autor de *Waverley*”), como en la aserción que expresa identidad “Scott es el autor de *Waverley*”. Ambas expresiones, al ser correferenciales, serían lógicamente intercambiables en la misma proposición *salva veritate*, de acuerdo con el principio de indiscernibilidad de los idénticos. Sin embargo, cuando Jorge IV quería saber si Scott era el autor de *Waverley* no pretendía saber si Scott era Scott –como, en cambio, nos llevaría a admitir el mencionado principio–; semejante sustitución daría lugar a una nueva proposición, ya no verdadera sino falsa (Russell, 1975: 63–64). En pocas palabras, la sustitución de una descripción por un nombre da lugar a una proposición distinta de la original, que o bien es tautológica o bien es falsa (Russell, 1986: 214).

<sup>62</sup> Una expresión es un símbolo incompleto si y solo si: 1. carece de significado independiente y

significado de la oración en que se encuentran. En cuanto símbolos incompletos requieren de un contexto para tener significado, con lo que para definir tales expresiones conviene valerse de “definiciones en uso”.<sup>63</sup> Este extremo, como se verá seguidamente, se asemeja a la *phraseoplerosis* benthamiana.

En el caso de las descripciones, un correcto análisis del enunciado “X es B” permite obtener un enunciado *S* que exprese exactamente la misma proposición, pero en el cual no figure ya la expresión “X” ni ninguna otra expresión que pueda tomarse como nombre de *X* (Simpson, 1964: 102). La determinación “el” de las descripciones definidas (expresiones de la forma “el tal y tal”) es sustituida por las de existencia y unicidad (Vega, 2011a: 176), con lo que la proposición “El actual rey de Francia es calvo” puede sustituirse lógicamente por la siguiente: “Existe al menos un individuo *x* tal que *x* es ahora rey de Francia y cualquiera que sea *z*, *z* es rey de Francia si y solo si  $z=x$ , y además *x* es calvo” (*vid.* Simpson, 1964: 103). En la nueva proposición, que tiene un valor de verdad –en el ejemplo, sus dos condiciones son falsas–, ha desaparecido el sujeto gramatical (“el rey de Francia”), que era una descripción disfrazada,<sup>64</sup> y solo contiene el predicado “ser rey de Francia”. Este punto resulta afín a la *paraphrasis*.

Hay notables semejanzas entre las concepciones russelliana y benthamiana: en lo que atañe al método –como se ha evidenciado al exponer los pasos–, a la teoría –en especial, la similitud entre los nombres propios ordinarios y los nombres de entidades ficticias; la distinción entre forma gramatical (nombres genuinos/nombres aparentes) y lógica (sujetos/predicados) y la adquisición de significado con el contexto (el enunciado es visto como unidad mínima)– y a las pretensiones –“poder hablar de objetos putativos sin pagar una factura ontológica” (Quine, 1969: 101)–, reduciendo así la población del universo de forma razonable para que el lenguaje refleje la realidad, no la genere. Claro está, también guardan diferencias significativas: quizás la más destacable es que Bentham no busca revelar la forma de los nombres aparentes (una concatenación de individuales con una misma estructura) sino reducirlos a componentes reales con ciertas propiedades (*vid.* Harrison, 1983: 68). Además, la preocupación benthamiana versa específicamente sobre “la gran anomalía del lenguaje jurídico”, una anomalía que radicaría en nuestra dificultad – dificultad, según Bentham, incapacidad, a ojos de Hart– para definir sus conceptos fundamentales en términos de contrapartes fácticas ordinarias (*vid.* Hart, 1983: 25). Una

---

2. aunque figura en la expresión verbal de una proposición, puede eliminarse cuando la proposición es correctamente analizada (Simpson, 1964: 116-117, 126). Los símbolos incompletos forman parte verbalmente de los enunciados, pero no les corresponde ningún elemento constitutivo de la proposición correctamente analizada (Russell, 1986: 220).

<sup>63</sup> Siguiendo con el ejemplo de “Scott es el autor de *Waverley*”, Russell proporciona la siguiente prueba de que las descripciones, o cualquier otro símbolo incompleto, pueden contribuir al significado de un enunciado sin tener significado aisladamente: “If «the author of *Waverley*» meant anything other than «Scott», «Scott is the author of *Waverley*» would be false, which it is not. If «the author of *Waverley*» meant «Scott», «Scott is the author of *Waverley*» would be a tautology, which it is not. Therefore, «the author of *Waverley*» means neither «Scott» nor anything else –i.e. «the author of *Waverley*» means nothing, Q.E.D” (Russell, 1975: 65).

<sup>64</sup> Si bien era un sujeto gramatical, no se trataba de un sujeto lógico puesto que el nombre propio genuino es ineliminable por una proposición en la que este no aparezca.

observación adicional: Hart se muestra más pesimista de lo que se muestra Bentham respecto de la posibilidad de localizar las contrapartidas fácticas del lenguaje jurídico.<sup>65</sup> El intento de Bentham puede ser concebido como una respuesta primigenia del empirismo a la cuestión ontológico-semántica acerca de la referencia de los términos teóricos. Para esta posición primigenia del empirismo, cuyo ejemplo paradigmático es el Carnap [1928], el término teórico es definible en términos de expresiones observacionales que toman sus significados de su asociación directa con impresiones sensibles; toda expresión teórica debe poder ser reemplazada por otra expresión observacional que es semánticamente equivalente (Papineau, 1979: 6).<sup>66</sup>

Bentham (1843, t. 8: 246-247) describe dos fases por las que debe atravesar la paráfrasis (*phraseoplerosis* y *paraphrasis*), a las que añade otro proceso de esclarecimiento de la expresión (*archetypation*). Paso a exponer tales procesos; al final del siguiente subapartado se ejemplifica la paráfrasis, aplicándola a los derechos correlativos a obligaciones.

La *phraseoplerosis* (también llamada *completion of a phrase*) consiste en la formación de una oración (compuesta por sujeto, cópula y predicado) cuyo sujeto es el nombre de la entidad ficticia. Se trata de una “definición en uso”, la expresión no tiene significado en sí misma sino que este se colige de la oración en que es usada. En ocasiones, Bentham considera suficiente haber formado una expresión, en otras ocasiones, en cambio, para eliminar el supuesto nombre de la ficción, hay que valerse de la siguiente etapa.

La *paraphrasis* consiste en la traducción de la oración por un enunciado aproximadamente sinónimo en el que aparezca en el lugar de la entidad ficticia el nombre de una entidad real, *the real source*, *efficient cause*, o *connecting principle* (Bentham, 1843, t.8: 246). Se trata de aludir a ideas “simples” o más simples que las de partida (Bentham, 1977: 495): nombres de entidades reales –o, en ciertos casos, “sensible affections of determinable real entities” (Bentham, 1970: 252)– o expresiones más inmediatamente relacionadas con tales entidades. Concluida la operación, la entidad ficticia –que no constituía un verdadero nombre– aparece como un predicado, en una proposición de la que cabe afirmar la verdad o falsedad.

La *archetypation* es un proceso distinto dirigido a la clarificación de la carga simbólica –a menudo soterrada– de la expresión a través de la explícita mención de la imagen (*archetypal image*) que nos evoca y del origen de dicha imagen (*cf.* Bentham, 1843, t.8: 127). Si, como parece, Bentham enfatiza la importancia de descubrir la base perceptiva o corpórea de los términos abstractos (*vid.* Tarantino, 2018: 84), resulta que la *archetypation* es un proceso relevante, que, sin embargo, ha despertado poca atención en la literatura secundaria.

---

<sup>65</sup> Conviene tener en cuenta los intentos de Hart, de inspiración explícitamente benthamiana, de disipar el término “derecho” considerándolo parte de un conjunto de razonamientos V§1.

<sup>66</sup> Se han dirigido distintas objeciones a esta solución; una objeción inicial y de gran calado, señalada por Carnap [1936], es que las expresiones teóricas quedan infradefinidas en términos del lenguaje observacional; otra objeción es que quedan, en otro sentido, sobredefinidas (*vid.* Papineau, 1979: 6-10).

El supuesto fundamental de la paráfrasis benthamiana es su epistemología empirista:<sup>67</sup> los encuentros con las entidades físicas a través de los sentidos dejan impresiones (imágenes mentales que pueden ser evocadas) y, a menudo, estos encuentros producen sensaciones de placer o de dolor: el intercambio de significado es un intercambio de imágenes acerca de estados de cosas (*vid.* Quinn, 2012: 10).

En suma, el intento de desmistificación de la “jurisprudencia universal” benthamiana aspira a poner de manifiesto las ficciones, vedando la entrada lingüística a las entidades fabulosas y eliminando las entidades ficticias mediante un lenguaje cuyos términos se refieran a entidades reales. La (re)definición de los términos básicos del discurso jurídico (y de la ciencia jurídica) en términos de acciones humanas es el único modo de disponer de un vocabulario moralmente neutro, apto para ser usado por el desmistificador y el legislador utilitarista (*cf.* Chiassoni, 2016a: 26).

## II.2.2. Derechos y correlatividad: los derechos como producto de obligaciones

An act is a real entity: a law is another. A duty or obligation is a fictitious entity conceived as resulting from the union of the two former. A law commanding or forbidding an act thereby creates a duty or obligation. A right is another fictitious entity, a kind of secondary fictitious entity, resulting out of a duty.  
(Bentham, 1970: 293-294)

Pasemos a abordar el análisis conceptual de los derechos subjetivos que realiza Bentham examinando el estatus ontológico y semántico de los derechos correlativos a obligaciones como entidades ficticias de segundo orden y su relación con las obligaciones, para someter después a paráfrasis una expresión de tales derechos.

Bentham era consciente de la ambigüedad del término “right” y, en primer lugar, diferencia (Bentham, 1843, t. 9: 19) entre *simple rights*, derechos simples –con una terminología reciente, microderechos o posiciones favorables simples– y *complex rights*, derechos complejos –macroderechos o posiciones favorables complejas (*vid.* Barberis, 2014: 81, 83). Dentro de los derechos simples identifica o, más bien, estipula tres

---

<sup>67</sup> Junto con la epistemología empirista, Bentham acepta la psicología mentalista del empirismo clásico y, dentro de las impresiones sensibles –que, como se ha dicho anteriormente, reconoce junto a los objetos físicos como entidades reales–, divide los eventos (verbigracia, consecuencias de actos) mentales en activos y pasivos (Moreso, 1992: 53-56). “Los eventos activos son reducibles a placeres y dolores (*pleasures* y *pains*), y a ideas (entre las cuales hay ideas de placeres y dolores pasados). Los eventos pasivos son reducibles a impresiones neutrales (por cuyo nombre designa Bentham aquellas percepciones que no son ni placeres ni dolores) y a ideas. Los estados mentales de placer y dolor son la base de la mayoría de entidades psicológicas” (Moreso, 1992: 55). Esta mención a la concepción epistemológica de Bentham permite comprender mejor lo restrictivo de su ontología y clasificarla como una de tipo fisicalista, es decir, aquella que limita sus compromisos ontológicos a entidades físicas o reductibles a entidades físicas (Nef, 1992: 13).

variedades de derechos (1843, t. 3: 159, 181, 217-218, *cf.* Hart, 1982: 165; *cf.* Moreso, 1992: 216-217; *cf.* Harrison, 1983: 92), a las que se añade, en la reconstrucción que sigue, una cuarta clase de posiciones jurídicas ventajosas. Estas pueden ser distinguidas en virtud de su *effective cause*, de su origen: según resulten de una obligación correlativa o de su ausencia (Bentham, 1843, t. 3: 181).

La primera noción es la de *rights to a service*, designada igualmente como *rights resulting from* (o *corresponding to*) *obligations* o *established rights*. Las leyes coercitivas (*obligative* o *coercitive laws*) imponen obligaciones de acción u omisión (*affirmative* o *negative services*) en ciertas personas y eso genera un derecho en otras.<sup>68</sup>

La segunda es la de libertades, *liberties* –este es el término que acuña Hart (1982: 166) para *naked rights*–, que comprende tanto *vested liberties* como *naked liberties*. La distinción entre unas y otras estriba en que las *naked liberties* carecen de protección normativa mientras que las *vested liberties* reciben protección normativa. Una norma permisiva (y, a fortiori, un permiso débil) no tiene por qué implicar una norma que atribuya un deber de no interferencia. Si lo hace, podrá calificarse la libertad de “*vested liberty*”.

Por su parte, al examinar esta clase de posición normativa, Hart presenta dos condiciones conjuntamente necesarias y suficientes para poder cualificar una libertad como una instancia de “derecho subjetivo” (Hart, 1982: 173). 1. Suele haber obligaciones generales de algún tipo –civil, penal o de ambos tipos– que precluyen ciertas formas de interferencia ajena con tales libertades. No se encuentran, dice Hart, amparadas por obligaciones correlativas –en todo caso, la obligación no es la posición correlativa a la libertad–, antes bien, el ordenamiento dispensa un genérico *protective perimeter* (*vid.* Hart, 1982: 166-167, 171).

2. Tienen, generalmente, carácter bilateral (dejan al titular la posibilidad de realizar o de no realizar una determinada acción, al no haber obligaciones ni en un sentido ni en otro). Hart señala que Bentham deja abierta la posibilidad de que libertades meramente unilaterales (es decir, aquellas en que no hay obligación de no realizar un acto) puedan ser suficientes para constituir derechos de este tipo (Bentham in Hart, 1982: 173); en casos contados, matiza Hart, pues una extensión general no sería razonable (1982: 173-174). El hecho de que la no-obligación de no realizar un acto implicada por la obligación de realizarlo pueda ser concebida como una libertad es algo que contraría al uso común, que suele entender “libertad” como libertad bilateral (*cf.* Pino, 2009: 491).<sup>69</sup> Hart

---

<sup>68</sup> “The Law gives Titius the right to it. How? By making it the duty of other men not to meddle with it, and by making it an offence in them if they do. That is, by appointing a punishment for those who do. [...] The affair of its having prescribed a duty, and created an offence is only the language we use in speaking of what the Law has done. They are different turns of expression of our own concerning what the Law has done at one operation, by one expression of will: not different operations” (Bentham, 1977: 88).

<sup>69</sup> Pocos dirían, como dice Bentham, que “tiene derecho a pagar impuestos” por no tener la obligación de no pagarlos, pues si el ordenamiento marca un curso de acción como obligatorio excluye cualquier otro, y esto difícilmente puede ser calificado como “libertad”. Por otro lado, desde el punto de vista de las modalidades deónticas, sí es cierto que la verdad de “Permitido  $\varphi$ ” se deriva de la verdad de “Obligatorio  $\varphi$ ” (relación de subalternidad). Este axioma, es decir, que

reconoce como excepción aquellas situaciones relevantes en que un individuo tiene un derecho a algo *prima facie* prohibido que, al mismo tiempo, se encuentra en la obligación de realizar: Hart menciona el derecho de un policía a detener (*vid.* Hart, 1982: 174).<sup>70</sup>

Una tercera acepción es la de poderes, *powers*,<sup>71</sup> concedidos también por provisiones permisivas (Bentham, 1970: 81) y que a menudo están respaldados por la obligación de otras personas de no impedir la acción (Bentham, 1970: 260); de no estar respaldados, se trataría de simples libertades (Hart, 1982: 170). Mientras que los *powers of imperation* atañen a la capacidad de incidir sobre alguien para que se adecúe a lo ordenado (*cf.* Hart, 1982: 220), los poderes del tipo de *powers of contractation* se corresponden más bien con el castigo (*cf.* Bentham, 1970: 139) y son una subclase de libertades (*vid.* Celano, 2013: 43) que se distingue por dos rasgos: 1. la acción suele ser de afectación física a objetos o cuerpos (*handling*); 2. estas libertades se refieren a acciones habitualmente prohibidas. De especial relevancia son otra clase de poderes –indirectos, pues su contenido es una acción ajena–, *investitive* y *divestitive powers*, que permiten a alguien modificar la situación jurídica de otras personas (*cf.* Hart, 1982: 69-70, 220), en los primeros la voluntad del titular es que el obligado realice un acto, en los segundos que cese de realizarlo (*cf.* Bentham, 1970: 268). Aunque generalmente los *rights to a service* han sido considerados los aludidos por la teoría del beneficiario (*cf.*, p. e., Hart, 1982: 169; *cf.* Moreso, 1992: 349), la teoría también podría concernir a aquellos poderes no solo resultantes de leyes permisivas, de-obligativas (en este caso, cabe solo hablar de libertades), sino respaldados también por obligaciones (*cf.* Hart, 1982: 215, 219). Esta última clase de poderes es, a fin de cuentas, una clase de derechos a una prestación resultante de una obligación. Algunas consideraciones más sobre los poderes concernidos por la teoría del beneficiario más adelante.

Por ejemplo, Bentham plantea que puede considerarse un “beneficio” para el juez tener el poder de decidir sobre sus propias causas (Bentham, 1977: 160).

Bentham parece intuir también el correlativo del poder (una sujeción, en términos hohfeldianos) cuando expresa que “los terceros tienen la obligación de asistir al titular del poder”.

Un mérito atribuido a la empresa de reconstrucción racional de Bentham es haber anticipado el análisis hohfeldiano de las nociones de “derecho” (Hart, 1982: 162). Wesley

---

“a command then includes a permission” (Bentham, 1970: 97) –llamado por Von Wright “la ley de Bentham” (*vid.* Moreso, 2013: 233; *cf.* Von Wright, 1981: 5; *cf.* Lindahl, 1977: 9)– es sobre el que descansa la visión benthamiana de las libertades unilaterales.

<sup>70</sup> Podría haber quien sostuviera que las libertades bilaterales son un caso particular de lo que la literatura ha llamado “derechos obligatorios”. Defiendo que el de los derechos obligatorios es una solución errónea a esta clase de situaciones (IX§2.1).

<sup>71</sup> “El análisis de Bentham de las expresiones de poderes no puede sistematizarse ordenadamente” (Moreso, 1992: 223). Ciertos pasajes permiten concebir los poderes como una especie de “derechos” (*cf.* Hart, 1982: 194), algunos, por el contrario, llevan a sostener algo distinto, que Hart denomina “qualification” (Hart, 1982: 194), de tal modo que “wherever you may speak of a person as having a power, you may also speak of him as having a right to such power: but the converse of this proposition does not hold good” (Bentham, 1982: 205).



N. Hohfeld estipuló (en 1913 y 1917) cuatro nociones elementales (“atómicas”), elementos básicos (*claim* o *claim-right*, *privilege*, *power*, *immunity*) que, a su vez, podían componer “moléculas de derechos”. La correspondencia entre las acepciones benthamianas (*cf.* 1970: 55, 84, 98) y hohfeldianas puede ser descrita de la siguiente manera (*vid.* Hart, 1982: 164; *vid.* Celano, 2013: 42-43): 1. *rights to a service* = *claims*; 2. *liberties* = *privileges*; 3. *powers* = *powers*.<sup>72</sup>

Conviene hacer un breve apunte: suele entenderse, siguiendo la opinión de Hart – p. e., Tucak (2015: 522) lo sigue afirmando–, que el elemento hohfeldiano de “inmunidad” no encontraría un equivalente en el pensador dieciochesco y esta falta constituiría, a ojos de Hart, una de las principales insuficiencias de la teoría benthamiana de los derechos. Si bien la exposición que Bentham hace de los derechos simples se agota con las tres acepciones que acaban de ser expuestas, en sus escritos –de forma notoria, en los escritos constitucionales– el fin de la seguridad que debe perseguir el derecho se concreta en una posición jurídica favorable para un individuo o un conjunto de individuos, las *securities*. Tales seguridades consisten en la imposición, a ciertos individuos, de obligaciones de no interferir en la vida de otros (Rosen, 1983: 72), previniendo la injerencia del gobierno –especialmente mediante las *securities against misrule*– y de otros ciudadanos (para algunas consideraciones acerca de esta noción *cf.* Bentham, 1843, t. 1: 302; *cf.* Bentham, 1843, t. 9: 11-12; *cf.* Ripoli, 2001: 172-173; *cf.* De Champs, 2008: 122; *cf.* Moreso, 1992: 222, en función de las paráfrasis de derechos). Tales *securities*, dicho a la Hohfeld, no son sino inmunidades a las que corresponden, como posición correlativa incapacidades, pues, como apunta Rosen, “at the heart of his [*i. e.*, Bentham’s] conception of democracy is a society where the security of each individual (*i.e.* his life, liberty and property) is maximized. It is maximized by limiting the possibilities of oppression either by one citizen over another or by the government over the citizen” (Rosen, 1983: 75).<sup>73</sup>

A la que Hart apunta es una tensión significativa presente en Bentham entre una tendencia autoritaria a sostener que el gobernante conoce lo que es mejor para sus sujetos y una vena liberal, según la cual cada individuo es quien mejor conoce lo que le produce placer (*vid.* Schofield, 2009: 18). Hart considera, a la hora de concluir si Bentham reconoce o no inmunidades, que la tensión entre ambas tendencias se zanja a favor de la tendencia autoritaria; cabría pensar, más bien, que se zanja a favor de la tendencia liberal.

Resulta necesario analizar la relación entre derechos correlativos (fundamentalmente *rights to a service* pero también una clase de poderes) y obligaciones primero desde una perspectiva lógica, luego ontológica y semántica (esto es, lo que desde ahora podemos

---

<sup>72</sup> El uso de las denominaciones es oscilante: Bentham emplea a veces el término *immunity* para referirse a *liberty* (p. e., Bentham, 1982: 241), aunque alguna ocasión (Bentham, 1954, t. 1: 232) parecería diferenciarlos (*cf.* Harrison, 1983: 92). En el mismo paso, también los términos “privilege” –coincidente con la denominación hohfeldiana– y “exemption” son empleados como sinónimos de “liberty”.

<sup>73</sup> Igualmente, la declaración de voluntad recogida por Bentham de que algo que actualmente no es una carga no lo será en el futuro es semejante a la posición hohfeldiana de “inmunidad” (*vid.* Rosdorff, 1993: 283).

llamar “prioridad explicativa” de las obligaciones frente a los derechos) para abordar en los párrafos sucesivos la dimensión valorativa, la relevancia desde una perspectiva consecuencialista de ambos conceptos (la “prioridad justificativa y axiológica” de los derechos frente a las obligaciones).

En lo que hace a la lógica, Bentham estipula la correlatividad de derechos y obligaciones. En efecto, el autor dieciochesco se refiere tanto a “*rights corresponding to duties*” como a “*rights correlative to duties*” (cfr. Bentham, 1954, t.1: 334), aunque Hart se decanta por la segunda por considerarla una denominación más común (Hart, 1982: 166).<sup>74</sup> “*Right to a service*” y “obligación” son nociones conversas en la mayoría de los casos, pero no solo eso sino que, según Bentham, la primera noción está implicada materialmente –como se ha dicho, en la mayor parte de los casos– por la segunda; es la obligación la que “genera” al derecho (Bentham, 1954, t. 1: 334). Si una persona tiene un derecho es porque el legislador ha impuesto una obligación a otra (vid. Bentham, 1843, t. 8: 248). Esta situación de correlatividad entre derechos y obligaciones y de prioridad lógica de las obligaciones responde, en primer lugar, a una cuestión ontológica, y en consecuencia, tiene prioridad lingüística (precedencia semántica y lógica que acabamos de denominar “prioridad explicativa”).<sup>75</sup> En el anterior párrafo se ha examinado el estatus de los *rights to a service* como nombres de entidades ficticias; ahora conviene reparar en que constituyen entidades ficticias de segundo orden (vid. Bentham, 1970: 294), lo que significa que a la hora de trazar la “genealogía” de su conexión con la realidad<sup>76</sup> deben ser explicadas por una noción más básica (una idea más “simple”, en el léxico benthamiano de estirpe lockeana), que es a su vez una entidad ficticia –la

---

<sup>74</sup> En estos pasos, Bentham emplea inequívocamente “corresponding” como sinónimo de “correlativo”; también maneja en ocasiones el término “correlatividad”: “Right and law are correlative terms: as much so as son and father. A natural right is a son that never had a father” (Bentham, 1954, t. 1: 334). La cuestión de la correlatividad de derechos y deberes, tal y como la encara Hohfeld y la discute la concepción dinámica de los derechos, será examinada con mayor detalle IV§1.

<sup>75</sup> Como manifiesta Harrison (1983: 94): “The precise nature of the right can only be learned by discovering the precise nature of obligation. This is Bentham’s analytical point: not that we cannot use a language of rights, or even that it is simply translatable into a language of duties, but rather that it must ultimately be understood in terms of duties. The central point is that if you really want to see what you have got when you are told that you have a right, see what duties are laid on other people.” Esta distinción, sostiene Harrison, corresponde a la separación entre la explicación expositiva y la censoria: qué derechos hay es algo que se descubre de hecho viendo qué obligaciones hay (*expositor*), pero los derechos son la razón de ser del Derecho, el fin para el cual hay que emplear las obligaciones, como medios (*censorial*) (vid. Harrison, 1983: 94–95). Como se dirá luego, la teoría del beneficiario no es exclusivamente una teoría sustantiva, también es una propuesta de definición.

<sup>76</sup> La epistemología empirista a la que antes se ha aludido queda patente en la génesis y explicación de las entidades ficticias: “the root of the immaterial will be found in the material import; so, to explain the nature and origin of the idea attached to the name of a fictitious entity, it will be necessary to point out the relation, which the import of that word bears to the import of one or more names of real entities: *i. e.* to show the genealogy, or (to borrow an expression from the mathematicians,) the genesis of the fictitious entity” (Bentham, 1843, t. 8: 126).

obligación—,<sup>77</sup> explicada por referencia directa a una entidad real (Bentham, 1843, t. 8: 197). Tal entidad —la ley— es la unión de [1] un acto que es calificado deónticamente y [2] un aspecto, que califica deónticamente el acto (Bentham, 1970: 293–294). Esta genealogía —presentada como cita original en el epígrafe que abre esta subsección— enumera los componentes necesarios con los que elaborar la paráfrasis de las expresiones de obligaciones y derechos.

Por ley<sup>78</sup> ha de entenderse aquella coincidente con una disposición normativa (*vid.* Moreso, 1992: 206, 80, 84) conformada por los dos elementos reales mencionados. En lo que hace a [1], el contenido de una obligación —y de un derecho— consiste en un determinado acto: resulta fundamental, para los destinatarios de una norma conozcan el acto exigido (si es un *enforced service*) o transgredido (de ser una *offence*) en cada caso (*cf.* Bentham, 1970: 251)<sup>79</sup> y, por otro lado, permite explicar las obligaciones a través de hechos sociales, de fenómenos empíricos. En lo que se refiere a [2], la obligación también proporciona mayor inmediación por su conexión con la voluntad del soberano, que se expresa a través de la “lógica de la voluntad” (una teoría que preconiza la lógica deóntica), para la cual la obligatoriedad y la prohibición son las modalidades deónticas fundamentales, siendo las permisiones únicamente una noción negativa (*vid.* Moreso, 2013: 238). Este segundo elemento es crucial desde la perspectiva del propio orden jurídico: el fin del lenguaje jurídico es la “imperación”, la declaración y notificación de la expresión de la voluntad (Pellegrino, 2002: 11).<sup>80</sup>

Antes de llevar a cabo la paráfrasis resulta necesario explorar otra pista: si la prioridad explicativa de las obligaciones responde también a su conexión más inmediata con las sanciones —más precisamente, con el castigo— y, lo que es semejante —en el momento en que una sanción es una fuente de placer o de dolor capaz de proveer de fuerza

---

<sup>77</sup> Distintos pasajes expresan de forma tajante esta implicación: “all rights rest therefore upon the idea of obligation as their necessary foundation” (Bentham, 1843, t. 3: 181), puesto que “obligations may exist without rights;—rights cannot exist without obligations [...] otherwise than from the idea of obligation, no clear idea can be attached to the word right.” (Bentham, 1843, t. 3: 217). En el paso, es importante reparar en la alusión a la *idea* de obligación, pues la causa eficiente de un derecho, como se ha dicho, puede ser tanto la presencia como la ausencia de una obligación (*cf.* Bentham, 1843, t. 3: 217–218).

<sup>78</sup> Una ley es un conjunto de signos (son entidades semióticas) que declaran la voluntad (voluntarismo) del soberano que la promulga (estatalismo) acerca de la conducta de personas sometidas a su poder; tal volición confía su propia realización a expectativas de ciertos eventos dotados de eficacia motivacional (*supra* I.2.1.3) —entre otros, sanciones— (*vid.* Bentham, 1970: 1; *vid.* Chiassoni, 2016a: 40).

<sup>79</sup> Esto parece especialmente relevante en el caso de los ilícitos (*offences*), donde también reviste especial importancia la noción del castigo. En ese contexto: “To know then how to expound a right, carry your eye to the act which, in the circumstances in question, would be a violation of that right: the law creates the right by prohibiting that act. [...] What is that constitutes a legal obligation in any case? A command, express or virtual, together with punishment appointed for the breach of it” (Bentham, 1982: 206–207).

<sup>80</sup> En cualquier caso, como he señalado, las normas permisivas (no-comandos y permisos en sentido estricto) son también, para Bentham, expresiones de volición y muy importantes para el funcionamiento de un derecho positivo —por ejemplo, las normas de competencia son un tipo de normas permisivas.

motivacional (*vid.* Bentham, 1843, t. 1: 14), por una conexión inmediata (hipotéticamente más inmediata que la del derecho) con el dolor.<sup>81</sup>

Qué quiere decir que un individuo está sometido a obligación (entendida como cualificación deóntica) es una operación distinta de la explicar el razonamiento práctico por el cual tal individuo se adecúa o no a dicha obligación; en el esclarecimiento de los conceptos jurídicos (la tarea y el propósito de la paráfrasis) no es necesario inquirir acerca de por qué los individuos se comportan como se comportan –en concreto, en virtud de sanciones (*cf.* Bentham, 1970: 68) bajo las expectativas de que les sea infligido un daño o les sea proporcionado placer. Un pasaje explica este punto eficazmente: “To obtain a clear view of the ideas that are included or liable to be included under the notion of a law, it will be necessary to take them one at a time: the aspect for example now, and the motive by and by. [...] As the two objects, viz: an expression of will, and the expression of the motive relied on for the accomplishment of that will, may actually exist the one without the other, of course they may be conceived to do so” (Bentham, 1970: 298). El resultado de esto es que el análisis benthamiano de los enunciados jurídicos no es predictivo, “es siempre deóntico, mediante enunciados metalingüísticos acerca de disposiciones legislativas y son las disposiciones legislativas las que hacen (o no) referencia a sanciones” (Moreso, 1992: 213; *cf.* Moreso, 1992: 206-215), tanto más si se tiene en cuenta que Bentham defiende un imperativismo coactivo moderado, que reconoce junto a las obligativas, leyes de-obligativas (*cf.* Chiassoni, 2016a: 35; *cf.* Moreso, 2013: 239). Pero una cosa es la coerción inherente a las leyes y otra el sufrimiento distinto de dicha coerción (*cf.* Bentham, 1970: 54-55). En distintos pasajes, Bentham atribuye especial importancia al castigo, pero estos deben ser entendidos a la luz de su preocupación por la eficacia, en función de la motivación individual: el castigo es más eficaz al proveer motivos que la recompensa y tiene especial relevancia en los procesos de asociación de ideas de los individuos (*vid.* Bentham, 1970: 133-136; *cf.* Bentham, 1970: 69, para la problemática validez-eficacia). No obstante, la parte principal de la ley la integra la expresión de la voluntad y una parte subsidiaria consistente en una suerte de predicción (*vid.* Bentham, 1970: 137), puede estar presente (en las leyes punitivas y compensatorias) o no (*vid.* Bentham, 1970: 55).

En lo que concierne a la conexión de las obligaciones con las “sensaciones”, aquellas indican directamente la noción de dolor: ya sea por el eventual incumplimiento para el transgresor (en las *offences*) ya sea por la propia carga de tener que prestar el *service* para el obligado (*cf.* Schoeman, 1993: 745). El dolor es una noción primitiva que tiene el estatus de evidencia, explicando la obligación sin necesidad de ser definido, pues se presenta por sí solo a los sentidos (*vid.* Bentham, 1843, t.3: 160), siendo la percepción de los estados mentales de un individuo inmediata y carente de errores (Pellegrino, 2002: 10). Lo que ocurre es que del mismo modo en que el dolor es un elemento necesario del

---

<sup>81</sup> Tusseau entiende, en efecto, que hay una conexión más inmediata con las sensaciones en el caso de la obligación y que es por tanto la más inmediatamente inteligible para los individuos (Tusseau, 2011: 118).

concepto de obligación (Schoeman, 1993: 745), el placer lo es de los derechos (II§2.3).<sup>82</sup> Aludir al dolor o al placer no nos aclara la diferencia ontológica entre obligación y derecho, a saber, que la obligación es una entidad ficticia de primer orden y el derecho, de segundo orden. Para dar cuenta de esta diferencia en la conexión con la realidad (precisamente, lo que pretende determinar la paráfrasis) hay que recurrir a los elementos (la ley) que el epígrafe indica, aunque los placeres y dolores juegan en la paráfrasis un rol epistemológico: las representaciones mentales tienen un origen perceptivo y el lenguaje consiste en un conjunto de signos que expresa estados mentales (*vid.* Pellegrino, 2002: 9). Pero como los estados mentales hacen referencia a estados de cosas, parece que es a ellos a los que debemos remitirnos para establecer el contenido de las expresiones, aunque sea emulándolos precisamente mediante nuestros estados mentales. Quizás esta distinción entre los elementos con que elaborar la paráfrasis y los instrumentos de que servirse se plasme en una aclaración fundamental: “For exposition of right, use would be made of obligation: which, being a fictitious entity, could not be expounded but by paraphrasis. This brings us to observation 2. For exposition of obligation, convenience might recommend the bringing to view its connection with expressions of will and command; necessity requires ditto as to pleasures and pains” (Bentham, 1983a: 7). “Convenience” es un término relativo al lenguaje que Bentham suele emplear para referirse a las ficciones, al hecho de que son usadas “for the convenience of discourse” (p. e., Bentham, 1982: 117, 125; *cf.* Bentham, 1977: 430), mientras que “necessity” parece aludir a actitudes proposicionales (*vid.* Harrison, 1983: 89), un sentido causal relacionado con el razonamiento práctico (*cf.* Bentham, 1834: 18).

Resulta oportuno presentar una última argumentación sobre por qué los derechos no son reducibles a (es decir, no son definibles sin pérdida de significado en términos de) obligaciones. Los conceptos jurídicos básicos son interdefinibles a causa de su interacción en el sistema (Ost, 1987: 176), echar mano de un concepto o de otro es cuestión de perspectiva. Entre los sectores del ordenamiento hay una conexión profunda –sector penal y civil son “dos proyecciones de un mismo objeto” (De Champs, 2008: 146)– y los términos que usa el código civil (obligaciones, derechos, *services*) y el código penal (requerimientos, prohibiciones, *offences*) son, en última instancia, mutuamente traducibles (*vid.* Bentham, 1843, t. 3: 160; *cf.* Tusseau, 2011: 118). Este argumento no dice que los derechos no sean traducibles en términos de obligaciones (precisamente es lo que dice), sino que no hay razón para preferir un término respecto de otro que no sea la perspectiva que se asume. Si esto es así en el nivel del ordenamiento, en el sector distributivo –propio del derecho civil (*cf.* Halévy, 1969: 37), pero también del

---

<sup>82</sup> De hecho, que se haga hincapié en una *interesting perception* o en la otra depende de la posición que asumamos, de qué destinatario de la norma tengamos en cuenta. En un paso sobre la imposición de cargas y beneficios por parte del legislador, se sostiene que “when, for the sake of a benefit intended to be conferred on one party, a burthen is imposed on another party, the burthen is apt to be either altogether overlooked or set down at a value less than its real one: for the benefit being, by the supposition, the object that first presented itself to the mind, and by its nature the more agreeable object, such is the natural consequence. Thus much as to the party in favour of whom the burthen is in contemplation to be imposed” (Bentham, 1843, t. 9: 21-22).

constitucional (*cf.* Bentham, 1843, t. 9: 20)– son los derechos los que tienen prioridad justificativa y axiológica respecto de las obligaciones; en los sectores constitucional y civil “powers and rights are the leading terms” (Bentham, 1970: 139). Es precisamente la teoría del beneficiario la que pone de manifiesto tal prioridad y a su exposición conviene remitirse (II§2.3). Ello, conviene repetirlo, sin perjuicio de la prioridad explicativa de las obligaciones –entidades ficticias de primer orden– respecto de los derechos –entidades ficticias de segundo orden–, a razón de una conexión más inmediata con la realidad y con la lógica de la voluntad.

Seguidamente se aclara la correspondencia entre derechos y obligaciones a través de la paráfrasis de un *right to a service*. para, seguidamente, describir la cadena inferencial legislativa que los genera.

Para ilustrar que el tenor de una misma disposición normativa puede ser visto simultáneamente como prohibición y como orden, el autor inglés aduce el siguiente ejemplo: la misma ley que prohíbe a la madre dejar morir de hambre a sus hijos, la obliga a cuidar de su alimentación (Bentham, 1970: 96).

El enunciado deóntico:

[1] Está prohibido a toda madre dejar morir de hambre a sus hijos ( $Ph \varphi$ ).

es equivalente a:

[2] Es obligatorio para toda madre no dejar morir de hambre a sus hijos ( $O \neg \varphi$ ).

Como queda patente, el análisis de la lógica de la voluntad o imperativista de Bentham coincide en cierta medida con la lógica deóntica contemporánea. Los operadores deónticos o “aspectos” benthamianos son contrarios (Prohibido/Obligatorio) y el contenido proposicional o “actos” también ( $\varphi / \neg \varphi$ ), con lo que las proposiciones resultan equivalentes. Como explica Lindahl (1977: 15) se pueden analizar los dos enunciados afirmando que:

[3] Toda madre tiene hacia cada uno de sus hijos la obligación de no dejarlos morir de hambre.

De donde se puede deducir:

[4] Los hijos tienen derecho a que su madre no les deje morir de hambre.

No obstante, este análisis de la equivalencia deóntica y de la implicación lógica entre derechos y obligaciones no elimina las entidades ficticias –de hecho, mientras que [3] expresa el nombre de una ficción de primer orden, [4] expresa el de una ficción de segundo grado–, pues permanece en el estadio de la *phraseoplerosis* (*cf.* Bentham, 1843, t.8: 247). Por ello, conviene aplicar la *paraphrasis*, con el fin de obtener una entidad real. La que aquí se expone parte de la genérica realizada por Moreso para todo *right to a service* (1992: 218). Con la paráfrasis Bentham se sirve de una distinción de los niveles del lenguaje y una deconstrucción de los enunciados jurídicos (*vid.* Millard, 2011: 159). Una traducción en términos descriptivos de los enunciados en función prescriptiva [1] y [2], acorde con la interpretación que Bentham realiza de la lógica de la voluntad:

[1'] Existe una provisión directiva según la cual está prohibido a toda madre dejar morir de hambre a sus hijos.

[2'] Existe una provisión directiva según la cual toda madre está obligada a no dejar morir de hambre a sus hijos.

De este modo, mediante una paráfrasis del derecho en términos de deber y una paráfrasis del deber en términos de la ley (De Sousa e Brito, 1987: 297), se obtiene una descripción neutral del comportamiento individual ante el derecho, una proposición acerca de hechos sociales, con un valor de verdad. Parece, por ello, plausible detener la operación de paráfrasis en [2'], un enunciado integrado exclusivamente por palabras que denotan entidades reales y en que el término de la entidad ficticia –que aparece ahora como un predicado– expresa una modalidad deóntica. Sin embargo, en opinión de muchos estudiosos, siendo coherentes con el imperativismo coactivo moderado que defiende Bentham, la ley debe ser explicada a su vez por la sanción que prevé (un castigo, en el caso de incumplimiento de la obligación). Según dicha lectura (*cf.* p. e., Chiassoni, 2016a: 21), [3] es equivalente a la siguiente proposición, esta sí dotada de un valor de verdad:

“En el caso de que una madre deje morir de hambre a sus hijos probablemente recibirá una sanción, esto es, un dolor o una pérdida de placer”.

### II.2.3. Teoría del beneficiario: los derechos como beneficios

Take away pleasures and pains, not only happiness, but justice, and duty and obligation, and virtue –all which have been so elaborately held up to view as independent of them– are so many empty sounds.

(Bentham, 1843, t. 1: 206)

Tras haber expuesto la naturaleza ontológica y lingüística de los derechos como ficciones y, más concretamente, de los *rights to a service* como entidades ficticias de segundo orden en la medida en que surgen de obligaciones, y tras haber examinado la prioridad explicativa de estas respecto de aquellos, en concreto mediante paráfrasis, pasamos a abordar la identificación de los derechos correlativos a obligaciones como beneficios. Tal explicación es fundamentalmente distinta de la anterior aunque la presupone; habiendo planteado una reconstrucción que pueda responder a la pregunta inicial [I'] es oportuno encarar [I''], que, por otra parte, resulta elocuente también acerca de [I''] por cuanto aspira también a proporcionar una clarificación conceptual. Mientras que los análisis de las anteriores subsecciones (II§2.1-II§2.2) quedaban circunscritos al *expository mode*, la teoría del beneficiario aúna la tarea del expositor, al abordar cuestiones de definición, con la función del censor, que ve en la distribución de derechos un instrumento privilegiado para la acción del legislador utilitarista. Se fija al mismo tiempo en el análisis de enunciados jurídicos como en la función que los conceptos jurídicos desempeñan en el razonamiento práctico de los individuos.

Bentham sostiene que “rights are in themselves advantages; benefits, for him who

enjoys them” (Bentham, 1843, t. 1: 301), solo donde hay un beneficio –si no puro, preponderante (*vid.* Bentham. 1834: 60)– se puede estimar un derecho.<sup>83</sup> Para lograr ese fin, garantizando el goce a sus titulares, es necesario que el ordenamiento disponga ciertos medios: “the end in view [...] is securing to a certain individual the enjoyment of a benefit. This benefit he cannot enjoy except in the first instance all persons are debarred from acting in certain ways upon a particular thing” (Bentham, 1954, t. 1: 265), o bien obligando a otros a realizar *services*.<sup>84</sup>

De cara a la jurisprudencia censoria, el beneficio manifiesta el elemento sustancial, la función de los derechos y lleva a considerarlos “these fictitious, but not the less valuable objects” (Bentham, 1843, t. 2: 98).

Al margen de estas diferentes definiciones de qué ha de entenderse por “ser titular de un derecho”, considero importante, a efectos historiográficos y críticos, proporcionar varias acepciones de lo que puede entenderse por “teoría del beneficiario”.

Teoría del beneficiario<sub>1</sub> (o “definición mínima”): la principal función que se busca hacer cumplir a los derechos es proporcionar algún beneficio de los titulares.

Teoría del beneficiario<sub>2</sub> (o “definición media”): decir que  $X$  tiene un derecho de  $\varphi$  equivale a afirmar que  $X$  se beneficia del cumplimiento de la obligación de  $\varphi$  que incumbe a  $Y$ .

Teoría del beneficiario<sub>3</sub> (o “definición máxima”): un mecanismo fundamental con el que el legislador ha de realizar el reparto social de utilidades consiste en la atribución de derechos. Los derechos son intereses protegidos; se trata de ficciones de segundo orden, fruto de las obligaciones y de la ley.

---

<sup>83</sup> Las doctrinas políticas de la época habían tomado una marcada orientación finalista y, en particular, las nociones de “beneficio”, “ventaja”, “interés” son empleadas por muy distintos autores de la época (p. e., *cf.* Burke, 1935) para expresar un finalismo semejante. Locke, uno de los autores que más influyó en Bentham, al vincular la noción de propiedad a la idea misma de utilidad, afirma: “Property, whose original is from the right a man has to use any of the inferior creatures, for the subsistence and comfort of his life, is for the benefit and sole advantage of the proprietor, so that he may even destroy the thing, that he has property in by his use of it, where need requires” (Locke, 2003: 59) por cuanto “God, who hath given the world to men in common, hath also given them reason to make use of it to the best advantage of life and convenience” (Locke, 2003: 111). La asimilación de los derechos individuales al bien de la comunidad política (*vid.* Bobbio, 2014: 98) y la concepción de esta como un conjunto conformado por intereses individuales (*vid.* Ruiz Miguel, 2009: 228) articulan y avalan los usos de estos términos, especialmente entre autores iusnaturalistas y constituyentes (p. e., la Constitución de Virginia afirmaba que el fin de la asociación política radicaba en el *common benefit*). Por otra parte, conviene recordar que para Hohfeld precisamente el uso indiscriminado y descuidado (*looseness of usage*) del término “derecho” radicaba en que servía para designar “any sort of legal advantage” (Hohfeld, 1917: 717).

<sup>84</sup> En lo que hace al derecho a disponer sin impedimentos de una cosa –aunque Bentham se refiera a “cosa” no parece que quiera circunscribirlo solo a derechos reales– es elocuente el siguiente pasaje: “A right then to a thing, is, as I understand it, the relation a man is in with respect to a thing, which that man is left free to convert to the purposes of his own pleasure, punishment being denounced against any other man who shall impede him from so doing, or does the like as the first man with respect to that thing, without his consent” (1977: 87). El beneficio radica en el disfrute del titular y en la obligación de omisión ajena.



La definición mínima contiene el núcleo conceptual común a las otras dos y, de hecho, es aquella de la que se suelen servir los teóricos del interés. Y no es una decisión injustificada, puesto que tal definición es la que coincide fundamentalmente con una definición mínima de la teoría del interés (IX§1).

La definición media podría parecer afín a la mínima, salvo por la alusión a las obligaciones. En realidad, no solo se refiere tal definición a las alusiones sino que permite allanar la vía a la acusación de la redundancia semántica de los derechos respecto de las obligaciones. A ello contribuye el hecho de que la definición guarde silencio acerca de otras relaciones entre derechos y obligaciones –como relaciones de índole justificativa. Esta definición es la que parecen manejar algunas críticas de la teoría del beneficiario –y, genéricamente y por extensión, de la teoría del interés– como las manejadas por Hart y es ni más ni menos que la propiciada por Lyons (*vid.* Lyons, 1969: 173; III§4). Por una parte, es la historiográficamente más implausible, pero es una de las más empleadas en –o presupuestas por– la crítica.

La definición máxima es la más comprometida teórica y metodológicamente, pero es la que refleja de forma más fidedigna la postura efectivamente defendida por Bentham. Hay una serie de cualificaciones que resultan necesarias para dar cuenta precisamente de las tesis benthamianas, como que se refiere casi exclusivamente a los derechos jurídico-positivos, o su defensa del imperativismo coactivo moderado. Más significativa todavía –de ahí la razón para incluirla en la definición máxima– es la referencia al entramado ontológico-lingüístico benthamiano (¿qué significa afirmar que “right” no es sino el nombre de una entidad ficticia de segundo grado?) y a su propuesta ético-política (¿qué quiere decir que con los derechos se distribuyen utilidades, a resultas de un cálculo general de intereses?).

En efecto, la propuesta de Bentham de entender los derechos subjetivos como beneficios tiene, en primer lugar, el estatus de definición. Nos sirve para realizar una paráfrasis del siguiente tenor: “una expresión como ‘z está obligado a hacer A en favor de y’ (una expresión sinónima de ‘y tiene el derecho a que z haga A en su favor’) significa que existe una disposición a la que la teoría de la legislación benthamiana asigna la función de hacer soportar a z un comportamiento gravoso en beneficio de y” (Moreso, 1992: 349). Semejante propuesta de definición se revela importante en la práctica: p. e., si una obligación proporciona algún beneficio en otra persona, y este beneficio supera a la carga de la obligación, *prima facie* debe –o puede– ser impuesta. La identificación entre beneficios y derechos permite discriminar entre casos en que la imposición de obligaciones está justificada y aquellos en los que no lo está.

Pero es el relieve normativo de la noción –o, lo que es lo mismo, la peculiar conexión instrumental entre ambas nociones– aquello que consiente hablar de prioridad justificativa y axiológica de los derechos frente a las obligaciones: amén de su importante papel definitorio, el “beneficio” juega un importante papel en la reforma consecuencialista que Bentham propugna para la legislación. Se trata de una expresión “general”, el nombre de una entidad ficticia usada<sup>85</sup> para evocar de forma directa y concisa los placeres y los

---

<sup>85</sup> En cuanto ficción, plantea un procedimiento inverso al de la paráfrasis: procede a través de una

dolores, del mismo modo que el principio de utilidad (*cf.* Bentham, 1843, t. 3: 286; II§1.1.1, “utilidad” y “beneficio” como sinónimos). Como ordena tal principio, sirve para aplicar el cálculo de placeres y dolores bajo la forma de beneficios y cargas a la legislación directa, el terreno de la “*beneficence*” (*cf.* Long, 1977: 248).

En pocas palabras, Bentham concibe el “beneficio” como una noción empírica, naturalista, mientras que “derecho subjetivo” es una noción justificativa. De esta suerte, hablar de un “derecho subjetivo” es tanto como hablar de “beneficio protegido”, lo cual incluye juridicidad y un título formal. Hay un derecho subjetivo si y solo si ha sido realizado un cálculo utilitarista correcto.

### II.2.3.1. La función distributiva de las leyes: la metáfora del árbol del bien y del mal

Toda ley confiere un derecho pues toda ley favorece a alguien y con ello le confiere un derecho (*vid.* Bentham, 1970: 220). Todas las obligaciones, civiles o penales, establecidas por la ley generan derechos correlativos, salvo por dos excepciones (las *barren obligations* y las *self-regarding duties*) que son examinadas más adelante (II§2.3.2). Pero cualquiera que sea el bien que produce a largo plazo, la ley produce en primera instancia un agravio (*vid.* Bentham, 1970: 54); del mismo modo en que el bien suele ir acompañado de alguna porción de mal al que recibe el bien o a otros individuos (II§1.2), las cargas suelen entrañar beneficios –“no benefit without a correspondent burthen” (Bentham, 1843, t. 9: 27; *cf.* Bentham, 1989: 307, donde la misma persona experimenta el beneficio y la carga).

En lo que hace a las cargas, estas pueden ser “inseparables”, cuando la carga es de por sí inseparable de la creación y atribución del beneficio para el mismo individuo (*cf.* Bentham, 1843, t. 1: 108, caso de la propiedad), o pueden ser “separables”, aquellas que pueden ser impuestas sin que ello conlleve ningún beneficio, ni para otro individuo, conjunto de individuos o la comunidad. En el caso de estas cargas, Bentham formula una regla: “no burthen without a correspondent and preponderating benefit” (Bentham, 1843, t. 9: 21) y dos recordatorios relativos a la determinación *ex ante* del beneficiario: no imponer una carga en tanto no se encuentre a la parte que será beneficiada y considerar quién o qué integra cada parte: uno, pocos, muchos. Un caso límite de las cargas inseparables son las *self-regarding offences*: como en ningún caso comportan beneficio sencillamente no deben ser impuestas. Sin perjuicio de la mayor felicidad del mayor número, una carga puede ser impuesta en uno o más individuos para beneficio de otro u otros a condición de que la suma de beneficios conferidos sea mayor que las cargas

---

entidad ficticia de primer grado (la obligación) a una de segundo grado (el derecho) para arribar a otra ficción (la teoría del beneficiario). Sea como fuere, es una ficción útil por su parquedad y claridad. Proporcionar una paráfrasis como la que Moreso elabora y esgrimir una teoría sustantiva (que propugna maximizar beneficios y minimizar cargas) son tareas complementarias que la teoría del beneficiario puede acometer sin que ello nos lleve a concebir los derechos como dotados de denotación (*cf.* Moreso, 1992: 349).

impuestas.

El legislador crea un *service* (una obligación y un *right to a service*) para conferir un beneficio a alguien (Bentham, 1843, t.9: 22): “In so far as, for the purpose of conferring a benefit on one party, a burthen is imposed on another, an obligation and a right are, by the same operation, created, having for their common subject-matter a service:<sup>86</sup> to the one party a right to receive the service—to the other the obligation of rendering it”.

Una descripción reveladora de esta lógica distributiva, de su fundamento consecuencialista y su dinámica, se encuentra en un párrafo de *General View of a Complete Code of Laws* (Bentham, 1843, t. 3: 220-221), que se transcribe en las próximas líneas casi íntegramente.

Producir derechos (medios para realizar la felicidad) pasa necesariamente por la imposición de obligaciones (medios de medios). La distinción entre la prioridad explicativa de las obligaciones y la prioridad justificativa y axiológica de los derechos es palmaria en el extracto:

It is because without rights there can be no happiness, that it is at any rate determined to have rights: but rights cannot be created without creating obligations: it is that we may have rights, that we submit to obligations; and in respect to obligations, not to those alone which are strictly necessary for the establishment of the rights of which we feel the want, but also obligations such as those which may result from all the acts of authority exercised by government, which the general habit of obedience allows it to exercise. The end of all these acts of authority should be to produce the greatest possible happiness to the community in question. This is the true, and the only true end of the laws.

Claro que determinar la prioridad justificativa y axiológica de los derechos podría inducirnos a afirmar también su prioridad explicativa: decir que la exigencia moral de tener derechos es lo que *justifica* la imposición de obligaciones sería tanto como decir que la exigencia moral de tener derechos *explica* la existencia de obligaciones, habida cuenta del carácter instrumental de estas. De hecho, que el derecho sea una pretensión a un servicio cuyo incumplimiento es sancionado –la sanción prevista para la no prestación voluntaria del *service* es condición de eficacia del derecho– debiera avalar esta lectura. Sin embargo, como ha sido expuesto (II§2.1-II§2.2), la obligación tiene una conexión más inmediata con la realidad y con la voluntad del soberano, lo que lleva a que *explicar* –“to expound”, la explicación que Bentham elabora en detalle en el nivel expositivo– un derecho pase necesariamente por explicar una obligación y no al revés. De hecho, la prioridad explicativa queda circunscrita en mayor medida a la función expositiva, mientras que la prioridad justificativa y axiológica es propia –aunque juegue también un

---

<sup>86</sup> El legislador requiere los *services* de una persona (es decir, le impone una obligación de hacer) a favor de otra en alguna de estas tres posibles situaciones: 1. una necesidad superior, “a need of receiving the service, superior to the inconvenience of rendering it”; 2. la existencia de un *service* ya realizado, “a service rendered, in the consideration of which there is required of him who has received the service an indemnity, an equivalent in favour of him who has supported the burthen”; 3. la existencia de un acuerdo, “the making of a promise between two or more persons, upon the understanding that it is legally binding” (Bentham, 1843, t. 1: 339-340).

papel conceptual— de la función censoria (para algunas confusiones significativas relativas a la teoría del beneficiario III§4).

El uso de una analogía de inspiración veterotestamentaria (“beneficios: cargas= frutos dulces: frutos amargos”) que, bajo la descripción de relaciones causales encierra una fuerte carga normativa<sup>87</sup> proporciona un valor persuasivo notable a un párrafo que, con todo, permanece inscrito en el *expository mode*.<sup>88</sup>

Still, of the operations by which it is possible to conduct men towards this end, the effect—the constant, necessary, and most extensive effect, is to produce evil as well as good; to produce evil, that good may be produced, since upon no other conditions can it be produced. The mystic tree of good and evil, already so interesting, is not the only one of its kind: life, society, the law, resemble it, and yield fruits equally mixed. Upon the same bough are two sorts of fruits, of which the flavour is opposite—the one sweet and the other bitter. The sweet fruits are benefits of all kinds—the bitter and thorny fruits are burthens. The benefits are rights, which under certain circumstances are called powers—the burthens are obligations—duties.

El siguiente extracto (1843, t. 3: 221) es significativo del encuentro benthamiano entre el “ser” y el “deber ser”. La imposición de obligaciones no correspondidas por derechos solo puede ser fruto del capricho del soberano y choca con el principio de utilidad, mientras que la asignación de derechos, por deseable que pudiera resultarle al legislador utilitarista, choca con la ley de la naturaleza —“ley” en sentido figurado, claro está— que acaba de ser enunciada. La conclusión que se sigue es expresada como un reflejo del principio de utilidad y podría ser enunciada con el siguiente tenor: “Que los beneficios superen a las cargas de la misma manera en que el placer debe superar al dolor” o, como formula Bentham en otra parte, “in every case [self-regarding or extra-regarding obligations] the principle of utility requires that the evil of the obligation, whatever it be,

---

<sup>87</sup> Esta articulación dicotómica (derechos como un bien, obligaciones como un mal) por parte de Bentham expresa su esfuerzo por superar la concepción oscura e inmovilista que imperaba en la época; Halévy presenta tal contraposición como distinción entre la definición “técnica” de obligación y la “natural” (1969: 37). Si la técnica certificaba la bondad de las obligaciones por el simple hecho de haber sido establecidas legalmente (o, lo que es lo mismo, por su conformidad con el sistema jurídico positivo), el utilitarismo afirma que las obligaciones suponen en todo caso un mal que es infligido al obligado pero un mal instrumentalmente valioso y necesario. Esta explicación salva a las obligaciones de la circularidad a las que las abocaba la noción técnica y permite su crítica y su eventual reforma; en concreto, en función del balance positivo o negativo de beneficios y cargas. Hume, además, había explicado las obligaciones como artefacto humano, en razón a su utilidad, y no en razón de su naturaleza obligatoria, por su vinculación a la promesa y esta, con la función performativa del lenguaje y el consiguiente esencialismo lingüístico (*vid.* Halévy, 1969: 42).

<sup>88</sup> Bentham pretende acreditar la compatibilidad entre los conceptos jurídicos tradicionales y su propuesta legislativa y apela para ello tanto a la plausibilidad de las definiciones propuestas como a su eficacia motivacional y epistemológica (Pellegrino, 2002: 6). Ayer señala el carácter persuasivo, antes que descriptivo de tales definiciones: Bentham intenta tener el mejor de dos mundos, haciendo de los juicios de valor juicios acerca de hechos preservando, al mismo tiempo, su fuerza persuasiva (Ayer, 1948: 255).

should be compensated by the good of the service” (Bentham, 1843, t. 3: 181):<sup>89</sup>

But if among these moral as well as among physical products, the sweet cannot exist without the bitter,—the bitter can exist—it exists too often—without the sweet. Such is the case with those obligations which may be called pure or barren, which are not accompanied by rights, those benefits, those advantages, which sweeten and conceal the bitterness:—obligations which are fulfilled by useless efforts or sufferings, the fruit of every law produced by tyranny, neglecting or despising the counsels of utility, and yield—to the suggestions of caprice—unless the gratification of this caprice can be considered as a benefit. Benefits being in themselves good, the well-instructed legislator (I mean, directed by utility) would create and confer them freely with pleasure. If it depended upon himself, he would produce no other fruits: if he could produce them in infinite quantity—he would accumulate them in the bosom of society; but as the inexorable law of nature is opposed to this course, and he cannot confer benefits without imposing burthens, all that he can do is to take care that the advantage of the benefit exceed the disadvantage of the burthen, and that this advantage be as great, and the disadvantage as small, as possible.

Las cargas son tanto civiles como penales, los derechos privados y constitucionales. La teleología de los derechos se cierra aquí con el consecuencialismo hedonista:

When, in order that a burthen may produce its effect—that the advantage expected from it may be produced, it is necessary that its weight be felt, it is called punishment. It is thus that the non-penal branch of the law and the penal are both of them occupied in the establishing and securing every man in possession of his rights of all sorts. These rights are so many instruments of felicity—they are the instruments of whatsoever felicity a man can derive from government. A man’s political rights are either his private rights, or his constitutional rights. Under every form of government, every man has his private rights; —but there are forms of government, in which no man but one, or some other comparatively small number, have any constitutional rights.

### **II.2.3.2. La teoría en *An Introduction to the Principles of Morals and Legislation***

Individualizados algunos rasgos de la teoría del beneficiario, se impone estudiar su formulación en varios pasajes de la *Introduction*, la referencia más frecuentemente invocada (a partir de Hart, 1982: 168–188). Por otro lado, no solo la teoría recibe allí un tratamiento algo fragmentario, sino que queda circunscrito a un sector muy acotado (el de los delitos contra las *trusts*). Esto suscita algunas preguntas acerca de la reconstrucción teórica del análisis benthamiano —la fundamental: ¿Son las *trusts* la relación jurídica paradigmática de la teoría del beneficiario?—, preguntas que aquí no pueden ser afrontadas debidamente. La formulación más reconocible de la teoría del beneficiario se ubica en una parte singularmente relevante de este libro —Cap. XVI, “The Division of Offences”, un ambicioso esquema clasificatorio que abarca un tercio de la obra—, consagrada a

---

<sup>89</sup> A fin de cuentas, derecho y obligación “are the children of the law; they should, like the law itself, be subordinate to general utility” (Bentham, 1843, t. 3: 160).

tipificar los distintos ilícitos, que son clasificados con pretensiones de exhaustividad según los bienes jurídicamente protegidos, los intereses afectados en cada caso.<sup>90</sup>

En el elenco de delitos, Bentham se detiene en las *offences against trust*, y analiza la situación jurídica transgredida, definiendo *trust*, como “any particular act which one party, in the exercise of some power, or some right, which is conferred on him, is bound to perform for the benefit of another” (Bentham, 1982: 205–207). Dicho de otra forma: “A party is said to be invested with a trust, when, being invested with a power, or with a right, there is a certain behaviour which, in the exercise of that power, or of that right, he is bound to maintain for the benefit of some other party” (Bentham, 1982: 207). La parte mencionada primero es denominada *trustee*, la segunda es llamada estipulativamente *beneficiary* o *the party to be benefited* (ibídem).<sup>91</sup>

No se habla solo de derechos correlativos a obligaciones; el pasaje citado alude a poderes, una referencia significativa aunque poco clara: “On the present occasion however, as in speaking of trusts this word is commonly made more use of than the word right, it seemed more eligible, for the sake of perspicuity, to insert them both” (Bentham, 1982: 205). La idea latente es que en estas situaciones jurídicas el titular del derecho tiene la capacidad de incidir sobre la situación jurídica de otra persona –que se encuentra en una situación de sujeción, en términos hohfeldianos–, además de una pretensión, correlativa a un deber en la otra parte. Hay dos clases de poderes en función del beneficio de las partes: *beneficial power* o simplemente *power*, cuando beneficia al titular; *fiduciary power* o *trust*, cuando el beneficiario es distinto del titular –además del titular, eventualmente– (vid. Bentham, 1970: 271). Conviene plantear dos observaciones: cada una de las partes de la relación puede recibir beneficios puros, beneficios mixtos (con cargas) o cargas puras; de hecho, las citas que acaban de transcribirse hacen pensar que para al menos una de las partes siempre concurren tanto beneficios (“some power, or some right”) como cargas (“is bound to”). Además, en el supuesto de las *trusts*, un ejemplo manifiesto en el *common law* de relación de mandato, nos encontramos con dos titulares de derechos, el que realiza el acto y quien se beneficia del acto (“some other party”).

---

<sup>90</sup> Al clasificar las *offences* según el bien afectado se clasifican las leyes según sus fines (vid. Bentham, 1970: 33). Merece la pena señalar lo relevante del intento benthamiano de identificar un elemento material en la conducta antijurídica –la llamada antijuridicidad objetiva– que reconduzca el disvalor de la conducta al valor del bien lesionado. En esta equiparación de lo punible con los intereses protegidos por el sistema –“offence” y “right” resultan ideas inseparables (Bentham, 1843, t. 3: 159)–, la propuesta de Bentham –aunque también las de Beccaria (vid. Beccaria, 1958: 98–101) y Montesquieu, de quienes era gran conocedor– podría ser vista como un precedente de la protección de derechos subjetivos de que habla Feuerbach en 1832 (para Feuerbach, cf. Hormazábal, 2006: 11–17). Toda ruptura de obligaciones –salvo *barren* y *self-referring*– genera un derecho (vid. Hart, 1982: 175), las cargas impuestas con motivo de la transgresión también comportan derechos.

<sup>91</sup> Bentham explica que para designar al titular de esta posición concibió –aunque finalmente la cacofonía le disuadió de ello– el nombre de “*beneficiary*”, de formación análoga a *referendary*, para expresar más unívocamente la parte designada para recibir el beneficio, independientemente de que de hecho así ocurra –lo que, además, es muy habitual en el caso de las *trusts* (Bentham, 1982: 207–208).

En lo que al beneficio se refiere, en las *trusts*, beneficiarse de un determinado acto (*service*) significa necesariamente que alguien lo realice. Esta aparente sencillez (obligación y derecho como anverso y reverso de un fenómeno cuyos elementos están predefinidos) se complejiza significativamente. Bentham lo ilustra mediante este ejemplo: la ley me permite atravesar (*beneficial power*) tu campo, para ararlo por una tercera persona (*fiduciary power*). El primer poder está integrado por un permiso legal, el segundo, por un permiso con una orden añadida (Bentham, 1970: 271). En primer lugar, la ley me confiere una “libertad” contra la restricción; en segundo lugar, establece en mí una constrictión; para ti una restricción; para la tercera persona, un *right to a service* (Bentham, 1970: 272). Si generalmente la ley deja hacer lo que es beneficioso para uno mismo (beneficia *in point of agency*, es decir, no vinculando), en el caso de las *trusts*, alguien suple la falta de inclinación de otra persona (*vid.* Bentham, 1970: 296) y a tal fin el legislador –beneficiando *in point of interest*– atribuye un poder, *beneficial* o *fiduciary*, según quien deba beneficiarse (*vid.* Bentham, 1970: 271).

En referencia a la transgresión, para poder hablar de *offence against trust* debe haber sufrido algún perjuicio el titular del poder o bien la persona en cuyo favor se establece el *service*–Bentham enumera trece clases de *offences against trust*. En general, la *trust* puede considerarse una suerte de propiedad o de *condition* (como se dijo, el conjunto de derechos y deberes que conforman el estatus de una persona) y, de hecho, la *offence* es denominada una *offence against trust* o *against condition*. Esto no es posible, sin embargo, en el caso de las *offences against public trusts*,<sup>92</sup> pues la afectación del interés público es mucho más dañina de lo que se puede expresar de referirse a los intereses de cada individuo de que aquel se compone.

### II.2.3.3. Obligaciones que no responden a un beneficio

En virtud de lo dicho, es lógicamente imposible un derecho del tipo correlativo sin obligación, pero sí puede darse, como hizo explícito el extracto recogido en 1.3.1, que en casos contados haya obligación sin un derecho correspondiente. Por tanto, la regla de generación de un derecho (y, con ello, de un beneficio) a partir de una obligación tiene dos excepciones: 1. *self-regarding duties*, es decir, una obligación frente a uno mismo no puede implicar un derecho frente a sí mismo;<sup>93</sup> 2. obligaciones *barren, useful to no one*,

---

<sup>92</sup> En el caso de las *public trusts*, se ejercita un poder constitucional, sometido a condición, y que aúna *beneficiary* y *fiduciary powers* (cfr. Ben-Dor, 2000: 59-60).

<sup>93</sup> Se pueden dar casos en que el ordenamiento imponga a alguien una obligación *self-regarding* sin otros fines que el beneficio del agente –Bentham aduce como ejemplo el deber frente a uno mismo de abstención del suicidio– sin que ello comporte un derecho frente a la propia persona (Bentham, 1982: 206). Bentham considera que en las *offences self-regarding* nadie más que quien las comete es el afectado y nadie en absoluto es el beneficiario, ni con el acto ni con la pena – que tiene pretensión de ser retributiva. La conclusión en estos casos –paradigmático era el de la homosexualidad, castigada entonces con pena de muerte– es clara: Bentham aboga por la despenalización. Ninguna razón fundamenta el castigo de tales conductas, puesto que el dolor que a veces podían experimentar quienes sentían indignación y odio era irracional y, por tanto,

*ascetic*, o *pure*, casos en los que, en palabras de Hart (1982: 168), “the legislator has disregarded the dictates of utility and created obligations by which no one at all benefits”. Las *barren obligations*, tan comunes en la historia de la humanidad (ibídem), suponen una falla en la racionalidad del legislador.

El que una ley no pretenda beneficiar a nadie compromete su racionalidad: 1. En un sentido censorio, porque un legislador racional solo debe perseguir maximizar la felicidad y una ley solo puede ser estimada favorablemente en virtud de las consecuencias buenas que se derivan de ella, de su ratio positiva de placer sobre dolor; 2. En un sentido expositivo, porque el legislador actúa causalmente por algún motivo (un motivo interno, que la mayoría de las veces permanece oculto, *vid.* Bentham, 1970: 31), tiene la intención de beneficiar a alguien, ya solo sea para conferirse un beneficio a sí mismo (*vid.* Bentham, 1970: 55-56).

En resumen, el legislador busca otorgar un beneficio –a terceros o a sí mismo– y con ese fin establece obligaciones; al hacerlo, crea derechos. La regla por la cual no hay deberes sin derechos tiene dos excepciones: 1. las *self-regarding duties*, las obligaciones frente a uno mismo –alguien conceptualmente no puede ostentar un derecho frente a sí mismo– y 2. las *barren obligations* –obligaciones que no pretenden beneficiar a nadie en absoluto.

#### II.2.3.4. Parte beneficiada o lesionada

Justamente cuando el legislador promulga una ley que crea una obligación existe una parte favorecida por la ley, una persona “on whom it is the intention at least of the legislator to confer a benefit” (Bentham, 1970: 55). Es la intención del legislador la que determina en cada caso quién debe resultar beneficiado, independientemente de quien se beneficie al final. Salvo en los casos de beneficios remotos (“intentionally or eventually favoured”, Bentham, 1970: 62) dependientes de una serie de causa y efectos de difícil previsión, que las partes queden suficientemente determinadas es el único modo de asegurar las expectativas de los individuos (*cf.* Bentham, 1970: 63).

Al margen de la determinación por parte del legislador, cabe pensar que Bentham confiaba en que la utilidad fuese un criterio para discriminar el grado de afectación, según la conexión causal del daño o la posibilidad de su remedio, según la amplitud de la categoría de individuos afectados y según a quiénes de ellos alcance de forma más directa. El uso lingüístico relativamente extendido de distinciones semejantes avalaría la

---

debía desaparecer no mediante su satisfacción sino desde el autoconvencimiento de su carácter infundado. En palabras de Moreso (1992: 349): “Un legislador utilitario sólo debe obligar a realizar aquellas conductas que, de no estar obligadas, impedirían la maximización del bienestar”, puesto que (Bentham, 1843, t. 2: 505-506): “The liberty which the law ought to allow of, and leave in existence –leave uncoerced, unremoved –is the liberty which concerns those acts only, by which, if exercised, no damage would be done to the community upon the whole; that is, either no damage at all, or none but what promises to be compensated by at least equal benefit”. Otra razón es que en los delitos sin víctimas los costes de castigarlos “son grandes y los beneficios prácticamente nulos” (Moreso, 1992: 353).



posibilidad y la conveniencia de establecerlas. Parece clara la confianza de Bentham en este criterio hasta el punto, tal vez excesivo, de darlo por evidente.<sup>94</sup> Asimismo, a esta confianza se une la facilidad de conocer la intención del legislador (algo más acerca de la intención del legislador y la redefinición del “*intended beneficiary*” III§1).

Dentro de las *offences*, una distinción general importante es la de *offences against assignable* o *unassignable individuals* (Bentham, 1982: 188-189), dependiendo de que el afectado por el ilícito sea un individuo susceptible de ser determinado o no. La *offence* podrá ser calificada de privada (de afectar a *distinguishable persons*), semi-pública (*classes of persons*) o pública (*the whole community or state*). El afectado de un ilícito privado está definido mientras que el de un ilícito público, no; por su parte, el de un ilícito semi-público podrá estar definido o no según la mayor o menor capacidad de distinguir a los individuos que integran la clase.

### II.3. Recapitulación

El programa teórico de Bentham está dirigido, en último término y fundamentalmente, a la actuación de un proyecto práctico, cifrado en lo que puede denominarse la “teoría de la legislación”. La teoría de la legislación se guía primordialmente por el principio de utilidad en su sentido normativo, en cuya virtud se juzga que el valor moral de una acción es positivo si la cantidad total de placer que causa a todos los afectados supera a la cantidad total de dolor. El legislador benthamiano, en suma, debe promover, en todas sus actuaciones la maximización del placer de las conductas reguladas.

Por otra parte, la conducta individual, el objeto de la acción legislativa, se rige por el principio de utilidad en sentido descriptivo, que sostiene que la conducta humana es una conducta guiada hacia la maximización del placer y la minimización del dolor. Así, la base de la teoría psicológica de la acción consiste en la afirmación de que toda acción positiva es una acción intencional y que tal intención es de un tipo y un contenido concreto: el deseo de obtener placer o de evitar dolor. Esta afirmación ha suscitado una serie de perplejidades y para despejarlas se han formulado varias interpretaciones. Una conclusión general bastante plausible es que Bentham emplea una acepción sumamente amplia de

---

<sup>94</sup> Si bien en distintos pasajes Bentham presenta indicios de dicho criterio, muy pocas veces ha aludido a estos la literatura posterior, las más, se ha limitado a considerar la formulación de Bentham excesivamente vaga. El primer intento más significativo de clarificar la noción de *intended beneficiary* fue elaborado por Lyons, quien atribuyó a Bentham la teoría del *qualified beneficiary*. Frente a la teoría del beneficiario no cualificado, para la cual “counts someone as having a right who merely stands to benefit –or is likely to benefit– from another's dutiful conduct” (Lyons, 1994: 9), la teoría del beneficiario cualificado sostiene “that one has a right if and only if one does not merely stand to benefit [(third party beneficiaries)] but is supposed to benefit from another's dutiful conduct. The right holder is an intended (not a merely coincidental) beneficiary” (1994: 10). El problema estriba en que mientras que Bentham confía en el criterio de la intención del legislador para cifrar la intención de beneficiar, Lyons no identifica cómo puede determinarse la intención de beneficiar.

“placer”, que designa todo estado mental del individuo conectado de algún modo con su bienestar.

Pues bien, la teoría psicológica de la acción está al servicio de la teoría de la legislación —pues el derecho pretende regular directa e indirectamente las conductas—: dado que cada persona orienta su acción hacia sus intereses —de hecho, el legislador debe asumir que el individuo solo persigue intereses egoístas (principio de autopreferencia)—, el modo en que el legislador debe regular las conductas es, precisamente, incidiendo en tales intereses, sea en la formación misma de los intereses sea en los intereses ya establecidos. El legislador debe propiciar aquellas conductas que coinciden con la maximización del bienestar general y desincentivar aquellas que no coinciden con dicha maximización, reorientándolas de algún modo para que coincidan con ella —mediante, entre otros, el principio de identificación entre interés y conducta debida. Desde luego, el legislador no tiene que intervenir en todos los comportamientos; en muchos casos, debe solo abstenerse de intervenir o facilitar la libre persecución de los planes de vida por parte de los individuos.

Bentham se vale con frecuencia de la expresión “interés” para referirse al objeto del cálculo de utilidades. Esta noción, entre otras cosas, vincula la acción racional de los individuos con el cálculo de beneficios y cargas que debe llevar a cabo el legislador. La legislación utilitarista, directa e indirecta, regula un amplio rango de aspectos de la conducta individual y, en algunos casos, incide en ella de forma profunda —por ejemplo, modificando los motivos individuales. Asimismo, hay que señalar que, por una parte, Bentham pretende inscribir su propuesta de forma parcialmente continuadora en algunos usos lingüísticos vigentes y valerse de la carga persuasiva del lenguaje; por otra parte, de forma —al menos, parcialmente— rupturista, Bentham revisa el lenguaje, para que la gente se comporte del modo que él propone, y solo puede lograrlo a través del lenguaje.

El proyecto benthamiano prevé, como un paso necesario hacia el *natural arrangement* del saber jurídico, el esclarecimiento del discurso jurídico y de la ciencia jurídica. Resulta que el lenguaje jurídico está integrado fundamentalmente por (nombres de) ficciones. El principal método de explicación de los términos ficticios es el método de la paráfrasis. Además de permitir atribuir significado unívoco a las expresiones ficticias, este y otros métodos tienen propósitos desmistificadores, como el de realizar una “depuración” ontológica: la paráfrasis permite explicitar las conexiones empíricas de cierta clase de entidades ficticias pero también permite evidenciar que estas, pese a tener cabida en el discurso en calidad de nombres aparentes —no de nombres propios, pues un atento análisis lingüístico muestra que no son verdaderos sustantivos—, no existen en la realidad. Una distinción sumamente relevante de las ficciones segrega “entidades ficticias”, que tienen utilidad teórica y práctica, y “entidades fabulosas”, que carecen de utilidad alguna. Mientras que las primeras son traducibles en términos de entidades reales, las segundas son intraducibles. Así, si los derechos naturales son entidades fabulosas, pues no existe tal cosa como una norma de derecho natural que atribuya derechos, los derechos jurídico-positivos son entidades ficticias, pues son establecidos por normas jurídicas, de las que puede predicarse la existencia. En concreto, los derechos jurídico-positivos son ficciones

de segundo orden, pues son explicables mediante deberes, que son ficciones de primer orden (más próximas a la realidad), y, a su vez, pueden explicarse derechos y deberes mediante las sensaciones de placer y dolor, entidades reales.

En efecto, la teoría del beneficiario concibe los derechos como “beneficios tutelados”. Expresado desde una perspectiva justificativa, los derechos son el principal mecanismo de que dispone el legislador para distribuir beneficios jurídicos en una comunidad, entre los destinatarios de una norma.

Bentham estipuló cuatro variedades de “derecho subjetivo”, anticipando en un siglo y medio la propuesta de Hohfeld (“*rights*”, “*liberties*”, “*powers*” y “*securities*”). Aunque sean estructural y funcionalmente distintas, a cada una de estas nociones es aplicable la teoría del beneficiario. Por otra parte, si bien he señalado que, en la jurisprudencia expositiva, para atribuir significado a las expresiones de “derechos” hay que aludir a la más primitiva noción de “obligación”, tal prioridad explicativa de la noción “obligación” no se traduce en una afirmación genérica de la prioridad de las obligaciones con respecto a los derechos –contrariamente a lo que sugiere, de forma genérica, Hart (III§2.1). En verdad, en el plano de la jurisprudencia censoria, Bentham sostiene que la atribución de derechos es aquello que justifica, las salvo contadas excepciones, la imposición de deberes. En el proyecto práctico benthamiano, los derechos desempeñan un papel fundamental en la distribución de beneficios y cargas. Y la analogía de “derechos” y “obligaciones” es evidente, precisamente, con las nociones de “beneficio” y “carga”, pues, del mismo modo en que la imposición de cargas a una persona es la única manera (la causa eficiente) de conferir beneficios –en general, a otra persona–, es la atribución de beneficios aquello que justifica el establecimiento de cargas.

La noción de “beneficio” (en último término, de “placer”) permite esclarecer semánticamente la noción de “derecho subjetivo”, al tiempo que son los beneficios que entrañan los derechos aquello que dota de relevancia sustantiva a los derechos subjetivos.

Finalmente, el examen de las propuestas filosófico-jurídica y filosófico-política y de la teoría de los derechos benthamiana es importante para la discusión de muy distintos asuntos que son abordados en esta investigación, tanto por constituir una genuina contribución con suficiente sofisticación como por su relevancia genética en propuestas actuales: la discusión acerca de la motivación individual y la cabida de actos altruistas; la concepción subjetiva de “interés” y la capacidad teórica de acomodar en ella rasgos objetivos; la posibilidad de un reparto neutral de diferentes intereses relativos al agente; la articulación de propuestas éticas orientadas a la distribución de bienestar y los mecanismos más aptos, en sistemas de democracias liberales, para asegurar la correcta distribución de beneficios; la estipulación de distintas clases de “derechos” y el análisis de sus relaciones con otras nociones; la explicación de los términos abstractos y la ambición de regimentar el lenguaje técnico jurídico.

En lo que hace a la teoría del interés, la teoría del beneficiario supone un venerable antecesor, que defiende un planteamiento problemático y ofrece algunas soluciones de especial relevancia: definir los derechos en términos de “beneficio tutelado” permite remitir a una noción naturalista, empírica, la de “beneficio”, al tiempo que alude a una

noción justificativa, el título de “derecho subjetivo”. La teoría del beneficiario explicita el propósito de los derechos: conferir beneficios a sus titulares. Algunas explicaciones de detalle resultan iluminadoras, como, por ejemplo, el hecho de que, en los estatus (*conditions*), se den beneficios recíprocos entre una y otra parte de la relación –lo cual provee de una explicación a supuestos de terceros beneficiarios–, o, por ejemplo, el reconocimiento de que los beneficios no tienen por qué darse siempre exentos de cargas –lo que aclara por qué algunos supuestos parecen solo parcialmente acordes a la teoría del interés. Estas, en todo caso, son explicaciones de detalle, pertenecientes al amplio e intrincado corpus benthamiano y que, con frecuencia, son ignoradas por el teórico del interés. En efecto, pueden darse tres definiciones de la teoría del beneficiario, una mínima, una media y una máxima, y resulta que los teóricos del interés, al rescatar la teoría del beneficiario como antecedente, con frecuencia se valen únicamente de la versión mínima, mientras que los críticos se valen, con cierta frecuencia, de la definición media.

## Capítulo tercero. Los derechos del jurista, los derechos del crítico: las propuestas de redefinición y alternativa de Hart

En el presente capítulo planteo un estudio crítico de buena parte del análisis y de la teoría de los derechos de H.L.A. Hart, encarando tanto la reformulación y las objeciones que ofrece a la teoría del beneficiario como su teoría de los derechos pluralista. Examinó también algunas inexactitudes significativas que contiene su reconstrucción de la posición de Bentham así como, incidentalmente, la intervención y la responsabilidad de David Lyons con relación a tales inexactitudes.

Como ha habido ocasión de comprobar, Hart dedicó grandes esfuerzos teóricos a mostrar la modernidad y la profundidad de las reflexiones filosófico-jurídicas de Bentham; el profesor oxoniense señaló y aún tomó de Bentham aportes de especial relevancia teórica y metodológica. En concreto, en lo que hace al acercamiento de Hart a la teoría benthamiana de los derechos, podemos distinguir en términos generales dos actitudes, correspondientes a dos conjuntos de problemas. En lo que atañe a la taxonomía de los derechos, Hart la reconoce como precursora de la clasificación hohfeldiana y la suscribe en lo fundamental (*cf.* Hart, 1982: 162), al igual que suscribe la más refinada clasificación de Hohfeld. En cambio, en lo tocante a la comprensión de la función de los derechos (esto es, a la teoría del beneficiario) y a las tesis utilitaristas que tal comprensión parece asumir (ver la definición máxima II§2.3), Hart expresa algunas reservas y serias discordancias.<sup>95</sup>

En “Legal rights” (Hart, 1982 [1973]) —el principal trabajo que examino en este capítulo—, Hart critica la teoría del beneficiario, a la que reconoce escasa capacidad explicativa, para formular una teoría de los derechos alternativa. Su estrategia crítica procede de forma escalonada. En un primer momento, Hart propone una serie de redefiniciones y de reajustes teóricos con los que refinar distintos aspectos de la teoría del beneficiario. En este primer estadio, Hart pretende presentar la teoría del beneficiario bajo su mejor luz (III§1). Una vez hecho esto, es decir, teniendo como objetivo polémico la mejor versión disponible de la teoría del interés, Hart formula sus críticas al tiempo que presenta una teoría alternativa, la teoría de la elección (*choice theory*).<sup>96</sup> La

---

<sup>95</sup> De hecho, el único desacuerdo reseñable de Hart respecto de la taxonomía de Bentham es la pretendida ausencia en esta de alguna posición asimilable a lo que Hohfeld denominó “inmunidad” y esta ausencia vendría motivada precisamente por razones sustantivas (vinculadas a una cierta visión del proyecto utilitarista). Como he mostrado, no hay tal ausencia, ni tan siquiera hay tales razones que podrían haber motivado esa ausencia (II§2).

<sup>96</sup> En este capítulo procuro distinguir entre teoría de la voluntad y teoría de la elección, en la medida en que sostengo que la teoría de la elección hartiana es una versión que suscribe muchas (demasiadas) tesis dentro de las posibles versiones de la teoría de la voluntad. Por su parte, empleo los rótulos de “teoría del beneficiario” y “teoría del interés” de forma eminentemente intercambiable, pues considero que buena parte de los argumentos que aquí son estudiados afectan a cualquier teoría del interés. En ciertas ocasiones, será necesario referirse explícitamente a la teoría del beneficiario por ser relevante notar que se trata de una reconstrucción de la postura

argumentación hartiana, en este punto, puede sintetizarse del siguiente modo: beneficiarse de una obligación correlativa no es condición necesaria ni suficiente de tener un derecho; lo que es relevante para calificar un cierto sujeto como titular de un derecho es que este disponga de alguna capacidad de control respecto de la obligación ajena (III§2).<sup>97</sup> Por último, la teoría de la elección debe ser complementada, si se aspira a obtener una teoría general de los derechos, con la articulación de las nociones de “necesidad” e “inmunidad”, cruciales para entender el derecho constitucional (III§3).

Hay que notar que la teoría de la elección (como ejemplar popular de la teoría de la voluntad) se ha granjeado mucha notoriedad, mientras que esta integración ha pasado con frecuencia inadvertida. En un apartado de conclusiones, definiendo, entre otras cosas, que la teoría de los derechos de Hart es valiosa no tanto por su teoría de la elección —una teoría que, al estar caracterizada con mucho detalle, restringe en exceso los supuestos en que puede decirse que alguien tiene un derecho—, sino por la integración de teorías y de niveles de análisis que Hart preconiza (III§5).

Asimismo, sin perjuicio de lo defendido en las conclusiones, y de los matices que allí introduzco, creo importante apuntar desde ahora dos rasgos originales y notables de la teoría de Hart: la ambición de enunciar una teoría general de los derechos, que discrimine entre nociones distintas en virtud del punto de vista asumido, de la especialización disciplinar, y el modo de concebir la clave con la que esclarecer el significado de “derechos”. En lo que se refiere a la primera observación, en la teoría de los derechos hartiana se pueden distinguir varios dominios: por un lado, el concepto de “derechos” que interesa al jurista positivo es capturado por la teoría de la elección; por otro lado, el concepto de “derechos” que manejan el filósofo político y el constitucionalista queda comprendido en una teoría de las necesidades y de las inmunidades. A su vez, en el derecho positivo pueden identificarse diferentes sectores disciplinarios de conformidad con las diferentes modalidades de control que cada sector dispensa al titular del derecho.

En lo que se refiere a la segunda observación, Hart no cree que la dilucidación de los derechos pueda agotarse con una explicación analítico-conceptual, sino que debe entenderse también como una investigación acerca de la razón de ser de las normas atributivas de derechos. Una serie de argumentaciones muestra una progresiva apertura de análisis: lo que en principio tiene la semblanza de un examen acerca de los usos lingüísticos de los juristas y de una exposición de situaciones típicas del derecho positivo termina siendo una indagación acerca del propósito de todo derecho subjetivo, en cualquier orden normativo.<sup>98</sup> El enfoque problemático asumido por Hart supone, en

---

de Bentham. En estos casos también puede ser oportuno remitir a alguna de las definiciones de la teoría del beneficiario en concreto (II§2.3).

<sup>97</sup> En este capítulo, así como en otros en que analizo la visión hartiana, respeto la distinción conceptual que Hart traza entre obligaciones y deberes (*vid.*, p. e., MacCormick, 2010: 143-144; *cf.*, p. e., Hart, 1955: 181).

<sup>98</sup> El cambio de enfoque es patente si se compara la manera general de proceder plasmada en “Definition and theory in Jurisprudence” (1983 [1953]) con la reflejada en “Legal rights” (1982 [1973]). Esto no quiere decir que la primera obra esté desprovista de una exploración valorativo-justificativa —algunas de las tesis fundamentales acerca de la función de los derechos ya están

muchos aspectos, una discreta fundación de la llamada “concepción dinámica” de los derechos (para esta concepción IV).

El examen hartiano constituye uno de los primeros debates entre la teoría de la voluntad y la teoría del interés –el primero, si se excluye la discusión en el área germanófono– y ha resultado uno de los acicates más significativos de la teoría del interés. Un debate que Hart entabla con la obra de Bentham –un debate, en verdad, sin derecho a réplica, por cuanto Bentham llevaba dos siglos muerto– y con sus propios discípulos defensores de la teoría del interés, Lyons, Raz y MacCormick.

Las objeciones de Hart a la teoría del beneficiario han moldeado el modo de concebir el problema y la respuesta formulados por los teóricos del interés, como se verá en este capítulo y al estudiar las teorías de MacCormick (V), Raz (VI) y, en menor medida, Kramer (VII). Pero resulta que Hart no solo ha estructurado buena parte de la discusión teórica por décadas, sino que también ha caracterizado la teoría del beneficiario de Bentham con una lectura que, tradicionalmente, ha sido considerada “canónica”. Aunque, como he señalado en el anterior capítulo, la exégesis hartiana de Bentham ha sido sometida en múltiples puntos a una significativa revisión en las últimas cuatro décadas, dicho revisionismo no ha alcanzado, hasta donde yo sé, a la reconstrucción de la teoría del beneficiario. Se ha seguido sosteniendo la validez de la reconstrucción hartiana o, por lo menos, esta no ha sido puesta en discusión.

En cambio, algunas inadvertencias y excesos de énfasis de la interpretación de Hart se deben, como intentaré mostrar, a que este entabla un diálogo con ejemplares (contemporáneos) de teórico del interés y de utilitarista moral antes que con el Bentham histórico. Por ello, no pueden imputarse a Bentham algunos de los argumentos de la contraparte dialéctica que perfila Hart –quien, en todo caso, suele señalar con cierto cuidado la separación entre reconstrucción y reelaboración crítica– ni es por tanto la teoría del beneficiario benthamiana susceptible de algunas críticas que tradicionalmente y aun hoy se le dirigen.

Algunas distorsiones a las que puede inducir la crítica de Hart, en concreto, las relativas al carácter redundante de los derechos respecto de las obligaciones y a la cuestión de la correlatividad, son achacables a las interpretaciones erróneas de Lyons. En efecto, Lyons, al terciar en el debate entre la teoría del interés y la teoría de la voluntad, realizó un trabajo de mediación entre el texto de Bentham y la exégesis de Hart, con el resultado de que la subsiguiente lectura de Hart introdujo algunos elementos ajenos al análisis de Bentham. Con el fin de dar breve cuenta de estas “interpolaciones”, delinearé de forma concisa algunos puntos del trabajo de Lyons en el final del capítulo (III§4).

En todo caso, no se trata solo de un problema reconstructivo; en este capítulo –tanto en los distintos párrafos como en el de las consideraciones críticas (III§5)– intento mostrar que algunas tesis de escasa plausibilidad de la teoría del beneficiario en la reconstrucción hartiana son defendidas por bien pocos teóricos del interés y que otros diagnósticos de

---

contenidas allí– ni que la segunda abandone totalmente las preocupaciones y la metodología del jurista positivo –por ejemplo, el “test de determinación” (III§1.2) puede ser visto como una herramienta primordialmente ideada para el jurista.

Hart son erróneos, de modo que ninguno de los argumentos de Hart invalida la teoría del beneficiario (ni otras versiones de la teoría del interés), al menos, en la mayoría de sus formulaciones. Asimismo, formulo distintas críticas tanto al intento de refutación de Hart como a su argumentación propositiva, con el fin de mostrar que la teoría de la elección, aun presentando algunos elementos valiosos, está aquejada de inconvenientes significativos y resulta excesivamente detallada. Finalmente, señalo distintos méritos de la propuesta de complementación hartiana.

### III.1. Redefinición de algunos nudos de la teoría del beneficiario

We are too often forced to the conclusion that Bentham has provided us with a new question, rather than merely a new answer.

(Hart, 1974: 75)

Hart, artífice de la teoría de la elección, dedica el “exordio” de la (principal) exposición de su teoría de los derechos a la redefinición de algunas tesis básicas de la teoría del beneficiario. Si la teoría del beneficiario es vista por Hart como la versión más plausible de que disponen los teóricos del interés, el profesor oxoniense pretende librarla de algunas equivocidades, con vistas a tener por rival dialéctico al modelo más capaz posible de la teoría del interés.

El problema preliminar del que parte Hart es el de la indefinición de la expresión “*intended beneficiary*” –que traduzco de aquí en adelante con la larga pero explícita locución de “individuo al que la ley pretende beneficiar”, aunque en ocasiones me referiré igualmente a “beneficiarios directos”–; una expresión que, cuando Bentham la define, se concreta la intención de la autoridad positiva que promulgó la disposición, de difícil investigación. En efecto, para referirse a los sujetos a los que una norma adscribe derechos, Bentham se vale de una serie de expresiones (“*the party favoured*”, “*supposed to benefit*”, etc.) que serían, según muchos críticos, lamentablemente vagas (Sumner, 1987: 40). Y no es solo que criterios –reglas de traducción u otra clase de criterios– como los de la “intención del legislador” (una profundización en III§1.2), o, con más razón, la mal formada noción del “propósito de las normas” (Apéndice§3), sean de difícil determinación, sino que parece que semejantes criterios tendrían carácter valorativo-justificativo. Esta es una de las principales razones por las cuales teóricos del interés que propenden hacia la neutralidad de la teoría como Kramer hayan acogido las sugerencias de Hart.<sup>99</sup>

---

<sup>99</sup> Otra de las razones fundamentales que llevan a Kramer a suscribir las sugerencias hartianas es la voluntad de delimitar el conjunto de posibles titulares de derechos. Al analizar la propuesta de Kramer señalaré algunos aspectos notables que el profesor cantabrigense parece tomar del oxoniense.



Otro problema preliminar de la teoría del interés es que permite cualificar como titular de derechos a todo individuo que se beneficie, aun coyunturalmente, de una obligación ajena, mientras que parece haber razones para restringir tal cualificación tan solo a los beneficiarios “directos”.<sup>100</sup>

En pocas palabras, Hart pretende disponer de un método para establecer la “voluntad del legislador” de beneficiar a un individuo de la manera más atendible y circunscrita posible, y a estos efectos formula un procedimiento de decisión que emplea como inputs las descripciones de los sujetos generales de la norma y asume ciertas regularidades o correlaciones –un vínculo inferencial entre beneficio, detrimento y derechos–, de cara a subsumir a un sujeto particular en la clase general de beneficiados por una cierta norma.

Las principales ambigüedades que pueden aquejar a cualquier teoría que busque definir los derechos en términos de “intereses” o “beneficios” atañen a tres aspectos (*vid. Hart, 1982: 175*): 1. la concepción de “beneficio” y “detrimento”; 2. la distinción de los destinatarios de una norma, en individuos determinables o no determinables (*assignable* y *unassignable individuals*); 3. el sujeto al que el legislador pretende beneficiar, el “individuo al que la ley pretende beneficiar” (*intended beneficiary*). Hart emplea la solución a la segunda ambigüedad como criterio con que articular las otras dos. La argumentación de Hart, en dos palabras, es la siguiente. Habida cuenta de una cierta concepción de “beneficio” –desvinculada, en buena medida, del hedonismo ético que, en general, defiende Bentham– y considerando que en los derechos individuales el beneficio que se atribuye a su titular es “directo” (es decir, se confiere necesariamente un beneficio al titular de un derecho toda vez que se le dispensa un cierto tratamiento individual a dicho titular), Hart propone servirse de la peculiar distinción benthamiana entre los individuos susceptibles y aquellos que no son susceptibles de ser determinados. Esta distinción nos permite saber si una ley beneficia a individuos determinables o no determinables y, por ende, si les confiere beneficios directos (es decir, derechos individuales). Adicionalmente, Hart parece asumir que es más sencillo determinar el perjuicio directo que el beneficio directo y, dado que una y otra noción pueden considerarse conversas, Hart propone entender por “beneficiario” el individuo que sufre un menoscabo directo a causa del incumplimiento de una ley que beneficia a individuos determinables.

Veamos cómo construye Hart los distintos pasos de su estrategia y algunas críticas de que pueden ser objeto.

### **III.1.1. Hacia el beneficio directo. Un alejamiento del hedonismo ético**

Los primeros movimientos argumentativos de Hart conciernen la concepción de “beneficio” que ha de manejar el teórico del interés: el beneficio debe ser concebido como desvinculado del placer y como algo cuya pérdida es generalmente considerada

---

<sup>100</sup> Qué entiende Hart por “beneficiario directo” es afrontado en los próximos párrafos. Planteo un análisis y algunas conclusiones acerca de la cuestión de los terceros beneficiarios IX§2.1.1.1.

indeseable.

Hart considera importante que Bentham no señale la equivalencia entre una norma que provee de algún placer a un sujeto y una norma beneficiosa y que, antes bien, considere beneficiosa aquella norma que, aun no proveyendo de algún placer a un sujeto, prevé la provisión o mantenimiento de condiciones o de un tratamiento hacia un sujeto que suelen considerarse deseables o beneficiosos en una cierta sociedad. Esto daría cuenta de por qué, por ejemplo, un millonario es titular de un derecho respecto de una libra así como de una serie de derechos remediales para la eventualidad de que la libra le fuera hurtada, aun cuando el millonario no tuviera interés alguno en esa libra (acaso no siente placer por la posesión de una libra en concreto). Y ello porque en esta situación estarían en juego también consideraciones relativas a la seguridad de la persona y su reputación, que son considerados beneficios en sí mismos (*vid.* Hart, 1982: 175-176). Beneficio y placer, viene a decir Hart, no están vinculados conceptualmente, ni siquiera en la obra de Bentham; podemos referirnos al primero sin que ello implique referirse al segundo y eso, de hecho, dota de mayor capacidad explicativa a la teoría del interés.

Hay que señalar que Hart se equivoca en dos puntos, uno relativo a la reconstrucción de Bentham y otro relativo a esa reconstrucción y a la posible explicación del ejemplo teórico por parte de un defensor de la teoría del interés. Aun en casos solo aparentemente anómalos como el del ejemplo del millonario, Bentham seguiría hablando de “intereses” y explicaría los derechos, a su vez, en clave de “placeres” (en concreto, para los derechos, la definición máxima II§2.3).<sup>101</sup> Lo que Hart interpreta como un alejamiento parcial del monismo valorativo (del hedonismo) benthamiano no lo es; otra cosa es que Bentham se valga de un sentido sumamente lato de “placer”, referido a cualquier estado mental que esté conectado con el bienestar individual.<sup>102</sup> No solo explicaría Bentham escenarios como el mencionado en términos de intereses sino en términos de una panoplia de intereses, a varios niveles: puede ser que al millonario le sea indiferente no contar con esa libra sustraída, pero que tenga interés en que no le hurten y en que se sepa que no le hurtan. En efecto, conviene discernir entre el objeto sobre el que recae el derecho (los beneficios respecto del objeto) y los distintos beneficios de ostentar tal derecho. Dicho de otro modo, puede que un propietario no tenga interés en el objeto de su propiedad

---

<sup>101</sup> Bentham, sin duda, subsumiría las mencionadas consideraciones de seguridad y reputación, respectivamente, bajo el “interés de la autoconservación” y bajo los “placeres de reputación” (*vid.* Bentham, 1983a: 83, 86).

<sup>102</sup> Esta última consideración propiciaría un acercamiento de la tesis de Hart (*i. e.*, no hay que considerar “beneficio” como una expresión referida exclusivamente a cierto tipo de impresiones sensibles, aquellas que denominamos “placeres”) a las explícita e implícitamente asumidas por Bentham (*i. e.*, hay que considerar “beneficio” como una expresión referida a “placeres”, entendidos como cualquier estado mental vinculado con el bienestar, y no entendidos en un sentido estricto como un cierto tipo de impresiones sensibles). Sin embargo, lo que evita una reconciliación es que no está claro que Hart pretenda referirse a un interés o un beneficio subjetivo y no objetivo. Más bien, el hecho de que cualifique el tratamiento como “*generalmente considerado*” deseable o en su interés evoca un fundamento objetivo o intersubjetivo (Hart, 1982: 176, *cf.* Hart, 1963: 30-34). Y, en cualquier caso, lo que es manifiesto es que Hart quiere excluir los que podrían considerarse casos “desviados”.

ni acaso en la propiedad en sí (no tiene interés en la cosa ni tan siquiera en los poderes normativos acerca de dicha cosa) pero que tenga interés respecto de la gestión de la propiedad (en concreto, tiene interés respecto de las pretensiones de que los demás se abstengan de hurtar la cosa).<sup>103</sup> No es de extrañar que a un titular de un derecho (un macroderecho) le interesen algunos elementos (algunas posiciones normativas) pero no otros, ya que las consideraciones que están detrás de unos y otros pueden ser diferentes (para un tratamiento general de la cuestión del desinterés en el contenido de los derechos IX§2.1.1.2).<sup>104</sup>

Pero, en todo caso, volviendo a la argumentación de Hart, la recomendación es la de desvincular los beneficios de la idea de “placer” y considerarlos como algo cuya pérdida es “*generalmente* considerada indeseable y que hay que evitar” (Hart, 1982: 176).

El segundo conjunto de argumentaciones se centra en señalar qué clase de beneficio es el relevante para hablar de derechos individuales, que es el beneficio directo, y allanar así la vía para identificar el “beneficiario directo” con el damnificado a razón del incumplimiento de un cierto tipo de leyes.<sup>105</sup>

Se denomina “directo” el beneficio conferido por leyes que tienen por destinatarios (más concretamente, por el destinatario que se beneficia) a individuos determinables. Por el contrario, las leyes dirigidas a individuos no determinables –p. e., aquellas que establecen el pago de impuestos– confieren beneficios indirectos (contingentes), en función del cumplimiento general de tales leyes y de remotas conexiones causales (*vid.* Hart, 1982: 177). Pero resulta –asume implícitamente Hart– que es más claro referirse al perjuicio directo que al beneficio directo; o, más propiamente, para que determinemos quién es el directo beneficiario (lo cual es tanto como decir “el titular de derechos individuales”, para el teórico del interés) podemos y debemos servirnos de la información de quién sufre un perjuicio directo. De este modo, debe considerarse que la vulneración de una norma que tipifica ilícitos contra individuos determinables comporta necesariamente y no contingentemente un detrimento para sus destinatarios y su cumplimiento acarrea necesariamente y no contingentemente un beneficio para sus destinatarios (*vid.* Hart, 1982: 176).<sup>106</sup> Así, no se puede decir que matar o herir produzca

---

<sup>103</sup> De hecho, un ilícito puede afectar distintos bienes, lo que supondrá, en el plano dogmático, distintas combinaciones de bienes afectados y la afectación de la propiedad puede presentarse en varias de tales combinaciones (*vid.* Bentham, 1982: 193-194). Por añadidura, es natural concebir la propiedad no de forma aislada sino un componente valioso del estatus (*condition*), integrado por propiedad, reputación, poder y derecho a “servicios” (*vid.* Bentham, 1982: 194). Mi impresión es que el caso planteado por Hart es, precisamente, captado mejor en términos de “estatus”, por lo menos si pretendemos mantenernos dentro del análisis de Bentham.

<sup>104</sup> Puede ocurrir que afirmemos que el titular de un derecho tiene o no interés respecto de su derecho (un macroderecho) en función de que consideremos que aquella posición respecto de la que tiene o no tiene interés es principal o accesoria en el seno del macroderecho.

<sup>105</sup> Conviene reparar en que Hart circunscribe su análisis a los derechos individuales. Esto es, los derechos colectivos (mejor dicho, públicos y de clases de individuos) no reciben tratamiento explícito por parte de Hart. Lo reconoce él mismo, aunque de forma poco clara y amparándose en la escasa atención que Bentham presta a tales derechos (*cf.* Hart, 1982: 181).

<sup>106</sup> En este punto Hart está desarrollando atentamente algunas tesis benthamianas fundamentales. Los “ilícitos contra individuos determinables” consisten, según Bentham, en la violación de

al lesionado –posición de lesionado que ocupa un individuo determinable– de forma contingente un detrimento o lo haga más probable, sino que constituye un detrimento en sí mismo.<sup>107</sup>

Que se dé necesariamente un beneficio y que un beneficio sea atribuido de manera directa son entendidas por Hart como expresiones coextensivas. Puede tener sentido establecer un vínculo entre beneficios y detrimentos y caracterizar tal vínculo no solo en términos de regularidades empíricas sino en términos analíticos, acaso inferenciales. El núcleo mínimo del razonamiento de Hart es que toda vez que se produce (un cierto tipo de) perjuicio se está produciendo la merma de (un cierto tipo de) beneficio. Pero no resulta pacífico, contrariamente a lo que supone Hart, cuándo pueda decirse que se produce *necesariamente* un beneficio o un perjuicio para el destinatario de una norma. Kramer, quien ha tomado de Hart buena parte de los elementos operativos que Hart recomienda al teórico del interés, entiende que una norma que impone deberes es necesariamente beneficiosa para un sujeto cuando sus efectos intrínsecos –no los extrínsecos– o sus elementos integrales –no los incidentales– son benéficos para la clase de individuos en que consiste los destinatarios de la norma (IX§1). Claro que esta solución nos deja con el deber de definir los que pueden interpretarse como “efectos intrínsecos” de una norma, pero, al menos, está formulada en los más promisorios términos de los “efectos” de la norma. Asimismo, y ello al margen de que en general pueda considerarse desacertado expresar cuestiones semejantes con la terminología (ontológica, metafísica) de “hechos contingentes” y “necesarios”, parece excesivo formular esta cuestión en esos términos. Es sumamente más sencillo afirmar que para clases enteras de sujetos que comparten alguna propiedad normativamente relevante, se considera un beneficio, para la mayor parte de los casos, los derechos que les son conferidos (ver, por ejemplo, el cuantificador que Kramer aplica a los titulares de derechos IX§1). Hay algo de esta idea en las páginas citadas, en que Hart se pronuncia acerca de la tendencia a beneficiar de los derechos, pero no está desarrollada.

Una dificultad añadida al carácter “necesario” de la ocurrencia del beneficio en cuestión es que Hart anuda este carácter con la exigencia de que *tal* beneficio sea “directo” (atribuido de forma directa, cabría decir quizás). Y en efecto tampoco es claro

---

derechos individuales (*vid.* Hart, 1982: 177). Además, Bentham parece sugerir que es más idónea la explicación de derechos mediante los ilícitos que suponen su vulneración (*vid.* Hart, 1982: 179).

<sup>107</sup> Hart señala casos límite en la calificación de un beneficio como directo o indirecto, en función del grado de probabilidad, de las posibles contingencias y analogías con los beneficios directos individuales estándar (Hart, 1982: 177). Por ejemplo, en lo relativo a la provisión de la seguridad de los trabajadores, proveer individualmente con casco a cada trabajador y una indemnización en caso de lesión son beneficios directos (*assignable*), mientras que una ley requiriendo al empresario cercar un espacio peligroso –una mera prevención del daño– sería un beneficio indirecto (*unassignable*), pero de calificar dicho cerco como beneficio directo, no sería conveniente hablar de *separate* o *individual benefits* (los propios de las leyes para *assignable*) sino, más bien, de *common benefits* –en cuanto dirigido a la clase de trabajadores. La calificación del beneficio como directo, indirecto o común dependerá de las circunstancias de la situación y, sobre todo, del test de determinación de individuos o *assignability test* (Hart, 1982: 180).

qué ha de entenderse por “beneficio directo”, si la manera de distribuir el beneficio, que el impacto del beneficio sea inmediata o mediatamente tangible para el individuo –lo que sería afín a la distinción benthamiana entre males y bienes de primer orden, de segundo orden, etc.– o la probabilidad de que el beneficio se produzca (*cf.* Hart, 1982: 177). Pero es manifiesto que ello permite a Hart calificar los beneficios directos estándar como “beneficios separados o individuales”, por oposición a un “beneficio común” (*cf.* Hart, 1982: 177). Hart no lo sugiere, pero se puede conjeturar que esta estrategia persigue prevenir, al menos en cierta medida, la posibilidad de mezclar los derechos individuales indebidamente junto con otros beneficios generales, como propugnaría el componente aditivista (agregador de utilidades) de la estructura moral utilitarista.

En todo caso, Hart hace recaer la atención y el potencial explicativo de las demás variables en la idea de los “destinatarios determinables de una norma”.

### **III.1.2. Del beneficio al perjuicio directo. El “individuo al que la ley pretende beneficiar” como damnificado**

Antes de pasar a examinar el sentido de “destinatarios determinables de una norma” conviene considerar una breve síntesis del tercer conjunto de argumentos que plantea Hart. El siguiente es un bosquejo de dicho conjunto. Con la explicación benthamiana de cómo se determina un individuo –mediante nombre o mediante alguna descripción que lo haga suficientemente distinguible de los demás– puede identificarse qué leyes tipifican ilícitos (esto es, leyes que sancionan detrimentos o confieren beneficios) a individuos determinables. Lo que Hart llama el “test de determinación” consiste en entender por “individuo al que la ley pretende beneficiar” el sujeto que puede probar un detrimento individual a resultas del incumplimiento de una ley que tiene por destinatarios beneficiados individuos determinables.

Veamos qué entiende Bentham por la “determinación” de individuos. Como sabemos (II§1), para la ontología benthamiana, nominalista y fisicalista, una cierta comunidad no es, en última instancia, sino la suma de los individuos discretos que la componen. En todo caso, una comunidad puede disgregarse en los siguientes conjuntos, en función de quién sea el sujeto de una norma: [a] la comunidad en su conjunto (el destinatario beneficiado por la norma es “público”; si se habla de un ilícito, se denomina el ilícito “público”), [b] una clase más reducida dentro de esta (el destinatario es “semipúblico”; se habla de ilícitos “semipúblicos”), [c] sujetos individuales (el destinatario es “privado”; se trata de ilícitos “privados”). Para los propósitos que ocupan a Hart, se trata de determinar individuos; mientras que [c] es una clase íntegramente constituida por individuos determinables, [b] lo es solo en parte, y, en la restante parte, por individuos no determinables, mientras que [a] está exclusivamente integrada por individuos no determinables.

La referencia más explícita, señala Hart, en que Bentham explica el modo de determinar un individuo es la siguiente: “o por nombre, o al menos por descripción, de

tal manera que sea suficientemente distinguible de todos los demás” (Bentham, 1982: 188). Pero Hart sostiene que este modo no podría dar cuenta, al menos directamente, de las leyes que pretenden beneficiar a individuos determinables, en la medida en que resulta inadecuado decir que tales leyes –por ejemplo, las penales– identifican los (potenciales) lesionados por nombre o una descripción unívocamente aplicable, ni que semejantes leyes pretendan beneficiar solo a individuos determinados de esa manera, tan solo sincrónicamente (*vid.* Hart, 1982: 178).

Antes de proseguir con la exposición de la argumentación hartiana, considero importante plantear algunas observaciones acerca del modo en que Hart concibe la “determinación” en Bentham y acerca de las posibilidades de determinar los sujetos de una norma. En primer lugar, creo que Hart se equivoca cuando afirma que lo que Bentham sostiene como “modo de determinar individuos” no es directamente aplicable a los sujetos de una ley, esto es, no permite tal cual identificar los sujetos a los que una norma está dirigida, en calidad de beneficiarios. Y ello porque la interpretación que Hart ofrece de lo que Bentham entiende por tal modo de determinación es sumamente restrictiva. De hecho, parece que las alusiones benthamianas al nombre o a la descripción de individuos determinables sean concebidos por Hart en el sentido de nombres propios o atómicos de individuos concretos y no como descripciones definidas o como descripciones indefinidas de individuos agrupados en clases abstractas. En cambio, es esto último a lo que parece referirse Bentham.<sup>108</sup> En la continuación del pasaje mencionado por Hart, en un ejemplo al que este no alude, Bentham ilustra que un individuo puede ser determinado “por ejemplo, por la circunstancia de ser el propietario u ocupante de tales y tales bienes” (Bentham, 1982: 188). Si bien es cierto que la frase es ambigua, no parece que Bentham pretenda remitir a, pongamos por caso, “el propietario de Blackacre y Whiteacre” sino más bien a algo como “el propietario de una finca rústica y un molino”. Me parece que la alusión a “la *circunstancia* de ser el propietario” es indicativa de esta solución.

Si esto es así, no puede decirse, como pretende Hart, que una norma no puede determinar sus destinatarios *ex ante* (de acuerdo con el modo propuesto por Bentham) y que solo *ex post*, una vez han sufrido un menoscabo individual, tales destinatarios pueden quedar determinados (en virtud del modo ofrecido por Bentham o del test de determinación formulado por Hart). Lo que puede afirmarse, y tal vez es lo que ya afirmara Bentham, que las normas definen los sujetos de forma genérica, tras lo cual podemos subsumir de forma individual a un individuo en dicha clase.

Hart estima que si bien la explicación benthamiana resulta inaprovechable de no incluirse alguna corrección, puede emplearse de forma indirecta para determinar si un ilícito es o no contra individuos determinables. Esto es, si queremos saber si un ilícito es contra individuos determinables podremos valernos de la pregunta benthamiana relativa a la determinación (¿es identificable el lesionado por nombre o alguna descripción

---

<sup>108</sup> En cambio, en el mencionado pasaje, podemos entender la alusión benthamiana a “descripciones” como análoga a las descripciones definidas y su alusión a “nombre” referida a los sustantivos en general y no únicamente a nombres propios.

unívocamente aplicable?). Si recibe una respuesta afirmativa se tratará de un ilícito contra individuos determinables, si recibe una respuesta negativa se tratará de un ilícito público o contra clases de individuos (*vid.* Hart, 1982: 178). Y en el momento en que la comisión de un ilícito contra individuos determinados comporta *necesariamente* un detrimento individual, habida cuenta de que, como se recordará, “detrimento” y “beneficio” son entendidas como conversas y que un ilícito es el menoscabo de beneficios (derechos), resulta que esto nos permite saber si una norma confiere beneficios (derechos) individuales o directos. Así, Hart propone entender por “ley que pretende beneficiar a individuos” una ley que requiere, para acreditar su violación, que un individuo determinable muestre haber sufrido un detrimento individual (*vid.* Hart, 1982: 179).<sup>109</sup> Este es el tenor del test de determinación (“*assignability test*”) formulado (o, cuando menos, reformulado) por Hart. Por tanto, Hart sugiere al teórico del interés que aboga por la claridad, que emplee la locución “individuo al que la ley pretende beneficiar (“intended beneficiary”)” como referida a un individuo que prueba haber sufrido un detrimento individual a resultas del incumplimiento de una ley que beneficia (que confiere derechos) a individuos determinables. Esto tiene dos principales méritos teóricos. El primero es que permite dotar de significado unívoco a la noción de “individuo al que la ley pretende beneficiar” y conferirle poder explicativo, y, consiguientemente, para el teórico del beneficiario, atribuye un sentido preciso a la expresión “titular de derechos individuales”, al margen de la concreta intención del legislador. Esto es, sabemos si una ley confiere derechos individuales sin tener que emprender discutibles investigaciones acerca de la verdadera intención del legislador.<sup>110</sup> El segundo mérito es que permite restringir de forma razonable la clase de posibles beneficiarios que deban considerarse titulares de derechos (para un desarrollo de este punto IX§2).

En virtud del principio de caridad, Hart dice presuponer esta interpretación de Bentham como correcta con vistas a elaborar su crítica.<sup>111</sup> En verdad, aunque, como señala Hart, hay base textual para imputar a Bentham buena parte de esa posición, o, mejor dicho, aunque Bentham presente buena parte de los argumentos aislados con los que construir la escalonada argumentación de Hart, hay buenas razones para pensar que Bentham no hubiera propiciado la redefinición augurada por Hart. En primer lugar, aunque Bentham pudiera estar de acuerdo en operacionalizar la intención del legislador del modo sugerido por Hart, resulta sumamente discutible que, como cuestión de

---

<sup>109</sup> Los ilícitos contra individuos no determinables (*offences against unassignable*) conforman una categoría subsidiaria, y para establecer la transgresión de tales ilícitos no se requiere la acreditación de un detrimento individual y puede incluso ocurrir que ningún individuo sufra detrimento alguno (*cf.* Hart, 1982: 179). El cumplimiento general de una ley es considerado un beneficio indirecto para algunos de los individuos dentro de la clase o comunidad en que se hallan incluidos, aunque no identificados.

<sup>110</sup> Por cierto, Bentham no veía reparo en ello: en la comprensión benthamiana de “ley”, a menos que el legislador hubiera recurrido a alguna mistificación, la verdadera intención del legislador es sencillo objeto de conocimiento.

<sup>111</sup> Además, Hart defiende que el test propuesto por Ross en 1946 avalaría su equiparación entre daño individual e intención del legislador y que la teoría del “beneficiario cualificado” que Lyons imputa a Bentham se asemeja mucho a esta interpretación (Hart, 1982: 181).

principio, Bentham estuviera dispuesto a prescindir de la intención del legislador o a reducirla a la mencionada operacionalización. Como hemos visto (II§2), Bentham concebía la ley como un conjunto de signos declarativos de la voluntad del soberano relativa a la conducta de una(s) persona(s) sujeta(s) a su poder. Todo discurso es para Bentham expresión de un estado mental y la ley es la expresión de la intención (un tipo concreto de intencionalidad) del legislador (*cf.* Moreso, 1992: 137).<sup>112</sup> Además de ser un pacífico objeto de conocimiento, la intención resulta, para Bentham, constitutiva del significado. En verdad, Bentham engloba en la locución “intención del legislador” ya sea la efectiva intención del sujeto particular que dictó la regla ya sea (la comunicación de) la intención de guiar la conducta de los destinatarios –que es aquello en lo que consiste dictar una regla (*cf.* Monti, 2020: 1, 15). Contra lo que piensa Bentham, una y otra intención no tienen por qué coincidir y esta es una de las razones por las cuales plantean dificultades las observaciones que dan lugar a la doctrina jheringiana de la “Reflexwirkung”.<sup>113</sup> En segundo lugar, porque parece una decisión restrictiva: no es cierto que únicamente el beneficio directo –al menos, de forma afín a como lo entiende Hart– pueda ser considerado como base para los derechos; como reconoce Hart, Bentham parece contemplar en diferentes pasajes que si el legislador pretendía beneficiar aún muy indirectamente a un individuo determinable con la ejecución de una obligación, ello le conferiría un derecho a su ejecución (*cf.* Hart, 1982: 181; para una discusión sobre el problema de los destinatarios en normas de derechos, *vid.* Duarte, 2016). Hay que tener en cuenta que Bentham no parece introducir en su cláusula definitoria de la teoría del beneficiario ninguna cualificación con vistas a identificar exclusivamente un beneficio directo (ver las definiciones II§2.3). Dicho esto, hay que señalar que Bentham tiene, al menos, dos maneras de delimitar razonablemente el rango de beneficiarios relevantes (las mostraré al replicar a un escenario planteado por Hart, en la siguiente sección). La redefinición que propicia Hart de “beneficiario legal” en términos de “individuo que ha sufrido un menoscabo directo” tiene otros defectos teóricos y acarrea otros potenciales desajustes; acaso el más notable sea su carácter retrospectivo, pero no prospectivo. Presento estos inconvenientes de la propuesta hartiana junto con otros, al final del capítulo.

---

<sup>112</sup> No habría mensaje ajeno al emisor, lo cual puede entenderse como la concreción semántica del principio imperativista suscrito por Bentham de “kein Imperativ ohne Imperator”.

<sup>113</sup> Creo que aunque Jhering entrevió el problema, no le dio una respuesta satisfactoria (para un somero tratamiento de la cuestión VI§2.1).



### III.2. La teoría de la elección: irrelevancia de la condición de beneficiario

The idea is that of one individual being given by the law exclusive control, more or less extensive, over another person's duty so that in the area of conduct covered by that duty the individual who has the right is a small-scale sovereign to whom the duty is owed.

(Hart, 1982: 183)

Tras haber reformulado los términos en que considerar la teoría del beneficiario, Hart rebate la posición mejorada, para introducir seguidamente la teoría de la elección y, paulatinamente, la teoría pluralista que plantea como alternativa. En esta sección examino críticamente el intento de refutación de la teoría del beneficiario por parte de Hart y la presentación de teoría de la elección como alternativa. Intentaré mostrar que la refutación no es exitosa, porque una parte de los problemas que Hart imputa a la teoría del interés no son tales y en la parte restante, conformadas por genuinos problemas, resulta que estos son predicables de escasas variantes de la teoría del interés. Asimismo, procuraré identificar limitaciones y elementos de escasa plausibilidad en la teoría de la elección.

El intento de refutación hartiano, articulado en una argumentación relativamente compleja, puede compendiarse en tres críticas a la teoría del beneficiario (y del interés): 1. Los teóricos del beneficiario, al definir el titular de derechos como “beneficiario de una obligación ajena”, estarían abocando a los derechos a la redundancia, en tanto en cuanto lo que es formulado en términos de derechos podría ser expresado con mayor claridad en términos de obligaciones. 2. Ser beneficiario de una obligación ajena no es condición suficiente de ser titular de un derecho, pues en todo caso se requiere el control respecto de dicha obligación. 3. Ser beneficiario de una obligación ajena no es ni tan siquiera necesaria de ser titular de un derecho, pues, al menos en muchos y relevantes casos, tal situación es sencillamente irrelevante. Incidentalmente, es digno de nota que Hart se aleja de sus planteamientos iniciales, herederos de Bentham, en virtud de los cuales la expresión “derecho subjetivo” solo puede ser entendida dentro de un enunciado, en una ocasión discursiva determinada. También lo es que Hart suscribe una comprensión “definicionista” del concepto de “derecho subjetivo”. En virtud del definicionismo o teoría clásica de los conceptos, las definiciones consisten en condiciones necesarias y suficientes y los conceptos se refieren a todo aquello que satisface tales condiciones (Prinz, 2002: 37).

La teoría de la elección vendría a suplir estos tres conjuntos de inconvenientes que acabo de referir, en la medida en que sostiene que es la elección respetada de un individuo el elemento definitorio de los derechos, rescatando a estos de la condena a la redundancia. Una cuarta crítica –que merece un examen aislado por su poca claridad– es que los teóricos del interés están, dice Hart, comprometidos con una concepción de “beneficio”

utilitarista, que desconoce el carácter distributivo de los derechos. Veamos con cierto detalle las críticas para abordar seguidamente su propuesta alternativa.

### III.2.1. Acusación de redundancia a la teoría del beneficiario

La primera crítica es la célebre acusación de redundancia que Hart dirige a los teóricos del interés. Si los teóricos del interés definen el titular de un derecho como el “beneficiario de una obligación” estarían convirtiendo el lenguaje de los derechos en una formulación alternativa de las obligaciones. Pero no se trataría solo de una formulación alternativa (sin valor añadido pero igualmente útil que la expresión de obligaciones) sino que la expresión “derecho subjetivo” sería innecesario y confundente respecto de la indispensable terminología de las obligaciones (*vid.* Hart, 1982: 181-182; para la “indispensable terminología” *cf.* Hart, 2012: 6 ss.; *cf.* Hart, 1983: 93, para la importancia operativa de los deberes). No ganaríamos en claridad o en “significación” al traducir las expresiones de obligaciones en expresiones de derechos; la teoría del interés proporcionaría al jurista una herramienta que no solo es redundante respecto de las obligaciones sino prácticamente inútil.

Parece, además, que esa comprensión de los derechos no permite dar cuenta del empleo de los derechos como justificaciones en el razonamiento jurídico. Sostiene Raz que Hart defiende que una explicación de los derechos debe cumplir, entre otras, dos condiciones: debe explicar el carácter perentorio que queda de manifiesto cuando se invocan derechos como justificación de exigencias frente a otras personas de lo que *deben* hacer o no hacer –no meramente lo que deberían hacer o no hacer– y debe explicar cómo los derechos sirven de guías para la acción tanto para su titular como para otros sujetos (Raz, 1984b: 125). Parece extraerse de la crítica hartiana que la teoría del beneficiario no reúne tales condiciones a razón de la redundancia de los derechos con el lenguaje de las obligaciones y de la incapacidad de hacer que los derechos sirvan de justificación autónoma. Si algo nos dice qué deben hacer los destinatarios de normas no son los derechos sino las obligaciones, al menos si nos servimos de la teoría del interés. La incapacidad para servir como razones perentorias respondería, además, a la inestabilidad o fragilidad de los derechos frente al requisito de maximizar la utilidad –al menos, esta parece ser la comprensión de Hart del elemento utilitarista en la teoría del beneficiario, que aduce con cierta frecuencia.

Hart no restringe a Bentham su acusación de redundancia, sino que la imputa a “los principales defensores de la teoría del interés o del beneficiario”. La acusación de Hart es infundada, tanto referida a Bentham como extendida a la mayor parte de los teóricos del interés. Puesto que la exposición detallada de una réplica a tal acusación no es nodal ni para la exposición de Hart ni para mi crítica de sus posturas, pospongo tal exposición a las consideraciones críticas (III§5). Baste por ahora, de cara a proseguir el examen crítico, afirmar que la acusación carece de fundamento y que, como veremos (III§3), el propio Hart emplea la noción de “beneficio” para expresar la idea de derechos fundamentales.

De este modo, la teoría del beneficiario se mantiene en pie –aunque veremos luego, ulteriores intentos de refutación de Hart–; el “beneficio” sigue siendo una noción que esclarece que la noción de “derecho subjetivo”, con la advertencia y con la inadvertencia de Hart. Con la advertencia de Hart, dado que el autor sostiene que no debe prescindirse totalmente del concepto de “beneficio” en la elaboración de una teoría de los derechos, en el momento en que, lejos de hacer redundantes los derechos fundamentales respecto de las obligaciones, arroja luz acerca de su significación. De hecho, como sostendré, el principal distintivo de la concepción de “beneficio” tal y como la entiende Hart frente a Bentham –y aun frente a cualquier teoría del interés– es únicamente el pretendido compromiso de estos últimos con el utilitarismo. Con la inadvertencia de Hart, puesto que no es razonable sostener que la noción de “beneficio” es inaplicable a las labores ordinarias del jurista so pena de redundancia, ni es tampoco razonable adscribir la imputación de redundancia a la mayoría de las teorías del interés.

El punto de partida de la formulación de la teoría de la elección es la necesidad de ahondar en las razones que sustentan la distinción entre clases de obligaciones, en aras de comprender precisamente qué caracteriza a aquellas que son correlativas de derechos. Hart busca esclarecer las obligaciones correlativas de un modo que trascienda la distinción benthamiana entre “obligaciones que no benefician a nadie” –así como “obligaciones que benefician a uno mismo”– y “obligaciones que benefician a otros”, y para ello se fija en la más amplia y que separa las obligaciones absolutas y las relativas.<sup>114</sup> Al referirse a “obligaciones relativas” y “absolutas”, Hart alude a una terminología tradicional; las primeras son debidas a algún particular e implican derechos (paradigmáticamente, derechos civiles) mientras que las segundas no son debidas a ningún sujeto privado, sino solo, acaso, al soberano (*vid.* Gaius, 1871: 4; *vid.* Austin, 1869: 67-68). Podría sostenerse, empleando terminología actual, que Hart estaba pensando en la distinción entre obligaciones direccionales, como aproximadamente correspondientes a las obligaciones relativas, y no direccionales, como aproximadamente correspondientes a las obligaciones absolutas (para la direccionalidad *vid.* Cruft, 2013; *cf.* Biasetti, 2015: 75-79). Digo “aproximadamente correspondientes” porque la distinción clásica suponía un colapso entre que ciertas obligaciones fueran *debidas a* alguien (que es lo que la distinción actual sostiene y lo que pretendía sostener Hart) y que ese alguien viniera dado por un particular y que ciertas obligaciones no fueran *debidas a* alguien (como sostiene la distinción actual y como pretendía sostener Hart) y que fueran *debidas* solo al soberano. Creo que la

---

<sup>114</sup> Hay distintos indicios que apuntan a que Bentham desconocía la distinción entre obligaciones relativas y absolutas (*contra*, Cruz Parceró, 2004: 189). Conviene recordar, además, la proximidad dogmática y de política del derecho entre la legislación penal y civil en cuanto a las obligaciones y el tratamiento que ambos sectores dispensan al individuo. Precisamente, Hart defiende esta separación como base de su propuesta para ir más allá de Bentham. En un párrafo que el autor utilitarista dedica a las *conditions* (Bentham, 1982: 265) pudo haber visto Hart una cierta caracterización de las obligaciones relativas como propias de situaciones privadas y que tienen como contrapartida derechos correlativos, reservando, con base en un argumento *a contrario*, a las obligaciones absolutas la situación opuesta. Pero no parece que Hart tenga en mente el párrafo en este punto (*cf.* Hart, 1982: 182), antes que nada, por la excesiva vaguedad con que aquel está formulado.

distinción entre direccionalidad/no direccionalidad era la que verdaderamente hubiera interesado a Hart y no la distinción entre horizontalidad/verticalidad; sea como fuere, es relevante señalar que su comprensión del titular de derechos como “soberano a pequeña escala” parece ser, en parte, una trasposición de la última distinción.

Hart afirma que, frente a lo que sostiene la visión tradicional de la dicotomía entre obligaciones relativas (propias del derecho civil) y obligaciones absolutas (características del derecho penal), esta distinción no encuentra su fundamento ni en los dispares bienes que protegen –distintos intereses, privados y públicos, como tal vez pretendería el teórico del interés–, ni en el diferente contenido de la acción, ni en la divergente modalidad de respuesta ante la infracción que despliega cada rama del ordenamiento jurídico (*vid.* Hart, 1982: 182-183).

Por el contrario, a ojos de Hart, una adecuada distinción entre obligaciones relativas y absolutas descansa en la atención, la “*special manner*”, que la ley civil depara a los individuos titulares de derechos, al reconocerles o atribuirles un especial *locus standi* que se concreta en la atribución de un control exclusivo, más o menos extenso, sobre la obligación de la otra persona, de modo tal que en el ámbito de la obligación, el titular de un derecho es “un soberano a pequeña escala” (“*a small-scale sovereign*”). Lo que hace una norma civil no es conferir un beneficio a una persona, sino conferirle un control sobre la obligación de otra(s) persona(s) (*vid.* Hart, 1982: 183).

### III.2.2. Capacidad de control sobre la obligación ajena

El grueso de la argumentación refutatoria y propositiva de Hart se concentra en las siguientes tesis, sustentadas en una argumentación compleja: lo que cuenta para ser cualificado como titular de un derecho es disponer de control respecto de una obligación ajena; ser beneficiario de una obligación ajena no es condición suficiente y ni siquiera condición necesaria para la titularidad de derechos (*vid.* Hart, 1982: 187-188).

En primer lugar, conviene considerar un famoso caso hipotético planteado por Hart (Hart, 1955: 180). *X* promete a *Y*, a cambio de algún favor, que cuidará de la anciana madre de *Y* en su ausencia. De esta transacción emergen derechos pero es *Y*, afirma Hart, quien tiene tales derechos y no su madre. Pese a que es ella la persona concernida por la obligación de *X* y la que se beneficiará de su realización, resulta que no es el poder beneficiarse de la obligación ajena lo relevante para que sea calificada como titular de derechos, sino el poder determinar mediante su elección cómo ha de comportarse *X*. Solo *Y* cuenta con esa capacidad normativa, pues es el único con título a que su madre sea cuidada y que puede renunciar a y eximir a *X* de su obligación.

Sin perjuicio de argumentos adicionales (IX§2.1.1.1), se puede recriminar a Hart haber pasado por alto que hay distintas relaciones en juego. Una, que es en la que Hart apoya su solución, entre *X* e *Y*, dada, al menos por el deber de *X* de cuidar de la madre

de *Y* y la correlativa pretensión de *Y* que *X* cuide de su madre.<sup>115</sup> Pero hay una segunda relación, en verdad, presupuesta por la primera, y que Hart, curiosamente, pasa por alto, entre *Y* y su madre, dada por el deber de *Y* de cuidar a su madre y la correlativa pretensión de la madre de ser cuidada. Creo que hay, adicionalmente, otro nivel de derechos, que son los derechos *remediales* de *Y* frente al incumplimiento de *X*, pero Hart no lo considera en estos términos y me referiré a él solo unas líneas más adelante. Una y otra relación pueden ser reconstruidas empleando la teoría del beneficiario. Así, *Y* se beneficia de la realización de la obligación de *X*, o, en una formulación que sea más difícilmente susceptible de la acusación de redundancia de Hart, *Y* se beneficia de tener un derecho a  $\varphi$ , que tiene por correlativo el deber de *X* de  $\varphi$ . Como afirma Nino, claro que *Y* se beneficia de que cuiden a su madre, ya solo sea por el beneficio de eximirse de cuidarla él mismo (*cf.* Nino, 1989: 40; *cf.* la réplica a Haksar de Hierro, 2001: 94-95). Por su parte, la madre de *Y* se beneficia de tener un derecho a  $\varphi$ , que tiene por correlativo el deber de *Y* de  $\varphi$ . Si la madre no es titular de derechos frente a *X*—no según las relaciones examinadas hasta ahora— es sencillamente porque no es parte en la relación entre *X* e *Y*. En fin, podrían darse casos de subrogación, de modo que la madre de *Y* sustituye a *Y* en sus derechos frente a *X*, pero este escenario no es contemplado por Hart y no tiene por qué ser contemplado como contraargumentación. Por su parte, Bentham proporciona una solución original que permite distinguir entre los beneficiarios a razón de distintas relaciones; en efecto, Bentham distingue entre *beneficiary power* y *trustee power* y afirmaría que en un caso y otro hay un beneficio (en uno, como *beneficiary*, en otro, como *trustee*) y dos derechos, aunque frutos de relaciones jurídicas distintas (II§2.3.2). Una última observación es que si la relación entre *X* e *Y*—mejor dicho, algunos derechos de dicha relación— es explicable en términos de la teoría de la voluntad —aunque no necesariamente de la teoría de la elección— y creo que lo es, lo es también la relación entre la madre de *Y* e *Y*, aunque, seguramente, con mayor dificultad.<sup>116</sup> También la madre de *Y* puede eximir a su hijo de su obligación y puede, si la obligación es jurídico-positiva, puede emprender una serie de acciones con eficacia jurídica frente a su incumplimiento. Creo que hay, sin embargo, algún problema. Los derechos que puede captar la teoría del interés y los derechos que puede captar la teoría de la voluntad son distintos, responden a “etapas” distintas: al menos, en un escenario como el presentado, la teoría del interés da cuenta de los derechos primarios, sustantivos —derechos relativos a que un cierto sujeto tenga un cierto comportamiento—, mientras que la teoría de la voluntad da cuenta de los derechos secundarios, remediales —derechos relativos a la respuesta en previsión o en caso de que un cierto sujeto no tenga un cierto comportamiento. Es decir, no es precisa la caracterización de Hart, pues habla de la

---

<sup>115</sup> Naturalmente, la planteada en el caso constituye una relación compleja, pues también presupone el deber de mantener esa promesa —si no todas las promesas— y la correlativa pretensión de que esa promesa —o toda promesa— sea mantenida.

<sup>116</sup> Creo que la teoría de la elección caracteriza con excesivo detalle las situaciones en que dictamina que un cierto sujeto tiene un derecho, lo que la hace inelegible como teoría de los derechos.

relación entre  $X$  e  $Y$  como si se tratara de derechos primarios (como si fuera una relación de primer orden) pero en realidad se trata de derechos secundarios: si  $Y$  puede contar con una serie de remedios respecto de  $X$  (*i. e.*, tener derechos, según la teoría de la elección) ello es porque tiene un derecho primario frente a  $Y$  (la pretensión, como he dicho, de que  $X$  cuide a su madre). Y resulta que ese derecho primario no es susceptible de ser captado por la teoría de la voluntad. Además, en función de la índole de uno y otro derecho (sustantivo o remedial) estamos inclinados a otorgar plausibilidad a la teoría del interés y atribuir plausibilidad de la teoría de la voluntad. Pero que consideremos que solo una de esas posiciones normativas es un genuino derecho, o que reconozcamos solo a una de esas lecturas capacidad explicativa, seguramente dependa de qué valor prioricemos o tendamos a reconocer. Me parece, efectivamente, que la relación entre la madre de  $Y$  e  $Y$  es más capazmente explicable mediante la teoría del interés y por eso Hart reconoce que la madre se beneficia de la obligación de  $Y$ —otra cosa es que Hart no reconozca que ese beneficio es cualificable como “derecho subjetivo” pues ello supondría suscribir la cláusula definitoria de la teoría del interés— y tal vez por eso Hart no ha pensado ni siquiera en la capacidad para describir tal relación en términos de la teoría de la voluntad. La desprotección que evoca el ejemplo de la madre hace propender hacia la teoría del interés en el caso de la relación entre la madre de  $Y$  e  $Y$ , la respuesta normativa en un acuerdo sinalagmático hace propender hacia la teoría de la voluntad, en el caso de la relación entre  $X$  e  $Y$ .

El análisis crítico de este ejemplo brinda una ocasión propicia para, una vez introducido el modelo de “derecho” establecido por la teoría de la elección, aclarar en qué medida dicha teoría da cuenta de derechos de segundo orden y no de primer orden y cómo tal teoría sigue, aunque inadvertidamente para Hart, dando buenas dosis de razón a la teoría del interés.

El modelo de derecho subjetivo que defiende la teoría de la elección es un macroderecho conformado por una libertad bilateral y un poder. La libertad bilateral brinda la posibilidad de elección mientras que el poder permite incidir normativamente en la situación jurídica de los demás. Aunque, en ocasiones, la exposición de Hart parece equiparar directamente “derecho” con “control”; es más adecuado entender que Hart concibe el control como un rasgo definitorio de los derechos (*vid.* Hart, 1982: 188), un control implicado en la *elección jurídicamente respetada*, que es la idea con la que propiamente se identifica la “noción común” de derecho como libertad bilateral, posición reconocida y tutelada jurídicamente a los individuos. De modo que todo derecho subjetivo tiene por función servir a la voluntad de su titular (tratarle con una “special manner”, atribuirle un “locus standi”), posibilitando su elección (mediante una libertad bilateral) acerca de cómo controlar la situación normativa ajena. Por ende, el elemento más relevante es el de libertad bilateral, el poder es instrumentalmente valioso con respecto a ella. Naturalmente, hablar de “la situación normativa ajena” significa que, para la teoría de la elección, los derechos son necesariamente derechos de segundo orden, referidos a derechos de primer orden. Abordaré estas consideraciones al final del párrafo, antes conviene examinar más de cerca los elementos (principales) del modelo.

La libertad bilateral, por tanto, es un elemento central, acaso el elemento central en los derechos (*cf.* Bayles, 1992: 146). La terminología de Hart es inconstante y no es precisa acerca de la configuración de un macroderecho en cuyo seno se encuentren microderechos, algunos más salientes (libertad bilateral, poder), otros menos; a veces se refiere Hart a distintas *acepciones* de “derecho subjetivo”, a veces a distintos conceptos y a veces la libertad bilateral está presente en ellos, a veces la libertad bilateral consiste directamente en tales derechos (p. e., *vid.* Hart, 1982: 188).<sup>117</sup> En todo caso, la lectura más plausible es que para Hart se puede considerar la libertad bilateral, habida cuenta de la función que desempeña (la habilitación a realizar una elección legalmente respetada), la posición fundamental en cualquier macroderecho. La diferencia entre uno y otro elemento radica, en opinión de Hart, en el tipo de acto permitido, al que se refiere el derecho: 1. las libertades –por ejemplo, el derecho de mirar el predio vecino– se refieren a un acto natural, al que la ley no atribuye especial relevancia legal; 2. los poderes –como enajenar la propiedad– consisten en libertades bilaterales de hacer un *act in the law*, reconocido por la ley como capaz de alterar situaciones jurídicas; 3. las pretensiones son, para Hart, casos especiales de poderes en que el titular tiene libertad para renunciar o extinguir, ejecutar o no ejecutar una obligación ajena (igualmente, un *act in the law*).<sup>118</sup>

En lo que hace a los poderes, resulta que estos son también un foco de atención legal y ocupan una posición central en la noción de “derechos jurídico-positivos” (*vid.* Hart, 1982: 184). A pesar de la centralidad, la teoría de la voluntad (la teoría de la elección, pero también otras versiones) ha sido cifrada en la acepción de “poder”. No es extraño pues Hart entrelaza una serie de consideraciones para mostrar la importancia de caracterizar los derechos como lo hace la teoría de la voluntad y precisamente en términos de “poderes”. Tal caracterización consiente [a] referirse a derechos que son ejercitables y [b] mostrar una estrecha vinculación entre los derechos y su titular. Se trata de intuiciones frente a las que la teoría de la voluntad plantea una solución idónea. En lo que hace a [a], Hart considera contraintuitivo hablar de derechos que no son susceptibles de ejercicio. En verdad, una objeción preliminar, de carácter estructural, –una objeción que, como veremos en las siguientes páginas, es salvada por el propio Hart– es que el elemento que consiente ejercitar o no ejercitar (esto es, posibilita la decisión acerca del ejercicio) son las libertades bilaterales, no los poderes (*cf.* Penner, 2017: 106). Pero una crítica sustantiva significativa dirigida por distintos teóricos del interés consiste en señalar que hay muchos derechos indisponibles (a fortiori, no ejercitables) sumamente relevantes y que en numerosos (macro)derechos disponibles no es uno de los rasgos más valiosos que sean

---

<sup>117</sup> Las imprecisiones de Hart se deben, al menos en parte, a su ambición por referirse, en ocasiones, a los macroderechos y, en ocasiones, a los microderechos y no disponer de una terminología correspondiente. Creo que, a pesar de que ya Hohfeld aludiera a “interests of a complex carácter” y a “aggregates of abstract legal relations” (Hohfeld, 2010: 27, 30) la distinción a la que acabo de referirme es relativamente reciente.

<sup>118</sup> Este elemento no siempre se refirió a *tres* acepciones de “derecho subjetivo”, sino a una –la postura principal inicialmente asumida (Hart, 1953 [también, Hart, 1983])– o a cuatro –como sugiere en el pie de página en 1953 y 1983. En las próximas notas expongo más en detalle este cambio de postura de Hart.

disponibles (una argumentación más pormenorizada sobre este aspecto en VII§1, IX§2.1.2.1). Amén de los derechos indisponibles, cualquier versión de la teoría de la voluntad se enfrenta a la objeción de que previene la afirmación de que ciertos sujetos que no pueden ejercitar sus derechos –personas *sui iuris* y animales no humanos– carecen de ellos. Aunque Hart cree hacer frente a esta objeción relativa a menores e incapaces (*vid.* Hart, 1982: 184,185), incurre en una falacia de *ignoratio elenchi*, pues se fija en el ejercicio de los derechos en vez de fijarse en la voluntad de ejercitarlos (un análisis de las distintas posturas de Hart acerca de este problema V§2; para la imposibilidad de la teoría de la voluntad de reconocer los sujetos *sui iuris* como posibles titulares de derechos IX§2.1.2.2). En lo que respecta a los animales no humanos, Hart considera un mérito explicativo de la teoría de la voluntad que impida que les sean adscritos derechos (*vid.* Hart, 1982: 185). En lo que se refiere a [b], habría una analogía entre derechos y otras clases de “propiedad” normativa: la obligación le es *debida* al titular del derecho en la medida en que este “posee” el derecho correlativo (*vid.* Hart, 1982: 184-185, *vid.* Hart, 1955: 180). Como algo de lo que se es propietario, las expresiones lingüísticas referidas a los derechos traslucirían un singular vínculo entre los derechos y su titular. Concebir los derechos como un especial modo de control respecto de la obligación correlativa se acomodaría a estos usos lingüísticos y a estos *analogoi*. Tales argumentos parecen inspirados en la investigación lingüístico-conceptual de Hohfeld (IV§1) y en la terapia lingüística que preconiza la filosofía del lenguaje ordinario (algo más acerca del uso de Hart de esta metodología V§4). No creo tanto que el tipo de investigación y el método sean desacertados como que la conexión entre los distintos elementos es muy vaga y el expediente lingüístico dista de ser concluyente).

Como adelantaba y como aclara el examen de las libertades bilaterales, no se trata solo de que para la teoría de la elección un “derecho subjetivo” sea un macroderecho, integrado, por lo menos, por una libertad bilateral y un poder. Un derecho subjetivo es también un metaderecho, un derecho de segundo nivel, en la medida en que los mencionados libertad y poder son posiciones normativas consistentes en la elección de si valerse o no de derechos de primer nivel (pretensiones, libertades, poderes). Aunque Hart reconozca importancia a los derechos de segundo orden, ellos son parasitarios respecto de los de primer orden, que permanecen sin recibir tratamiento –por lo menos autónomo, que es el verdaderamente pertinente– por Hart y, de hecho, parecen difícilmente explicables por la teoría de la elección. Estos derechos de primer orden son explicables por la teoría del beneficiario. Pero resulta que también los derechos de segundo orden son explicables, aun si no se quisiese renunciar a la teoría de la elección, mediante la teoría del beneficiario, por cuanto el metaderecho confiere al titular el beneficio de la libertad de acción y del poder de elegir relativo a derechos de primer orden (beneficios de primer orden). Esto es, todos los derechos jurídico-positivos ordinarios son explicables a través de la teoría del beneficiario (y del interés) y ello sin que haya por qué renunciar, en ciertas ocasiones, a la explicación de la teoría de la elección. Por su parte, como veremos (III§3), también los derechos fundamentales pueden ser esclarecidos empleando la teoría del beneficiario. De esta suerte, la teoría de la elección no escaparía de la teoría del



beneficiario.

### III.2.3. Obligaciones relativas y absolutas y sectores del ordenamiento jurídico

Veamos en qué situaciones se concreta el “control” que Hart considera un rasgo crucial de la noción de “derecho subjetivo”. El máximo grado de control comprende tres estadios distintos, que pueden concurrir en cascada: [1] el titular del derecho puede renunciar o extinguir la obligación o bien mantenerla vigente; [2] tras el incumplimiento efectivo o su amenaza, puede pedir o no su ejecución, solicitando compensación o puede, en ciertos casos, requerir una orden obligatoria de que cese el incumplimiento; [3] puede renunciar o extinguir la obligación de compensación originada por el incumplimiento.

Claro que el mismo Hart reconoce excepciones y desajustes entre la imposibilidad o la posibilidad de disponer del (máximo grado de) control sobre las obligaciones y que se trate de normas penales o civiles, respectivamente. En todo caso, Hart es algo tibio, pues pretende que su excepción no pase de ser una excepción y socave sus pretensiones taxonómicas. Menciona Hart que en Inglaterra algunos delitos prevén que la parte actúe junto con el fiscal, aunque careciendo de poderes de ejecución (*vid.* Hart, 1982: 184). En cambio, al menos en la actualidad, en los delitos perseguibles a instancia de parte, el lesionado (esto es, el titular de derechos) es quien tiene mayor capacidad para determinar el curso del proceso. De manera converso, Hart admite que en algunos casos la ley constriñe la actuación de los contratantes, de tal suerte que puede haber casos civiles en que el titular de derechos no disponga del máximo grado de control (*vid.* Hart, 1982: 183). Pero no solo eso; importantes segmentos dogmáticos del derecho civil son considerados *ius cogens*, sustraídos a la libre disposición de las partes. Un caso especial, una suerte de *tertium genus*, como veremos, viene dado por ciertos deberes públicos de prestación. Hart no aclara por qué ciertas ramas del ordenamiento reconocen parcelas en que los individuos tienen libertad para accionar y acuerdan producir efectos normativos a tales acciones y por qué hay excepciones dentro de las mencionadas ramas.

La que acaba de ser expuesta es una omisión que no está circunscrita, sino que aqueja a toda la teoría de la elección como explicación de los derechos jurídico-positivos. Como he dicho, Hart pretende distinguir las obligaciones relativas de las absolutas en virtud del control que un cierto sector del ordenamiento, respectivamente, dispone o no dispone para un particular. Pero resulta que Hart no aclara con el debido detalle en qué medida las obligaciones relativas o absolutas responden (en sentido instrumental) a la necesidad o conveniencia de que el titular del derecho disponga o no de semejante control. Es decir, aun si concediéramos que es plausible la implicación mutua entre obligaciones relativas y que un cierto individuo disponga de control sobre ellas, Hart debería explicar por qué y hasta qué punto es valioso que los individuos dispongan de ese control respecto de las obligaciones, lo que justificaría en su caso imponer obligaciones relativas o absolutas. En pocas palabras, contrariamente a propuestas anteriores (III§2.5), la última versión de la teoría de la elección hartiana guarda silencio acerca de algunos aspectos clave de la

justificación de los derechos –y, consiguientemente, de las obligaciones– y, con ello, no explica adecuadamente por qué puede tener sentido afirmar que distintos sectores del ordenamiento atribuyen o deniegan *locus standi* a los particulares.<sup>119</sup>

Como he afirmado, Hart discrimina las obligaciones según sean relativas o absolutas y, a su vez, pueden distinguirse subclases en virtud de que proporcionen mayor o menor grado de control al titular del derecho. Unas y otras como presentes en ramas distintas del ordenamiento jurídico (*vid.* Hart, 1982: 184-187). A continuación, recojo una tabla de las tipologías de obligaciones con y sin derechos correlativos dispuestos en distintos sectores y que disponen distinta capacidad de control.

1. Derecho civil: son el caso paradigmático de derechos correlativos a obligaciones. El titular de derechos tiene un *locus standi* especial, consistente –en la mayoría de los casos– en el máximo control posible (los tres elementos antes mencionados) que convierte al titular en un soberano a pequeña escala. Hart propone como mérito explicativo de la teoría de la elección dar cuenta de situaciones jurídicas como el contrato.

2. Obligaciones públicas (propia, prestaciones sociales): si bien el control es significativamente más restringido que en los derechos civiles, el titular del derecho tiene un especial *locus standi*, su posición reviste atención legal. Esto es así porque, en primer lugar, se abre al beneficiario la posibilidad de solicitar los derechos correlativos a obligaciones públicas y exigir ante un tribunal su ejecución, lo cual implica ya la posibilidad de una *elección*. En segundo lugar, en ocasiones, el individuo cuenta con medios de asegurarse la ejecución ante su incumplimiento. De forma aproximada, retomando los tres estadios de control antes señalados, se puede afirmar que el particular no dispone de [1] ni de [3] pero sí de [2].

3. Obligaciones que buscan asegurar necesidades humanas básicas: buena parte de las obligaciones públicas conforma, de hecho, esta categoría. Se trata de derechos constitucionales, que serán analizados una vez se hayan examinado las inmunidades (III§3.1).

4. Derecho penal: es suficiente describir el derecho penal en términos de obligaciones, pues estas carecen de derechos. El sujeto no tiene control sobre la obligación correlativa ni se le atribuye ninguna clase de atención. En verdad, teóricos del interés y dogmáticos pueden replicar a Hart que bien se puede entender la incapacidad para condicionar el desarrollo de un proceso como una ausencia de derechos, pero que el lesionado carece solo de esos derechos remediales y no de otros derechos primarios respecto del bien jurídico afectado –todo tipo penal atribuye, al menos, una pretensión hohfeldiana a cada uno de sus destinatarios de no sufrir la acción u omisión prohibida por el tipo– y ni siquiera de otros derechos remediales –eventualmente, la reparación de la víctima, al margen del curso procesal.

---

<sup>119</sup> La posición hartiana tiene un antecedente reconocible en Austin. Para Austin, disponer de un remedio contra el incumplimiento de una obligación es un test idóneo para determinar la titularidad de un derecho (cfr. Edmundson, 2004: 98). Y ello, según el discípulo de Bentham, independientemente de la idea de “beneficio”.

### III.2.4. Méritos de la teoría de la elección señalados por Hart

Hart sostiene que la teoría de la elección da cuenta de tres clases hohfeldianas de “derecho subjetivo”: las pretensiones, las libertades y los poderes. En el caso de las tres modalidades es crucial, como he dicho, la capacidad de realizar elecciones, que es encarnada por una libertad bilateral (una libertad de  $\varphi$  y de  $\neg\varphi$ ). Ya en 1953 señala que la idea de “elección” es predicable de los distintos sentidos hohfeldianos de “derecho subjetivo”: “El elemento unificador parece ser este: en los cuatro casos el derecho reconoce específicamente la elección de un individuo o bien negativamente no impidiéndola o obstruyéndola (libertad e inmunidad) o bien afirmativamente dándole efecto (pretensión y poder)” (Hart, 1983: 35 [Hart, 1953: 17]).<sup>120</sup> Además de la de librar a los derechos de la redundancia, amoldándose bien a los propósitos del jurista y haciendo del lenguaje de los derechos una herramienta clave en múltiples situaciones jurídicas –notoriamente, las civiles–, una razón por la que Hart formula su teoría de la elección es la aspiración de encontrar un elemento común a las distintas clases de derechos (*cf.*: Celano, 2013: 53; *cf.*: Hart, 1982: 189). Este elemento coincide con un fundamento de toda teoría jurídica o moral y refleja adecuadamente un amplio uso común y técnico legal (*cf.*: Hart, 1974: 87). La identificación de un elemento presente en las distintas acepciones “is attractive because it imposes a pattern of order on a wide range of apparently disparate legal phenomena” (Hart, 1982: 188). Dicho sea de paso, esta proposición está formulada de manera muy próxima a un importante pasaje de Hohfeld (Hohfeld, 2010: 64), en que defiende la que puede ser denominada “tesis de la universalidad” (IV§1.2.2), según la cual la correcta identificación de clases de derechos contribuye significativamente a la resolución de prácticamente cualquier problema jurídico. Lo que ocurre es que si uno y otro autor llevan a cabo empresas de clarificación y ordenación taxonómica afines, el planteamiento de Hart se aleja significativamente del enfoque eminentemente lingüístico hohfeldiano para plantearse en términos más netamente conceptuales. Y junto con ello, también en términos explícitamente justificativos. La atención de Hart no se centra ya en cómo podemos distinguir las distintas clases de derechos sino en encontrar ese rasgo singular que distingue los derechos de cualquier otra figura normativa. En este sentido, proyectos como el inaugurado por Hohfeld (a partir de 1913) y el emprendido por Hart (a partir de 1953) son discordantes; como veremos en el próximo capítulo, la concepción dinámica ha sostenido que uno y otro eran, en muchas tesis, contradictorios y ha proseguido por la senda hartiana, compartiendo buena parte de inquietudes y metodología. La de Hart supone una nueva forma de concebir la *explanation of rights*, hasta entonces centrada, fundamentalmente, en el esclarecimiento del aspecto formal y ajena a consideraciones de otra índole. El análisis de Hart aún “considerazioni di carattere

---

<sup>120</sup> En efecto, entonces Hart se refería a las cuatro clases de “derecho subjetivo” postuladas por Hohfeld y solo a partir de 1973 restringió la capacidad explicativa de la teoría de la elección a tres clases.

analítico-concettuale (formale, strutturale), da un lato, e considerazioni attinenti al ‘senso’ –il *point*, la ragion d'essere– dei diritti, d'altro canto” (Celano, 2013: 39-40). A la clarificación del concepto de derecho subjetivo, de su estructura –se trata de una cláusula definitoria–, Hart asocia la determinación de su propósito, vinculando estructura y forma con sentido y justificación (*vid.* Hart, 1982: 40, 62-63). En verdad, Hart parece aglutinar lo mejor de dos mundos posibles, la descripción avalorativa del derecho, las competencias del jurista (*cf.* Hart, 1982: 182, 184), con el estudio de la “naturaleza” de las instituciones jurídicas.

### III.2.5. La justificación de los derechos. Versiones precedentes de la teoría de la elección

Como he señalado antes, Hart deja sin responder algunas preguntas fundamentales acerca de la justificación de los derechos: Aun si concediéramos que la teoría de la elección tiene razón en su diagnóstico y que los derechos son elecciones legalmente respetadas ¿Por qué es moralmente valioso que esto sea así? ¿A qué valor moral responde que los derechos desempeñen una función y no otra? Esta pregunta, que en *Essays on Bentham* no recibe respuesta, es ampliamente abordada por Hart en escritos anteriores. Vale la pena presentar un breve bosquejo de las versiones precedentes de la teoría de la elección. La primera formulación ve la luz en 1953, al publicarse su lección “Definition and Theory in Jurisprudence” (en Hart, 1983 [1953]: 21-48), y defiende, en términos sumamente escuetos, que el elemento central de los derechos es la elección de su titular sobre la obligación correlativa (Hart, 1983: 35).<sup>121</sup> Con este planteamiento, Hart se aventura tímidamente en el problema del reparto de la libertad entre individuos –mediante la restricción de la libertad de unos (obligaciones) en pro de la libertad de otros (derechos-pretensión, concebidos como poderes)– aunque tomando tal reparto como algo enteramente pacífico y presuponiendo su distribución. Un influyente artículo de 1955 (“*Are there any natural rights?*”) profundiza esa argumentación delineando algo más la teoría de la elección. El derecho subjetivo es concebido como título de interferencia con la libertad de otra persona, determinando su comportamiento a través de la elección (un poder). En el artículo, la distribución de la libertad es afrontada abiertamente desde

---

<sup>121</sup> En la célebre lección inaugural, Hart ofrece la siguiente elucidación de la expresión “a legal right”: [1] Una proposición como “x tiene un derecho” es cierta si se satisfacen las condiciones: [1.1] existencia de un sistema legal; [1.2] bajo una regla o reglas del sistema otra persona y ante ciertas circunstancias tiene la obligación de realizar o abstenerse de realizar una acción; [1.3] tal obligación es dependiente, legalmente, de la elección de x o de otra persona autorizada a actuar en su nombre de tal forma que y está obligado a hacer o a abstenerse de una acción solo si x –o alguien autorizado– así lo decide o alternativamente solo hasta que x –o semejante– elige de otro modo. [2] Una afirmación del tipo “x tiene un derecho” es empleada para extraer una conclusión jurídica en un caso particular que cae bajo tales reglas (Hart, 1983: 35). El tenor de dicha explicación solo permite considerar la teoría de la elección [1.3] aplicable a aquellos derechos correlativos a obligaciones [1.2], es decir, a las pretensiones (*cf.* Bayles, 1992: 143).

la autodeterminación y la elección individual, aunque el aseguramiento de tales valores pase por el ejercicio de la coerción (*cf.* Hart, 1955: 178).<sup>122</sup> Es posible conjeturar que la formulación de la teoría de la elección como explicación de los derechos en calidad de ejercicio justificado de la coerción, de interferencia fundada de la libertad de un individuo con la libertad de otro individuo, responda al contexto polémico en torno al informe Wolfenden y a la reivindicación del principio milliano de libertad por parte de Hart en su controversia con Devlin. Asimismo, a partir de ese debate, Hart profundiza en el análisis de los derechos a través de la vía de la fundamentación kantiana: caracterizando en detalle el ejercicio de la voluntad autónoma (Hart, 1983 [1953]), concibiendo los derechos como tutela de la autodeterminación individual (Hart, 1955), hasta llegar al reconocimiento del bien intrínseco de las personas (Hart, 1973). De todos modos, como es sabido, Hart se alejó posteriormente de lo allí defendido (*vid.* Hart, 1983: 17) y no es del todo implausible que, al margen de otras razones, se sintiese insatisfecho con el análisis de la función de los derechos (*cf.* Steiner, 2008: 244; *cf.* Gasparoli, 2011: 126). El caso es que no solo la teoría de la elección es redefinida y elaborada con mucha mayor profundidad que los escritos de los años '50 (III§2), sino que es integrada con dos nociones cruciales (III§3), lo que arroja un análisis mucho más complejizado y una propuesta teórica y justificativa pluralista. Se trata, como se verá, de distintos significados de “derecho”, en los que latan valores diferentes, necesariamente complementarios.

Antes de encarar las limitaciones de la teoría de la elección conviene recoger una argumentación adicional que con cierta frecuencia plantea Hart en pro de la irrelevancia de la condición de beneficiario, consistente en que dicha noción no capta el carácter esencialmente distributivo de la idea de “derecho” (*vid.* Hart, 1974: 87). Esta crítica corresponde a la neta distinción entre la maximización de la utilidad general y la promoción del bien individual (*cf.* Hart, 1983: 182; *cf.* Hart, 1982: 96). Por una parte, la definición de Bentham lleva a que toda norma –inclusive las penales– que beneficie a

---

<sup>122</sup> Cuando afirmamos que “alguien no tiene derecho a  $\varphi$ ” no se alude a la calidad moral de la acción, lo que se discute es que tal persona tenga el título moral para interferir con la libertad de otra (*vid.* Hart, 1955: 189). Para Hart, tener un derecho implica tener una justificación para limitar la libertad de otra persona y para determinar cómo debe actuar; sin esa justificación carece de sentido hablar de “derechos” en moral (Hart, 1955: 183, 188). Pero ¿Cuándo está justificado que la libertad de alguien limite la libertad de otros? La justificación tiene que referirse a la distribución de la libertad. En los derechos morales, el titular tiene una justificación moral para limitar la libertad de terceros y tiene tal justificación sencillamente porque esa limitación, en esas circunstancias, mantiene una cierta distribución de la libertad humana. Por decirlo con Kant, son los principios que regulan la distribución de la libertad humana los que hacen legítima esa determinación del comportamiento ajeno; solo observando tales principios –incluso aunque se recurra a la coerción– la libertad será distribuida entre los individuos como es debido (es decir, solo así se asegura un cierto valor moral). No es casual que el rasgo común más importante de ciertos conceptos morales (el derecho subjetivo y la obligación, entre otros) consista en una especial congruencia con la amenaza o el uso de la fuerza (una cierta interferencia con la libertad ajena) para asegurar que sea efectivamente realizado aquello que es un derecho o que es justo que sea realizado –únicos casos en que la coerción de terceros es legítima (*vid.* Hart, 1955: 178).

alguien le confiera un derecho; por otra parte, tal adscripción no es individualizada sino que responde a la mera pertenencia del titular a una clase que puede verse beneficiada por el cumplimiento de una obligación (*cf.* Hart, 1971: 36-37; *vid.* Hart, 1974: 87-88).<sup>123</sup> La crítica hartiana en torno al carácter distributivo de los derechos planteada explícitamente y desarrollada en obras anteriores a *Essays on Bentham* (*i. e.*, 1971 [1962], 1974), sin ser enumerada claramente entre las restantes objeciones a la teoría del beneficiario, sigue jugando un papel notable a la hora de distinguir la noción de “necesidad” –o de “beneficio” concebida por el crítico individualista– de la de “beneficio” tal y como lo concibe la teoría del beneficiario (III§3). Parece que ahí lo que Hart reprueba, ya no con el argumento inviable de la pertenencia a una clase, es el “aditivismo” benthamiano, que precluiría, en su opinión, cualquier criterio distributivo. En última instancia, Hart achaca, genéricamente, las deficiencias de la teoría de los derechos de Bentham a su versión del utilitarismo: “en algunos puntos importantes el utilitarismo [de Bentham] se inmiscuye en su visión analítica” (Hart, 1982: 162; *vid.* Celano, 2013: 42). Asimismo, cabe indicar la insistencia de Hart en calificar de “utilitarista” la noción de “beneficio” (*vid.* Hart, 1982: 183, 188), con lo que toda teoría del beneficiario –y acaso también cualquier versión de la teoría del interés– estaría comprometida, según Hart, con el utilitarismo. La verdad es que se pueden distinguir dos componentes asociados con el ideal utilitarista de lo bueno: “la idea de que para valorar un estado de cosas sólo es relevante la información relativa a qué utilidades individuales están presentes en él (‘welfarism’)” y la “tesis según la cual el valor de un estado de cosas viene dado por la suma de las utilidades presentes en él («sum-ranking» o «aditivismo»), de manera que si dos estados de cosas registran la misma cantidad total de utilidad para un conjunto dado de individuos no hay ninguna base para concluir que uno de los dos es mejor que otro (sea cual sea la distribución de la utilidad en cada uno)” (Bayón, 1989: 470). Una estructura consecuencialista bien puede prescindir del aditivismo, para emplear un criterio distributivo: semejante estructura consecuencialista definiría como bueno un cierto estado de cosas que presenta una determinada distribución (*vid.* Bayón, 1989: 470-471). Seguramente Bentham no prescindiría del componente aditivista pero conviene remarcar que ni siquiera versiones consecuencialistas de la teoría del interés tienen por qué comprometerse con el aditivismo.

Como acabo de señalar, Hart reprocha –al menos, sugiere tal reproche– esta comprensión “utilitarista” a todo teórico del interés pero esto es altamente implausible. Ni hay por qué recurrir a la intención del legislador del modo en que Bentham la concibe –lo cual, ni siquiera tiene que ver con el utilitarismo, sino con el concreto proyecto benthamiano–, ni nada hay en la noción de “beneficio” o de “interés” o en la cláusula definitoria de la teoría del interés que sea invariablemente utilitarista. De hecho, si entendemos por utilitarismo una estructura moral que juzga la corrección de una acción o de un estado de cosas en función de la maximización de la utilidad agregada y, más aún, si caracterizamos la forma en que se maximiza la utilidad como aditivista (para un examen

---

<sup>123</sup> La oposición entre individuo y clase, que en el texto descansa sobre una particular lectura del utilitarismo, ha sido criticada en alguna ocasión (*cf.* Bayles, 1992: 146).

de esta caracterización IX§4), resulta que bien pocas teorías del interés se conforman al diagnóstico de Hart. Es cierto que la teoría del interés parece comprometida con el “welfarism” en la medida en que hace del bienestar individual o colectivo el valor fundante –piénsese en la propuesta raziana–, pero esto no comporta decisión alguna acerca de la manera en que repartir el bienestar.

Si esto es así se puede colegir una conclusión importante. No es cierto que sea utilitarista –o, en una versión más refinada, que Hart no parece manejar, monista respecto del valor– la noción de “beneficio” empleada por cualquier teórico del beneficiario y, desde luego, no lo es en el caso de la mayoría de las propuestas del interés. Este no puede ser empleado como un criterio para refutar la teoría del beneficiario (y del interés) como explicación de los derechos jurídico-positivos.

Esta consideración es relevante también para los derechos fundamentales. Como veremos, para Hart, contrariamente a los derechos de la legislación ordinaria, los derechos fundamentales son definibles mediante la noción de “beneficio”, aunque no del modo, aclara Hart, en que la teoría del beneficiario concibe tal noción. Pues bien, resulta que semejante modo, al parecer, sería un modo fundamentalmente “utilitarista”. Sin embargo, si los argumentos que acabo de plantear son sólidos, no habría algo así como una noción necesariamente utilitarista de “beneficio” con la que la teoría del beneficiario estaría comprometida y, por ende, no habría distinción alguna entre la teoría de las necesidades y las inmunidades presentada por Hart y la teoría del beneficiario. Es decir, la explicación de los derechos fundamentales hartianas sería, lisa y llanamente, una teoría del beneficiario. Veamos ahora en qué consiste la teoría hartiana de los derechos fundamentales.

### **III.3. Límites de la teoría de la elección: el nivel constitucional de los derechos**

Hart reconoce que, pese a abarcar tres significados de “derecho”, la teoría de la elección no es exhaustiva, no conforma una teoría general de los derechos, pues es incapaz de abarcar el nivel constitucional, de explicar los derechos fundamentales. Debe ser complementada por las libertades y beneficios reconocidos en las constituciones modernas, que, más allá del trabajo diario del jurista, son concebidos como derechos por el teórico o el crítico social (*vid.* Hart, 1982: 189).

En el ámbito del derecho civil, la teoría del beneficiario no lograba explicar adecuadamente los derechos y daba una herramienta inaprovechable y, en el mejor de los casos, redundante. Solo la teoría de la elección permite dar, con las ideas de “elección” y “control”, relevancia autónoma a los derechos. En el caso del derecho penal, la teoría del beneficiario erróneamente identifica las obligaciones como relativas (esto es, atribuye derechos a los pretendidos beneficiarios). Además de este error, la teoría del beneficiario solo puede reiterar el contenido de las obligaciones *como si* se tratara de derechos, lo que los hace, una vez más, redundantes.

En cambio, las nociones de “beneficio” y de “necesidad” resultan de gran importancia en un nivel superior de análisis, aunque no, alega Hart, en la concepción que maneja la teoría del beneficiario.

### III.3.1. Inmunidades frente al legislador

A juicio de Hart, la limitación principal que tienen las teorías del beneficiario y de la voluntad es que están circunscritas a la ley ordinaria y han sido ideadas como derecho del ciudadano contra el ciudadano.

Si era inadecuado entender los derechos jurídico-positivos atribuidos por la ley ordinaria en términos de “beneficios”, es bien distinto en el caso de los derechos contra la legislación, contra la propia ley ordinaria. Allí las ideas de “libertades” y “beneficios esenciales al bienestar” hacen que las nociones de “derecho subjetivo” y “beneficio” sean cruciales (*vid.* Hart, 1982: 190). Mientras que hablar de asesinato en términos del “derecho a la vida” era redundante e incluso confundente, aludir a este valor de libertad y seguridad –recogido constitucionalmente en calidad de inmunidad– tiene una vital importancia al impedir a la legislación privar a los individuos de tutela penal. Estos son los beneficios que deben ser afrontados en toda exposición de derechos jurídico-positivos (fundamentales, en concreto), aunque deben ser concebidos de manera distinta a como lo hace la teoría del beneficiario –en parte, como veremos seguidamente, de forma distributiva, no aditivista (*vid.* Hart, 1982: 191-192).

En lo que hace al sentido hohfeldiano de derecho como “inmunidad”, Hart considera que este le era ajeno a Bentham; el profesor oxoniense concibe los derechos constitucionales como inmunidades frente a la legislatura (limitaciones frente a los cambios normativos adversos que podrían sufrir los individuos por parte del legislador), que se encuentra, por tanto, en una situación correlativa de sujeción (*vid.* Hart, 1982: 191). De modo que el titular de derechos constitucionales dispone de inmunidades legales que acarrearán la invalidez material de las disposiciones desfavorables que el poder legislativo pretenda promulgar (*disabilities of legislation*). En estas consideraciones también recrimina Hart a la teoría del beneficiario su supuesto compromiso con tesis del utilitarismo; Hart afirma que Bentham no estaba dispuesto a admitir sin recelos una limitación del legislador informado por el principio de utilidad, máxime en aras de derechos fundamentales o naturales (*vid.* Hart, 1982: 190). Como he mostrado (II§2.2), la noción benthamiana de “security” es análoga a la de “inmunidad”, tanto estructuralmente como en la función que Bentham le hace cumplir. Asimismo, la visión que presupondría desconocer este elemento según Hart, una excesiva deferencia del teórico dieciochesco hacia el legislador, es infundada (en todo caso, *cf.* Hart, 1982: 227-242). El legislador –también el utilitarista– está sometido a un sistema severo de controles y tiene algunos impedimentos respecto de las acciones que puede emprender. Que Bentham asuma el papel del legislador para realizar un cálculo de utilidades y que Bentham se arroge un “punto de vista como ojo de Dios” no significa que la autoridad



positiva efectiva no pueda equivocarse en cuanto al reparto de utilidad y los individuos no dispongan de mecanismos contra la amenaza de lesiones incorrectas.

En cambio, creo que Hart estaba en lo cierto cuando sostenía la imposibilidad –o, si se quiere, las serias dificultades– de la teoría de la elección para explicar las inmunidades. Y no se trata solo del problema originario de la protección frente al legislador –el propio Hart habla en un primer momento de “inmunidades contra la legislación” para luego hablar de “derechos-inmunidad” en general– sino que en cualquier teoría de la voluntad la noción de “inmunidad” encuentra un difícil encaje (una argumentación de este punto IX§2.1.2). Algunos autores han sostenido, erróneamente a mi parecer, que la teoría de la voluntad era capaz de dar cuenta de las inmunidades (*cf.* Steiner, 2008: 248-250; *vid.* MacCormick, 2010: 186; *vid.* MacCormick, 1977: 195, para quien, de serlo, serían aplicables únicamente a las inmunidades disponibles; *cf.* Hart, 1983: 35, en la medida en que entiende la elección como elemento unificador de las cuatro nociones). Creo que Hart, en 1982, estaba en lo cierto al sostener que las inmunidades no responden (al menos, no directamente) a la autonomía de individuo sino a necesidades básicas.

### III.3.2. Tres perspectivas acerca de los derechos

Dicho lo cual, Hart afirma, en una paráfrasis de lo que David Hilbert predicara de los físicos: “Law is however too important a thing to leave to lawyers –even to constitutional lawyers”; se impone la necesidad de integrar los puntos de vista del crítico de la ley y del teórico social (Hart, 1982: 192). La noción de “derecho subjetivo” de la legislación ordinaria, la que ocupa al jurista en sus tareas cotidianas, no es exhaustiva pues no cubre el terreno fundamental de crítica moral que tiene por eje las necesidades individuales a ciertas libertades fundamentales y protecciones o beneficios. Esta idea es la que captaría eficazmente la noción de “inmunidad”, según Hart. Las críticas de este tipo, que achacan a la ley que no consiga proporcionar ciertas necesidades individuales (“crítica individualista”) son, por mucho que se valgan del término “beneficio”, distintas de lo defendido por Bentham y otros teóricos del interés y a menudo se encontrarían en contraste con la consigna benthamiana de maximización de la utilidad. Dicho de otro modo, se trataría de disponer de un criterio que determine la distribución de la libertad –respondiendo, así, a la pregunta que ya formuló Hart en 1955–, ya se trate de “beneficio” o de “necesidad”, pero no tal y como la concibe la teoría del beneficiario, como una utilidad que puede entrar en conflicto con la maximización agregada, verdadera preocupación de Bentham (*vid.* Hart, 1982: 193).<sup>124</sup> Por otra parte, si la teoría de la

---

<sup>124</sup> Con ello, Hart reconoce tanto el hecho de que el utilitarista distinga entre derechos y el principio de utilidad como el hecho de que deba prevalecer el último cuando entre en conflicto con los derechos; Raz aclara este punto definiendo qué habría de entenderse por derecho *prima facie* desde una perspectiva utilitarista: “a person has a right to *X* if securing him in *X* is to his benefit and if the expected benefit outweighs in normal circumstances any expected disadvantage resulting from securing him in *X*” (Raz, 1984b: 128). En otra ocasión (Hart, 1982: 94), en cambio, Hart considera tautológico, desde una posición utilitarista –la de J. S. Mill, en concreto–,

elección se centra exclusivamente en la agencia moral, la explicación en términos de “necesidad” actúa como correctivo, al concebir al ciudadano como paciente (*cf.* Gasparoli, 2011: 127). Acaso retoma Hart la idea expuesta en *The Concept of Law* al hilo del contenido mínimo de derecho natural de entender “necesidad” como un criterio teleológico, que debe ser provisto, unido a la idea de que son necesarias instituciones que cumplan la función de garantizar la supervivencia de los individuos (*vid.* Gasparoli, 2011: 122-123; *cf.* Hart, 2012: 190).

Además, si bien, como explicación de la ley penal, la alusión a los derechos no deja de ser redundante e incluso confusa, el verdadero papel del lenguaje de los derechos se revela al afirmar el derecho a la vida ante la ausencia de una provisión de inmunidades constitucionales (Hart, 1982: 192). En este punto coincidiría el crítico individualista y el teórico del beneficiario, pero disentirían en dos aspectos: 1. el crítico no tiene por qué sostener una teoría general de los derechos que identifique ser beneficiario con ser titular de un derecho; 2. al hablar de derechos cubiertos por obligaciones penales uno hará referencia a las necesidades individuales y el otro a la utilidad general.

Por ello, hay que aunar la teoría de la voluntad con una teoría de las necesidades. Distanciándose de las posiciones asumidas en los años '50, Hart augura la complementariedad metodológica y el pluralismo de los valores para explicar el concepto de “derecho subjetivo”. La elección o voluntad permanece en el nivel del jurista que explica la ley ordinaria, mientras que la necesidad individual interesa al jurista constitucional y al crítico individualista –o, con un léxico más habitual, al constitucionalista y al filósofo político (*vid.* Waldron, 1988: 97). Algunos querrán combinar al jurista ordinario con el constitucional y el crítico individualista en una fórmula general y habrá, dice Hart, quien quiera ver en la afirmación de Hohfeld que identifica derecho subjetivo con “*any sort of legal advantage*” este sentido genérico. Pero Hart considera que esto, al margen de la comfortable apariencia de generalidad, arrojaría una combinación poco clarificadora o yuxtapuesta de la teoría de la voluntad con la del beneficiario, lo que desoíría las importantes razones que hay para describir solo ciertos beneficios legalmente asegurados, solo en ciertos contextos, como derechos jurídico-positivos (*vid.* Hart, 1982: 193).

Como he pretendido probar a lo largo de este capítulo, creo que es augurable esa “combinación yuxtapuesta” y que la teoría de la voluntad no escapa de la teoría del beneficiario. Porque la concepción de “beneficio” que defiende Hart es idéntica a las que tienen cabida en la teoría del beneficiario –pues tal teoría no suscribe necesariamente,

---

hablar de un determinado derecho moral y la afirmación de que positivizar tal derecho maximizaría la utilidad general, lo que vedaría la posibilidad de conflicto entre derechos y principio de utilidad. Raz lo impugna definiendo la aserción utilitarista de un derecho moral como: “a claim that providing a certain benefit to a certain (class of) person(s) meets the stability condition [*i. e.*, that moral rules which establish rights must be relatively stable and lasting in their implications as well as reasonably easy to apply to at least the core cases so as to be capable of guiding action...] and that its beneficial consequences to that person (or to each member of the class) are sufficient to ensure that it accords with the principle of utility, that is, whatever its disadvantages it does on a balance promote utility” (Raz, 1984b: 128; *cf.* Raz, 1984b: 127).

como erróneamente sostiene Hart, una noción utilitarista de “beneficio”–, porque la teoría del beneficiario –en la mayoría de sus formulaciones– no es susceptible de ser refutada por las críticas formuladas por Hart (ni por la acusación de redundancia ni por no poder dar cuenta de las situaciones en que suele decirse que alguien tiene un derecho) y porque la teoría de la voluntad puede ser capazmente englobada en la más amplia teoría del beneficiario.

### **III.4. Post scríptum. La inadvertencia de Lyons y la acusación de redundancia de Hart**

En esta sección pretendo examinar dos cuestiones. La primera es la participación de Lyons en el debate de Hart con la obra de Bentham: intentaré mostrar que las afirmaciones de que “ser titular de un derecho” equivalen a “beneficiarse de una obligación ajena” no son un correcto reflejo de la obra de Bentham, por no estar debidamente cualificadas (no se dice en qué sentido podría entenderse la obligación como más significativa que el derecho) y por no conceder debida autonomía conceptual a los derechos –frente a lo que sostiene Bentham. En efecto, afirmaré que se trata de interpolaciones debidas a una lectura desafortunada por parte de Lyons, posteriormente acogida por Hart. La segunda cuestión consiste en una réplica mínimamente articulada de la acusación de redundancia hartiana, para evaluar cuál es su efectivo calado.

La polémica que Hart entabla con la teoría del interés la entabla, antes que nada, cronológicamente hablando, con David Lyons. A un primer artículo de Hart, “Bentham: Lecture on a master mind” (Hart, 1971 [1962]), Lyons respondió con su artículo, ya clásico, “Rights, claimants and beneficiaries” (1969, en Lyons, 1994: 23–46).

Lyons ofreció una versión de la teoría del beneficiario enmendada de los errores que Hart le atribuía. Lyons pretende oponer a una teoría del beneficiario no cualificado, la teoría del beneficiario cualificado: la persona que tiene un derecho no es meramente la parte que resulta beneficiada del cumplimiento de una obligación sino la parte a la cual un cierto bien estaba asegurado, el destinatario al que la norma pretende beneficiar (*vid.* Lyons, 1969: 176).

Este intento no tenía solo propósitos teóricos sino también reconstructivos. En efecto, Lyons se propone reformular y perfilar –no redefinir sustancialmente– algunos puntos benthamianos (*cf.* Lyons, 1969: 173, 176).

En su reconstrucción, Lyons (y una parte de la literatura posterior) entrevera consideraciones analíticas y normativas, desdibujando el pensamiento benthamiano: por ejemplo, la afirmación de Lyons de que “rights imply duties, but only beneficial ones” (1969: 175) es errónea si usamos “implicación” como “implicación material” –pues invierte la relación benthamiana de implicación de derechos y obligaciones. O bien, si empleamos “implicación” en un sentido menos exigente –lo que, por otro lado, no parece corresponderse con las palabras de Bentham– la afirmación puede inducir a confusión si no se entiende referida al entero proceso beneficios-obligaciones-derechos

visto retrospectivamente, una vez hemos reconocido que es el beneficio el que mueve a imponer la obligación (II§2.3.1). Es más razonable su afirmación de que “Bentham held that rights are conferred only by beneficial obligations” (Lyons, 1969: 175), aunque enunciarla de este modo hace que el “derecho” sea enteramente prescindible, que es justamente una de las acusaciones de Hart a la teoría del beneficiario.

Lo que pretendo destacar es que de forma insistente define Lyons ser titular de un derecho como “ser beneficiario de la obligación de otro” (*vid.* Lyons, 1969: 175); una manera de plantear el problema que no estaba presente en las reconstrucciones previas de Hart (Hart, 1971 [1962]). Frases tales como “to have a right is, essentially, to be the beneficiary of another’s duty or obligation” (Lyons, 1969: 175) llevan a predicar la propiedad normativa de “ser benéfico” de la obligación, no del derecho (*cf.* Lyons, 1969: 173).<sup>125</sup> Estas afirmaciones –hechas por Lyons en cuanto teórico del interés– se cimentan sobre otras que se pretenden reconstructivas, como que “Bentham held, then, that rights can be ‘reduced’ to duties or obligations” (Lyons, 1969: 174), allanan el terreno a la acusación de redundancia formulada por Hart. De hecho, la cualificación que introduce Lyons en el último pasaje citado poco después es desafortunada, pues afirma que Bentham no defiende que derechos y deberes sean correlativos, pero por el simple hecho de que Bentham reconoce que hay una clase de deberes que no son direccionales (las obligaciones frente a uno mismo y las obligaciones inútiles). El hecho de que Lyons no cualifique en qué sentido los derechos son reducibles a las obligaciones ha llevado a que los diagnósticos relativos a la teoría del beneficiario, por parte de Lyons, de Hart y de parte de la literatura posterior, sean demasiado tajantes.

Algunos autores han reconocido, aun de manera poco definida, dos niveles de discurso en Bentham: así, Harrison, 1983: 94-95, quien hace corresponder la prioridad explicativa y justificativa a la distinción entre los planos expositivo y censorio, o Biasetti, (2015: 49), quien, en una vena similar, señala que Bentham distingue rigurosamente entre un análisis lógico-conceptual –en él defiende la correlatividad entre derechos y deberes– y un discurso justificativo.<sup>126</sup> En todo caso, aunque parece fundamentalmente acertada la solución de Harrison, pasa por alto que la teoría del beneficiario también juega un papel relevante en la jurisprudencial expositiva, pues resulta inadecuado pensar que pueda haber

---

<sup>125</sup> Aunque, bien mirado, incluso en este caso, no es cierto que por afirmar que “un individuo y tiene un derecho si se beneficia de la obligación de z de hacer  $\varphi$ ” la noción de “derecho” devenga redundante frente a la idea de “obligación beneficiosa”, pues que la obligación sea beneficiosa significa que acarrea un derecho –salvo en casos de obligaciones self-regarding– y que es este o, mejor dicho, sus consecuencias lo que resulta beneficioso. Por otro lado, Bentham parece hablar en ocasiones de “identificación” entre derecho y beneficio, otras, de “implicación” entre las nociones.

<sup>126</sup> Sin embargo, Biasetti se equivoca en diferentes puntos de su análisis de los elementos justificativos en Bentham. Se equivoca, entre otras cosas, al identificar el discurso justificativo de Bentham con una defensa de la prioridad de ciertos deberes respecto de los derechos. El resultado es que la solución que Biasetti vislumbra en Penner ya se encuentra en Bentham, incluso con mayor autonomía de los derechos (*cf.* Biasetti, 2015: 52-53). La prioridad (la prioridad explicativa), como señala Biasetti, se encuentra en un plano causal pero tal plano no alcanza a lo justificativo.

beneficios sin que haya derechos (se trata de una propuesta de definición) y tener un derecho consiste precisamente en disfrutar de un beneficio tutelado (en virtud de cualquier cláusula definitoria de la teoría del beneficiario).

Hay que tener en cuenta, por otro lado, que Hart fue mínimamente cuidadoso en predicar su acusación de redundancia, no tanto de Bentham –a quien, en todo caso, también imputa la acusación–, como de los “principales defensores de la teoría del interés” y, al examinar la posible redundancia del vocabulario de los derechos, Hart se fija en el uso que de él hacen y que podrían hacer los juristas (*cf.* Hart, 1982: 182-189).

Por distintas razones, Hart considera Bentham un interlocutor sumamente válido, tanto en cuanto paradigma de los teóricos del interés como en cuanto defensor de algunas soluciones originales, que los teóricos contemporáneos ignoraron (*cf.*, p. e., Hart, 1982: 181).<sup>127</sup> Pero el caso es que Hart proyectó en Bentham algunas críticas dirigidas a ejemplares del teórico del interés y del filósofo moral utilitarista contemporáneos, por eso en distintos puntos de este capítulo he procurado mostrar que esas críticas no alcanzan a los textos de Bentham. En pocas palabras, si bien de manera puntual, el profesor oxoniense proyecta una argumentación en Bentham que le es en gran medida extraña, construida a partir de distintas posiciones argumentativas contemporáneas con las que se enfrenta el teórico de la voluntad. En distintos puntos de *Essays on Bentham*, y el tono polémico y propositivo parece tangible también en “Legal rights”, Hart se aparta de la reconstrucción del pensador dieciochesco para responder a sus críticos contemporáneos (*cf.* Lacey, 2004: 299, 309, 325, 326). Raz aclara bien el punto cuando dice, con cierta retranca, que en la antología *Essays on Bentham* hay “much that will give rise to heated arguments by students of Hart. Since his views transcend those of Bentham some readers may wonder why Hart chose to develop his own theory in a book on Bentham” (Raz, 1984b: 131).

Conviene examinar ahora, aunque no de forma definitiva, si la acusación de redundancia dirigida por Hart a Bentham y a buena parte de los teóricos del interés es una acusación plausible. Adelanto que creo que la crítica de Hart es acertada solo en cierta medida y respecto de pocas teorías del interés.

Como he señalado antes, Hart imputa las deficiencias a “los principales defensores de las teorías del beneficiario o del interés” (Hart, 1982: 181). En el caso de Bentham, Hart se limita a mencionar que, en la exposición del derecho, confrontado con la pregunta de cuál de las partes debe ser instruida con mayor detalle, si aquella a la que incumben obligaciones o aquella que dispone de derechos, se decanta decididamente por una explicación pormenorizada de deberes y una mención sintética de derechos. La crítica de Hart tiene algunas dosis de razón, pero resulta fundamentalmente errónea, pretendiendo probar demasiadas cosas de forma algo sumaria e imprecisa. Hart no identifica claramente en qué orden se produce la redundancia de los derechos respecto de las obligaciones y entrelaza una posible redundancia en el orden valorativo-justificativo con una posible

---

<sup>127</sup> Hart reconoce que algunos problemas ignorados por las actuales versiones de la teoría del interés son encarados por Bentham, una superioridad de este pensador frente a aquellas (*vid.* Hart, 1982: 162).

redundancia de orden analítico-conceptual, sin especificar el vínculo entre ambos órdenes y sin caracterizar uno y otro con la debida profundidad. Pues si lleváramos a cabo tal distinción, nos encontraríamos con que pocas soluciones incurren en la acusación hartiana. El principal problema de tal acusación es que ha formulado la posición de su rival dialéctico con un tenor que no es muy defendible y que, de hecho, rara vez ha sido defendido, pues en la mayoría de las propuestas de la teoría del interés los derechos guardan suficiente autonomía conceptual respecto de las obligaciones y respecto de los intereses. Ni la teoría del beneficiario benthamiana es susceptible de la crítica de Hart (II§2.2; en particular, las tres definiciones de la teoría del beneficiario, II§2.3), ni lo son tampoco las versiones de MacCormick (IV, V) y de Raz, si bien es cierto que esta última puede ser objeto de algunas críticas afines a los reproches hartianos (IV, VI). Aunque sí lo es la propuesta de Lyons que acaba de ser examinada. Igualmente, resulta que sí es más claramente susceptible de la acusación de redundancia –en los términos en que la formula Hart– la teoría de Kramer, que es, curiosamente, la versión de las teorías del interés que ha acogido en mayor medida las recomendaciones de reajuste “técnico” de Hart (algunas razones que sustentan esta acusación VII§4). Conviene señalar desde ahora que, así como la preocupación por no hacer de los derechos una noción redundante alienta la propuesta de Hart (*vid.* MacCormick, 1977: 199), los reproches de redundancia por parte de Hart son uno de los principales desencadenantes de la polémica de Raz y MacCormick con la pretendida “concepción estática” de los derechos y, sin duda, el elemento que da forma en mayor medida a su argumentación retorsiva (IV, y, en especial, IV§2.5). Asimismo, la “perentoriedad” de los derechos es una de las preocupaciones fundamentales, al menos, de fondo, de la concepción dinámica. Algunos de los argumentos que son encarados se centran en los roles justificativos que pueden desempeñar los derechos, pero gran parte de las consideraciones hartianas se centran explícitamente en la capacidad explicativa de los derechos en lo que Hart denomina bajo el rótulo excesivamente amplio de “descripción del derecho”. En lo que atañe a este argumento, no es tanto que los argumentos de Hart no tengan parte de razón como que están mucho más circunscritos de lo que él da a entender.<sup>128</sup> Claro que –como ilustra Hart (1982: 182)– puede resultar erróneo, por confuso y redundante, expresar la obligación de no matar en términos el derecho a no ser matado, pero ello solo en ciertas ocasiones –en la tipificación del delito, en la motivación de una sentencia, por citar solo las principales– y no en otras –por ejemplo, a nivel dogmático, en la discusión de la antijuridicidad objetiva del tipo penal. Este es un punto cercano, como veremos, al que reconoce Hart, aunque Hart lo restringe a los derechos fundamentales; tal vez una manera algo genérica –aunque, tal vez, infraincluyente– de englobar las cualificaciones que acabo de presentar y las de Hart es que pronunciarse en clave de “derechos” como pretende la teoría del beneficiario es

---

<sup>128</sup> Tanto es así que en la integración con las nociones de “beneficio” y “necesidad”, Hart cualificará las consideraciones que ahora menciono. Creo que las cualificaciones que Hart plantea en ese segundo momento, según las cuales expresarse en términos de “beneficio” no haría de “derecho subjetivo” una noción redundante, son acertadas y complementarias con respecto a las que introduzco seguidamente.

redundante y está fuera de lugar en múltiples argumentaciones *de lege lata*, pero es pertinente y relevante en diferentes discusiones *de lege ferenda*, en discusiones en que es relevante la crítica y la reforma del derecho. En todo caso, lo que una argumentación como la hartiana reclamaría es la elaboración de una clasificación que recoja aquellas situaciones morales y jurídicas en que pueda resultar más fructífero –bien por su rendimiento teórico bien por su potencial para ser reconocida exitosamente como una justificación por parte de los tribunales (*cf.* Hart, 1982: 182, nota 80)– formular la solución en términos de obligaciones antes que en términos de derechos y viceversa.

Por último, amén de otras consideraciones, es cierto que en múltiples pasajes Bentham plantea que es indispensable informar, en relación con normas jurídicas sustanciales, de forma pormenorizada a la parte vinculada –parte que, con frecuencia, coincide con aquella parte que está expuesta a experimentar un sufrimiento probable– acerca de sus obligaciones, mientras que basta con instruir sumariamente acerca de los derechos al beneficiario, pero estas consideraciones deben ser sometidas a varias y significativas condiciones. Por una parte, Bentham tiende, tanto en su teoría de la legislación como en su ordenación y clarificación del contenido del derecho, a propugnar que el legislador y el jurista asuman las preocupaciones y la perspectiva del “bad man”. Creo que esto responde fundamentalmente a dos desiderata: la efectucción de tesis garantistas, por cuanto es mayor la coerción ejercida por el legislador en la persona obligada que la frustración de expectativas del potencial beneficiario, y la mayor incidencia de las obligaciones (dolores) en la formación de cursos de acción y de planes de vida del obligado que la incidencia de los derechos (placeres) para el beneficiario. Por otra parte, la segunda consideración es que lo dicho hasta ahora queda circunscrito a un escenario adversarial, en que el legislador ha de comparar la situación relativa de parte y contraparte de cara a maximizar la utilidad en un reparto de beneficios y cargas, pero esto no es extensible a otros escenarios en que no están presentes tales consideraciones. Así, la desmistificación del derecho reclama una exposición potencialmente exhaustiva acerca de todos los derechos. Por ejemplo, Bentham defiende que así como es interés del pueblo conocer todos los actos calificados como ilícitos lo es tener conocimiento de todos sus derechos (*cf.* Tusseau, 2011: 85). Por tanto, la evidencia textual que aduce Hart es insuficiente para avalar sus conclusiones, pues se restringe a un segmento muy circunscrito y poco significativo de los abrazados por la teoría del beneficiario.

En resumen, no tiene cabida la imputación de redundancia a Bentham ni a la mayor parte de los teóricos del interés. Asimismo, es importante notar que, pese a que la crítica de Hart estaba dirigida de forma indeterminada a “los principales defensores de las teorías del beneficiario o del interés” y no específicamente a Bentham –quien, es cierto, es mencionado junto con Jhering y es considerado también objeto de críticas–, una parte de la literatura posterior ha hecho del autor decimonónico uno de los blancos principales de la crítica. En concreto, la concepción dinámica, integrada por teóricos del interés, no ha rescatado a Bentham de dicha acusación –esta vez, por considerar su concepción “estática” (IV§2). Es cierto, también, que la crítica de Hart ha tenido una gran repercusión y una parte de la literatura la ha acogido con el mismo carácter genérico con que fue

formulada; por ejemplo, Bix afirma de la teoría del interés o del beneficio que “it tends to reduce rights to mere shadows of duties” (Bix, 2004: 101). En el capítulo siguiente (IV§2.4), distingo varios modos en se puede afirmar la prioridad entre distintos órdenes de relaciones entre derechos y obligaciones. Una distinción que Hart debiera haber planteado y que muestra con cierta claridad por qué las principales teorías del interés no se ven afectadas por su acusación.

### III.5. Algunas conclusiones críticas

Thinking men look to consequences.

(Bentham, 1843, t. 2: 580)

Hart incurre, con la propuesta de la teoría de la elección y, en menor medida, con la redefinición de la teoría del beneficiario, en una serie de reduccionismos indebidos. En primer lugar, el enfoque “temporal” que asume es únicamente retrospectivo –acaso también contrafáctico–, pero no prospectivo. Hart pretende explicar qué puede hacerse cuando un cierto derecho ha sido vulnerado o, al menos, ha sido establecido, pero desatiende tanto el establecimiento como los estadios previos a la atribución del derecho, desvinculando la teoría de los derechos de la dimensión justificativa. El enfoque que asume Hart es, asimismo, excesivamente procesal, no sustantivo, pues su teoría aspira a dar cuenta de los mecanismos de tutela jurisdiccional –más concretamente, de los distintos estadios en que se articula la tutela jurisdiccional– que los titulares de derechos pueden accionar, pero desconoce la protección material, sustantiva, que es la que avala el recurso a la tutela jurisdiccional. No hay lugar, en la teoría de la elección, para los derechos indisponibles (acerca de ellos V§6), ni tampoco para los derechos morales, pues los aspectos remediales señalados por Hart son prácticamente irrelevantes si trasponemos su propuesta a los derechos morales y, viceversa, su propuesta deja sin aclarar los aspectos más relevantes de los derechos morales. Por supuesto, esta crítica, de por sí, no tendría por qué preocupar a Hart, en la medida en que su propuesta –la de 1982, no la de 1955– está dirigida a explicar exclusivamente los derechos jurídico-positivos. El problema es que, en mi opinión, pueden identificarse rasgos comunes a los derechos jurídico-positivos y a los derechos morales y una distinción que es preliminar para los derechos morales es sumamente importante en el caso de los derechos jurídico-positivos. Se trata de la distinción entre derechos primarios y derechos secundarios, que quedaría desdibujada por Hart. Hart parece tener la pretensión de reducir el “derecho subjetivo” al derecho adjetivo, pero se trata de una restricción injustificada. Su análisis podría ser considerado una particular declinación del error de muchos aportes contemporáneos consistente en “confundir tipos de derechos con tipos de protección normativa que se dispensa a los derechos” (Laporta, 1987: 27).<sup>129</sup> Los mecanismos de tutela en que se centra la teoría de

---

<sup>129</sup> Conviene señalar, de paso, que resulta sorprendente que a menudo se sostenga que el propio



la voluntad, aunque importantes, son distinguibles y ancilares respecto de los derechos (*vid.* MacCormick, 2007: 121). Asimismo, resulta que tampoco es un modelo especialmente apto del derecho positivo por cuanto se circunscribe a los derechos civiles disponibles, y deja fuera, por lo pronto, derechos civiles indisponibles, los derechos en los ilícitos penales a instancia de parte, muchos derechos contencioso-administrativos y, como el propio Hart reconoce, derechos fundamentales. Estos dos enfoques se plasman en los componentes del modelo hartiano de “derecho subjetivo” y en el modo de caracterizar tales componentes (III§2.2).

Pero el modelo hartiano de “derecho subjetivo” no es simplemente la resultante de los dos enfoques “procesalizados” de su teoría de la elección, sino que parece responder a la voluntad eliminativista de explicar la noción de “derecho subjetivo” únicamente en referencia a las normas que imponen deberes y las normas que confieren poderes, con base en la concepción hartiana del sistema jurídico (*vid.* Celano, 2013: 39; *cf.* Gasparoli, 2011: 116-117; *cf.* MacCormick, 2010: 184).

La caracterización de la teoría del beneficiario también tiene serios problemas, algunos derivados del modelo de “derecho subjetivo” de la teoría de la elección. Tales defectos pueden cifrarse en la propuesta de entender por “beneficiario relevante” el “perjudicado directo” fijándose en un momento retrospectivo, ignorar los derechos morales y los derechos colectivos, centrarse exclusivamente en la noción de “pretensión” y prestar demasiada atención al deber correlativo. La propuesta de Hart ha propiciado la merma de la autonomía conceptual de la noción de “derecho subjetivo” por parte de la teoría del interés y ha allanado el terreno a la acusación de redundancia.

Dicho esto, no creo que la teoría de la elección sea totalmente implausible; simplemente es excesivamente restrictiva, esto es, debe ser complementada por otra teoría de la función de los derechos (la teoría del interés), y caracteriza con excesivo detalle las situaciones en que suele decirse que un sujeto tiene un derecho (los sectores del ordenamiento que confieren derechos, las etapas de tutela jurisdiccional) y lo que suele entenderse, en un plano justificativo, por qué significa ser titular de un derecho (ser un “soberano a pequeña escala”, concebir los derechos como una suerte de propiedad, etc.). Por ello, una versión más indefinida en estos aspectos, aunque que no desatienda los rasgos prospectivos, de la teoría de la voluntad podría resultar un elemento idóneo en una teoría de los derechos.

Formulada de manera algo más genérica, la teoría de la voluntad resultaría una explicación capaz de cómo ciertos hechos operativos (hechos condicionantes) conectan ciertos efectos jurídicos (consecuencias condicionadas), en sede jurisdiccional. Me parece que la teoría de la voluntad resulta una explicación idónea para expresar la comprensión de los derechos subjetivos de distintos iusfilósofos realistas. No solo porque acota la atención por el fenómeno jurídico fundamentalmente a una esfera judicial, sino también porque parece singularmente acorde a expresar por qué “el detentor de derechos va a poder hacer esto y aquello, que sus actos no deben ser impedidos, que su voluntad debe ser respetada, etc.” (Olivecrona *in* Brunet, 2012: 13). Esto es, podría entenderse que la

---

Bentham identifica el derecho con su tutela (*cf.*, p. e., *Philosophical foundations*. 2015: 39).

teoría de la voluntad es particularmente idónea a caracterizar la comprensión de los derechos como un “imperativo independiente” (*vid.* Brunet, 2012: 12-14). Asimismo, recientemente, ha notado Spaak que Ross defendía una comprensión del “derecho subjetivo” afín a la teoría de la voluntad (*vid.* Spaak, 2014: 469), pero, a decir verdad, la comprensión rossiana de los derechos como “herramientas técnicas de presentación” consagra una visión pluralista, que aúna la teoría de la voluntad con la teoría del interés. En efecto, la afirmación rossiana de que la noción de “derecho jurídico-positivo” es “usada típicamente para indicar una situación en que el ordenamiento jurídico ha querido asegurar a una persona libertad y poder para comportarse –en una esfera determinada– como elija con vistas a proteger sus propios intereses” (Ross *in* Spaak, 2014; 464). Se trata, sin duda, de una definición subjetiva de “interés” y de una comprensión de “derecho subjetivo” que atribuye un papel más significativo al elemento voluntarista que al de la teoría del interés. Por cierto que una postura ecléctica, afín a las asumidas por Ross y por Hart, es la defendida por Miele; para el autor italiano, “la noción de derecho subjetivo debe ser buscada [...] en la particular y autónoma posición que el ordenamiento jurídico da a un sujeto, asegurándole determinadas ventajas con miras a un bien para la tutela de sus propios intereses” (Miele, 1944: 115).

Me parece que la teoría pluralista de Hart no logra escapar de la teoría del interés, ni en la teoría de los derechos de la legislación ordinaria, ni en la teoría de los derechos fundamentales. Considero, más bien, que la propuesta de Hart tiene singular valor en la medida en que pretende aunar elementos de la teoría de la voluntad y, a su manera, de la teoría del interés, aplicando una y otra teoría en función de los sectores del ordenamiento concernidos.

Hart sostiene (1982: 183) que se ha sugerido –sin avanzar nada concluyente– que una idea de elección semejante a la que él mismo propone como elemento necesario en un derecho jurídico-positivo se encontraría también en Bentham (*Fragment on the Government*, Cap.V, para. 6). En dicho párrafo, Bentham habla de las obligaciones y derechos políticos del siguiente modo: “1. That may be said to be my duty to do (understand political duty) which you (or some other person or persons) have a right to have me made to do. I then have a duty towards you: you have a right as against me. 2. What you have a right to have me made to do (understand a political right) is that which I am liable, according to law, upon a requisition made on your behalf, to be punished for not doing” (Bentham, 1977: 494-495).

En el secular debate entre teorías de la voluntad y teorías del interés, se ha planteado en varias ocasiones que la oposición entre ambas constituiría un “falso dilema” en el momento en que “algunos de nuestros intereses no consisten [...] sino en disponer de la posibilidad de optar entre diferentes cursos de acción” (Nino, 1989: 34). Distintas modalidades de este argumento, bastante razonable, han sido aducidas por muchos autores: MacCormick, Scanlon, Waldron, Sumner, Marmor (*cf.* Celano, 2013: 65). Pues bien, de acuerdo con Harrison (1999: 96), una idea similar se encontraría en el propio Bentham: “I can, of course, choose to exercise my legal powers (of which Bentham has a separate account), and the benefit I receive on Bentham’s view of rights is the

opportunity to exercise my natural powers in whatever way I wish (with my land, person, and so on) providing I don't infringe duties to others". Por lo tanto, puede sostenerse que Bentham reconocía la plausibilidad de considerar el ejercicio de la autonomía y disponer libremente de la tutela del ordenamiento jurídico como función de los derechos, pero solo como una especificación de la función general de los derechos, consistente en distribuir beneficios.

## Los derechos como razones justificativas. La teoría del interés a la luz de una concepción dinámica de los derechos

En los siguientes capítulos introduzco las versiones de la teoría del interés que defienden D. Neil MacCormick y Joseph Raz. Dichas versiones surgen en las décadas de los setenta y noventa en el marco de un nuevo modo —al menos, parcialmente nuevo— de entender los derechos, un modo que se ha dado en llamar la concepción “dinámica” de los derechos.

Las propuestas de Raz y MacCormick comparten con la de Hart numerosas premisas y presupuestos teóricos y metodológicos: en buena medida, el modo de entender la tarea de explicar los derechos —no como un problema estrictamente analítico-conceptual sino también y sobre todo como un problema sustantivo— al igual que los instrumentos con que llevarla a cabo —un enfoque analítico, pertrechado con herramientas tales como las procedentes de la filosofía del lenguaje ordinario. Sin embargo, se alejan de Hart en distintas argumentaciones teóricas y enfoques problemáticos de singular importancia: por ejemplo, en la decisión por parte de Raz y de MacCormick, de otorgar mayor relieve a los derechos morales frente a los derechos positivos. Pero el punto de disenso más significativo y el que ocupará el grueso de estos capítulos es una doble oposición teórica a Hart: a una concepción supuestamente “estática” de los derechos oponen una concepción dinámica (IV); a su teoría de la elección —y, en general, a cualquier formulación de la teoría de la voluntad— oponen la teoría del interés (V y VI). En efecto, tanto Raz como MacCormick buscan plantear un análisis que dé cuenta de la justificación de las normas adscriptivas de derechos, así como del papel que los derechos cumplen para sus titulares y para otros individuos concernidos. Lo cual, arguyen, solo puede lograrse con la defensa de tesis dinámicas acerca del concepto de los derechos y con la defensa de una teoría del interés como explicación de su función, rechazando la visión estática de los derechos y la teoría de la voluntad.<sup>130</sup>

En los próximos capítulos examino críticamente ambos conjuntos de argumentaciones: en un primer capítulo (IV), afronto las razones que avalan, según los principales adalides de la concepción dinámica, MacCormick y Raz —sin ignorar otros importantes defensores de posturas dinámicas, como Waldron y Marmor—, la refutación o, al menos, el profundo replanteamiento de las tesis estáticas al tiempo que sustentan la

---

<sup>130</sup> En lo que atañe a la teoría del interés, los aportes de Raz y MacCormick suponen, parcialmente, un intento de retomar el debate sobre la función de los derechos en el punto en que quedó con Bentham. Mejor dicho, en el punto en que Hart lo dejó con Bentham: tanto en la polémica teórica como en la reconstrucción metateórica, los discípulos de Hart están de acuerdo con la lectura hartiana (*cf.* MacCormick, 1977: 199; *cf.* Raz, 1984b: 123), lo que tiene como consecuencia principal la adscripción a Bentham de posturas estáticas (IV§2.5). Es decir, los autores dinámicos (en concreto, MacCormick y Waldron) reivindican a Bentham como precursor de la teoría del interés, pero lo reprueban por defender, según ellos, una comprensión estática de los derechos.

proposición de tesis dinámicas.<sup>131</sup> En concreto, los mencionados autores ven en la teoría hohfeldiana, y en teorías de inspiración hohfeldiana –veremos que Raz y MacCormick se refieren a Hart y Bentham–, el ejemplar de la posición estática que, en opinión de los críticos, debe ser desechada o, cuando menos, redefinida en profundidad. En los dos capítulos siguientes estudio las versiones de la teoría del interés de MacCormick (V) y de Raz (VI). Con el primer capítulo aspiro a reconstruir la visión teórica de fondo y la argumentación concreta sobre algunos aspectos sustantivos que aúnan a los dos autores. El estudio de las tesis centrales que integran la concepción dinámica de los derechos permite entender las preocupaciones teóricas, las pretensiones y algunos ajustes de las teorías del interés de MacCormick y Raz. En suma, las tesis dinámicas determinan en parte el tenor de las teorías del interés de los discípulos de Hart y por ello son planteados aquí, preliminarmente, como molde de lectura de dichas teorías. Sobre esta base teórica y metodológica, en los dos capítulos siguientes expongo sus teorías sobre la función de los derechos; dos teorías que, aunque responden a una política cultural y a una comprensión de la filosofía jurídica bastante afines, examinadas con cierto detalle, presentan diferencias notables. Si bien gran parte del capítulo consiste en un cuadro de reconstrucción metateórica de las posiciones de MacCormick, de Raz y de Hohfeld, se trata de una reconstrucción que se ve puntualmente acompañada de consideraciones críticas y que está orientada a extraer algunas conclusiones teóricas. La principal de ellas es que los enfoques que auspician la “concepción dinámica” y la “estática” muestran muy pocas incompatibilidades genuinas y tales enfoques pueden y deben ser integrados si se busca ofrecer una comprensión mínimamente acabada de los derechos. No solo la concepción dinámica –un enfoque eminentemente material, preocupado por la conveniencia de defender la prioridad justificativa de los derechos– no tiene por qué refutar las tesis y el modelo de Hohfeld –unas tesis fundamentalmente formales, atentas a la correlatividad de derechos y obligaciones– sino que dicho modelo confiere claridad conceptual y es un saludable correctivo de algunas exageraciones e imprecisiones de los autores dinámicos. Viceversa, no podemos restringirnos a la investigación analítico-conceptual hohfeldiana si queremos entender algunos elementos clave de la política del derecho y del razonamiento jurídico.

---

<sup>131</sup> Raz y MacCormick son aquí considerados los autores que presentan, en ocasiones, las tesis y los análisis más elegantes que pueden defender quienes suscriban la concepción dinámica y, en otras, los errores más frecuentes u ostensibles en que pueden incurrir los partidarios de la concepción dinámica. Pretendo, en este sentido, examinar dos concepciones antes que examinar únicamente las obras de dos autores.

## Capítulo cuarto. Hohfeld y la concepción dinámica de los derechos<sup>132</sup>

En lo relativo a la descripción metateórica y a la tarea crítica, en este capítulo persigo la dilucidación de tres conjuntos de argumentaciones. En primer lugar, analizo las aportaciones de Hohfeld, las principales tesis teóricas, la taxonomía y algunas claves de la metodología. En segundo lugar, estudio las argumentaciones centrales de una postura que se ha pretendido antagónica, la llamada “concepción dinámica” de los derechos. Asimismo, en tercer lugar, busco exponer y corregir algunas lecturas erradas y sesgadas que de Hohfeld han planteado los defensores de la concepción dinámica. Es cierto que, al igual que la controversia de Hart con Bentham, la de los defensores dinámicos con Hohfeld –erigido en ejemplar más significativo del oponente dialéctico– es una discusión “con obras” y no “con autores”, por cuanto Raz y MacCormick publicaron sus críticas medio siglo después del fallecimiento de Hohfeld. Con todo, dada la utilidad de formular los tres conjuntos de argumentaciones mediante un esquema dialéctico, en este capítulo sigo una estructura que podríamos denominar, empleando el léxico de los talmudistas, de “*ipkha mistabra*”, de la “contraargumentación”; quiero decir con ello que planteo, en primer lugar, una tesis (de Hohfeld) a la que se enfrenta una réplica (de la posición dinámica), que, a su vez, es respondida con una contrarréplica (reconstructiva o crítica, de algún modo reconducible a Hohfeld). Buena parte de las tesis que pretenden refutar o matizar los autores dinámicos fueron enunciadas ya por Hohfeld con las debidas cautelas y con matices que los preservan de las objeciones dinámicas; en todo caso, dar cuenta en detalle de las réplicas permite medir la plausibilidad y plasmar mejor objeciones y posibles incomprensiones, con el fin de que la contrarréplica presente una formulación lo más explícita y reforzada que sea posible de las tesis iniciales.

En lo que hace a la empresa metateórica, presentar y examinar la taxonomía y las principales tesis de Hohfeld permite comprender la oposición de los autores dinámicos y despejar algunos defectos de comprensión que sigue presentando la literatura actual. Así, la oposición entre las posturas estática y dinámica es uno de los debates más significativos de la segunda mitad (en particular modo, del último tercio) del siglo XX, pero además esta oposición sigue reapareciendo en distintos contextos de discusión, de sectores dogmático-jurídicos, filosófico-jurídicos y filosófico-políticos, ya sea en términos tácitos ya sea en términos explícitos –por ejemplo, en la literatura de derechos humanos no es infrecuente la reivindicación expresa, aunque no problematizada, de una comprensión “dinámica” con un tenor semejante al que aquí estudiaremos (*cf.* “*Philosophical foundations*”, 2015: 28; *cf.* Gilabert, 2009: 677; *cf.* Ivison, 2018). Además, como habrá ocasión de comprobar, los autores dinámicos extienden sus críticas también a Bentham y a Hart, de forma infundada. En efecto, un cotejo entre las tesis estáticas tal y como son retratadas por los filósofos dinámicos y las tesis efectivamente propuestas por los autores

---

<sup>132</sup> Una versión previa de este capítulo ha sido publicada como ensayo independiente (Fernández Núñez, 2020). Aquí introduzco algunos cambios de cierta profundidad.

pretendidamente estáticos muestran que si hemos de guiarnos por el modelo propuesto por MacCormick y Raz existen bien pocos ejemplos de autores genuinamente estáticos.

El estudio de los planteamientos hohfeldianos es crucial para el conjunto de esta investigación, dado que el recurso del vocabulario hohfeldiano es constante en la narración metateórica de esta tesis así como su aplicación indispensable para el análisis y la resolución de algunos supuestos. El conocimiento de la obra hohfeldiana es, también, la premisa para la reconstrucción de propuestas como la de Kramer, que adoptan sus tesis fundamentales.

De igual manera, en el plano teórico, es muy importante el examen de la obra de Hohfeld pues resulta razonable sostener que una teoría de los derechos debe incluir instrumentos dirigidos a captar los elementos analítico-conceptuales de los derechos y la obra hohfeldiana brinda seguramente los instrumentos más filosóficamente sofisticados y técnicamente articulados para acometer tal empresa.

Intentaré mostrar que, frente a lo que afirman o –más frecuentemente– sugieren los defensores de la concepción dinámica, la aportación hohfeldiana no constituye un aporte simplificador y obsoleto sino complejo e incluso insuperado. Lo que sí me parece adecuado conceder a la concepción dinámica es que no se trata de una teoría completa, por cuanto no se ocupa –no lo pretende– de cuestiones relativas a la justificación de las posiciones normativas y a discursos comprometidos de los juristas. Cuestiones que creo que una teoría de los derechos completa debe (aspirar a) captar. Por otro lado, si bien creo que la aportación hohfeldiana satisface enteramente los roles que Hohfeld le atribuye –y requiere tan solo de pequeños reajustes, suficientemente apuntados por la literatura–, no me parece que las contribuciones de la concepción dinámica muestren idéntico éxito: aunque sus defensores clásicos identifiquen intuiciones y caminos prometedores, algunos de sus métodos y soluciones distan de ser óptimos. Aquí solo tengo ocasión de plantear correcciones parciales, sin poder alumbrar genuinos cambios de ruta.

Por último, si lo que acabo de señalar pone de manifiesto la gran importancia de Hohfeld para esta investigación, conviene también aclarar hasta dónde llega esta importancia, esto es, por qué en este capítulo no me adentro con mayor detalle en la obra de Hohfeld. Ello responde a que esta tesis, si bien atiende a múltiples aspectos de las teorías de los derechos, centra su atención especialmente en la función de los derechos. Las aportaciones de Hohfeld son de extrema importancia para articular correctamente y conceder la debida profundidad a un modelo de la función de los derechos, pero no están formuladas para ocuparse de tal cuestión y por ello no puedo detenerme en ellas con prolijidad.

Este capítulo observa el siguiente orden. En primer lugar, pretendo aclarar qué se entiende por “correlatividad” de derechos y deberes (IV§1.1.), para describir luego el sentido de la correlatividad en el modelo hohfeldiano y examinar sus principales tesis (IV§1.2.), así como sus propósitos y su modo de proceder (IV§1.2.1). El modelo hohfeldiano lista ocho acepciones de “derechos” y de “deberes” correlativos, conceptos que Hohfeld consideraba la base en que descomponer todo problema jurídico ¿De qué

manera? Instanciando en dichas clases de conceptos las posiciones jurídicas individuales que conforman toda relación entre dos individuos determinados.

Las mencionadas tesis, respectivamente, de la universalidad de los conceptos jurídicos fundamentales (IV§1.2.2) y de la estricta bilateralidad de las posiciones individuales (IV§1.2.3), son atacadas por la concepción dinámica: los derechos no son posiciones bien determinadas y, aunque lo fueran, no serían únicamente eso (IV§2.1 y IV§2.2). Además, lo que es más significativo, los defensores de la concepción dinámica ponen en discusión la tesis de la correlatividad y sus implicaciones: el vínculo entre derechos y deberes no es –o no es solo– lógico sino justificativo (IV§2.3), los derechos son la razón por la cual, en cada ocasión, se imponen deberes (IV§2.4). En suma, desde cualquier perspectiva, los derechos no son reductibles a deberes (IV§2.5). Al hilo de estas respuestas y del análisis en su conjunto pretendo extraer una conclusión teórica, la complementariedad metodológica entre los dos enfoques, que es expuesta al final del capítulo (IV§3).

#### **IV.1. Fundamentos de un modelo analítico-conceptual de los derechos: la pretendida “concepción estática”**

Una prosa puede corromperse como un bife de lomo. Asisto hace años a los signos de podredumbre en mi escritura. Como yo, hace sus anginas, sus ictericias, sus apendicitis, pero me excede en el camino de su disolución final. Después de todo podrirse significa terminar con la impureza de los compuestos y devolver sus derechos al sodio, al magnesio, al carbono químicamente puros. Mi prosa se pudre sintácticamente y avanza –con tanto trabajo– hacia la simplicidad. [...] *Fixer les vertiges*, qué bien. Pero yo siento que debería fijar elementos. El poema está para eso, y ciertas situaciones de novela o cuento o teatro. Lo demás es tarea de relleno y me sale mal.

–Sí, pero los elementos ¿son lo esencial? Fijar el carbono vale menos que fijar la historia de los Guermantes.

–Creo oscuramente que los elementos a que apunto son un término de la composición. Se invierte el punto de vista de la química escolar. Cuando la composición ha llegado a su extremo límite, se abre el territorio de lo elemental. Fijarlos y, de ser posible, serlos.

(Julio Cortázar, *Rayuela*, 94. Morelliana)



### IV.1.1. La correlatividad de derechos y obligaciones

Con el fin de comprender los términos del debate conviene, antes que nada, examinar la cuestión de la correlatividad. Por “correlatividad” se entiende la coimplicación de dos conceptos: el derecho implica el deber y el deber implica el derecho. Así, una norma que establezca un derecho está, al mismo tiempo y por el hecho mismo de establecer el derecho, estableciendo un deber.<sup>133</sup> Viceversa, toda vez que se imponga un deber, a él le corresponde, por definición, un derecho.<sup>134</sup>

Retomar el socorrido ejemplo de Bentham presentado anteriormente (II§2.2) puede resultar esclarecedor (*vid.* Lindahl, 1977: 15, 20). La proposición:

[1] Toda madre tiene hacia cada uno de sus hijos la obligación de no dejarlos morir de hambre.

Implica y es implicada por la proposición:

[2] Los hijos tienen derecho a que su madre no les deje morir de hambre.

O, lo que es lo mismo:<sup>135</sup>

$(x) (y) (M_{xy} \rightarrow O \neg H_{xy}) \leftrightarrow (x) (y) (F_{yx} \rightarrow D \neg H_{yx})$

$O A_{xy} \leftrightarrow D A_{yx}$ , que equivale a  $O A_{xy} \rightarrow D A_{yx} \ \& \ D A_{yx} \rightarrow O A_{xy}$

Ya Aristóteles definía la correlatividad (*pros ti*) como una oposición relativa entre ideas o cosas dentro de un mismo orden (Vega, 2011b: 433); en particular, la correlatividad es aquel tipo de oposición en que los opuestos se necesitan el uno al otro. El ejemplo clásico es la relación padre-hijo. Por ejemplo, el manual de Jungius (1681: 64) identifica a David como sujeto de la relación de paternidad y término de la relación de filiación, al mismo tiempo que Salomón es término de la relación de paternidad y sujeto de la relación de filiación. Desde larga data, se considera que la misma relación de coimplicación es igualmente predicable de las nociones de “obligación” y “derecho”. De

---

<sup>133</sup> O, si se quiere, una norma que atribuye un derecho a cierto sujeto implica una norma que impone una obligación a otro sujeto (*vid.* Guastini, 2011b: 95).

<sup>134</sup> No se contempla aquí la posibilidad de una relación meramente unívoca; relación que, por otro lado, no sería oportuno denominar “correlatividad” sino únicamente “implicación” – material, antes que nada. En el presente trabajo no se puede examinar dicha cuestión más allá de los argumentos aducidos por la concepción dinámica. En todo caso, parece que el perfil problemático de la cuestión ha sido sobredimensionado: de ser cierto (*contra*, p. e., Kramer, 1998: 25–26), el hecho de que algunos deberes no impliquen derechos –o viceversa– no invalida de por sí la tesis de la correlatividad, ni tomada como tesis de un modelo, ni menos todavía como axioma (*cf.* Kramer, 1998: 30, 35); si acaso, llevaría a restringir su tenor solo a un subconjunto de deberes –sin duda, una clase de deberes direccionales. Es el caso de Bentham, para el cual toda obligación implica un derecho, salvo las obligaciones contra uno mismo y las obligaciones inútiles (II§2.3). Lo que es cierto es que deberemos explicar en qué medida son distintos los deberes que no implican (y no son implicados por) derechos de aquellos que sí lo son. Para un repaso de argumentos que mostrarían la sensatez de deberes que no implican derechos y viceversa *cf.* Perry, 2009.

<sup>135</sup> Siendo “x” el agente, “y” la contraparte y leyéndose “Ax” como “x realiza la acción A”. Para Bentham, como para Hohfeld, se trata de dos predicados triádicos: dos partes en orden inverso y la misma acción.

hecho, el propio manual de Jungius presenta “jus” y “obligatio” como ejemplos de nociones correlativas (*vid.* Jungius, 1681: 67). Esta acepción tradicional de “correlatividad” como “coimplicación lógica” se encuentra reflejada en Salmond, quien, por su parte, ejerció notable influencia en Hohfeld (*vid.* Salmond *in* Lyons, 1970: 47).

La relación, como puede verse, es lógica y existencial: no hay parte sin contraparte. De todas maneras, a pesar de su sencillez –o quizás precisamente a causa de una sencillez superficial o aparente–, la correlatividad ha sido objeto de muchas lecturas y los usos de la palabra misma son oscilantes. Ello no debe ser motivo de sorpresa: por un lado, hay enormes diferencias en los modelos descriptivos y prescriptivos sobre la relación entre derechos y deberes; por otro lado, hablar de “correlatividad” se prestaría a distintas interpretaciones sobre su sentido y sobre sus implicaciones (ontológicas, semióticas, etc.).<sup>136</sup> Un ejemplo elocuente de las interpretaciones del sentido de la correlatividad: Radin no entiende la situación como una conexión conceptual entre relaciones, sino que se expresa en términos de identidad. Así, Radin dice que es erróneo hablar de “correlativo”; “derecho” y “deber” no designan dos cosas distintas, relaciones intersubjetivas diferentes, sino una misma relación bajo dos puntos de vista distintos (*vid.* Radin, 1927: 124; *vid.* Radin, 1938: 1150; *cf.* Kramer, 1998: 33). Acaso pueda criticarse a Radin la confusión entre los términos de una relación y la relación misma, pero si nos restringimos a constatar su afirmación hay que acreditar una acepción adicional de “correlatividad” aproximadamente sinónima de “identidad conceptual”. En suma, el vocablo “correlatividad” está aquejado de ambigüedad –máxime, en un plano diacrónico–; hablar de “correspondencia biunívoca” resultaría menos equívoco por referirse más claramente al carácter lógico-existencial de la relación, pero pagaría el precio de la escasa familiaridad a la literatura de los derechos.

Por su parte, como acabo de señalar, no solo tiene la expresión “correlatividad” múltiples lecturas sino que, como tesis, entraña múltiples implicaciones: al asumir que “derecho de  $\varphi$  de  $X$  respecto de  $Y$ ” equivale a “deber de  $\varphi$  de  $Y$  respecto de  $X$ ”, entonces la norma  $n1$  “ $X$  tiene derecho a  $\varphi$  respecto de  $Y$ ” equivale a la norma  $n2$  “ $Y$  tiene deber de  $\varphi$  respecto de  $X$ ”. Por tanto, si una autoridad produce  $n1$ , ha producido, por equivalencia  $n2$ . Asumiendo  $DA_{xy} \leftrightarrow OA_{yx}$ , y asumiendo  $DA_{xy}$ , se concluye por *modus ponens* que  $OA_{yx}$ .

Con base en tal equivalencia semántica, se puede emplear, en un caso en que una norma ha impuesto un cierto derecho, el derecho como “base para la derivación” (*cf.* Biasetti, 2014b: 496–497) o como “indicador” pragmático de la obligación correlativa, y viceversa. Por ejemplo, si colegimos que una norma establece que cierto sujeto  $X$  tiene una inmunidad de  $\varphi$ , podemos también colegir que, en virtud de una norma implicada por la primera, debe haber un sujeto  $Y$  que tenga la incapacidad de  $\varphi$ . Esta identificación puede realizarse respecto de normas abstractas o concretas, generales o particulares. Dicho sea de paso, la concepción dinámica, por su parte, no cree que viceversa sea posible, es

---

<sup>136</sup> El ensayo de Frydrych sobre la correlatividad (Frydrych, 2018) es un amplio mapa metateórico de múltiples significados de “correlatividad” y, además, en su propia construcción categorial refleja distintas comprensiones de la coimplicación entre derechos y deberes.

decir, que la obligación pueda proporcionar suficiente información acerca de un derecho. Con el ejemplo que acabo de bosquejar pretendo mostrar que la tesis de la correlatividad puede ser empleada como base para formular críticas de política del derecho –relativas, por ejemplo, a la determinación del concreto obligado–, no como un lastre que nos impide formularlas –como sugieren doctrinas como la del “*manifesto right*” (vid. Feinberg, 1980: 153). Se trata, precisamente, de una réplica frente a algunas críticas de los teóricos dinámicos, puesto que permite sostener conclusiones que tales teóricos estiman de gran valor –por ejemplo, como veremos, una caracterización muy frecuente de los derechos en el modelo raziano es la que los ve como “indicadores” de deberes–, usando argumentos “estáticos”, aparentemente contradictorios con los suyos.<sup>137</sup>

En cualquier caso, conviene señalar desde ahora que referirse a “correlatividad”, con las dosis de *simetría* lógico-definitoria que comporta –particularmente si por “correlatividad” se entendiera “equivalencia semántica”–, no precluye que los términos de la relación sean asimétricos en otros niveles, p. e., desde el punto de vista de la justificación.<sup>138</sup> Recuérdese, por mencionar un célebre ejemplo, que Kelsen presentaba deber y derecho –derecho en sentido lato– como dos caras de la misma moneda sosteniendo asimismo el carácter reflejo, traducible sin residuo, del derecho con respecto al deber –por tanto, a las normas secundarias (cfr. Kelsen, 1953: 101-103; cfr. Celano, 1999: 221-222).

Como he señalado, antes de Hohfeld la correlatividad o, si se prefiere, la correspondencia biunívoca entre derechos y deberes ha sido afirmada –en términos más o menos estrictos o reconocibles y de forma más explícita o implícita– en distintas ocasiones. Pero tan solo en *distintas* ocasiones: el tratamiento que ha recibido la cuestión de la correlatividad por obra de legisladores, juristas y filósofos hasta tiempos recientes puede considerarse germinal; no se puede decir que haya recibido un desarrollo teórico detenido y pormenorizado ni que muchas de sus posibles implicaciones hayan sido tenidas en cuenta.<sup>139</sup> En las páginas que siguen examino algunos puntos centrales de la propuesta de Hohfeld, la que es, desde 1913 hasta hoy en día, la formulación canónica de la correlatividad entre derechos y deberes.

---

<sup>137</sup> Para un ejemplo semejante con miras muy afines vid. Hierro, 2001: 100.

<sup>138</sup> En efecto, Radin considera evidente que la correlatividad deja abierta la puerta a distintas posibilidades en el plano semántico (cfr. Radin, 1927: 124-125).

<sup>139</sup> En la Edad Media se encuentran ya afirmaciones suficientemente reconocibles del principio de correlatividad y en el siglo XVII se formulan sumamente conocidas como las de Althusius y Pufendorf (cfr. Tuck, 1979: 159-160). El reconocimiento en términos conceptuales de los derechos ha venido acompañado con frecuencia por la defensa de su primacía en el plano normativo-valorativo, dos dimensiones (la conceptual y la normativa-valorativa) bien distintas pero de aparición, con frecuencia, concomitante en la historia del pensamiento occidental. En la “revolución copernicana” del tránsito de un código de deberes a un código de derechos, la toma de conciencia de la correlatividad ha jugado un papel relevante (cfr. Bobbio, 1999b). Desde luego, aunque la de “derecho subjetivo” sea una noción normativa con una carga persuasiva notable, la aparición conjunta de consideraciones normativo-valorativas y conceptuales es un hecho contingente, no una necesidad.

### IV.1.2. El modelo y las tesis principales de Hohfeld

La aportación teórica de Wesley N. Hohfeld es –no solo, pero fundamentalmente– un proyecto de clarificación, un intento de “disciplinar conceptualmente”, a través del análisis, distinción, definición y clasificación de los conceptos constitutivos del vocabulario de los derechos (*vid.* Celano, 2013: 32; *cf.* Barberis, 2014: 82; *cf.* Kramer, 1998: 22). Hohfeld aspiraba a comprender el concepto de “right”, y desagregar la extensión del “camaleónico” término (Hohfeld, 2010: 35) en distintas posiciones normativas individuales. Tales posiciones normativas son entendidas como conceptos jurídicos fundamentales; de esta suerte, al esclarecerlas Hohfeld confiaba en que el jurista podría descubrir semejanzas esenciales y analogías iluminantes en la aparente variedad infinita y sin esperanza de los problemas jurídicos (*vid.* Hohfeld, 2010: 64).

Hohfeld identifica –o, mejor, estipula– ocho posiciones jurídicas individuales, divididas en dos grupos. En un primer grupo, un conjunto de posiciones normativas favorables (que suelen ser denominadas de forma genérica “derechos”), pretensión o derecho en un sentido estricto (*claim* o *right*), libertad (*privilege*), poder (*power*) e inmunidad (*immunity*).<sup>140</sup> En un segundo grupo, un conjunto de posiciones normativas desfavorables, deber (*duty*), no-derecho (*no-right*), sujeción (*liability*) e incapacidad (*disability*).<sup>141</sup>

Asimismo, la tabla de conceptos jurídicos fundamentales puede ser dividida en otros dos grupos, el primero constituido por: derecho, correlato del deber, la libertad, correlato del no-derecho; el segundo compuesto por: el poder, correlato de la sujeción y la inmunidad, correlato de la incapacidad. Las cuatro nociones dentro de cada grupo son interdefinibles, en virtud de sus opuestos y contrarios.

Dos diferencias distinguirían el primer grupo del segundo. La primera diferencia estriba en que mientras que el primer grupo concierne directamente a las acciones individuales (se trata de posiciones normativas de primer orden), el segundo atañe solo indirectamente a las acciones, y directamente a la capacidad de modificar una posición jurídica del primer o del segundo grupo (se trata de posiciones normativas de segundo orden, referidas a otras posiciones normativas). Sumamente importante es la noción de

---

<sup>140</sup> No es, desde luego, Hohfeld quien tiende a denominar las posiciones “derechos”; conviene recordar que la reacción de Hohfeld surge precisamente de la tendencia, pernicioso en su opinión, de expresar toda relación jurídica en términos de “derechos” y “obligaciones” (*vid.* Hohfeld, 2010: 36).

<sup>141</sup> Con esta traducción al castellano del léxico de Hohfeld (*cf.* Hohfeld, 2010: 36), me alejo en algunos puntos de la traducción clásica de Carrió (Hohfeld, 1991). El filósofo argentino habla de “derecho (subjetivo)” en lugar de “derecho (en sentido estricto)” o “pretensión”; de “privilegio” en lugar de “libertad” –en ocasiones Carrió también habla de “libertad”–; de “potestad” en lugar de “poder” y de “incompetencia” en lugar de “incapacidad” (*cf.* Hohfeld, 1991: 49). Curiosamente, Hohfeld no denomina las posiciones desfavorables “obligaciones” y ni tan siquiera recoge que jueces y otros operadores jurídicos se refieran a ellas bajo tal denominación. Esto ha generado, en la literatura posterior, una serie de desajustes entre las dos categorías de posiciones normativas, un problema que ahora solo puedo mencionar.

“poder” o de “competencia”, de cara a poder modificar situaciones jurídicas. La segunda distinción, poco pacífica, radica en cómo caracterizar las normas que atribuyen posiciones de primer orden y de segundo orden. En concreto, con cierta frecuencia se defiende que las posiciones de segundo orden son conferidas por normas de competencia, determinativas, mientras que las primeras posiciones serían atribuidas por normas de conducta, regulativas (*vid.* Ross, 1958; *cf.* Barberis, 2014: 83). Así, si el primer grupo de nociones está constituido por conceptos deónticos, esto es, relativos al carácter obligatorio, prohibido o permitido de ciertas acciones, el segundo grupo estaría integrado, según algunos autores (*vid.* Biasetti, 2014a: 138), por conceptos aléticos, atinentes a la naturaleza posible, imposible o necesaria de la modificación de otras normas, según otros autores (*cf.* Azzoni, 1994), por conceptos anankásticos.<sup>142</sup> Respecto de esta última posibilidad, resulta más razonable decantarse por la postura de los primeros autores, no solo porque en lo que hace a la caracterización de los conceptos anankásticos haya buenas razones para dudar de que se trate de genuinos deberes –un problema análogo es el de los “deberes técnicos”– sino porque parece que hablar de reglas anankástico-constitutivas sea reducible, sin pérdida de significado, a hablar de modalidades aléticas.<sup>143</sup> En todo caso, el principal problema no es tanto el de si caracterizar las posiciones de segundo orden en clave de modalidades aléticas o en clave de modalidades anankásticas sino el de no hacerlo en clave de modalidades deónticas. Sin duda, una posible alternativa, que permitiría entender que la tabla hohfeldiana contiene exclusivamente posiciones deónticas, es sostener que un poder es simultáneamente la conjunción de una habilidad de hacer algo (en concreto, un cambio de alguna posición de primer o de segundo orden) y un permiso de actuar bajo tal habilidad (*vid.* Hohfeld, 2010: 50–51; *cf.* Lindahl, 1977: 206–210; para un examen de la conveniencia de entender las normas constitutivas como normas regulativas *cf.* Ferrer Beltrán, 2000: 53–56).

Es importante notar que a cada uno de los conceptos enumerados le corresponde un único correlativo: así, por ejemplo, toda vez que el legislador atribuye una libertad está imponiendo, por definición, un no-derecho y no, por ejemplo, un deber. Que  $T$  y  $T'$  son correlativos significa que, necesariamente,  $T$  tiene lugar entre Marina y Carla respecto de  $\varphi$  si y solo si  $T'$  tiene lugar entre Carla y Marina respecto de  $\varphi$  (*vid.* Lindahl, 1977: 27).

---

<sup>142</sup> El deber anankástico es un tipo de deber no deóntico, el deber de aquellas reglas constitutivas que Conte llamó “reglas anankástico-constitutivas” y de las cuales dio dos caracterizaciones: de acuerdo con la caracterización ontológica, tales reglas establecen una condición necesaria de aquello sobre lo que vierten; de acuerdo con la caracterización semántica, tales reglas determinan la extensión del término que designa la entidad de las cuales ellas son la regla (*vid.* Lorini, 2007: 104–105).

<sup>143</sup> Como he señalado, si las primeras parejas de conceptos correlativos ([1] y [2]) vienen dadas por conceptos deónticos, las últimas dos parejas ([3] y [4]) están constituidas por conceptos aléticos o, según algunos autores, anankásticos. Ilustremos las últimas parejas para clarificar su sentido: “la administración pública *debe* expropiar al propietario un terreno de utilidad pública” es un ejemplo de poder –de la administración– y correlativa sujeción –del propietario–; “un particular *no debe* expropiar un terreno de pública utilidad al propietario” es un ejemplo de incapacidad –del particular– y correlativa inmunidad –del propietario.

Hay, además, relaciones de oposición –más precisamente, de contradictoriedad (*vid.* Kramer, 1998: 12-13; *cf.* Biasetti, 2015: 36): cada uno de los conceptos tienen un único opuesto. Que  $T$  y  $T'$  son opuestos significa que, necesariamente,  $T$  tiene lugar entre dos partes respecto de  $\varphi$  si y solo si  $T'$  no tiene lugar entre las dos partes respecto de  $\varphi$  (*vid.* Lindahl, 1977: 27; *cf.* Kramer, 1998: 13).

La correlatividad no es solo una relación conceptual (lógico-definitoria) sino que también es vista –en gran medida, en virtud de la tesis de la estricta bilateralidad, que enseguida será expuesta– también como una relación (jurídica) intersubjetiva o, tal vez, con mayor precisión, se hace corresponder la correlatividad con una relación normativa entre dos sujetos, mientras que la oposición es una relación estrictamente semántica entre términos (*vid.* Azzoni, 1994: 455, 444). El modelo hohfeldiano tiene carácter “conectivo”, lo que quiere decir –en este punto, al menos– que la comprensión apropiada de cada concepto se obtiene captando sus relaciones con los demás conceptos del mismo sistema (*vid.* Arriagada, 2016: 155).

Pasemos a exponer los conceptos jurídicos fundamentales para examinar las relaciones de correlatividad y oposición que median entre ellos (p. e., *cf.* Pino, 2017: 82-83; *cf.* Guastini, 2011b: 92-98; *cf.* Guastini, 2006: 38-41; *cf.* Lindahl, 1977: 25-27).

1. Derecho en sentido estricto o pretensión es el título a que alguien mantenga un cierto comportamiento, activo u omisivo; el contenido del derecho viene dado por la acción ajena. Su correlativo, por tanto, es un deber, el opuesto es un no-derecho.

2. Libertad<sup>144</sup> es la facultad de realizar una cierta acción  $\varphi$  o de abstenerse de realizar una cierta acción  $\varphi$ . El correlativo es el no-derecho de *no*  $\varphi$ . Así, si  $A$  tiene la libertad de  $\varphi$  con respecto a  $B$ ,  $B$  tiene frente a  $A$  un no-derecho de *no*  $\varphi$ . Hohfeld afirma asimismo que sobre el titular de la libertad no recae obligación alguna respecto de la acción, de tal modo que su opuesto es el deber.<sup>145</sup> Con mayor exactitud, el deber de  $\varphi$  es el opuesto de la libertad de *no*  $\varphi$ , con el deber de  $\varphi$  se tendrá la no libertad de *no*  $\varphi$ . Finalmente, si la pretensión atañe al comportamiento ajeno (es un derecho pasivo), la libertad se refiere al comportamiento de su titular (derecho activo).

3. Poder es la capacidad de modificar la situación jurídica ajena. La posición correlativa, de aquel que ve modificada su situación, es la sujeción. Lo opuesto del poder es la incapacidad.

4. Inmunidad es la imposibilidad jurídica de que alguien incida en posiciones jurídicas del titular. La inmunidad significa, pues, la ausencia de sujeción a otro

---

<sup>144</sup> El término usado por Hohfeld (*privilege*) resulta inadecuado por varias razones (para un examen general *cf.* Hart, 1982: 200; para la distinción entre función de exención que realizaría la libertad unilateral y la función discrecional que cumpliría la libertad bilateral *cf.* Wenar, 2005: 226-228).

<sup>145</sup> Dicho sea de paso, esta consideración no es del todo pacífica puesto que llevaría, tomada tal cual, a excluir la posibilidad de considerar libertades a las libertades meramente unilaterales implicadas por la obligatoriedad de ciertas acciones –a razón del principio deóntico en virtud del cual “obligatorio” implica “permitido”.

individuo, que es su opuesto. Su correlativo es la incapacidad. Mientras que el poder es un derecho activo, ejercitable, la inmunidad es un derecho pasivo, que solo puede disfrutarse. Por último, tanto el poder y la inmunidad como la sujeción y la incapacidad tienen en común ser posiciones de segundo grado, porque tienen por objeto otras posiciones jurídicas –cualquier posición de la tabla hohfeldiana o una combinación de ellas.

Hohfeld afirma no pretender ofrecer definiciones de corte clásico o lexical, en una perspectiva continuista con los preceptos de una línea tradicional del positivismo jurídico relativos al modo idóneo en que definir los “derechos” (II§2.1). Sin embargo, lo hace en un pasaje: “Un derecho es una pretensión afirmativa frente a otro. Un privilegio es la libertad de alguien del derecho o pretensión de otro. Un poder es el ‘control’ afirmativo de alguien del derecho o la pretensión de otro. Una inmunidad es la libertad de alguien del poder o ‘control’ de otro respecto de una relación jurídica” (Hohfeld, 2010: 60). Pero incluso en esta definición, el *definiendum* de cada posición viene dado por otra posición normativa –destacan, particularmente, por importancia explicativa las nociones de “pretensión” y “poder”–, de modo que la idea de considerar las nociones de forma aislada, abstraída de la red conceptual en que se insertan, es una posibilidad que Hohfeld tiende a rehuir.

Estas posiciones normativas atómicas pueden integrarse unas con otras, conformando posiciones moleculares. Es decir, cada uno de los cuatro microderechos puede combinarse con los otros de distintas maneras –o lo que es lo mismo, de forma no necesaria, a diferencia de lo que ocurre con las relaciones de oposición y correlatividad (*cf.* Pino, 2017: 84)– dando lugar a macroderechos, a una situación jurídica compleja (*cf.* Lindahl, 1977: 34-35; *cf.* Barberis, 2014: 83).

Entre las numerosas críticas que se han dirigido a la taxonomía hohfeldiana, puede resultar especialmente sugerente y relevante para comprender mejor algunas perplejidades de la concepción dinámica de los derechos una objeción formulada por Roscoe Pound. Pound niega que en todo caso deba afirmarse que concurre una posición correlativa y recrimina a Hohfeld dar nombres de posiciones jurídicas a situaciones en que no existe posición jurídica alguna (*vid.* Pound, 1937: 574). El argumento funciona del siguiente modo: careces de un derecho, entonces tienes un no-derecho. No parece sensato, como en cambio pretende Pound, negar toda capacidad explicativa a estas nociones estipuladas por Hohfeld. Sin embargo, en un plano *pragmático*, se puede tener la impresión de que algunas posiciones –verbigracia, derechos como la libertad o la inmunidad– son más significativas (son más “elocuentes”, explican mejor) con respecto a las acciones que cualifican que sus correlativos –el no-derecho o la incapacidad, respectivamente. Estos últimos serían, por tanto, más significativas, se encontrarían en una situación más próxima a la redundancia (*cf.* Kramer 2019a, quien detalla una serie de razones que militan juntamente a favor de la estipulación de los no-derechos; aunque también ver la “doble asimetría” que parece encontrarse en la comprensión krameriana de la tabla de Hohfeld VII§4).

La correlatividad y la oposición son, más que tesis descriptivas, axiomas de la teoría hohfeldiana (*cf.* Kramer, 1998: 30, 35). Conviene examinar otras tesis defendidas por Hohfeld vinculadas a la correlatividad y que han sido objeto de crítica por parte de la concepción dinámica de los derechos.

#### IV.1.2.1. Breve caracterización de la metodología lingüística hohfeldiana

Para entender mejor la articulación de la empresa hohfeldiana y los objetivos que se plantea, es necesario bosquejar algunos rasgos importantes –y sofisticados e interesantes– de su acercamiento filosófico a los derechos.

Como he sugerido, el proyecto de Hohfeld tiene por propósito fundamental la desambiguación de la expresión “derecho subjetivo”; se trata, al mismo tiempo, de un proyecto de regimentación del lenguaje y de análisis conceptual.

Para la redefinición que acomete de los ocho conceptos fundamentales, Hohfeld sondea los usos de la jurisprudencia.<sup>146</sup> Su redefinición consiste, en buena medida, en una redefinición parcial del contenido de ciertas nociones y en una cuidadosa selección de la terminología más adecuada, tanto en virtud de argumentos que ofrece la propia jurisprudencia a los que Hohfeld reconoce solidez –a veces, en efecto, Hohfeld recoge definiciones informativas referidas a construcciones elaboradas por la jurisprudencia–, como en función de aquellos que vislumbra el propio Hohfeld, y del mapa conceptual que va trazando.

Las denominaciones resultan un elemento crucial, pues son una evidencia del contenido de las nociones y constriñen de forma decisiva los posibles contenidos semánticos de las nociones. La discriminación terminológica va de la mano de la precisión conceptual y busca establecer “the limited and proper meaning” de las nociones (*vid.* Hohfeld, 2010: 38–39). La convicción que presupone el modo de proceder en el análisis de Hohfeld es la de que de la correcta elección terminológica depende, en gran medida, la construcción del campo semántico y, en última instancia, el contenido de la posición normativa, “su significado intrínseco y alcance” (Hohfeld, 2010: 63; *cf.* Hohfeld, 2010: 48–49, 51, 61). Hohfeld pretende realizar un ajuste mutuo entre el rótulo (el “*nomen iuris*”, ya sea el que más comúnmente emplean los tribunales u otro) y el uso. Esto presupone que hay usos más correctos y rótulos más aptos, más conformes a tales usos. La ambición de Hohfeld es la de construir una red conceptual y, al mismo tiempo, una red léxica, que liste adecuados sinónimos y cuasisinónimos (*cf.* Hohfeld, 2010: 47, 59).

En todo caso, si la elección de un nombre no es una tarea finalizada a sí misma tampoco los conceptos yacen ociosos. Se trata de un análisis clásico del lenguaje normativo, característico de la filosofía analítica del derecho, donde acaso convergen algunas intuiciones típicas de la terapia lingüística. Por ello se ven privilegiadas las

---

<sup>146</sup> Mi impresión es que, antes que al empleo que de la propuesta hohfeldiana puede hacer el jurista práctico, el subtítulo “as applied in judicial reasoning” se refiere al objeto, a la concreta cantera lingüística de que dispone el científico del derecho.



definiciones ostensivas y contextuales, mediante reiteradas definiciones por ejemplificación.

#### IV.1.2.2. Tesis de la universalidad de los conceptos jurídicos fundamentales

Como he evidenciado, Hohfeld concibe las ocho posiciones normativas individuales como conceptos jurídicos fundamentales. Esto significa, para Hohfeld, que cualquier posición normativa individual puede instanciarse en tales conceptos y que estos son el “mínimo común denominador del derecho” al que se pueden reducir todas las entidades jurídicas (*vid.* Hohfeld, 2010: 63-64) o, acaso, solo múltiples entidades jurídicas (una enumeración incompleta, *vid.* Hohfeld, 2010: 64).

En un pasaje muy elocuente acerca de sus propósitos, Hohfeld desarrolla la analogía relativa a estos “mínimo común denominadores”, arguyendo que “diez fracciones (1-3, 2-5, etc.) pueden, *superficialmente*, parecer tan diferentes unas de otras como para desafiar la comparación. Si, aún así, son expresadas en términos de sus denominadores comunes más elementales (5-15, 6-15, etc.), la comparación se vuelve fácil, y puede descubrirse la semejanza fundamental. Lo mismo es cierto, naturalmente, con relación a las concepciones genéricas más básicas en que todas y cada una de las ‘cantidades jurídicas’ pueden ser reducidas” (Hohfeld, 2010: 64).

La metáfora algebraica —así como el habitual paralelismo de las operaciones conceptuales de Hohfeld con el análisis de un compuesto químico (*vid.* Simmonds, 2001: ix)— apunta no solo a la reorganización sistematizadora, sino también, en general, a una atención por la estructura y por la combinatoria. En verdad, al captar “semejanzas esenciales y analogías iluminadoras” Hohfeld pretende aclarar lo que superficialmente parece intrincado y dotar de complejidad a lo aparentemente sencillo (*vid.* Hohfeld, 2010: 63-64; *cf.* Hohfeld, 2010: 26).

Se trataría de brindar un instrumento teórico y práctico con propósitos de sistematización —por ello se trata de redefiniciones y no de definiciones informativas—, para ayudar al jurista a desenvolverse en el campo del derecho positivo dado de antemano —por ello se trata de redefiniciones y no de definiciones (enteramente) estipulativas.

Por ejemplo, instituciones jurídicas como la agencia y los fideicomisos son relaciones complejas que pueden ser descompuestas en las ocho nociones mencionadas (*cf.* Hohfeld, 2010: 52-53). Lo que ocurre es que parece excesivo, para cualquier ordenamiento, sostener que todo problema jurídico pasa necesariamente por la dilucidación de derechos. Carrió matiza el enunciado referido de Hohfeld, formulado de forma algo bombástica y distingue unas posibles “pretensiones moderadas” y unas “pretensiones máximas” en Hohfeld; las pretensiones de los mínimos comunes denominadores parecen acercar la propuesta de Hohfeld a unas miras máximas, la referencia a la ordenación del derecho positivo, a unas miras moderadas (*cf.* Carrió, 1991: 11-14). Aunque los aportes de Hohfeld sean fundamentalmente teórico-generales,

extrapolables a cualquier ordenamiento jurídico que atribuya posiciones normativas con unas ciertas características “estructurales” –aunque no, desde luego, “metafísicos”, acerca de la “naturaleza intrínseca” de los conceptos (*vid.* Hohfeld: 2010: 50)–, su análisis se muestra en distintos puntos sensible al contexto.

#### IV.1.2.3. Tesis de la estricta bilateralidad de las posiciones individuales

Hohfeld considera la naturaleza relacional, interpersonal<sup>147</sup> una característica conceptual de las posiciones jurídicas que estipula, y aun sostiene que una relación entre una cierta posición y la posición correlativa (*i. e.*, una *jural relation*) solo tiene lugar entre dos sujetos, ni más ni menos (*cf.* Azzoni, 1994: 454). Dos sujetos determinados. En suma, como caracterización general, Hohfeld predica la bilateralidad estricta de las relaciones entre posiciones jurídicas individuales.

En todo caso, el análisis de su segundo artículo contiene una distinción de las posiciones normativas entre “unital” “paucital” y “multital”, siendo las últimas posiciones que conectan sujetos indeterminados.

### IV.2. El intento de refutación de la concepción dinámica a Hohfeld. Objeciones y contrarréplicas

El comienzo del contraste entre una concepción dinámica y una concepción estática de los derechos se sitúa en Raz (1984a: 200). Allí Raz sienta algunas de las tesis centrales de la concepción dinámica e identifica su oponente dialéctico, que denomina “concepción estática de los derechos” (*cf.* Raz, 1986: 185-186).<sup>148</sup>

La contraposición entre ambas concepciones ha sido señalada y formulada con gran claridad en un artículo fundamental de Bruno Celano de 2001, “I diritti nella *jurisprudence* anglosassone contemporanea. Da Hart a Raz”.<sup>149</sup> Allí, tales concepciones son definidas de la siguiente manera: la concepción estática es “una concepción que ve un derecho como una posición normativa subjetiva elemental (atómica), acabadamente determinada, o, como un conjunto finito, acabadamente determinado (un agregado, una molécula), de tales posiciones” mientras que la concepción dinámica es “una concepción que ve un derecho subjetivo como el núcleo germinal de (como una razón idónea para justificar la atribución o el reconocimiento de) posiciones normativas determinadas, o conjuntos determinados de tales posiciones (como la *ratio* que explica, justificándola, la

---

<sup>147</sup> Podemos hablar –y es habitual hacerlo en el caso de los deberes– de “direccionalidad”. Los deberes que tienen derechos correlativos son un tipo de deberes direccionales.

<sup>148</sup> Waldron alude asimismo a la “dynamic grounding relation” entre el derecho de un sujeto y las exigencias que se imponen a otros sujetos (Waldron, 1988: 85).

<sup>149</sup> Para otras reconstrucciones eficaces que se expresan en términos afines a los de Celano (*cf.* Simmonds, 1998: 149 y ss; *cf.* Pino, 2017: 90-91; *cf.* Biasetti, 2015).

atribución o el reconocimiento de posiciones determinadas” (Celano, 2013: 23). Así pues, en una paráfrasis aproximada, la concepción estática entiende el derecho subjetivo como una posición bien determinada o un conjunto de posiciones bien determinadas, mientras que la concepción dinámica ve el derecho subjetivo como la razón que justifica en cada caso la atribución o el reconocimiento de posiciones o de conjuntos de posiciones normativas determinadas.

MacCormick y Raz son los representantes más destacados de la concepción dinámica y dirigen algunas críticas a Hohfeld, que es identificado como rival dialéctico y cuyas tesis vienen, por el contrario, cualificadas como “estáticas”. Según Raz y MacCormick, también serían estáticas las posturas de Hart y de Bentham, en la medida en que comparten distintos presupuestos hohfeldianos.

#### IV.2.1. Réplicas a la tesis de la universalidad

La cuestión que parece movilizarse en torno a la tesis de la universalidad es la siguiente: la concepción dinámica sostiene que hay algún elemento que caracteriza a toda instancia de “derecho subjetivo” y que hace de los derechos algo distinto de cualquier otro concepto normativo. Hohfeld no solo no capta ese elemento, esa propiedad excepcional, sino que, todavía, plantea una taxonomía que refrenda una supuesta heterogeneidad de los derechos. Asimismo, las miras de Hohfeld son excesivas: su taxonomía y su modelo son incapaces de dar cuenta de muchos derechos. De esta suerte, para la concepción dinámica ni el modelo hohfeldiano da cuenta de todos los rasgos (ni, de hecho, de los rasgos más importantes) de los derechos ni da cuenta de todos los derechos (ni, de hecho, de derechos sumamente importantes).<sup>150</sup> Hay, por tanto, que alejarse de las aspiraciones disgregadoras de Hohfeld para intentar localizar ese *quid* que hace que algo sea un “derecho subjetivo”.

Como acabo de exponer (IV§1.2.2), la tesis de la universalidad afirma que los ocho conceptos fundamentales conforman el “mínimo común denominador” del derecho objetivo. Todo derecho subjetivo es reconducible a alguna de las cuatro posiciones de ventaja hohfeldianas o a alguna combinación de ellas y todo problema jurídico se puede desentrañar empleando los ocho conceptos elementales.

Por su parte, la concepción dinámica sostiene que “un derecho no es (no necesariamente) una relación elemental entre una pareja de individuos determinados” y “no es tampoco un agregado de semejantes relaciones” (Celano, 2013: 66). MacCormick afirma que “no todos los derechos (piénsese en los derechos institucionales complejos como la propiedad y otros derechos *in rem*) son instancias de categorías hohfeldianas o son reducibles sin residuo a agregados de ellas” (MacCormick, 1982: 349). O sea, para

---

<sup>150</sup> Estos dos inconvenientes (propiedades de derechos y clases de derechos) ni siquiera coinciden, según la concepción dinámica, lo que haría el modelo hohfeldiano todavía menos potente explicativamente que si coincidieran.

MacCormick, muchos derechos pueden ser cabalmente entendidos como posiciones atómicas o moleculares hohfeldianas, pero no otros, especialmente relevantes. El caso de Raz es singular, pues se vale de la misma terminología que emplea Hohfeld, pero el contenido que le da a los rótulos no es, o no prácticamente, hohfeldiano (VI§1).

En cualquier caso, no se trata de una disputa formulada en clave taxonómica. Ni MacCormick ni Raz proporcionan una precisa tipología de posiciones jurídicas distinta de la estipulada por Hohfeld. En otras palabras, el argumento, como emergerá con más claridad seguidamente, es que los microderechos tienen, contra lo que parece sostener Hohfeld, un elemento en común<sup>151</sup> y que tanto los microderechos como los macroderechos son algo más que una posición jurídica o una suma de posiciones. Esto es, no se trata solo de criticar la tesis de la universalidad de Hohfeld, sino que los autores dinámicos pretenden introducir otra crítica: no es solo que no podamos reducir todo problema jurídico a un conjunto de títulos hohfeldianos sino que ni siquiera buena parte de los derechos son reducibles a un compuesto de títulos hohfeldianos.

La preocupación, tal y como la plantea la concepción dinámica, es que el intento disgregador de Hohfeld no solo no es provechoso, sino que oscurece las propiedades normativas verdaderamente significativas de los derechos, que hacen de la noción de “derecho subjetivo” un concepto unitario. En último término, el planteamiento problemático de la concepción dinámica es uno que opone la “unicidad” de los derechos, que sería adecuadamente reconocida por los partidarios de la concepción dinámica al explicar el quid único de los derechos en su papel en el razonamiento jurídico, frente a la tendencia disgregadora hohfeldiana.

Así planteado, el enfrentamiento resulta estéril, pues el proyecto de desambiguación hohfeldiano es un intento de esclarecimiento estructural, sintáctico, que poco tiene que ver con los diferentes usos de la expresión “derecho subjetivo” en los discursos comprometidos (fundamentalmente valorativo-justificativos) de los juristas. Es cierto que la taxonomía elaborada por Hohfeld permite distinguir con claridad, por ejemplo, la “permisibilidad” de las libertades de la “inviolabilidad” de las inmunidades (*cf.* Simmonds, 1998: 168-173). Un efecto de ello es que las distinciones hohfeldianas no coartan necesariamente los discursos justificativos que emplean el vocabulario de los derechos; si se quiere, de modo indirecto, contribuye a su clarificación. Por ejemplo, si un individuo se lamenta y alega genéricamente un “derecho” para oponerse a un cambio normativo en relación con su comportamiento por parte del legislador y resulta que el único derecho jurídico-positivo de que dispone consiste en una libertad bilateral, podremos recriminar a nuestro interlocutor que lo que él pretende reclamar es que su situación relativa a un comportamiento es inviolable frente a ciertos cambios normativos (*i. e.*, es titular de una inmunidad), cuando lo que únicamente ocurre es que su comportamiento activo u omisivo está permitido (*i. e.*, es titular de una libertad unilateral o bilateral de  $\varphi$ ). En otro contexto lingüístico, puede ser que lo que el individuo pretenda al proferir su derecho de  $\varphi$  sea reclamar un derecho moral de  $\varphi$  (acaso la inmunidad que

---

<sup>151</sup> Al no reconocer semejante elemento común, Hohfeld contraría de forma infundada el uso ordinario (*vid.* MacCormick, 1982: 348).

el ordenamiento positivo no le reconoce) o bien reclamar que efectivamente se produzca un cambio jurídico favorable (que el ordenamiento positivo le atribuya la citada inmunidad) o alguna otra cosa. Esto es, si es cierto que puede afirmarse que el empleo de Hohfeld puede tener el efecto de depuración teórica, de clarificación de esta clase de escenarios, –y si es cierto, entonces, contra lo que sostenían los autores dinámicos en lo recogido en este párrafo, que todo derecho subjetivo es, estructuralmente, analizable en términos hohfeldianos–, es dudoso que tales efectos incidan (constriniéndolas) en las prácticas concretas de lo que tradicionalmente se entiende por el “lenguaje de los derechos”. Incidirán seguramente en la descripción y análisis de tales prácticas o en la precisión con que se valgan o exijan los agentes, pero no necesariamente en las propias prácticas. El aspecto retórico del lenguaje de los derechos atañe a las enunciaciones en términos de “derechos”, empleos concretos de enunciados fuera de las fuentes normativas; en cambio, los análisis de Hohfeld versan sobre el concepto de “derecho subjetivo” en las fuentes normativas, no en los discursos y usos de tal concepto independientemente de dichas fuentes (*vid.* Poggi, 2008: 366).

Con esta respuesta, apunto al desajuste entre la crítica de la concepción dinámica y los propósitos hohfeldianos. Aquí como en otros puntos del debate, aquello por lo que nos está preguntando la concepción dinámica es, a fin de cuentas, por el “núcleo central de significado” de la noción de “derecho subjetivo”: la pregunta estaría, sencillamente, mal planteada para Hohfeld. Nos hacemos, diría Hohfeld, preguntas distintas en función de cada una de las cuatro nociones de “derecho subjetivo”. Creo que esta respuesta es fundamentalmente acertada para responder a una pregunta en términos analítico-conceptuales, no tiene por qué serlo si la pregunta es planteada en términos valorativo-justificativos.

#### **IV.2.2. Réplicas a la tesis de la estricta bilateralidad**

Los defensores de la concepción dinámica también buscan rebatir que las relaciones entre posiciones normativas tengan lugar entre dos individuos y que tales individuos estén suficientemente determinados (IV§1.2.3). Se trataría de una rigidez indebida, que empobrece el análisis y el uso del vocabulario de los derechos.

MacCormick reprueba dicha tesis (*vid.* MacCormick, 1977: 205–206) aduciendo la posibilidad de proteger un derecho frente a la gente en general y mediante distintas relaciones jurídicas simultáneamente. Por otra parte, si bien es cierto que pueden establecerse miríadas de relaciones atómicas (o sea, de aquellas a las que Hohfeld se refiere) con el establecimiento de un derecho, no vale a la inversa (*vid.* MacCormick, 1977: 206).

Raz considera que la tesis de la estricta bilateralidad resulta totalmente injustificada, señalando que no consiente explicar los derechos *in rem* (*vid.* Raz, 1970: 180; *cf.* MacCormick, 1978a: 181–182, acerca del “dogmatismo infundado” de la correlatividad).

Poder dar cuenta de los derechos reales era justamente un propósito primordial del segundo ensayo de Hohfeld, de 1917 (*vid.* Hohfeld, 2010: 67 ss.). Dado que, como he dicho más arriba, a cada posición jurídica fundamental corresponde solo una posición jurídica fundamental como correlativa resulta que los derechos reales son entendidos como haces de derechos (“*bundles of rights*”): un derecho *in rem* forma parte de muchos derechos similares reconducibles a una persona, y cada uno de tales derechos tiene una única obligación que forma parte de un gran número de obligaciones similares individualmente reconducibles a muchas personas distintas (*vid.* Hohfeld, 2010: 95; *vid.* Azzoni, 1994: 456-457). El análisis de Hohfeld individualiza cada situación, pero estas pueden combinarse entre sí, creando una densa malla de relaciones bilaterales (*cfr.* Lindahl, 1977: 32; *vid.* Radin, 1927: 130). De esta suerte, un derecho “contra el mundo” es perfectamente explicable en términos de *indefinidos* derechos paralelos (*vid.* Kramer, 1998: 9-10).

Esta solución puede resultar o no convincente: MacCormick considera que explicaciones semejantes contrarían el sentido común del lenguaje ordinario sin ganar en claridad conceptual (*cfr.* MacCormick, 2007: 129). Otra respuesta que, como he señalado, brinda el propio Hohfeld es que hay también relaciones de tipo “paucital” y “multital” y en el último caso las partes no tienen por qué estar determinadas.

Aunque pudiesen resultar convincentes estas respuestas –acabamos de ver que la primera no lo es, para MacCormick, la segunda sencillamente pasa inadvertida–, la concepción dinámica puede asimismo replicar que un derecho no es una mera suma de posiciones sino que es también, en buena medida, una razón capaz de justificar nuevas posiciones en función del mutar de las circunstancias. Ningún conjunto de relaciones atómicas es equivalente al derecho, que cuanto más complejo es mayor es la necesidad de explicarlo de acuerdo con otros modelos. Estos modelos explicativos consisten en concebir el derecho como concepto “institucional” (*vid.* MacCormick, 1977: 206-207; *cfr.* MacCormick, 1982: 348-349), como atajo lingüístico para referirse a la justificación de las normas, a la intención del legislador (*cfr.* MacCormick, 1977: 206) o como algo parecido.<sup>152</sup>

---

<sup>152</sup> En MacCormick se encuentran algunas consideraciones que pugnan en sentidos opuestos: el autor parece estimar que el análisis hohfeldiano de la correlatividad, así como todo análisis de la correlatividad, se limita fundamentalmente –si no exclusivamente– a las nociones de “pretensión” y “deber” (*cfr.* MacCormick, 1977: 200, 207; *cfr.* MacCormick, 1982: 355). Al mismo tiempo, MacCormick sugiere que el aspecto pasivo de los derechos es captado por la teoría del interés, que mostraría por ello una superior capacidad explicativa frente a explicaciones rivales (*cfr.* MacCormick, 1982: 344; *cfr.* MacCormick, 2007: 123). Pero si ambas aserciones son válidas, teniendo en cuenta el carácter pasivo de las pretensiones, ello debiera forzar a MacCormick a subrayar aún más lo limitado de la capacidad explicativa del modelo hohfeldiano. Máxime si se defiende, como a veces hace MacCormick (*cfr.* MacCormick, 2007: 124), que las pretensiones constituyen el tipo *predominante* de derechos pasivos en la discusión actual. La restricción del análisis hohfeldiano por parte de MacCormick que he señalado parece deberse, al menos en parte, a que el autor escocés ha malinterpretado la predilección de Hohfeld por los conceptos de “*claim*” y “*duty*”, como si la correlatividad se diese solamente entre estas dos posiciones normativas.

Proveer de una mayor complejidad, frente al reduccionismo de Hohfeld, sería un propósito fundamental de la concepción dinámica (*vid.* Simmonds, 1998: 152). MacCormick estima que el análisis hohfeldiano refleja una realidad más simple y directa de la que se puede captar con el análisis que autor escocés propone –capacidad que MacCormick atribuye al potencial explicativo de la teoría del interés–; sin embargo, el autor escocés, pese a describir y ejemplificar “sutilezas” y articulaciones, no proporciona ninguna definición de qué entiende por “simplicidad” o “complejidad” (*cf.* MacCormick, 1977: 201, 207). Cabe recordar, por cierto, que un propósito fundamental de Hohfeld era justamente el de capturar la unidad y armonía del derecho y que tal percepción solo podía ser obtenida mediante profundidad de análisis (*vid.* Hohfeld, 2010: 64).

Una serie de problemas acucian la concepción dinámica de los derechos. Por una parte, no aclara debidamente qué entiende por “determinación” y hasta qué punto es relevante o irrelevante que una posición normativa y una parte y una contraparte (general o particular, concreta o abstracta) estén determinadas o queden indeterminadas (algo más acerca de este problema en Raz VI§2). Otro problema es la falta de claridad con que están formuladas algunas críticas ¿Qué quiere decir, como afirma MacCormick, que ningún conjunto de relaciones atómicas es equivalente al “derecho subjetivo”? Desde luego, esta pregunta es, con la obra de Hohfeld en mano, ininteligible: si una norma confiere un “derecho subjetivo” no está, en términos estructurales, sino confiriendo un microderecho o un macroderecho, explicables en términos hohfeldianos. Si lo que MacCormick pretende afirmar es que un documento normativo no tiene por qué pronunciarse en términos hohfeldianos y que puede resultar ardua la tarea de los operadores jurídicos de “reconocer” o “traducir” las posiciones hohfeldianas conferidas por esa norma indeterminada, formulada genéricamente en términos de “derechos” eso son dos cuestiones bien distintas de la inicialmente planteada.<sup>153</sup> Dos cuestiones que en nada desmerecen la obra de clarificación hohfeldiana.

#### **IV.2.3. La vinculación entre derechos y obligaciones no como una relación lógica sino justificativa**

En este punto, el planteamiento problemático de la concepción dinámica puede ser resumido del siguiente modo. La comprensión de matriz hohfeldiana representa los derechos en pie de igualdad con los deberes, en una relación lógica; en cambio, los derechos no están en una situación de simetría con los deberes y las relaciones que median entre una noción y la otra no es (no lo es fundamentalmente) lógica, sino justificativa.

---

<sup>153</sup> MacCormick está preocupado por la enunciación de la ley en términos de derechos (*cf.* MacCormick, 1977: 203); sin embargo, salvo en el caso de la legislación que confiere derechos *eo nomine*, es discutible que una ley sea concebible y deba construirse de ese modo (*cf.* MacCormick, 1976: 303).

Justamente es la prioridad justificativa –prioridad que supone también, es importante notar, la prioridad explicativa– la que permite dar cuenta de la asimetría de derechos y deberes. De este modo, el dilema –un falso dilema, como veremos– que nos plantea la concepción dinámica debe resolverse, dicen sus defensores, en favor del segundo cuerno. En otras palabras, si queremos entender de qué tratan las normas que confieren derechos, así como el papel de los derechos en el razonamiento práctico, es necesario prescindir o, cuando menos, redefinir profundamente la tesis de la correlatividad de derechos y deberes, rechazando muchas de las bases que sustentan o que subyacen implícitamente en dicha tesis.

En opinión de Raz no hay prácticamente ningún vínculo lógico entre las nociones de “derecho” y “deber”. Los derechos, según la concepción raziana, representan intereses que justifican, si no son derrotados por razones en conflicto, la imposición de obligaciones en otros individuos. El hecho de que sean los derechos los que justifican las obligaciones lleva a Raz a hablar de “precedencia de los derechos”, para vedar toda relación de simetría entre las posiciones normativas (*vid.* Raz, 1986: 186). Las relaciones que median entre derechos y obligaciones no son, entonces, lógicas sino justificativas. La comprensión de los derechos compete fundamentalmente al razonamiento práctico: ya sea del titular del derecho, ya sea de los titulares de los intereses –pues algunos de tales titulares no necesariamente coinciden con el titular del derecho (VI§5)– ya sea de los individuos concernidos por el derecho, en primer lugar, los sometidos a obligación. El papel fundamental de los derechos en el razonamiento práctico es presentar el *respeto* por el interés del titular del derecho como suficiente para someter a obligación a otro individuo (*vid.* Raz, 1986: 188). El concepto de “derecho subjetivo” se encuadra en el marco de razones para la acción. Además del papel que los derechos desempeñan para sus titulares, el aspecto relacional, que recoge la interacción fluida de distintos actores en diferentes niveles, es entendido de forma muy distinta del modo, por así decir, sinalagmático de Hohfeld. Aunque, a decir verdad, que el planteamiento de Hohfeld no es tan sinalagmático como la concepción dinámica pretende sostener ha sido mostrado en la anterior sección.

En lo que atañe a MacCormick, la situación es distinta. MacCormick busca manifestar la idea de que la imposición de deberes es la respuesta a la necesidad de proteger intereses (*cf.* MacCormick, 1977: 192). Como se ha señalado antes, hablar de “correlatividad” en los términos en que la concibe Hohfeld es perfectamente correcto para gran cantidad de derechos; tanto es así que MacCormick con frecuencia se refiere a “corresponding duties” (p. e., *cf.* MacCormick, 2007: 121; *cf.* MacCormick, 1982: 355).<sup>154</sup> Lo que ocurre es que la relación justificativa entre las posiciones normativas, sin tener el carácter exclusivo que Raz le concede, reviste notable importancia para MacCormick. Como será manifiesto al abordar su metodología (V§5), el autor escocés

---

<sup>154</sup> Al margen de su afirmación, MacCormick no aclara qué forma tienen esos derechos no hohfeldianos. No parece aventurado afirmar que MacCormick presta escasa atención al aspecto genuinamente estructural de los derechos.



anuda las capacidades explicativa y justificativa de las teorías de los derechos. Por lo que a los derechos se refiere, MacCormick habla de su prioridad conceptual, justificativa y, en ocasiones, también temporal respecto de las obligaciones. Bajo este prisma, MacCormick considera más adecuado hablar de “imposición” de obligaciones a razón de los derechos que de deberes correspondientes. Es necesario hacer una observación relativa a la teoría que buscan proponer Hohfeld, Raz y MacCormick. Aunque es cierto que pretende mencionarse sobre algunas cuestiones de índole sustantiva, como he intentado mostrar (IV§1.2.1), Hohfeld presenta básicamente un análisis del discurso jurídico mientras que Raz presenta fundamentalmente una teoría filosófico-política y MacCormick, por su parte, elabora una propuesta “institucionalista” que conjuga algunos aspectos del análisis del discurso jurídico con otros que conceden suma importancia al razonamiento práctico.

#### IV.2.4. La crítica “dinámica en sentido estricto”: la cuestión temporal

El aspecto “dinámico” de los derechos, escribe Raz (*vid.* Raz, 1984a: 200; *vid.* Raz, 1986: 171), es que tienen la capacidad, en función de las circunstancias, de dar lugar a nuevos deberes.<sup>155</sup> Un derecho viejo, modificadas las circunstancias, puede llevar a la creación de obligaciones de todo punto nuevas. Por consiguiente, no existen listas cerradas de obligaciones (*vid.* Raz, 1984a: 199; *vid.* Raz, 1986: 171). Se trataría de reconocer un aspecto fundamental, en opinión de Raz, de la nomodinámica, el de la autorregulación del derecho en lo que se refiere a su contenido.

Si para Raz la vinculación entre intereses, derechos y deberes no es de índole lógica sino justificativa, dado un cierto derecho, identificar cuáles son las obligaciones es cuestión que concierne a principios de responsabilidad (*vid.* Raz, 1984a: 211).<sup>156</sup> Así, se puede hablar cabalmente de un derecho (como *ratio*) a la educación sin que se conozcan aún todas las implicaciones de afirmar el derecho en cuestión;<sup>157</sup> tales implicaciones dependen también de otras premisas distintas de las relativas al derecho mismo. Y estas premisas pueden no ser previamente cognoscibles o, siéndolo, pueden modificarse en función del cambio de las circunstancias, respecto de las circunstancias iniciales (*vid.* Raz, 1984a: 212). Entonces, en resumidas cuentas, es precisamente el derecho subjetivo aquello que,

---

<sup>155</sup> Algunos deberes no son justificados por derechos, según Raz.

<sup>156</sup> Desde luego, otros autores han propuesto soluciones muy cercanas a este modo de encarar el problema. Dos de ellas son las nociones de “*manifesto right*”, “un especial sentido ‘manifiesto’ de ‘derecho’, en el que un derecho no necesita estar correlacionado con el deber de otra persona” (Feinberg, 1980: 153) y de “*recipient right*”, una clase de derechos morales con un cierto contenido, para la que somos incapaces de imponer una obligación a otros sujetos, con la consiguiente dificultad para su ejercicio y exigibilidad; derechos “a medio camino entre pretensiones y libertades” (Becker, 1977: 14-15). Tanto Feinberg como Becker (*vid.* Becker, 1977: 7, 15) afirman abiertamente polemizar con Hohfeld.

<sup>157</sup> Afín a la importancia de conocer tales implicaciones y de distinguirlas del derecho sustantivo es la idea de MacCormick de “imperfect” o “aspirational rights”, cuya implementación es distinta de la directa imposición de deberes correlativos (*cf.* MacCormick, 1982: 345).

mediante la reflexión sobre su razón de ser y sobre sus razones, consiente establecer, junto con las demás premisas, sus implicaciones (*vid.* Raz, 1986: 185).

Como se puede apreciar, la concepción dinámica, pese a tener el notable mérito de enfatizar la importancia de fijarse en la atribución de posiciones normativas (esto es, el mérito de plantear un enfoque problemático parcialmente acertado y de un modo eficaz), no es, en ocasiones, particularmente esclarecedor en cuanto a los instrumentos de identificación de las nuevas posiciones normativas. Es decir, defiende un intuicionismo que es, hasta cierto punto, metodológicamente ingenuo.

Antes de encarar la argumentación de MacCormick –examinada a través de un ejemplo que se ha vuelto célebre– es conveniente delinear la respuesta que Hohfeld podría proporcionar a la objeción raziana.

Hohfeld ofrece distintos ejemplos sobre cómo la violación de derechos y deberes da lugar a nuevas posiciones normativas, derechos y deberes de reparación (*vid.* Frydrych, 2018: 28). Es más, dar cuenta de la posibilidad de la modificación de posiciones jurídicas es precisamente el sentido de las posiciones normativas de segundo grado; ellas introducen reglas de cambio en el sistema hohfeldiano. En la medida en que Hohfeld prevé estas posibilidades es injusto acusarle de “estatismo”; lo que ocurre es que, naturalmente, en cuanto sistema, las reglas que propone están necesariamente predeterminadas ¿De qué otro modo podría Hohfeld caracterizar las clases de normas generales y abstractas que establecen las diferentes clases de posiciones normativas? Lo que puede reprocharse, en todo caso, es que Hohfeld no proporciona un elenco detallado, ni tanto menos exhaustivo, de las maneras y los estadios de atribución de derechos. Se trata de una cuestión que, justificadamente, ha concernido a la concepción dinámica de los derechos y a la que Hohfeld no da respuesta. En opinión de Celano, en lo que tal vez Hohfeld asuma una postura verdaderamente estática es en hacer depender las modificaciones de las relaciones jurídicas de hechos operativos (“hechos operativos, constitutivos, causales o dispositivos”), que son “aquellos que, bajo las normas jurídicas generales aplicables, son suficientes para modificar relaciones jurídicas” (Celano, 2013: 37). Son pues “reglas jurídicas, en hipótesis, preexistentes, las que determinan, de modo universal y abstracto, qué hechos son condiciones de la producción de qué consecuencias jurídicas” (Celano, 2013: 37); las condiciones de tales modificaciones de las relaciones jurídicas individuales “son predeterminadas y formulables en un conjunto de enunciados cuantificados universalmente. Las reglas que dichos enunciados expresan son (concebidas como) presupuestas, o dadas, previamente al surgimiento de una relación determinada, dependiente de ellas” (Celano, 2013: 38). Algo así como decir que las reglas del juego están plenamente preconstituidas y nos hacen capaces de prever todas las posibles alteraciones que tendrán lugar en la partida. Por lo demás, la aportación hohfeldiana está dirigida a describir el derecho subjetivo en una situación netamente sincrónica; pues Hohfeld realiza en gran medida un trabajo de jurista analizando las posiciones existentes, firmemente establecidas en el derecho positivo. Por añadidura, sostener, como hacen Raz y MacCormick, que las obligaciones pueden resultar indefinidas *en un primer momento*, o que los individuos *concretos* no resulten determinables, puede ser sencillamente el

resultado de un error epistémico o de razones sustantivas acerca de la atribución de derechos, no quiere ello decir que no sean identificables, en abstracto, las partes de una relación normativa que reúne unas ciertas características generales. Dicho de otro modo, se puede discutir que haya razones conceptuales para afirmar un vínculo lógico-existencial entre derechos y deberes pero ello es bien distinto de poner tal vínculo en entredicho pero el mero hecho de que resulte sensato hablar de un derecho al margen de que estén determinados o sean determinables los individuos obligados, las obligaciones, y otros detalles de una relación normativa. La concepción dinámica, lejos de refutar la correlatividad mediante argumentos conceptuales, pretende refutarla mediante consideraciones acerca del conocimiento del derecho, relativas a la información disponible en situaciones concretas sobre a quién compete un determinado deber o qué medidas hay que introducir para considerar que un derecho está protegido. Sea como fuere, conviene notar que nada en la teoría de Hohfeld nos compromete con niveles de abstracción o de especificidad determinados y que, además, el propio Hohfeld ya distinguió entre entre derechos “presentes” y “potenciales”, “genéricos” y “específicos” (*cf.*, p. e., Hohfeld, 2010: 31-33, 41, 55).

La descripción de los distintos momentos de postulación, atribución y tutela de los derechos puede articularse con precisión distinguiendo entre (normas que atribuyen o reconocen) derechos-razón, derechos morales, derechos positivos y otras estrategias semejantes, como las distinciones por parte de Kramer de niveles de especificidad y de estadios de establecimiento de los derechos –que discrimina entre intereses, títulos incipientes y títulos definidos (VII§3). Si en esta sede sigo denominando “estática” la visión que, a ojos de quienes propugnan la concepción dinámica, trasluce las principales tesis de Hohfeld –así como la reconstrucción de la posición verosímil de Hohfeld, con alguna enmienda– tal decisión responde a la voluntad de no apartarme en exceso del debate historiográfico. Pero es necesario constatar que, por una parte, los rótulos “dinámico” y “estático” –recuérdese, acuñados por Raz– tienen una fuerza persuasiva manifiesta y, por otra parte, resultan en buena medida indebidas, pues los autores señalados como estáticos –Hohfeld, Hart, Bentham– dedican notable atención a la dimensión diacrónica de los derechos y al papel de estos en la autorregulación del derecho.<sup>158</sup>

Por su parte, en lo que atañe a la crítica dinámica, MacCormick esgrime una argumentación más sencilla que la de Raz, que concluye afirmando la prioridad lógica, justificativa y, a veces, temporal de los derechos respecto de las obligaciones (*vid.*, p. e., MacCormick, 1977: 200-201). En un ejemplo que se ha vuelto clásico (*vid.* MacCormick, 1976; 1977), MacCormick interpreta la ley escocesa de sucesiones del siguiente modo: en el caso de una herencia intestada, la ley prevé que uno de los hijos sea llamado a heredar antes que los demás. Es decir, [1] un derecho (el derecho a heredar) es atribuido antes que una obligación (la obligación del ejecutor de la herencia). Además, el hijo determinado por el juez para disfrutar de los derechos antes que el resto de

---

<sup>158</sup> En todo caso, aquí sostengo que el principal mérito teórico y el propósito principal de Hohfeld es su estudio netamente sincrónico de las posiciones jurídicas.

hermanos es, precisamente por este hecho, nombrado ejecutor, con los deberes que ello comporta (cuidar del caudal hereditario, dividir, liquidar, adjudicar la herencia, etc.). Es decir, [2] la atribución del derecho inicial es la base para atribuir obligaciones a su titular con respecto a sus hermanos y hermanas. MacCormick da la siguiente lectura de su análisis: [1] la atribución del derecho (el derecho de quien es llamado a heredar inicialmente) antecede<sup>159</sup> la imposición de la obligación correlativa pero, además, [2] ese derecho funda (i. e., explica y justifica) el deber de su titular frente al resto de hermanos.

Es oportuno esbozar una serie de consideraciones acerca de la prioridad conceptual (lógica) y temporal de los derechos, pero antes conviene manifestar que el análisis del ejemplo es algo burdo y que el modelo hohfeldiano permite distinguir de forma más cuidadosa los distintos pasajes.

Antes que nada, el legislador ha decidido atribuir un derecho –como mínimo, una pretensión en sentido hohfeldiano– pero podría haber decidido imponer el deber al ejecutor nombrándolo directamente: a fin de cuentas, el valor o el interés que busca tutelar la norma puede satisfacerse perfectamente de uno o de otro modo.<sup>160</sup> El caso es que al atribuir al primer hijo (al hijo que es escogido judicialmente frente a sus hermanos) el derecho al caudal hereditario se está dando lugar a un deber,<sup>161</sup> el de dividir y repartir la herencia; de modo que se equivoca MacCormick al formular [1]. Para cumplir tal deber es necesario identificar y designar a una persona para que desempeñe las funciones de ejecutor. El hijo que ya es titular del derecho a la herencia es nombrado ejecutor. En tal situación, él es titular del derecho y, al mismo tiempo, está sometido al deber correlativo. Pero hay que tener en cuenta, al margen de ello, a los hermanos que son llamados a heredar. El hijo que fue llamado en un primer momento tiene un deber<sup>162</sup> frente a sus hermanos: no realizar acciones lesivas contra los demás coherederos, gestionar y dividir la herencia, etc. Pero para esta segunda relación jurídica el derecho a la cuota de herencia inicialmente atribuido al hermano, frente a lo que sostiene MacCormick con [2], no justifica nada. Solo es relevante como criterio para atribuir responsabilidad y como elemento inferencial que desencadena la relación: aquel que es llamado primero a heredar debe gestionar la herencia. Se trata de una condición como cualquier otra –aunque no es (completamente) arbitraria– que el legislador escoge como criterio para imponer el deber. Conviene aclarar que he simplificado adicionalmente el análisis tomando, de forma más o menos explícita, la oposición “derecho/obligación” como prácticamente

---

159 También tiene prioridad lógica por el simple hecho de que, como reconoce MacCormick, la cuestión crucial y primaria es quién debe recibir el beneficio del caudal hereditario (*vid.* MacCormick, 1977: 201). Solo en un segundo momento nos preguntamos por las obligaciones, por los medios con que se debe proteger tal ventaja (*vid.* MacCormick, 1977: 202), y este hecho indica no solo una prioridad temporal sino también lógica.

<sup>160</sup> Para MacCormick, en efecto, los derechos cumplen el papel fundamental de manifestar de forma más bien directa el interés comprendido en la intención del legislador (cfr. MacCormick, 1977: 206).

<sup>161</sup> Para esta misma consideración y otras afines cfr. Penner, 1997: 309. En verdad, está dando lugar a un macroderecho, compuesto por distintas posiciones de ventaja que tienen, individualmente, distintos deberes correlativos.

<sup>162</sup> En realidad, tiene distintos deberes, al igual que los hermanos ostentan distintos derechos.

correspondiente a la oposición hohfeldiana de “pretensión/deber”; en verdad, en semejantes situaciones jurídicas entra en juego un complejo de posiciones jurídicas que conforman posiciones moleculares (esto es, diferentes macroderechos). Por ejemplo, el hijo que es nombrado ejecutor tiene en el desempeño de su cargo (de su obligación) el poder de modificar la situación jurídica de los hermanos –un poder respecto de cada uno de sus hermanos–, lo que implica la correlativa sujeción de estos.<sup>163</sup>

Si resulta plausible afirmar que hay derechos frente a uno mismo, derechos que para ser realizados exigen la intervención de su titular en calidad de obligado, el supuesto contraejemplo de MacCormick plantearía a Hohfeld un problema genuino –el único, a mi entender.<sup>164</sup> Esto es, que se pueda afirmar que quien tiene derecho a la herencia (*qua* heredero) tenga también, contra sí mismo, la obligación de gestionar y repartir la herencia (*qua* ejecutor).<sup>165</sup> Para Hohfeld, como se recordará, las *jural relations* eran predicables, generalmente, de dos individuos determinados y solo eran posibles entre seres humanos. Pero, en efecto, esta parece una restricción injustificada, en el momento en que no hay razones conceptuales que impidan aplicar el esquema hohfeldiano a, por ejemplo, una relación entre corporaciones, entre personas jurídicas. Se trata de una restricción injustificada del análisis hohfeldiano (para una crítica de esta restricción que parece presuponer y delatar distintas confusiones *cf.* Kramer 1998: 49-57).

Ahora conviene examinar la cuestión de la prioridad conceptual de los derechos. Afirmarla, dice MacCormick, podría escandalizar a Hohfeld (MacCormick, 1976: 312). En realidad, no hay razón para tal escándalo, pues el defensor hohfeldiano podría responder que el diagnóstico es equivocado y que se basa sobre unas premisas que la obra de Hohfeld no se encarga de estudiar. Es equivocado si pretende una refutación de la correlatividad: la coimplicación biunívoca entre derechos y obligaciones se produce, por definición (se trata de un axioma), toda vez que se da uno de los dos elementos. No hay nada en ello que permita hablar de “prioridad” de un elemento frente al otro. MacCormick cifra la “prioridad conceptual” en que la atribución de uno de los elementos anteceda la del otro. Dicho con mayor corrección, puede ser que una disposición normativa sea formulada en términos de “derechos” y no de “obligaciones” y que la autoridad que dictó la norma estuviera interesada (solo o exclusivamente) en atribuir

---

<sup>163</sup> Este poder y esta sujeción tienen idéntico grado de especificidad (*cf.* Kramer, 1998: 42); de esta suerte, es posible hablar de un derecho y un deber abstractos, dejando abierta la posibilidad de que den lugar en el futuro a otras posiciones más concretas (*cf.* Kramer, 1998: 43). La solución que planteo aquí al clásico ejemplo de MacCormick es muy cercana a la que formula Kramer (*vid.* Kramer, 1998: 28-29).

<sup>164</sup> Cabe señalar que Bentham solo reconocía la posibilidad opuesta, es decir, puede hablarse de deberes frente a uno mismo pero no puede decirse sensatamente que alguien tenga derecho frente a uno mismo.

<sup>165</sup> El problema tratado en este párrafo (la coincidencia de titularidad del derecho y de la obligación es –parcialmente– distinto del problema de los llamados “derechos obligatorios” (IX§2.1). Sin embargo, para ambos problemas puede resultar pertinente distinguir dentro de las posiciones normativas individuales los derechos de los deberes: en efecto, el derecho –derecho principal y derechos derivados– del heredero se concreta en contenidos proposicionales muy distintos de los de la obligación –obligación principal y obligaciones derivadas– del ejecutor.

derechos y no en imponer obligaciones. En todo caso, la norma que confiere el derecho implica otra norma que impone la obligación y es esta copresencia (*i. e.*, que toda vez que se otorga un derecho a un sujeto se atribuye también una obligación a otro sujeto) la que interesa a Hohfeld, no el proceso hasta llegar a ella. Es decir, que una posición normativa se “dé” antes que su correlativa –comoquiera que se entienda esta afirmación– es un problema que no concierne a Hohfeld. Sí interesa, en cambio, a Bentham, y para no responder demasiado rápido a las críticas de MacCormick conviene examinar los argumentos benthamianos.

Como ha habido ocasión de analizar, Bentham traza y otorga gran importancia a la distinción entre prioridad conceptual y correlatividad. El autor londinense defendía la prioridad lógica –y, si se quiere, temporal– de las obligaciones a la par que afirmaba la correlatividad entre derechos y obligaciones: Si el legislador no impone obligaciones es imposible que haya derechos, pero en el momento en que son impuestas obligaciones a ciertos individuos indefectiblemente –con dos excepciones– son atribuidos derechos a otros. En efecto, Bentham sostenía tres tesis diferentes: [1] los deberes tienen prioridad explicativa (conceptual, temporal, por manejar los tipos de prioridad a los que alude MacCormick) frente a los derechos por cuanto muestran, bajo distintas perspectivas, una conexión más estrecha con la realidad; [2] los derechos tienen prioridad axiológica y justificativa sobre los deberes, en el momento en que el legislador debe maximizar la felicidad y un modo crucial para hacerlo es la distribución de los bienes que los derechos realizan; [3] salvo por dos excepciones (una conceptual, los derechos contra uno mismo, la otra injustificada, los deberes que no entrañan beneficio alguno), los deberes siempre están acompañados de derechos y viceversa. Las tres tesis no inciden en absoluto entre sí.

Esto es, puede distinguirse, entre otros, varios planos en que podría predicarse la prioridad de los derechos respecto de las obligaciones o viceversa: [A] una prioridad conceptual (causal o inferencial), [B] una prioridad cronológica, [C] una prioridad lógica y [D] una prioridad justificativa. En el caso de Bentham, el autor dieciochesco defiende [A] y acaso [B] a favor de los deberes, mientras que en [C] habría una situación de coimplicación entre derechos y deberes y [D] plasmaría la prioridad de los derechos respecto de los deberes.

Me parece que el único argumento que genuinamente podría impedir la conciliación de posturas “dinámicas” y de posturas “estáticas” es la insistencia de la concepción dinámica por hacer que los derechos tengan más contenido semántico que los deberes. Al hacerlo, el teórico dinámico está haciendo depender [A] de [D]. El teórico estático puede sostener que lo que el dinámico afirma solo atañe al nivel justificativo, sin que tenga que trasladarse al plano analítico–conceptual. El problema es que se trata de dos modelos conceptuales distintos, uno que incluye las cuestiones valorativo–justificativas entre las conceptuales (el modelo del teórico dinámico) y otro que las excluye (el modelo del teórico estático). Como he manifestado en varios puntos de la investigación, creo que hay más razones que militan a favor del modelo del teórico estático, pero es importante constatar el posible disenso, un disenso genuino.

#### IV.2.5. Contra el carácter reflejo de los derechos respecto de las obligaciones

La concepción dinámica acusa a la comprensión hohfeldiana de acarrear dos consecuencias posibles para el lenguaje de los derechos: la visión de que los derechos sean reducibles a obligaciones (esto es, que los derechos sean redundantes); la visión de que los derechos sean meros reflejos de las obligaciones (esto es, que los derechos no solo sean redundantes, sino más pobres en contenido, de menor capacidad explicativa que estas).

La correlatividad entre derechos y deberes lleva a algunos intérpretes a pensar que los derechos son reductibles a deberes sin pérdida alguna de significado. A ello se une el hecho de poder explicar las distintas posiciones hohfeldianas empleando el lenguaje de las modalidades deónticas de base, de obligatorio, prohibido y permitido (*cf.* Celano, 2013: 34-36). Entonces, de una forma u otra, “según el análisis hohfeldiano –argumentan los críticos– los derechos no son sino el reflejo de las obligaciones” (Celano, 2013: 67).

Cuando se enunciaba la correlatividad se ha evidenciado el carácter “especular” de la relación, pero “especular” no es “meramente reflejo”. “Bare reflexes” es, en efecto, la expresión de que se sirve MacCormick (*vid.*, p. e., MacCormick, 1977: 203) porque resulta que la expresión es equívoca. Si es cierto que el derecho es definible como deber, siguiendo la taxonomía hohfeldiana, es igualmente cierto que el deber es definible como derecho. Conceptos correlativos y opuestos son, como hemos dicho, perfectamente interdefinibles, mediante los debidos ajustes. En la hipótesis de reducir el lenguaje de los derechos al lenguaje deóntico de base (*cf.* Celano, 2013: 34-36) los derechos correrían peor suerte, en la medida en que el lenguaje de las modalidades deónticas se presenta como más primitivo para el discurso normativo. De un modo u otro el lenguaje de los derechos es reconducible al lenguaje de los deberes. Pero siendo los derechos reducibles sin residuo alguno en un plano sintáctico –como, por lo demás, también lo serían los deberes– no ocurre lo mismo en el plano semántico.

Hay que señalar que, efectivamente, MacCormick entiende que la correlatividad hace de los derechos “meros reflejos” de los deberes, porque considera erróneamente una y otra cuestión (la correspondencia biunívoca y la redundancia en lo semántico) sinónimas (*vid.*, p. e., MacCormick, 1977: 203-204). El examen de Raz es más cuidadoso: no se trata tanto de que la correlatividad convierta los derechos en más pobres de contenido que los deberes, sino que algunas intelecciones de la correlatividad propician la comprensión de que derechos y deberes son simétricos, perfectamente correspondientes (*vid.* Raz, 1986: 170-171).<sup>166</sup>

Es importante notar, para entender el sentido del debate entre las concepciones dinámica y estática, que la réplica y contrarréplica en cuanto a la redundancia derivada de

---

<sup>166</sup> En efecto, para Raz no se trata tanto de que la tesis de la correlatividad sea desacertada –antes bien, parece que tiene mucha razón, en cuanto se asemeja a la concepción raziana– como de que la mayor parte de sus formulaciones habituales son muy engañosas (Raz, 1986: 170). Raz menciona y critica fundamentalmente a Richard Brandt.

la estructura y el carácter estático o dinámico de los derechos responde al fuego cruzado en torno a la función de los derechos. En efecto, las teorías de MacCormick y de Raz se erigen en respuesta a la acusación de redundancia que Hart dirige a la teoría del interés. Como se recordará (III§2.1), según Hart, Bentham sostenía que ser titular de un derecho significaba, ni más ni menos, ser beneficiario de una obligación ajena. Si esto es así, arguye Hart ¿Qué sentido tiene hablar de “derechos” cuando lo expresado en términos de derechos puede ser dicho igualmente –o incluso mejor, si atendemos a los usos lingüísticos de los juristas– en términos de obligaciones? (III§2). Raz y MacCormick pretenden vindicar la teoría del interés, sometiendo a retorsión el argumento que acaba de mencionarse (la principal objeción hartiana a toda teoría del interés). Sostienen que no solo referirse a “beneficios”, a “intereses” o a otra noción vinculada conceptualmente con el bienestar individual, no aboca a los derechos a la redundancia, sino que, al contrario, permite caracterizarlos adecuadamente y afirmar su importancia frente a otras posiciones normativas individuales. Concebir la función de los derechos como la protección o promoción de algún interés permite entenderlos como “razones” y dar cuenta del papel que desempeñan en el discurso práctico, permite captar el elemento común de índole sustantiva que aúna y da lugar a distintas posiciones, ante las modificaciones de las circunstancias. Bajo este prisma, la teoría del interés sería una explicación de la función de los derechos en perfecta consonancia con cómo la concepción dinámica entiende la estructura y el carácter “dinámico” de los derechos subjetivos. Dicho sea de paso, la concepción dinámica tiende a plantear un deslizamiento teórico entre la *ratio*, el elemento común a los derechos y la identificación del derecho mismo como *ratio*, que puede justificar la atribución de otras posiciones normativas (*vid.* Celano, 2013: 57-58). Pero resulta que, en primer lugar, es erróneo identificar los intereses con la protección legal o moral que le es dispensada; según algunos autores, tal identificación sería un caso de confusión entre hechos no jurídicos o no morales y fenómenos jurídicos o morales (*vid.* Kramer, 1998: 44-45; *vid.* Hohfeld, 1923: 27-31). En segundo lugar, la distinción entre una cierta posición normativa (o una cierta relación normativa) y la justificación de tal posición normativa es, a mi entender, igualmente valiosa pero sumamente más problemática que la anterior confusión. Esto es así porque lo que pretende la concepción dinámica –o, más precisamente, lo que defienden o presuponen algunas tesis de los autores dinámicos– no puede ser zanjado solamente hablando de unas relaciones *right-based* o *duty-based* según el caso, sino que requiere incorporar la información acerca de la justificación como parte del contenido semántico de la posición normativa de que se trate. Si este es un punto en que la concepción dinámica resulta irreconciliable con posiciones hohfeldianas, me parece que cabe decantarse a favor de las segundas: conviene distinguir, en la medida de lo posible, cuestiones analítico-conceptuales y valorativo-justificativas y la inclusión de la justificación de una posición o de una relación normativa dentro del contenido semántico de la posición normativa parece una transgresión injustificada del mencionado desiderátum teórico y metodológico.

Conviene señalar un punto adicional histórico-crítico. Al vindicar la teoría del



interés, los autores de la concepción dinámica no han rescatado la teoría del beneficiario, sino que han avalado una lectura perfectamente estática de dicha teoría, a causa de su supuesta intelección de la relación entre derechos y obligaciones. En efecto, MacCormick imputa la concepción de los derechos como “meros reflejos” o como correlativos de las obligaciones, además de a Hohfeld, a Hart (*vid.* MacCormick, 1978b: 599-600) y a Bentham (*vid.* MacCormick, 1977: 199; *vid.* MacCormick, 1988: 300). Waldron ofrece una explicación efectiva e influyente de la contraposición entre las perspectivas estática de Bentham y dinámica de MacCormick: según Bentham hablar de derechos es solo otra manera de hablar de deberes que confieren beneficios; en cambio, con la teoría del interés de MacCormick los derechos no se asocian directamente con los deberes sino con la razón de ser de los deberes, de tal suerte que una regla que confiere un derecho indica una razón por la que se pueden imponer deberes a otros sujetos sin que efectivamente los imponga (*vid.* Waldron, 1988: 83). Como se ha podido ver, el papel de derechos como vehículos de razones relativas al bienestar individual ya estaba presente en la teoría de Bentham, quien, desde luego, no impugnó la correlatividad entre derechos y deberes. Waldron parece suscribir una lectura simplificada de Bentham (la definición media de la teoría del beneficiario, II§2.3) y la oposición que reivindican Raz y MacCormick frente a posturas estáticas pretendidamente obsoletas e incapaces de explicar el papel de los derechos en la razón práctica. De hecho, como ha podido verse, la teoría del beneficiario permite a Bentham conectar directamente la labor legislativa con el razonamiento práctico de los individuos.<sup>167</sup>

Justamente, en lo que concierne a la relación de los derechos con las obligaciones, nada hace pensar que la teoría del interés deba entender esta relación como desigual y, aún menos, de un modo que priorice las obligaciones.<sup>168</sup> Si esto ocurre es porque una determinada versión de la teoría del interés incorpora premisas adicionales que otorgan algún tipo de trato de favor a las obligaciones.<sup>169</sup> Pero este, desde luego, no parece el caso de las teorías de Bentham, de MacCormick o, al menos, en buena medida, de Raz.<sup>170</sup> A

---

<sup>167</sup> Además, en ocasiones, se opone la versión justificativa de Raz de la teoría del interés a la versión protectora de Bentham (*vid.* Peña Freire, 2009: 671): si para la primera el papel específico de los derechos en el razonamiento práctico es el de fundamentar los deberes en los intereses de otros (Raz, 1986: 180), para la teoría protectora se trataría de poner el énfasis en el papel de tutela de ciertos intereses por parte de los derechos. Sin embargo, es discutible que la distinción sea tan tajante; para Raz el establecimiento de un derecho se da justamente cuando está en juego algún aspecto relevante del interés o bienestar del individuo (aspecto de protección), mientras que para Bentham la atribución de un derecho por el bien que pueda acarrear a una persona es una razón determinante para imponer o reconocer una obligación en otra (elemento justificativo).

<sup>168</sup> Para un análisis de la acusación de redundancia por parte de Hart III§2, para un análisis de los elementos de prioridad justificativa de los derechos en Bentham II§2.2.

<sup>169</sup> Es más, no es ni siquiera cierto que “the benefit theory [*i. e.*, cualquier teoría del interés] concerns the relation between rights and rules, in particular rules which impose duties” (Waldron, 1988: 79-80). Si la definición mínima que antes se ha dado de la teoría del interés es acertada, para aludir a las obligaciones es necesario incorporar una premisa adicional. Es claro, entonces, que una propuesta teórica del interés para ser considerada como tal no tiene por qué pronunciarse sobre dicha premisa.

<sup>170</sup> Por otra parte, el caso de una teoría de los derechos *duty-based* resulta algo poco frecuente.

la luz de lo que expuesto en el anterior párrafo, es plausible pensar que evitar la acusación de redundancia haya tenido como resultado una sobreacción por parte de los dos autores dinámicos. Que Hart es el destinatario indirecto o directo –siendo, en consecuencia, Hohfeld el destinatario, respectivamente, directo o indirecto– de las críticas lanzadas a las tesis hohfeldianas resulta patente en distintas páginas de Raz y, especialmente, de MacCormick. Efectivamente, la impugnación de la correlatividad y de otras tesis es vista como un momento necesario de la refutación de la teoría de los derechos hartiana. Se trata de una dúplice estrategia por parte de los teóricos del interés: por un lado, muestran la limitada capacidad explicativa –y justificativa– de la teoría de la voluntad y, por otro lado, muestran cómo algunos presupuestos teóricos –y metodológicos– llevan a los derechos a la irrelevancia. Pero esta última estrategia de reconvención, como he querido probar en esta sección, se excede refutando.

Como se ha manifestado, al plantear su esquema explicativo y su análisis, Hohfeld no está interesado más que en pequeña medida en la dimensión material, en el contenido de los derechos; su principal contribución para acometer el estudio de tal dimensión es haber proporcionado instrumentos que permiten mayor claridad conceptual (*cf.* Hohfeld, 2010: 36; *vid.* Carrió, 1991: 19–20; *vid.* Kramer, 1998: 22–23).<sup>171</sup> Ciertamente es que el análisis jurisprudencial que realiza Hohfeld se presenta rico en implicaciones pragmáticas que parece limitativo desconocer. Además, si tuviésemos que identificar en Hohfeld ese elemento común que aúna nociones tan diferentes bajo el sustantivo de “derechos” podríamos indicar lo que Hohfeld con frecuencia define como “interés jurídico” (p. e., *vid.* Hohfeld, 2010: 25, 27, 28, 35).<sup>172</sup> Lo cual puede tener, a la luz de lo que aquí se ha expuesto, cierto aire de paradoja.<sup>173</sup>

### **IV.3. Consideraciones a favor de la complementariedad de los enfoques**

He venido sosteniendo en este capítulo que las que han sido llamadas “concepción estática” y “concepción dinámica” son en realidad dos enfoques complementarios y

---

<sup>171</sup> La confusión del foco polémico es señalada por Arriagada, quien, en todo caso, problematiza la polémica entre la teoría de la voluntad y la teoría del interés –se refiere fundamentalmente a la polémica entre el primer MacCormick y Hart– como una discusión se presenta como una disputa que aparentemente versa sobre el significado del concepto hohfeldiano de “derecho subjetivo” cuando en verdad encubre el enfrentamiento entre dos teorías acerca del fundamento extrajurídico de los derechos (*vid.* Arriagada, 2014).

<sup>172</sup> En verdad, “interés” no denota tanto el elemento común a los derechos sino los derechos mismos, lo que permite a Hohfeld emplear otro rótulo y prescindir del ambiguo sustantivo de “right”. Es muy probable que esta decisión, junto con la tarea de regimentación conceptual hohfeldiana haya sido determinante para suscitar un fuerte escepticismo en sus seguidores hacia la noción de “derecho subjetivo” y su sustitución por el vocablo “interés”. En efecto, estas serían razones en virtud de las cuales la Corte Suprema de Estados Unidos echaría mano de “conflictos de intereses” en vez de “conflictos de derechos” (*cf.* Sardo, 2018: 254; *cf.* Gottlieb, 1988: 937, sobre el juez Harlan).

<sup>173</sup> En todo caso, creo conveniente recordar, una vez más, que hay que discriminar entre las implicaciones de las tesis de Hohfeld y algunas soluciones libremente inspiradas en tales tesis.

correspondientes fundamentalmente a dos niveles distintos de análisis, uno analítico y uno normativo-sustantivo. Parece deseable integrarlos por cuanto el enfoque estático o, si se prefiere, sincrónico, hohfeldiano puede ayudarnos a clasificar y a discernir de forma elegante los distintos elementos en juego mientras que un enfoque dinámico puede permitirnos captar los cambios, así como ciertos matices del razonamiento y del comportamiento de los operadores jurídicos y de su evolución diacrónica (*cf.* Biasetti, 2014b: 513; *cf.* Barberis, 2014: 83). De hecho, se puede hablar, como hace Biasetti, de una “relación biunívoca de interdefinibilidad” de los derechos y deberes y de una “relación unívoca de justificación” (*vid.* Biasetti, 2015: 48-49). Por su parte, Kramer señala que el nexo lógico y existencial de la coimplicación que estipula la tesis de la correlatividad permanece distinto de un nexo de paridad justificativa; el primero es compatible, en efecto, con poner énfasis en los derechos (*vid.* Kramer, 1998: 38, 40; *cf.* Fanlo, 2008: 121). Ya Mackie, en 1984, enfatiza la distinción entre la prioridad moral o fundante de los derechos y la prioridad conceptual o “de definición”, que puede tener dirección opuesta. En efecto, sugiere Mackie que el concepto de “deber” bien podría ser más claro que el de “derecho”, lo que nos llevaría a tener que definir los derechos en términos de deberes, aunque ello no incidiera en absoluto en la relevancia final que habríamos podido atribuir a los derechos (*vid.* Pogge, 2002: 225; *cf.* Mackie, 1984: 180).

Una cosa es estudiar la estructura del derecho y afirmar o negar la correspondencia biunívoca de derechos y obligaciones, otra cosa es pronunciarse sobre su función y defender la prioridad justificativa y axiológica de derechos respecto de obligaciones, o viceversa. Por otro lado, aunque a veces los órdenes de consideraciones formal y material sean confundidos y, sobre todo, aunque siempre concurren premisas valorativas en los discursos acerca de derechos, conviene prescindir de ellas en lo posible cuando se aborda el estudio del concepto y la estructura de los derechos (*vid.* Kramer, 1998: 4; *cf.* Comanducci, 1987: 109). Un enfoque *right-based* justificará distintos deberes a raíz de haber justificado los correlativos derechos y un enfoque *duty-based* hará lo contrario (*vid.* Kramer, 1998: 60). En lo relativo a estos enfoques, el hecho de que deberes y derechos estén estrechamente vinculados –comoquiera que se entienda tal vinculación– ha producido en algunos la impresión de encontrarse frente a dos términos en una relación disyuntiva, de “aut aut” (*cf.* Bobbio, 1999c: 3, 29), lo que nos forzaría a resolver la dicotomía decantándonos por uno de los dos términos. Pero, en realidad, vista con más sosiego, la solución de priorizar una alternativa u otra responderá al tipo de cuestión teórica que estemos afrontando y al tipo de prioridad que estemos dispuestos a otorgar.

## Capítulo quinto. Elogio de la protección, acogida del antipaternalismo: la teoría de los derechos de MacCormick

Only once the political decisions have been taken about what, if any, restrictions there are to be on one's working and one's picketing or on one's personal conduct of one's affairs, and what, if any, duties others are to be subjected to in favour of workers, pickets, or personal privacy, can the task of analysis commence for that legal system in order to determine what various aspects these complex rights have

(MacCormick, 1982: 349)

Donald Neil MacCormick propuso a partir de los años 70 y hasta el 2007 una versión de la teoría del interés que ha cosechado notable fortuna en la literatura.

Podemos decir que la teoría del interés de MacCormick es resumible fundamentalmente en una tesis: la característica esencial de las normas que confieren derechos es que tienen como fin específico la protección o la promoción de intereses o bienes individuales (Celano, 2013: 58). A decir verdad, la teoría de MacCormick presenta una distinción significativa con respecto a las demás versiones de las teorías del interés: atribuye relevancia al hecho de que puede ocurrir que un cierto individuo no considere el contenido de un cierto derecho *su bien*. Es decir, las reglas que atribuyen derechos tutelan aquello que se estima un bien para ciertos individuos, pero ello no significa que se trate *del bien* o de un bien *en todo caso*; el individuo puede que no lo estime como tal, con lo que hay que concederle, junto con el derecho, la capacidad de decidir sobre su ejercicio. Esta cualificación no es significativa por su reconocimiento del “interés medio” (IX§2.1.1.2), una figura bien conocida de la literatura sobre derechos; lo relevante de esta cualificación es que con ella MacCormick concede buenas dosis de razón a algunas tesis de la teoría de la voluntad. Pero este no es el único aspecto en que MacCormick reconoce plausibilidad a la teoría de la voluntad; lo hace también en el modo en que enfatiza y caracteriza la protección de los derechos.

La teoría de MacCormick fue elaborada, inicialmente, como intento de refutación de la teoría de la elección de Hart y como pieza clave de la reacción a la manera entonces supuestamente predominante de concebir los derechos que Hart parecía encarnar. Aunque, como hemos visto, Hart introdujera múltiples consideraciones valorativo-

justificativas en las investigaciones conceptuales acerca de los derechos, MacCormick pretende identificar en su maestro una excesiva rigidez.<sup>174</sup>

Del flanco problemático relativo a la confrontación entre tesis estáticas y tesis dinámicas he intentado dar cuenta en el capítulo precedente. Aquí se plantearán pocos elementos adicionales (V§4), en concreto, los relativos a la distinción entre derechos primarios y secundarios, el derecho sustantivo y su tutela. En dicha sección se estudiará también el desarrollo de la formulación de la teoría del interés; la propuesta de MacCormick ha visto modificado su tenor en la medida en que su autor ha tendido a considerar atendibles cada vez más elementos de la teoría de la voluntad, desde una integración de el que estimaba su aspecto más saliente (1976), hasta la consagración de la práctica integración entre las teorías de la función de los derechos (2007). Pero, en primer lugar, conviene reconstruir la argumentación de un trabajo fundacional, el artículo clásico de 1976 acerca de la capacidad de las teorías de los derechos de dar cuenta de los derechos de los niños (V§1).<sup>175</sup> La argumentación maccormickiana aspira a sustentar –a través de contraejemplos que contrastan la capacidad explicativa de las teorías– que los derechos sirven a la *protección* o promoción de algún bien de sus titulares. Seguidamente, refiero, de forma incidental, la argumentación hartiana en torno a los derechos de los niños en su formulación de 1955 y en la reconstrucción que hace MacCormick (V§2). Tras ello, introduzco la segunda enmienda histórico-crítica en relación con Hart: MacCormick ignoró la teoría hartiana de las necesidades y es conveniente exponerla y confrontarla con la teoría maccormickiana para constatar múltiples afinidades entre ambas (V§3). Examinar la teoría de los derechos de MacCormick hace necesario exponer, de forma muy sucinta, cómo concibe la tarea que lleva a cabo y los instrumentos con que realizarla (V§5). Tras lo cual, analizo otro contraejemplo que MacCormick dirige a la teoría de la voluntad (V§6). Pretendo, asimismo, que el segundo contraejemplo examinado, los derechos indisponibles, sirva como ocasión para proponer una serie de consideraciones críticas que sirven de contrapunto a una parte de lo sostenido en torno a la protección: muchos de los argumentos de Hart, en su teoría pluralista de los derechos, son del todo semejantes a los de MacCormick y la teoría de la voluntad, al hacer hincapié en la autonomía del individuo, puede ser un buen recordatorio, un recordatorio que acaso MacCormick reconocería, frente a la “tiranía” de los derechos indisponibles. Con el primer grupo de consideraciones críticas pretendo corregir un punto reconstructivo que, en su polémica, MacCormick pasa por alto (la semejanza con la teoría hartiana de las necesidades, V§3);

---

<sup>174</sup> Aquí se encara fundamentalmente el primer estadio de la obra de MacCormick, desde 1965 hasta 1981, estadio que muestra una notable vinculación con la obra de Hart (*vid.* Atienza, 2006: 485). Algo se dirá del último estadio (el ocupado por el institucionalismo postpositivista) al ver la evolución de la teoría del interés (V§4). Aunque el primer estadio es el que más influencia de Hart resiente es también el que presenta un tono polémico más marcado; lo contrario ocurre, como se verá, en el último estadio.

<sup>175</sup> Otros trabajos que prestan especial atención a la teoría del interés y que, además, han tenido un eco notable en la literatura son “Rights in Legislation” (1977) y “Rights, Claims and Remedies” (1982). Estos artículos serán estudiados a lo largo de la sección, así como otros conectados de forma más o menos estrecha con la teoría de los derechos.

con el segundo, se busca recordar a MacCormick precisamente algunas razones de la integración que desde un primer momento introdujo, aunque con discreción, en su teoría del interés (V§6).

## V.1. Un contraejemplo para la teoría de la voluntad

En su célebre artículo “Children’s rights: a test-case for theories of rights” (1976), MacCormick examina la capacidad justificativa y explicativa de las teorías del interés y de la voluntad a la luz de una “prueba de fuego”, la (im)posibilidad de reconocer la atribución de derechos a los niños.<sup>176</sup>

MacCormick comienza por referirse a la “aserción difícilmente contestable” de “que todo niño, al menos desde que nace hasta que puede valerse por sí mismo, tiene el derecho a ser alimentado, cuidado, y a ser posible, querido” (*vid.* MacCormick, 1976: 305). Si partimos de la intuición moral fuertemente arraigada de que los niños tienen derechos es un error defender una teoría de los derechos incapaz de dar cuenta de ellos. Dado que la teoría de la voluntad entiende por “derecho subjetivo” un mecanismo que consiente el despliegue de la voluntad del titular, que faculta el ejercicio de su autonomía, tal teoría es incapaz de dar cuenta de los derechos de los niños. Se le plantea entonces un dilema al teórico de la voluntad: o bien no admite a los niños como titulares de derechos o bien abandona la teoría de la voluntad, por su escasa capacidad explicativa.<sup>177</sup> MacCormick se decanta por el segundo cuerno del dilema.

Acerca del primer cuerno (si hay razones, conceptuales y sustantivas, que llevan a no considerar los niños titulares de derechos) se dirá algo más adelante (V§2).

Pero el teórico de la voluntad puede estar dispuesto a atribuir derechos a los niños.<sup>178</sup> En este caso, respecto del segundo cuerno, el teórico debe admitir que los niños carecen de toda posibilidad fáctica, moral o legal de requerir la ejecución o de eximir a sus padres o representantes de su deber; es decir, carecen de esos poderes que la teoría de la voluntad

---

<sup>176</sup> Además de “banco de pruebas”, la expresión del idiolecto jurídico inglés “test-case” designa un caso piloto, cuya *ratio decidendi* será vinculante para las controversias análogas que surgirán posteriormente (*cf.* Fanlo, 2004: 24).

<sup>177</sup> Las estrategias para encarar este dilema han tomado fundamentalmente dos direcciones: a través del concepto de “derecho subjetivo”, con reconstrucciones que puedan dar cabida a situaciones no subsumibles bajo el esquema voluntarista o a través de la noción de “agente moral”, ampliándola de tal suerte que incluya sujetos carentes de las capacidades típicas del humano adulto capaz y racional (*vid.* Fanlo, 2008: 88-89). En cuanto direcciones pueden ser complementarias –Feinberg, por ejemplo, acomete las dos– y, en lo que hace a su contenido, solo serán excluyentes si constriñen mutuamente su contenido de forma excesiva; esto último ocurriría, por ejemplo, si un teórico de la voluntad admitiese como titulares individuos *alieni iuris* y no cualificase de algún modo su concepto de “derecho subjetivo”.

<sup>178</sup> Si bien MacCormick centra su crítica en la teoría de la elección hartiana, sus consideraciones son en todo punto aplicables a cualquier formulación de la teoría de la voluntad (*vid.* MacCormick, 1976: 305). Ello no solo por considerar la teoría de la elección la más fuerte de las distintas versiones de la teoría de la voluntad (*vid.* MacCormick, 1977: 192-193), sino porque ataca premisas comunes a cualquier versión de la teoría de la voluntad.

estima constitutivos de los derechos. Para salvar esta objeción, la táctica estándar de los teóricos de la voluntad es que resulta suficiente con que o bien *B* (*i. e.*, un cierto niño) o bien otra persona *C* que actúa en representación de *B* disponga los poderes relevantes sobre el deber de *A* con respecto a *B* (*vid.* MacCormick, 1976: 307). Ahora bien, en el caso de ser el propio progenitor el obligado, no puede dirigirse, en calidad de representante de su hijo, un requerimiento contra sí mismo ni tampoco puede decirse que tenga capacidad alguna de renuncia. Ante ello, el teórico de la voluntad puede reconvenir que determinados ordenamientos prevén que al progenitor le sea retirada la custodia de sus hijos, como si tal cosa supusiera una facultad de renuncia o incumplimiento –en el sentido que requiere la teoría de la voluntad– y que, cuando eso ocurre, sea nombrada otra persona para atender a los deberes de cuidado del niño, funcionarios públicos a los que se atribuyen los mencionados poderes referidos a los deberes de los padres.

A decir verdad, las disposiciones relativas al cumplimiento sustitutivo del deber no suponen ninguna facultad de renuncia o de incumplimiento de los deberes del progenitor, sino que prevén otra modalidad de cumplimiento cuando falla el que estaba previsto.<sup>179</sup> Cumplimiento sustitutivo no es renuncia; su función no es la de liberar al padre, sino la de proteger al niño (MacCormick, 1976: 308). Lo que semejantes disposiciones pondrían de manifiesto es justamente el relieve del interés de los niños; esas disposiciones son *deseables* porque protegen y promueven los derechos del niño. La protección de los intereses del niño requiere una cierta rigidez o intransigencia y precisamente por ello, semejantes disposiciones carecen del todo del carácter discrecional que predicaría la teoría de la voluntad para hablar de “derechos”.<sup>180</sup>

Lo que justifica la opinión de que los niños tienen ciertos derechos es el reconocimiento de que todo niño es un ser cuyas necesidades y capacidades merecen nuestro respeto y que negarle los medios de satisfacer tales necesidades es de por sí incorrecto, al margen de posibles ventajas o desventajas (*vid.* MacCormick, 1976: 310–311; *cf.* MacCormick, 2007: 121). En efecto, el respeto por las personas es la condición esencial previa para reconocer derechos morales, así como el principio moral último, que sirve de fundamentación de la teoría de los derechos que defiende MacCormick (*vid.*

---

<sup>179</sup> Que el niño tenga un determinado derecho es poco discutible; cosa distinta es cómo deba entenderse el contenido concreto de tal derecho –la satisfacción de cierta necesidad, interés o deseo ([2])–, pues los derechos son conceptos esencialmente controvertidos, o cómo se organice la responsabilidad relativa a la provisión del derecho, algo susceptible de distintas soluciones (*cf.* MacCormick, 1976: 311, 313).

<sup>180</sup> No hay discreción en cuanto a escoger e implementar *aquel* remedio que mejor proteja el derecho; sucesivamente sostendrá MacCormick que sí hay discreción en el rol tutelar pero que se trata de una “discreción guiada” por el mejor interés del titular del derecho, un tipo de discreción que la teoría de la voluntad no contemplaría (*vid.* MacCormick, 2007: 123; *cf.* MacCormick, 2007: 26–28; *vid.* MacCormick, 1976: 309). Semejantes consideraciones se inscriben en una discusión, entre Dworkin y Hart, fundamentalmente, acerca de la discrecionalidad en el derecho objetivo y surgen a raíz de los distintos modos en que la ley puede conferir un beneficio (*cf.* MacCormick, 1989).

MacCormick, 1976: 311; *vid.* Cameron, 1990: 137; para prevenir una lectura férreamente cognitivista *cf.* Schiavello, 1998: 318).

En este punto, MacCormick sitúa su teoría del interés. La función de un derecho es proteger o fomentar un interés del titular —es decir, es un rasgo conceptual de los derechos que atañen a bienes de los individuos (*cf.* MacCormick, 1982: 338; *cf.* MacCormick, 1978b: 599). En general, la atribución de derechos a una clase de sujetos requiere las siguientes condiciones. [1] Para tal clase hay alguna acción u omisión dirigida a satisfacer, proteger o promover alguna necesidad, interés o deseo; [2] dicha satisfacción es de tal importancia que sería incorrecto denegarla a cualquiera de sus miembros, al margen de eventuales ventajas o desventajas.<sup>181</sup> Sin embargo, aunque reconocer un trato *T* a una clase *C* de individuos signifique *presuponer* que *T* es un bien para todos los miembros de *C* y de tal importancia que sería injusto denegarlo o retirárselo a cualquiera de ellos, pensar que dicha satisfacción *constituya* en todo caso un bien para —o integre de forma exhaustiva el bien de— un determinado individuo es una cuestión sustantiva sobre la que una teoría formal de los derechos debe permanecer neutral (*vid.* MacCormick, 1976: 311). En otras palabras, MacCormick sostiene que el error característico de la teoría del interés consiste en ignorar que [1] y [2] tienen un estatus meramente presuntivo, siendo estimaciones seguras, pero, en ocasiones, derrotables (MacCormick, 1976: 311). En realidad, como he señalado, al comienzo del artículo, los teóricos del interés han recurrido con cierta frecuencia a construcciones como las del “interés medio”.<sup>182</sup> Sin embargo, la originalidad de la solución de MacCormick estriba en que semejante cualificación supone la vía de entrada de la teoría de la voluntad. MacCormick defiende que se debe dejar al individuo decidir sobre si otras personas deben respetar o no su derecho primario o sobre si hacer valer o no sus derechos remediales; los derechos primarios deben, por tanto, conllevar poderes de renuncia y ejecución (*vid.* MacCormick, 1976: 315–316). Ello en virtud de la tesis liberal en virtud de la cual los individuos son los mejores jueces de sus intereses.<sup>183</sup> Salvo excepciones, como la de los niños, que es la que ocupa a MacCormick en el artículo examinado.

Con esa salvedad, la libertad de acción es un *bien* que suele y, de hecho, debe —excepto ante acciones perjudiciales— ser acordado a cada cual, tanto en los derechos primarios como en su ejercicio, decidiendo sobre el remedio (*vid.* MacCormick, 1976:

---

181 MacCormick reconoce que puede ser discutible si es o no erróneo negar cierto trato a todo miembro de una clase pero esto solo evidencia lo que para MacCormick es una obviedad: que, como se ha manifestado pocas notas antes, los derechos son “conceptos esencialmente controvertidos” (MacCormick, 1976: 311; para la improcedencia de la construcción de los “conceptos esencialmente controvertidos” *cf.* Pintore, 2003: 3–7).

<sup>182</sup> Es decir, “the function of the law is to confer what is considered to be normally an advantage on a certain class by granting to each of its members a certain legal right” (MacCormick, 1977: 202).

<sup>183</sup> En verdad, MacCormick pretende zafarse de cualquier crítica relativa a los desajustes entre intereses y derechos de forma apresurada (para tales cuestiones IX§2.1.1). En efecto, MacCormick sostiene, como si con ello se cubriera las espaldas, que un teórico del interés no tiene por qué suscribir la afirmación de que “all the rights each individual has are actually beneficial to each particular individual in all circumstances” (MacCormick, 1982: 338).



315; *cf.* MacCormick, 1977: 204, 208, donde enfatiza el elemento justificativo, una justificación sustantiva). Curiosamente, pese a reconocer que el derecho de libertad es una tesis compartida por la teoría de la voluntad, resulta que tal teoría no logra explicarlo debidamente, por no aludir, como hace la teoría del interés, a nociones benéficas. En resumidas cuentas, si se reconoce que las normas que confieren derechos se caracterizan por asegurar ciertos bienes (*i. e.*, si se maneja una teoría del interés como modelo explicativo) y si se reconoce que todo individuo debe ser libre de perseguir o no su propio bien (*i. e.*, si se suscribe el principio liberal de libertad individual), resulta que cuando la norma confiere derechos debe prever también libertad de acción respecto de su ejercicio (*vid.* MacCormick, 1977: 207-208). De este modo, MacCormick estima que su teoría sorteaba una limitación tradicional de la teoría del interés a la par que permite acomodar las tesis válidas de la teoría de la voluntad en el contexto de un ordenamiento liberal, pero en cada una de las etapas la teoría del interés sería superior explicativamente a la teoría de la voluntad.

## V.2. Las tesis hartianas acerca de los derechos de los niños

Considero importante, aunque se trate de una tarea incidental en el marco de este capítulo, examinar las argumentaciones de Hart en 1955 y en 1982 relativas a la posible titularidad de derechos de los niños. Se trata de una cuestión importante que contiene algunos argumentos a los que, me parece, MacCormick no dedica la debida atención. Si bien es cierto que el artículo de MacCormick (1976) no es un trabajo reconstructivo, está manifiestamente dirigido a refutar la teoría de Hart en este punto, con lo que resultaría razonable esperar que su postura quede razonablemente bien reflejada.

En Hart encontramos dos posturas excluyentes a lo largo del tiempo respecto del dilema que plantea MacCormick a los voluntaristas. El primer Hart (1955) se zafa de los cuernos del dilema, considerando que los niños no son titulares de derechos; el segundo Hart lo encara permaneciendo en el marco de la teoría de la voluntad. Veamos por qué y de qué manera.

El Hart de 1955 (“Are there any natural rights?”) no le ve cuernos a la cuestión pues rechaza el presupuesto principal de la argumentación de MacCormick: los niños –al menos, los bebés– carecen de derechos (“derechos”, recuérdese, debe entenderse en la acepción voluntarista), aunque existan deberes de otros individuos frente a ellos. Describir ciertas situaciones morales *hacia* ellos en términos de “derechos” refleja un uso inadecuado; por el contrario, conviene emplear un uso técnico de la expresión “derecho subjetivo” y hacer titular de ellos solo al humano adulto (capaz). La argumentación de Hart (*vid.* Hart, 1955: 180-181) puede ser compendiada del siguiente modo: Tenemos el deber de no maltratar animales<sup>184</sup> o bebés, pero este deber no puede ser expresado mediante el vocablo “derecho” pues este uso común, con su vacuidad, llevaría a

---

<sup>184</sup> De hecho, en 1982 esta argumentación parece quedar restringida únicamente a los animales (*cf.* Hart, 1982: 185).

confundir esas situaciones morales con otras en las que “derecho” (el uso técnico de “derecho”) tiene una fuerza específica y resulta irremplazable por semejantes expresiones morales. Hart está preocupado por negar capacidad explicativa a la teoría del interés —pues, señala Hart, en virtud del uso común, puede entenderse que “tener un derecho” equivale a “beneficiarse de una obligación”— y está preocupado, una vez más, por evitar que el lenguaje de los derechos caiga en la redundancia respecto de otras nociones.

El Hart de 1973 (1982) sí reconoce derechos a los niños y busca dar cuenta de ellos sin tener que abandonar la teoría de la voluntad (*vid.* Hart, 1982: 184). Hart aduce que son sus tutores legales los que ejercen en nombre del niño sus derechos; el niño es en todo caso titular de los derechos pero el ejercicio (del que es incapaz) le es imputado. Al defender tal cosa, Hart incurre en una falacia de *ignoratio elenchi*: si la teoría de la voluntad cifra en el ejercicio de la *voluntad* la función del derecho, al menor no habrá que imputarle solo el ejercicio de tales derechos sino también y especialmente la *voluntad* de ejercerlos, que es el elemento verdaderamente relevante para la teoría de la voluntad. Aunque las afirmaciones de que los *alieni iuris* tienen derechos (poderes) y de que se les imputa su ejercicio se aceptasen sin mayores inconvenientes, lo que la teoría de la voluntad parece defender —o, si se prefiere, el contraargumento que debe encarar— es que se deba imputar o presuponer de algún modo una voluntad a alguien cuya voluntad real no es válida, y para ello debe proporcionar una premisa ulterior que lo justifique. Porque imputar el ejercicio subrogado de un título normativo es una operación teórica bastante más sencilla —es, de hecho, una ficción habitual del derecho positivo— que imputar un elemento volitivo respecto de dicho ejercicio. La imputación del ejercicio de derechos del niño por cuenta de sus tutores no puede describirse como una situación normativa en que la libertad de elección del niño se ve garantizada o su autonomía promovida, como pretende la teoría de la voluntad para calificar tal situación de “derecho subjetivo” (IX§1). La teoría de la voluntad puede resolver, para este tipo de casos, enfatizar el “ejercicio” al hablar de “ejercicio de la voluntad” y entender que la voluntad es presunta, pero tal estrategia desvincularía a la teoría de la voluntad de su potencial explicativo y justificativo.

La discusión de 1955 sigue viva en MacCormick, pero con otros términos. La polémica entre Hart (el de 1955) y MacCormick tiene una elocuente convergencia y oposición: para ninguno de los dos autores “un niño debe ser tratado de una cierta manera” y “un niño tiene derecho a ser tratado de una cierta manera” son proposiciones sinónimas. Según MacCormick, porque se puede aducir la última proposición como un tipo específico de justificación de la primera, pero no a la inversa, sin otras premisas (MacCormick, 1976: 312). Según Hart, porque el segundo enunciado constituye un uso inapropiado del término “derecho” (uso común), que, por su vacuidad es susceptible de aplicarse a ciertas situaciones morales (de deber) y con ello se aleja de la concepción voluntarista (uso técnico de “derecho”).

Hay otro error en cómo plasma MacCormick la posición de Hart que conviene poner de manifiesto. Reconocer valor moral a un niño es condición necesaria para atribuirle derechos, pero el que no lo consideremos titular de derechos no se debe

necesariamente a que no le reconozcamos valor moral. No atribuir (la titularidad de) derechos a los niños puede responder también a razones sustantivas y conceptuales. Este último es el punto que sostiene Hart.

MacCormick emprende un análisis de distintos enunciados en términos de “deber” para señalar que los deberes así entendidos no pueden ser empleados en enunciados en términos de “derechos”. Lo que ocurre es que la postura que Hart encarna aparece desdibujada: Hart afirma que “los niños deben ser tratados de un cierto modo” (Hart, 1955: 181) y ello en virtud de razones morales. La preocupación de Hart es fundamentalmente lingüística y conceptual, quiere reservar la expresión “derecho subjetivo” al área de la teoría de la voluntad. Pero que, como sostiene Hart, se afirme que [1] “los niños deben ser tratados de cierto modo” y no pueda afirmarse –pues Hart se resiste a ello– que [2] “los niños tienen derecho a ser tratados de cierto modo” no quiere decir que el “deber” reflejado en [1] no sea un deber moral y no permita concebir los niños como seres cuyas necesidades y capacidades merecen nuestro respeto, al margen de las ventajas y desventajas para terceros, como pretende MacCormick (*cf.* MacCormick, 1976: 309-310). Desde luego, podrá decirse que la teoría de Hart –tanto en 1955 como 1982– presenta una laguna, una laguna muy significativa dada la tendencia de los operadores jurídicos a expresar en términos de “derechos” las posiciones normativas que múltiples normas suelen atribuir a los niños. Pero la solución de MacCormick se toma poco en serio las razones que tiene Hart para sostener su posición. En efecto, MacCormick desdibuja la postura de Hart al incluir junto con el “deber” deóntico del argumento de Hart, “deberes” en sentido técnico, cuando alude a la discreta propuesta de Swift, y al entremezclar las consideraciones morales del argumento de Hart con consideraciones prudenciales, cuando se refiere al incremento del producto interior bruto (*cf.* MacCormick, 1976: 309-310).

### **V.3. La teoría hartiana de las necesidades: un punto ignorado por MacCormick**

Conviene examinar ahora otro aspecto teórico y metateórico obviado por MacCormick: los puntos de unión entre la teoría del interés y la teoría de las necesidades elaborada por Hart.

A pesar de que señale que la oposición entre las teorías del interés y de la voluntad es un dato ya tradicional de la discusión teórico-jurídica (*vid.* MacCormick, 1977: 192), y aunque se muestre parco en las referencias contemporáneas y, aún más, clásicas, el diálogo que MacCormick entabla en sus primeros artículos (especialmente 1976, 1977) es casi exclusivamente con Hart. Pero, y este es el aspecto histórico-crítico en que incidiré más aquí, con el primer Hart. De hecho, en el célebre artículo de 1976, MacCormick tiene en cuenta las posturas que Hart asumió en los años 50, pero pasa totalmente por

alto lo escrito por Hart en 1973.<sup>185</sup> Con ello, no solo desoye los ajustes y redefiniciones de la teoría de la elección que Hart introduce (III§2),<sup>186</sup> sino que también desconoce las integraciones hartianas con los conceptos de “inmunidad” y “necesidad” (III§3). La consecuencia de ello es que, aun de quisiéramos admitir que MacCormick refuta la teoría de la elección –incluso en la versión más sofisticada de 1973–, tal refutación no afectaría al resto de la teoría hartiana de los derechos. Es más: MacCormick está empleando argumentos sumamente afines a los usados por Hart cuando habla de las necesidades, intereses o bienes: p. e., cuando concluye que “certain legally secured individual benefits would have to be brought in to any adequate account of legal rights” (Hart, 1982: 192). Incluso, Hart plantea una gran salvedad al empleo de la noción de “beneficio” a ciertos derechos individuales; una salvedad clave para distinguir su teoría de las necesidades de formulaciones afines de la teoría del interés. Pues bien, semejante salvedad parece circunscribirse a una lectura que, de ser correcta, solo sería aplicable a la formulación de Bentham y no a otras teorías del interés (aunque incluso tal acusación parece infundada III§2.5). Y resulta que las razones de Hart en este punto son muy semejantes a las que MacCormick reprocha al autor utilitarista (*vid.* MacCormick, 1988: 299).

Lo que sí es cierto es que la teoría del interés, análoga a la teoría de las necesidades que Hart considera circunscrita al punto de vista del crítico moral, conforma el grueso de la teoría de los derechos de MacCormick. Ello, claro está, sin entrar en qué constituye un interés en cada caso, que es una cuestión sustantiva.

Incluso en aquellos textos (1977; 1978b) en que se refiere explícitamente al contenido del artículo hartiano de 1973, MacCormick ignora su teoría de las necesidades. Prueba de ello es un breve pasaje (MacCormick, 1978b: 600) en que MacCormick afirma que la concepción hartiana es inservible para hablar, desde una perspectiva moral o política, de los derechos como fundamentos de deberes ajenos, “como el propio Hart reconoce”.<sup>187</sup> La afirmación sería correcta si la teoría de la elección fuera exhaustiva de la concepción hartiana de los derechos pero no lo es. Es cierto que Hart reconoce que la teoría de la elección es incapaz de dar cuenta del papel de los derechos para fundar deberes desde una perspectiva moral y política –Hart, de hecho, habla en tales términos–, pero

---

<sup>185</sup> MacCormick menciona explícitamente “Definition and theory in jurisprudence”, “Are there any natural rights?” y “Bentham on legal rights” (MacCormick, 1976: 306, 314). Pero es un indicio significativo de su negligencia el que las referencias bibliográficas de MacCormick a los dos primeros trabajos remitan a páginas concretas, mientras no así la última. Como se verá seguidamente, es un indicio confirmado por el tratamiento que el autor hace del contenido.

<sup>186</sup> Por ejemplo, la definición planteada por MacCormick de la teoría de la voluntad casa bien con las primeras formulaciones de la teoría de la elección pero no con la presentada en 1973, que prescinde de alusiones a voluntades ajenas para centrarse en el titular, que ostenta un singular *locus standi*. En cambio, sí incluye, como se ha visto V§1, el argumento sobre la representación de sujetos *alieni iuris*.

<sup>187</sup> MacCormick se expresa del siguiente modo: “Looking at it from a moral or political rather than strictly or narrowly legal point of view, if we wish to use ‘rights’ as a ground for arguing that people have certain moral duties to each other, or ought to have certain legal duties imposed on them, it is obvious that the Hartian conception of rights is unuseful, as he himself states” (MacCormick, 1978b: 600). Como manifiesta el párrafo precedente al que aquí se cita, con “the Hartian conception of rights” MacCormick se refiere exclusivamente a la teoría de la elección.

desde luego no sostiene que sea incapaz su concepción de los derechos *en su conjunto*. Como se ha visto (III§3), con la teoría de las necesidades Hart aspira a suplir –lo logre o no lo logre, como tal vez hubiera argüido MacCormick de haberle tenido en cuenta– semejante limitación.

Que MacCormick pase por alto este hecho lleva a que la lectura que hace de la teoría de los derechos hartiana sea sumamente imprecisa. Lo que es más importante, al hacerlo, MacCormick ha presentado la teoría de los derechos hartiana y su propia teoría como dos posturas mucho más irreconciliables de lo que en realidad son.

Conviene señalar, de pasada, otro inconveniente de la reconstrucción que plantea MacCormick. El modo en que el autor escocés define las teorías de la voluntad y del interés tiene bastante de idiosincrático, con un enfoque en cierta medida sesgado por su propia propuesta. En virtud de la teoría de la voluntad, “an individual’s having a right of some kind depends upon the legal (or, *mutatis mutandis*, moral) recognition of his will, his choice, as being preeminent over that of others in relation to a given subject matter and within a given relationship”, mientras que para la teoría del interés “what is essential to the constitution of a right is the legal (or moral) protection or promotion of one person’s interests as against some other person or the world at large, by the imposition on the latter of duties, disabilities, or liabilities in respect of the party favoured” (MacCormick, 1977: 192; *cf.* MacCormick, 1976: 305). Como puede verse, las definiciones prestan atención a las facetas temporal y relacional y encaran el problema de la protección. En lo que hace a la primera teoría, se refiere a la formulación hartiana según la cual los derechos reflejan una voluntad –la del titular del derecho– que limita las voluntades de otros –las de aquellos sometidos a obligación– (Hart, 1955). Como he señalado, Hart se distanció sucesivamente de esta idea para fijarse en el *locus standi* del titular de un derecho en relación con las obligaciones de otros, y sin aludir a las voluntades de individuos distintos del titular o al conflicto –*prima facie* o todo considerado– con ellas. La de MacCormick es, además, una caracterización idiosincrática porque tampoco tiene por qué referirse una formulación cualquiera de la teoría de la voluntad a la situación de otra voluntad ajena a la del titular del derecho (IX§1). Aunque tal vez la atención que MacCormick presta a esa otra voluntad responda a una comprensión de la teoría de la voluntad que la concibe comprometida con la correlatividad y con otros presupuestos hohfeldianos (sobre ello, IV§2). En lo que hace al modo en que MacCormick caracteriza la teoría del interés, resulta que no permite dar cuenta perfectamente ni de la teoría del beneficiario, ni de la de Raz, ni de la de Kramer.

#### **V.4. Bases de una concepción dinámica y acuerdos y desacuerdos con la teoría de la voluntad**

Como se ha señalado (IV§2.3, IV§2.4), MacCormick concibe los derechos como justificativamente prioritarios –además de serlo en muchos casos lógicamente e, incluso, temporalmente– respecto de las obligaciones. No es lo mismo decir que alguien tiene el

deber de comportarse de una determinada forma frente a un niño que decir que el niño tiene determinado derecho a ese tratamiento. La segunda proposición puede ser formulada como un tipo de justificación de la primera, no así, sin más, a la inversa (*vid.* MacCormick, 1976: 312). Sería una visión mucho más extravagante suponer la obligación de los padres como prerrequisito del derecho del hijo (*vid.* MacCormick, 1976: 313). Si los padres tienen una obligación es en virtud ni más ni menos que del derecho del hijo.

En realidad, el planteamiento que acaba de ser examinado es sumamente reductivo: no es en absoluto pacífico que haya que descartar afirmar, bajo cualquier escenario posible, que el derecho del hijo se funda en el deber del progenitor. Por ejemplo, se podría sostener que el derecho de los hijos a no recibir castigos físicos de los padres podría estar fundado en el deber de los padres de no infligir castigos físicamente a los hijos. Ello porque la norma que establece la prohibición de tales castigos podría no responder tanto a tutelar intereses del hijo a la integridad física como a preservar una mínima integridad moral de los padres. Que esta fundamentación deontológica pueda resultar inusitada (“extravagante”, como quiere MacCormick) no significa que esté mal formada; el problema es que MacCormick presupone la validez de un sistema de moral positiva que coincide con la moral crítica que él defiende. Claro que MacCormick podría estar haciendo una evaluación comprometida de un cierto sistema moral. Pero resulta que aquí, como en otros puntos, está procurando acometer empresas conceptuales propias del científico jurídico. No es una excepción, si se constata que en ninguna de las afirmaciones de MacCormick que en este y en el anterior capítulo han sido expuestas –afirmaciones que, como digo, tienen la pretensión de ser de índole analítico-conceptual– reconoce siquiera la posibilidad conceptual (no la sensatez sustantiva) de que una determinada relación normativa sea *duty-based*. Aunque MacCormick pretende que en los exámenes de los derechos se mantengan distinguibles un terreno “sustancial” (político y moral) y un análisis conceptual (formal) de los derechos (*cf.* MacCormick, 1978b: 601; *cf.* MacCormick, 1976: 311; *cf.* MacCormick, 1982: 349), con frecuencia, sus análisis entremezclan ambos órdenes de consideraciones.

En verdad, no solo defiende MacCormick la prioridad de los derechos respecto de las obligaciones sino, más en general, de todo derecho sustantivo respecto de su protección.<sup>188</sup> De forma más básica todavía, defiende la prioridad de los derechos morales respecto de los derechos jurídico-positivos. Comencemos por abordar este último punto.

En el artículo acerca de los derechos de los niños, MacCormick examina derechos morales, al margen de y sin que sea especialmente relevante que estén sancionados por el ordenamiento; que no lo estén solo pondría de manifiesto, afirma MacCormick, la

---

<sup>188</sup> De hecho, las obligaciones son concebidas en gran medida como mecanismos de protección de los derechos (*cf.*, p. e., MacCormick, 1976: 314). En virtud del aspecto “pasivo” de los derechos asegurar un bien pasa por imponer un deber de abstenerse de perjudicar intereses ajenos (*vid.* MacCormick, 1982: 344). Como ha habido ocasión de señalar, MacCormick atribuye especial importancia en su análisis a los derechos pasivos, una clase de derechos que considera integrada fundamentalmente por las posiciones normativas que, con terminología hohfeldiana, se denominan “pretensiones”.

ceguera moral de ese ordenamiento determinado (*vid.* MacCormick, 1976: 306). Para postular la categoría de “derechos morales” es necesario aceptar el principio de que los seres sintientes deben ser respetados como fines; el sentido del lenguaje de los derechos es el reconocimiento del bienestar del niño como fin en sí mismo, sin tener que considerar ventajas o desventajas para terceros (*vid.* MacCormick, 1976: 310), sin atender a otros fines como sugiere Swift en su célebre sátira *A Modest Proposal*. Los derechos morales tienen prioridad respecto de los jurídico-positivos. La argumentación que pretende la prioridad de los derechos respecto de los deberes y la prioridad de los derechos morales respecto de los positivos parece descansar sobre una suerte de argumento analógico; lo que conecta los distintos términos son los intereses o bienes que deben ser protegidos y lo que justifica otorgar prioridad a los primeros términos de la ecuación respecto de los segundos es precisamente una conexión más estrecha de tales términos con los intereses que la que guardarían los segundos términos.<sup>189</sup> El reconocimiento de que hay ciertos bienes o valores que deben ser asegurados a los individuos es un postulado necesario para determinar la prioridad de los derechos (*vid.* MacCormick, 1978b: 600) y, de forma análoga, reconocer un derecho moral puede servir como razón para acordar un derecho jurídico-positivo con el contenido del derecho moral (*vid.* MacCormick, 1976: 312). En cambio, no sería posible a la inversa: esto es, no se podría imponer un derecho en virtud de un deber, ni un derecho moral en virtud de un derecho jurídico-positivo. La prioridad atribuida a los derechos morales se corresponde con la visión de MacCormick del razonamiento jurídico como una especie, extremadamente formalizada e institucionalizada, del razonamiento práctico, en el que tendría preminencia el campo moral (*cf.* MacCormick, 1994: xii). Un ejemplo, en el deseo de cada uno de tener un espacio reservado de intimidad se basaría un interés en la intimidad personal que sería protegido por un derecho, antes que nada, moral, a la privacidad (*vid.* Cameron, 1990: 137).

Asimismo, conviene examinar la cuestión de la protección. Si bien MacCormick dedica notable esfuerzo en explicar el problema de la tutela normativa en clave de la teoría del interés va reconociendo paulatinamente mayor plausibilidad a diferentes tesis que la teoría de la voluntad enfatiza.

Es la protección y promoción de intereses, el concepto clave en un plano axiológico, la que justifica la imposición de deberes –primera de todas, la obligación de reparación–, incapacidades y sujeciones en otros, en virtud del sencillo argumento de que si hay un bien, debe estar protegido y esa es la razón para imponer o aceptar la norma obligativa (*cf.* MacCormick, 1982: 344; *cf.* MacCormick, 1977: 192; *cf.* MacCormick, 1978<sup>a</sup>: 179, 183, 189).

---

<sup>189</sup> Al dar cuenta de los derechos como bienes que deben ser asegurados a los individuos, MacCormick sugiere estar desarrollando un punto de Dworkin, la idea de “*individuated political aim*” (*vid.* MacCormick, 1978b: 600; *cf.* Waldron, 1988: 82-83), pero al hacerlo suple una carencia del trabajo de Dworkin, el análisis de la función de los derechos (*vid.* MacCormick, 1978b: 598-600; *vid.* MacCormick, 2007: 133).

Estas consideraciones evidencian que el brocardo *ubi remedium, ibi ius* debe ser revertido y reemplazado por el de *ubi ius, ibi remedium*, es decir, es el reconocimiento del derecho sustantivo el que justifica la imposición de disposiciones remediales, sin que deban ser confundidos (*vid.* MacCormick, 1976: 309).<sup>190</sup> La teoría de la voluntad se equivoca al definir los poderes de ejecución (el ejercicio de la elección sobre obligaciones ajenas), un elemento instrumental, ancilar respecto del derecho como una parte esencial del propio derecho subjetivo (*vid.* MacComick, 2007: 121-123).

Las facultades de exigir el cumplimiento de un derecho o su renuncia o la facultad, en ciertos derechos privados, de iniciar procedimientos, aunque de importancia práctica, como reclama la teoría de la voluntad (*vid.* MacCormick, 1976: 315), no son, en cambio, contra lo que pretende el voluntarismo, constitutivas de los derechos, sino que se encuentran subordinadas a estos, ya se trate de derechos primarios o remediales.<sup>191</sup>

MacCormick aborda otra cuestión relevante para la integración entre las teorías del interés y de la voluntad, la de la “seguridad normativa” o “protección”; con cierta frecuencia alude MacCormick a la expresión “derecho imperfecto” para referirse al “derecho desprotegido” (*cf.* MacCormick, 1982: 344).<sup>192</sup> Está desprotegido el derecho al que no corresponde deber correlativo (*vid.* MacCormick, 1982: 344) o desprovisto de mecanismos remediales.<sup>193</sup>

Como se ha visto, en 1976 defendía que el que  $\varphi$  (determinado contenido de un derecho) sea *un* bien para el titular de derechos puede verse controvertido por la decisión del propio titular; ello, en virtud de la libertad de acción, otro bien (MacCormick, 1976: 311, 315).

Por su parte, de acuerdo con el artículo de 1982, la aserción de que “alguien tiene derecho a  $\varphi$ ”:

[1] implica que ya sea  $\varphi$  ya sea la libertad o discreción respecto de  $\varphi$  es un bien;

[2] es cierto si el individuo reúne, de un modo u otro, las condiciones para tener alguna forma de *seguridad* normativa sobre [el derecho a]  $\varphi$  o bien libertad o discreción en relación con el derecho a  $\varphi$ ” (MacCormick, 1982: 346).

Estas son las condiciones que comparte todo aquello que denominamos “derechos”; hay una conexión conceptual entre “derechos” y “bienes” pero incluye, además, una conexión entre derechos y su protección. Hace directa referencia a la protección, a la

---

<sup>190</sup> Que haya semejantes disposiciones o no es una cuestión secundaria y contingente; presuponerlas teniendo el primer brocardo por una verdad analítica refleja un anglocentrismo injustificado (*vid.* MacCormick, 1976: 308).

<sup>191</sup> Es habitual en la literatura la distinción entre “derechos primarios”, “secundarios” y “terciarios”. Suele decirse que los derechos primarios son derechos sustantivos, los secundarios autorizan a entablar procedimientos para la tutela de los derechos primarios y los terciarios buscan la ejecución o renuncia a los procedimientos remediales (*vid.* Frydrych, 2017: 24).

<sup>192</sup> Conviene notar, de pasada, que MacCormick remite explícitamente a la categoría tradicional iusnaturalista del “*ius imperfectum*” (*cf.* Bobbio, 1999a: 444) aunque con un empleo parcialmente distinto del habitual.

<sup>193</sup> MacCormick sostiene que tener un derecho es tener la base de una exigencia imperativa justificada (*justified imperative claim*) para requerir remedios apropiados en ciertas circunstancias (*cf.* MacCormick, 1982: 354-355).



seguridad normativa, pero también indirecta referencia, mediante la alusión a la libertad o discreción.

En lo referente a [1], el texto de 1982 introduce un ligero énfasis pragmático con respecto a la formulación de 1976: en 1982 reconduce el esquema aparentemente voluntarista a una esquema de la teoría del interés y concibe la libertad de acción y el contenido del derecho como bienes o intereses que el sistema protege o debe proteger – con la libertad de acción se tutela la discreción, con los demás derechos cualquier otro interés–,<sup>194</sup> sin tener que apartarse en ningún momento de la teoría del interés. En 1976, podría pensarse que la exigencia de que los individuos decidan sobre su bien reflejaría que la teoría de la voluntad tiene la última palabra (por vía de excepción) sobre en qué consiste en un caso determinado el bien (interés) de un individuo. Pero, como se ha dicho, solo parece tratarse de un énfasis pragmático: ambos artículos comparten muchos argumentos para terminar defendiendo lo que es en todo caso una versión de la teoría del interés que incorpora en sí la teoría de la voluntad o, todavía más modestamente, sensible a un elemento central de la teoría de la voluntad, que lo debería ser de cualquier teoría de los derechos en el contexto de un sistema jurídico liberal (*cf.* MacCormick, 1976: 316).

En lo que atañe a [2], hay distintos modos en que se puede alcanzar la “seguridad normativa” (*normative security*). En primera instancia, tener derecho a  $\varphi$  depende de ser libre normativamente de hacer  $\varphi$ , lo que a su vez presupone un permiso de hacer aquello que no es, en determinado orden normativo, incorrecto hacer. La segunda instancia de seguridad normativa depende de tener el poder de obtener el derecho a  $\varphi$ . La tercera instancia depende o bien de la existencia de deberes hacia otros individuos para no infringir el disfrute de ciertos bienes o bien de provisiones para la implementación de su disfrute, lo cual, en un caso y en otro, está en función de la existencia, meramente posible o efectiva, de normas que imponen deberes. La cuarta instancia depende de la existencia de limitaciones definidas y más o menos estrictas en los poderes para modificar los permisos o normas que son protegidas a los individuos de las tres maneras anteriores (MacCormick, 1982: 346–347).<sup>195</sup> Asimismo, los sistemas normativos despliegan en cascada tres niveles de protección de los derechos.<sup>196</sup>

---

<sup>194</sup> Aunque tal vez colocar en pie de igualdad el contenido del derecho y la capacidad de decidir acerca de tal derecho sea conceptualmente confuso.

<sup>195</sup> Así, el concepto, supuestamente unitario, de “derecho” se relaciona con o presupone distintos tipos de normas (MacCormick, 1982: 347).

<sup>196</sup> Los sistemas jurídicos e institucionalizados despliegan hasta tres niveles de protección –no “seguridad”, como se ha visto– normativa frente a ilícitos hacia alguien. En el primer nivel, se encuentran las normas contra la vulneración de derechos; el segundo nivel lo integran las normas para desistir de la infracción continuada y para reparar el daño; el tercero consiste en la capacidad de, entre otros, los tribunales para decretar la cesación y ordenar la reparación de forma ejecutiva (MacCormick, 1982: 344; *cf.* MacCormick, 1977: 205, lista que presenta algunos cambios). Estos tres niveles, que parecen partir de –y, en buena medida, ser análogos a– los tres grados de control que previamente enunciara Hart (III§2), lo que ponen de manifiesto es, a juicio de MacCormick, la necesidad de protección normativa de un derecho (es decir, de un bien).

MacCormick considera un bien fundamental la “discreción”, la libre elección del titular del derecho de tomar sus propias decisiones con respecto a sus acciones y sus cambios normativos, cualificando tal bien como el respeto por la agencia, el reconocimiento del otro como agente libre y responsable (*vid.* MacCormick, 1982: 343; *vid.* MacCormick, 2007: 123). En la tardía *Institutions of Law*, sugiere que una explicación completa de los derechos subjetivos requiere de ambas teorías de la función de los derechos: la teoría del beneficiario, “la más fundamental” en la comprensión, estaría acompañada por la teoría wellmaniana del control (*vid.* MacCormick, 2007: 123). La justificación es la misma que venía preocupando a MacCormick ya en 1982: la tesis de que derechos carentes de remedios deben considerarse derechos radicalmente “imperfectos” es un “punto a favor” de la teoría del control (*cf.* Wellman, 2005). A lo que sigue una frase que manifiesta notable sincretismo teórico: “Rights are legal positions of a normally advantageous kind, hedged around with remedial rights and powers to obtain enforcement of them” (MacCormick, 2007: 123).

Como emerge de esta reconstrucción, MacCormick acoge distintas bases teóricas de la teoría de la voluntad, que integra en su teoría del interés: por una parte, en virtud del reconocimiento de la libertad de elección de los individuos como mecanismo al servicio de la decisión de los individuos acerca de su bien; por otra parte, a causa de la preocupación por que los derechos estén tutelados por disposiciones remediales de distinto tipo, dada la importancia de la protección normativa de los derechos.

Por último, respecto de lo examinado acerca de la correlatividad (IV§2.3 y IV§2.5), conviene señalar, aunque solo sea de pasada, un cierto alejamiento en la última obra de MacCormick respecto de las posturas dinámicas. En efecto, pese a seguirse mostrando reluctantante a hablar en términos de “correlatividad” como si ello significara la equiparación en lo justificativo de ambas posiciones normativas, MacCormick reconoce explícitamente la correspondencia biunívoca en el momento mismo en que sostiene que una y otra posición comparten idéntico contenido proposicional (*vid.* MacCormick, 2007: 124-125).

## **V.5. Algunas consideraciones metodológicas en torno a la explicación de los derechos**

En cuanto a los instrumentos de análisis y algunos de sus propósitos, MacCormick observa algunas pautas metodológicas de Hart. Del mismo modo en que Hart sigue de cerca los criterios de la paráfrasis y, en general, de la jurisprudencia universal benthamiana, MacCormick toma los instrumentos de la “filosofía del lenguaje ordinario” (*cf.*, p. e., MacCormick, 1982: 356).<sup>197</sup> Con todo, en sus trabajos acerca de los derechos subjetivos,

---

<sup>197</sup> Este enfoque metodológico “seeks to alleviate philosophical entanglements and obscurities by means of consideration of the ordinary and normal uses of philosophers’ words, and the worldly conditions that make those uses possible and give them their specific significance” (Baz, 2012:

MacCormick no aspira únicamente a dar cuenta de una práctica social por parte de los juristas o a captar cuestiones de índole lingüística, sino que pretende acomodar teóricamente creencias acerca de argumentos sustantivos y presentar una teoría acerca de una pieza clave en el razonamiento práctico.

En efecto, en su artículo de 1976 ya objetaba a Hart —una objeción que permanece más bien en el trasfondo— que sostuviera que los derechos, en cuanto “conclusiones jurídicas”, no pudiendo funcionar como premisas del razonamiento jurídico o moral (MacCormick, 1988: 293; *cf.* MacCormick, 1977: 190-191).<sup>198</sup> Los “derechos” no son, contra lo que parece entender el primer Hart, un término *acerca* del derecho empleado por la ciencia jurídica, antes bien, son un término usado *por* el derecho, un elemento habitualmente en liza en el razonamiento jurídico<sup>199</sup> y cuya naturaleza merece ser investigada, a través de las normas que los confieren (*cf.* MacCormick, 1977: 190-191; *cf.* MacCormick, 1994: 256). De modo que para usar sensatamente el lenguaje de los derechos hay que rechazar la visión del primer Hart. El análisis de MacCormick acerca los derechos pretende continuar y trascender el realizado por Hart y ahondar en la deliberada política cultural de elaborar una teoría de la interpretación y una teoría del razonamiento jurídico, desde un enfoque analítico. Hay que advertir, sin embargo, que MacCormick no termina de acometer semejante tarea puesto que no tiende ningún puente entre su teoría de los derechos y su teoría de la interpretación (Pino, 2011: 2) y apenas analiza los derechos valiéndose de su teoría de la argumentación. Así, si bien es cierto que ya *Legal Reasoning and Legal Theory* contiene un examen tentativo de la relación de los derechos y la teoría de la argumentación jurídica, este examen no es desarrollado en trabajos posteriores (*vid.* Pino, 2011: 2-3; *cf.* MacCormick, 1994: 246-258).

Sea como fuere, ya en 1955, había abierto Hart un nuevo camino, el de la “explanation” de los derechos, que aspiraba a captar tanto los rasgos lógico-conceptuales como los aspectos sustantivos de los derechos (*vid.* Celano, 2013, 39-40). En verdad, su discípulo escocés no solo prosigue este camino, sino que, combinando capacidad explicativa y justificativa de las teorías sobre la función de los derechos, concede mayor relieve a la segunda, también en razón de su progresivo interés por desarrollar la aportación hartiana del punto de vista interno. La oposición entre teorías del interés y teorías de la voluntad es vista como una polémica acerca de las posibles justificaciones de los derechos (*vid.* Celano, 2013: 62-64) y en esta empresa, MacCormick concede más

---

2).

<sup>198</sup> De acuerdo con el Hart de los años 50, los derechos subjetivos son “conclusions of law” o “tail ends of legal calculations”, esto es, enunciados no claramente constatativos que se obtienen a partir de una serie de premisas jurídicas (para una caracterización, *vid.* Bayles, 1992: 142-143; *cf.* MacCormick, 1982: 350-356 para la cuestión afín de los *imperative claims*). Tal categorización fue rechazada posteriormente por el propio Hart (*cf.* Hart, 1983: 2), aunque supone el germen de lo que será el “punto de vista interno”.

<sup>199</sup> Los derechos cumplen distintos papeles prácticos de suma importancia, como, por ejemplo, proveer de protecciones jurídicas complejas a muchos miembros de una determinada clase (*vid.* MacCormick, 1977: 206).

importancia a la comprensión de consideraciones de corte sustantivo que a la comprensión de cuestiones estrictamente conceptuales. La descripción del derecho y la valoración del derecho, aunque distinguibles, están estrechamente vinculadas y la primera es presupuesto de la segunda y distingue las valoraciones aceptables de las inaceptables (*cf.* Schiavello, 1998: 319). Lo mismo se puede decir del análisis –neutral– y las teorías políticas y morales –sustantivas– relativas a los derechos subjetivos (*vid.* MacCormick, 1978b: 601). MacCormick pretende no confundir ser y deber ser,<sup>200</sup> y pretende distinguir las consideraciones analítico–conceptuales de las valorativo–justificativas. Lo que ocurre es que MacCormick distingue netamente un enfoque formal acerca de los derechos y un enfoque sustantivo y circunscribe este –al igual que hace buena parte de la literatura sobre derechos (VII§4)– a los problemas de decisión normativa acerca de qué bienes han de ser asegurados a qué sujetos, lo cual puede considerarse sumamente restrictivo (*cf.* MacCormick, 1978b: 601).<sup>201</sup> Asimismo, más significativamente, –como he procurado señalar al comienzo de este capítulo y, de forma más marcada, en el capítulo anterior–, es sumamente discutible que MacCormick mantenga distinguidos ambos órdenes de consideraciones. Y es imposible que los mantenga distinguidos en el momento en que sostiene que, en todo caso y sin cualificaciones, la justificación de los derechos consta en el contenido semántico de los derechos y que la prioridad conceptual de estos frente a los deberes resulta de la prioridad justificativa de los derechos.

Al margen de la eventual impugnación de la ciencia jurídica de orientación kelseniana, MacCormick plantea algunas réplicas a las críticas kelsenianas de que [1] el lenguaje de los derechos siempre presupone alguna orientación ideológica hacia cierta variedad de individualismo; [2] como tal no pertenece a la ciencia jurídica; [3] los derechos son elementos secundarios de órdenes jurídicas cuyo elemento primario como forma de normas que autorizan la imposición de sanciones revela de forma pura la esencia de todas las órdenes jurídicas. A ellas, MacCormick replica que [1'] puede que [1] sea cierto, pero la comprensión de la orientación ideológica expresada en distintos órdenes jurídicos es un objetivo valioso que requiere no la estipulación sino el análisis cuidadoso del lenguaje de los derechos; por tanto, [2'] el análisis de los derechos –distinto de la defensa de su uso– pertenece a la ciencia jurídica; [3'] no es cierto [3] hasta que el análisis haya probado que cualquier análisis de las normas jurídicas –kelseniano o el que sea– tiene la universalidad tal como para describir de forma adecuada aquellos órdenes jurídicos que mostrarían semejante orientación ideológica (MacCormick, 1982: 356–357).

---

<sup>200</sup> Esta es la falta en que incurre Dworkin, calificado por MacCormick de “prebenthamita” por querer borrar la distinción entre las dimensiones expositiva y censoria del derecho (*vid.* MacCormick, 1978b: 586).

<sup>201</sup> Señala MacCormick en un pasaje: “In short, the account of rights as goods which ought to be secured to individuals is –as it should be– a formal one which does not settle *what* goods should be secured, nor *to whom*. These are vital questions of moral and political substance, not capable of settlement by mere analysis or definitional *fiat*. To answer them calls for the “construction” of moral and political theories. Clear analysis is, however, a prerequisite of the construction of a worthwhile theory; with respect, I find no sufficiently clear analysis in Dworkin, though I suspect that what I have said is more or less compatible with what he does say” (MacCormick, 1978b: 601).

Al sostener tal cosa, MacCormick reivindica la importancia de un punto de vista hermenéutico –correspondiente a la perspectiva externa moderada de Hart (*vid.* Schiavello, 1998: 313)–, es decir, el punto de vista de quien prescindiendo de un compromiso volitivo busca entender o dar cuenta de una cierta actividad humana según el sentido que esta tiene desde el punto de vista interno, compartiendo el elemento cognitivo del punto de vista interno y reconociendo y estimando cognitivamente su elemento volitivo (*vid.* MacCormick, 2010: 122). La “internalidad” se circunscribe al nivel de la comprensión de las categorías del agente, el observador puede permanecer distanciado y no comprometerse con las normas que son cruciales para la comprensión (*vid.* MacCormick, 1994: 291).<sup>202</sup>

## **V.6. Contrapuntos críticos. La indisponibilidad de los derechos como banco de pruebas para la teoría del interés**

La estrategia de refutación que MacCormick dirige a la teoría de la voluntad reside en dirigir a esta teoría dos contraejemplos para mostrar su escasa capacidad explicativa: los derechos de los niños y los derechos indisponibles. Que el primero y más notorio artículo de MacCormick se ocupe de los derechos de los niños no parece casual: la especial desprotección o vulnerabilidad de aquellos pondría de manifiesto, de manera paradigmática, la atención por la necesidad de proteger algo así como bienes objetivos. Ello permite explicar y aun dar notoriedad a los derechos pasivos.<sup>203</sup> Y también a los derechos indisponibles.

MacCormick plantea otro contraejemplo a la teoría de la voluntad (*vid.* MacCormick, 1977: 196), menos conocido que el de los niños: el derecho de *A* a la libertad individual entraña que *B* se encuentre en tres posiciones jurídicas: 1. bajo la obligación de no someter a esclavitud a *A*; 2. en incompetencia para imponer a *A* el estatus de esclavo y 3. en incompetencia para cambiar [1] y [2] sin consentimiento de *A*. *A*, por su parte, no puede renunciar a su inmunidad, es decir, se encuentra en una

---

<sup>202</sup> El “punto de vista interno” hartiano en buena medida vehicula el desarrollo intelectual de MacCormick: el autor escocés la reinterpreta como una tesis acerca de hechos jurídicos, hechos que deben ser entendidos en términos de “hechos institucionales”, que presuponen la existencia de órdenes normativos, para arribar, bajo la influencia de posturas interpretativistas y iusnaturalistas, a una concepción del derecho en función de un institucionalismo postpositivista (*cf.* La Torre, 2011: 64-67; *cf.* Bengoetxea, 2010: 286-287)

<sup>203</sup> Con el tiempo, en MacCormick se puede entrever una propensión a reconocer que los derechos pasivos son explicables mediante la teoría del interés (*cf.* MacCormick, 2007: 123-125), los derechos activos, mediante la teoría de la voluntad (*cf.* MacCormick, 2007: 129-130). Pero el reparto no es tan claro: en las mencionadas páginas (especialmente, *cf.* MacCormick, 2007: 120), el autor parece persistir en la sugerencia de que la teoría de la voluntad es la más próxima a la comprensión hohfeldiana de los derechos y la teoría del interés la más libre de tales encorsetamientos teóricos. Esta idea conduce, una vez más, a la inconsistencia que he señalado en la obra de MacCormick IV§2.2; si bien es cierto que la inconsistencia podría ser solo aparente, MacCormick no ofrece argumentos con que salvarla.

situación de sujeción, aunque esta sujeción obre en su ventaja, para prevenir que se desembarace de su libertad.<sup>204</sup> Por su parte, la teoría de la voluntad, por definición, considera que los derechos indisponibles no son derechos. Incorre con ello en una paradoja: considerar que cuanto más protegidos están ciertos derechos menos se trata de derechos ¿Hay que considerar la terminología de “derechos” inapropiada? ¿Hay que excluir de la categoría que suele ser descrita como “derechos” la protección de semejantes intereses, segmentando así el lenguaje de los derechos en un determinado punto en la escala de protección? El cuerno del nuevo dilema por el que se decanta MacCormick es, una vez más, el que lleva a abandonar la teoría de la voluntad.

Impugnar que la discrecionalidad sea un rasgo necesario de los derechos es conceptualmente necesario tanto para comprender bien la connotación como la denotación de los derechos. Entre otras cosas, para evitar que la discrecionalidad sea condición necesaria para una carta de naturaleza reservada a los derechos de libertad y que, en hipótesis, excluiría derechos tales como los derechos sociales (*cf.* Hierro, 2004: 195-197; *cf.* Celano, 2013: 78-79; *cf.* Waldron, 1984: 11-12). Precisamente, el niño (el niño de corta edad) encarna no solo la falta de voluntad sino la vulnerabilidad, el concepto de “necesidad”, incluso opuesto a interés si interés se toma como “preferencia”, en el campo semántico de la volición, y no como “interés objetivo” (*cf.* Hierro, 2001: 90-91; *cf.* Garzón Valdés, 2004: 205-207).

Naturalmente, MacCormick tiene razón al impugnar el potencial explicativo de la teoría de la voluntad por su incapacidad para dar cuenta de situaciones en que solemos hablar de derechos de singular importancia. La estipulación de la teoría de la voluntad<sup>205</sup> por la cual solo hay derechos donde hay elecciones debe responder a la pregunta de si tal cosa no choca radicalmente con la comprensión común y si hay algún provecho derivado de ello (*vid.* MacCormick, 1977: 197). En verdad, si la teoría de la voluntad es algo distinto de un postulado entonces debe –si no quiere incurrir en petición de principio– dar razones de aquellas situaciones que considera extramuros de la denotación de “derecho subjetivo”. En consecuencia, los derechos de los niños y los derechos indisponibles son contraejemplos a los que la teoría de la voluntad ha de responder. Pero no son contraejemplos equiparables. Sin entrar en las dificultades que plantean los derechos de los niños a la teoría de la voluntad –a los que, como se ha visto, Hart no da respuesta satisfactoria–, la réplica que la teoría de la voluntad puede lanzar a los derechos indisponibles no carece de plausibilidad: en efecto, si una teoría sobre la función de los derechos estima que estos sirven a la autodeterminación de sus titulares ¿Por qué debiera colapsar tal teoría ante excepciones que requieren una justificación hasta cierto punto espinosa? La teoría de la voluntad puede prever una excepción para este tipo de casos de

---

<sup>204</sup> De hecho, si la “immunity from divesting” es considerada un rasgo general de la protección de los individuos que es funcional a la esencia de los derechos, en el caso de los derechos inalienables se va un paso más allá y se priva al titular mismo de todo poder sobre tal inmunidad (MacCormick, 2007: 130).

<sup>205</sup> De hecho, MacCormick sostiene que discutir los rasgos esenciales del concepto de “derecho subjetivo” significa encontrarse, en cierta medida, en el terreno de las definiciones estipulativas (MacCormick, 1977: 196-197),

forma análoga (y opuesta) a la que MacCormick plantea a la formulación estándar de la teoría del interés. Son puntuales los casos en que una conclusión resultante de una deliberación paternalista es impuesta a un agente, restringiendo su libertad de acción (sobre el paternalismo como rasgo propio de la teoría del interés *cf.* Steiner, 1998: 286–287). La modulación que MacCormick plantea a las teorías del interés parte del hecho de que hay una presunción derrotable de cuál es el interés putativo o *pro tanto* de un individuo para sostener que la libertad de acción defiende que se aleje de tal interés, para realizar un interés que genuinamente persigue. Por lo que se refiere a los derechos indisponibles nos encontraríamos ante una presunción *iuris et de iure*, esto es, que no admite prueba en contra, no solo corresponde la carga argumentativa al proponente sino que requiere además una argumentación más compleja. Quiero decir con ello que la teoría de la voluntad –así como, no hay que olvidarlo, una versión liberal de la teoría del interés como la que MacCormick defiende– se encuentra frente a una prueba menos sencilla que la de la tradicional teoría del interés y que demanda de la posición contraria un esfuerzo argumentativo mucho más significativo. Es decir, un estatus epistémico más fuerte y mayor cantidad (y calidad) de premisas.

De hecho, MacCormick repite en varias ocasiones la necesidad de decidir acerca del ejercicio de los derechos considerando lo contrario una opción paternalista; en todo caso, considera la cuestión discutible y, en efecto, parece caer más del lado de proteger el bien que el derecho tutela que hacer disponible el derecho para que el titular ejerza su elección, –un bien pero no el único y que puede verse superado por otros (*vid.* MacCormick, 1977: 208). En el caso de los derechos indisponibles,<sup>206</sup> desprovistos de todo poder sobre el derecho, la libertad se restringe pero a favor de la libertad misma y para fortalecer la protección del derecho de que se trate (MacCormick, 2007: 130). En este punto, recordar el correctivo que MacCormick aduce para la teoría del interés resulta de sumo valor para contrapesar su teoría de los derechos indisponibles, para contrarrestar, podríamos decir, la “tiranía de los derechos indisponibles” (*cf.* Maniaci, 2014).

## V.7.Recapitulación

Resulta digno de nota que MacCormick, en su *pars destruens*, busca rechazar la teoría de la voluntad por su incapacidad para explicar los derechos de los niños y los derechos indisponibles. En torno a estos elementos construye su estrategia de refutación consistente en mostrar que la teoría de la voluntad desconoce que los derechos protegen bienes o que confunde el derecho sustantivo con su tutela, amén de otras cuestiones.

---

<sup>206</sup> Ciertamente es que los derechos indisponibles que MacCormick ejemplifica son la prohibición de esclavitud y las limitaciones a las negociaciones laborales: el primero, condición de autonomía para el ejercicio de cualquier derecho; el segundo, una posición donde es difícil hipotetizar la ausencia de presiones coercitivas (*cf.* Maniaci, 2014: 693, 700).

Sin embargo, en la *pars construens*, MacCormick reconoce buenas dosis de razón a la teoría de la voluntad. En un primer momento, en la tesis que reclama posibilitar que el individuo disponga de un mecanismo “de salida” con el que hacer valer su bien cuando este no coincide con el que las normas atributivas de derechos presuponen como su bien. En un segundo momento, por la importancia de que el individuo puede ejercitar sus derechos y exigir su protección. En uno y otro caso, el individuo tendría garantizada la facultad de accionar mecanismos de tutela.

Esto es, lo que critica por estar mal caracterizado como una suerte de preminencia injustificada del ejercicio de la autonomía y de la tutela jurisdiccional frente a los derechos primarios, MacCormick lo acoge como un válido complemento de las tesis tradicionales de la teoría del interés. Con todo, la solución de MacCormick se resiste a ser presentada como una integración genuina de las teorías de la función de los derechos. Por un lado, porque los elementos que integran la teoría de la voluntad no están caracterizados, en su estructura y en su justificación, de una forma suficientemente reconducible de la teoría de la voluntad. Por otro lado, anudado a esta limitación, porque están insistentemente caracterizados en términos benéficos, sin que quepa conceder apenas autonomía conceptual al elemento voluntarista.

Poco de esta *pars construens* ha quedado plasmado en la literatura secundaria. El éxito de la teoría del interés de MacCormick reside en buena medida en la forma tajante en que pretende haber probado la incapacidad del tenor de la teoría de la voluntad para dar cabida a algunas intuiciones morales fuertemente arraigadas y usos ampliamente extendidos del vocabulario de los derechos. Pero, como he procurado señalar, tal contraposición ha descansado también en el desconocimiento de los puntos de encuentro entre los teóricos del interés y de la voluntad. Así MacCormick, ha ignorado las mejoras que Hart ha introducido en su teoría de la elección y, lo que es más significativo, la integración de este con una teoría de las necesidades que resulta sumamente afín a la teoría del interés maccormickiana.

Por otro lado, la refutación de la posición de Hart por parte de MacCormick en lo que hace a la cuestión de los derechos de los niños se basa en una caracterización de las posturas de Hart imprecisa. Esto no quiere decir, desde luego, que la teoría de la elección ofrezca respuestas viables a la cuestión de la titularidad de derechos por parte de los niños: la postura de Hart en 1955 parece una decisión estipulativa algo arbitraria de qué se entiende por uso técnico de la expresión de “derecho subjetivo” —que, en parte, busca evitar que la teoría del interés pueda considerarse fundada—, mientras que su posición en 1982 incurre en una falacia de *ignoratio elenchi*. Por último, es oportuno señalar que la comprensión de los derechos de MacCormick se ha visto filtrada por su viraje metodológico hacia enfoque institucionalistas y que, en ocasiones, el énfasis en los elementos normativos lleva a MacCormick a veces a entremezclar consideraciones analítico-conceptuales y argumentos valorativo-justificativos.



## Capítulo sexto. Los derechos, objeto multiforme del razonamiento jurídico: la teoría de los derechos de Raz

Assertions of rights are typically intermediate conclusions in arguments from ultimate values to duties. They are, so to speak, points in the argument where many considerations intersect and where the results of their conflicts are summarized to be used with additional premises when need be.

(Raz, 1986: 181)

En este capítulo planteo una reconstrucción y un examen crítico de los elementos más significativos de la teoría de los derechos de Joseph Raz. En una primera sección, afronto su célebre definición de “derecho subjetivo”, acometo un análisis de las nociones que la componen y de las principales funciones de los derechos (VI§1). El examen de las nociones fundamentales que integran su famosa definición está orientado a la composición de un panorama razonablemente comprensivo de la teoría. Del estudio de los roles que la teoría adscribe a los derechos extraigo una conclusión: Raz maneja tres sentidos de “derecho subjetivo”, correspondientes a la diferente caracterización estructural y funcional de cada una de las tres nociones denotadas (VI§2). Semejante conclusión es problemática, principalmente, porque en los diferentes sentidos es distinta la posición normativa que debe quedar determinada previamente y, consiguientemente, el estatus prioritario de los derechos con respecto a los deberes. Tras ello (VI§3), examino uno de los papeles más importantes que, según Raz, desempeñan los derechos, la capacidad de fundar posiciones normativas e, implicada por esta capacidad, la función de regular el contenido del sistema jurídico (la función “dinámica” de los derechos). Asimismo, tras haber analizado las cuestiones del bienestar (esto es, cómo concibe Raz los “intereses”) y la titularidad de derechos (VI§4), expongo algunos puntos de cierta originalidad dentro de la propuesta raziana de la teoría del interés, destinados a explicar el “desinterés” putativo en los derechos, esto es, en palabras de Raz, los aparentes desajustes entre el peso de los intereses y el peso de los derechos que protegen o fomentan tales intereses (VI§5). En último lugar (VI§6), recapitulo los principales puntos tratados en el capítulo.

Como caracterización general, puede afirmarse que, para Raz, los derechos son conclusiones intermedias en el razonamiento, que conectan el bienestar de los individuos –un elemento crucial de nuestro lenguaje moral– y los deberes de otros sujetos, razones operativas para la acción de carácter perentorio. Los derechos presentan el respeto de los intereses del titular del derecho como suficiente para imponer en otro sujeto una obligación (Raz, 1986: 188).

La teoría de los derechos de Raz, formulada entre los años 70 y 90, constituye una versión de las teorías del interés que ha tenido un amplio predicamento y a la que, con frecuencia, se ha reconocido notable capacidad explicativa. No entraré, por ahora, en el

mérito de esto; baste decir que, como versión reciente de las teorías del interés, afrenta problemas y responde a tradicionales objeciones dirigidas a restringir la amplitud explicativa de la mencionada teoría y que lo hace con cierta originalidad. Originalidad y aun especificidad por cuanto la teoría de Raz es una pieza fundamental de su particular programa teórico-jurídico y filosófico-político y a la luz de este debe ser entendida. En efecto, Raz inscribe su comprensión de los derechos en su teoría general de razones para la acción y, de hecho, algunos méritos y defectos de su teoría de los derechos son predicables, antes que nada, de su propuesta teórica del razonamiento práctico.

En verdad, no está de más notar que la popularidad de que goza la teoría del interés raziana se debe a su –al menos aparente– elegancia y éxito explicativos y, tal vez, en mayor medida, al hecho de que se presente como una versión abiertamente justificativa de la teoría del interés. Su popularidad no es el resultado de un meticuloso análisis de sus argucias demostrativas ni de sus implicaciones normativas. Con todo, es cierto que sobre estos elementos sí han reparado algunos de los exámenes críticos de dicha teoría. Comoquiera que sea, el presente capítulo aspira a profundizar en el debate y en la exposición de la teoría raziana de los derechos, paliando así una cierta carencia en la literatura: la exposición detallada de los elementos más reseñables y el examen crítico del conjunto de la teoría raziana de los derechos.<sup>207</sup>

## VI.1. Elementos de una definición

En esta sección examino la conocida definición de “derecho subjetivo” estipulada por Raz, así como otras formulaciones alternativas de dicha definición, que permiten escrutarla mejor y problematizarla. Seguidamente, estudio los elementos normativos que componen la cláusula definitoria: en un primer momento, las tres piezas fundamentales (los intereses, los derechos y los deberes), y, en un segundo momento, la capacidad para ser titular de derechos y el bienestar, el fundamento axiológico de la teoría. Pero antes de examinar estos últimos elementos, expongo la capacidad de los derechos de fundar posiciones normativas y una particular consecuencia que Raz atribuye a esta capacidad, la de que los derechos disciplinen el contenido del derecho objetivo.

La célebre “definición filosófica” de los derechos encierra las tesis centrales de la teoría raziana del interés, con lo que puede resultar provechoso partir de ella. Tal cláusula definitoria tiene el siguiente tenor (Raz, 1986: 166):

*X* tiene un derecho si y solo si *X* puede tener derechos y, *ceteris paribus*, un aspecto del bienestar de *X* (*i. e.*, su interés) es una razón suficiente para atribuir a otra(s) persona(s) una obligación.

---

<sup>207</sup> Semejante carencia es predicable en una medida mucho mayor de la exposición detallada que de la crítica. En lo que atañe a la primera, las reconstrucciones con un cierto grado de detalle de la teoría de los derechos raziana –que la examinan directamente y no colateralmente a la luz de su propuesta filosófico-política o como trasfondo de sus aportes a la teoría de los derechos humanos– se restringen prácticamente, hasta donde yo sé, a los trabajos de Holmgren, 1985, Penner, 1997, Zanghellini, 2017 y McBride, 2018. En lo que se refiere a la segunda, son muchas las aportaciones que discuten la propuesta raziana y, para ello, la examinan con cierto grado de detalle.

En una paráfrasis “enriquecida”, puede decirse que se atribuye un derecho a un individuo toda vez que su interés logra imponer un deber en otra(s) persona(s). Esto es, se lleva a cabo un balance de razones, de tal suerte que los intereses (consideraciones relativas al bienestar de uno o más sujetos) derrotan consideraciones contrarias y logran atribuir a un cierto individuo un deber, una razón operativa excluyente.

Conviene notar, de pasada, que cuando me refiero a “atribuir” pretendo traducir el original “to hold”, conservando una ambigüedad léxica significativa; sobre ella me detendré próximamente.

En otro pasaje (Raz, 1986: 181-182), Raz es más explícito sobre en qué consiste el mencionado balance de razones y sobre cómo el interés fundante forma parte de la “descripción” del contenido de los derechos (*cf.* Holmgren, 1985: 591-592). En efecto, la asignación de un peso a un interés y su comparación con otros intereses son operaciones centrales en la atribución de derechos (*vid.* Raz, 1994: 27, 35-36).

Un interés es suficiente para fundar un derecho si y solo si hay un argumento sólido cuya conclusión es que un cierto derecho existe y entre sus premisas no redundantes está la afirmación de algún interés del titular, mientras que las demás premisas proporcionan fundamentos para atribuir a dicho interés la importancia requerida o para considerarlo relevante de cara a una persona determinada o a una clase de personas de tal suerte que ellas y no otras estén obligadas frente al titular del derecho. Estas premisas deben ser suficientes de por sí para implicar que si no hay consideraciones contrarias entonces los individuos concernidos tienen el derecho y, finalmente, a estas premisas hay que añadir otras que afirmen o establezcan que tales fundamentos no son derrotados, en conjunto, por las razones con las que entran en conflicto.

Veamos una tercera cláusula definitoria alternativa, formulada explícitamente para captar la génesis de los derechos. En un pasaje que aborda la atribución de derechos desde un enfoque más manifiestamente prospectivo y que alude a la relación de los derechos con los deberes, Raz presenta lo que pretende ser el lado opuesto de su famosa definición. La definición supuestamente revertida enuncia (*vid.* Raz, 1986: 183):

(Solo) cuando los intereses de alguien son una razón para otro para comportarse de una cierta manera que protege o promueve ese interés, (solo) si esa razón tiene el carácter perentorio de una obligación y, en fin, (solo) cuando la conducta debida suponga una diferencia significativa para la promoción o protección de ese interés, (entonces) el interés da lugar al derecho.

Es oportuno notar que las cláusulas definitorias no son equivalentes. Un desajuste significativo entre las varias cláusulas definitorias es que mientras que la conocida definición no alude ni siquiera a la determinación del obligado, la tercera cláusula definitoria se refiere a este aspecto y lo hace otorgándole suma importancia. Este desajuste es significativo, entre otras cosas, porque, como intentaré mostrar, el tratamiento raziano de esta cuestión presenta importantes oscilaciones.

Otro desajuste notable, vinculado con el primero, es que mientras que la famosa definición recogida al comienzo de la sección da a entender que se tiene interés (o que el interés que funda el derecho radica) en que exista una obligación, en que a alguien le sea impuesta una obligación, la definición revertida está formulada de manera tal que

enuncia que se tiene interés (o que el interés que funda el derecho radica) en que alguien se comporte de determinada manera y, tan solo adicionalmente, que el modo en que se exige el comportamiento debido es a través de una obligación. Dicho de otro modo, si la famosa definición evidencia la relevancia del establecimiento de obligaciones, el tercer pasaje hace hincapié en la guía de conductas. Por otro lado –una cuestión parcialmente coincidente con la que acabo de señalar–, Raz pretende tanto ofrecer las razones que tiene el legislador –legislador en sentido lato– para establecer determinadas normas (esto es, las normas están justificadas de acuerdo con ciertos valores) como de orientar al ciudadano respecto de las razones que hay para comportarse de un cierto modo (esto es, un comportamiento está justificado conforme a las mencionadas normas). Es cierto que en el momento en que Raz pretende al unísono llevar a cabo estas distintas operaciones al igual que comprender tanto la capacidad explicativa como la capacidad justificativa de las razones –englobando consideraciones de crítica moral y de política del derecho–, la imperfecta correspondencia entre las cláusulas definitorias reviste escasa importancia a efectos reconstructivos, aunque es significativa a efectos metateóricos.

Este somero examen del objeto y el campo al que Raz pretende aplicar su definición debe ser integrado con el estudio de la ambigüedad léxica que presenta la célebre definición. Raz se refiere a que “la existencia de un derecho a menudo lleva a *someter* o *sostener* que alguien se encuentra sometido a una obligación por la existencia de ciertos hechos propios de las partes o generales de la sociedad en que viven” (Raz, 1986: 171). Es “someter” y “sostener” aquello que denota la equívoca expresión “to hold” de la célebre definición; con ella, Raz pretende manifestar que los derechos son razones de dos tipos. Por un lado, un derecho es una razón para juzgar, para considerar que una persona se halla sujeta a una obligación; por otro lado, un derecho también es una razón para imponer –por parte, fundamentalmente, de la autoridad competente– una obligación a una persona (*vid.* Raz, 1986: 172). Lo que ocurre es que Raz sostiene que los derechos son en mayor medida una razón del primer tipo que del segundo. Los derechos fungen de instrumentos cognitivos, sirven para indicar que ciertos deberes han sido impuestos en razón de ciertos intereses, antes todavía que servir como razones para la imposición de deberes.

Paso a examinar las principales nociones normativas que componen la definición (los intereses, los derechos y los deberes) y las principales relaciones que guardan entre sí. Solo posteriormente serán abordados los restantes ingredientes de la definición, las cuestiones de la capacidad de un sujeto para ser titular de derechos y la conexión de los derechos con el bienestar.

Los intereses fundan los derechos (*i. e.*, forman parte –una parte determinante– de la justificación de los derechos) y los derechos fundan los deberes (*i. e.*, forman parte –una parte determinante– de la justificación de los deberes). Las aserciones de derechos son típicamente conclusiones intermedias en argumentos que van de valores últimos a deberes (*vid.* Raz, 1986: 181).

Mientras que los intereses pertenecen al nivel conceptual más “fundamental” de la justificación, el plano en que realizamos cálculos y complejas valoraciones, los derechos se encuentran en el nivel más básico del razonamiento práctico (el “nivel medio de la

moralidad”), poblado por reglas de fácil aplicabilidad, en las que los individuos pueden confiar para el día a día (*vid.* Raz, 1994: 36).

Efectivamente, los derechos juegan un papel en el razonamiento práctico análogo al que desempeñan las reglas, para la propia teoría raziana. Como las reglas, los derechos ahorran tiempo y esfuerzos epistémicos, pero también consienten la formación de una cultura común, una cultura común dotada de un cierto pluralismo. En torno a las conclusiones intermedias se construye un lenguaje moral común, en contraposición con la indeterminación y el desacuerdo imperantes en el terreno de los valores últimos. En efecto, si sobre los valores últimos recaen incontables desacuerdos, acerca de la manera más idónea en que hacer efectivos tales valores impera un amplio consenso (*vid.* Raz, 1994: 55-57).

En la caracterización más habitual de Raz —una postura a la que luego me referiré, y a la que el propio Raz se refiere como “argumento canónico de la relación entre deberes y derechos”—, decir que un individuo tiene un derecho es tanto como decir que un interés suyo es fundamento suficiente para imponer o para considerar impuesta una obligación a otra persona (*vid.* Raz, 1994: 259). La principal función de los derechos puede ser descrita de la siguiente manera: los derechos indican (llevan a creer en o promueven) la existencia de obligaciones e indican que tal existencia responde a un fundamento específico (el bienestar de una o más personas). Antes de problematizar la visión canónica de los derechos, conviene caracterizar someramente los deberes.

Las obligaciones son razones operativas para la acción de carácter categórico.<sup>208</sup> En concreto, son razones categóricas de fuerza perentoria, es decir, excluyen la consideración de y prevalecen sobre ciertas clases de razones (*vid.* Raz, 1986: 186; *vid.* Zanghellini, 2017: 26). ¿Qué tipo de perentoriedad, en particular? Se trata de una clase de razones excluyentes. Es excluyente aquella razón de primer orden para la acción y una razón de segundo orden para excluir de la deliberación otras razones de primer orden para actuar. La importancia de los deberes, a ojos de Raz, no estriba en su peso como razones —de hecho, con frecuencia no son razones pesadas— sino en el tipo de razones que son, excluyentes, justamente, distintas de razones para la acción ordinarias y también de las razones protegidas (*vid.* Raz, 1986: 188; *cf.* Raz, 1986: 186).

En lo que concierne al fundamento de estas obligaciones, se trata de un conjunto de deberes u obligaciones que responden a los intereses del titular del derecho (*vid.* Raz, 1986: 171), un subconjunto de aquellas obligaciones que se encuentran en función del bienestar individual y social (Raz, 1994: 3 ss.). Sobre el fundamento de los deberes y de los derechos me detendré luego.

Me parece importante hacer un somero balance crítico de la llamada visión “canónica” de la relación entre los derechos y los deberes, una visión que ha dado lugar a un posicionamiento “ortodoxo” acerca de los deberes (para su caracterización *vid.* Raz, 1994: 30-31, para su crítica por el propio Raz *vid.* Raz, 1994: 32 ss.).<sup>209</sup> Como he afirmado antes, un papel fundamental de los derechos es que señalan un requerimiento para la acción de un cierto tipo, uno derivado del hecho de que un aspecto del bienestar

---

<sup>208</sup> Raz utiliza indistintamente las denominaciones de “deber” y “obligación” (Raz, 1986: 167).

<sup>209</sup> En verdad, Raz considera la comprensión ortodoxa de los “deberes” desacertada, pero tal posición no parece ser más que una proyección exagerada de algunas tesis de lo que constituye la definición canónica de los “derechos”, la definición más notoria que el propio Raz propone.

de *X* es el fundamento del deber de *Y* (*vid.* Raz, 1986: 180). De este modo, para la comprensión “ortodoxa” de Raz, los derechos desempeñan funciones a las que tanto intereses como deberes son ajenos: [A] los intereses no logran, sin la mediación de los derechos, que sean impuestos deberes a otros sujetos, mientras que [B] los deberes (ciertos deberes) guardan silencio acerca de su fundamento, tal fundamento solo se plasma en el tenor de los derechos. Considero pues que ambos conjuntos de tesis son problemáticos por varias razones. En lo que hace a la mediación de los derechos referida en [A], cabe preguntarse, por un lado, si Raz no adscribe un rol muy ancilar a los derechos, pues estos no harían más que señalar que un cierto proceso normativo ha tenido lugar. Es más, si el establecimiento de deberes responde fundamentalmente a los intereses, y lo relevante es referirse a un balance exitoso de intereses capaz de imponer una obligación a ciertos individuos no parece (tan) necesario referirse a los “derechos”. Si la cuestión normativa se cifra en quién ostenta qué obligaciones (*cf.* Raz, 1975: 11) y la cuestión axiológica se concentra en el potencial justificativo de los intereses, podría sostenerse que la teoría de los derechos raziana reserva un papel ocioso a los derechos; Raz arrojaría una comprensión deflacionista de los derechos. Estas valoraciones pueden ser vistas como una instancia de la acusación de redundancia de matriz hartiana (para la acusación III§2.1, para un examen de su plausibilidad III§4).

Raz replicaría, me parece, del siguiente modo. Aunque sean los intereses los que, en calidad de valores últimos, fundan posiciones normativas, los derechos remiten a esta fundación en calidad de conclusiones intermedias. Son los derechos los que, por así decir, se manchan las manos en los conflictos prácticos, no los intereses, y son los derechos los que conforman el mobiliario usual de la moralidad, mientras que los intereses permanecen en una suerte de vitrina opaca. Los derechos, como he señalado antes, desempeñarían una función análoga a las reglas. Aunque, de nuevo, hay que notar que son los balances de intereses aquello de lo que surgen los derechos. Los derechos tendrían la virtualidad de permitir una cultura común en torno a conclusiones intermedias compartidas (*vid.* Raz, 1986: 181). Dicho sea de pasada, si esto es así, no se puede decir, como pretende Raz, que los derechos no fundan deberes de idéntico modo en que los intereses fundan derechos.

Además, aquí se vuelve relevante la consideración de Raz de que conviene priorizar la intelección de los derechos como razones para sostener que individuos se encuentran sujetos a deberes antes que como razones para someter a individuos a deberes. Los derechos indicarían que se ha producido un balance exitoso de intereses; aunque en algunas ocasiones ese balance se pueda reabrir y tengamos que reexaminar las razones subyacentes, el vocabulario de los derechos permite aludir a tales balances, dando por sentada su validez. Los derechos, de forma análoga a las reglas, serían, bajo esta perspectiva, instrumentos cognitivos. La plausibilidad de la respuesta de Raz relativa a los derechos responde en buena medida de la plausibilidad de su comprensión de las reglas.

Pero esta no parece ser la réplica raziana en su integridad. Raz pretende sugerir – aunque no todo lo explícitamente que debiera – argumentos adicionales con los que construir su réplica. No se trataría solo de que los derechos *remitan* a la capacidad de que un balance exitoso de intereses dé lugar a la imposición de una obligación a una persona sino que son los derechos lo que *avala* tal imposición (afirma, por ejemplo, Raz que “el papel específico de los derechos en el razonamiento práctico es fundar deberes en los

intereses de otros seres”, Raz, 1986: 180). Asimismo, los derechos estarían dotados de perentoriedad. El problema de estas respuestas es que, aunque dejan claros los efectos de los derechos en un cierto discurso práctico, no explican de forma unívoca los papeles de los derechos. Es más, no resulta claro cómo es posible que los derechos al mismo tiempo remitan al balance exitoso de intereses al tiempo que consienten que se produzca tal balance exitoso. Asimismo, Raz hace desempeñar a los derechos tareas que la teoría raziana adscribe idealmente a los intereses –hemos visto cómo la concepción dinámica tiende a identificar los derechos directamente con la razón de ser de la atribución de posiciones normativas– y tareas que su teoría predica idealmente de los deberes –si en ocasiones puede hablarse del carácter perentorio de los derechos este sería más bien un atajo para aludir al carácter perentorio de los deberes. Estos solapamientos son, en parte, examinados en la próxima sección, en que se complejiza la comprensión de los derechos. Igualmente, procuraré mostrar que la visión canónica solo comprende una parte de la argumentación raziana y que tanto [A] como [B] encuentran una excepción notable: hay una clase de deberes fundados en el bienestar que no precisan hablar de la “atribución de derechos”. Si esto es así, parece que puede sostenerse que [A'] hay intereses que permiten, por sí solos, la imposición de obligaciones y que [B'] hay deberes que no callan acerca de su fundamento. Como digo, [A'] y [B'] no suponen, tomados tal cual, la refutación, respectivamente, de [A] y [B], sino únicamente excepciones significativas. Eso sí, estas excepciones resultan problemáticas en tanto Raz no aclare en qué circunstancias se fundan deberes de un tipo o de otro. Profundizar en estas y otras críticas es uno de los principales propósitos de la siguiente sección.

## **VI.2. Tres sentidos de “derecho subjetivo”**

En esta sección defiendo que Raz hace un uso ambiguo del término “right” y que la copresencia en su teoría y en su análisis de las diferentes acepciones es problemática. La manera más esclarecedora de entender la posición de Raz es la identificación de tres acepciones de “derecho subjetivo”, con particularidades funcionales y estructurales.

Como he sostenido (IV§2), en su análisis y en su teoría Raz no se adhiere al proyecto hohfeldiano de desambiguación del vocablo “right”; la concepción dinámica considera el propósito teórico de Hohfeld nada prometedor y aún contraproducente, pues no hay que disgregar la noción de “derecho subjetivo” en otras posiciones normativas, sino explicar la unicidad de los derechos y encontrar la propiedad normativa a la que deben su singularidad, en palabras de Raz, el “núcleo común” de los derechos (Raz, 1986: 167). Pero no es solo que no esté interesado en despejar la ambigüedad, sino que Raz se sirve de forma implícita –o, si se prefiere, de forma no lo suficientemente explicitada– de la ambigüedad de la locución “derecho subjetivo”, para hacer de ella una expresión multiusos, un comodín con que referirse a distintas operaciones teóricas y prácticas. Creo que puede sostenerse que la expresión “derecho subjetivo” es empleada por Raz para referirse a tres sentidos básicos. [1] Un “interés protegido”. Hablar de un “derecho” no es sino hablar (de forma abreviada, si se quiere) de un interés protegido, un interés de una importancia tal como para sujetar (o entender sujetos) a ciertos individuos a una obligación. [2] Una posición normativa individual. Al igual que los

deberes, los derechos son posiciones normativas individuales conectadas (de forma interna o externa, con valor instrumental o intrínseco) al bienestar individual (con frecuencia, al bien común). [3] Una razón. Los derechos son (o proveen de) razones de un cierto tipo, capaces de fundar otras posiciones normativas. Posiciones normativas respecto de las cuales los derechos tienen prioridad.

Creo que es útil distinguir estas tres acepciones, en primer lugar, por razones de claridad, pues en cada una de ellas los derechos desempeñan funciones distintas y algunas de ellas no son ni siquiera familiares a la literatura especializada bajo la denominación de “derechos”. En segundo lugar, es conveniente efectuar esta distinción porque la copresencia de las tres acepciones es problemática, pues en cada una de ellas los derechos guardan una relación distinta con los deberes y las diferentes acepciones son potencialmente contradictorias entre sí.

En el primer sentido, el recogido en [1], –el sentido contenido en su conocida cláusula definitoria (la visión canónica)– el derecho depende del balance de algún interés, que derrota a consideraciones contrarias y resulta capaz de imponer una obligación a otra persona. Hablar de “derechos” es tanto como hablar de una simultaneidad entre un interés y un deber (se da el derecho si y solo si se dan el interés y el deber). Sostiene Raz en un pasaje que “cada vez que el interés de una persona es suficiente para sujetar a otra persona bajo un deber [o para sostener que una persona debe estar sujeta a un deber], esa persona tiene un derecho. Tener un derecho es precisamente (solo) eso” (Raz, 1994: 31). Podríamos decir acaso que el derecho es una suerte de “atajo” para referirse a esa concurrencia, aunque un atajo, hay que subrayarlo, al que Raz no quiere desproveer de autonomía conceptual respecto de las nociones de “interés” y “deber”. Raz se refiere a la naturaleza de confrontación, aspecto interpersonal de los derechos –con lo que elude, una vez más, hablar de “correlatividad”.

El segundo sentido, plasmado en [2], es (potencialmente) menos problemático, dado que puede ser visto como una forma de cualificar el primer sentido. Conjugar [2] y [1] sería tanto como decir que un interés tutelado de un cierto modo –mediante la imposición de un deber a un sujeto– consiste en la atribución de una posición normativa a un sujeto distinto del obligado. La peculiaridad es que, contrariamente a [1] –y, como enseguida veremos, contrariamente a [3]–, [2] arroja un escenario en que derechos y deberes se encuentran en pie de igualdad y siguen caminos independientes. Bajo esta perspectiva, puede que en algunas ocasiones sea más conveniente, a razón de los valores que se trata de servir, establecer derechos y, en otras, imponer obligaciones. En estas ocasiones, derechos y deberes tendrán la misma estructura y pertenecerán a la clase de las situaciones normativas individuales.

En verdad, [2] plasma un desarrollo teórico de Raz: si en *The morality of freedom* los deberes tenían fundamentalmente un papel ancilar en la promoción del bienestar –en concreto, instrumental y solo “externamente” conectado con el bienestar– respecto de los derechos, Raz intenta corregir esta perspectiva, y muestra que también los deberes pueden concurrir en el fomento del bienestar, con idéntico título y análoga función que la de los derechos. Uno de los principales problemas del argumento canónico de la relación entre derechos y deberes es, en pocas palabras, que relega los deberes a un plano muy accesorio. Raz reprocha esta parcialidad también a la teoría del interés y de la voluntad (Raz, 1994: 43). Pero, me parece, aunque Raz no lo problematice debidamente



que, la incomprensión de los deberes (la visión “ortodoxa” de los deberes) resulta también de su definición “canónica” de los derechos (*vid.* Raz, 1994: 30-33, 43). La argumentación dirigida a conceder mayor relevancia a los deberes está ya bosquejada en la obra fundacional (1986: 193 ss.) pero solo es desarrollada plenamente en Raz (1994: 3-43). Brevemente, menciono dos clases de deberes en función del bienestar que no requieren de derechos para tutelar ciertos intereses. Los “deberes de bienestar” (“duties of well-being”) consisten en las obligaciones, que incumben a los individuos, de asegurar el acceso y proporcionar medios y capacidades para que los demás sujetos dispongan de distintas opciones para la realización de una buena vida (*vid.* Raz, 1994: 24-26; para la comprensión del “bienestar” VI§4). ¿Por qué en estos casos no tiene sentido hablar de “derechos”? Por lo visto, la distinción (cualitativa) entre derechos y deberes de bienestar estriba en que en los derechos el sujeto obligado permite, al cumplir con las obligaciones, que otros (los titulares de sus derechos) persigan sus proyectos, mientras que en los deberes de bienestar el sujeto agente promueve su autointerés, persiguiendo su propio proyecto (*vid.* Raz, 1994: 27). Puede decirse que un cierto trabajo –pongamos por caso, el de enfermero–, un trabajo que alguien desempeña como proyecto de vida, es (también) en beneficio de los demás y que este trabajo comporta deberes –deberes que contribuyen al bienestar de los demás– sin que haya que hablar estrictamente de derechos (*cf.* Raz, 1994: 27). Las consideraciones de Raz tienen algo de sorprendente: desde luego, no hay por qué hablar en términos de “derechos” para explicar la decisión del enfermero de dedicarse a su trabajo ni para dar cuenta de su dedicación como parte de un plan de vida, pero resulta inadecuado hablar de los deberes que entraría su desempeño sin poder incluir derechos de pacientes, colegas y usuarios a su desempeño. Verdaderamente, el bienestar no tiene por qué contar menos en uno que en otro caso aun cuando puede sostenerse razonablemente que se trata de relaciones *duty-based*.

Otra clase de deberes en función del bienestar y que no precisan de la atribución de derechos son los deberes frente a uno mismo (“self-regarding duties”). Si carece de sentido hablar de “derechos” en estos casos no es solo por razones conceptuales (II§2.3.3), sino por razones sustantivas como que algunos componentes del bienestar, fundamentalmente los bienes comunes –Raz enumera y enfatiza el autorrespeto–, son provistos con frecuencia mediante deberes frente a uno mismo (*vid.* Raz, 1994: 38-41). En estos casos la relación con el bienestar es “interna” al deber y no hay necesidad de hablar de atribución de derechos. Raz aduce los deberes de amistad o el deber del pago de una deuda como deberes en que el bien subyacente muestra una relación “interna” con el deber; el argumento sería que ciertas actividades intrínsecamente buenas solo pueden ser especificadas mediante ciertos deberes (*vid.* Raz, 1994: 41). En cambio, no haría falta hacer alusión a los derechos. Si lo que la argumentación de Raz pretende sustentar es que los deberes son perfectamente aptos para promover el bienestar, tal conclusión y parte de la argumentación parecen bastante plausibles. Lo que es discutible es la imposibilidad de atribuir derechos en estos casos –por ejemplo, resulta inusitado un deber de pagar una deuda que no implique (y no esté implicado por) un derecho a que dicha deuda sea pagada– aún con la posibilidad, de nuevo, de caracterizar esa relación como “*duty-based*” –una opción que Raz parece reluctant a adoptar.

Para el tercer sentido, reflejado en [3], los derechos son la razón de ser de los deberes. Se produce aquí el deslizamiento característico de los defensores de la

concepción dinámica de los derechos, que, al señalar un elemento común en los derechos (el *quid* justificativo) terminan por identificar los derechos con tal elemento (IV§2.5). En el caso de Raz, por añadidura, el análisis es especialmente fluctuante acerca de si son los intereses o si son los derechos aquello que funda deberes. Lo que Raz expresa con [3] es que si una obligación está fundada en un derecho se sigue trivialmente que uno no puede conocer las razones para ella sin conocer el derecho, o sin conocer que el interés que protege es suficiente como para ser el fundamento de una obligación, lo cual es la definición misma de un derecho (Raz, 1986: 185). Los enunciados en términos de derechos tienen mayor contenido semántico que el que tienen los enunciados en términos de obligaciones (*cf.* Raz, 1986: 184-185).<sup>210</sup> Podemos conocer, afirma Raz, la “existencia” de derechos y de las razones para tal derecho sin que sepamos quién es el obligado o cuáles son *precisamente* (Raz emplea tal adverbio) tales deberes (*vid.* Raz, 1986: 184). Respecto de las oraciones [A] “Los niños tienen derecho a la educación” y [B] “Hay un deber de proporcionar educación a los niños”, [A] implica [B] pero no al revés. ¿Por qué? Porque [A] nos informa de que el deber de [B] se funda, precisamente, en los intereses del niño (Raz, 1986: 186). Como he señalado hace dos capítulos, al examinar la concepción dinámica, el interés es relevante como justificación pero la justificación está incluida en el contenido semántico, en la descripción de los derechos. De tal suerte que, a veces, al referirse a los “derechos”, el autor dinámico los identifica metonímicamente con su justificación. Este tercer sentido de “derecho subjetivo” es el que Raz tiene en cuenta al escribir acerca de la función dinámica de los derechos.

Cada una de las acepciones que acabo de exponer establece un distinto orden de prioridades en varios planos –que intentaré bosquejar seguidamente–, una variación que arroja un problema muy reconocible: las tres acepciones establecen repuestas contradictorias acerca de cuál ha de ser el elemento que debe resultar determinado en primer lugar. Mientras que en [1] debe suponerse de algún modo el deber para poder hablar de un derecho, [2] hace que derechos y deberes sigan caminos (al menos, parcialmente) independientes y [3] hace al deber dependiente del derecho.

Resulta que, antes que nada, en un plano justificativo (más concretamente, axiológico), el tercer sentido contrasta con el segundo y con el primero, puesto que [3] sostiene que aquello que puede fundar posiciones normativas es un derecho mientras que [1] y [2] presuponen que son los intereses aquello que puede fundamentar posiciones normativas (sean derechos, sean deberes, o cualquier otra posición); que la noción primitiva es, en pocas palabras, la de “interés”.

El desajuste se refleja también en la prioridad conceptual (y cronológica, si se quiere). Si de acuerdo con el sentido de los derechos recogido en la acepción [1] se puede hablar de un derecho a condición de que se logre imponer una obligación a algún individuo (p. e., *cf.* Raz, 1986: 182), resulta que, de acuerdo con [3], el elemento que debe estar determinado primero es el derecho, siendo poco relevante incluso qué ocurra con el deber. Con cierta frecuencia afirma Raz que no es necesario conocer los deberes (o, al menos, ciertos deberes) por no ser estos sino implicaciones que no son previsibles de antemano o que pueden cambiar con el tiempo (p. e., *cf.* Raz, 1986: 185).

---

<sup>210</sup> No hay que olvidar que mientras que los deberes expresan un requerimiento para la acción los derechos expresan el fundamento de ese requerimiento para la acción (*vid.* Raz, 1986: 180).

Me parece que la forma de compatibilizar los tres sentidos pasa por hacer explícitos los distintos órdenes de prioridad y por identificar –y, a ser posible, discriminar lexicalmente– los distintos derechos y deberes concernidos en cada caso, en virtud de la función que desempeñan.

La forma de compatibilizar [1] y [3] (esto es, de explicar cómo pueden ser los deberes condición de existencia de los derechos al tiempo que los deberes o ciertos deberes son establecidos en virtud de derechos) puede ser la siguiente. Puede entenderse que los deberes son condición inferencial de los derechos en [1] (no pueden establecerse derechos si no se imponen, antes o después, deberes), si bien la razón de ser de los deberes, aquello que justifica que haya ciertos deberes, son los derechos, como expresa [3].<sup>211</sup> De esta suerte, los deberes anteceden conceptualmente a los derechos (pues son causa eficiente de los derechos) pero justificativamente necesitan de ellos (carece de sentido imponer esta clase de deberes fundados en el bienestar sino es a través de derechos). Aunque considero que esta distinción de prioridades es fundamental para dotar de plausibilidad a las consideraciones razianas, esta estrategia no resuelve el problema de cómo conciliar cómo para [1] es crucial que un deber haya sido establecido (o que haya razones para pensar que un deber ha sido o ha de ser establecido) y para [3] es poco relevante la determinación del deber o de un cierto deber. Me parece que dos posibles respuestas, compatibles entre sí, son las siguientes. En primer lugar, el deber que se tiene que imponer para que dé lugar a un derecho puede ser meramente previsto (prospectivamente), sin que deba quedar perfectamente determinado.<sup>212</sup> Esto es, puede sostenerse que debe haber un derecho a la educación y para que sea establecido habremos de imponer un deber, pero ese deber aún está solo proyectado. Creo que en este sentido apunta la noción de “deberes condicionales”, e incluso, la posibilidad de “obligaciones condicionales futuras”: Raz afirma que si bien no es posible reducir los derechos a los deberes existentes sí sería posible reducirlos a deberes condicionales –si bien la “fuerza residual” de los derechos prevendría aún una total reducción (*vid.* Raz, 1970: 226; *cf.* Raz, 1986: 167-168). En segundo lugar, pueden distinguirse varios deberes: el que da lugar al derecho (el que consta entre las premisas del derecho) y aquellos deberes subsiguientes que puede fundar el mencionado derecho, una vez ha sido establecido.

Seguramente, en ambos escenarios la distinción entre intereses de la gente, títulos incipientes y títulos definidos de Kramer sea sumamente útil para distinguir lexicalmente y conceptualmente las diferentes posiciones (*cf.* Kramer, 1998: 45-48): en [1] por “derecho” entiende Raz algo así como un “título incipiente” –caso en la transición de títulos incipientes a títulos definidos– y tal vez los deberes sean “deberes incipientes” o “deberes definidos”, mientras que en [3] entiende por “derecho” los “intereses de la gente” y por “deberes”, “deberes incipientes”. En [2] se refiere a los “derechos” como “títulos definidos”. Claro está, al señalar que “derechos” en [3] significa “intereses de la gente” pretendo sugerir que Raz confunde, al menos en parte, el valor axiológico de los intereses con la capacidad justificativa de los derechos. También puede defenderse, para

---

<sup>211</sup> Nótese que estos movimientos argumentativos son afines a los de la teoría del beneficiario benthamiana.

<sup>212</sup> Qué entiende Raz por “determinación” y cuándo conviene que un elemento se encuentre (suficientemente) determinado y cuando no constituyen cuestiones problemáticas, que ahora solo puedo señalar.

ambos escenarios, que Raz se está refiriendo a posiciones normativas con distintos niveles de generalidad o que algunas posiciones son derivadas respecto de otras. Así, en [3], derechos básicos o generales fundan deberes más específicos o derivados.

La forma de compatibilizar [2] con [1] y [3] es, creo, más sencilla. Pasa por distinguir entre aquellos deberes, reflejados en [2], que responden al bienestar sin necesidad de que medien derechos y aquellos deberes, en [1] y [3], que responden al bienestar con la mediación de derechos. Cuándo se establezcan los deberes reflejados en [2] y no los reflejados en [1] y [3], podría sostener Raz, depende de cuál sea la mejor manera de tutelar determinados intereses, si mediante deberes, o mediante derechos.<sup>213</sup> Pero esta defensa, me parece, mostraría que el fundamento axiológico, en uno y otro caso, son los intereses, no los derechos, con lo que se mostraría que la concepción dinámica asigna indebidamente papeles de los intereses a los derechos. Sin contar con que, como he intentado probar antes, parece razonable sostener que a los deberes del bienestar corresponden también derechos.

He encontrado pocos de los elementos que conforman estas soluciones formulados explícitamente en la obra de Raz. Las soluciones que he indicado contribuyen a aclarar elementos fundamentales de la propuesta raziana y también permiten salvar algunas potenciales contradicciones que surgen entre diferentes premisas formuladas por Raz insuficientemente cualificadas. Las contradicciones son eliminables, es cierto, pero para ello hay que recorrer un camino tortuoso. El examen que he planteado descubre algunos notables defectos y limitaciones del análisis y la teoría razianas.

La voluntad de servirse de un vocabulario muy restringido lleva a Raz a hacer desempeñar múltiples funciones a cada una de las nociones. No se trata simplemente de una cuestión de pulcritud terminológica, de regimentación conceptual para que distintas funciones se correspondan con distintos apelativos, sino que las estrategias de Raz tienen recaídas teóricas, entre las cuales, una especialmente significativa es el inflacionismo de los derechos. Raz emplea la expresión “derecho subjetivo” –sin cualificarlo– para referirse a múltiples operaciones teóricas y prácticas, con el resultado de devaluar el concepto.

Otro defecto radica en que la insistencia de Raz de referirse a las conexiones entre derechos y otras posiciones normativas casi exclusivamente en términos justificativos dificulta la identificación de los distintos órdenes conceptuales en virtud de los cuales una u otra posición pueden considerarse prioritarios. Esta indeterminación va de la mano de una fluctuación relevante: el análisis de Raz es oscilante a la hora de atribuir importancia al requisito de que una posición normativa se encuentre (suficientemente) determinada. De ser acertado, este diagnóstico no es secundario, si se tiene en cuenta que algunas de las principales tesis disputadas entre la concepción dinámica y la concepción estática de los derechos estriban precisamente en que la concepción dinámica insiste en caracterizar las relaciones entre posiciones normativas como una cuestión eminentemente valorativo-justificativa y en considerar relativamente irrelevante que los deberes se encuentren determinados para poder hacer afirmaciones en términos de “derechos” mientras que la

---

<sup>213</sup> Claro está, para Raz, los derechos llevan (en sentido justificativo, inferencial) a imponer deberes, pero los deberes no llevan (en sentido justificativo, inferencial) a imponer derechos. La teoría de Raz no contempla la posibilidad de que se dé una relación en que una parte tenga derechos y la contraparte deberes y que tal relación pueda decirse *duty-based*.

concepción estática concibe las relaciones de derechos con otras posiciones normativas en términos eminentemente analítico-conceptuales y considera importante que los deberes se encuentren determinados, en algún sentido, para poder formular enunciados en términos de “derechos”. Lo que he defendido en las líneas precedentes impide al teórico dinámico extraer las tesis deseadas. El exclusivo carácter justificativo de las relaciones no es defendible. Si queremos expresar cabalmente las diferentes situaciones que el teórico dinámico estima que pueden darse entre afirmaciones de derechos y afirmaciones de deberes, o bien, como mínimo, si no queremos incurrir en contradicción al afirmar cosas tales como que “la atribución de deberes es condición necesaria de la atribución de derechos” y que “la atribución de derechos es condición necesaria de la atribución de deberes” deberemos introducir distinciones como que la primera afirmación indica una condición de carácter inferencial mientras que la segunda indica una condición de carácter justificativo. En segundo lugar, la concepción dinámica no puede pretender que la determinación –“determinación” en algún sentido– de los deberes es irrelevante para la afirmación de un derecho en el momento en que tal concepción – al menos, en la popular definición raziana– hace del deber condición de posibilidad del derecho.

### **VI.3. Los derechos como base de posiciones normativas: derechos básicos, derechos derivados y nomodinámica de los derechos**

En esta sección estudio un conjunto de funciones que desempeñan los derechos, según la comprensión raziana: la capacidad de fundar posiciones normativas e, implicada por esta capacidad, la función de regular el sistema normativo. Los derechos subjetivos son entendidos en esta sección, las más de las veces, en la tercera de las acepciones identificadas, como “razones”.

Los derechos son poseídos frente a ciertas personas, –con frecuencia, individuos definidos– y, de hecho, el que uno posea un derecho y lo ostente frente a personas definidas depende de las circunstancias que concurren y de las consideraciones que pueden oponerse (*vid.* Raz, 1986: 182-183).

Como he dicho y como expondré seguidamente, el establecimiento de un derecho depende de un balance de razones, de sopesar y contrastar los intereses que podrían fundar el eventual derecho con otros intereses y con otras consideraciones en pugna. La atribución del derecho queda constreñida por ciertas opciones disponibles, aunque, dentro de tales opciones, la modalidad de atribución responde también a cuestiones de oportunidad. De nuevo, hay que entender por “atribución” tanto una cuestión de política del derecho (*i. e.*, el establecimiento de un cierto derecho jurídico-positivo) como una cuestión político-moral (*i. e.*, el establecimiento de un cierto derecho moral) así como una cuestión epistémica relativa a las anteriores (*i. e.*, hay razones para pensar que se ha establecido un cierto derecho) y de crítica moral (*i. e.*, hay razones para establecer un cierto derecho jurídico-positivo o moral, aunque no haya sido establecido).

El vínculo que media entre los distintos elementos no es lógico sino justificativo.<sup>214</sup> Son, bajo esta óptica, los derechos los que tienen prioridad conceptual y justificativa respecto de las obligaciones. Como he señalado antes, Raz alude a la “precedencia” de los derechos para prevenir toda impresión de simetría, de coimplicación biunívoca entre derechos y deberes. Se trataría, al menos bajo esta perspectiva, de un desajuste estructural entre derechos y deberes y de una posible falta de simultaneidad temporal entre ambos elementos.<sup>215</sup> Los derechos dan lugar a distintas posiciones normativas en función del cambiar de las circunstancias; algunas implicaciones del derecho no son predecibles, porque las premisas adicionales a las del derecho pueden no estar totalmente determinadas por adelantado o bien porque, aunque lo estuvieran, pueden cambiar al modificarse las circunstancias (*vid.* Raz, 1986: 185). Es el derecho subjetivo (al menos, algunos derechos subjetivos) aquello que permite, mediante la reflexión acerca de su razón de ser y sus razones, establecer, junto con otras premisas, sus implicaciones (Raz, 1986: 185). La capacidad diacrónica de dar lugar a diferentes posiciones normativas es la “dimensión nomodinámica” de los derechos (IV§2, *vid.* Raz, 1986: 170-171), de la que diré algunas cosas seguidamente.

No solo respecto de los deberes, sino también respecto de cualquier posición normativa ha de entenderse que entre esta y los derechos que la originan media un vínculo que no es lógico sino justificativo. Los derechos no *implican* otras posiciones, sino que las *fundan* (Raz, 1986: 169). Los derechos son la base de deberes, de poderes, de otros derechos (los derechos básicos dan lugar a derechos derivados), inmunidades y libertades. Son la base de libertades y de inmunidades porque los derechos son razones para no someter a alguien a deberes o al poder de otros (Raz, 1986: 168). Se habrá notado que en estos pasos, así como en muchos otros, Raz parece entender por “derechos” únicamente aquellos que Hohfeld denominó “pretensiones”. Asimismo, Raz identifica cuatro posiciones normativas de ventaja y emplea las mismas denominaciones que Hohfeld.<sup>216</sup> Pero, por lo demás, Raz no se atiene –no lo pretende– a la taxonomía de los ocho conceptos jurídicos fundamentales ni a la caracterización que de cada uno de ellos propone Hohfeld.<sup>217</sup>

---

<sup>214</sup> Para un énfasis todavía mayor en los elementos justificativos por parte de Raz IV§2. En *The morality of freedom* se siente el influjo de MacCormick, de quien refiere Raz (1986: 166) “Rights in legislation”, uno de los artículos en que queda más patente la tendencia “dinámica” de MacCormick.

<sup>215</sup> Además, esta falta de correspondencia se da en ambos sentidos: un derecho puede dar lugar a más de una obligación y no toda obligación debe tener por fuente un derecho.

<sup>216</sup> Es evidente que al hablar de “derechos”, Raz considera fundamental referirse a los deberes que estos acarrear (p. e., *vid.* Raz, 1986: 170-171) y que no considera que tal cosa sea predicable de las libertades, inmunidades y poderes. En cualquier caso, Raz persiste en la ambigüedad y en su voluntad de no regirse por la taxonomía hohfeldiana, de modo que no hay suficientes indicios de cuándo al expresarse en términos de “derechos” esté pensando solo o fundamentalmente a algo estructural y funcionalmente afín a las mencionadas pretensiones o, genéricamente, a las diferentes posiciones que solemos denominar “derechos”.

<sup>217</sup> Por lo pronto, puede comprobarse que Raz no observa (cuidadosamente) la tabla hohfeldiana si se considera atentamente la afirmación planteada pocas líneas antes de que los derechos pueden fundar inmunidades y libertades en cuanto proporcionarían razones para no sujetar a alguien a deberes o al poder de otros. Aunque la libertad de  $\neg \varphi$  equivalga al deber de  $\neg \varphi$  (su opuesto), pudiéndose establecerse un vínculo conceptual y justificativo entre ambas posiciones (como

Si hasta aquí he dedicado cierta atención al modo en que los derechos fundan deberes, ahora conviene examinar cómo los derechos generan otros derechos, pues es esclarecedor de las relaciones entre los distintos elementos normativos planteados hasta ahora.

Raz traza una distinción entre “*core rights*”, expresión que traduzco con “derechos básicos”, y “*derivative rights*”, “derechos derivados”. Resulta que podemos entender estas dos clases de derechos en función de su relación con los intereses y de las consideraciones que respaldan, que son aplicables a unos u otros derechos. Así, el interés se relaciona directamente con el derecho básico, indirectamente con el derecho derivado (Raz, 1986: 169). Pero alguien puede tener un interés directo en aquello en lo que tiene derechos derivados. En todo caso, un derecho se basa en el interés que figura esencialmente en la justificación de la aserción de que el derecho existe (Raz, 1986: 169).

Aunque pueda parecer que hay una contradicción entre la tesis contenida en la frase inmediatamente precedente y la anterior a ella, hay un modo de salvar esta contradicción –una vía, en todo caso, creo que Raz no explicita. Puede decirse que un interés general funda el derecho básico, y que el derecho derivado desprende su justificación de este, de modo que se trataría de un interés más específico. Que alguien pueda tener un interés *directo* no tendría directamente que ver con la genética justificativa que acabo de señalar –que solo distingue entre derechos básicos y derechos derivados o entre derechos e intereses más generales y derechos e intereses más específicos– sino con la relación del sujeto con su derecho, que, como veremos más adelante, es una parte del conjunto de premisas de la descripción de dicho derecho. En otras palabras, Raz no discrimina entre el interés que tiene el titular en su derecho y el interés objeto del derecho. Uno y otro interés son distinguibles y, de hecho, es especialmente relevante que permanezcan distinguidos en la propuesta teórica del propio Raz, pues esta maneja una concepción fundamentalmente objetiva del bienestar. Pero también hay otras razones que explican la no total coincidencia entre el interés de un sujeto en un derecho y el interés objeto del derecho (VI§3).

Puede suceder que de un cierto derecho general se sigan otros particulares que comparten algunas consideraciones de ese derecho general. Este sería denominado un derecho básico y aquellos derechos derivados. Pero también podría ocurrir que nos encontrásemos con distintos derechos particulares, a cada uno de los cuales fueran aplicables distintas consideraciones independientes y de los cuales se pudiera extraer, en una suerte de generalización, un derecho más general. En este caso habría que calificar los primeros como derechos básicos, el último como un derecho derivado.

En lo que hace a la distinción entre derechos básicos y derivados, puede comprobarse que los primeros se encuentran fundamentalmente resguardados frente a la posibilidad de que se abra o se reabra un eventual balance de intereses y que los intereses

---

pretende Raz, la libertad resultaría de la voluntad de no obligar), no se ve cómo pueda decirse lo mismo de inmunidades y poderes. La inmunidad equivale a la ausencia de sujeción a otro individuo; Hohfeld en mano, es la sujeción el opuesto a la inmunidad, no el poder. Lo que sí puede decirse, en un sentido lábil, es que las inmunidades significan la protección del titular frente a la alteración de su posición jurídica. Alteraciones que son explicables mediante la noción de “poder”. Sea como fuere, en general, la noción raziana de “poder” es una buena prueba de que Raz pretende, al menos en puntos fundamentales, alejarse sustancialmente de la taxonomía hohfeldiana (*cf.* Raz, 1999: 97). La crítica raziana del marco teórico que presupone la tabla hohfeldiana ha sido examinada IV§2.3.

que los fundan se vean derrotados mientras que los segundos, en cambio, son fundamentalmente susceptibles de que se produzca semejante balance y de que los intereses que los fundan sean derrotados. Cuando las consideraciones que concurren derrotan en todo caso al interés de quien sería titular de un derecho entonces no hay ningún derecho. Cuando las consideraciones en conflicto superan a aquellas en que se basa el derecho en ciertas ocasiones, pero no en todas, el derecho básico “existe”, pero las consideraciones en conflicto pueden mostrar que no “existen” algunas posibles derivaciones de tal derecho básico (*vid.* Raz, 1986: 183-184). De esta suerte, un enunciado que afirma un derecho general no implica enunciado alguno de los derechos particulares que son instancias de aquel, puesto que consideraciones contrarias pueden derrotar los intereses de tales derechos particulares (*vid.* Raz, 1986: 170; *cf.* Raz, 1986: 174).

Salvo en los casos que podríamos denominar de “subsunción concreta”, para Raz, siempre hay que echar mano de consideraciones morales, hay un salto justificativo de la “proposición” – “proposición”, según Raz– relativa a un derecho, el derecho básico, y la “proposición” que consagra un derecho derivado. A partir de la aserción de un derecho a la libre expresión tengo razones para creer en la verdad del contenido de un derecho al libelo político (*cf.* Raz, 1986: 184). Lo que ocurre es que se trata de una “justificación incompleta”, la inferencia de una proposición a partir de otra raramente es una justificación completa (*i. e.*, un conjunto no redundante de premisas que constituye una razón completa para creer en el contenido de la proposición justificada). Esto es relevante puesto que si la proposición (más bien, el contenido de la proposición) está justificada pero no es cierta, esto proporciona una razón (habida cuenta de su “fuerza moral”) para cambiar el derecho objetivo. Es decir, si la reflexión acerca de la razón de ser de la libre expresión nos lleva a considerar verdadero (esto es, justifica *tout court*) el contenido del derecho al libelo político, aunque tal derecho objetivo no esté positivizado, tal justificación provee de buenas razones para promulgar semejante derecho.

En lo que hace a la tesis raziana de la no deducibilidad de unos derechos a partir de otros (p. e., Raz, 1986: 169-170), conviene notar que Raz no parece considerar la posibilidad de saturación lógico-deductiva. Por una parte, el teórico plantea el problema desde la perspectiva de qué se entiende por una justificación completa o por una justificación incompleta (Raz, 1994). En este sentido, Raz estaría en lo cierto si lo que sugiere es que con harta frecuencia tomamos como si fueran razones completas (*i. e.*, aproximadamente completas deductivamente) lo que en verdad son razones incompletas deductivamente.<sup>218</sup> Que los derechos sean vistos como una razón completa significa que referirse a ellos es como referirse a una razón por sí misma (*vid.* Raz, 1986: 181; para la noción raziana de “razón completa” *vid.* Bayón, 1991b: 37-38). Que gran cantidad de nuestros razonamientos usuales no sigan, de hecho, un patrón deductivo y que tales razonamientos tengan otros patrones de corrección distintos de los lógico-deductivos no

---

<sup>218</sup> Estoy entendiendo “razón incompleta” como si se tratara de una razón contenida en un argumento entimemático, pero no hay por qué concebirla necesariamente así. Este tratamiento discrimina un poco algunos usos equívocos en la literatura filosófica, como el de “razón concluyente”, ora empleada para referirse a la corrección material y la posibilidad de alcanzar una conclusión sólida, ora usada para denotar un razonamiento válido lógico-deductivamente (*cf.* Raz, 1999: 22-25).



quiere decir que los mencionados argumentos no deductivos no puedan ser saturados de premisas y negar la posibilidad de relaciones lógicas normativas.

Raz muestra cierta reticencia a hablar en términos de “implicación”, pero ¿por qué no poder hablar, en casos en que semejantes intereses no se ven derrotados por consideraciones contrarias, de “implicación”? ¿Es que Raz no ha afirmado acaso, como hemos visto justo después de referir su definición canónica de los derechos, que tales consideraciones se encuentran entre las premisas acerca de la existencia del derecho de que se trate (*vid.* Raz, 1986: 181-184)? Hay serias dudas, por ejemplo, para pensar que algunas de las relaciones que pueden darse entre derechos básicos y derivados, tal y como son ejemplificadas por el propio Raz (*vid.* Raz, 1986: 169) no puedan ser representadas en términos de un condicional material. En verdad, a pesar de su reticencia general a expresarse en términos de “implicación”, en algunos casos significativos, esa reticencia cede (*vid.* Raz, 1986: 181, 186).

Sea como fuere, conviene notar que el propio Raz no destierra del todo las consideraciones lógico-deductivas de su concepción del razonamiento práctico, así como, de modo análogo, tampoco excluye totalmente los elementos de descripción del análisis de los derechos, aunque este se encuentre poblado fundamentalmente por elementos valorativo-justificativos.<sup>219</sup> Pero el caso es que, además, la terminología de que se vale Raz es opaca y oscilante, y podría dejar la puerta abierta a la lógica si no la entrecerrara su análisis: un derecho fundado es un “aspecto” o “consecuencia” (Raz, 1986: 168), una “instancia” (Raz, 1986: 169), una “derivación” (Raz, 1986: 184) del derecho fundante. Además, el empleo terminológico plantea serias dudas: si por una parte no parece que se puedan considerar sinónimos términos que a veces ni siquiera pertenecen al mismo campo semántico tampoco queda claro cuál es el matiz que se introduce en uno u otro caso. Sin duda, más clara resulta formular la distinción entre derechos fundantes y derechos fundados en términos de “derechos básicos” y “derechos derivados” —como hemos visto poco antes—, derechos (más) generales y derechos (más) específicos, “instancias” (Raz, 1986: 169) de los generales. Pero, en todo caso, como se afana en señalar Raz, la relación entre una y otra tipología de derechos es de orden justificativo, no deductivo (Raz, 1986: 169). Todo ello es solidario con la comprensión raziana del lenguaje de los juristas, pues para él, las aserciones de derechos son, las más de las veces, enunciados comprometidos; los enunciados no comprometidos son parasitarios en los discursos de los operadores jurídicos relativos a los derechos.

Lo dicho hasta aquí es relevante porque sustenta en una medida significativa la apreciación de que Raz deja prácticamente inexplorado un sector muy relevante del análisis de los derechos: el estudio descriptivo de cuestiones analítico-conceptuales. Claro está, también las consideraciones que he planteado en el capítulo cuarto avalan también dicha conclusión.

Por último, aun si Raz pretende afirmar que se producen solo conexiones justificativas entre los conceptos, conviene preguntarse por la clase de valor que integra

---

<sup>219</sup> Que las raras alusiones de Raz a la expresión “lógica” no deben ser entendidas en clave lógico-deductiva lo dejan claro algunas obras fundacionales. En ellas Raz alude a “lógica” cuando pretende referirse sencillamente a algún tipo de “razonamiento”, de lógica informal, podría decirse (*cf.* Raz, 1999: 23-25), para referirse a las relaciones de distinta índole, conceptuales (lógicas solo en un sentido lato), que se darían entre razones y de las razones con otras nociones.

dicho orden justificativo. Es reseñable que Raz aluda explícitamente al valor instrumental de algunos intereses, lo cual podría trasponerse también al campo de los derechos. Eso vendría a introducir mayor variedad en la austera tesis de que entre las posiciones normativas se dan casi exclusivamente relaciones justificativas, pues, de lo contrario, por “justificativo” habría que entender únicamente “axiológico”, lo que sería sumamente reductor.

Entre otras, se pueden extraer las siguientes conclusiones generales a partir de lo estudiado en esta sección. Raz concibe el establecimiento de derechos como el resultado de un balance de intereses, pero cuál sea el procedimiento preciso con el que efectuar tal balance es algo que permanece fundamentalmente indefinido. Sí ofrece Raz, en cambio, algunas nociones teóricas relevantes para orientarse en esta operación, que consisten en la distinción entre derechos e intereses generales y específicos y derechos básicos y derivados. En lo que hace a la última dicotomía, es mucho más frecuente que se abran o se reabran balances de intereses en el caso de los derechos derivados que en caso de los derechos básicos. Por último, la capacidad de los derechos de dar lugar a (otras) posiciones normativas está formulada solo en clave de justificación; que Raz se pronuncie en estos términos no solo hace vaga y poco fiscalizable su propuesta sino que supone que esta guarda silencio sobre buena parte de un conjunto de aspectos significativos de los derechos, la descripción de los rasgos analítico-conceptuales.

En todo caso, la función dinámica de los derechos es un elemento relevante de la teoría de Raz, que debe ser estudiado con un mínimo de detalle. Con la “nomodinámica de los derechos” Raz pretende explicar la incidencia en el sistema normativo de la capacidad de los derechos de fundar posiciones normativas. El derecho objetivo se regula a sí mismo, y, en concreto, en lo relativo a los derechos, regula su contenido; “regula su propia creación” prefijándose objetivos que la futura legislación debe alcanzar (*cf.* Raz, 1994: 242); el aspecto dinámico del derecho no se agota con las normas de competencia, con el otorgamiento de poderes. Entre las numerosas funciones de los derechos hay que contar la de proporcionar razones para cambiar y desarrollar el derecho objetivo.

En la particular comprensión raziana del sistema jurídico, algunas reglas esclarecen la razón de ser y el propósito de otras, al tiempo que proporcionan razones para establecer nuevas reglas. De manera afín a las reglas, los derechos crean una suerte de jerarquía justificativa, dependiente del contenido: de algunos derechos se infieren otros.

Respecto del modelo básico de los derechos, este viene dado, de acuerdo con la visión raziana, por los derechos morales (Raz, 1994: 254). Para dar cuenta de los derechos jurídico-positivos hay, básicamente, que incorporar los rasgos institucionales adicionales característicos del derecho objetivo (*vid.* Raz, 1994: 255-256, 259). Esta decisión no es desconcertante en la propuesta de Raz, puesto que el derecho positivo, de por sí, no impone ni siquiera un deber *pro tanto* a sus destinatarios, la justificación es moral. El autor concibe el derecho como una rama de la moral; no es posible comprender el derecho sin comprender el valor moral. Así, llega a afirmar Raz que “todo derecho jurídico-positivo es un derecho moral preexistente jurídicamente reconocido” (Raz, 1984a: 15).

## VI.4. La cuestión del bienestar y el problema de la titularidad de derechos

Antes de abordar la cuestión del peso de los intereses, de aquellas situaciones de desinterés o situaciones en que parece que el interés del titular de derechos no agota el contenido justificativo del derecho subjetivo, es conveniente examinar la concepción raziana de los “intereses”. Como enseguida veremos, para Raz, los intereses conforman el bienestar individual y este, a su vez, se encuentra en función de la persecución y la consecución de una vida buena.

En efecto, dos elementos de la definición no han sido examinados todavía: la referencia a la capacidad de tener derechos y la alusión al bienestar. Una y otra cuestión están relacionadas en la medida en que solo el individuo cuyo bienestar revista valor último –o bien la persona jurídica– tiene capacidad para tener derechos. Lo que no quiere decir, como seguidamente se verá, que todo interés que figura en la justificación de un derecho haya de tener valor último.

Pueden tener derechos las criaturas que puedan tener intereses y que reúnan otros rasgos que las cualifiquen y, ese rasgo consiste, como digo, en que su bienestar tenga valor último (*vid.* Raz, 1986: 166, 177-178; compárese con la solución de Kramer VII§2).<sup>220</sup> Que esto sea así no quiere decir que los intereses que protegen tales derechos tengan en todo caso valor intrínseco; pueden tener valor meramente instrumental (*vid.* Raz, 1986: 179-180).<sup>221</sup> De hecho, si un interés tiene valor último, habrá que hablar de un derecho (moralmente) fundamental (*vid.* Raz, 1986: 192). Raz plantea una distinción entre valor instrumental, valor intrínseco y valor último. Los dos primeros son binarios: algo tiene valor intrínseco cuando tiene otro valor aparte del instrumental –que Raz concibe en clave consecuencialista–; algo tiene, además, valor último si ese valor intrínseco no deriva de su contribución al bienestar de otras personas o cosas (*vid.* Raz, 1986: 176-179). Otro criterio para cualificar a los seres que pueden tener intereses como titulares de derechos es la tesis de la reciprocidad, esto es, la tesis según la cual es condición necesaria de la titularidad de derechos la pertenencia a una misma comunidad moral. Raz considera que el principio de capacidad no aboca a la tesis de la reciprocidad, aunque es consistente con ella (*vid.* Raz, 1986: 176-177).

La capacidad de ser titular de derechos es equiparada al estatus moral de los sujetos: los individuos deben poder tener bienestar (*i. e.*, en la propuesta raziana, tener intereses) pero además dicho bienestar debe ser intrínsecamente valioso. De darse los dos requisitos, los sujetos tienen la capacidad de ser titulares de derechos.

---

<sup>220</sup> Solo la primera condición vendría exigida por la definición de Raz; una definición que pretende guardar silencio acerca de (al menos algunas) cuestiones sustantivas (*vid.* Raz, 1986: 176).

<sup>221</sup> En buena parte la alusión a las personas jurídicas se explica por el hecho de que los intereses de los grupos solo tienen valor en la medida en que sirven a los intereses de sus integrantes, la justificación última de tales derechos (Raz, 1995: 32). Dicho más claramente, los grupos –titulares de derechos– solo podrían tener interés instrumental, lo cual justamente los excluiría de la titularidad.

Raz asume que la promoción del bienestar es el principio cardinal de la acción pública; la moralidad política (la acción pública) consiste primordialmente en proteger y promover el bienestar de la gente, así como, instrumentalmente, en proporcionar las condiciones materiales que consienten la persecución de una buena vida (*vid.* Raz, 1994: v-vi, 8, 10).

El bienestar de las personas consiste, según Raz, en la persecución [1] sincera y [2] exitosa de [3] actividades [4] valiosas (*vid.* Raz, 1994: 3). Se trata de una comprensión del bienestar individual que combina elementos subjetivos y objetivos pero que otorga más valor a estos últimos. En efecto, si bien esta comprensión del “bienestar” reconoce elementos subjetivos –básicamente, [1]–, cae fundamentalmente del lado objetivo, puesto que el sujeto en cuestión ha de ser mínimamente consciente de que está persiguiendo actividades valiosas –el acento, de hecho, se pone en [4]. Hay actividades valiosas –intrínseca o instrumentalmente– y solo ellas contribuyen al bienestar (*vid.* Raz, 1994: 4). Hay muchas formas de vida valiosas, una forma u otra dependerá de las distintas habilidades y disposiciones individuales, pero deberá poder decirse que tales habilidades y disposiciones tienden hacia una *buena* vida (*vid.* Raz, 1994: 25)

Nuestra preocupación moral por el bienestar de los demás exige que cada uno tenga un adecuado rango de opciones realísticamente disponibles. En la doctrina general del bienestar que propugna Raz, los derechos y los deberes están estrechamente vinculados.

Aunque Raz considera que los derechos individuales son el paradigma de “derechos”, cree necesario evitar algunas distorsiones e incomprensiones que podrían derivarse de ese carácter paradigmático. Así, Raz pretende replicar posiciones como las de la llamada “concepción absolutista” de los derechos, pues, bien mirados, ni los derechos son cortapisas frente a la persecución de objetivos colectivos, ni los deberes son gravámenes que socavan el bienestar del individuo. Raz pretende refutar las dicotomías que oponen ponderación de razones y vínculos colaterales (Nozick), entre beneficios agregados e individualizados (Hart y Dworkin), entre beneficios colectivos e individuales (Nozick y Dworkin). La persecución del bienestar individual está frecuentemente anudada con la consecución del bien común. Los deberes son sin duda alteraciones significativas de los objetivos del agente pero no son necesariamente (demasiado) exigentes ni afectan negativamente a su bienestar. Raz identifica una función fundamental filosófico-política de los deberes, que es que los deberes de unos consienten que otros realicen sus planes de vida. Vistos de este modo, me parece, no habría una diferencia funcional significativa entre los derechos y los deberes, pues unos y otros permitirían la consecución del bienestar individual, haciendo alusión a los deberes, con la diferencia de que los derechos estarían presentes solo en las premisas que fundan el primer escenario, ausentes en las premisas que fundan el segundo. Son los casos, a los que ya me he referido detenidamente, en que intereses fundan deberes sin que haya por qué hablar de “derechos”.

## VI.5. El peso de los intereses. Desajustes aparentes entre derechos e intereses

Conviene explorar ahora un conjunto de problemas que ha de encarar la teoría del interés y, más en general, cualquier programa filosófico-político que haga del “interés” piedra de toque de sus principales explicaciones en tema de derechos. El problema fundamental que examino en este párrafo es en qué medida hay que entender que el titular de un derecho tiene interés en su derecho (esto es, en el objeto de su derecho y en consecuencias del derecho) y en qué sentido puede afirmarse que otros sujetos tienen interés en el derecho del titular. Como pretendo poner de manifiesto, este problema suscita otros tales como el fundamento individualista de los derechos, la relación entre interés particular e interés general, la comprensión de los derechos como instrumentos o como frenos a la maximización de la utilidad. Se trata de cuestiones sumamente relevantes para esta investigación (VIII y IX encierran un examen de algunas de ellas) y a las que Raz plantea soluciones que contienen diferentes elementos esclarecedores. Aunque, como procuraré mostrar, otros elementos no tengan la precisión requerida y su argumentación sea algo hiperbólica.

Si es cierto que hemos establecido una estricta conexión conceptual, una conexión necesaria entre intereses y derechos ¿Por qué hay o parece haber un desajuste entre el peso de los intereses y el peso de los derechos que protegen o promueven tales derechos? Dicho de otro modo, si los derechos vehiculan los intereses de su titular ¿por qué tan frecuentemente los titulares (al menos, aparentemente) no tienen interés o no tienen tanto interés en ciertos derechos?

La pregunta, tal y como la plantea Raz, reformula una objeción tradicionalmente dirigida a las teorías del interés (en concreto, a la teoría del beneficiario). En la formulación fatal pretendidamente de Hart enuncia que ser beneficiario de un derecho no es condición necesaria para ser titular de dicho derecho. Piénsese en el famoso caso de aquel (*X*) que promete cuidar de la madre de su conocido (*Y*); si bien es la madre quien se beneficia de la obligación que vincula a *X* en virtud de la promesa, es *Y* quien dispone de capacidad de control sobre tal obligación (para el ejemplo y su análisis III§2.2). La réplica tradicional de los teóricos del interés –notoriamente formulada a partir de Lyons– ha consistido en discernir entre beneficiarios cualificados ([*Y*] en este caso), aptos para ser calificados titulares de derechos (la madre en este caso), y beneficiarios indirectos, no susceptibles de ser considerados titulares de derechos.

En cambio, Raz plantea una solución que es fundamentalmente nominativa, más comprometida éticamente, aunque también más capilar y refinada que la tradicional. Acaso su solución pueda denominarse “intereses plúrimos” puesto que su estrategia se centra básicamente en el reconocimiento de diferentes intereses, de varios individuos. Raz pretende responder no solo a las usuales objeciones a la teoría del interés sino formular una réplica a una cierta corriente supuestamente dominante dentro de las propuestas de la teoría del interés, –acaso se refiere, entre otros, a Dworkin– una doctrina que podría decirse “desproporcionadamente individualista” (*cf.* Raz, 1995: 31).

Veamos la estrategia argumentativa de Raz. Una primera razón, de escasa novedad sin duda –se trata del “interés medio” (IX§2.1.1.2)–, es que se atribuyen derechos a individuos a razón de que reúnen ciertas propiedades y al margen de que ello pueda ir en

contra de su interés, de sus intereses considerados en su conjunto (*vid.* Raz, 1986: 180). Alguien puede tener interés en ser encarcelado, aunque tenga derecho a la libertad. Bajo esta óptica, es “una cauta generalización” afirmar que el derecho que tiene alguien es en su propio interés, pues lo tiene por reunir ciertas características generales (*vid.* Raz, 1986: 180). Esto es pacíficamente admitido de los derechos jurídico-positivos –inevitablemente, pues la mayoría de las normas jurídicas que atribuyen derechos están formuladas de forma general y abstracta–, pero resulta extraño que Raz plantee esta posibilidad en general. O, por lo menos, resulta extraño que no plantee una excepción respecto de los derechos morales –que, por otro lado, como se recordará, son el paradigma de los derechos para Raz.<sup>222</sup> Me parece que, en lo que hace a los derechos morales, Raz no podría admitir “intereses medios” puesto que tales intereses permitirían hipotéticamente dar lugar a derechos *prima facie*, mientras que los derechos que considera (la célebre definición de) Raz son siempre derechos *pro tanto*. A menos que Raz no pretenda señalar que un individuo no está esclarecido acerca de cuál sea su interés (*i. e.*, que su interés subjetivo no coincide con el objetivo) y que es el interés objetivo el consagrado por las normas que confieren derechos. Esta lectura sería, por lo menos, acorde a su visión objetivada del bienestar. En todo caso, Raz parece ofrecer una respuesta sincrética y no muy definida de estas varias razones.

Ocurre también, en segundo lugar, que los derechos pueden estar basados en intereses distintos del interés en el objeto del derecho; dicho de otro modo, los derechos pueden servir otros intereses, como el interés en tener ese determinado derecho (*vid.* Raz, 1986: 191). La distinción de Raz es un buen recordatorio de que una cosa es el interés en el objeto del derecho (o, si se prefiere, en el contenido) y otra distinta el interés en detentar (en ejercitar, en ser titular de) ese derecho. Un ejemplo de tales intereses es, en las promesas, respectivamente, el interés en forjar vínculos voluntarios y el interés en aquello que es prometido (*vid.* Raz, 1986: 173–176; *cf.* Raz, 1982: 928–930). El “interés en la libertad” que refiero en las próximas líneas es otro ejemplo de la segunda clase de intereses.

El peso de un derecho puede ser mayor que el de un interés por alguna premisa adicional, una razón independiente, esas consideraciones a las que antes aludimos como relevantes para poder hablar de la imposición de una obligación y de la existencia de un derecho (*vid.* Raz, 1994: 46). Pero, en todo caso, el interés figura en la afirmación de la importancia del derecho.

En realidad, no hay un genuino desfase entre derechos e intereses; es un desajuste putativo. El desajuste entre intereses y derechos, en verdad, sostiene Raz (*vid.* Raz, 1994: 48), puede ser incomprendido por: 1. Desentender el distinto papel que unos y otros juegan en el razonamiento (un aspecto sobre el que me detuve antes), los derechos como parte del terreno de reglas de sencilla aplicación, los intereses pertenecientes a un terreno más fundamental, el de la justificación. En general, recurrir a los derechos responde un metainterés, el de poder contar con reglas sencillas y poder confiar en que los intereses estén protegidos con seguridad; 2. El desajuste también es reflejo de un interés en la

---

<sup>222</sup> Por otro lado, Raz señala que *A* puede tener un deber de  $\varphi$  frente a *B* basado en el hecho de que  $\varphi$  serviría los intereses de una clase a la que *B* pertenece sin que *A* tenga un deber de  $\varphi$  frente a *B* por ser insuficiente el interés de *B*, sujeto individual, para someter a *A* a la obligación de  $\varphi$  (*vid.* Raz, 1986: 182).

libertad, la capacidad de controlar un sector del ambiente que circunda a uno según su voluntad. Este interés es parte de la justificación de muchos derechos y es, de hecho, un elemento central de las libertades civiles más importantes (*vid.* Raz, 1994: 49). La distinción se produce entre la importancia de ciertas materias (podríamos decir, el interés por ciertos contenidos) y la importancia de la libertad individual en dichas materias (el interés de ejercer tales derechos de ciertas maneras).

A estos dos elementos que explican el desajuste hay que añadir un tercero, que explica el papel de los derechos en el razonamiento práctico (*vid.* Raz, 1994: 50-52). Este elemento podría ser denominado “intereses plúrimos”. Puede ocurrir que además del titular del derecho otra persona ostente un interés que contribuya a determinar el peso del derecho. Se da el caso de los derechos “doblemente armónicos” (*doubly harmonious*) que benefician a uno mismo beneficiando a otros. A: Los derechos a veces están justificados por el servicio que prestan a individuos distintos del titular. (p. e., el poder público otorga un derecho a una mujer condenada a muerte de que dé a luz antes de ser ejecutada también a razón del interés del concebido); B: los intereses de otros cuentan en la justificación del derecho solo cuando están entrelazados armoniosamente (*harmoniously interwoven*) con los del titular del derecho (p. e., las prestaciones sociales a las familias). Aunque en estos casos benefician a unos y a otros, y aunque parezca difícil “discernir” los beneficios discretos, Raz pretende que sean reconocidos y separados el peso de los distintos beneficios (*vid.* Raz, 1994: 51-52).

Sin perjuicio de otras consideraciones, una duda sería que se puede dirigir contra el análisis de Raz es por qué si, como acabo de señalar, Raz admite que el peso de los distintos intereses que fundan un derecho es perfectamente distinguible, no reconoce que hay sendos derechos igualmente distinguibles. Conviene proponer un análisis parcialmente distinto del ejemplo de Raz –claro está, por interés teórico, para examinar una explicación alternativa que dé cuenta de otras intuiciones y de planteamientos hohfeldianos, para pronunciarse acerca de la corrección sustantiva de los argumentos. Debo señalar, preliminarmente, que en el caso que voy a emplear, el que Raz no quiera atribuir derechos al concebido no nacido puede deberse sencillamente a que el concebido no es considerado por Raz una “persona” y por ello no es un candidato apto a la titularidad de derechos. Ignoro este inconveniente, por el sencillo hecho de que Raz pretende que su explicación sirva tanto para potenciales titulares como para aquellos sujetos que no lo son. En el caso que antes he referido, el derecho de una madre condenada a muerte frente al estado de no morir hasta que no haya dado a luz puede concurrir junto con un derecho –si se quiere, un derecho moral y no un derecho jurídico-positivo, poco importa– de su hijo frente al estado, por no decir –pero esta ya es una relación normativa a la que Raz no atiende– el derecho del hijo frente a su madre si ella fuera negligente o cruel por permitir que este muera. Claro que Raz quiere poder atribuir una justificación plural a los derechos (esto es, que distintos intereses funden un mismo derecho) y quiere poder reivindicar una fundamentación “colectiva” de los derechos (que intereses de distintos sujetos funden un mismo derecho); lo que ocurre es que esta estrategia puede lograrse sin pagar el precio de mezclar indebidamente microderechos –describibles en términos hohfeldianos– que tienen autonomía conceptual. En efecto, se podría afirmar que la pretensión del concebido no nacido, que está *referida* a su madre, es suficientemente importante para que el estado se abstenga de ejecutarla (tenga un deber

*pro tanto* de no ejecutarla), al menos en tanto ella no haya dado a luz. Ello no es óbice para poder afirmar, si se estima tal cosa –como parece sostener Raz–, que la eventual pretensión (en sentido hohfeldiano) de la madre no es suficientemente relevante como para hablar de un deber *pro tanto* del estado.<sup>223</sup> O bien, que sí lo es, y entonces concurren la pretensión del concebido y la pretensión de la madre frente al estado, que tendrá, entonces, al menos dos deberes frente a dos sujetos diferenciados. En fin, podemos describir la situación resultante bajo la formulación genérica de un “derecho” que reúne las pretensiones de ambos sujetos y podemos postular tal vez una fundamentación altruista de tal derecho –si consideramos, por ejemplo, que el interés de la madre surge de la preocupación por su hijo–, sin que ninguna de esas dos decisiones impida distinguir debidamente las diferentes posiciones normativas individuales que componen la relación normativa.

Como he examinado antes, salvada la posibilidad de la personalidad jurídica (*cf.* Raz, 1986: 176), es condición necesaria de la titularidad de derechos que el bienestar del potencial titular revista valor último.<sup>224</sup> Pero ello no significa que todo derecho deba servir de forma intrínseca a un interés. Pueden servir instrumentalmente a otros intereses y eso, de hecho, es lo que ocurriría en casos como el derecho del periodista de no revelar sus fuentes de información, que está justificado normalmente por su interés en poder obtener información, pero que es considerado valioso por su utilidad para los intereses de la ciudadanía en su conjunto (*vid.* Raz, 1986: 179). Sea como fuere, en esta tipología de casos concurren factores marginales que no deben ser sobredimensionados (Raz, 1986: 188).

Así y con todo, hay derechos cuyo valor deriva de otros intereses o de terceros. Kamm ha criticado la solución del fundamento de los derechos en intereses de terceros: “Si la satisfacción de los intereses de otros es la razón por qué el periodista obtiene un derecho para que su interés sea protegido, su interés no es suficiente para dar lugar a un deber de no interferencia con su (libre) expresión” (Kamm 2002, 485).

También la ha criticado Sreenivasan, quien habla de derechos “a horcajadas” (*cf.* Sreenivasan, 2005). La situación es especialmente curiosa en el caso de los derechos colectivos: para poder hablar de un derecho a la fraternidad que pueda justificar la imposición de un deber a una sociedad fraternal será preciso añadir un número suficiente de individuos para que el beneficio de ellos dé lugar al deber (*vid.* Griffin, 2003: 166, 168-171; *vid.* Ferraro, 2013: 414-415). En los casos de desproporción entre la importancia de un derecho subjetivo y la importancia de un interés individual o se escoge

---

<sup>223</sup> Me parece que, también en este punto, el uso de Raz es inconstante en cuanto a qué elemento ha de ser suficientemente relevante para fundar deberes, si los intereses o los derechos. El caso es que, al menos en esta clase de supuestos, Raz se refiere claramente a los “intereses”. Lo que justifica que yo me refiera a “pretensiones” es, básicamente, la voluntad de manifestar en el análisis el rasgo estructural de los derechos, un rasgo infradesarrollado por Raz.

<sup>224</sup> Aunque Raz no se mencione al respecto, este es un posible desajuste (meramente putativo) entre derechos e intereses: si prometo a sus propietarios regar las plantas cuando ellos están de vacaciones podemos decir que el riego beneficia a la planta pero también beneficia a los propietarios. Sin embargo, solo de los propietarios podemos predicar la titularidad de un derecho a razón de su capacidad, *i. e.*, por revestir su bienestar valor último. La planta se beneficia, inmediatamente, pero (su bienestar) tiene valor instrumental, mediatamente se benefician los propietarios, cuyo bienestar tiene valor último.



solo valorar este último como justificación para el derecho subjetivo, admitiendo que tal justificación puede ser demasiado débil para sustentar la importancia que se querría conferir al derecho de que se trate, o bien se acepta servirse de la justificación que ofrece el interés como un simple pretexto, explotando la coincidencia de ese interés con intereses más importantes, que proporcionan el excedente de justificación que requiere la importancia que se atribuye al derecho subjetivo (*vid.* Ferraro, 2013: 414-415).

En ciertos casos, especialmente ante libertades políticas y civiles, se da una combinación del interés privado y del bien común. ¿Cómo? En primer lugar, la protección de dichos derechos sirve al bien común, en segundo lugar, el bien común tutelado por tales derechos es más importante para los individuos que el disfrute de los derechos mismos (p. e. carreras universitarias escogidas libremente). La estima de estos derechos está en función de su contribución al bienestar; el valor para el bien común es parte de la justificación (*i. e.*, es un factor que determina el peso) de estos derechos. Verbigracia, para muchos individuos no es tan valioso ejercitar la libertad de expresión como que otros –ante todo, los periodistas– puedan ejercitarla, en un ambiente plural.

Un ambiente en que se puede controlar la conducta de uno sobre sus propios asuntos es un bien común (*vid.* Raz, 1994: 54; *cf.* Raz, 1986: 190). Esto es especialmente patente en lo que hace a los vínculos familiares: en una sociedad se considera más valioso que el hijo o hija elija libremente a su concubino que que esa elección hecha, pongamos por caso, por los progenitores, fuera acertada. El primer escenario en que prima el derecho a elegir –y a equivocarse!– se valora más que un escenario en que los hijos se encuentran sometidos a sus padres, pese a que los resultados obtenidos puedan ser mejores.

En los derechos civiles y políticos de las sociedades liberales, la contribución al bien común es la principal razón para el desajuste entre la importancia de un derecho y su contribución al bienestar de los titulares (Raz, 1994: 54-55).

Aunque en cómo deban ser protegidos los valores últimos median grandes dosis de desacuerdo e indeterminación, no hay tanta discusión acerca de las creencias *acerca* del bien común (*vid.* Raz, 1994: 56-57, *vid.* Raz, 1986: 181). Tales creencias conforman el núcleo común de la cultura política de una cierta sociedad y la judicatura, poder contramayoritario, está llamada a ejercer funciones nomopoiéticas y tutelar y dar forma al mencionado núcleo (*cf.* Raz, 1994: 55-58). De esta suerte, los derechos cumplen, amén de los mencionados, otro papel fundamental: el de dar forma a un lenguaje moral común.

## VI.6. Recapitulación

La teoría de los derechos de Raz goza de una enorme popularidad y ello es debido, en buena medida, a su tenor justificativo –se trata de la versión más abiertamente justificativa de las teorías del interés– y a que responde a algunas inquietudes teóricas y a la explicación de algunas situaciones teóricas y prácticas con concepciones y soluciones que son, al parecer de muchos lectores, intuitivos y elegantes. Ejemplos de ello serían la comprensión de los derechos como el resultado de un balance de razones en pugna y su caracterización como mecanismos de tutela con unos determinados rasgos, la posibilidad

de explicar la autorregulación del derecho mediante los derechos, el énfasis en los deberes como razones operativas de un tipo especial, etc.

Sin embargo, vistas de cerca, semejantes concepciones y soluciones resultan algo contraintuitivas e indebidamente intrincadas, sin contar con que otros inconvenientes muy significativos aquejan el programa teórico de Raz.

Una limitación muy relevante de la propuesta teórica y del análisis de Raz – aunque, al parecer, sirve para cimentar su atractivo– es que emplea como conceptos fundamentales términos muy ambiguos y, lejos de disolver su ambigüedad, la explota.

Asimismo, otro defecto importante es la pertinacia de Raz en calificar casi cualquier relación de los derechos únicamente como relaciones de carácter justificativo (sin duda axiológico, pero acaso también instrumental) y excluir casi totalmente vínculos lógicos entre las posiciones normativas y entre estas y otras figuras del discurso práctico.

La práctica totalidad de las tareas que desempeñan los derechos son calificadas como “justificativas” pero resulta que, además, Raz imputa demasiadas tareas a una sola noción, bajo el polisémico vocablo “right”. En efecto, la insistencia en el carácter invariablemente justificativo de las tareas resulta solidaria con la insistencia en referirse exclusivamente a “derecho subjetivo” aun para cumplir papeles teóricos y para describir operaciones teóricas y prácticas sumamente distintas. En este punto, resultaría deseable introducir algún correctivo, como la distinción krameriana entre intereses, *inchoate entitlements* y *defined entitlements*. Esta exigencia se vuelve crucial no solo para dar cuenta con mayor claridad y sencillez de algunas situaciones sumamente distintas con las que se puede encontrar el filósofo político y jurídico, sino porque la propia teoría de Raz encuentra notables dificultades y porque da lugar a contradicciones. Así, he identificado tres principales sentidos en que Raz emplea la noción “right” que Raz no distingue –y para cuya distinción proporciona solo algunas herramientas– y que deberían quedar suficientemente diferenciados. Según el primer significado, los derechos son “intereses tutelados”, un derecho se da cuando un interés individual es suficiente para fundar un deber en otra persona. En virtud del segundo significado, los derechos son una posición normativa individual que sirve al bienestar individual. Para el tercer sentido, los derechos son razones, capaces de fundar (otras) posiciones normativas. Los tres sentidos podrían suponer tan solo distintos pasos, teórica y metodológicamente provechosos, si no fuera porque se pueden dar distintas incompatibilidades y, en concreto, una contradicción en lo que hace a la relación de los derechos con los deberes. En efecto, para el primer significado, los deberes son condición de posibilidad conceptual de los derechos, mientras que para el segundo es concebible que derechos y deberes sigan caminos autónomos, y, en cambio, en virtud del tercer significado, los derechos son la razón de ser de numerosos deberes. Para el primer sentido, los deberes tienen prioridad conceptual (inferencial, si se quiere), para el segundo sentido ninguna de las nociones tiene prioridad respecto de la otra, mientras que para el tercer sentido son los derechos los que tienen prioridad conceptual (justificativa, primordialmente).

Caracterizando el papel justificativo de los derechos, y dejando de lado la singular ambigüedad antes señalada, puede afirmarse que el principal papel que desempeñan en el razonamiento jurídico es el de proveer a los individuos así como mostrar que hay razones para la acción de carácter perentorio, deberes. En concreto, la perentoriedad de los deberes viene dada por su carácter de razones excluyentes. Asimismo, distintamente de

los deberes, los derechos incluyen la singularidad de hacer referencia a los intereses que los fundan. Por ende, los derechos desempeñan el papel de conclusiones intermedias en el razonamiento, vinculando el “cielo” axiológico de los intereses con el “campo” práctico de los deberes. Los derechos cumplen una función crucial análoga en la razón práctica a la que realizan las reglas, para la propia teoría de Raz. En pocas palabras, los derechos desempeñan distintos roles y hacen posible el esclarecimiento de múltiples fenómenos que la cultura jurídica propia de los estados constitucionales tiende a percibir como cruciales.

Por ello, Raz nos disuade de adscribirle una comprensión de los derechos que los conduzca a la irrelevancia. Y sin embargo los derechos (el término, empleado con los distintos sentidos identificados) parecen “comprimidos” entre el inflacionismo y el deflacionismo. Efectivamente, el énfasis de Raz en los derechos como piezas clave del razonamiento práctico y del discurso público lleva a que estos ocupen una posición central (incluso, muy expuesta), cuando no a apropiarse de gran parte del conjunto de la explicación del fenómeno normativo. Esta tendencia expansionista viene acompañada por la insistencia antes referida de Raz de explicar (casi) toda relación de los derechos con cualquier elemento normativo en clave de “justificación”. Semejante “imperialismo de los derechos” muestra una declinación en Raz que bien puede calificarse de “inflacionismo”.

Viceversa, puede sostenerse que en los distintos sentidos de “derecho subjetivo”, la noción parece desempeñar papeles meramente instrumentales y prácticamente insustanciales. Raz considera que los derechos cumplen un rol circunscrito, un papel muy relevante, pero especializado, no comprensivo (*vid.* Raz, 1986: 191-192; *cf.* Raz, 1986: 165). La pregunta es si este rol circunscrito –uno de los muchos roles que, en verdad, cumplirían los derechos– no es exiguo. Si una “teoría del valor” se resuelve principalmente en clave de los intereses (del bienestar) y una “teoría normativa”, de las razones para la acción, es explicable primordialmente en función de los deberes (*cf.* Raz, 1999: 11), resulta que el papel de los derechos es accesorio, pues se limita a conectar los dos niveles del discurso. Lo cual permite hablar de un cierto “deflacionismo” de los derechos.

Si el diagnóstico que he pretendido extraer es acertado, el análisis y la teoría de Raz malogran los propósitos que este atribuye a una buena definición filosófica de los derechos: captar el modo en que los derechos son usados en el discurso jurídico, político y moral, en una cierta tradición, sin hacerlos caer en la supra y la infrainclusividad (*vid.* Raz, 1986: 165).<sup>225</sup> En alguna medida, su teoría y su análisis hace hacer demasiado a los derechos (les reserva un papel central en la razón práctica y los emplea para muy variadas operaciones) al tiempo que dice demasiado poco de ellos (los situaría en un espacio angosto entre los deberes y los intereses, remedando a veces las funciones de unos y otros).

No parece solo que Raz haya vaciado de contenido el concepto de “derecho subjetivo”, sino que la “cosa” derechos quedaría desatendida, al albur del balance de razones. En efecto, en virtud de la conocida definición, todo derecho subjetivo es

---

<sup>225</sup> Esto es, podría sostenerse que Raz se está ocupando de un proyecto más circunscrito que el que usualmente emprende de dar cuenta de las propiedades necesarias en cualquier derecho, aunque, desde luego, sigue sin ser lo suficientemente circunscrito como para referirse a un ordenamiento concreto.

concebido como un interés que logra derrotar las consideraciones contrarias, con lo que consigue imponer un deber en otra persona. Siendo esto así, la noción de “balance de razones” resulta un componente fundamental de la de “derechos”. Pese a que la cuestión de la perentoriedad de los derechos es uno de los principales interrogantes a los que aspira responder la concepción dinámica, la imagen de los derechos como el resultado de un balance de razones a favor y en contra dista de ser una respuesta satisfactoria a semejante cuestión. Máxime cuando Raz no ofrece suficientes claves para explicar cómo se determina el resultado de dicho balance y expresa la diferencia entre los derechos (*rectius*, intereses) que no son derrotados y las instancias de derechos (*rectius*, intereses) que pueden ser derrotadas a través de la opaca distinción entre “derechos básicos” y “derechos derivados”. Esta taxonomía tiene también efectos desestabilizadores en el cuadro teórico de Raz. En efecto, en buena parte de la argumentación de Raz, los “derechos” son simplemente entendidos como una suerte de título nobiliario que concedemos a los derechos para no tener que ponernos a reconsiderar la prevalencia de un cierto interés sobre los intereses opuestos; en otra parte de la argumentación, en cambio, no solo se predicen los balances de los intereses sino que se habla de “derechos básicos” o “derivados” en función de la mayor previsibilidad de que se pretenda (volver a) entablar un balance de intereses y de que los intereses que habían de fundar el derecho, o ciertas instancias del derecho, se vean derrotados.

Por añadidura, como señala Simmonds, “razón excluyente” no significa en absoluto “razón concluyente”; las razones para la acción que están protegidas por razones excluyentes tienen, en todo caso, que ser ponderadas frente a aquellas categorías de razones que no han sido excluidas por la razón excluyente (*vid.* Simmonds, 2007: 194). La teoría de Raz, así como otras propuestas antihohfeldianas, preservan la supuesta complejidad interna de los derechos al precio renunciar (tácitamente) a la fuerza perentoria: los derechos se han vuelto solo razones poderosas pero inconcluyentes de cara a su reconocimiento (*vid.* Simmonds, 2007: 194).

En lo que respecta a la explicación de situaciones problemáticas, en cuestiones tales como los terceros beneficiarios, Raz proporciona algunos elementos de análisis esclarecedores. Por ejemplo, en el caso de los “intereses plúrimos”, Raz muestra –creo, de forma altamente plausible– que en múltiples situaciones el bienestar de distintos individuos está íntimamente imbricado. Con todo, su explicación dista de ser exhaustiva y es susceptible de diferentes críticas. Una significativa afecta a la conveniencia de hablar de intereses de un sujeto *X* en el derecho de *Y* sin postular un derecho del propio *X*. Raz sostiene que el interés de *X* entra en la justificación del derecho de *Y*, pero en tales casos puede resultar más sencillo y claro sostener que *X* tiene un derecho referente a *Y*, esto es, que el interés de *X* es suficiente para imponer un deber que tenga por objeto *Y*, sin perjuicio de los derechos que pueda tener el propio *Y*.

## Capítulo séptimo. Los derechos, entre el rigor de la correlatividad y la holgura del beneficio: la teoría de los derechos de Kramer

Specifically, what the Interest Theory does is to articulate the basis for the directionality of any legal duty. In other words, it recounts the general considerations that determine to whom any legal duty is owed.

(Kramer, 2010: 31-32)

Como he afirmado anteriormente, en la literatura iusfilosófica en tema de derechos es habitual distinguir los análisis de los elementos lógico-conceptuales de los derechos de las empresas justificativas acerca de su razón de ser (IV§3). Si tal distinción puede y debe ser hecha, la teoría del interés de Matthew H. Kramer ha de ser considerada, fundamentalmente, una investigación del primer tipo.<sup>226</sup>

Como retrato general, puede afirmarse que el análisis de los derechos de Kramer se cifra en la combinación de dos premisas: el axioma hohfeldiano de correlatividad de derechos y deberes, y la cláusula definitoria suscrita por toda versión de la teoría del interés.<sup>227</sup>

El estudio de los vínculos conceptuales entre derechos y deberes proporciona buenas cantidades de precisión a la intelección estructural de los derechos y consiente a Kramer preservar la neutralidad de su análisis. Sin embargo, como investigación teórico-explicativa de la posesión de un derecho, de lo que cuenta como un derecho, también requiere el desarrollo de la cláusula definitoria de la teoría del interés. La articulación detallada de la teoría está comprometida con una “posición valorativa débil” (“*thin evaluative stance*”, Kramer, 1998: 91).<sup>228</sup>

Kramer ha elaborado su teoría en diferentes ensayos, desde su participación en el libro fundacional de 1998 (“Rights without Trimmings” en *A Debate Over Rights*) hasta artículos en fechas recientes (“In defense of the Interest Theory of Right-Holding”, 2016). A lo largo de estas dos décadas, el oponente dialéctico ha cambiado, al igual que ha cambiado el foco polémico: primero, el objetivo fundamental de Kramer fue la vindicación de las tesis centrales defendidas por Hohfeld. Posteriormente, su objetivo ha

---

<sup>226</sup> Considero esta distinción como generalmente válida y altamente valiosa pero, como sostendré, en algunos casos, las dimensiones y, con ello, los enfoques, no son tan claramente discernibles. Es decir, sostengo que son a veces menos distinguibles de lo que Kramer sostiene. Y, al margen de las posturas metateóricas de Kramer en este punto, intentaré mostrar que Kramer no siempre logra mantener los enfoques, en su teoría y en su análisis.

<sup>227</sup> Para una presentación de los mencionados dictados hohfeldianos IV§1.1 y IV§1.2; para la cláusula definitoria VI§1.

<sup>228</sup> Esto significa que la teoría del interés está comprometida con juicios valorativos, pero en la menor medida posible. Trataré este rasgo luego, VII§4.

sido defender la teoría del interés de explicaciones no clásicas de la función de los derechos. Mientras que en su primer trabajo polemizó con los defensores clásicos de la teoría del interés –MacCormick y Raz, fundamentalmente– y de la teoría de la voluntad –Hart, Simmonds y Steiner–, en los sucesivos se enfrenta Kramer con los artífices de propuestas que se plantean como sincréticas de o alternativas a la teoría del interés y de la voluntad –Leif Wenar (Kramer, Steiner, 2007: 282-299; Kramer, 2016)– y Gopal Sreenivasan (Kramer, Steiner, 2007: 299-310; Kramer, 2013: 258-263). Efectivamente, la teoría de los derechos de Kramer conforma una suerte de puente crítico e historiográfico, que abraza la reacción a la concepción dinámica de las últimas tres décadas del siglo XX y la reacción a las nuevas propuestas, alternativas a las visiones clásicas, del siglo XXI.<sup>229</sup>

Sin perjuicio de lo manifestado en el examen crítico de la concepción dinámica (II§.I), donde presenté e hice propias muchas de las consideraciones y soluciones que Kramer formula en un espíritu hohfeldiano, en este capítulo planteo un examen crítico de los principales rasgos de la teoría de los derechos propuesta por Kramer. En la primera sección planteo una exposición de su definición de qué hay que entender por “poseer un derecho”, junto con algunas aclaraciones y herramientas requeridas para efectuarla; los distintos elementos que integran su definición son estudiados con cierto grado de detalle (VII§1). Seguidamente, se aborda la cuestión de la titularidad, fundamentalmente, a través del llamado “test de Bentham”, la herramienta conceptual que permite identificar los titulares de derechos (VII§2). Dicho test no es solo una pieza central de la propuesta – una propuesta que Kramer insiste en denominar precisamente una “teoría de posesión de derechos” (“theory of right-holding”)–, sino también una respuesta dotada de cierta elegancia al tradicional problema de los terceros beneficiarios. Tras lo cual, en un tercer apartado, encaro algunas cuestiones metateóricas y metodológicas en clave crítica; examino qué queda comprendido por la teoría de Kramer y qué debería comprender una teoría de los derechos, así como los posibles compromisos valorativo-justificativos de semejante teoría (VII§3).

## VII.1. Teoría del interés. Elementos de una definición

---

<sup>229</sup> La evidencia de que Raz o MacCormick hayan tenido en cuenta los intentos de refutación de Kramer es escasa: MacCormick responde de forma explícita aunque sucinta a una crítica de Kramer sobre su comprensión de los derechos (MacCormick, 2007: 124). Comoquiera que sea, en esas páginas, como he señalado anteriormente (V§4), MacCormick presenta un significativo distanciamiento de posiciones dinámicas. El caso es que a partir de 1998 tanto Raz como MacCormick se han ocupado de los derechos tan solo en contadas ocasiones (V y VI). Por su parte, Wenar ha dedicado notables esfuerzos a replicar a Kramer (fundamentalmente, Wenar, 2008; Wenar, 2013), mientras que Sreenivasan ha modificado de forma constante diferentes puntos de su teoría, en cierta medida, a raíz del acicate teórico de Kramer (*vid.* Sreenivasan, 2005; Sreenivasan, 2010).

Kramer presenta la siguiente estipulación acerca de “la posesión de un derecho por parte de un sujeto *X*”: “Necesario y suficiente para la posesión de un derecho jurídico-positivo por parte de *X* es que el deber correlativo al derecho proteja normativamente algún aspecto de la situación de *X* que, todo considerado, es típicamente beneficioso para un ser humano como *X* (esto es, un individuo humano o una colectividad o un animal no humano)” (Kramer, 2019b: 3).<sup>230</sup>

En otros trabajos, Kramer añadía una proposición que aclaraba que, frente a lo que exige la teoría de la voluntad, no es condición necesaria ni suficiente para que *X* sea titular de un derecho que *X* sea competente y esté autorizado para exigir o renunciar a la ejecución del deber que es correlativo al derecho (Kramer, 2016: 2). Como veremos, es necesario que un cierto derecho sea susceptible de ejecución para ser calificable como “genuino derecho” y no meramente como “derecho nominal” (para una consideración semejante, acerca de “derechos perfectos”, V§4).

Esa proposición se ha vuelto redundante, por cuanto Kramer ahora expone la condición necesaria y suficiente para ser titular de derechos, de acuerdo con la teoría del interés. En efecto, una definición casi idéntica a la recogida solía establecer la condición necesaria pero insuficiente de la posesión de derechos (Kramer, 2016: 1). Hasta fechas recientes, Kramer se ha abstenido de formular su teoría como una que proporciona condiciones necesarias y suficientes de la posesión de un derecho, pues la enumeración exhaustiva de las condiciones para poseer un derecho hubiera entrañado la asunción de excesivos compromisos iusfilosóficos (*vid.* Kramer, 2016: 9). Compromisos tales como la adopción de una teoría acerca de la “naturaleza” del derecho y una cierta explicación de la interpretación jurídica. Pero mientras una teoría de los derechos –que seguramente estipularía algo así como las condiciones de “existencia” de derechos– suscribiría demasiados compromisos filosófico-jurídicos, una teoría de la posesión de los derechos podría y debería ser formulada especificando las condiciones necesarias y suficientes de la posesión de un derecho jurídico-positivo, sin tener que preocuparse por los compromisos iusfilosóficos (de una comunicación personal con Kramer, 2020). Su reticencia previa era excesivamente cautelosa, según el propio Kramer. La idea es que una teoría de la posesión de derechos (como la teoría del interés de Kramer) es una teoría dentro de una más amplia teoría de los derechos y está, por ello, expuesta a menos compromisos iusfilosóficos. Discutiré algunos de estos puntos al final del capítulo, dado que inciden en qué ha de entenderse por una teoría de los derechos.

Merece la pena realizar una observación incidental acerca de la definición y, en general, acerca de la teoría del interés de Kramer. Incluso si en el último artículo publicado, Kramer circunscribe la definición referida –más bien, una definición casi idéntica– a su propia teoría (Kramer, 2016: 1), en trabajos previos la ha considerado

---

<sup>230</sup> Conviene observar que Kramer, al igual que Hart, formula su propuesta de un modo correspondiente al definicionismo como teoría de los conceptos.

común a otras versiones iusfilosóficas de la teoría del interés.<sup>231</sup> Pero es el caso de que algunas importantes versiones de la teoría del interés no coinciden con esa definición, al menos por dos razones. En primer lugar, porque enumera el tipo de entes que pueden ser titulares de derechos y la lista resultante puede ser considerada infra o suprainclusiva (*cf.*, Kramer, 2001: 29 ss.): en segundo lugar, y lo que es más importante, por su manera “estática” de expresar la relación entre derechos y deberes.<sup>232</sup>

Como he señalado poco antes, adicionalmente, Kramer solía incluir una proposición que manifestaba que para la teoría del interés no es necesario ni suficiente para la posesión por parte de X de un derecho que X sea competente y esté autorizado a exigir o renunciar al deber correlativo al derecho (Kramer, 2016: 2).<sup>233</sup> Es decir, es importante que alguien sea competente y esté autorizado, en el sentido de que esté facultado jurídicamente y sea jurídicamente capaz de ejercitar (de hacer ejecutar) un derecho. Y, como veremos en su momento, es importante hasta el punto de considerar que solo los derechos susceptibles de ser ejecutados son “genuinos”. Pero la ejecución no tiene por qué estar en manos del titular del derecho, como la teoría de la voluntad reclama. La distinta comprensión de las funciones determina en buena parte el modelo de derecho que ambas teorías proponen. En este aspecto, así como en otros, Kramer señala ostensiblemente –seguramente, de forma mucho más ostensible que otros teóricos de los derechos– el carácter simétrico de ambas teorías: las explicaciones y respuestas que ofrece la teoría de la voluntad son opuestas, y en ciertos casos incluso contradictorias, a las ofrecidas por la teoría del interés.<sup>234</sup>

---

<sup>231</sup> Efectivamente, Kramer ha afirmado que su definición puede dar cuenta de toda versión iusfilosófica de la teoría del interés (Kramer, 2010: 32), de la mayoría de versiones (Kramer, 2013: 246), o de las versiones iusfilosóficas más capaces de la teoría del interés (Kramer, 2008: 417).

<sup>232</sup> Tal modo [1] es totalmente acorde a la correlatividad tal y como la concebía Hohfeld; [2] está básicamente circunscrito a las posiciones jurídicas; [3] está concentrado en las posiciones jurídicas cuando han sido determinadas, esto es, cuando ya son lo que Kramer llama “defined entitlements” (“títulos definidos”). MacCormick reprobaría que [1] [2] y [3] no siempre valen: hay situaciones en que la correlatividad no explica debidamente importantes relaciones normativas; igualmente, es necesario dar cuenta de los derechos morales, tanto si no más que de los jurídico-positivos, y la determinación sería solo uno de los momentos posibles, ni siquiera el más relevante. También Raz consideraría una restricción injustificada [2] y [3], mientras que consideraría [1], tomado tal cual, inadecuado. Los tres puntos tendrían un carácter retrospectivo y estático, contrariamente a lo que defiende la concepción dinámica. Puede sostenerse que Raz y, en menor medida, MacCormick constituyen propuestas de la teoría del interés que pertenecen a la filosofía política (vid. Kramer, 2010: 31, para Raz). Pero si es eso cierto –y creo que lo es, en un sentido y en cierta medida– entonces la investigación acerca de los derechos que Hart inauguró (de manera notoria, Hart, 1955, Hart, 1982: 192 ss.) pertenece en parte a la filosofía política en exactamente los mismos términos. Por tanto, no tomar en cuenta tales propuestas por estimarlas demasiado “políticas” debe considerarse una decisión temeraria. Afronto las críticas acerca del carácter retrospectivo y estático de la propuesta krameriana al final del capítulo (V§3).

<sup>233</sup> Dicho sea de paso, esto significa que, curiosamente, Kramer ya había proporcionado, en trabajos anteriores, las condiciones necesarias y suficientes para poseer derechos, de acuerdo con los teóricos de la voluntad.

<sup>234</sup> Por consiguiente, Kramer sostiene explícitamente que afirmar el fracaso de la primera teoría –y él afirma tal fracaso– equivale a afirmar el éxito de la última (*vid.* Kramer, 2013: 245, 263; para un juicio más cauto *cf.* Kramer, 1998: 78). *Tertium non datur*. Kramer es manifiestamente



Los defensores de la teoría del interés y de la teoría de la voluntad concuerdan, en cualquier caso, que los derechos tienen su fuente en normas (jurídicas). En algunos pasajes (Kramer, 2008: 418; Kramer, 2010: 33), Kramer identifica la existencia de una “ley”, una norma o decisión que confiere un tipo específico de derecho a un individuo determinado, como la segunda condición necesaria para la posesión de derechos, según la teoría del interés, la tercera, según la teoría de la voluntad. ¿Cómo reconciliar la concurrencia de todas esas condiciones necesarias? ¿Debemos considerar todas las condiciones conjuntamente suficientes? Tal parece el caso y, por lo que entiendo, no es problemático, en la medida en que las distintas condiciones pertenecen a diferentes niveles de especificidad, en el momento en que la atribución de un derecho determinado por una norma es una precondition de la posesión de tal derecho.

Kurki, quien ha sido influido notablemente por Kramer, realiza la siguiente paráfrasis de su teoría (Kurki, 2018: 10):

“*X* tiene un derecho correlativo a un deber existente *D* si y solo si: [1] *X* puede tener derechos y [2] un conjunto de hechos mínimamente suficientes para determinar el cumplimiento o la no contravención del deber *D* incluye un hecho que afecta a la situación de *X* de forma típicamente beneficiosa para seres como *X*”.<sup>235</sup>

Mientras que la tesis presentada por Kramer, la definición que abre esta sección, captura su teoría del interés en una vena más general y definitoria, la reconstrucción de Kurki dota de una formulación acabada a la teoría del interés krameriana como un “procedimiento de decisión”, como el mecanismo con que identificar titulares de derechos.<sup>236</sup> La segunda condición señalada por Kurki es, precisamente, una reformulación del test de Bentham de Kramer.<sup>237</sup> La primera condición necesaria se refiere al estatus de “*X*” como potencial titular de derechos.<sup>238</sup>

Ahora es necesario representar la propuesta de Kramer con mayor detalle. Su propósito central e inmediato es la aspiración de identificar al titular de un derecho a través del conocimiento del deber correlativo. Eso permitiría al investigador abstenerse

---

reluctante a reconocer capacidad explicativa a propuestas distintas de la teoría del interés y de la voluntad (cfr. Kramer, Steiner, 2007: 310; Kramer, 2013: 263).

<sup>235</sup> En el original: “*X* holds a right correlative to currently existing duty *D* if and only if: [1] *X* can hold rights, and [2] a set of facts minimally sufficient to establish the fulfilment or non-contravention of duty *D* includes a fact that affects *X*’s situation in a way typically beneficial for beings such as *X*”.

<sup>236</sup> Un procedimiento de decisión es un conjunto de reglas empleadas para procesar ciertos datos, un conjunto de inputs, con el fin de alcanzar un juicio sobre hipótesis alternativas en la decisión de un problema (Celano, 1997: 13).

<sup>237</sup> Kurki tomó inspiración de un paso en que Kramer expone su test de Bentham: “If and only if at least one minimally sufficient set of facts includes the undergoing of a detriment by some person *Q* at the hands of some person *R* who bears a duty under the contract or norm, *Q* holds a right –correlative to that duty– under the contract or norm” (Kramer, 2010: 36-37).

<sup>238</sup> Si la sugerencia de Kurki (Kurki, 2018: 9-10) es correcta –y creo que lo es–, tendríamos que añadir la capacidad de tener derechos (esto es, el tener interés y revestir valor último) en el (ahora algo repleto) conjunto de condiciones necesarias para poseer un derecho. Pero, de nuevo, la membresía a una clase de personas que pueden considerarse potenciales titulares de derechos parece una precondition –y, es más, más abstracta– más que una condición para poseer derechos.

de aludir a la justificación del deber (*vid.* Kramer, 2016: 2).<sup>239</sup> Dado que conocemos el contenido de un deber y dados los distintos hechos no normativos que determinan el cumplimiento de tal deber, aplicamos a ellos la cláusula definitoria de la teoría del interés, lo que nos permite determinar quién posee el derecho (*vid.* Kramer, 2010: 32). Es decir, podemos conocer en primer lugar la existencia, el contenido y el sujeto vinculado por un deber particular sin que conozcamos a quién es debido tal deber; entonces, la teoría del interés de Kramer proporciona la información adicional que permite identificar al poseedor del deber correlativo.

De lo que acaba de exponerse se puede colegir que el enfoque de Kramer es completamente distinto de los planteados por los defensores de la concepción dinámica de los derechos. Dos de las principales tesis propugnadas por la concepción dinámica de los derechos pueden ser descritas del siguiente modo. [1] Los derechos y los deberes son asimétricos, dado que los derechos tienen más contenido semántico que los deberes; es posible conocer el contenido de los deberes mediante los derechos pero no viceversa (*vid.* Raz, 1986: 184-186; *vid.* Marmor, 1997: 3); [2] no es posible comprender la dimensión estructural de los derechos sin tener en mente su dimensión justificativa. La segunda tesis tiene una gran importancia en la primera, pues por “contenido semántico” significa “contenido conceptual y justificativo”. De acuerdo con Kramer, para establecer el contenido de los derechos (o, más bien, para identificar el poseedor de un derecho) no estamos forzados a perseguir una investigación acerca de la razón de ser de los derechos o de la razón en virtud de la cual han sido impuestos los deberes. No estamos obligados a establecer su justificación de cara a entender su semántica. Y, como los asuntos conceptuales y justificativos atañen a esferas distintas, carece de fundamento basar la prioridad justificativa de los derechos respecto de los deberes en razones conceptuales (*cf.* Kramer, 2005: 188).

A pesar de la insistencia de muchos filósofos (notoriamente, MacCormick, Raz y Waldron), quien defienda la teoría del interés no está obligado a afirmar que investigar acerca del propósito o la *ratio* de una norma es crucial para determinar si una norma confiere un derecho a alguien (*vid.* Kramer, Steiner, 2007: 289).<sup>240</sup> Vistos bajo esta luz, los intereses no son concebidos por Kramer como la base de la atribución de títulos (*entitlements*) sino que son empleados como la clave con la que determinar cuáles son las posiciones correlativas de ciertos deberes u otras posiciones de desventaja (*vid.* Kramer, 2016: 50).<sup>241</sup> Esto es, la teoría de Kramer guarda silencio acerca de qué razón puede encontrarse tras la atribución a alguien de un determinado derecho; lo que le preocupa a

---

<sup>239</sup> Es más, en general, la justificación de una cierta relación jurídica puede ser “right-based” o “duty-based” y en uno y otro caso podría resultar aplicable la cláusula definitoria del interés.

<sup>240</sup> Desde luego, a partir de MacCormick (1976), la concepción dinámica ha sido asociada con la teoría del interés, pero esto es cierto solo de algunas versiones de la teoría del interés, no de todas. La teoría de Kramer, de hecho, es la excepción más notable.

<sup>241</sup> En algún sentido, Kramer podría concordar con la primera de las tesis dinámicas –al menos, bajo una formulación vaga– en la medida en que a quién es debido el deber es una información que no puede proporcionarnos conocimiento del deber de por sí. La diferencia puede ser expresada de la siguiente manera: si Kramer atribuye esta información a la teoría del interés –como *explanandum*–, los autores dinámicos la atribuyen directamente a los derechos –que es, en realidad, el *explanans*. Esta confusión explica en parte por qué la segunda tesis es la que distingue a Kramer de forma más notoria de los autores dinámicos.

Kramer es fijarse en el interés para resolver si alguien y quién en concreto tiene un cierto derecho. No es relevante por qué ha habido un cierto derecho (o no lo ha habido) o por qué habría de haberlo (o no habría de haberlo), lo relevante sencillamente es identificar algunos detalles relativos al derecho, una vez que este ha sido establecido o, al menos, una vez que se da el momento en que nosotros estemos en condiciones de saber si se ha establecido o no (los distintos estadios de estipulación son examinados VII§3). Se trata de un punto de vista retrospectivo y que deja sin responder algunas cuestiones justificativas importantes, con lo que creo que asumir semejante perspectiva es problemático por diferentes razones. Expongo estas razones en la última sección del capítulo.

En todo caso, eludiendo deliberadamente la referencia a la justificación, Kramer deposita su confianza en la correlatividad y en las principales tesis hohfeldianas. Y en vez de en la *ratio* de las normas, la cuestión que la teoría del interés debe responder concierne a los efectos de la norma (Kramer, Steiner, 2007: 289-290; *cf.* Kramer, 2016: 16).<sup>242</sup> Entonces, siendo *Q* una persona, colectividad o animal no humano, si los términos de una norma o decisión que impone deberes son tales que la satisfacción de ellos necesariamente entraña la protección de algún aspecto de la situación de *Q* que es generalmente benéfico para una de individuos como aquella a la que pertenece, entonces *Q* posee derechos bajo tal norma o decisión (Kramer, Steiner, 2007: 289-290). Tal es el test básico krameriano para identificar la posesión de pretensiones hohfeldianas (la denominada “versión restringida” de la teoría del interés). Conviene hacer una consideración acerca de las nociones empleadas por Kramer. Kramer entiende por “*entitlement*” –a los que, en adelante, me referiré como “títulos”– cualquiera de las cuatro posiciones jurídicas que conforman la tabla hohfeldiana, pero la principal distinción de esta noción con respecto a la de “derecho subjetivo” radica en que los títulos no han pasado aún el filtro de la cláusula definitoria de la teoría del interés. Esto es, podemos concluir que una determinada posición normativa constituye un cierto título, por razones rigurosamente estructurales –en virtud, básicamente, de la posición que parece tener por correlativa– sin que debamos conocer o mencionarnos acerca de su estatus benéfico. Así, podemos constatar que hay un cierto deber de un individuo *X* de  $\varphi$ , con lo que debe haber una correlativa pretensión con idéntico contenido proposicional atribuido a otra persona. Solo si aplicamos a la información disponible la cláusula definitoria del interés podremos determinar si *Y* es el titular de esa pretensión y si se beneficia de ella, es decir, si es titular de un derecho.

El test puede ser reformulado para acomodar cada uno de los cuatro títulos, las cuatro posiciones normativas en que Hohfeld disgrega el ambiguo término “derecho” (la “versión extendida” de la teoría del interés). Tal extensión puede ser expresada de la siguiente manera: si una norma o decisión atribuye un título a *Q* y si la posesión de tal título sería habitualmente benéfica para alguien en la situación de *Q*, entonces *Q* es titular de un derecho bajo tal norma o decisión (Kramer, Steiner, 2007: 290). Pongamos por caso el desempeño de responsabilidades en el marco de una ocupación (*cf.* Kramer, Steiner, 2007: 290-292), si una norma confiere un poder a un juez y si su posesión es tal

---

<sup>242</sup> Queda claro, a estas alturas, que la justificación subyacente (subjetiva u objetiva) de una norma no tiene, para Kramer, incidencia en la cuestión de si la norma confiere o no derechos a ciertas personas (Kramer, Steiner, 2007: 289; *cf.* Kramer, 2013: 261).

que debiera considerarse ventajosa para alguien en la posición del juez –es decir, si semejantes poderes promueven los intereses de ese individuo– entonces la norma está confiriendo un derecho (Kramer, Steiner, 2007: 290; *cf.* Kramer, 2016: 13).<sup>243</sup>

Un deber de *Y* (o un derecho de *X*) es una posición generalmente en el interés de *X*. Es interesante señalar que aunque en su artículo de 2008 Kramer predica la protección del interés a manos del derecho, sin hacer alusión alguna al deber correlativo (Kramer, 2008: 417), en los trabajos sucesivos predica la protección del interés a manos del deber correlativo al derecho (Kramer, 2010, 32; Kramer, 2013: 246; Kramer, 2016: 1).<sup>244</sup> Este punto es muy significativo, pues lleva a que Kramer pueda quedar expuesto a la acusación de redundancia hartiana; en efecto, en los siguientes apartados aduciré argumentos adicionales que llevan a que la acusación tome cuerpo.

Los deberes son generalmente beneficiosos, no siempre. “Generalmente” (“typically”) expresa aquí un cuantificador “plural” (“plurative quantifier”), que cuantifica en un entero dominio de potenciales titulares de una cierta categoría (*i. e.*, humanos, colectividades o animales no humanos).<sup>245</sup> En contadas excepciones, el individuo puede considerar no beneficioso el contenido de un cierto derecho (*vid.* Kramer, Steiner, 2007: 292–293; *cf.* Kramer, 2016: 11). Lo que ocurre es que incluso antes de embarcarse en semejantes investigaciones ya resulta muy plausible predicar el estatus benéfico de una posición subjetiva atribuida por norma. En efecto, un teórico del interés debe distinguir entre rasgos integrales e incidentales de una norma, entre efectos intrínsecos y efectos extrínsecos, y si una norma tiene –en lo que hace a los primeros elementos de cada pareja– efectos benéficos ello justifica denominar a una determinada posición jurídica como “derecho” en el lenguaje corriente (*vid.* Kramer, Steiner, 2007: 292–293). El que acaba de presentarse es un test de la universalidad del beneficio, que, en el caso de Kramer, tiene el mérito de ser caracterizado con un cierto detalle en términos lógicos. En todo caso, Kramer rara vez se menciona sobre quién es el que juzga aquello que se considera beneficioso para clases enteras de sujetos, esto es, si el contenido del derecho es relativo al agente o neutral respecto del agente; como veremos su tratamiento de la cuestión, las pocas veces que es planteado, es demasiado parco (para la concepción de “interés” VII§3).

Conviene señalar, ya solo sea someramente, que en lo que he expuesto hasta aquí, Kramer manifiesta una deuda profunda con Hart; en concreto, Kramer acoge muchas de las sugerencias que Hart encomienda y algunos de los mecanismos que Hart pone al alcance de los teóricos del interés. Kramer ha buscado persistir en las sugerencias hartianas

---

<sup>243</sup> La cuestión aquí suscitada es el estatus de ciertos títulos como derechos, no la justificación de la atribución de semejantes títulos (*vid.* Kramer, 2016: 13, 15).

<sup>244</sup> Es cierto, sin embargo, que se trataba de un capítulo que debía tener propósitos eminentemente reconstructivos, de modo que cabe la posibilidad de que la definición tuviera que dar cuenta de teorías del interés que no suscribieran la tesis de la correlatividad entre derechos y deberes.

<sup>245</sup> “Plurative quantifier” es la manera en que Kramer denomina tales cuantificadores (comunicación personal con Kramer, 2020); tal vez sea más habitual y preciso hablar de “cuantificadores generalizados”.

de atender a aquellos beneficios “necesariamente” atribuidos a los individuos, entendiendo por tales beneficios los que responden a los efectos intrínsecos de las normas; de este modo, puede el teórico del interés, entre otras cosas, prescindir del recurso a la intención del legislador. Pero Kramer también se ha adherido al enfoque problemático de Hart que hace hincapié en identificar el derecho fijándose en el deber correlativo, así como a la preocupación por disponer de un mecanismo para delimitar los beneficiarios relevantes de la norma. Estas dos pautas teóricas están entrelazadas, pues el modo de determinar si un título es un derecho y si un cierto individuo es el beneficiario de tal título pasan precisamente por aplicar un cierto procedimiento de decisión a los deberes. Tales pautas serán examinadas en la próxima sección.

Retomando la definición de Kramer, un derecho “protege algún aspecto de la situación de X que es todo considerado generalmente benéfica”. Si ya he aclarado qué significa “generalmente”, debo explicar ahora qué significa la cualificación “todo considerado”. No es solo que, a veces, un título sea sencillamente desventajoso para su titular; mucho más habitualmente, el elemento benéfico puede ser combinado con un elemento perjudicial –algo que ya fue afirmado por Bentham. Es solo que el elemento benéfico ha de sobrepasar al perjudicial si pretendemos llamar a un cierto título “derecho subjetivo”. Con precisión, Kramer reconoce diferentes situaciones en que el elemento ventajoso de los derechos puede, de un modo u otro, ser unido a uno desventajoso. Tal cosa puede suceder, al menos, en los siguientes modos. [1] En algunos escenarios –tal es el caso del derecho a la educación y de otros ejemplares de lo que se ha llamado tradicionalmente “derechos obligatorios”– lo que es normalmente denotado por “derechos” está, bien mirado, compuesto de dos posiciones normativas, esto es, derechos y deberes, y tenemos que discernir los efectos ventajosos del derecho (en este caso, el derecho jurídico-positivo a recibir educación) y los efectos desventajosos del deber que acompaña a tal derecho (del deber jurídico positivo de asistir a la escuela, en el ejemplo) (*vid.* Kramer, 2001: 79–81).

En un segundo escenario, con derechos mucho más controvertidos, como por ejemplo “derecho a ser torturado” debemos proceder por dos pasos. Primero, tenemos que esclarecer con precisión el título que los supuestos titulares dicen tener. En este punto debemos adaptar nuestras concepciones de los intereses humanos a las particularidades del contexto específico. En segundo lugar, debemos buscar la correcta designación del derecho, enfatizando o quitando énfasis a su carácter favorable o desfavorable, demarcando el derecho dentro de otros derechos más generales, que lo comprendan. En pocas palabras, podemos asumir una comprensión relativa al contexto específico de los intereses o podemos dotar de nuevo sentido a un derecho jurídico-positivo extraño en modo tal de mostrar su conexión con intereses que son trascendentes al contexto específico (*vid.* Kramer, 2001: 91). En todo caso, en cualquiera de las dos operaciones, comprendiendo y atribuyendo significado a las peticiones de la gente, no estamos obligados, afirma Kramer, con su reconocimiento o satisfacción.

Ahora conviene examinar el rasgo central de la posesión de derechos, para comprender correctamente la teoría del interés en su conjunto.

## VII.2. Titularidad de derechos y el test de Bentham

La posesión de derechos es un tema central en la teoría de Kramer; no por nada la ha denominado Kramer una teoría de la posesión de derechos (Kramer, 2016: 1). En todo caso, este punto no debe ser magnificado, puesto que no es tan singular. Primero, porque toda teoría del interés pretende, de un modo u otro, determinar los titulares de derechos potenciales o efectivos. Segundo, porque es cierto que el enfoque teórico y metodológico krameriano toma la forma de una propuesta centrada en la posesión de derechos, pero lo que es verdaderamente característico de su teoría es el enfoque, no ese rasgo del modo en que se materializa. Trataré esta cuestión en la última sección del capítulo.

El test de Bentham reza del siguiente modo: “If and only if at least one minimally sufficient set of facts includes the undergoing of a detriment by some person Q at the hands of some person R who bears a duty under the contract or norm, Q holds a right –correlative to that duty– under the contract or norm” (Kramer, 2010: 36-37).

El criterio es un estándar para determinar titulares de derechos definidos, correlativos a deberes definidos (*vid.* Kramer, Steiner, 2007: 305). Un derecho y un deber de contenido determinado que están vigentes –veremos en el tercer apartado qué hay que entender por “títulos definidos”. El test tiene como fin, dice Kramer, ofrecer un criterio que evite una excesiva expansividad de la clase de potenciales titulares de derechos bajo particulares normas jurídicas de acuerdo con la teoría del interés (Kramer, 2010: 36).

Conviene introducir una serie de observaciones teóricas y metateóricas. En lo que hace al famoso test de Bentham, Kramer sigue la sugerencia de Hart (III§1.3) de apartarse del criterio generalmente empleado por Bentham para determinar los beneficiarios (pertinentes) de una norma o, lo que es lo mismo, los titulares de derechos, esto es, la intención del legislador. Hart, en cambio, propone decantarse por la investigación del conjunto de hechos que podría contarse como la transgresión de un deber.<sup>246</sup> Lo que ocurre es que Kramer reformula la propuesta de Hart en dos puntos (Kramer, 2010: 38): uno, que será explorado brevemente en las consideraciones críticas, es el hecho de que la formulación, que Hart (1982: 178-179) refería a los derechos en términos epistémicos (y Kramer, 1998: 1998: 81-82, 90-91), ahora tiene una formulación ontológica; el segundo es que mientras que Hart se fijaba en las condiciones *necesarias* para entender violada una obligación, Kramer considera que lo adecuado es referirse a las condiciones mínimamente *suficientes* para violar una obligación (Kramer, 2010: 38). En concreto, en su artículo de 2010, dedicado a enmendar versiones precedentes del test de Bentham, declara que el tipo de suficiencia al que se refiere es la suficiencia mínima: un conjunto de hechos es mínimamente suficiente de una violación de un deber si y solo si: [1] el conjunto es suficiente para constituir dicha violación y [2] todo elemento del conjunto es necesario

---

<sup>246</sup> Kramer considera que en este punto Hart no ha hecho una labor de crítica y de mejora, sino de exégesis de la obra de Bentham (Kramer, 2010: 38), lo cual, como he intentado mostrar (III§1), no parece el caso. Desde luego, que Kramer haya denominado su test “de Bentham” no contribuye en absoluto a distinguir lo que pretende, al menos en parte, ser una reconstrucción de lo que es, efectivamente, una propuesta de redefinición.

para la suficiencia del conjunto; esto es, el conjunto no contiene elementos redundantes (Kramer, 2010: 37). Que un cierto elemento sea redundante significa que un cierto hecho no cuenta entre los elementos constitutivos de la violación de una obligación. En ese caso, el individuo que se beneficia por tal hecho no debe ser considerado titular de un derecho bajo un cierto contrato o norma.

Por ejemplo (Kramer, 2010: 37), considérese un contrato entre una empleada y su empleadora: bajo su contrato la empleada es titular y al menos un conjunto de hechos mínimamente suficientes para constituir un incumplimiento del contrato (más bien, del deber contractual) incluye el no haber sido pagada la cantidad que le es debida. Añadamos al propietario del supermercado, que no es titular de derechos bajo el mencionado contrato. La empleada no se ha gastado su dinero en el supermercado a causa de no haber sido pagada por su empleadora. Mientras que el que no haya sido pagada (junto con otros hechos, de fondo) es en sí mínimamente suficiente para conformar un incumplimiento contractual, el hecho de no haber gastado dinero en el supermercado no es miembro del conjunto de hechos suficientes para constituir un incumplimiento. El criterio de Bentham garantiza una adscripción de un derecho contractual a la empleada y ninguna adscripción de derecho contractual al propietario del supermercado; el detrimento del último es un elemento redundante respecto del incumplimiento del deber.

Aunque la argumentación de Kramer es técnicamente sólida y su propuesta parece una manera plausible de delimitar los titulares de posiciones normativas, emplear la prueba de las condiciones mínimamente suficientes para el incumplimiento de un deber como criterio para determinar el beneficiario relevante (el titular de derechos) tiene algunos serios inconvenientes. Creo que los inconvenientes más significativos derivan del hecho de que Kramer sigue las recomendaciones generales de Hart de fijarse en el deber para determinar la pretensión correlativa y de centrarse solo en un preciso momento del establecimiento de derechos y deberes, una vez que el deber ha sido transgredido. Una limitación preliminar es que excluye cualquier posición normativa de la tabla hohfeldiana que no sea una pretensión o un deber. Asimismo, presume que reviste mayor sencillez (acaso semántica, técnica) la tarea de determinar deberes que la tarea de determinar derechos. En realidad, la “determinación de titulares de derechos (y de sujetos obligados)” puede consistir en muy diferentes operaciones y en cada una de ellas puede haber casos en que resulte más difícil la determinación de los sujetos obligados o del contenido de las obligaciones que la determinación de los titulares de derechos o del contenido de los derechos. Por ejemplo, puede ser el caso que sean mayores las dificultades interpretativas de determinar los sujetos obligados con base en disposiciones formuladas lingüísticamente en términos de derechos y pueden ser mayores los problemas probatorios y de adscripción de responsabilidad a los obligados en sectores como el derecho de los consumidores.

Otra limitación importante estriba en que la propuesta de Kramer es de carácter exclusivamente retrospectivo, no prospectivo. No permite saber a quién ni por qué se atribuirá o se debería atribuir un derecho sino que nos permite saber únicamente quién tiene y tenía un derecho cuando la obligación correlativa fue violada y —si se puede reformular la propuesta en clave contrafáctica— quién tendría un derecho de ser

transgredida la obligación correlativa.<sup>247</sup> Se trata de títulos y obligaciones definidos, ya en acto. Asimismo, esta restricción “retrospectiva” va de la mano de una restricción “analítico-conceptual”, lo que hace que la propuesta krameriana guarda silencio sobre buena parte de las cuestiones valorativo-justificativas de los derechos. Volveré sobre ello en el apartado 4.

Por último, un inconveniente menos relevante es que la propuesta de Kramer, el test de Bentham, tiene una excesiva complejidad. Por un lado, hay maneras de explicar las relaciones normativas igualmente idóneas pero menos intrincadas que la proporcionada por el test de Bentham para explicar casos como los ejemplificados por Kramer. Por ejemplo, si identificamos, en virtud de la (interpretación de la) norma en cuestión, la acción que es objeto del derecho y la obligación y entendemos la relación como predicados triádicos, [1] el deber de la empleadora de pagar el salario de la empleada y [2] la pretensión de la empleada de que le sea pagado su salario comparten la misma acción, siendo la empleadora el agente en [1], la empleada la contraparte y siendo la empleada el agente de [2] y la empleadora la contraparte. Queda claro, entonces, que el propietario del supermercado está excluido de esta relación normativa. Si la empleada ha suscrito un pacto con el propietario del supermercado por el cual ella se obliga a gastar su salario en dicho supermercado, esa relación normativa es distinta de la que acaba de mencionarse. He planteado análisis como el que acabo de presentar en distintos capítulos de este trabajo (II§2.2, IV§1.1, IV§2) y los análisis de Kramer cuentan con incontables ejemplos semejantes. Si esto es así, para identificar los beneficiarios relevantes de las distintas relaciones no es necesario referirse a las condiciones mínimamente suficientes de la transgresión de una obligación. Otra cosa es que múltiples derechos y obligaciones se resistan a una descripción “fácil” (como el derecho a ser torturado VII§1), pero esto son problemas que aquejarían a cualquier modalidad de determinación de titulares de derechos. Por otro lado, la formulación krameriana vulnera el principio de sencillez, lo cual no es un defecto especialmente grave por cuanto la propuesta de Kramer está explícitamente dirigida a iusfilósofos, pero es significativa en la medida en que, en calidad de definición operativa relativa a derechos jurídico-positivos, debería ser susceptible de ser utilizada también por los juristas en general.

Las limitaciones que acabo de señalar, aunque resulten especialmente manifiestas y acuciantes en el test de Bentham, no pueden circunscribirse únicamente a dicho test, sino que se deben predicar del conjunto de la teoría de Kramer. Las limitaciones relativas a la restricción a las nociones de “pretensión” y “deberes” respecto del resto de la tabla hohfeldiana, eso sí, acucian a la versión restringida de la teoría del interés, no a la versión extendida. Son predicables del conjunto de la teoría de Kramer porque el test de Bentham no es sino la versión operativa, el procedimiento de decisión, con el que realizar las tesis básicas de la teoría de Kramer.

---

<sup>247</sup> Si ahora no me refiero a “pretensión” y “deber” sino a “derecho” y “obligación” es para mostrar que lo que estoy afirmando es susceptible de ser aplicado a cualquier sentido hohfeldiano de los términos “derecho” y “obligación”.



Si lo que he expuesto en las anteriores líneas concierne a la identificación de los titulares de derechos determinados, conviene examinar ahora la comprensión krameriana relativa a la clase de titulares potenciales de derechos. Naturalmente, dada la amplísima denotación potencial del vocablo “interés”, la teoría del interés permitiría, de entrada, reconocer como posibles titulares un amplio espectro de seres (animales humanos y no humanos, colectividades); si la clase de humanos adultos con capacidades cognitivas sólidas supone la clase paradigmática de acuerdo con la teoría del interés, esta es la clase exclusiva de acuerdo con la teoría de la voluntad (*vid.* Kramer, 2008: 419). Los criterios de delimitación de clases de potenciales titulares no los puede proveer la propia teoría del interés, pues se trata de una tarea moral, en un gran nivel de abstracción (Kramer, 2008: 419). La mejor manera de proceder para tal delimitación es establecer conjuntos paradigmáticos de individuos e ir concediendo o denegando titularidad de derechos a otros en función de la posesión o carencia de ciertas propiedades; en este sentido, se pueden tomar en cuenta una serie de factores como la nocicepción, la capacidad cognitiva, etc. (*vid.* Kramer, 2010: 35; para un concienzudo examen de algunos criterios *vid.* Kramer, 2001: 34 ss.).

Pero aún si “interés” es un concepto con una extensa denotación e incluso si la concepción que defiende el propio Kramer del concepto “interés” es algo amplia, es importante, advierte Kramer, trazar una distinción entre los intereses que pueden y aquellos que no pueden dar lugar a derechos. Kramer distingue entre intereses propios e intereses vicarios, y afirma que solo los primeros pueden constituir el contenido de derechos. Kramer propone el ejemplo de una abuela que tiene interés en que su nieta se vea pagada, y tiene tal interés incluso aunque desconozca si su nieta efectivamente ha sido pagada o no. Respecto de tal escenario, Kramer señala que un individuo no puede tener un derecho que consista solo en un interés o unos intereses en el caso de que dichos intereses sean enteramente vicarios; para beneficiarse y, a su vez, para poseer un derecho, el presunto titular del derecho debe tener un interés directo, un interés propio, si bien su contenido puede ser enteramente altruista (*vid.* Kramer, Steiner, 2007: 302-303; la posibilidad de incluir el altruismo en el fundamento de los derechos es explorado IX). Tangencialmente, es importante notar que Kramer se refiere también a “intereses directos” e “intereses indirectos” (Kramer, 1998: 55-56), pero no aclara en qué modo tal distinción puede ser integrada o si es coextensiva a la de intereses vicarios e intereses propios. De esta suerte, se da respuesta al problema de los terceros beneficiarios (*cf.* Kramer, 1998: 80). También se refiere Kramer a intereses directos/indirectos (1998: 55-56), pero no aclara si tal distinción pueda complementar o superponerse a la de intereses propios/vicarios.

Veamos con algo más de detalle por qué los derechos no pueden ser consecuencia de intereses meramente vicarios. En la teoría de Kramer hay una conexión entre el estatus intrínseco que tiene un individuo, colectividad o criatura no humana y la susceptibilidad de adscripción de derechos (Kramer, Steiner, 2007: 304). Cuando un teórico del interés adscribe a un individuo un derecho correlativo a un cierto deber, está presuponiendo que uno o más intereses del titular son promovidos por el deber; el interés que subyace al

estatus de ese individuo como titular de un derecho debe ser el interés propio de ese individuo en vez del interés de alguna otra persona (Kramer, Steiner, 2007: 304). Retomando el ejemplo de la abuela, si el interés que le es imputable lo es meramente como extensión de su nieta ese interés no puede constituir base alguna para atribuir derechos a la abuela (Kramer, Steiner, 2007: 304). La moraleja es que, contrariamente a la de Raz (VI§3), la teoría del interés de Kramer está principalmente concernida con la protección del *titular* del derecho.

El test de Bentham y la distinción entre intereses propios y vicarios son dos maneras de salvar la objeción de los terceros beneficiarios (*cf.* Kramer, 1998: 80). La estrategia tras la distinción entre intereses propios y vicarios consiste en prevenir que alguien que se beneficia contingentemente de una cierta norma sea considerado titular de derechos. Es una estrategia conceptual, no normativo-sustantiva como la defendida por Raz (VI§3). Si esto es así, en todo caso, cualquier titular de derechos identificado mediante el test de Bentham debe poder tener intereses propios en el contenido de tales derechos. Viceversa, el menoscabo de intereses vicarios debe estar entre el conjunto de hechos mínimamente suficientes para el incumplimiento del deber. De lo contrario, si uno y otro no coincidieran, habría que considerar que o bien el test de Bentham o bien la distinción entre intereses propios y vicarios son incorrectos.

### VII.3. Derechos jurídico-positivos, títulos definidos

Hasta ahora, me he referido fundamentalmente a “derechos”, pero los lectores de Kramer se habrán encontrado en sus trabajos de forma sumamente recurrente con la expresión “legal rights”. En efecto, la teoría krameriana pretende esclarecer ante todo los derechos jurídico-positivos (*vid.* Kramer, 2010: 31; *cf.* Kramer, 1998: 8), y las alusiones a los derechos morales son más bien infrecuentes. Sea como fuere, la teoría del interés de Kramer es extensible al dominio moral; Kramer ha dedicado alguna atención a dicha extensión y, especialmente, ha formulado algunas diferencias de los derechos jurídico-positivos y morales (Kramer, 2004: 249-294). Entre tales diferencias, debe mencionarse que, a diferencia del terreno jurídico, los remedios (las obligaciones remediales) son un componente necesario de los derechos en el campo de la moral crítica. Esto equivale a decir que los deberes nominales morales no son deberes en absoluto.<sup>248</sup> Por ende, Kramer concibe derechos morales y les concede un lugar también en el terreno jurídico; después de todo el filósofo americano es un incorporacionista y un positivista incluyente (*vid.* Kramer, 2004: 3 ss.). Es decir, no es el positivismo teórico lo que determina la restricción de la atención de Kramer por los derechos jurídico-positivos, sino el positivismo metodológico. Kramer está fundamentalmente preocupado por la filosofía jurídica en sentido estricto, y aspira a formular una “teoría de la naturaleza de la posesión de derechos” (“theory of the nature of legal right-holding”). Además, Kramer entiende la explicación de los rasgos fundamentales y de las funciones de los derechos como cuestiones analíticas (*vid.* Kramer, 2008: 414-415). Al hacerlo, las cuestiones normativas

---

<sup>248</sup> Este punto será importante para la discusión en la sección 4.

pueden ser eludidas en gran medida. Pero eso, en todo caso, no equivale a que, cuando menos, y como reconoce el mismo Kramer, la teoría del interés no entrañe profundas implicaciones morales y no esté comprometido, en cierta medida, con elementos valorativos, como veremos en el cuarto apartado de este capítulo.

Dentro de los derechos jurídico-positivos, Kramer delimita con rigor distintos momentos de determinación o estipulación. En concreto, decide circunscribir su atención a la última etapa de determinación, la de los títulos definidos. Kramer estima que es muy importante segregar intereses y títulos y distinguir diferentes etapas en el establecimiento de títulos, preservando el marco teórico hohfeldiano y, con estos propósitos en mente, Kramer propone una taxonomía tripartita. [1] Los distintos intereses de la gente (*people's interests*) –incluidos los intereses a no verse constreñidos– [2] los títulos incipientes (*inchoate entitlements*), esto es, juicios de que ciertos intereses merecen cierta protección moral y jurídica, aunque por el momento se halle indeterminada y [3] los derechos definidos (*defined entitlements*), sean genuinos sean nominales, ya sean generales ya sean concretos (*vid. Kramer, 1998: 46*).<sup>249</sup> Para que un derecho incipiente pueda devenir un derecho determinado o un conjunto de derechos determinados son oportunas dos fases de especificación: hay que determinar el *tipo* de protección moral o jurídica –lo cual requiere una decisión acerca de las relaciones que salvaguardarían el interés digno de tutela, por ejemplo, una libertad o un conjunto de libertades, pretensiones, poderes e inmunidades– y, en segundo lugar, hay que establecer la dirección o aplicación, esto es, *quién* ha de soportar la situación correlativa al derecho (deber, no-derecho, incapacidad o sujeción), a quién incumbe la protección (Kramer, 1998: 46–48). Hay una conexión conceptual, no se puede especificar una instancia de derecho hohfeldiano sin que se haya especificado su posición correlativa (*vid. Kramer, 1998: 33*). En lo que se refiere a la propuesta de Kramer, esta se encuentra enfocada en el momento [3] y busca determinar la direccionalidad del deber definido, es decir, quién ostenta el derecho definido correlativo. Según Kramer, la teoría del interés y la teoría de la voluntad articulan la base de la direccionalidad de los deberes (Kramer, 2013: 245, *cf.* Kramer, Steiner, 2007: 298, donde define las teorías de la voluntad y del interés mediante referencia a los deberes).

Con la distinción tripartita se pretende también corregir un error de la concepción dinámica de los derechos. Kramer reprocha a Raz el que induce a sus lectores a confundir los intereses con la tutela moral o jurídica de tales intereses (Kramer, 1998: 44).<sup>250</sup> Con ello, Raz avala la confusión y equiparación de [2] y [3] a [1]. Además, Raz y MacCormick subrayan la importancia de conferir un derecho a alguien aun cuando seamos incapaces de especificar el modo de dar forma al derecho o la manera de concluir frente a quién se tiene tal derecho. Ambos autores, en todo caso, responden a esa necesidad teórica de forma errónea, afirmando la prioridad lógica de los derechos con respecto a las

---

<sup>249</sup> La terminología de “inchoate entitlement” y parte del sentido de la noción provienen seguramente de Hohfeld (*vid. Hohfeld, 2010: 55*).

<sup>250</sup> Como acabamos de ver, Kramer enfatiza la distinción. Como escribe Kramer (1998: 44), ya Hohfeld estaba preocupado por tal distinción: “there is a very obvious difference –and one vitally important for the solution of problems in the conflict of laws–between a mere *factual interest* and its *legal recognition* (legal claims, privileges, etc.)” (Hohfeld *in* Kramer, 1998: 44–45).

obligaciones. Se puede sostener que cuando los promotores de la concepción dinámica de los derechos aluden a los derechos como la base de obligaciones, pese a que los derechos no estén suficientemente definidos, están hablando de [2], títulos incipientes, no determinados (Kramer, 1998: 46, 48). Raz y MacCormick no reconocen, por consiguiente, la distinción de [2] y [3]; y, en todo caso, tal distinción parece contrastar con su concepción de los derechos como razones para someter a otra persona a un deber; la concepción dinámica ve la transición entre [2] y [3] como un proceso fluido. El potencial semántico de la noción “derecho” reside en la imposibilidad de captar, de una vez por todas, los posibles desarrollos de las posiciones normativas fundadas por el derecho.

De acuerdo con Kramer, la protección de derechos queda básicamente determinada en el tránsito entre [2] y [3]. Para la cuestión de la protección o, con mayor precisión, para la cuestión de la efectividad de los derechos, la distinción entre derechos genuinos y nominales es crucial. Un derecho (o un deber) es genuino y no simplemente nominal cuando, al menos, se cumplen dos condiciones: cuando el derecho es *enforceable*, ejecutable, susceptible de ejercicio, y renunciable (*vid.* Kramer, 1998: 34, 64, 78). Si la teoría de la voluntad sostiene que todo derecho debe ser ejercitable y renunciable por su titular, Kramer, por su parte, sostiene que todo derecho –para ser genuino– debe ser ejercitable y renunciable por su titular o por otra persona (Kramer, 1998: 64, 78; *cf.* MacCormick, 1982: 344, distinciones que evocan la distinción del comienzo de la Edad Moderna entre *ius perfectus/ius imperfectus*).<sup>251</sup> [2] La segunda condición es que el derecho vaya acompañado por inmunidades que impiden ser desposeído del derecho. Las inmunidades juegan un papel importante al dar estabilidad a otros derechos (Kramer, 2008: 417, 418). Aunque la integración de las inmunidades en el modelo krameriano de los derechos ha suscitado algunas perplejidades en relación con la posibilidad de que haya distintos sentidos en que un derecho puede ser llamado “genuino” (*vid.* Kurki, 2019: 7), vale la pena mencionar que también ha sido acogida por análisis de los derechos prominentes (p. e., Edmundson, 2004: 124). En verdad, la integración no parece plantear problema alguno: el impedimento para no ser privado de un cierto título es el ingrediente más básico para la efectividad de dicho título. El único inconveniente de semejante solución es el aumento de complejidad, ya que todo derecho (genuino) pasaría a ser un derecho complejo conformado por, al menos, dos títulos –una inmunidad relativa a algún título y ese título. En verdad, si se mantiene la condición de la posibilidad de ejercicio del derecho (recogida en [1]), todo derecho estaría conformado por algún título –el candidato más apto para ser dicho título es una pretensión, habida

---

<sup>251</sup> Esta dicotomía ha de ser distinguida de la de títulos in/operativos (*vid.* Kramer, 2001: 65 ss.). Mientras que los derechos y deberes nominales no son ejecutables, los derechos y deberes inoperativos no son ejecutados, simplemente; p. e., un deber –incluso un deber genuino– debe ser considerado inoperativo cuando el ejercicio constante de poderes de renuncia sobre el deber hace que permanezca sin ser ejecutado (*vid.* Kramer, 2001: 67). El reconocimiento de las dos dicotomías es importante puesto que los teóricos de la voluntad solo requieren que los derechos sean ejecutables, no están forzados a afirmar que los derechos deben ser sistemáticamente ejecutados (*vid.* Kramer, 2001: 69).

cuenta de la versión restringida de la teoría del interés krameriana—, una inmunidad referida a tal título y un poder de ejecución y renuncia, para poder hablar de “derechos ejecutables” y, con ello, de “derechos genuinos”.

A estas alturas, semejante conclusión plantea algunas serias dificultades, dificultades que pueden cifrarse en la decisión dilemática entre una versión restringida y una versión extendida de la teoría del interés. Así, Kramer puede sostener que la pretensión es el microderecho que realiza de forma paradigmática o de forma exclusiva la función que la teoría del interés adscribe a toda posición normativa que puede razonablemente ser denominada “derecho subjetivo”. Pero, aunque esto fuera así, tal microderecho debe verse complementado por inmunidades y por poderes, al menos, en los casos frecuentes y relevantes en que debe ser considerado “genuino”. El problema de esta complementación es que se abre un dilema. O bien consideramos las inmunidades y los poderes meramente instrumentales respecto del derecho paradigmático o exclusivo “pretensión” —el derecho que propone la teoría del interés seguiría siendo un microderecho—; pero en este caso la teoría del interés dejaría sin explicar el papel de poderes e inmunidades en cuanto derechos, puesto que no serían más que complementos (relevantes, pero complementos) de las pretensiones. Pero restringir el calificativo de “derecho subjetivo” a solo una de las posiciones hohfeldianas es algo que contraría los propios análisis de Kramer y que, bajo distintas ópticas, puede considerarse reductivo. O bien la teoría del interés puede proponer un modelo de “derecho subjetivo” consistente en un macroderecho conformado por una pretensión, una inmunidad y un poder. En este último caso, la conclusión sería que el modelo de “derecho subjetivo” de la teoría del interés coincide en buena medida con el modelo de la teoría de la voluntad. Como se recordará, el modelo de la teoría de la voluntad está integrado por un poder (de control) respecto de un deber, una pretensión correlativa a tal deber y una libertad bilateral (para decidir si ejercitar o no ejercitar tal control), a lo que se vendrían a añadir sendas inmunidades para no verse desprovisto de cada uno de esos títulos. Conviene señalar que no se trata simplemente de una convergencia estructural —correspondiente a una “equivalencia extensional sobre un amplio rango de situaciones” (Kramer, 2012: 129)—, sino una afinidad material —“proximidad intensional” podría decirse con un léxico cercano al de Kramer (*vid.* Kramer, 2012: 129)—, puesto que las razones para defender la concurrencia en el modelo de “derecho subjetivo” de poderes, pretensiones e inmunidades coincide en la teoría de la voluntad y en la teoría del interés. La diferencia radicaría en la distinta consideración de poderes y pretensiones y de los valores que estas posiciones realizan. La teoría de la voluntad enfatiza el papel de los poderes —y de las libertades bilaterales— como realización de la autonomía del titular, mientras que la teoría del interés considera este papel relevante (aunque secundario) solo para los derechos genuinos. Viceversa, la teoría del interés hace hincapié en las pretensiones como elemento de “protección normativa” por antonomasia y la teoría de la voluntad asigna a las pretensiones un rol secundario, en el momento en que los deberes son el elemento sobre el que ejercer la decisión protegida.

Otra distinción crucial señalada por Kramer que atañe a la determinación de los títulos es la diferencia entre títulos concretos y generales. Kramer identifica varios niveles de especificidad: un derecho general o abstracto –lo mismo sea dicho de un deber– puede justificar la imposición de derechos concretos –o deberes concretos, si se trata de deberes generales. Tal justificación es, en todo caso, distinta de la señalada por Raz. Aquí “justificar” equivale a la derivación de un derecho concreto de uno abstracto, en el sentido de que el primero es una consecuencia del segundo o, alternativamente, el primero es considerado fundamental para la realización del derecho abstracto (*vid.* Kramer, 1998: 43-44). Dicho sea de paso, para Kramer, los derechos generales son siempre títulos definidos, especificados, aunque no sean específicos (es decir, son genéricos), pues solo los títulos definidos pueden implicar otros derechos (Kramer, 1998: 47-48). La distinción entre niveles de especificidad constituye otro instrumento del que podrían servirse los defensores de la concepción dinámica para explicar la capacidad de los derechos de dar lugar a otras posiciones, ganando en claridad (*vid.* Kramer, 1998: 43). Antes de pasar a realizar algunas consideraciones acerca de la esfera justificativa de la teoría de Kramer y de cualquier teoría de los derechos, considero importante examinar un aspecto sustantivo significativo: ¿qué concepción defiende Kramer de los intereses? Como veremos, se trata de un aspecto algo desatendido por el profesor cantabrigense. Si bien es cierto que Kramer dedica considerable atención a algunos aspectos sustantivos de detalle sobre los que conviene que se pronuncie un teórico del interés (p. e., los criterios sobre cuya base pueden seleccionarse potenciales titulares, Kramer 2001: 34 ss.), hay algunos sobre los que la respuesta no es satisfactoria. Uno que me parece notable es el carácter subjetivo u objetivo de los intereses que protegen o fomentan los derechos. Kramer, con cierta insistencia, afirma que la concepción del bienestar que él promueve “is objective rather than accommodatingly subjective” (Kramer, 2001: 80), y explica semejante afirmación como una deferencia a los juicios valorativos expresados por los individuos en la mayoría de los contextos, pero también a la necesidad de resistir tales juicios cuando sean erróneos o miopes. Tal es el caso, frecuentemente, cuando la clase de potenciales titulares está integrada por niños o por incapaces, y, con más razón, con animales no humanos (*vid.* Kramer, 2001: 80, 91).

Kramer plantea el problema en los siguientes términos: él define su concepción de los intereses como “preética”, en el momento en que toma en cuenta lo que una cierta persona desea (elemento subjetivo) así como aquello que una persona debería desear (elemento objetivo) (*vid.* Kramer, 2016: 48). Parece extraño e inadecuado denominar semejante comprensión “preética” y, de hecho, se trata sin duda de una visión ética (de un tipo cognitivista) y podemos describirla como una que oscila entre el subjetivismo (de las preferencias de los individuos) y el objetivismo (estas cuestiones son discutidas IX). Cuando aborda la comprensión de, aunque no la adhesión a, derechos controvertidos como aquel al que me he referido antes (V.1), Kramer pretende zanjar la cuestión indicando (Kramer, 2001: 95) que él defiende la misma visión que la clarificación de Hart de Mill (Hart, 1963: 30-34). El problema es que esto no resuelve en absoluto la cuestión, en el momento en que Hart cambia la comprensión de Mill de los deseos sensatos/equivocados y no es claro qué posición asume Hart en la parcialmente redefinida lectura de Mill.

## VII.4. Sobre la dimensión justificativa de la teoría de Kramer y de las demás teorías de los derechos

Como ha quedado de manifiesto, algunos elementos sustantivos no reciben la atención que podría esperarse de una teoría de los derechos y otros elementos son sencillamente presupuestos. Kramer sostiene que para los teóricos del interés, se trata de salvaguardar el bienestar del titular de un derecho; el principal desiderátum que corresponde a dicho sujeto es la protección (Kramer, 2008: 418; *cf.* Kramer, Steiner, 2007: 289), pero resulta que esa justificación es presupuesta y permanece falta de una articulación de cierto detalle, al menos en algunos puntos.

Es cierto que no en todos: me parece que el propio Kramer subestima el compromiso valorativo de su propuesta. Kramer no se limita a mostrar –aunque eso pretendan su cláusula definitoria y su test de Bentham– quién es el titular de un derecho en el sentido de qué individuo ocupa una posición sencillamente identificable en términos analítico-conceptuales, estructurales. Cuando Kramer detalla diferentes argumentos en virtud de los cuales un individuo puede ser considerado titular de un derecho (un ejemplo significativo en Kramer, Steiner, 2007: 290-292), no está mencionándose solo en términos lógicos a si ese individuo es la contraparte en una relación dada, sino que está pronunciándose sobre qué debe contar como un derecho y que no. Si la primera tarea puede ser estrictamente analítico-conceptual, no puede decirse lo mismo de la segunda, que es valorativo-justificativa; y resulta que es la segunda tarea de la que ha de servirse un teórico de los derechos cuando debe articular algunas tesis fundamentales relativas a la función de los derechos.

La disparidad de tareas está tematizada en los rótulos de que se vale Kramer; pero los rótulos, precisamente, minimizan la presencia de la tarea no priorizada por el rótulo escogido. Como he señalado repetidas veces, Kramer prefiere denominar su propuesta una teoría “de la titularidad” de derechos (Kramer, 2016: 1), y explica que está centrada en determinar la base de la direccionalidad de los deberes. Pero ¿cuál es la base de la direccionalidad de los deberes? ¿Qué hace que una cierta obligación de un individuo le sea debida a otra persona? La “base de la direccionalidad” no puede sino depender de un argumento de índole valorativo-justificativa. Ello sin perjuicio de que el instrumental que empleemos para determinar los escenarios en que solemos decir que un cierto individuo tiene un derecho sea eminentemente formal. Si seguimos la teoría de Kramer, podemos determinar un derecho (un título definido) por referencia al deber correlativo (su cumplimiento o su transgresión) y, conjuntamente, por referencia a los efectos beneficiosos del deber. La explicación de los derechos como la posición correlativa a un deber puede ser llevada a cabo en términos conceptuales y, en general, neutrales. Pero no ocurre lo mismo cuando estipulamos como condición para considerar a una cierta posición normativa “derecho subjetivo” su carácter generalmente beneficioso para el titular. Las nociones de “beneficio”, “interés”, “ventaja”, siendo teóricamente iluminantes, muestran un compromiso valorativo. Identificar el contenido de los derechos como la protección del bienestar o con la promoción de la voluntad y privilegiar una comprensión sobre la otra atañe a la justificación. En el momento en que Kramer se pregunta acerca de los “efectos intrínsecos” de las normas, el efecto que específicamente le interesa es la propiedad normativa de “beneficiar” y aspira a analizar y recoger

conjuntos de casos en que puede decirse que un individuo es “beneficiado” por una norma, decididamente Kramer pasa el Rubicón de las consideraciones valorativo-justificativas.

Aunque Kramer propone una “teoría del interés sin adornos políticos” (Kramer, 1998: 91), no puede evitar un compromiso con la valoración. Kramer explícitamente reconoce que su teoría, como toda teoría acerca de la función de los derechos, “debe adoptar al menos una delgada postura valorativa” (“*a thin evaluative stance*”, Kramer, 1998: 91). Pero el reconocimiento de Kramer no parece hacer justicia a los compromisos que debe asumir cualquier teoría de los derechos que se interroga por las preguntas por las que Kramer se interroga.<sup>252</sup>

Clarificar la función y el contenido de los derechos es una investigación teórica, guiada por desiderata teórico-explicativos (*vid.* Kramer, 2008: 420; *vid.* Kurki, 2018: 4) pero no solo eso (IV§; IX§3). Las características fundamentales y las funciones básicas de los derechos son cuestiones analíticas (*vid.* Kramer, 2008: 414), pero son también, y en una medida muy significativa, materia de valoración y justificación.

Hablar de “teoría de la titularidad o de la posesión de derechos” o hablar de “teoría de los derechos” no sería solo cuestión de rótulos, para Kramer. El filósofo americano sostiene que una teoría de la titularidad de derechos es una teoría englobada dentro de una más amplia teoría de los derechos (*vid.* Kramer, 2012: 129). Si la segunda tiene que englobar otros componentes y con ello asumir una serie más amplia de compromisos teóricos, resulta que la primera los puede eludir. Una teoría de la posesión de derechos jurídico-positivos (“*a theory of the nature of legal right-holding*”) sería una investigación fundamentalmente teórico-explicativa, fundamentalmente centrada en las condiciones necesarias y suficientes de la existencia de la posesión de derechos (*vid.* Kramer, 2012: 132). Resulta que podemos conocer algunas cosas que no son “teorías de la titularidad de derechos” para Kramer (*vid.* Kramer, 2012): [1] una teoría acerca de la “naturaleza” de los derechos morales, [2] una teoría política de los derechos que poseemos o [3] una teoría que prescribe qué derechos jurídico-positivos deben ser atribuidos (una filosofía política).

La distinción de la teoría de Kramer de titularidad de derechos jurídico-positivos respecto de [1] reviste poca importancia, bien por el positivismo incluyente del autor, bien por su reconocimiento de que la mayor parte de aspectos de su teoría son transferibles a la “posesión” de derechos morales. De nuevo, la diferencia no radicaría tanto en el objeto –Kramer insiste en que puede hablarse en uno y otro caso de “teoría de la titularidad” sin necesidad de hablar de “teoría de los derechos”– sino en el enfoque.

La distinción respecto de [2] es más capilar. Es relativamente habitual –desde luego, no es en absoluto exclusivo de Kramer (V§5)– tematizar un reparto de tareas entre las empresas analítico-conceptuales y las empresas valorativo-justificativas como si se tratara de que la primera está orientada a comprender la “naturaleza” de los derechos –derechos

---

<sup>252</sup> En verdad, la crítica de Kramer hacia otras posturas sumamente cargadas de contenido político-moral y el afán por presentar una propuesta libre de abalorios sustantivos, ha llevado a que el teórico estadounidense relativice y escatime palabras en la dimensión valorativa de su empresa. Y, en todo caso, no es plausible que (cualquier versión de) la teoría del interés sea necesariamente una propuesta más neutral que (cualquier versión de) la teoría de la voluntad, como da a entender Kramer en distintos pasajes (1998: 91 ss.). Kramer seguramente concedería que la teoría de la elección hartiana es más agnóstica en lo valorativo que la teoría del interés propuesta por Raz.



ya positivizados— y la segunda, encerrada en [3], orientada a determinar qué derechos deben ser atribuidos frente a qué sujetos. Pero que la distinción quede operacionalizada de esta manera resulta sumamente dudoso, por frágil e implausible: el segundo elemento parece un ejemplo de política del derecho o de crítica moral del derecho, pero no es en absoluto exhaustivo del territorio de la crítica valorativo-justificativa de los derechos. En segundo lugar, si se pretende plantear como una distinción entre descripción y prescripción, la distinción es muy volátil en una criatura ficticia como son los derechos. O, en otra hipótesis menos caritativa, es ingenua y esencialista si lo que se pretende es descubrir la “auténtica naturaleza” de los derechos). Me parece que el problema que se está discutiendo descansa en la posibilidad de que para los derechos podamos disponer de modelos puros de aquello que tendríamos que tener al margen de lo que tenemos y modelos puros de lo que tenemos al margen de lo que tendríamos que tener. Lo cual, naturalmente, no significa difuminar la distinción entre el derecho como es y el derecho como debería ser. Aún a riesgo de repetir algunas consideraciones, creo importante reiterar que no pretendo afirmar que no haya dos enfoques diferenciados en términos generales, uno analítico-conceptual, cuyo ejemplar es la tabla de Hohfeld, y uno valorativo-justificativo, cuya formulación paradigmática es la propuesta de Raz. Lo que sostengo es que a poco que un teórico pretenda pronunciarse sobre algunos aspectos clave de qué quiere decir “tener un derecho” cae en el segundo haz de preguntas y que la distinción entre uno y otro enfoque, con cierta frecuencia, está mal planteada. Creo que estos dos errores se dan en el caso de Kramer.

Pero que Kramer minimice las contribuciones sustanciales que contiene su teoría no quiere decir que su teoría, aún con la inadvertencia de Kramer, cubra de forma satisfactoria el conjunto de cuestiones justificativas a las que una teoría de los derechos podría y debería dar respuesta. La mayoría de las limitaciones que acucian a la teoría de Kramer ya han sido referidas en este capítulo. La teoría de los derechos krameriana debe mucho a las tesis y la taxonomía de Hohfeld y a algunas sugerencias operativas fundamentales de Hart. Acaso sus principales limitaciones radiquen en que, como Hohfeld, busca permanecer en buena medida en un plano analítico-conceptual y, como insinúa Hart al teórico del interés, se fija en la vulneración de los deberes y permanece en un plano retrospectivo, no prospectivo (*de lege lata*, no *de lege ferenda*). El aporte krameriano nos permite identificar al titular de un derecho en calidad de agraviado o de (efectivamente) beneficiado,<sup>253</sup> pero no nos ofrece ningún criterio para determinarlo ex ante ni para atribuir a un individuo titularidad. Justamente, y esto apunta a la restricción de [3], resulta injustificado que Kramer no se ocupe de la justificación prospectiva de los derechos y por los procesos que conducen de los intereses de la gente a los títulos definidos cuándo se adentra con tanto detalle en qué medida y en qué ocasiones hay que entender que, retrospectivamente, una norma beneficia a un sujeto. El planteamiento de Kramer en relación con lo que acabo de plantear da a entender que no hay opción entre una teoría sustantiva que prescribe cuándo debe haber un derecho en función de un interés y una teoría formal que determina destinatarios de una norma, pero resulta que la especificación de tales destinatarios como “beneficiarios” y la caracterización en detalle de estos crea una suerte de alternativa que acerca la segunda opción a la primera.

---

<sup>253</sup> La calificación de “efectivamente” simplemente busca hacer explícito que el test puede efectuarse solo desde el momento en que se produce el beneficio o el daño. No pretende evocar la cuestión de los terceros beneficiarios, que Kramer resuelve, a mi parecer, concluyentemente.

Que pudieran darse las restricciones que acabo de señalar ya fue advertido, de forma incipiente, por Simmonds: “Interest Theorists may be tempted by the identification of rights with those interests the encroachment upon which would be sufficient to establish a breach of the duty. This preserves the positivism of the theory, but at the price of disconnecting the theory from its wider significance” (Simmonds, 1998: 198). Si Kramer proporciona algunos elementos de análisis y algunos instrumentos conceptuales y teóricos de inspiración hohfeldiana que constituyen un valioso correctivo de distintos aspectos poco e inadecuadamente tratados por los defensores de la concepción dinámica, tales defensores se pronuncian sobre aspectos de la justificación –aspectos que es común que los filósofos del derecho discutan desde Hart (1955, 1982)– que quedan desatendidos y que debieran ser atendidos por Kramer (*cf.* Kramer, 1998: 41, donde reconocía una pretensión afín a la concepción dinámica).

El último inconveniente de la propuesta de Kramer que me gustaría señalar aquí es su afirmación insistente de que el titular de la pretensión se beneficia del deber correlativo (Kramer, 2010, 32; Kramer, 2013: 246; Kramer, 2016: 1). Nótese que, significativamente, la versión extendida de la teoría del interés predica el carácter beneficioso del título no de la posición correlativa. De este modo, se da una primera asimetría, pues en lo que hace a las pretensiones, “rights must be specified by reference to the actions of the people who bear the correlative duties” (Kramer, 1998: 13), mientras que en lo que atañe a los demás derechos, la acción relevante es la del titular del derecho, si nos regimos por el tenor de la versión extendida de la teoría del interés. Adicionalmente, se añade una segunda asimetría, y es que Kramer antepone la versión restringida a la versión extendida de la teoría del interés: esto es, se anteponen los deberes a las pretensiones –en virtud de la versión restringida– y se anteponen las demás tres acepciones de “derecho subjetivo” a los elementos correlativos –en virtud de la versión extendida– pero hay que conjeturar que se antepone la noción de “deber” sobre cualquier otra, en virtud de la preferencia de la versión restringida sobre la versión extendida. Para la versión extendida, las posiciones correlativas a los títulos (a los “derechos”) son más pobres explicativamente que los títulos mientras que para la versión restringida son las pretensiones más pobres explicativamente que los deberes.

Naturalmente, Kramer puede reconvenir que si pretensión y deber son correlativos lo mismo da predicar el carácter beneficioso de una posición que de otra. Pero, de hecho, el problema no atañe a la correlatividad lógico-conceptual de pretensiones y deberes –que es como Kramer erróneamente replica a la acusación de Hart (*vid.* Kramer, 1998: 26-27; *vid.* Kramer, 1991: 286-287)–, sino al lenguaje de los derechos. El problema precisamente reside en que Kramer otorga –me parece que sin suficiente fundamento (VII§2)– prioridad explicativa a los deberes y hace rotar toda su propuesta sobre el potencial explicativo de estos en relación con la teoría del interés. Pues no hay que olvidar que la teoría de la función de los derechos krameriana está dirigida a compensar deficiencias epistémicas, y si esto es así ¿Qué nos hace pensar que es de conocimiento más seguro el titular y el contenido de un deber que el titular y el contenido de un derecho? Y la misma pregunta puede hacerse con respecto a las demás posiciones jurídicas, con la notable diferencia –para la que Kramer no proporciona suficientes argumentos– de que la posición que es más informativa no es la “obligación” sino el “título”. Creo que la parte de razón que tiene la acusación de redundancia de Hart (III§2.1, III§4), que, en algún sentido, la noción de “obligación” puede expresar más

contenido semántico y más eficazmente que los derechos, es significativa predicada de la teoría krameriana: aunque los derechos siguen teniendo autonomía conceptual respecto de los demás elementos normativos, se ven de algún modo relegados a un plano accesorio por la importancia de los deberes. Si la conclusión que acabo de extraer es plausible, resulta llamativo que las herramientas que Hart ha proporcionado al teórico del interés se pretendan el mejor instrumento con que estudiar los derechos al tiempo que son el arma con la que sembrar su irrelevancia.

## VII.5. Recapitulación

El aporte de Kramer tiene la principal virtud teórica y metodológica de presentar una articulación sofisticada de la teoría hohfeldiana en el punto en que esta puede aplicarse a los fines del teórico del interés. Asimismo, su aporte contribuye decisivamente a introducir precisión en el análisis de los aspectos estructurales de los derechos. La correlatividad y otras tesis fundamentales de la teoría de Hohfeld consienten a Kramer centrar su atención no tanto en los derechos –fundamentalmente, pretensiones– como en las obligaciones correlativas –deberes, según la taxonomía hohfeldiana. Esta primera jugada teórica lleva a determinar el derecho en función de su concepto correlativo, con lo que resultaría (más) prescindible la alusión a la dimensión valorativo-justificativa de los derechos. La segunda jugada teórica consiste en aplicar una versión operativa de la cláusula definitoria de la teoría del interés (el test de Bentham) a los deberes, con vistas a determinar quién ocupa la posición de la contraparte en la relación jurídica y si tal persona se beneficia de esa posición. En esta segunda pauta es más difícil zafarse de un examen de índole valorativo-justificativa, a pesar de que Kramer busque minimizar con tenacidad esta consideración.

El principal valor de los trabajos de Kramer estriba en su análisis, en la exactitud con la que disecciona las diferentes relaciones jurídicas y algunas herramientas que propone para el examen de las relaciones en sus distintos estadios (esto es, la distinción entre etapas de determinación y niveles de especificidad).

En lo que hace a su teoría, la principal limitación es que, en su pretendida preocupación casi exclusiva por aspectos analítico-conceptuales, desatiende algunos rasgos fundamentales de la justificación que una teoría de los derechos debería considerar. Por añadidura, Kramer subestima los elementos justificativos que efectivamente contiene su propia formulación. Otras restricciones significativas lastran la teoría de los derechos krameriana: la estipulación por la cual restringe el “derecho subjetivo” a la noción de “pretensión”, el carácter retrospectivo de la propuesta. Es decir, la teoría de los derechos de Kramer deja sin explicar –al menos, en gran medida– la mayoría de la tabla hohfeldiana y muchos aspectos relativos a la justificación de la (posible) atribución de posiciones normativas ventajosas. Con ello, resulta una teoría poco útil para dar cuenta de los derechos morales.

Si bien es mucho más apta como una teoría de los derechos jurídico-positivos, por cuanto se presenta ante todo como una teoría de determinación de destinatarios de normas, ideada para hacer frente a la insuficiencia epistémica, los instrumentos verdaderamente operativos de su teoría (el test de Bentham), los que podrían ser más

directamente aplicables por el jurista, revisten excesiva complejidad como para lograr ese fin.

## Capítulo octavo. Preferencias, necesidades, bienes: el “interés” desde la filosofía moral y política

Les motifs de cultiver la justice qu'il [*i. e.*, l'auteur, Jacques Esprit] trouve dans les souverains sont une fierté, un désir ardent de régner, une politique rigoureuse contre tout ce qui peut causer du trouble. [...] Dans les philosophes, la vanité de se faire croire ce qu'on n'est pas. Mais n'est-il point possible et même naturel, qu'un homme trouve du plaisir dans le bon ordre parmi les hommes, comme on en trouve dans les ordres des colonnes d'architecture ; et qu'il trouve du déplaisir dans les violences, comme on en trouve dans les plaideurs qui choquent? Pour peu qu'on ait de l'humanité, on compatit aisément aux maux des autres, et on se fait un plaisir à les en délivrer. Il n'est pas défendu d'y joindre les motifs de notre propre utilité. Mais il n'est pas nécessaire de s'y borner. [...]

Or, lorsque ce n'est pas le plaisir mais l'utilité qui nous fait agir, il se peut dire qu'on agit par l'intérêt ; mais cet intérêt n'est point blâmable, et on n'est appelé intéressé que lorsqu'on préfère l'utile à l'honnête, c'est-à-dire aux plus purs plaisirs de l'esprit. Les actions vertueuses sont utiles, mais elles sont aussi vertueuses par elles-mêmes. [...]

Car, comme j'ai déjà dit, en nous figurant que les autres trouvent une mauvaise action laide et une bonne action belle, nous sommes plus disposés à la trouver belle ou laide nous-mêmes ; en quoi consiste proprement le principe des actions vertueuses. Ainsi faire des bonnes actions pour se contenter de la satisfaction qu'on y trouve, c'est justement le motif de la vertu ; quoique la subtilité de l'auteur aille jusqu'à le vouloir confondre avec l'orgueil.

(Leibniz, 1854 [1708]: 135, 139, 142)

En este capítulo busco plantear un examen muy somero de algunas virtualidades y algunos problemas de emplear el “interés” como noción básica de reparto y, en menor

medida, como prerrequisito en el reparto de ciertas teorías de la justicia y de derechos fundamentales. Se trata más concretamente, de plantear un breve reconocimiento del concepto de “interés” y de algunos conceptos conexos, como el de “preferencia” y el de “necesidad” a la luz de un problema concreto: el posible empleo de estas nociones como el bien a distribuir o, en algunos casos, como el criterio de distribución de ciertas teorías. Tales teorías vienen dadas por distintas propuestas de fundamentación de proyectos ético-políticos liberales de distribución de bienes, como son las teorías de los derechos humanos y de los derechos fundamentales y las teorías de la justicia. Aunque en este capítulo no haga prácticamente alusión a los derechos, ellos permanecen en el trasfondo: por una parte, por la (posible) conexión conceptual con las nociones examinadas en este capítulo, pero también porque las teorías de los derechos pueden ser vistas como teorías que se proponen distribuir ciertos bienes y, como tales, pueden entenderse como una subclase de aquellas teorías que son abordadas en este capítulo –sin perjuicio, naturalmente, de las exigencias particulares de una teoría de los derechos frente a las demás teorías (para algunas modulaciones IX, X§4).<sup>254</sup>

Esto es, una teoría de los derechos que se preocupe por la atribución de derechos deberá interrogarse acerca del bien que se atribuye.<sup>255</sup> Más concretamente, si se defiende una teoría del interés como teoría de la función de los derechos, habrá que determinar cómo caracterizar el concepto de “interés” y qué concepción se pretende manejar del “interés”. En efecto, es importante plantear un análisis con un mínimo de detalle de los “intereses” en la medida en que el concepto de “interés” y la selección de una particular concepción de “interés”, así como una mínima articulación de tal selección, incide de forma significativa en los itinerarios de explicación y justificación que le quedan abiertos o cerrados al teórico del interés en cuestión. Aquí mostraré, de pasada, por qué concepciones se decanta cada autor, y que presupuestos asumen. Intento señalar acreditar que algunos teóricos del interés no tratan algunas de las cuestiones que examino aquí con el debido detalle o que asumen como pacíficas cuestiones que son muy problemáticas. Se trataría, en último término, de señalar algunas inadvertencias por parte de los teóricos de los derechos.

Para acometer la tarea me sirvo de algunos trabajos de filosofía moral y política, escenarios en los cuales las nociones que pretendo examinar revisten una cierta

---

<sup>254</sup> Algunos problemas a los que aquí me refiero no son meramente compartidos por las teorías de los derechos (sobre todo, fundamentales o humanos) y las teorías de la justicia, sino que las primeras teorías reciben tales problemas de las segundas. La idea que está tras la recepción de problemas es la siguiente: una determinada teoría de la justicia prescribe los rasgos que debe reunir la adecuada distribución de bienes, mientras que las teorías de derechos (humanos y fundamentales) introducen las modulaciones derivadas del particular mecanismo de distribución de bienes que son los derechos.

<sup>255</sup> Como resulta manifiesto, las propuestas examinadas están formuladas en términos de un enfoque “welfarista”, en sentido amplio, esto es, la atribución por parte de una teoría de la justicia de un papel relevante al bienestar de los individuos. De lo que se discute es del reparto de bienestar o de utilidades. Considero aquí intercambiables nociones como “well-being”, “welfare”, “utility”, “standard of living” (*vid.* Elster, Roemer, 1991: 1).

importancia y han recibido un tratamiento pormenorizado –mucho más pormenorizado, en verdad, del que aquí puedo dispensarles.

El principal conjunto de preguntas, entonces, atañe a los rasgos que debe reunir el bien que ha de ser distribuido. Se trata de examinar la viabilidad de emplear el “interés” –y otros conceptos intensionalmente equivalentes– como bien a repartir por los derechos y, aun de modo indirecto, como unidad de referencia para conferir derechos. Unas someras consideraciones léxicas son planteadas en primer lugar (VIII§1).

Sondeo pues la viabilidad de teorías que manejan la noción de “interés” y, en concreto, que se decantan o bien por [1] una concepción subjetiva (o relativa, o, en la clásica terminología de Nagel, relativa respecto del agente) o bien por [2] una concepción objetiva (o absoluta, o, en el léxico de Nagel, neutral respecto del agente) –en virtud de la cual algo constituye el interés de un individuo al margen de que este lo desee o no lo desee. Decantarse por una u otra concepción condiciona significativamente la respuesta que se puede dar a las mencionadas preguntas. Las concepciones subjetivas del “interés” son planteadas en segundo lugar (VIII§2), las concepciones objetivas, en tercer lugar (VIII§3).

En menor medida, pretendo también examinar algunos criterios que los filósofos morales consideran que guían el reparto, en relación con los intereses. El principal problema al que me refiero es si el principio de la separabilidad de las personas junto con el principio según el cual se valoran por igual las preferencias de cada uno de los individuos son incompatibles con la inclusión en el cálculo de maximización de utilidades de preferencias externas.

Por último (VIII§4), para poder concebir los intereses como bien a repartir o como criterio de reparto descansa, a su vez, sobre una cuestión más básica: la plausibilidad de poder distinguir entre acciones inmorales y acciones “imprudentes”. Esto es: [3] si la deliberación del agente puede ser modelizada mediante una estructura estratificada del razonamiento práctico que discierne entre razones instrumentales, razones prudenciales y razones morales,<sup>256</sup> y si cabe hablar de acciones altruistas (esto es, si no tiene razón el egoísmo psicológico). Es decir, de la posibilidad de concebir los intereses como metapreferencias y de distinguir deseos, intereses y valores, así como de la posibilidad de hablar de acciones genuinamente describibles como “altruistas” dependen algunas de las respuestas que se den a los problemas antes mencionados (*i. e.*, la sensatez de identificar los intereses como la base del bien a distribuir y la posibilidad de tener en cuenta en la distribución las preferencias externas).

Por último, amén de los señalados, el presente capítulo supone una especificación y una profundización con respecto al resto de la tesis. Por un lado, este capítulo permite elaborar una caracterización más acabada de la materia prima examinada en los anteriores capítulos. Si el contenido (axiológico) de los derechos viene dado por los intereses, un

---

<sup>256</sup> De hecho, si el primer conjunto de preguntas está más claramente orientado a distinguir los intereses de los deseos, el segundo, busca distinguir los intereses de los valores.

retrato más detallado de estos pasa por el examen detenido de algunas discusiones de filosofía moral, disciplina que ha prestado especial atención a la idea de “interés”.<sup>257</sup>

### **VIII.1. Cuasisinonimia y campos semánticos compartidos**

Como indico al enumerar algunas “parateorías” del interés (IX§4), es habitual encontrarse en la literatura de los derechos fundamentales con aportes que hacen del interés el contenido justificativo de tales derechos. También son frecuentes las teorías de la justicia que se basan en la noción de “interés” como bien a distribuir. En el caso de ambos proyectos ético-políticos, pero de forma más evidente en el segundo, una serie de nociones (fundamentalmente, “deseo”, “preferencia”, “necesidad”) son empleadas con la misma si no con mayor frecuencia que la de “interés”. La cuestión, desde luego, no es meramente terminológica: el hecho de que las expresiones se usen de forma intercambiable o se escojan unas en lugar de otras responde al concepto al que tales expresiones se refieren.

Como pretendo evidenciar en las páginas que siguen, poco importa que se emplee la expresión “interés” en vez de las de “deseo” o “preferencia” si por “interés” se entiende fundamentalmente un tipo de actitud proposicional, en concreto, uno dentro del campo semántico de la volición. Para ser más precisos, puede ocurrir que un autor se valga de la expresión “interés” en lugar de la expresión “deseo” porque entiende que introduce algún matiz conceptual o normativo, pero en la medida en que se superpongan, podrán predicarse de una determinada teoría del interés los méritos de los enfoques de los deseos o preferencialistas. Entiendo, entonces, que para algunos aportes la noción de “interés” es empleada como intensionalmente equivalente a la de “preferencia”.

Otro tanto pero de signo opuesto puede decirse de la expresión “necesidad”; toda vez que estemos concibiendo “interés” como el elemento cuya ausencia supondría un menoscabo o cuya concurrencia un beneficio. Aunque lo cierto es que, en este último caso, dado que hablar de necesidades significa hablar de estructuras causales (Bayón, 1991a: 117), es muy normal que se produzca una serie de metonimias: el interés no sería el elemento necesitado sino la relación con ese elemento o la actitud hacia esa relación (en este último caso, sin las debidas cautelas, resultaría difícil distinguir deseos y necesidades). Para estos aportes, al margen de que usen otros sinónimos o cuasisinónimos, “interés” es usado como una noción intensionalmente equivalente a la de “necesidad”.

Mi impresión es que, con base en estas posibles equivalencias intensionales, se puede hablar de una serie de rasgos que caracterizan a un modelo de preferencias como base de la utilidad y una serie de elementos que concurren en un modelo de necesidades

---

<sup>257</sup> Por cierto, no solo en el siglo XX, pues antecedentes de las teorías de la elección racional y neocontractualistas, naturalmente expresado con herramientas de escasa sofisticación y con un enfoque problemático embrionario, se encuentran ya, expresados en términos de “interés”, en los análisis de Guicciardini, Rohan y Shaftesbury.



como base de la utilidad y que los enfoques que se sirvan de la noción de “interés” pueden tender hacia uno u otro modelo, combinar rasgos de ambos, sin perjuicio de que contengan elementos adicionales.

La oposición entre un enfoque centrado en los deseos y otro centrado en las necesidades es parcialmente coincidente con la defensa de, respectivamente, una concepción subjetiva y una concepción objetiva de los “intereses”. Es solo parcialmente coincidente por cuanto se puede sostener, por ejemplo, que la referencia a “necesidades” busca enfatizar la propiedad de ser una exigencia básica, no dependiente de fines ulteriores (*cf.* Griffin, 1986: 42), al margen de que la necesidad sea percibida por el individuo paciente o por un observador externo. De modo que no pretendo equiparar totalmente tales enfoques (de hecho, veremos cómo, con ciertas modificaciones, un enfoque de los deseos no dista tanto necesariamente de un enfoque de intereses objetivos), pero sí los entiendo como equivalentes y, en todo caso, con mayores distinciones, pretendo mostrar que los planteamientos problemáticos y las soluciones a las que llegan son sumamente afines.

## **VIII.2. Concepción subjetiva de “interés”, enfoques en términos de deseos y preferencias**

En primer lugar, parece una tesis central al liberalismo la tesis que preconiza el respeto de la autonomía en la persecución del bien por parte de cada agente, la valoración del individuo como el mejor juez de sus intereses. Nino afirma con cierta rotundidad que “el liberalismo parece estar intrínsecamente ligado a una concepción subjetivista del bien” (Nino, 1989: 211).

En una óptica liberal, resultan atractivas aquellas propuestas que atribuyen a la satisfacción de las preferencias individuales un peso y un papel determinantes en la decisión de problemas de justicia (*vid.* Celano, 1997: 14-17). El principal atractivo acaso sea la plena neutralidad preliminar hacia todas las preferencias de los miembros del grupo social: todas las preferencias individuales, en cuanto tales, deben entrar a formar parte de la base de la justicia, sin ser sometidas a un juicio preliminar de admisión (Celano, 1997: 17).

Las teorías hedonistas acerca de una vida buena sostienen que lo mejor para alguien es aquello que hace su vida más feliz. Tales teorías descansan sobre una teoría psicológica (el hedonismo estricto), que viene a sostener que los placeres y dolores son dos tipos de experiencia, conocibles introspectivamente, que comparten una propiedad común (*vid.* Parfit, 1984: 493-494). Esta teoría es presupuesta por el hedonismo de la preferencia, una teoría normativa que no sigue los usos ordinarios de “placer” y “dolor”, no tiene por qué definir algo relativo al bienestar directamente en términos de estados mentales. Bentham, y su teoría del beneficiario, es una instancia del hedonismo de la preferencia.

Sin embargo, las propuestas basadas en preferencias están aquejadas de una serie de problemas, que muestran la dificultad de conciliar un enfoque preferencialista, por un

lado, con la ratio welfarista (atiende al bienestar de los miembros del grupo social) y, por otro, con la ratio liberal-individualista (busca garantizar que cada cual conduzca su vida según sus deseos).<sup>258</sup> Lo que ocurre es que hay muy distintas razones por las que podemos sostener que las preferencias adolecen de algún vicio que les impide entrar en el cálculo de reparto de utilidades.

Dejaré de lado otros problemas de las preferencias como la urgencia de unas preferencias respecto de otras, las preferencias costosas y problemas de índole temporal (*vid.* Celano, 1997: 21-32), para detenerme brevemente en las preferencias erróneas.

El planteamiento clásico acerca de los deseos y las preferencias cifra su correcta justificación en su formación; puede hablarse de una “formación correcta” si y solo si el proceso de formación de deseos no se ha visto distorsionado por procesos causales irrelevantes. En concreto, en una concepción sustantiva de la racionalidad de los deseos, se ha sostenido que son racionales los deseos autónomos; por su parte, son autónomos solo aquellos deseos que han sido escogidos, adquiridos o modificados por un acto de voluntad o por un proceso de planificación del carácter (*vid.* Elster, 1985: 20).

Con frecuencia, nos confundimos acerca de nuestros intereses. No se trata únicamente de un error cognitivo (una inferencia falaz o una falsa creencia) o de insuficiencia de información, se trata de un problema sustantivo: no nos interesa lo que debiera interesarnos, no deseamos lo que querríamos desear.

Esta constatación, o, más bien, la postulación de deseos, preferencias o intereses erróneos nos lleva a un dilema: o bien tenemos en cuenta las preferencias efectivas o bien algún tipo de preferencias informadas; si nos decantamos por el primer cuerno del dilema preservaremos el “liberal-individualismo” a costa de sacrificar el welfarismo mientras que si escogemos el segundo ocurrirá lo contrario (*cf.* Celano, 1997: 20-21).

Algunas propuestas han contestado a la objeción, pero al precio de que el énfasis en el objeto deseado oculte significativamente la alusión a los deseos. Aquello que Brandt denomina “intereses racionales” o lo que Hare llama “intereses racionales” (Hare, 1989), adquiridos “con plena conciencia” responden en este sentido a la objeción (Brandt, 1979: 110-115). La solución de las “preferencias informadas” o de los “deseos informados”, en efecto, parece reunir el mejor de dos mundos, preservando tanto el elemento welfarista como el “liberal-individualista”. Sin embargo, parece que la tensión entre los dos elementos contenidos en la locución solo puede ser zanjada mediante la opción por uno de ellos.

No parece, en efecto, que el filósofo moral pueda escapar del dilema de Eutifrón. Este dilema, en pocas palabras, viene a preguntarse “si  $x$  es digno de ser deseado (si es en sí mismo deseable) porque es bueno (‘porque’ indica, aquí, un nexo lógico o conceptual); o bien,  $x$  se presenta como bueno si, y en la medida en que, es deseado (o, quizá, se desea desearlo)” (Celano, 2009: 393).

---

<sup>258</sup> “Liberal-individualista” es la designación que me parece más adecuada, pese a sus inconvenientes, para volcar lo que Celano denomina “libertario”. Entiendo que el uso común de “libertarismo” se refiere a una de las tesis fundamentales del ideario anarquista y no a una tesis más general compartida por distintas variantes del liberalismo.

Una variante de la objeción frente a las preferencias erróneas es la de las preferencias adaptativas. Si frente a las preferencias erróneas se propone un modelo ideal de preferencias, frente a las preferencias adaptativas se propone un modelo de preferencias contrafáctico. El segundo es un modelo todavía más alejado del modelo de preferencias efectivas, de modo que con su asunción se comprometería aún más seriamente la ratio “liberal-individualista” del enfoque preferencialista.

En todo caso, el problema estriba en identificar cuáles son las circunstancias adecuadas para la formación o modificación de creencias; cualquier teoría que impugne que ciertas creencias no se formaron o modificaron “en circunstancias apropiadas” corre un riesgo significativo. Tienen que disponer de alguna noción de “incapacidad” que, a su vez, disponga de una “error theory”, como la formulada por Williams, que provea de una “explicación sustantiva de la forma en que la gente puede equivocarse al reconocer sus intereses” (*vid.* Bayón, 1991a: 120). Se ha sostenido que sin semejante *error theory* la idea de intereses reales es únicamente ideológica, sin semejante concepto de incapacidad, cualquier cambio en las preferencias podrá ser autoconfirmatorio (*vid.* Bayón, 1991a: 120).

### **VIII.3. Concepción objetiva de “interés”: enmiendas a los enfoques preferencialistas y modelos de las necesidades hacia una lista objetiva**

En efecto, distintos aportes centrados en nociones como “preferencia” o “deseo” cualifican los deseos de manera tal que vuelve dichos aportes objetivistas. Un enfoque especialmente significativo es el de Griffin, para quien la utilidad está basada en deseos informados (*vid.* Griffin, 1986: 33-34). Según su aporte “los deseos cobran forma por la apreciación de la naturaleza de sus objetos”, “lo que nos hace desear las cosas que deseamos, cuando estamos informados, es algo acerca de ellos -sus rasgos o propiedades” (Griffin, 1986: 17). Como se puede ver, el peso de la teoría se traslada del acaecimiento del deseo y su satisfacción a las cualidades del objeto de deseo, acercándose a lo que se ha denominado “enfoques de la lista objetiva” (*vid.* Griffin, 2000: 282; *vid.* Griffin, 1986: 33-34). Tal enfoque sostiene, en la formulación clásica de Parfit, “ciertas cosas son buenas o malas para nosotros, incluso aunque no queramos obtener las cosas buenas y evitar las cosas malas” (Parfit, 1984: 4). Esta clase de aportes parecen decantarse por el cuerno cognitivista del “problema de Eutifrón”. El primer cuerno del dilema consiste en un análisis cognitivista: valorar depende de creer y se encuentra en una relación normativa con el desear (*vid.* Celano, 2009: 394). Los deseos relevantes para Griffin son aquellos por los que el agente sabe ver algo bueno en la cosa deseada: aunque tal enfoque tenga en cuenta la idiosincrasia de los deseos (no todos verán las mismas cosas buenas) incurre en el cuerno cognitivista del dilema.<sup>259</sup> La concepción raziana del “bienestar” (de los “intereses”) se decanta decididamente por el cuerno cognitivista: hay distintos modos de perseguir una vida buena pero hay criterios para determinar que se trata de una vida buena

---

<sup>259</sup> Griffin pretendió zafarse del dilema, señalando la copresencia de valor y deseo (*vid.* Griffin, 1986: 27, 321).

y las actividades con que puede obtenerse bienestar son actividades intrínsecamente valiosas (VI§4).

Diferentes propuestas han intentado zafarse de del dilema, metiéndose entre los cuernos dilemáticos. Un ejemplo muy significativo de esta estrategia es la teoría de los bienes primarios de Rawls, una propuesta que se presenta de forma especialmente como un puente entre un enfoque preferencialista y uno basado en las necesidades. Tales bienes son, según Rawls, los elementos de la lista de condiciones mínimas que todo plan de vida ha de reunir. Los bienes primarios consisten en “things that every rational man is presumed to want. These goods normally have a use whatever a person's rational plan of life” (Rawls, 1999: 54).

Aparte de la demarcación subjetivo/objetivo en lo que hace a la justificación que ya ha sido sugerida, hay otras maneras de demarcar la distinción entre deseos y necesidades. Otra es, en efecto, la dirección de ajuste de los actos de habla, que en el caso de los deseos será mundo-a-mente, en el caso de las necesidades, mente-a-mundo. Esta distinción no debería llevar a pensar, como, en cambio, muchos piensan, que las necesidades nos proporcionan una manera de fundamentar juicios morales al resguardo de la falacia naturalista (*cf.* Bayón, 1991a: 123-124). Aunque las necesidades puedan ser operacionalizadas en parte mediante un sustrato empírico y, de hecho, mediante indicadores tan relevantes como la generación de estados patológicos o trastornos de otro tipo achacables a determinadas carencias (*cf.* De Lucas, Añón, 1990: 56), la calificación de algo como “necesidad” y su posibilidad de inclusión en un razonamiento normativo-valorativo pasa por premisas prácticas. De hecho, tampoco hay inconveniente en admitir que los deseos tienen un sustrato empírico y que este es accesible (aunque acaso mucho menos accesible que las necesidades) mediante herramientas tales como el escáner cerebral.

#### **VIII.4. No reductibilidad de las razones morales a las prudenciales y refutación del egoísmo psicológico**

La posibilidad de que se puedan dar preferencias externas pasa por la posibilidad de hablar de acciones altruistas. La resolución de algunos escenarios que suelen decirse altruistas pasa por la distinción de una esfera de la moralidad distinta de la esfera de los valores prudenciales. Dicho en sentido opuesto, para expresar escenarios tales como las preferencias externas hay que refutar el egoísmo psicológico y la imposibilidad de discernir entre razonamientos basados en valores y razonamientos basados en intereses.

Ciertos autores niegan la posibilidad de una moral objetiva más allá de los intereses, entendidos como preferencias que conforman el plan de vida de cada agente. Si la moral es subjetiva y consiste en esta clase de preferencias últimas, las razones para ser altruista se convierten en una subclase de razones prudenciales. Podría ser, además, que hubiera razones para no actuar en vista del propio interés porque (acaso a la larga) es la manera de maximizar el propio interés y estipular que tales razones son morales.

Farrell ha planteado con bastante eficacia lo que se ha llamado “el dilema de Gauthier”. Para Gauthier, partiendo de una definición ampliamente compartida por la microeconomía contemporánea, es una persona racional aquella que busca la maximización de sus preferencias consideradas y estables (*vid.* Farrell, 1989: 40). Puede ocurrir, en los escenarios subóptimos en que la búsqueda directa de utilidad sea autofrustrante (lo que se dará en muchos casos en que no se trate de un juego de suma cero o la información disponible sea imperfecta), que el individuo no adopte estrategias maximizadoras irrestrictas sino estrategias maximizadoras restringidas (una estrategia cooperadora). Se potencian restricciones que maximizan la utilidad, la cooperación no está motivada por una preocupación por los demás, sino por el autointerés (Farrell, 1989: 41-42; *vid.* Gauthier, 1986: 78). Mientras que las restricciones vengan dadas de una maximización de utilidad (acaso a largo plazo) nos encontraremos, en todo caso, frente a un individuo racional. Para que este individuo pueda decirse moral este debe poder aceptar aquellas restricciones que puedan disminuir su utilidad, restricciones que, en una vena rawlsiana, toman en cuenta la imparcialidad y la equidad. Si el individuo racional es aquel que maximiza su utilidad, el individuo moral es el que está dispuesto a aceptar restricciones que son equitativas e imparciales. En múltiples ocasiones, un agente será racional o moral, pero no ambas al mismo tiempo. El ejemplo de que se sirve Farrell es el siguiente: “Supongamos que los negros fueran minoría en Sudáfrica y los blancos rehusaran renunciar a sus privilegios, prefiriendo mantenerlos en base a la coerción. Siendo los blancos mayoría existen buenas probabilidades de que la coerción sea efectiva. En ese caso los blancos sudafricanos se estarían comportando de un modo inmoral, pero no de un modo irracional. Más aún: si la coerción fuera seguramente eficaz, los blancos se estarían comportando de un modo irracional si decidieran renunciar a sus privilegios por razones morales” (Farrell, 1989: 46-47).

En el seno de la teoría de la evolución se da un interesante paralelismo con esta discusión. Aunque es cierto que se trata más de una confusión recurrente que de un debate persistente, puede aclarar en algún sentido la cuestión que nos ocupa.<sup>260</sup> Con cierta frecuencia, a partir de explicaciones incompletas o formulaciones ambiguas (Dawkins, Alexander, Ghiselin, citados en Joyce, 2006: 17), viene a sostenerse el carácter egoísta del comportamiento individual, según el modelo evolutivo. Una posible reconstrucción del argumento, en una versión algo burda, sería la siguiente: los comportamientos no autointeresados de los individuos (y mecanismos concretos como la cooperación) son el resultado de estrategias evolutivas; pero, dado que la evolución lo que persigue es la supervivencia y la estabilidad, tales comportamientos deben considerarse, sino directamente al menos en último análisis, autointeresados. Tanto predicar que los comportamientos en sí son interesados como entender que lo son en último término es erróneo. Lo primero, porque tratamos de una determinada manera (acaso también biológicamente) lo que consideramos comportamientos altruistas. Puede decirse que el mecanismo del altruismo surge en beneficio propio (aunque, como veremos

---

<sup>260</sup> De hecho, al parecer, el propio Darwin criticó con vehemencia el egoísmo psicológico (*vid.* Joyce, 2006: 240).

seguidamente, no resulta claro de qué sujeto se predica tal beneficio) pero no hay que confundir el origen de cierto mecanismo o práctica con su contenido (*vid.* Joyce, 2006: 18). Este origen no impone ninguna teleología al mecanismo. Lo segundo, porque para imputar unos propósitos (los fines que perseguiría el mecanismo evolutivo en cuestión) al agente, habría al menos que poder reconducirlos al agente, cosa que no parece posible. El individuo persigue unos fines distintos de aquellos que persiguen sus genes (a los que solo en sentido figurado pueden imputarse propósitos); para los genes los seres humanos son el soporte más exitoso en que replicarse y permanecer estables, pero los humanos tienen independencia de fines, sin poder decirse que en último estadio sus propósitos (sus intereses) sirven a los propósitos (los intereses) de los genes.

Puede hablarse genuinamente de una distinción entre razones morales y prudenciales cuando sostenemos que las razones morales dominan sobre las razones prudenciales y cuando tal razón es universalizable.

## Capítulo noveno. Hacia una solución: la función de los derechos

A partir de cierta edad, solo dos o tres ideas son las que rigen y alientan nuestro interés.

(Álvaro Mutis, *La última escala del Tramp Steamer*)

En este capítulo planteo una descripción analítica, una discusión crítica y un balance de lo planteado en los anteriores capítulos respecto de las teorías de la función de los derechos subjetivos, la teoría del interés y la teoría de la voluntad. Con algunos de los exámenes y las valoraciones que aquí son realizadas aspiro a brindar un tratamiento preciso y panorámico; otros puntos están dirigidos a realizar un balance crítico y brindar partes y componentes con los que construir las conclusiones de esta investigación. Con tales miras, el capítulo está articulado en cinco ejes, que dan lugar a sendos apartados: 1. Las tesis fundamentales, las cláusulas definitorias de las teorías de la función de los derechos; 2. La capacidad teórico-explicativa de dichas teorías, las objeciones que se han esgrimido contra ellas así como las réplicas con que se han defendido; 3. La dimensión valorativo-justificativa de tales teorías, su tradicional asociación y su posible compatibilidad con distintas teorías normativas y visiones sustantivas; 4. Algunos antecedentes teóricos notables (las prototeorías del interés y de la voluntad) y propuestas afines; 5. Una defensa de la complementariedad entre la teoría del interés y la teoría de la voluntad.<sup>261</sup>

En lo que se refiere al primer apartado, ofrezco la definición de las tesis elementales que caracterizan a las distintas propuestas de la función de los derechos (IX§1).

En lo que hace a la segunda sección, planteo los principales problemas teóricos que deben encarar las teorías sobre la función de los derechos, así las objeciones más significativas de que han sido objeto como los intentos por salvarlas (IX§2). Además de encarar la capacidad para dilucidar situaciones normativas, pretendo examinar la idoneidad de ambas teorías de la función de los derechos para dar cuenta de algunos rasgos de otros modelos explicativos de la sintaxis de los derechos –antes que nada, el hohfeldiano.

En tercer lugar, una vez afrontado el carácter analítico-conceptual de las aportaciones, se encara su dimensión justificativo-valorativa (IX§3). En concreto, se examinan los valores que, de partida, parecen vehicular las teorías del interés y de la voluntad, las ideologías normativas con las que han sido asociadas tradicionalmente –asociaciones históricas, esto es, fundamentalmente, variables y contingentes– y, habida cuenta de las tesis a las que adhieren y las asunciones que entrañan, el conjunto de teorías

---

<sup>261</sup> En efecto, en este capítulo, mucho más que en los anteriores, se presta notable atención a la teoría de la voluntad, por haber contribuido de manera decisiva a dar forma a su rival dialéctico y por ser una pieza indispensable para entender cabalmente la función de los derechos.

éticas con las que resultan compatibles. Además de lo que acabo de sostener, intentaré mostrar que, por varias razones, la elección de una determinada teoría sobre la función de los derechos tiene una incidencia notable en el lenguaje de los derechos, en la comprensión usual o técnica de estos (p. e., en lo tocante a la restricción o ampliación de posibles titulares).<sup>262</sup>

En relación con el cuarto apartado, trazo una genealogía de las modernas teorías de la función de los derechos, identificando sus antecedentes teóricos más o menos reconocibles, y señalando algunas propuestas afines en otros ámbitos de la reflexión filosófico-jurídica (IX§4).

Por último, examino distintas maneras de concebir la posible complementariedad de la teoría del interés y la teoría de la voluntad (IX§5). Abogo finalmente por integrar versiones modestas de una y otra teoría, de una relativa sencillez explicativa y no comprometidas con demasiadas tesis valorativo-justificativas, como la explicación más plausible del rol que solemos atribuir a los derechos.

El presente capítulo está conformado en buena parte por una reconstrucción del debate. El panorama que se plantea –aun sin llegar a ser exhaustivo– da cuenta de la mayor parte de los aportes teóricos más relevantes. Algunos de estos aportes han recibido un tratamiento pormenorizado en los capítulos precedentes; otros aportes serán examinados solo en este capítulo por haber sido formulados por autores que no han elaborado teorías acabadas de los derechos, aunque sí consideraciones dignas –sumamente dignas, en algunos casos– de ser tenidas en cuenta. Se trata, por el momento, de construir un cuadro coral de argumentos, contraargumentos y reconvenções, para elaborar un panorama teórico y metateórico y discernir y agrupar claramente conjuntos de problemas.

Sobre esta base aspiro a proporcionar, en este capítulo y, de forma más acabada en las conclusiones, una propuesta de teoría de la función de los derechos, así como un inventario de otros componentes importantes para una teoría de los derechos.

## **IX.1. Cláusulas definitorias**

Como caracterización general, puede decirse, desde el punto de vista del observador de un sistema de moral positiva o de moral crítica, que los derechos protegen aquello que una determinada comunidad de individuos considera de cierta importancia. Esto es, de una importancia y otras condiciones tales como para avalar el tipo de protección –protección dispensada por normas morales o jurídicas– que denominamos “derechos”.<sup>263</sup>

---

<sup>262</sup> Ello no significa, desde luego, que la teoría del interés y la teoría de la voluntad deban prever cuestiones como, por ejemplo, la elaboración de listas exhaustivas de titulares de derechos, pues esa determinación es resultado de consideraciones conceptuales y sustantivas ajenas a tales teorías. Sencillamente quiere decir que cada teoría impone distintas exigencias conceptuales que constriñen en un sentido u otro la conformación de cuestiones como la mencionada.

<sup>263</sup> Este intento de descripción no comporta ningún juicio de mérito acerca del valor de los derechos o de los bienes que los derechos protegen. Simplemente pretende expresar que tales



Lo que acabo de sostener pretende captar los discursos en clave justificativa de atribución de derechos o del fundamento del “lenguaje de los derechos”. No pretende servir necesariamente como método de conocimiento del derecho: que algo sea un “derecho subjetivo” para el jurista es una cuestión que puede ser resuelta en caso de que la autoridad normativa haya conferido a ciertos sujetos una posición normativa y que tal posición normativa pueda instanciarse, en virtud de criterios estructurales, en lo que suele denominarse “derecho subjetivo” y no de su contenido o de la importancia que le haya sido o pueda ser asignada. A menos que el ordenamiento jurídico positivo de que se trate no incluya algún criterio sustantivo para el reconocimiento de los derechos.

De forma general y abstracta, los bienes particulares protegidos por los derechos pueden ser calificados como el contenido (normativo) de los mismos. Si se prefiere – desde un enfoque funcionalista, a la Felix Cohen, o, más sencillamente, teleológico– se puede calificar la protección de dicho contenido como la “función” de los derechos (*vid.* Edmundson, 2004: 120-122; Biasetti, 2014a: 135, 139; Frydrych, 2018: 2; Ferraro, 2013; Wenar, 2015; *cf.* Hart, 1957: 961, 967).<sup>264</sup> En este trabajo, empleo uno y otro rótulo como si fueran intercambiables para referirme al significado de la protección normativa que proporcionan los derechos. No me refiero, en cambio, a otra denominación que goza de enorme popularidad en la literatura de los derechos, la de la “naturaleza” de los derechos. Ello porque, al margen del propósito de quienes la emplean, parece evocar esencialismo lingüístico, necesariamente acompañado de un realismo en el plano ontológico.<sup>265</sup>

Pues bien, tradicionalmente, dos teorías rivales se han propuesto explicar la función de los derechos: la teoría del interés y la teoría de la voluntad.

Es oportuno ofrecer cláusulas definitorias de las teorías del interés y de la voluntad<sup>266</sup>. El que sigue es un intento de formulación de la tesis mínima que suscribe todo teórico del interés: “El contenido axiológico de un derecho subjetivo consiste en algún interés del titular del derecho” o bien “La función de un derecho es tutelar (proteger o

---

bienes satisfacen la importancia requerida –amén de otras condiciones– por una determinada comunidad para que esta promulgue disposiciones normativas cuyas normas atribuyen derechos.

<sup>264</sup> También se puede entender la función como la razón para la atribución de un derecho o la justificación sustancial de un derecho (así defiende Pino, 2017: 88), aunque ello tiene el inconveniente de englobar función y fundamentación de los derechos: lo que se pretende garantizar con el derecho no agota las razones para atribuirlo.

<sup>265</sup> Se valen de esta expresión autores tan relevantes como Hart, 1982; Feinberg, 1980: 143 ss.; Raz, 1986, cap. VII; Sumner, 1987: 93; Marmor, 1997: 3; Kramer, 1998: 76; Edmundson, 2004, cap. VII; McBride, 2017. Y no es que estos autores, por usar o mencionar semejante expresión, estén dispuestos a pagar el precio semántico o, como dije, en última instancia, ontológico, que la expresión parece reclamar; únicamente emplean una denominación que hoy en día sigue siendo sumamente popular pero que es heredera de una época en que la dogmática jurídica, permeada de la metafísica iusnaturalista, discutía acerca de la “naturaleza jurídica” de los derechos (*cf.* Hierro, 2016: 125).

<sup>266</sup> Otras definiciones pueden además de las que presento encontrarse en Waldron, 1984: 9; Harel, 2005: 194, 195; Spector, 2001: 18; Hierro, 2016: 126; Kramer, 1998: 61-62; Biasetti, 2014a: 136; Pino, 2010: 88-89. Naturalmente en los anteriores capítulos, he ofrecido tres definiciones estipulativas de los representantes más notables de la teoría del interés.

promover) un interés del titular del derecho”.<sup>267</sup> También se puede afirmar que “aquello en virtud de lo cual un individuo tiene un derecho es el hecho de que un aspecto de su bienestar sea protegido por el derecho objetivo”.<sup>268</sup>

Por su parte, la tesis mínima que suscribe cualquier teórico de la voluntad puede ser enunciada con el siguiente tenor: “El contenido normativo de un derecho subjetivo consiste en el ejercicio de la voluntad del titular sobre algún aspecto (de su autonomía)” o también “La función de un derecho subjetivo consiste en garantizar la libertad de elección de su titular”. Nuevamente, puede decirse que “aquello en virtud de lo cual un individuo tiene un derecho es el hecho de que disponga de una elección que es respetada por el derecho objetivo” (Celano, 2013: 39).

Estas definiciones dan cabida a aportes teóricos muy distintos; son tesis que se pueden integrar con otras tesis sumamente variadas. De esta suerte, las tesis mínimas no nos dicen, por ejemplo, qué relación media entre derechos y deberes –como he habido ocasión de ver, una de las principales divergencias entre los teóricos de los derechos. Sí implican, en cambio, una primera demarcación de los posibles titulares de derechos, entes capaces de tener intereses, en el caso de la teoría del interés, sujetos capaces de realizar elecciones, en el caso de la teoría de la voluntad.

Se pueden señalar dos iniciadores de la teoría del interés: en el ámbito anglosajón Jeremy Bentham (II) y en el ámbito germánico Rudolf von Jhering. De forma correspondiente, los fundadores de la teoría de la voluntad son Herbert Hart (III) en el área anglófona y Bernhard Windscheid en el área germanófona.

En general, pese a que con cierta frecuencia se usen las denominaciones de forma totalmente intercambiable,<sup>269</sup> hay razones para distinguir entre la(s) “teoría(s) del interés” (“*interest theories*”) y la “teoría del beneficiario” (“*benefit theory*”) así como entre la(s) “teoría(s) de la voluntad” (“*will theories*”) y la “teoría de la elección” (“*choice theory*”).<sup>270</sup> En efecto, se puede entender que los primeros elementos de cada pareja engloban a los segundos: así, conviene reservar la denominación de “teoría del beneficiario” para aquella versión de la teoría del interés enunciada por Bentham así como para sus reconstrucciones y revisiones (fundamentalmente, la propuesta por Lyons),

---

<sup>267</sup> Es posible que, según autores como Raz, un derecho tenga por función, también, garantizar los intereses de otro(s) sujeto(s).

<sup>268</sup> Naturalmente, esta definición, basada en una propuesta de Celano (2013: 39), es susceptible de ser aplicada a los derechos atribuidos por otras clases de normas (derechos morales, esencialmente), sustituyendo la expresión “derecho objetivo” por aquella del sistema normativo de que se trate.

<sup>269</sup> En general, consideran “teoría del interés” y “teoría del beneficiario” y “teoría de la voluntad” y “teoría de la elección” como expresiones intercambiables: Edmundson, 2004: 120-121, 122; Waldron, 1984: 9; Sumner, 1987: 45, 46; Hierro, 2016: 126; Spector, 2001: 18; los rótulos de “teoría del beneficiario” y “teoría del interés”: MacCormick, 1977: 192; Waldron, 1988: 79.

<sup>270</sup> La expresión “teoría del beneficiario”, la más extendida en castellano, aparece por primera vez en el fundacional artículo de Hierro “¿Derechos humanos o necesidades humanas? Problemas de un concepto”, de 1982, y traduce la denominación propuesta por Lyons de “beneficiary theory” (*vid.* Lyons, 1969: 173, 177; *cf.* Hierro, 2001: 84-86). Será, sin embargo, la posterior denominación de Hart de “benefit theory” la que adquiera mayor popularidad en inglés.

entendiendo que el rótulo de “teoría del interés” engloba al conjunto de teorías entre las que se encuentra la teoría del beneficiario. Por su parte, conviene distinguir dentro de la teoría de la voluntad la teoría de la elección como aquella versión defendida por Hart, o bien, por ejemplo, la menos conocida teoría del dominio de Wellman (*vid.* Wellman, 1985: 27 ss., 56, 65-73, 80, 89-90, 92-94, 95-102). Dicho esto, conviene reconocer que la distinción entre géneros y especies no es siempre tan significativa (*rectius*, en ocasiones no hay riesgo alguno de equivocación) por varias razones: [1]. A veces se trata de una mera cuestión de énfasis (en el interés o bien en el beneficio como valoración específica de ese interés; en la voluntad o bien en la elección en cuanto especificación de dicha voluntad); [2]. En otras ocasiones, se alude a tesis compartidas por género y especie de teorías, lo que avala el empleo de una u otra denominación. De modo que la distinción es pertinente a efectos historiográficos, aunque poco relevante a efectos críticos, a condición de que nos refiramos a las premisas compartidas o de que el énfasis no sea relevante.<sup>271</sup> Por último, el desvelo taxonómico no debe hacer perder de vista ciertas afinidades entre diferentes clases y contrastes dentro de una misma clase. Por ejemplo, son mayores las distancias teóricas que separan la teoría del interés defendida por Kramer de la defendida por Raz, que las que separan a Kramer de la teoría del beneficiario benthamiana; asimismo, la teoría de la elección que Hart defendió en 1955 es muy distinta de cualquier otra versión de la teoría de la voluntad, mientras que la teoría de la elección que propuso en 1973 conforma en buena medida el modelo de las restantes versiones de la teoría de la voluntad.<sup>272</sup>

Precisamente, la misma denominación con frecuencia encubre formulaciones muy dispares; la potencial equivocación resulta especialmente problemática en lo que atañe a la teoría de la voluntad, que puede ser enunciada aludiendo a la asignación de libertades individuales (p. e., Steiner, 1998: 238), a la elección autónoma de los sujetos (p. e., Hart, 1982), a los mecanismos de tutela de los derechos, a la ejecución de estos. Se trata, naturalmente, de variaciones respecto del foco polémico, y la explicación de la función de los derechos; en función del elemento que se escoja de forma exclusiva o fundamental, la propuesta de que se trate será susceptible de o indemne a ciertas críticas. Esta consideración –que redimensiona lo planteado con [1]– es otra razón de peso para guiarse

---

<sup>271</sup> En estos dos casos, es más apropiado emplear la denominación del género y es el criterio que observo en este trabajo.

<sup>272</sup> Es difícil cifrar las diferencias entre las distintas teorías (una serie más homogénea o heterogénea de tesis) en una variable suficientemente clara y reconocible. Sin duda una de las posibles maneras de discriminar unas subcategorías de otras –una manera bastante extendida, al menos desde (Kramer, Simmonds, Steiner 1998)– es en función de que las teorías en cuestión [1] se valgan o [2] no de los instrumentos teóricos propuestos por Hohfeld o bien de que [3] se centren fundamentalmente en la dimensión analítico-conceptual de los derechos o que [4] hagan hincapié en los elementos valorativo-justificativos de los derechos. Dado que la de Hohfeld es una de las más notables contribuciones a la investigación analítico-conceptual sobre los derechos, no es casual que las teorías que suscriben [1] se decanten por [3] y que las que emplean [2] se decidan por [4]. Estas diferencias quedan captadas, aunque solo parcialmente, por la distinción de Rainbolt entre “versiones protectoras” y “versiones justificativas” de las teorías del interés y de la voluntad (IX§3).

por las definiciones mínimas antes planteadas.<sup>273</sup> Ahora conviene profundizar en las tesis teóricas que complementan a tales definiciones.

## IX.2. Capacidad teórico–explicativa

Una particularidad fundamental caracteriza al objeto estudiado por las teorías del interés y de la voluntad y es que los derechos no existen en la naturaleza. Diferentes autores han buscado su contraparte empírica en hechos sociales, disposiciones, estados mentales; de hecho, la teoría del beneficiario benthamiana era en gran medida un intento de reducir los derechos jurídico–positivos a hechos sociales y, todavía más, a “impresiones sensibles” (II§2.1), mientras que la teoría de la elección hartiana prosigue esta pista cifrando los derechos en prácticas (lingüísticas) de los operadores jurídicos (III§1). Con esto y con todo, no cabe sino “confinar su existencia al mundo de la imaginación” (Olivecrona, 1939: 77). Esto tiene varias consecuencias: una consecuencia general especialmente notable es que toda teoría que se refiera a derechos incluirá, por este solo hecho, premisas justificativo–valorativas. Asimismo, toda definición *acerca de* los derechos tendrá, al menos en parte, carácter estipulativo. Pese a ello, al hablar de derechos se puede y aun es conveniente distinguir una dimensión analítico–conceptual y una dimensión valorativo–justificativa. Dicho de otro modo, el problema de la función de los derechos y otros problemas centrales en las teorías de los derechos atañen a dos niveles de investigación distintos: cuestiones de índole conceptual relativas a la definición y las características estructurales de la noción y cuestiones de índole normativa y semántica vinculadas al significado y la justificación de la atribución de un derecho subjetivo (Biasetti, 2014a: 135). Y aunque las valoraciones sean inevitables a la hora de proferir enunciados teóricos o metateóricos acerca de los derechos, estas se pueden restringir, y cuando la tarea que se afronta es analítico–conceptual se deben restringir, todo lo posible. Por ahora, abordaré el primer orden de cuestiones.

Efectivamente, explicar la función y el contenido de los derechos es –entre otras cosas– una empresa teórica, guiada por desiderata teórico–explicativos (*vid.* Kramer, 2008: 420; Kurki, 2018: 4). El problema que se discute ahora puede ser descrito como el de cuál es la definición más adecuada de la noción de “derecho subjetivo” (*cf.* Comanducci, 2016: 65). Cada teoría nos provee de un modelo que aspira a dar cuenta de ciertos fenómenos, que pretende explicar de forma sencilla múltiples situaciones, distinguiendo, además, casos normales de casos no estándares o anormales (*vid.* Sumner, 1987: 46).

---

<sup>273</sup> Se puede argüir que en ocasiones es simplemente inadecuado subsumir ciertas formulaciones en la clase de teorías de la voluntad y que, en otras, la formulación cambia en la medida en que cambia la visión teórica de fondo. En todo caso, las definiciones mínimas se demuestran útiles precisamente a la hora de evidenciar estos alejamientos teóricos, ya sean continuadores o rupturistas con las definiciones mínimas y, por ende, conocedores o desconocedores de las tesis básicas que suelen considerarse compartidas por una u otra teoría.

Para evaluar la capacidad de una y otra definición es preciso examinar criterios como la adecuación intensional y extensional de cada teoría. En lo referente a la adecuación intensional, buena parte de este capítulo está dedicada a examinar los rasgos definitorios, los elementos necesarios para poder hablar de “derechos” (la connotación del concepto, en suma). Aunque la adecuación extensional será tratada a lo largo de distintas secciones –la (im)posibilidad de las teorías de explicar las distintas acepciones hohfeldianas de “derecho”, los derechos activos/pasivos, los elencos de derechos de los ordenamientos liberales, etc.–, conviene caracterizarla brevemente.

La adecuación extensional está en función de la capacidad de la concepción de que se trate para incluir todo aquello que, preanalíticamente, consideramos que es instancia de tal concepto y excluir todo aquello que no lo es (*vid.* Sumner, 1987: 49). En algunos casos, frente a una posición normativa individual, la teoría del interés dirá que nos encontramos frente a un “derecho”, o, revirtiendo la perspectiva, podrá dar cuenta de que nos encontramos frente a un derecho, mientras que la teoría de la voluntad lo negará y viceversa. Por ejemplo, si una posición normativa propia protege (directamente) un interés de un individuo sin que dicho individuo disponga de capacidad de control (o de elección), la teoría del interés dirá que nos encontramos ante un derecho subjetivo, la teoría de la voluntad lo negará, en virtud de las cláusulas definitorias que he ofrecido en el comienzo de este capítulo. Viceversa, si un individuo dispone de capacidad de control en relación con posiciones normativas propias aunque tales posiciones no sean benéficas el individuo será titular de un derecho de acuerdo con la teoría de la voluntad, no así en virtud de la teoría del interés.<sup>274</sup>

En cualquier caso, la adecuación intensional y extensional de las teorías de la voluntad y del interés, y, en general, los desiderata relativos a su capacidad explicativa se ven minados por el hecho de que “derecho subjetivo” sea una expresión ambigua, tenga una carga semántica normativa positiva y el concepto sea vago. Ante semejante situación del *explanandum* es difícil poder aducir con solidez acuerdos preanalíticos a los que me refería en el párrafo anterior; así, frente a lo que con frecuencia se argumenta –es lo que, desde luego, aduce Kramer–, la adecuación extensional dista de ser un factor concluyente para decantarse por la teoría de la voluntad o por la teoría del interés (*vid.* Sumner, 1987: 50). Esto es extensivo a las evidencias lingüísticas de tales preacuerdos y, por consiguiente, las pretensiones de herramientas conceptuales tan fructíferas como la filosofía del lenguaje ordinario (Hart, 1983 [1953], Hart, 1957). Los usos lingüísticos, ya sean comunes ya sean técnicos, apuntan con demasiada frecuencia en direcciones opuestas, sin que dispongamos de criterios que permitan comparar o decidir ante eventuales empates –acaso aparentes–, como para resultar expedientes fiables (se acomete un somero examen crítico de esta vía de análisis en la discusión entre Hart–MacCormick IV).

Sea como fuere, al margen de cuán prometedor sea adentrarse por estas sendas, los requisitos teóricos que plantean han justificado, precisamente, contradecir en cierta

---

<sup>274</sup> La irrelevancia del carácter beneficioso de los derechos para la teoría de la voluntad es un lugar común en la literatura por lo menos desde Hart (1982 [1973]). He argumentado que el dictamen hartiano es desacertado (III).

medida nuestras intuiciones morales y lingüísticas cuando el modelo teórico lo hace inevitable e introducir ciertas restricciones –por ejemplo, limitar el análisis tan solo a los derechos jurídico-positivos.

Desde luego, los propios usos jurídicos y políticos de la expresión “derecho subjetivo” propician tensiones entre la connotación y denotación; extender la noción de “derecho subjetivo” o emplearla de ciertas maneras acarrea perjuicios para el lenguaje de los derechos. En general, procurar una mayor versatilidad del concepto de “derecho subjetivo” si se obtiene al precio de una creciente vacuidad (Sumner, 1987: 15). En este sentido, según algunos autores, la teoría del interés –en versiones tales como la de MacCormick o Raz– vendría a defender la centralidad de los derechos en el razonamiento jurídico al tiempo que aseguraría la equiparación de estos con otros intereses en juego (*vid.* Simmonds, 1998). Ello dificultaría la distinción de los derechos de múltiples objetivos sociales. Por su parte, la teoría de la voluntad se presentaría como más cuidadosa a la hora de emplear el concepto de “derecho”: no usando la expresión para cualquier situación moral valiosa (*cf.* Feinberg, 1980: 143-158), sino reservándola para aquellas en que la decisión individual resulta determinante, en un plano conceptual y ético.

Algunos criterios más de capacidad explicativa y bondad argumentativa de las teorías son examinados más adelante; la elegancia o el principio de parsimonia –en función de los elementos que permite reconocer o de los bienes que distribuye una y otra teoría (la libertad individual, en el caso de la teoría de la voluntad o una multiplicidad de intereses en el caso de la teoría del interés)– es abordada antes de afrontar la posible complementariedad de teorías.

Ahora es oportuno examinar los problemas teóricos más básicos, las críticas tradicionales de que han sido objeto las teorías del interés y de la voluntad y sus diferentes intentos de salvarlas.<sup>275</sup>

## **IX.2.1. Problemas teóricos: objeciones y réplicas**

### **IX.2.1.1. La teoría del interés. Desajustes entre derechos e intereses**

#### **IX.2.1.1.1. Terceros beneficiarios**

Como ha afirmado de forma icástica Kramer, “todo titular de derechos es beneficiario de una obligación pero no todo beneficiario de una obligación es titular de derechos” (Kramer, 1998: 67). En efecto, alguien puede tener interés en realizar (o bien que se realice) una cierta acción o en dar (o en que se dé) lugar a un cierto estado de cosas –una

---

<sup>275</sup> En cambio, en el tercer apartado abordo problemas justificativos más sofisticados y otras cuestiones menores que han sido planteadas en fechas más recientes.

acción o estado de cosas que otro sujeto está obligado a ejecutar o a abstenerse de ejecutar—, sin que tenga derecho a tal acción o estado de cosas.

La plausibilidad de la teoría del interés depende en gran medida de disponer de algún criterio con el que discernir entre genuinos titulares de derechos y aquellos sujetos que (contingentemente) pueden verse beneficiados por el contenido de tales derechos o de sus deberes correlativos (*vid.* Celano, 2013). Este es, a todas luces, el problema más elemental para la viabilidad de la teoría del interés y, de hecho, la objeción que dicha teoría ha encarado con mayor frecuencia.<sup>276</sup>

Esta cuestión suscita distintas preguntas acerca del elemento adicional que distingue los derechos de otros beneficios o intereses: ¿cómo hay que cualificar al beneficiario para poder hablar de un titular de un derecho? ¿Es que se trata de un beneficio/ beneficiario especial o es que el beneficiario contingente no debiera considerarse beneficiario? En las líneas que siguen se pretende dar respuesta a ambas preguntas aunque estas implican planteamientos de detalle acerca de la “materia” de que están hechos los intereses y de construcciones o distinciones institucionales (distinción de derechos de otros objetivos sociales).

El ejemplo clásico para ilustrar este punto es el de un individuo *X* que promete a un individuo *Y* cuidar de la madre de *Y*; si bien es *Y* quien ostenta —en calidad de promisorio— el derecho frente a *X* —promitente— es la madre de *Y* quien se beneficia (directamente) de la promesa. Es *Y* quien tiene capacidad de control respecto de la obligación de *X*, lo que hace cierta la proposición “*Y* tiene un derecho”. Para la determinación de tal derecho, el beneficio de la madre es irrelevante. Esta es la argumentación que ha planteado Hart y que han retomado las sucesivas defensas y refutaciones.<sup>277</sup>

Se pueden distinguir dos líneas argumentales con las que los teóricos del interés han respondido a tal objeción: la primera, algo menos sujeta a valoraciones. La segunda, de un tono más marcadamente justificativo.

La primera solución consiste en señalar como derecho únicamente aquel beneficio “íntimamente relacionado” con el deber —la expresión es de Waldron (1984: 10)—, determinando tal íntima relación mediante algún tipo de imputación entre el derecho y el deber correlativo. La asunción, tácita o expresa, que está detrás de estas propuestas es que la noción de “deber” es más fácil de determinar que las nociones huidizas de “derecho subjetivo” o “beneficio”.<sup>278</sup> En todo caso, esto es verdad hasta cierto punto, por cuanto derecho y deber expresan modalidades deónticas referidas a la misma acción.

---

<sup>276</sup> Hart, 1982: 187-8; MacCormick 1977: 208-9; Stoljar 1984: 28-31; Kramer 1998: 66-8; Steiner, 1998: 61-5; Sreenivasan 2005: 262-267, 2010: 485; Rainbolt 2006: 152-3; Kamm 2007: 242-4.

<sup>277</sup> La difusión de este ejemplo y de la argumentación en torno a él en el ámbito hispanófono se debe en primer lugar a Nino (1989 [1984]: 28) y a Hierro (2001 [1982]).

<sup>278</sup> Empezando por el propio Bentham. Para el filósofo inglés, los deberes y derechos son ficciones pero los primeros son más básicos en un plano ontológico-lingüístico (y, por ende, explicativo) respecto de los segundos. Por su parte, los beneficios (placeres) son entidades reales, en cuanto percepciones sensibles.

Esta solución está ya presente en la distinción que traza Jhering entre un derecho subjetivo y una “eficacia refleja” de un deber (“Reflexwirkung”) (*cf.* Kelsen, 1997: 638). Pero la solución más famosa a este problema consiste en la aclaración de Lyons y la enmienda de Hart a la teoría del beneficiario benthamiana. En efecto, para referirse a los sujetos a los que una norma adscribe derechos, Bentham se vale de una serie de expresiones (“the party favoured”, “supposed to benefit”, etc.) que serían, según muchos críticos, lamentablemente vagas (Sumner, 1987: 40). Esto tendría el desdichado efecto de hacer difícilmente determinables a los titulares de derechos —y, precisamente, indiscernibles de beneficiarios que dudaríamos en calificar como titulares de derechos (para la crítica *cf.* Hart, 1982) y de comprometer a la teoría del interés con sus versiones estrictamente justificativas.<sup>279</sup>

En aras de precisar la propuesta benthamiana, Lyons trazó la distinción entre beneficiarios directos y terceros beneficiarios; un beneficiario directo es aquel a quien se busca beneficiar con el correspondiente deber de otra persona, mientras que un tercero beneficiario es aquel que puede resultar coyunturalmente beneficiado por la conducta debida de otra persona (Lyons, [1969]1994: 10, 28–30). Es decir, en virtud de la “teoría del beneficiario cualificado”, un sujeto *X* es titular de un derecho si y solo si determinado comportamiento impuesto coercitivamente a un sujeto *Y* está dirigido a la protección o promoción de los intereses de *X* (Lyons, 1994: 30, 151). Por su parte, Hart atisbó otra solución:<sup>280</sup> identificar al beneficiario de una obligación (*i. e.*, el titular de un derecho, de acuerdo con la teoría del beneficiario) con el individuo perjudicado por la violación de un determinado deber —el deber correlativo al derecho que se quiere determinar.<sup>281</sup>

La solución de Lyons es parcialmente acorde con la de Bentham, para quien el titular de un derecho es aquel a quien el legislador pretende beneficiar y el modo de conferir ese beneficio (más bien, el beneficio que entraña el mencionado derecho) es imponiendo una obligación a otra persona. Hasta aquí Lyons innova poco con respecto a Bentham; es más, Bentham aludía a la intención del legislador, mientras que Lyons no especifica (*cf.* Nino, 1989: 28). Un aspecto importante de la clarificación de Lyons es la alusión a la correlatividad (*cf.* Lyons, 1994: 28–29; Lyons, 1970: 46). El problema es que, tal y como la fórmula, Lyons ha tergiversado la propuesta benthamiana en la medida en que ha identificado los derechos con meras “obligaciones benéficas”, desproviniendo de profundidad y allanando la vía a la acusación de que la teoría del interés haría la noción de “derecho subjetivo” redundante respecto de la de “obligación”, como la formulada por Hart (la teoría benthamiana de los derechos II, las críticas hartianas III§2; un repaso conjunto III§4).

---

<sup>279</sup> De hecho, la propuesta de Raz no presenta este problema —al menos no con estos términos— pero precisamente porque hace depender la determinación de los beneficiarios de valoraciones.

<sup>280</sup> Esta solución ha sido acogida por Kramer y ocupa un lugar central en su propuesta teórica (V§1).

<sup>281</sup> Conviene notar que la correlatividad se da por supuesta y aun juega un papel importante en esta explicación. En este punto, Hart tiene en cuenta únicamente aquellos derechos que Hohfeld denominaba “pretensiones”.



Por su parte, la enmienda de Hart es sumamente ingeniosa –seguramente, inspirada en la solución jheringiana (*vid.* Hart, 1982: 181)– pero no ofrece más que una solución parcial.<sup>282</sup> En efecto, con semejante solución se pierde la dimensión “prospectiva” de la teoría del interés. De ser cierto que la determinación –en sede judicial, en un procedimiento de adjudicación– de los individuos perjudicados pueda ser más fiable o sencilla que la atribución de derechos resultante de la interpretación de una disposición normativa, deja fuera a todos aquellos titulares del derecho subjetivo que no han resultado afectados o a los que no son fácilmente determinables en función de ese daño. Además, como ha dicho Simmonds a propósito de Kramer, tal solución salva el positivismo de la teoría del interés pero a costa de desproveerlo de su sentido justificativo (Simmonds, 1998: 198). Puede explicar el derecho jurídico–positivo establecido con suficiente concreción –en efecto, Kramer circunscribe su propuesta a “derechos definidos” (V)– pero nada más. Como escribía el propio Hart aludiendo a las críticas de Jhering, esta comprensión lleva de nuevo a la “ceguera de intereses sociales e individuales que han de ser considerados, junto con otros problemas prácticos, en el uso y desarrollo de conceptos jurídicos” (Hart, 1983: 266). Volveré sobre estas críticas al sostener que la teoría de la voluntad ofrece una visión “procesalizada” de los derechos.

Sea como fuere, el caso que brinda Hart puede ser analizado adecuadamente mediante unas pocas estrategias. En primer lugar, es necesario hablar en algún sentido, como hace Kramer, de autointereses; puede que el interés de un sujeto sea totalmente altruista pero no puede venir dado únicamente por “intereses vicarios” (ajenos, si se quiere) pues en ese caso no se podrá decir que el sujeto se vea beneficiado ni, por tanto, que tenga un derecho (V). Dicho esto, las distintas relaciones normativas pueden quedar debidamente acotadas si se sostienen y aplican las tesis de la correlatividad y de la estricta bilateralidad de las posiciones normativas. En ese sentido, retomando el ejemplo planteado anteriormente, se puede decir que el promisorio se beneficia, para empezar, de eximirse de la obligación de cuidar a su madre (*vid.* Nino, 1989: 40). Como he señalado al plantear el caso, Hart hace de beneficiaria “directa” de la promesa a la madre, pero en una descripción del contenido proposicional del derecho y de la obligación en términos de “que la madre de *Y* sea cuidada”, el beneficiario directo de ese servicio puede decirse tanto la madre de *Y* como *Y* (pues *Y* se libera de la incumbencia y puede, por ejemplo, disponer libremente de su tiempo). En todo caso, me parece que lo relevante es que se trate de relaciones distintas y que, en cada una de ellas, se puede decir que hay un titular de derechos. Por una parte, promisorio y promitente mantienen una relación de derecho(s) y deber(es) correlativos y el beneficio apenas mencionado concierne a esta relación. Pero el promisorio también mantiene otra relación bilateral con respecto a su madre: “que la madre de *Y* sea cuidada” por su hijo constituye el contenido proposicional

---

<sup>282</sup> Además, aunque Hart emplea diferentes recursos benthamianos que consienten su enmienda, es muy discutible que la enmienda, en cuanto tal, fuera a ser suscrita por Bentham. Conviene recordar, asimismo, que Bentham estaba precavido de la posible indeterminación de los individuos beneficiados o afectados por una norma y de la necesidad de su determinación en sede judicial.

tanto de la obligación del hijo como del derecho de la madre.<sup>283</sup> Son, a su vez, relaciones bilaterales las que pueden conectar la relación entre madre e hijo y promitente y promisorio. En este caso, la promesa comporta una suerte de subrogación del promitente respecto de algunas obligaciones del promisorio. Hart, al formular su caso, parece estar pensando en un contrato legalmente estipulado y presuponiendo que en dicho contrato no aparece la madre como titular de derechos y menos como subrogada en los derechos del hijo. Si esto es así, claro que el promitente y promisorio agotan la relación contractual. Sin embargo, se pueden reconocer los derechos de la madre, con base extracontractual, en virtud de alguna norma de derecho positivo (piénsese en la “obligación de alimentos” del art. 143 del Código civil español), y, de hecho, no es solo que la madre sea objeto del contrato, sino que la relación entre la madre y su hijo es presupuesto del contrato. De este modo, resulta que hay distintas maneras en que la madre podría ostentar derechos frente al promisorio, en una relación suficientemente diferenciada de la que mantiene la madre con el promitente y el promisorio con el promitente.

En verdad, el planteamiento de Bentham puede ser tachado de un objetivismo interpretativo ingenuo, pues defiende que la voluntad del legislador es algo fácilmente cognoscible –al menos, cuando el legislador no emplea ficciones de inmediato o mediato arraigo empírico–, pero no se refiere al hablar de tal voluntad a ninguna técnica interpretativa determinada. En este sentido bastante genérico, rayante en lo tautológico, las aspiraciones de Bentham no se encuentran muy alejadas de la adscripción de derechos a ciertos sujetos en virtud de la interpretación de disposiciones normativas por parte de los operadores jurídicos (*cf.* Kelsen, 1997: 635). En todo caso, en lo que se refiere a la solución de Bentham hay que distinguir el problema conceptual (qué quiere decir “tener un derecho”), y el problema de identificación (cómo establecemos que *X* tiene o no un derecho). Creo que estos dos problemas no están suficientemente deslindados en Bentham y, además, si bien el autor dieciochesco dedica notables esfuerzos a explicar los efectos directos e indirectos de una norma y los posibles afectados por una norma, no ofrece argumentos dirigidos a establecer los destinatarios y el contenido de la norma (acerca de la intención del legislador en Bentham, III§1.2).

La segunda línea argumental, la más señaladamente justificativa tiene a Raz por principal exponente. Según Raz, algunos derechos responden no solo a los intereses de su titular sino también a los de otros sujetos, o bien porque los intereses de uno y otro se hallan “entrelazados” –un caso habitual de esto sería el de los vínculos familiares (*cf.* la solución similar de Bentham relativa a los estatus familiares)– o bien porque el derecho de alguien es instrumentalmente valioso para otros individuos o, incluso, para la sociedad. Los pesos específicos de los intereses de los individuos distintos del titular del derecho contribuyen (en ocasiones de forma decisiva) para dar lugar al derecho en cuestión.

---

<sup>283</sup> De ser la obligación relacional. Siempre se podría decir que la obligación del hijo frente a la madre responde a consideraciones –pongamos por caso, deontológicas– que nada tienen que ver con eventuales derechos de la madre. Por otra parte, se puede decir que, en general, entre progenitores e hijos se da una tupida red de derechos y obligaciones (esto es, de relaciones bilaterales).

Ante este planteamiento —especialmente, la segunda vertiente— se han aducido distintas críticas; por ejemplo, Harel arguye que hablar de intereses como “intereses societarios” tiene el inconveniente de chocar con quién es considerado el verdadero titular (Harel, 2005: 196). Sreenivasan, por su parte, critica que semejante comprensión instrumental desmerece los intereses del *titular* del derecho. No parece que estas críticas deban considerarse fatales para los sugestivos argumentos razianos; sí son problemáticas, en cambio, la mensurabilidad y comparabilidad de razones que presuponen, pero no es este el lugar para abordar tales cuestiones.

En resumidas cuentas, los teóricos del interés han formulado distintas argumentaciones para presentar el de los terceros beneficiarios como un pseudoproblema.

Pero el desajuste, aparente o efectivo, de los derechos y los intereses que los pueden justificar no se da solo en ocasiones que competen a distintos sujetos.

#### IX.2.1.1.2. Desinterés

Este desarreglo se presenta como opuesto al antes presentado: mientras que el elemento problemático de la cuestión de los terceros beneficiarios reside en establecer por qué un individuo que tiene un interés en  $\varphi$  no tiene derecho a  $\varphi$ , ahora el rasgo problemático consiste en determinar cómo alguien que tiene un derecho a  $\varphi$  no tiene interés en  $\varphi$  (*vid.* Wenar, 2015).

Rainbolt afirma que, para la teoría del interés, “rights are necessarily in the interest of the right-holder” (Rainbolt, 2006: 86). Este enunciado puede ser interpretado como dos proposiciones alternativas: [1] bajo una lectura objetivada, que un derecho protege algo que constituye el interés del titular del derecho, sea este consciente o no de ello; [2] bajo una lectura subjetivada, que un titular tiene siempre interés (algún tipo particular de actitud intencional) en el contenido de su derecho. Una y otra cuestión deben ser distinguidas; si bien una teoría del interés se centra solo en una de estas preguntas, debe dar cuenta de por qué la otra queda sin responder o, acaso, de por qué colapsa en la pregunta a la que el teórico en cuestión pretende responder.

Por supuesto, como señala Kramer, según la teoría del interés, cuando una norma impone a un sujeto *Y* algunos deberes en relación con un sujeto *X* que virtualmente no acarrearán ningún potencial para promover los intereses de *X*, esa norma no confiere *pro tanto* derecho alguno a *X* (Kramer, 1998: 97).

La mayoría de las versiones de las teorías del interés, en efecto, suscriben [1] pero consideran que está respaldada por razones derrotables, pues se basa en una generalización empírica que no tiene por qué darse en todos los casos. Ya Jhering reconoció que se trataba de una generalización (un “interés medio”) y que en ciertos casos un titular podía no tener interés en el objeto de su derecho. Kelsen señala lo paradójico de la estrategia argumentativa, pues si lo que Jhering pretendía era afirmar el sustrato material de los derechos subjetivos, el interés concreto, resulta que recurre a una ficción para defenderlo, renunciando a dicho sustrato y quedándose únicamente con el elemento de la protección

jurídica encerrado en su definición de “intereses jurídicamente protegidos” (*vid.* Kelsen, 1997: 634-637).

De modo tal que dichos teóricos califican la situación o acción que conforma el contenido de un derecho como “*generalmente* beneficiosa” para evidenciar que se trata de una generalización estadística; una generalización con respecto a valoraciones ético-políticas (Kramer, V; MacCormick, V§2). Estas valoraciones las proporcionan modelos externos a la teoría del interés (modelos de moral social, política legislativa, etc. Esta estrategia permite salvar la validez de la teoría restringiendo su alcance, al tiempo que abre la vía a reconocer y abordar casos anómalos (*cf.* Nino, 1989: 39). Pero, al margen de cuestiones como el modo de determinar y el umbral de dicha generalidad (*vid.* Ferraro, 2013: 414), es muy provechoso examinar qué respuestas ofrecen distintos teóricos del interés a esa parte que la teoría del interés no explica. Por ejemplo, MacCormick ha concluido que, en virtud del principio liberal de que los individuos son los mejores jueces de sus intereses, en esos casos el derecho debe brindar la posibilidad de ejercitar o no ejercitar, de tomar la elección que el titular considere conveniente (V§6).

Por su parte, Raz postula que, además del interés que conforma el contenido del derecho, que puede tener poco peso específico, otros intereses, independientes de ese contenido, pueden dar lugar a derechos. Así, el interés en comprometerse y que las promesas sean mantenidas parece relevante en el caso de la madre, pero más significativo es, en muchos casos, el que Raz denomina “interés en la libertad” (VI). En muchos derechos, lo que se estima valioso es disponer de distintos cursos de acción y poder realizar elecciones autónomamente, más allá de lo acertado o desacertado de la elección.

Como puede verse, no cabe sino reconocer la limitación de la teoría del interés en los casos en que el derecho establecido por una norma jurídica o moral no es del interés del titular del derecho.<sup>284</sup> Y para explicar de forma cabal esas situaciones la teoría de la voluntad proporciona herramientas adecuadas o, cuando menos, refleja intuiciones atendibles.

Efectivamente, múltiples derechos que son inmediatamente reconducibles al esquema benéfico –como el derecho a martillearme el dedo del pie (Rainbolt, 2006)– son explicables mediante semejante interés en la libertad. Distintas posiciones normativas individuales que aparentemente no resultan beneficiosas son, de un modo más directo o más indirecto, reconducibles a un esquema benéfico general. Es el caso manifiesto de los derechos obligatorios, que son situaciones normativas complejas que integran posiciones normativas beneficiosas y posiciones normativas gravosas.<sup>285</sup> Ya Bentham reconocía que

---

<sup>284</sup> La frase se refiere fundamentalmente a razones relativas al agente, pero es extensible a razones independientes del agente. Por otra parte, hay desarreglos fácticos por los cuales los derechos, efectivamente, no logran redundar en beneficio del titular, pero esto no es un defecto del modelo.

<sup>285</sup> Feinberg es el inaugurador de estos análisis. Feinberg, aduciendo el ejemplo de que tradicionalmente las mujeres no tenían derecho a formar parte de un jurado, ha sostenido que estos casos de “derechos obligatorios” pueden ser descritos bien como derechos bien como deberes, según en cuál de los elementos hagamos hincapié (Feinberg, 1980: 236-238). En este caso, tal vez sería pacífico afirmar que la obligación de formar parte de un jurado implica la

los derechos pueden constar de una mezcla de cargas y beneficios, aunque este último elemento deba ser preponderante para poder emplear el término “derecho”. En cambio, es sumamente discutible en el caso de las posiciones normativas conferidas a un sujeto y necesarias para el desempeño del cargo o función que desempeña (p. e., los poderes de adjudicación del juez), pues el carácter impersonal de tales posiciones, debido al “agnosticismo valorativo” de las reglas de competencia, dificulta poder hablar de “derechos benéficos”. En realidad, previene lisa y llanamente considerarlos derechos.<sup>286</sup>

En pocas palabras, el del desinterés no es un problema especialmente acuciante para la teoría del interés, pero no lo es al alto precio de considerarlo una excepción. Esto conlleva, de uno u otro modo, una puerta abierta a la teoría de la voluntad como el mejor esclarecimiento de semejante excepción.

## IX.2.1.2. La teoría de la voluntad. El monopolio de los derechos disponibles

### IX.2.1.2.1. ¿Hay lugar para los derechos indisponibles?

---

libertad de ser miembro de un jurado. Sin embargo, mirado de cerca, el ejemplo que aduce Feinberg no es describible como únicamente como una libertad unilateral y, de hecho, tiene un inconveniente fundamental, que es lo que le da su aire de paradoja. En la solución de Feinberg se sostiene que la situación normativa ventajosa y la situación negativa tienen idéntico contenido, que es lo que permite hablar de una u otra posición como descripciones alternativas, pero semejante análisis no parece correcto. Uno puede decir que una mujer tiene la libertad de ser *elegible* a igual título que los hombres como miembro de un jurado –esto es lo que Feinberg parece identificar como beneficioso– y que tiene la obligación de formar parte (si se quiere, de ser *elegida*) de un jurado –el elemento gravoso según Feinberg. El último elemento, además, puede ser considerado gravoso si se estima que el *desempeño* de la función de jurado comporta cargas y puede suponer molestias –algo que Feinberg parece presuponer (*cf.* Bentham, 1843, t. 1: 292 para una solución afín). De este modo, un análisis menos superficial que el brindado por Feinberg muestra que no se trata de descripciones alternativas de una posición normativa sino una situación normativa compleja, referida a acciones diferentes. Otro ejemplo, quizás, permita aclarar algo más el punto. De conformidad con el art. 4.1 de la Ley Orgánica 4/2000, el ciudadano extranjero tiene el “derecho y deber” en España de conservar la documentación expedida en su país de origen. Aunque de entrada pueda parecer que las posiciones normativas tienen idéntico contenido, una especificación más atenta muestra que se trata de una situación normativa compleja, compuesta por la libertad de conservar (de llevar consigo, si se quiere) la documentación expedida en el país de origen y, como garantía de tal libertad, la inmunidad de no verse desprovisto arbitrariamente de ella, y, en último lugar, el deber de poder ser identificado mediante documento oficial. Como puede verse, se trata de tres posiciones normativas relativas a tres acciones diferentes; estos análisis apuntan a la poca solvencia explicativa de la figura del “derecho obligatorio”.

<sup>286</sup> Para una reconducción al esquema benéfico (*vid.* Kramer, 2013). En cambio, no plantea especial inconveniente reconocer el carácter benéfico de algunas obligaciones si se otorga plausibilidad a la tesis de que los derechos son generalmente beneficiosos y, de forma contradictoria, las obligaciones son generalmente perjudiciales.

Según la teoría de la voluntad todos los derechos son discrecionales (Hierro, 2016: 127). Para Hart, la teoría de la elección por la que abogaba tiene el mérito de conformarse a la impresión general de que “todo derecho es susceptible de ejercicio” (Hart, 1982; Hart, 1955). En verdad, tiene el defecto de ser incapaz de dar cabida a los derechos indisponibles. Al sostener que los derechos indisponibles no son derechos la teoría de la voluntad contraría el uso común de la expresión “derecho subjetivo” e intuiciones ampliamente asentadas acerca de la noción.

Se ha argumentado cómo, en muchos casos, la justificación que se encuentra tras la atribución de derechos indisponibles sea que el carácter irrenunciable de los derechos es una mejor manera de tutelarlos que hacerlos renunciabiles (V§6; *cf.* Maniaci, 2014). Precisamente tendría aire de paradoja la decisión de la teoría de la voluntad de no calificar como “derechos” algunas de las posiciones atribuidas por las normas que suelen considerarse más importantes. Como dijo MacCormick, la teoría de la voluntad llevaría a concluir de ciertas posiciones que “cuanta más protección prevén menos se les puede considerar derechos” (IV). Si se comparan la teoría del interés y la teoría de la voluntad, parece absurdo que se conceda, como pretende la última, la calificación de “derecho subjetivo” a posiciones normativas mucho menos importantes por el solo hecho de que estén acompañadas de un poder de renuncia o alienación (Ferraro, 2013: 406). En este sentido, Jhering ha sostenido que nadie se consternaría por el hecho de que un sistema jurídico privase a los individuos del poder de renunciar a sus derechos a ser compensados (Harel, 2005: 195). Dicho sea de paso, esto es cierto, y es un punto a favor de la teoría del interés, pero solo en cuanto generalización estadística: no es conceptualmente imposible —y ni tan siquiera infrecuente— que un determinado titular de un derecho a ser compensado considere preferible renunciar al contenido de su derecho. Piénsese, por ejemplo, en el nieto de una represaliada política al que se le ofrece una indemnización estatal con motivo de lo padecido por su abuela, indemnización que considera claramente inapropiada. La consideración jheringiana evidencia que la teoría de la voluntad no discrimina debidamente entre los aspectos principales y accesorios —desde un punto de vista valorativo— de los derechos. Aunque, adyacente a este, se puede imputar un error conceptual más serio a la teoría de la voluntad, que consiste en confundir el derecho sustantivo con su tutela (III).

En todo caso, hay una distinción que conviene plantear y es que un derecho puede ser [1] (ir)renunciable, [2] (in)alienable, [3] (in)disponible. De las distintas combinaciones posibles, con distintos alcances, la teoría de la voluntad puede requerir una cierta combinatoria, pero no tiene por qué exigir otra: por ejemplo, lo normal es que la mayoría de los derechos sea disponible, pero puede tolerar unos pocos derechos irrenunciabiles —ahora veremos bajo qué condiciones—, mientras que lo contrario podría resultarle intolerable. Asimismo, se priorizará una opción u otra en función del énfasis que la teoría de la voluntad haga en la titularidad o en el ejercicio. En verdad, la titularidad y el ejercicio van anudadas en la teoría de la voluntad por cuanto enfatiza la capacidad del titular del derecho de realizar elecciones autónomas, pero en múltiples casos se produce la disociación de ambos elementos.

En todo caso, esto depende de qué formulación de la teoría de la voluntad se aborde, de cuánto control prevea y para qué aspecto. En función de una formulación o de otra, las objeciones serán salvables en mayor o menor medida.

En lo que se refiere a [1], la teoría de la voluntad ha ideado algún modo de explicar la ausencia de poder para renunciar a derechos. Consiste en recalcar que semejantes incapacidades legales son poco frecuentes y que, por ejemplo, un derecho a no ser torturado equivale a una molécula hohfeldiana cuyo núcleo está dado por la obligación legal de los funcionarios de no torturar y una incapacidad jurídica de cada uno de nosotros de consentir la tortura (*vid.* Edmundson, 2004: 126). Lo que ocurre es que esta estrategia no se está refiriendo a los derechos de los individuos. No es solo que el teórico de la voluntad rehúse a hablar de un derecho como posición ventajosa y prefiera no calificar de “derecho” la prohibición de tortura por su eventual carácter ventajoso, ni tampoco que aquí no haya ningún derecho ejercitable como querría la teoría de la voluntad (es un derecho al no ejercicio, pero eso abocaría acaso al teórico de la voluntad a una teoría del interés). Lo que ocurre es que en la molécula hohfeldiana identificada por Edmundson no hay ningún elemento de la serie de posiciones que genéricamente denominamos “derechos” sino solo de la de “deberes”. Lo cual es erróneo puesto que, de seguirse la taxonomía hohfeldiana, a la obligación de los funcionarios de no torturar corresponde la correlativa pretensión de los individuos de no ser torturados, y lo que Edmundson considera una incapacidad no se refiere al mencionado deber; en todo caso se tratará de una incapacidad de cada uno de consentir la tortura resultante de la inmunidad de cada cual de afectar a su situación –inmunidad que a su vez tiene otra incapacidad correlativa (p. e., la de los poderes públicos de afectar la situación de los demás).

De modo que ni en lo estrictamente valorativo ni en lo conceptual se podría hablar de derechos en estos casos, lo cual, de nuevo, se compadece mal con las intuiciones éticas que suelen estar detrás del lenguaje de los derechos. De hecho, el teórico de la voluntad dirá que no hay derechos irrenunciables o inalienables en sentido estricto.<sup>287</sup> En semejantes casos hay deberes generales (p. e., la prohibición de esclavitud) pero no hay derechos de nadie (Edmundson, 2004: 129-130). La argumentación de Edmundson (2004: 130-132) aunque reconoce la perplejidad con la que nos deja la teoría de la voluntad, concede a esta más éxito en la explicación de los derechos inalienables del que en realidad tiene: aunque podamos entender en términos de la teoría de la voluntad algunas de las posiciones normativas que conforman el panorama de los derechos inalienables, dicha teoría no puede explicar el derecho como tal. Habida cuenta de nuestra

---

<sup>287</sup> Aunque no se le pueda calificar de “teórico de la voluntad” en sentido estricto, Rosmini presenta una posición que encarnaría de forma ejemplar una posible argumentación de dichos teóricos: “El único derecho inalienable que tiene el hombre es el derecho a su suprema felicidad, y los derechos a las demás cosas pueden ser todos alienables, porque no hay ninguna cosa que sea en sí misma medio necesario a esa suprema felicidad” (Rosmini *in* Prini, 1997 :13; cfr. Rosmini, 1843: 582). La cercanía de Rosmini a los teóricos de la voluntad se ve refrendada por la concepción de este de la libertad, el derecho primordial, como la satisfacción de la autorrealización del individuo (*vid.* Prini, 1997: 114).

comprensión (nuestros usos lingüísticos, nuestras prácticas) de los derechos, la teoría de la voluntad puede considerarse inadecuada extensionalmente.<sup>288</sup>

Sostiene el teórico de la voluntad que el sector paradigmático –o exclusivo– en que se fija es el civil.<sup>289</sup> Justamente, un mérito explicativo de la teoría de la voluntad consistiría en delimitar distintos sectores del ordenamiento, poner en evidencia la asimetría estructural que está detrás de la demarcación neta entre las ramas civil y penal del ordenamiento ha sido aducido como un mérito explicativo de la teoría de la voluntad (*vid.* Hart, 1982; Simmonds, 1998; *cfr.* Waldron, 1984: 9). La teoría de la voluntad plasma en su concepción del derecho subjetivo “un concepto instrumental básico del derecho privado” (Hierro, 2016: 127); pero resulta que se restringe prácticamente a él.

De tal modo que el teórico de la voluntad coherente considera que el sector penal del ordenamiento no confiere derechos: puede que haya obligaciones de distinto tipo pero a estas no corresponde derecho correlativo alguno. En efecto, como señala Hart –quien ha hecho especial hincapié en este punto–, las normas penales no proveen al sujeto agraviado de control alguno frente a la obligación correlativa, por ende hay que concluir que tales normas no confieren derechos.<sup>290</sup> El titular de derechos civiles es un “soberano a pequeña escala”, el agraviado por las normas penales es un sujeto pasivo, subalterno, no un genuino titular de derechos. En verdad, el planteamiento de Hart tiene al menos dos grandes puntos débiles: por un lado, minimiza –aunque seguramente no desconoce totalmente– los delitos perseguibles a instancia de parte, privados y semiprivados, donde la voluntad del individuo lesionado es relevante para iniciar o determinar el curso procesal y, en su caso, para reclamar, extinguir y renunciar al cumplimiento de la obligación correlativa. En tales supuestos el individuo dispone de control, al igual que en los derechos civiles. Tal clase de perseguibilidad y procedibilidad es común a muy distintos ordenamientos nacionales y responde a consideraciones de política criminal que hacen que la cuestión no sea una excepción coyuntural e infrecuente. El segundo argumento, precisamente desechado por Hart aunque no afrontado por él con el debido detalle, es la consideración de que el individuo lesionado sí parece ostentar derechos frente a la parte obligada, precisamente porque ha visto mermados sus derechos primarios y, a resultas de ellos, tiene derecho (derechos secundarios y terciarios) a la reparación y a otros derechos derivados (*cfr.* MacCormick, 1982). Es relativamente pacífico que el bien jurídico protegido por una cierta norma penal se corresponde con algún derecho individual y que no solo tiene sentido reconocer derechos a un individuo *X* en virtud de un ordenamiento antes de que se vea conculcados penalmente tales derechos sino que tiene sentido también una vez que han sido conculcados, en calidad de agraviado. De hecho, se tratará de otros

---

<sup>288</sup> Ello al margen de que decisiones como concluir si los animales son o no titulares de derechos sean eminentemente cuestiones de fundamentación moral y decisión política (*vid.* Hierro, 2016: 128; *cfr.* Harel, 2005: 195). La cuestión es que la posibilidad de discutir tal clase de razones quedaría vedada, de entrada, por cuestiones de índole conceptual, lo cual es sumamente dudoso.

<sup>289</sup> Porque resulta que, al menos en la visión hartiana, los derechos constitucionales deben ser explicados mediante alguna teoría de las necesidades.

<sup>290</sup> Más bien, Hart reconoce que en estos casos puede hablarse de “derechos” pero en un sentido muy amplio (*cfr.* Lyons, 1994: 32–33).



derechos; unos relativos a la preservación de los derechos primarios, otros, atinentes a la reparación de los derechos primarios.

Asimismo, frente al argumento empleado por la teoría de la voluntad, que con frecuencia supone una suerte de excepción a la tesis de la correlatividad, se ha ofrecido otra respuesta: que las obligaciones públicas (las penales, en efecto, constituirían un subtipo de obligaciones públicas) no tienen como correlativos derechos individuales, sino derechos colectivos; las obligaciones penales incumben directamente a cada individuo frente a los poderes públicos, suponen violaciones del orden público –al menos en la medida en que son vulneraciones de derechos individuales (*vid.* Kramer, 1998: 59, 72). La teoría del interés puede explicar este hecho porque para poder hablar de derechos –públicos, en este caso– no tiene por qué postular que sean los propios titulares de los derechos quienes ejecuten o renuncien a tales derechos (*vid.* Kramer, 1998: 72-73). Es decir, algunos derechos pueden ser alienables y pueden ser ejercitados por individuos distintos del titular.<sup>291</sup>

La teoría de la voluntad no puede –con frecuencia, ni siquiera lo pretende– dar cuenta de los derechos indisponibles; los intentos de reconducir estos al esquema voluntarista son fallidos. Sus intentos exitosos solo pasan por una equiparación con el esquema de la teoría del interés. Puede, sin embargo, dar cuenta de los derechos disponibles.

#### IX.2.1.2.2. Un conjunto restringido de posibles titulares

Precisamente el postular el control como un elemento definitorio de la noción de “derecho subjetivo” lleva a adoptar un conjunto de posibles titulares bastante acotado; son titulares de derechos quienes tienen una voluntad (atendible) y pueden ejercerla. No serían candidatos aptos a titulares de derechos por carecer de control, fundamentalmente, los sujetos *alieni iuris* (menores e incapaces) y los animales.

En ocasiones, la teoría de la voluntad parece comprometer la titularidad como un daño colateral que está dispuesta a asumir: piénsese, por ejemplo, en la postura de Hart en 1955 quien considera que las situaciones morales en que tenemos derechos frente a bebés o animales, por valiosas que sean, no tienen el contenido que exige poder hablar de “derechos”. A menudo se han leído tales denegaciones de derechos por parte de la teoría de la voluntad como un “fiat conceptual” (Iverson, 2008: 34). Pero al margen de esto, hay distintas razones más articuladas y más próximas a la cuestión de la titularidad que la teoría de la voluntad también suele esgrimir.

---

<sup>291</sup> Esta argumentación, bastante plausible, tiene algunos inconvenientes: aunque reconoce explícitamente que hay en juego derechos individuales (*vid.* Kramer, 1998: 71), no aclara qué suerte corren estos para dar lugar a los derechos públicos resultantes de su vulneración; además se refiere a los últimos de una manera que los presenta como derechos disponibles, lo cual no es cierto pues parece que hablamos de normas de *ius cogens*.

Como se dirá más adelante cuando se examine la dimensión justificativa de la teoría de la voluntad, el titular de derechos es un agente autónomo capaz de tomar cursos de acción y elecciones vitales ¿Ello supone dejar fuera a determinadas clases de sujetos? Solo en cierta medida, puesto que la capacidad para tomar decisiones autónomas se adquiere de forma progresiva. La propiedad relevante para acordar derechos a un sujeto según la teoría de la voluntad (la agencia, digamos) se da en un *continuum*, en el que se acrecienta la capacidad de formación y ejercicio de la autonomía (*cf.* la solución de Simmonds, 1998). Por ello resulta pertinente preguntarse por la edad del infante, pues a su edad corresponderá, generalmente, una menor o mayor capacidad.

En general, se han esgrimido distintas estrategias para encarar el problema de la titularidad de derechos de sujetos *sui iuris*:<sup>292</sup> 1. Tenemos deberes frente a individuos incapaces pero estos carecen de derechos correlativos.<sup>293</sup> La solución de que los incapaces carecen de derechos (Hart, 1955) choca con firmes intuiciones morales, que se plasman en el lenguaje de los derechos; 2. Tenemos deberes frente a individuos incapaces y estos deberes tienen derechos correlativos cuyo titular son las autoridades (Steiner, 1998). Tal vez esta sea la opción más extraña y que arroja consecuencias más paradójicas, pues al transferir los derechos a las autoridades desoye la orientación “personal” de los derechos e introduce una inconsistencia en una teoría liberal como la teoría de la voluntad (*vid.* Ferraro, 2013: 408); 3. Tenemos deberes frente a individuos incapaces, que son titulares de derechos correlativos, pero son sus representantes los que deben ejercitar en nombre de aquellos sus derechos. La estrategia de imputación de derechos presenta varios problemas conceptuales. Uno fundamental es que esta solo es viable en un sistema jurídico (Hierro, 2016: 127). El más importante es que se trata de un claro ejemplo de *ignoratio elenchi*, pues lo que la teoría de la voluntad exige acreditar no es el ejercicio del derecho sino la voluntad respecto de dicho ejercicio (V§5).<sup>294</sup>

Otras cuestiones conceptuales y sustantivas que entrañan tales consideraciones también son espinosas; es controvertido que la “normalidad” de un individuo adulto capaz deba ser el requisito para ser titular de derechos. Un argumento que con suma frecuencia se esgrime es que la no titularidad de derechos por parte del incapaz se justifica por el hecho de que su situación es una situación transitoria (el “argumento de la potencialidad”). Puede que esto sea así en muchos casos: es incapaz el niño que en algún momento deviene adulto, es incapaz el enfermo comatoso que posteriormente sale del coma. Al margen de problemas conceptuales (la paradoja de sorites: ¿cuándo un niño entra en la edad adulta?) y de ética normativa (¿puede hablarse de islotes de “anormalidad” en el curso de general “normalidad” de la existencia individual?), estas soluciones referentes a la potencialidad eluden el problema fijándose en la futura salida de él; pero

---

<sup>292</sup> No me refiero aquí a los derechos de los animales, una cuestión que los teóricos de los derechos han desatendido.

<sup>293</sup> No se trata de exceptuar o refutar la tesis de la correlatividad; se puede tratar de deberes no direccionales.

<sup>294</sup> No es ocioso señalar que Kelsen recriminaba a Windscheid confundir capacidad jurídica y voluntad, tomando ambos por datos psíquicos.

siempre habrá un momento en que este problema se presente. Por lo pronto, se excluye de la titularidad al enfermo en estado vegetativo permanente.<sup>295</sup>

En lo relativo a clases de supuestos semejantes, en que el titular aparentemente carece de control sobre la obligación correlativa, la teoría de la voluntad puede argumentar –y, en efecto, lo ha hecho (p. e., Honoré, 1987: 255)– que en los casos en que el individuo no está en condiciones de escoger o en que se prohíbe hacer una elección irrevocable, la ley protege, pese a las apariencias, los intereses en la libertad de elección. Se trata de preservar el estatus del titular como ente que escoge y su rango de opciones (Honoré, 1987: 255). Esta argumentación comparte algunos argumentos de los empleados por Simmonds en relación con las inmunidades, de modo que su examen se reserva para esa ocasión. Por ahora, baste concordar con Penner (1997: 303) que el argumento de Honoré divide todos los derechos en función de dos intereses en que se pueden basar: 1. Intereses en actuar de cierta manera o bien 2. Intereses instrumentalmente importantes para la toma de decisiones.

Sin duda, aunque los derechos no agoten el ámbito de lo moralmente relevante, el valor que muchas comunidades atribuyen a los derechos hace que el calificar a determinados sujetos como titulares de derechos sea atribuirles una posición moral preminente (*vid.* Feinberg, 1980: 143-158). Ello ya sea porque se tomen como fines dignos de protección las necesidades e intereses de los propios individuos, como pretende la teoría del interés (*vid.* MacCormick, 1976), o bien su autodeterminación, como quiere la teoría de la voluntad (*vid.* Simmonds, 1998). Por ejemplo, Raz restringe la titularidad de derechos a aquellos seres cuyo bienestar es de valor último, no instrumental (VI). Asimismo, es oportuno recalcar que qué noción de interés –relativa al/independiente del agente, subjetivizada/objetivizada– se maneje va a permitir ampliaciones o restricciones en la clase de posibles titulares. Aunque Kramer considerara absurdo pensar que unos pretendidos intereses de la hierba pudieran dar lugar a atribuirle derechos (Kramer, 2001: 32-33), resulta que esgrimir acepciones radicalmente objetivas, como las que Tom Regan (1976) o Gary Varner (2002) defienden, han comportado tan insospechados efectos.

En lo que hace a los animales no humanos, hay varios problemas en relación con los intereses. Un problema preliminar es cuál es el criterio en que operacionalizamos los intereses de los animales como criterio de titularidad de derechos. Un trabajo especialmente emblemático y clásico que acomete esta empresa, *The Rights of Animals and Unborn Generations*, oscila entre diferentes hipótesis de qué ha de entenderse por “interés”: nocicepción, la capacidad de inferir silogismos prácticos, tener ciertas necesidades (*vid.* Feinberg, 1974). En virtud de cuál sea la acepción por la que nos decantamos –lo cual, dicho sea de paso, puede responder a nuestra prioridad por el valor de la agencia o de la calidad de pacientes– tendremos un resultado u otro.

---

<sup>295</sup> Asimismo, si un niño puede disponer ya de una voluntad respecto de ciertos derechos que le atañen, un enfermo en estado vegetativo tiene alterada la conciencia de tal modo que excluye hablar de actividad voluntaria alguna.

Y una vez que hubiésemos reconocido que los animales no humanos tienen intereses, la principal dificultad de cara a conferirles derechos es epistémica, estriba en cómo conocer tales intereses (*vid.* Brunet, 2019: 15).

En suma, las respuestas que la teoría de la voluntad puede ofrecer a la exclusión de titularidad de menores, incapaces y animales son claramente insatisfactorias. Los derechos que logre explicar la teoría de la voluntad quedarán vedados a tales categorías de sujetos, en virtud de su carencia de la capacidad necesaria; eso sí, una carencia o posesión graduales.

Hay otros inconvenientes teóricos básicos que aquejan a la teoría de la voluntad: uno muy relevante es la contrapartida del desinterés y es que hay derechos en los que su titular no ejerce voluntad alguna. La crítica ya fue referida por Kelsen a Windscheid; no solo es que no deseemos el contenido de muchos derechos sino que tan siquiera lo conocemos (Kelsen, 1997). Si antes señalaba que la rama penal del ordenamiento no confiere ningún derecho, según el teórico de la voluntad, resulta que la rama civil conferiría bastante pocos, en la medida en que a veces la elección se realiza de forma automática o queda vedada por simple prescripción. No se podría decir que en estos casos hay un control por parte del titular del derecho, porque, precisamente, aquello que parece exigir la teoría de la voluntad es el ejercicio de poderes y esta parece ser todo salvo una exigencia modesta. A fin de cuentas, para poder hablar cabalmente de un genuino poder, el titular no solo debe estar formalmente autorizado a hacer una elección sino que debe ser factualmente capaz de realizar semejante elección (*cf.* Miele, 1944: 116-117); una elección automática, por defecto, resultante de la titularidad de un poder pero no del ejercicio del poder, no parece acomodarse al control que la teoría de la voluntad parece requerir (Kramer, 1998: 64).

### IX.2.1.3. Acepciones de “derecho subjetivo” concernidas

La cuestión abordada en este apartado constituye una suerte de examen-puente entre la adecuación extensional de los diferentes conceptos de “derecho subjetivo” (la denotación del concepto que cada teoría de la función de los derechos proporciona) y la dimensión justificativa de los derechos, que será encarada en el apartado siguiente.

Es bastante habitual actualmente y resulta conceptualmente adecuado distinguir entre “microderechos” y “macroderechos”. Los “microderechos” vendrían dados por alguna posición normativa de las cuatro acepciones de ventaja postuladas por Hohfeld (posiciones atómicas) mientras que el segundo conjunto vendría dado por algún tipo de combinación de tales posiciones (posiciones moleculares). Ha habido diferentes debates acerca de si ha de reservarse la expresión “derecho subjetivo” a [1.1] instancias o frente al [1.2] tipo abstracto de un microderecho o frente a [2.1] instancias o al [2.2] tipo abstracto de un macroderecho (para semejante planteamiento *vid.* Eleftheriadis, 2008: 7; Frydrych, 2018: 8). Para determinar la calificación como “derecho subjetivo” es irrelevante que tal microderecho o macroderecho sea un *type* o un *token*: ello solo nos habla acerca del

nivel de abstracción en que realizamos la interpretación para calificar un derecho como tal.<sup>296</sup> En todo caso, lo relevante para calificar una posición normativa subjetiva como “derecho subjetivo” o denegarle tal calificación es una valoración, que resulta de la concordancia o discordancia con la cláusula definitoria que una determinada teoría de los derechos propone (IX§1, o cualquier otra similar que incluya tesis adicionales).

Un rasgo significativo que conviene señalar es que hay una relación peculiar entre las teorías de la función de los derechos y las posiciones hohfeldianas que, por así decir, “encuentran acomodo” en tales teorías. Es decir, la inmunidad, como habrá oportunidad de reiterar, encuentra un muy difícil acomodo en la teoría de la voluntad, esto es, sin recurrir a figuras de lenguaje, resulta difícilmente explicable por quien defienda una concepción voluntarista de “derecho subjetivo”, mientras que la teoría del interés puede explicar capazmente tal teoría. Asimismo, la noción de “poder” encuentra perfecto acomodo en la teoría de la voluntad y puede estimarse que la teoría de la voluntad explica de forma más pormenorizada cuál puede ser la función de los poderes. La teoría del interés es capaz de explicar cualquier microderecho, pero, en algunos casos como el de los poderes es más pobre informativamente (arroja menos luz sobre el microderecho en cuestión) que la teoría de la voluntad. Por otra parte, las teorías de la función de los derechos requieren para su conformación de ciertos microderechos. Esto es, la reconstrucción más capaz, como he señalado, de la teoría de la voluntad plantea un modelo estructural conformado por una libertad bilateral, un poder, una pretensión (y una inmunidad contra la desprotección). Los elementos que la teoría de la voluntad antepone y los que logra explicar capazmente son el poder y la libertad bilateral (profundizo en este aspecto X§3). Por su parte, el modelo estructural que plantea la teoría del interés estaría integrado por cualquier microderecho o una combinación de cualquier microderecho. Naturalmente, la conformación del modelo estructural que requiere una y otra teoría de la función de los derechos y la capacidad de dar cuenta de algunas pero no de otros conceptos de “derecho subjetivo” están interrelacionadas, lo que resulta difícil de determinar es si tiene precedencia la necesidad de explicar ciertos conceptos de “derecho subjetivo”, ciertos microderechos o la función que desempeñan ciertos macroderechos o microderechos. En algún caso, es pensable que un teórico de los derechos centre su atención en la importancia de dar cuenta, pongamos por caso, de las inmunidades conferidas en virtud de las cartas constitucionales, otro teórico puede estar preocupado por la oportunidad de manifestar la importancia del ejercicio de un titular de la libre elección respecto de sus derechos y es pensable que un teórico de los derechos deseche la teoría de la voluntad por no dar cabida a las inmunidades constitucionales o, viceversa, no considere las inmunidades constitucionales “derechos” por no reunir las propiedades normativas o no plasmar los valores que requiere la teoría de la voluntad.

---

<sup>296</sup> Esta comprensión en términos de interpretaciones particulares no se aviene, según algunos autores, al potencial justificativo general que la concepción dinámica adscribe al rol de los intereses (*vid.* Penner, 1997: 304). No parece que esto tenga que ser así, que haya que suscribir una cierta teoría de la interpretación.

En múltiples ocasiones los autores se han referido, en alusión a las teorías de la función de los derechos, a un “elemento que aunaría y daría integridad a los macroderechos” (*cf.* Waldron, 1984: 11; *cf.* Eleftheriadis, 2008: 8). Tal formulación es algo etérea y parece tener el estatus de evidencia; el caso es que se trataría de identificar alguna(s) propiedad(es) normativa(s) que permitan calificar una posición normativa individual como “derecho subjetivo”. Se trata de una cuestión de estipulación, si consideramos que la locución ha de quedar reservada a ciertas posiciones y no a otras, o de definiciones informativas, que constatan que ciertas comunidades de individuos se refieren, en usos ordinarios o técnicos, como “derechos” a unas posiciones y no a otras. En un caso, por ejemplo, se propondrá que, al margen de ciertos datos empíricos, como los usos lingüísticos, la noción de “derecho subjetivo” debe reflejar algún valor o idea que se estima importante realizar o plasmar. En otro caso, un análisis descriptivo puede dar cuenta de que en una cierta comunidad jurídica la idea de “posición de ventaja” está conectada, contingentemente, con la de “derecho subjetivo”. En todo caso, las teorías de los derechos pueden estar orientadas a captar los elementos analítico-conceptuales o los sustantivos o uno y otro conjunto de elementos, de ahí las dos posibles declinaciones de las cláusulas definitorias planteadas al comienzo del capítulo.

En primer lugar, en lo tocante a la teoría del interés, esta se ha asociado tradicionalmente con los derechos pasivos (es decir, aquellos referidos a la conducta de un individuo distinto del titular del derecho). En efecto, se ha entendido que la teoría del interés, desde Bentham, concernía, exclusiva o fundamentalmente, a pretensiones hohfeldianas.

En realidad, detrás de la predilección por las pretensiones se encuentran razones conceptuales y justificativas que no atañen estrictamente a la teoría del interés. En el caso de Bentham, cuestiones de índole ontológico-lingüística le llevaban a centrarse primordialmente en las pretensiones, pero su obra ofrece sobrado material que consiente aplicar la teoría del beneficiario a las demás acepciones de “derecho subjetivo” (II§2). Un ejemplo más reciente, Kramer sostiene que la estipulación de Hohfeld de concebir únicamente las pretensiones como “derecho en sentido estricto” no solo se corresponde con los usos lingüísticos de los juristas sino que es conceptualmente más riguroso (Kramer, 1998: 64-66). Kramer pretende que la teoría del interés puede dar buena cuenta de esto, pues para la teoría del interés bastaría con la concurrencia de una pretensión hohfeldiana para hablar de “derecho subjetivo”, mientras que en virtud de la teoría de la voluntad exigiría la concurrencia de un poder (*vid.* Kramer, 1998: 68). Con todo, como reconoce Kramer, la teoría del interés puede explicar cualquier microderecho: una pretensión, una libertad, un poder o una inmunidad pueden promover o proteger los intereses de su titular. Las inmunidades encuentran fácil acomodo en la teoría del interés. Si las libertades o los poderes no han sido defendidos como un elemento importante en los derechos propuestos por la teoría del interés ello se debe simplemente a una supuesta comprensión del titular de derechos como un individuo desvalido, subalterno o, simplemente, pasivo (*cf.* Sumner, 1987). Desde luego, semejante comprensión carece de plausibilidad, la teoría del interés no tiene por qué suscribir una visión tan derrotista de los derechos (IV).

Por su parte, en lo que concierne a la teoría de la voluntad, conviene señalar la predilección de esta por los derechos activos (aquellos que se refieren a la conducta del titular del derecho, Lyons, 1970). Libertades y poderes son los elementos centrales de la noción de “derecho” que preconiza tal teoría (Wellman, 1985: 75). Los poderes son, fundamentalmente, poderes de ejecución y de renuncia (*vid.* Frydrych, 2018: 4). Estos poderes se refieren a una pretensión del titular o al deber correlativo a la pretensión; recuérdese la célebre frase de Hart: “these legal powers (for such they are) over a correlative obligation” (Hart, 1982: 184).<sup>297</sup> La autorización jurídica o legal para exigir o renunciar a la ejecución equivale a ostentar un poder conferido por normas legales o morales que consiente escoger entre la demanda y la renuncia; un poder para la elección que suele ir acompañado (esto es, no necesariamente) por una libertad para la elección (Kramer, 1998: 63). Por último, el énfasis en las libertades se debe al elemento de bilateralidad, que la teoría de la voluntad considera decisivo.

De esta suerte, la teoría de la voluntad prevé un macroderecho que está conformado por una pretensión, un poder para la ejecución (de la obligación correlativa a dicha pretensión), un poder para renunciar a la ejecución y una libertad bilateral relativa a cada uno de los dos poderes y una inmunidad respecto de cada posición normativa que evita ser desposeído de ellas (Edmundson, 2004: 124).<sup>298</sup>

Los usos lingüísticos –en primer lugar, de los tribunales– avalarían el macroderecho propugnado por la teoría de la voluntad; en efecto, se suele hablar de “derechos jurídico-positivos” cuando nos encontramos frente a la combinación de una pretensión y un poder. De aquí que se haya establecido la adecuación descriptiva de la teoría de la voluntad respecto de estos derechos (Edmundson, 2004: 130).

Es oportuno realizar un examen crítico de los distintos microderechos tal y como son percibidos por la teoría de la voluntad. Los poderes suponen la posición normativa más relevante y reconocible de la teoría de la voluntad; sin embargo, que el elemento básico del macroderecho que propugna dicha teoría sea un derecho de segundo orden (esto es, referido a otras posiciones normativas) y que se refiera al ejercicio o a la protección de otras posiciones es algo bastante problemático en el plano conceptual. Efectivamente, es algo así como afirmar que el núcleo del derecho (en este caso, un poder) es aquello que solemos considerar periférico (*i. e.*, su ejercicio o protección). Muchas formulaciones de la teoría de la voluntad confunden los mecanismos de protección con los derechos sustantivos (MacCormick V§2). Desarrollaré más adelante estas críticas. Otro inconveniente que tiene postular los poderes de ejecución como rasgo conceptual de los derechos es que la teoría de la voluntad será incapaz de dar cuenta de los sistemas normativos que carecen de instituciones que apliquen y ejecuten las normas (Sumner, 1987: 43). En lo que atañe a la pretensión, no hay necesidad de que el elemento al que

---

<sup>297</sup> Este posicionamiento ha llevado a entender que todo derecho subjetivo sería, según la teoría de la elección, “internamente complejo”, todo derecho subjetivo sería un macroderecho conformado por alguna posición hohfeldiana más un poder.

<sup>298</sup> Por su parte, para Wellman, los “verdaderos” derechos se componen de una pretensión, un poder de ejecución (y renuncia) y una libertad para ejercitar dicho poder.

se refiere el poder venga dado por tal posición normativa: en efecto, por más que sea infrecuente, no habría inconveniente para referirse a una libertad, una inmunidad u otro poder –aunque estas dos últimas posiciones deben referirse a su vez a otras. Lo que es significativo es la alusión al deber correlativo, en que la teoría de la voluntad ha hecho notable hincapié. Por último, las libertades son valiosas por expresar la idea de bilateralidad, pero, como afirma Simmonds (1998), es una equivocación predicar la bilateralidad exclusivamente de las libertades. Una equivocación prácticamente fundacional en la teoría de la voluntad. En efecto, la bilateralidad puede predicarse en sentido estricto tanto de las libertades como de los poderes y en un sentido más laxo de pretensiones e inmunidades (pues estos se refieren al disfrute, no al ejercicio). Ante esta dificultad, a la teoría de la voluntad se le plantea una alternativa: o bien predica la bilateralidad de cada una o de buena parte de las acepciones hohfeldianas de “derecho subjetivo” o bien postula un macroderecho como el que acaba de describirse. La primera opción parece la más plausible. La segunda opción, aunque pueda ser una estipulación viable, no da cuenta de muchos macroderechos (como *type* o como *token*) en los que no concurre alguna de las tres posiciones normativas. La inmunidad, tal y como la ha planteado Edmundson en su formulación del macroderecho, supone un requisito, un artificio conceptual, pero no expresa una posición teórica acerca del contenido de las inmunidades. Conviene, por tanto, examinar si es posible desde la teoría de la voluntad proporcionar una explicación de las inmunidades. Estas posiciones normativas no plantean problema alguno a la teoría del interés pero sí a la teoría de la voluntad. Hart consideraba que las inmunidades no podían ser explicadas ni a través de la teoría del interés ni mediante la teoría de la voluntad. La principal razón de esta incapacidad es que ambas teorías de los derechos estaban pensadas para los derechos del particular frente al particular, mientras que las inmunidades constituyen derechos que el particular esgrime frente al legislador.<sup>299</sup> En el caso de la teoría del interés, Hart ha apuntado a la pretendida relucencia de Bentham para constreñir al legislador utilitarista e, indirectamente, a la supuesta incapacidad para expresar los beneficios de manera individual (una “more individuated manner”) y no meramente agregativa.<sup>300</sup> Estos, sin embargo, son defectos generados por la crítica y reconstrucción que Hart plantea de la teoría del beneficiario; ni siquiera son defectos predicable de la propuesta benthamiana, quien no defiende semejantes tesis y quien formuló una posición normativa muy afín a lo que Hohfeld definió como “inmunidad” (para las críticas hartianas III§3.1; para la noción de “inmunidad” en Bentham II§2.2). En cambio, la teoría de la voluntad tiene mayores dificultades para comprender cabalmente las inmunidades: Hart era consciente –en 1982 [1973], no en 1953 y 1955– y por ello complementó su teoría de la elección con una teoría de las necesidades –una propuesta sumamente próxima a la teoría del interés. La

---

<sup>299</sup> Sin entrar en que como juicio historiográfico seguramente sea demasiado terminante, Hart parece pasar por alto que pueda haber inmunidades frente a particulares, en la medida en que en esas páginas se refiere únicamente a “immunities against legislator”.

<sup>300</sup> En esta y otras ocasiones, Hart se refiere a la teoría del beneficiario benthamiana como la versión más fuerte de las teorías del interés.



preocupación hartiana es eminentemente justificativa: Hart no quería fundar las inmunidades en el valor de la autonomía individual que preconiza la teoría de la voluntad, sino en necesidades fundamentales (*vid.* Hart, 1982: 191-192). En todo caso, además de las valorativo-justificativas, la teoría de la voluntad presenta dificultades estrictamente explicativas para dilucidar las inmunidades, pues con su propensión por las posiciones activas (poderes y libertades) desatiende la figura pasiva de las inmunidades, una situación normativa que solo puede ser disfrutada.

Distintos autores han afirmado que Hart se equivocaba con su restricción (un elenco de algunos autores III§3.1); bien podría haber defendido que la teoría de la voluntad es capaz de encontrar encaje, aun indirectamente, también a las inmunidades. Lo que se señala, básicamente, es que las inmunidades sustentan la autonomía del titular, es una precondition para ejercitar la elección, en concreto, sostiene Sumner, frente a los poderes de otras personas (Sumner, 1987: 46). El problema, y esto es manifiesto en la precisa argumentación de Simmonds (1998), es que la lectura de las inmunidades como instrumentales respecto de las demás posiciones normativas, que sí responden claramente al esquema voluntarista, aboca a dos posibles caminos: o bien se sostiene que las inmunidades no tienen valor más que como meros medios, son posiciones normativas instrumentales, en desventaja respecto de las demás, o bien se sostiene que tienen valor en sí, en virtud del beneficio que se obtendrá (derivado del ejercicio de la voluntad), con lo que estas posiciones normativas podrían ser calificadas como “derechos” pero solo empleando un esquema benéfico del tipo que propone la teoría del interés. Asimismo, algunos de los problemas justificativos y explicativos que aquejan a la teoría de la voluntad son los mismos que gravan a la cuestión más general de los derechos indisponibles (un problema examinado, en parte, a través de la crítica que Penner formula a Honoré, IX§2.1.2.2).

En pocas palabras, la teoría del interés puede dar cuenta de las cuatro acepciones hohfeldianas de “derecho”, mientras que la teoría de la voluntad permite expresar cabalmente el sentido de solo tres acepciones de “derecho subjetivo”. Las opciones más plausibles en que la teoría de la voluntad podría pretender explicar el sentido y acaso la relevancia de las inmunidades la dirigirían a un esquema benéfico. Además, la exigencia de poderes de la teoría de la voluntad es conceptualmente discutible y no tiene por qué recurrir a las libertades para defender la bilateralidad de distintas posiciones normativas.

De este modo, la identificación tradicional entre determinadas posiciones normativas y una u otra teoría de la función de los derechos (centradas en rasgos conceptuales y en el papel justificativo de tales posiciones) tiene cierta plausibilidad pero no puede ser expresada en términos de identidad. Ello no solo porque una y otra cuestión se encuentren en planos distintos, sino sobre todo porque tales elementos conceptuales y justificativos pueden predicarse (en mayor o menor medida) de distintas posiciones hohfeldianas (*vid.* Sumner, 1987:49). En términos más simples: puede ser que una y otra (o una u otra) teoría del contenido de los derechos sean aptas para dar cuenta de las distintas posiciones. Siendo que el análisis hohfeldiano constituye un ejemplo paradigmático de análisis conceptual de los derechos, el que la teoría del interés o la teoría

de la voluntad defiendan distintos macroderechos puede considerarse una evidencia manifiesta de que estas teorías acometen empresas fundamentalmente justificativas (la *explanation of rights*, *vid.* Celano, 2013: 39-40).

Asimismo, como se ha sostenido al comienzo de esta sección, aun cuando ciertos microderechos puedan considerarse acordes a alguna teoría de la función de los derechos (o más acorde a una que otra), resulta que para hablar genéricamente de derechos subjetivos suele ser necesario referirse a macroderechos conformados por otras posiciones. Me explico: uno puede referirse al derecho a expresarse libremente como una libertad de realizar  $\varphi$  (proferir o escribir ciertos enunciados) y que tal microderecho ya sea explicable por la teoría del interés (como protección o fomento de un interés que merece tutela) o por la teoría de la voluntad (como un aspecto de la autodeterminación individual). En todo caso, esa posición hohfeldiana de “libertad” que concebimos como núcleo, se ve circundada por otros microderechos –por ejemplo, una inmunidad contra el legislador para que no conculque dicha libertad, pretensiones contra otros sujetos para que no impidan el ejercicio de la libertad, etc.<sup>301</sup> Semejantes macroderechos son, a su vez, explicables en términos de una u otra teoría sobre el contenido de los derechos. Tanto los microderechos como los macroderechos presentarán distintos rasgos de índole analítica y justificativa que serán explicables, en mayor o menor medida, mediante una u otra teoría de la función de los derechos.

Por último, cabe señalar la decisión de algunos autores de estudiar de forma exclusiva los derechos jurídico-positivos (Kramer), mientras que otros autores se ocupan de estos derechos de forma paradigmática (Wellman) y otros todavía proponen los morales como modelo de los derechos (Raz).<sup>302</sup> Atribuir carácter paradigmático o exclusivo a una u otra clase de derechos responde a consideraciones metateóricas (las más de las veces, metaéticas) que anteceden a la formulación de sus teorías de la función de los derechos. Aunque es todo menos casual que esta decisión venga acompañada de versiones neutrales, pretendidamente asépticas de la teoría del interés (Kramer) o que enfatizan la dimensión justificativa de la teoría (Raz). En todo caso, conviene notar que, mientras la teoría del interés parece dar cuenta de los derechos jurídico-positivos así como de los derechos morales, la teoría de la voluntad parece especialmente pensada para los derechos jurídico-positivos y, aun, se muestra incapaz de dar cuenta de los derechos morales (*vid.* Edmundson, 2004: 130). Pero esta refractariedad frente a la justificación será examinada en el siguiente apartado.

---

<sup>301</sup> La distinción entre núcleo (*core*) y perímetro protector (*protective perimeter*), aunque útil es bastante discutible. Asimismo, la determinación concreta del contenido de uno y otro es una difícil tarea conceptual y con grandes dosis de valoración.

<sup>302</sup> Es una notoria excepción la obra de Hart. Aunque dista de ser simétrico, su tratamiento de los derechos morales (especialmente, Hart, 1955; Hart, 1983 [1973]: 198-222) y de los derechos jurídico-positivos (especialmente, Hart, 1982: 162-193 [1973]; Hart, 2012 [1961]) coloca a unos y a otros, fundamentalmente, en pie de igualdad. Aunque, con frecuencia, en sitios distintos (*vid.* Hart, 2012: 268-269).

### **IX.3. Valor justificativo. Visiones subyacentes, asociaciones contingentes**

La teoría del interés y la teoría de la voluntad constan de una dimensión valorativo-justificativa, vehiculan distintos valores de partida y pueden dar cabida a distintas estructuras y teorías sustantivas. Incluso, algunos filósofos han considerado las teorías de la función de los derechos como el “prolegómeno de una teoría de la justicia” (Kramer–Simmonds–Steiner, 1998: 4). Esta consideración está en función del rol metateórico que atribuyamos a las teorías de la función de los derechos y del papel teórico de los derechos en el razonamiento y el sistema normativo de que se trate.

El valor fundamental que defiende la teoría del interés es la protección (o promoción) del bienestar del individuo (Kramer, 1998: 61; Sumner, 1987: 47).

Por su parte, el valor fundamental de la teoría de la voluntad es, según la formulación de que se trate, la autodeterminación o autonomía, la libertad o la iniciativa individual (Hart, 1982; Kramer, 1998: 62, 75; Sumner, 1987: 47). La teoría de la voluntad está preocupada por el ejercicio de la autonomía del titular y, en ocasiones, también por el reparto mismo de libertades. Especialmente en las versiones de ascendencia kantiana, se percibe una preocupación notable por el reparto de autoridad. Ello lleva a que los teóricos de la voluntad deban preguntarse por cuestiones como la competencia o la autorización (Kramer, 1998: 63). Hart también considera la posesión y el ejercicio rasgos conceptuales de los derechos.

Se ha dicho que la preferencia por una u otra teoría habría terminado siendo resultado del gusto, las exigencias normativas o el bagaje teórico de cada cual (Biasetti, 2014a: 139). Asimismo, se ha afirmado que el hecho de que tanto la teoría del interés como la teoría de la voluntad estén ideológicamente condicionadas y sean parciales en el seno de un debate analítico las desacreditaría como explicaciones en el seno de un debate analítico (*vid.* Peña Freire, 2009: 671–672). En realidad, no parece que las propias teorías del interés y de la voluntad puedan decirse “ideológicamente condicionadas” y “parciales”. Ni siquiera puede predicarse esto de buena parte de los teóricos de los derechos que defienden tales teorías. Puede decirse que los compromisos sustantivos del teórico inciden, con frecuencia, en la teoría de la función de los derechos que defiende y, más significativamente, en cómo la caracterice. Por ejemplo, Steiner defiende una teoría política liberal (“libertaria”) que reclama una teoría de la voluntad de matriz kantiana como explicación de los derechos para su viabilidad. Si un teórico de los derechos supedita tal teoría a, por ejemplo, una teoría de la justicia, puede decirse que está estipulando una cierta definición de “derecho subjetivo” por razones normativas. Pero esto no tiene por qué ser así; desde luego, no lo sería si, por ejemplo, tal teórico se propusiera dar cuenta de cómo usan el vocabulario de los derechos los participantes de una práctica con alguna orientación de matriz kantiana. Pero, al margen de ello, las cláusulas definitorias de la teoría del interés y de la teoría de la voluntad no parecen presuponer ningún compromiso sustantivo necesario, de ser planteadas como teorías analítico-conceptuales, y presupondrían bien pocos compromisos sustantivos, de ser

entendidas como teorías normativas. En verdad, no tiene por qué haber excesivos compromisos necesarios teóricos y sustantivos a la hora de decantarse por una teoría de la función de los derechos. La teoría del interés es plenamente compatible con consecuencialismos de reglas, contractualismos, deontologismos, etc. P. e., Kramer defiende un deontologismo estoico, mientras que Finnis abraza una variante de deontologismo tomista (*vid.* Kramer, 2016: 27). Por su parte, se ha señalado que la teoría del interés mal se compadecería con un utilitarismo del acto o un consecuencialismo del acto: para tales clases de consecuencialismo, el hecho de que un acto proteja los intereses de un individuo determinado nunca proporcionaría una razón especialmente significativa a favor del acto, mientras que la teoría del interés no puede concebir los intereses individuales sencillamente como un *input* más (Edmundson, 2004: 121).

Seguramente la teoría de la voluntad complementa mejor una teoría liberal-individualista clásica (p. e., Cap. XXI del *Leviatán* de Hobbes; Berlin, 2002: 166 ss.). En este caso, los deberes son fundamentalmente de no interferencia. La teoría de la voluntad se refiere genéricamente al control de un deber ajeno, pero este deber no tiene por qué ser de no interferencia; no tiene ni tan siquiera que ser un deber negativo, puede ser perfectamente un deber positivo. De modo que la vinculación entre la teoría de la voluntad y una comprensión teórico-política del *laissez faire* (*vid.* Waldron, 1984: 11) no es en absoluto necesaria. Claro está, la teoría del interés explica mucho mejor los derechos a las prestaciones pero eso no significa en absoluto que, *a contrario*, la teoría de la voluntad se avenga necesariamente a posturas contrarias.

Eso sí, de forma contingente y, solo parcialmente por razones teóricas, la teoría de la voluntad puede reconducirse a la aparición y el desarrollo de los derechos políticos, mientras que la teoría del interés explica y surge de la mano de la postulación de derechos sociales y económicos (Celano, 2013: 76 ss.; *vid.* Waldron, 1984: 12). Algunas generaciones de derechos y algunos sectores son explicables de forma más eficaz por la teoría del interés, otros por la teoría de la voluntad. En una versión mínima, hay que conceder la plausibilidad de las pretensiones clasificatorias hartianas.

Ahora cabe realizar algunas valoraciones respecto del carácter “estático” y “retrospectivo” de la teoría de la voluntad y “dinámico” y “prospectivo” de la teoría del interés. Si bien es cierto que nada impide combinar la teoría de la voluntad como explicación de la función de los derechos con una comprensión dinámica de la relación diacrónica y justificativa de estos con otras posiciones normativas, parece haber en la teoría de la voluntad un conservadurismo mayor, un mayor “estatismo” que el que presenta la teoría del interés. Me explico. La teoría del interés puede ser concebida únicamente como una explicación sincrónica, retrospectiva de los derechos –un ejemplo manifiesto es la teoría del interés propuesta por Kramer, que refleja solo derechos definidos, *i. e.*, los derechos jurídico-positivos una vez que han sido positivizados–, pero es perfectamente capaz de dar cuenta de situaciones prospectivas (de la postulación, por ejemplo, de derechos morales) o del devenir de distintas posiciones normativas. Lo amplio del tenor de tal teoría le concede una capacidad intensional y extensional significativas. Esta capacidad, es cierto, descansa precisamente en su indefinición: en no especificar qué

peso se deba atribuir a cada interés, en cómo se pueda resolver el posible conflicto entre ellos o la ponderación entre los derechos resultantes, en los posibles titulares, qué intereses deban ser reconocidos, etc. (*cf.* Edmundson, 2004). Es cierto también que esto requiere una teoría sustantiva muy articulada. Por el contrario, la teoría de la voluntad aspira a dar cuenta del reparto de libertades entre individuos, de la distribución interpersonal de autoridad. Sin duda dan cuenta del reparto una vez se ha llevado a cabo, pero ¿Puede proveer de una base mínimamente viable para saber cuándo se atribuye un derecho a alguien?

De hecho, una crítica que es oportuno dirigir a la teoría de la voluntad es que arroja una concepción “procesalizada” de la noción de “derecho subjetivo”. Esto es, si la teoría de la voluntad concibe el derecho subjetivo como la facultad para escoger entre ejercitar y exigir o dispensar y renunciar a un deber ajeno, entonces nos encontramos con una noción de “derecho subjetivo” procesalizada. De definir así los derechos, la teoría de la voluntad sería susceptible de una crítica conceptual consistente en confundir el derecho sustantivo con su protección y su remedio, además de una crítica justificativa relativa a la total desatención de la razón de ser del derecho. Claro está, esta no es la única descripción que podría hacer la teoría de la voluntad, pero sí es la que hacen la teoría de la elección hartiana y la teoría del dominio wellmaniana, al poco de desarrollar sus tesis básicas (IX§1). La titularidad de un derecho no es tanto como su ejercicio, la protección o promoción de un aspecto del bienestar individual es distinta y prioritaria respecto de su remedio, puede objetarse a la teoría de la voluntad. La teoría de la voluntad es retrospectiva, no prospectiva, nos dice lo que ya hay, el derecho dado y sus mecanismos de tutela, no el por qué de tal derecho. La distinción entre formulación prospectiva y retrospectiva es en cierto punto afín a la distinción entre versiones justificativas y protectoras de las teorías del interés y de la voluntad. Pues bien, es significativo que Rainbolt señale que, hasta ahora, no se ha formulado ninguna versión justificativa de la teoría de la voluntad (Rainbolt, 2006: 87). Podría constituir una excepción la teoría del dominio wellmaniana, para la cual los derechos son reivindicaciones de litigios hipotéticos de sus titulares con otras partes. En la teoría del dominio habría una preocupación prospectiva o, más bien, contrafáctica, aunque, en todo caso, se trataría de una explicación del papel de los derechos en una disputa judicial, sobre cómo reclamar frente a otra parte, sin que se mencione aquello sobre lo que se reclama. Es decir, una vez más, es una versión de la teoría de la voluntad que retrata los derechos como mecanismo de defensa procesal de ciertas aspiraciones, más que hablar de esas aspiraciones y de su relación con los derechos sustantivos.

Por cierto, el que algunas de las versiones más populares de la teoría del interés defiendan una concepción dinámica de los derechos no quiere decir que la teoría de la voluntad no pueda combinarse con una concepción estática (*vid.* Sumner, 1987: 52; *vid.* Celano, 2013: 75-76). Lo opuesto es predicable también de la teoría de la voluntad que, en todo caso, muestra una mayor estaticidad.

#### IX.4. Prototeorías y parateorías del interés y de la voluntad

Aunque la formulación de teorías de la función de los derechos suficientemente articuladas y dotadas de un cierto refinamiento conceptual sea algo relativamente reciente, es natural encontrar antecedentes más o menos definidos de dichas teorías (lo que aquí he llamado “prototeorías del interés y de la voluntad”). Se pueden señalar dos principales momentos en que datar tales prototeorías: el primero, coincidente con lo que buena parte de la historiografía actual considera la aparición dogmática de los derechos subjetivos, es decir, las escuelas canonistas y el pensamiento franciscano del s.XII. El segundo, ya entrada la Edad moderna, con la postulación de modelos contractualistas (s. XVII–XIX).

Como es sabido, Suárez y Grocio distinguieron un sentido subjetivo de “ius” de otras connotaciones del término –Hobbes llega a considerar la acepción subjetiva la única apropiada (Tierney, 2002: 81). En realidad, ya a partir de Gerson se distinguió entre derecho subjetivo y derecho objetivo y dentro del primero se postuló una libertad –“una facultad de actuar o de no actuar” (*fáculas agendi*)– y el dominio –“un derecho a apoderarse de las cosas inferiores para su uso y preservación” (*norma agendi*). De hecho, en la distinción del *ius* como *fáculas* y como *dominium* y en la preferencia por una de las acepciones sobre la otra se ha entrevisto un *analogon* histórico del debate entre teorías de la libertad y de la voluntad.

Esta formulación arranca de la encarnizada discusión sobre la pobreza y la propiedad entre franciscanos y dominicos y de la secular labor exegética de los canonistas, juristas tardomedievales que comentaban las *Decretales* de Graciano. En esta se puede vislumbrar una teoría de las necesidades individuales (p. e., *cf.* Tierney, 2002: 115), pero también se encuentra la idea de derecho subjetivo asociada a la razón o al discernimiento moral, un área de libertad y de poderes específicos (Tierney, 2002: 86), trasluciendo una concepción de la naturaleza humana como racional consciente y moralmente responsable (Tierney, 2002: 117). En todo caso, el énfasis en la legitimidad del título que ostenta el sujeto está aún estrechamente conectado con la vinculación entre ese título y el derecho objetivo.

En cambio, los orígenes modernos del debate entre la teoría del interés y la teoría de la voluntad radican en la discusión acerca del papel de los derechos en relación con la obligación política y la legitimidad estatal (Eleftheriadis, 2008: 9).

En efecto, el iniciador reconocible de la teoría de la voluntad es Kant, con su *Metafísica de las costumbres*. Los derechos son como islas, consistentes entre sí, en cada una de las cuales reina la voluntad de sus titulares (*vid.* Simmonds, 1998: 126). Esta visión se plasma en los primeros teóricos de la voluntad (Savigny y Windscheid) y, de ahí, pasa a la reflexión teórica y dogmática del siglo XIX. La siguiente cita de Savigny es un excelente resumen de la concepción mencionada: El derecho es “comparado con una línea indivisible de demarcación entre las provincias de voluntades de distintos individuos. El dominio que concierne a cada una representa la colección de sus derechos, y en este modo el alemán distingue los dos significados de la palabra *Recht*. Esta provincia en que la voluntad del individuo reina representa el *Recht* en sentido subjetivo; la línea que

circunda la provincia y erige una barrera contra la intrusión de otras voluntades es el *Recht* en sentido objetivo” (Simmonds, 1998: 126).

Para la comprensión kantiana de los derechos, el ordenamiento tiene que reflejar las condiciones formales de compatibilidad entre voluntades, permitir la coexistencia de la libertad de cada uno con la de los demás (Ferraro, 2013: 406). Esta visión ha sido suscrita por Hart (1955), Steiner y Wellman. Por ejemplo, Wellman estima que el dominio atribuido al titular de un derecho “permite a la voluntad del titular prevalecer sobre la voluntad o voluntades de otras partes en toda confrontación para la cual el derecho es relevante” (Wellman, 1985: 96). Según Simmonds, el principal inconveniente de la teoría de la voluntad de matriz kantiana y la principal razón por la que ha decaído es por haber pretendido de una sola acepción de derecho cumplir funciones tan distintas como la permisibilidad, inviolabilidad, empoderamiento e inmunidad (*vid.* Simmonds, 1998: 191-195). Semejantes teorías entenderían la noción de derecho subjetivo como “internamente compleja”. La complejidad interna se predica de un derecho toda vez que se considera que tener un derecho implica un cierto número de consecuencias jurídicas distintas; como muestra el análisis hohfeldiano, no se trata de que la noción de derecho sea internamente compleja sino sencillamente ambigua (*vid.* Simmonds, 2007: 105, 193-194). Cada una de las funciones que acaban de enumerarse corresponde a distintas acepciones de la taxonomía hohfeldiana de “derecho subjetivo”.

Merecen una breve mención los que podrían denominarse “defensores de la teoría del interés” en sentido lato, ya se entienda tal teoría en una variante teórico-explicativa o en una variante justificativa. Algunos teóricos de los derechos que no se han ocupado de la función de los derechos pero que se han decantado por una teoría sumamente cercana a la del interés son Finnis (2011: 203-205), Alexy (2010: 111 ss.), Ferrajoli (2013: 594, 675, 828), Posner (1990: 331) y, en una medida muy discreta, Endicott (2011: 87, 408-409).

En la literatura de los derechos humanos son bastante habituales las defensas de versiones más o menos reconocibles de la teoría del interés (para la atenta discusión de algunos puntos relevantes de la aplicación de la noción de “interés” en el debate de los derechos humanos *vid.* Álvarez Medina, 2017: 295-299). Un ejemplo notorio es Beitz, quien reivindica el modelo de Sen, refiriéndose a los “intereses subyacentes” (Beitz, 2009: 109), Besson, quien parte de una visión raziana, en la que no se detiene especialmente, para detenerse en aquellos intereses que pasan un umbral, suficiente para considerarlos “derechos” (Besson, 2015: 282). Todavía más explícitamente planteada como una teoría del interés es la propuesta de Tasioulas, que ofrece un fundamento de los derechos humanos mediante una teoría que integra la teoría del interés con la noción de “dignidad” (*vid.* Tasioulas, 2015).

Otro caso significativo de hipotético teórico del interés sería Hohfeld –así lo ha sostenido, aun admitiendo el carácter inconcluyente de la conjetura de Kramer (1998: 61). Las alusiones de Hohfeld a que los derechos supongan el reconocimiento jurídico y la tutela de intereses avalarían tal dictamen (*vid.*, p.e., Hohfeld, 2010: 79; *cf.* Hohfeld,

2010: 44, 45). También, como se ha recordado antes, la calificación en términos de “legal advantages” (*vid.*, p. e., Hohfeld, 2010: 71) favorecería la inclusión de Hohfeld en la teoría del beneficiario, en una versión muy genérica. En este último caso, el problema, en verdad, radica en si la consideración, bastante generalizada, de los derechos como “posiciones de ventaja” supone la adhesión a una teoría del beneficiario. Mi impresión es que efectivamente supone tal adhesión, como intentaré mostrar en la próxima sección.

## **IX.5. En pro de la integración de las teorías del interés y de la voluntad**

Hasta aquí se ha aspirado a poner de manifiesto los puntos fuertes y débiles de las teorías de la función de los derechos, señalándose que los errores son exclusivos de ciertas formulaciones y no de otras. En cada caso, se ha procurado poner de manifiesto qué objeciones acuciarían solo a algunas y no a las demás versiones de las teorías y cuáles serían salvables o insalvables. Asimismo, se ha intentado discernir entre las asociaciones contingentes y los vínculos conceptuales y teóricos entre teorías de los derechos y visiones normativas.

El contraste entre la teoría del interés y la teoría de la voluntad sigue siendo un lugar común de los manuales universitarios de filosofía del derecho (Penner, 1997: 300). Para muchos autores (Van Duffel, Wenar), las tradicionales teorías acerca de la función de los derechos se encuentran en un debate estancado, cuando no en un callejón sin salida.

¿Se puede zanjar la incompatibilidad? O bien no hay razones para decidir, por ser inconmensurables o bien una es preferible a la otra. Desde luego, es vano perseverar en la discusión de desacuerdos superficiales toda vez que estos respondan a compromisos profundos que han asumido las teorías de la función de los derechos (*vid.* Waldron, 1984: 4). La segunda situación se dará si alguna de las dos teorías (o alguna alternativa) es más idónea explicativamente que la otra o bien si alguna es preferible en función de los valores que parece propugnar.

En verdad, hay buenas razones para pensar que ambas explican adecuadamente situaciones distintas, defienden valores (distintos la una de la otra) que caracterizan nuestros ordenamientos y aun valiosos según muy distintas morales sociales y críticas. Eso sí, con solapamientos, por cuanto una teoría es más básica que la otra.

La manera de salir del *impasse* puede ser augurando la complementariedad de las teorías. Esta solución se ha intentado en distintas ocasiones, pero de manera lo suficientemente discreta como para que la mayor parte de la historiografía y la crítica lo hayan pasado por alto. Salvo que las teorías se definieran eclécticas, como las de Bernatzik y Jellinek.

Ya Bentham reconoce un interés en la autonomía (II), Hart propone una teoría de las necesidades (III§3), MacCormick reconoce el derecho de los individuos a decidir sobre lo que constituye su interés y el énfasis en la protección de los derechos (V§3) y, discretamente, Raz postula el interés en la libertad (VI§2). Estos destacados teóricos de la teoría del interés o de la voluntad introducen elementos de la teoría rival en sus propuestas



teóricas. De modo que, con estas integraciones en mente, conviene examinar, primero, la posibilidad de entender la teoría de la voluntad como una versión específica de la teoría del interés.

Retomando la discusión de los méritos teórico-explicativos de cada teoría (IX§2), conviene examinar la elegancia y la generalidad de estas. La teoría de la voluntad solo tendría que distribuir o reconocer libertad, mientras que la teoría del interés reconoce o distribuye una multiplicidad de intereses. Distribuir únicamente libertad –lo que es tanto como decir que la teoría de la voluntad es una teoría monista del valor– presentaría la teoría de la voluntad como una teoría más elegante (*cf.* Biasetti, 2014a: 140). Ello, sin embargo, al precio de ser incapaz de dar cuenta de aquellas, numerosas, situaciones en que tal libertad se ve, o al menos parece verse, comprometida (*i. e.*, toda clase de derechos indisponibles). O de aquellas situaciones en que, sin verse comprometida, la libertad aparece en un segundo plano (*e. g.*, muchos derechos pasivos). Sin embargo, no parece que la teoría de la voluntad pueda dar cabida de forma satisfactoria a los derechos indisponibles ni que resulte persuasiva en señalar que en múltiples ocasiones la autonomía cumple, frente a toda apariencia, un rol determinante. Es decir, si, a simple vista, el principio de parsimonia llevaría a hacernos preferir la teoría de la voluntad, la sencillez de esta teoría sería insatisfactoria, pues se obtiene a expensas de la generalidad, esto es, de dejar sin explicar múltiples situaciones. En lo que se refiere a los problemas conceptuales (que se acompañan de los justificativos), la teoría de la voluntad no logra salvar las objeciones que le plantean. Por otra parte, la teoría del interés tendría el mérito y el defecto inversos: se trataría de una teoría pluralista del valor, capaz de dar cuenta de múltiples intereses y de explicar la mayoría de situaciones relevantes. Aunque constituiría, precisamente por ello, según algunos, un simple esbozo de teoría justificativa (Edmundson, 2004: 131).<sup>303</sup>

Conviene señalar que la teoría del interés es una teoría abierta al pluralismo, no es necesariamente monista en lo que hace al valor. Al basarse en conceptos de enorme vaguedad intensional, de potencial apertura en lo justificativo, la teoría del interés ha sido calificada de “so sketchy a justificatory theory” (Edmundson, 2004: 131), o aquejada por un “aura d'ovvietà” (Celano, 2013: 64). La teoría del beneficiario es pluralista, con lo que deja abierta la posibilidad de justificar derechos distintos con *base* en valores diferentes, mientras que la teoría de la voluntad es monista pues restringe la atribución o reconocimiento de derechos solo al caso de la protección de la libertad individual (*vid.* Celano, 2013: 65; *cf.* Waldron, 1993: 366-367). Ello al margen de que la teoría del interés, al identificar una función o contenido normativo del derecho, se decante por una

---

<sup>303</sup> El diagnóstico de Edmundson en cuanto a la dimensión conceptual de la teoría del interés es menos alentador: las implicaciones conceptuales de la teoría del interés serían más bien modestas, pues, de por sí, no delimita los posibles titulares de derechos más allá de que puedan tener intereses pero tampoco identifica ni distingue entre intereses, ni se menciona sobre cómo deban ser evaluados y tratados dichos intereses (*vid.* Edmundson, 2004: 121). En realidad, no parece que las tesis mínimas de cualquier teoría sobre la función de los derechos muestren el grado de especificidad necesario para determinar estos aspectos.

noción determinada: si, como se ha visto “beneficio” se refiere a la idea de placer, único valor que postula el sistema moral del utilitarismo benthamiano, semejante concepto tiene una connotación lo suficientemente “abierto” como para dar cabida en su extensión a múltiples bienes. Entendidas debidamente, las teorías del interés, aun defendiendo que todo derecho es justificable sobre el mismo *tipo* de base, dejan abierta la posibilidad de que distintos derechos se funden en valores distintos (*vid.* Celano, 2013: 65).

La capacidad de la teoría del interés de reconocer múltiples intereses, incluido el interés en la autonomía individual, podría avalar la inclusión de la teoría de la voluntad en la teoría del interés. La teoría de la voluntad tendría que argumentar que hay un valor añadido que se pierde al hablar sencillamente de intereses, aunque sea de intereses en la autonomía, pero no parece que haya razones concluyentes en este sentido. La inclusión y aun el papel justificativo que juega la teoría del interés son difícilmente objetables. Una y otra son triviales, pero trivialmente plausibles.

Efectivamente, referirse a los derechos como “ventajas” o como “beneficios” (p. e., *cf.* Sumner, 1987: 25, 32, 46), haría de la teoría de la voluntad una subespecie de la teoría del interés. Aquella que reconoce como único interés el de ejercitar elecciones autónomas (Edmundson, 2004: 126-127; Celano, 2013: 65; *cf.* Waldron, 1984: 11; Sumner, 1987: 47; Nino, 1989: 33-34).<sup>304</sup>

Es decir, aunque sea banalmente, la cláusula definitoria de la teoría del beneficiario (“la función de un derecho es tutelar (proteger o promover) un interés del titular del derecho”), es de todo punto plausible y es ampliamente admitida, ya solo sea implícitamente, por los teóricos de la voluntad. En efecto, parece que ningún teórico de la voluntad negaría que la atribución de un derecho supone algún tipo de ventaja para su titular, en concreto para el ejercicio de su autonomía; aunque la teoría de la voluntad lo dé por supuesto, al ser un asunto que concierne al titular del derecho. Aunque el teórico de la voluntad sostenga, como sostuvo Hart en su momento (Hart III§2; *cf.* Biasetti, 2014a: 139), que es irrelevante la condición de beneficiario para poder determinar quién es titular de un derecho (beneficiarse de una obligación no sería condición necesaria ni suficiente de la titularidad de un derecho) cuesta pensar que el titular de un derecho según la teoría de la voluntad no se beneficie de tal derecho. Si de lo que se trata es de que el titular ejercite su autonomía respecto de cualquier asunto para el cual dispone de derechos, la teoría de la voluntad guardará silencio aparentemente sobre la cuestión, pero presuponiendo de algún modo que ello es en beneficio de su titular. A fin de cuentas, semejante posición no es muy distinta de la de un teórico del interés que postulara un interés en la autonomía independiente del agente (*agent neutral*).

La defensa de la complementariedad de las teorías del interés y de la voluntad tiene que pasar por la distinción de niveles de abstracción. Las tesis fundamentales de la teoría del interés hacen de esta una explicación tremendamente genérica. Este quizás sea su punto de fuerza y la razón por la que parece ofrecer un buen retrato del contenido de los derechos, en la medida en que el elemento de ventaja (potencial) parece un núcleo irrenunciable de todo lenguaje de los derechos. Pero conviene ahondar un poco más si

---

<sup>304</sup> Allí se refiere Nino al “interés en escoger entre uno u otro curso de acción”.

se quiere dotar de sentido a la huida noción de “interés”; además, no hay razones por las que los intereses hubieran de ser incompatibles con la voluntad. Un ejemplo ayudará a aclarar este punto, pero antes conviene decir unas palabras sobre la voluntad.

La teoría de la voluntad brinda una explicación cabal de numerosos derechos (no de todos, como parece hacer la teoría del interés). Pero esta explicación es exitosa en la medida en que sea restrictiva: la teoría de la voluntad defiende lo valioso de la bilateralidad de muchos derechos, derechos en los cuales el principal valor estriba en la autodeterminación individual. Esta parece una caracterización acertada de muchos de nuestros derechos. En efecto, tales derechos son valiosos por cuanto conciben al titular como agente y le permiten ejercer distintas opciones. Como reconocía Raz al referirse al “interés en la libertad”, valoramos algunos de nuestros derechos más por la opción que nos brindan que por el contenido de semejantes opciones. Esta fuerza justificativa es precisamente la principal debilidad explicativa de la teoría de la voluntad: no es que tengamos que negarles derechos a los niños pequeños porque sean incapaces de comprender y de querer ciertos estados de cosas o ciertas acciones que constituyen el contenido de los derechos no ya ejercerlos, sino que en los derechos a que nos referimos el estatus de agente del titular es perfectamente irrelevante. Relevante en estos casos es la condición de paciente o sintiente del individuo desprotegido.<sup>305</sup> La teoría de la voluntad no da cuenta de estos derechos por la sencilla razón de que no puede darla.

Pongamos ahora un ejemplo de una explicación que combina una y otra teoría. El derecho a la huelga de hambre, en concreto el que ostenta un recluso frente a una autoridad gubernativa. Semejante derecho puede ser concebido como un macroderecho compuesto por una libertad bilateral, la libertad de abstenerse de comer y la libertad de comer (con el correlativo no-derecho por parte del ejecutivo de no alimentarlo forzosamente),<sup>306</sup> así como, en el caso de que tal libertad estuviera tutelada por el ordenamiento, por una inmunidad del individuo, pongamos por caso un preso, frente al ejecutivo para que no dicte normas en virtud de las cuales los funcionarios públicos puedan alimentarlo forzosamente. Sin duda, el contenido de la libertad bilateral puede representarse echando mano de la teoría de la voluntad: como expresión de la capacidad del agente de realizar aquellas elecciones que mejor se conformen a su visión de autodeterminación. La inmunidad frente al legislador, en tanto en cuanto condición necesaria de esa libertad bilateral es explicable a través de la teoría del interés: la *protección* del núcleo del derecho parece compadecerse mejor con una teoría del interés. En verdad, la propia libertad bilateral es explicable, de forma genérica, a través de la teoría del interés:

---

<sup>305</sup> No es casual que el niño pequeño tenga únicamente aquellos derechos (morales o jurídico-positivos) en los que el titular no es agente.

<sup>306</sup> El derecho a la huelga de hambre consiste fundamentalmente en la libertad de no comer, pero presupone la libertad de comer y esta es incluso un elemento necesario para que podamos considerar el derecho como una posición de ventaja: si el recluso dispusiera de una libertad a no alimentarse pero no de una libertad a alimentarse probablemente nos encontraríamos frente a una situación que a duras penas puede llamarse “derecho”: el recluso carecería, en semejante escenario, de la pretensión hohfeldiana a alimentarse o ser alimentado, más básica conceptualmente que la propia libertad bilateral de comer/no comer.

es seguro que en circunstancias normales no es beneficioso para el titular del derecho no alimentarse (esto es, ejercitar la dimensión negativa de la libertad). Y puede también que reputemos que, todo considerado, ni siquiera en el caso de un recluso cuya única capacidad de presionar a la autoridad gubernativa consista en no alimentarse, no es interés del recluso ejercitar la dimensión negativa de la libertad. Pero estas consideraciones serán independientes del agente; de ser relativas al agente (*cf.* Nagel, 1970) podemos decir que este tiene interés en ejercitar la libertad de no alimentarse.<sup>307</sup> Es decir, bajo una comprensión relativa al agente es perfectamente sensato concebir la libertad de acuerdo con la teoría del interés. Y también de acuerdo con la teoría de la voluntad, que sería entonces una especificación (monista y menos vaga) de la pluralista y genérica teoría del interés.

Es plausible hablar de una integración “multinivel” en la medida en que pueden distinguirse componentes y elementos contextuales de los derechos (elementos de contenido, clases de derechos, cuestión de titularidad) que una teoría explica mejor que la otra o, por lo menos, explica más adecuadamente que la otra. Aquí se pueden formular, sin pretensión de exhaustividad, y sin perjuicio de algunos elementos señalados con anterioridad (la clase de justificación del fundamento de un cierto derecho, el nivel de especificidad conceptual), algunos elementos en que fundamentar la mencionada integración multinivel. Bien es cierto, en todo caso, que hay que especificar qué clase de teoría del interés y qué clase de teoría de la voluntad. Además de las tomas de posición puntuales que he ido trazando a lo largo de este y de los anteriores capítulos, y de que esta cuestión será analizada con cierto detalle en el próximo capítulo, conviene dar ahora una breve ejemplificación de lo que acabo de sostener. Por ejemplo, pueden distinguirse en función de los individuos susceptibles de ser considerados titulares de derechos: en virtud de la teoría del interés se puede adscribir titularidad tanto a individuos adultos capaces como a individuos menores, incapaces o animales no-humanos; por su parte, la teoría de la voluntad restringe la titularidad a los individuos adultos capaces. En cuanto a los sectores del ordenamiento concernidos, el derecho privado (derecho civil, derecho procesal civil), así como una parte de los derechos constitucionales, sería explicado cabalmente por la teoría de la voluntad mientras que tanto ese sector –con menor capacidad explicativa, naturalmente– como el derecho público (constitucional, administrativo y penal). De forma parcialmente coincidente –en la medida en que ciertas clases de derecho con frecuencia comparten fundamento con ciertos sectores del ordenamiento– los derechos sociales y económicos serían aptamente explicados por la teoría del interés y los derechos de libertad –aparte de poder ser, algo vacuamente explicados por la teoría del interés– son comprendidos cabalmente mediante la teoría de la voluntad.

---

<sup>307</sup> Por cierto que en ocasiones se ha argüido la incompletitud de la teoría del interés: ella carece de una teoría del bien en virtud de la cual se definan cuáles son los títulos benéficos para el sujeto (Biasetti, 2015: 141). Otra razón por la que la teoría del interés ha sido considerada incompleta es por carecer de un criterio de ordenación de los intereses (Biasetti, 2015: 141). Una y otra cuestión son externas a la teoría del interés.

Algunas generaciones de derechos y ciertos derechos (macro y microderechos) son explicables mejor por una teoría que por la otra. Pero también en este caso, resulta más apta (más dúctil, podrían decir los críticos) la teoría del interés para dar cuenta de multiplicidad de bienes. Resulta pertinente recordar aquí la concepción de Scarpelli de los derechos como tutela de intereses y su distinción –deudora, según el propio autor, de la tipología de Burlamaqui– de intereses en la libertad, intereses en la autonomía, intereses de dominio e intereses de crédito (*vid.* Scarpelli, 1994).

Algunos derechos concretos, sin embargo, no son explicables por la teoría de la voluntad. Asimismo, como acaba de verse, las teorías explican distintos rasgos de los mismos microderechos y macroderechos y se pueden considerar iluminadoras en la medida en que los captan.

En realidad, puede conjeturarse que la teoría del interés y la teoría de la voluntad responden a dos preguntas distintas: el teórico del interés inquiriere acerca del contenido de los derechos, de su función de protección del titular, mientras que la teoría de la voluntad se pregunta por aquello que el titular de un derecho puede hacer con tal derecho.

En cierto modo, se puede proseguir el proyecto benthamiano bien entendido: una distribución de beneficios y cargas ideada para que los individuos gestionen sus beneficios y, en general, actúen como mejor consideren. En la distribución de intereses ocupa un espacio singular también la autodeterminación, la elección de los propios planes de vida. Pero esta persecución de objetivos individuales, captada por la teoría de la voluntad, formaría parte del proyecto general de persecución de objetivos colectivos.

## **X. Considerazioni conclusive. Proposta di integrazione delle teorie della funzione dei diritti**

Alla luce di quanto ho sostenuto nell'insieme della presente ricerca, nelle pagine che seguono traggio alcune conclusioni riguardo a una questione teorica di rilievo per questa tesi: la possibilità e l'opportunità di integrare la teoria dell'interesse e la teoria della volontà in un modello esplicativo della funzione dei diritti. Qui intendo fornire alcuni elementi, in certi casi semplici ipotesi di lavoro, che possono contribuire a rispondere ad alcune delle domande centrali che una teoria dei diritti deve affrontare.

Questo capitolo è da ritenere in parte un riepilogo della ricerca, che tiene conto di e richiama quanto è stato sostenuto nella tesi, e riprende l'argomentazione del capitolo precedente. Data la brevità del capitolo, vi sono spesso rimandi ad altri capitoli di questa tesi. Ma in parte, costituisce anche una conclusione, che vuole mettere in risalto i risultati originali a cui si è giunti sulla base di evidenze e considerazioni nuove.

Da una parte, esamino le versioni più plausibili della teoria dell'interesse e della teoria della volontà, intraprendo una ricognizione delle possibili varianti e discuto i problemi teorici che possono coinvolgere tutte o solo alcune versioni di queste teorie e non altre, per scegliere queste ultime come più idonee. D'altra parte, intraprendo un'analisi e una valutazione di alcune variabili in virtù delle quali si può stabilire la maggiore capacità esplicativa delle teorie o di alcune possibili versioni di esse. Anche se concettualmente possono essere considerati separati, l'uno e l'altro compito sono interrelati, dato che l'idoneità di un modello a rendere conto di certe situazioni è anche in funzione della presenza o assenza di certi punti deboli nel modello. Per questa ragione nella mia trattazione frequentemente passo dall'uno all'altro compito.

In poche parole, nelle pagine a seguire ambisco a mostrare le vie più fruttifere (come anche quelle meno fruttifere) che conducono a una concezione integrata della funzione dei diritti, mettendo anche in risalto alcuni problemi di fondo.

### **X.1. Teorie dei diritti e teorie della funzione dei diritti**

Conviene tornare, per sommi capi, sulla questione di quali siano le componenti di una teoria dei diritti e quale ruolo svolga all'interno di una tale teoria una spiegazione della funzione dei diritti. Sulla base delle argomentazioni esposte nei capitoli precedenti, sostengo che una teoria dei diritti deve essere composta da un discorso in chiave teoretico-esplicativa volto a cogliere la sintassi dei diritti, ovvero, gli elementi strutturali e concettuali, e della combinazione delle posizioni normative, e da un discorso in chiave valutativo-giustificativa, diretto a stabilire la semantica dei diritti, ossia, gli elementi dell'attribuzione e i rapporti giustificativi dei diritti con altre nozioni connesse.

In una simile teoria dei diritti uno spazio alquanto significativo deve essere occupato da un'analisi della funzione o del contenuto dei diritti. Difatti, cosa si intenda per "diritto soggettivo" è una domanda a cui non si può dare risposta se non rispondendo alla

domanda di quali effetti abbia l'attribuzione di diritti in capo a soggetti da parte di certe norme. Se è vero che determinate comunità di individui –nei sistemi costituzionali odierni, è un'opinione largamente condivisa– ritengono che i diritti siano qualcosa di pregevole, essi lo sono in virtù delle conseguenze che hanno. Inoltre, se vogliamo poi spiegare gli usi dell'espressione “diritto soggettivo” in molteplici pratiche, in diversi contesti, dovremmo interrogarci sugli effetti che vengono imputati a tale lessico, sui presupposti e le conseguenze normative che vengono solitamente associate a tali usi, sugli scopi che gli agenti mirano a raggiungere. La teoria dell'interesse –così come la teoria della volontà– ci permette di spiegare e valutare sia discorsi descrittivi di carattere sociologico, sia discorsi normativi, attinenti alla ragion d'essere delle norme.

È opportuno ora considerare alcune variabili che devono essere spiegate con un modello esplicativo della funzione dei diritti. L'integrazione delle due teorie deve distinguere diversi contesti attinenti ai diritti e diversi livelli di astrazione. In primo luogo, caratterizzerò tali contesti per esaminare poi i vari livelli di analisi.

## **X.2. Valori e visioni soggiacenti**

In termini molto generali, senza qualificazioni, si può sostenere che, dalla prospettiva giustificativa, la teoria dell'interesse presenta il titolare di diritti come un soggetto fondamentalmente paziente. A parte le possibili declinazioni in chiave soggettivistica della nozione di “interesse” –una questione che esamino in seguito– il conferimento di diritti e la tutela che essi garantiscono prevede, per la teoria dell'interesse, un individuo senziente, eventualmente passivo. I diritti non sono dunque importanti tanto per quello che i titolari possono fare con essi quanto per quello che l'ordinamento, tramite i diritti, fa per i titolari.

In maniera speculare, la teoria della volontà rappresenta il titolare di diritti fondamentalmente come agente. La teoria della volontà è volta, in larga misura, a spiegare cosa possiamo fare con i diritti.

Questa approssimativa e un po' manichea, ma forse efficace e plastica, caratterizzazione serve per farci orientare nel percorso ed evidenziare come la teoria dell'interesse e la teoria della volontà mirino a cogliere e –più significativamente– permettano, spesso, di cogliere situazioni e a riflettere esigenze alquanto diverse.

Le due teorie, come è stato esaminato (IX§4), sono state tradizionalmente associate a problemi diversi, a impostazioni diverse dei problemi, e a risposte diverse a tali problemi. È stato detto che la teoria dell'interesse tradizionale era fondamentalmente incentrata nel rapporto tra lo stato e l'individuo, nella quale il diritto positivo è visto in un rapporto strumentale rispetto a certi beni, è ciò che consente di definire e di disciplinare la composizione di interessi che altrimenti sarebbero confliggenti. Per quanto riguarda la teoria della volontà tradizionale, che era una teoria politica sulla legittimazione e un'interpretazione del carattere delle istituzioni giuridiche, essa faceva derivare i diritti dalla “legge universale di libertà” e difendeva l'armonia, la mutua consistenza tra diritti

individuali, come se fossero isole di autonomia in cui i titolari regnano sovrani (*vid.* Simmonds, 1998: 134-141). Quello che è rimasto di come queste versioni tradizionali hanno impostato tali problemi sostanziali non è tanto, se non un orientamento generale.

Comunque sia, ogni modello che sottoscriva le clausole definitorie prima esaminate (IX§1) difende anche certi valori. La teoria dell'interesse, una teoria pluralista del valore, capace, dunque, di riconoscere diverse nozioni di "valore", in generale fa del "benessere" il valore cardine. La teoria dell'interesse mira a distribuire dei beni, a proteggere e promuovere interessi.

Invece, la teoria della volontà, monista, mira a garantire l'esercizio dell'autonomia, ed è volta a effettuare una distribuzione della libertà.

Nel suo status di teoria giustificativa, la teoria dell'interesse è molto asciutta; come ho segnalato, è facile valutarla alla stregua di una teoria poco eloquente sul piano esplicativo e pressoché ovvia sul piano giustificativo. Ritengo che questo appunto possa venir ribaltato con l'affermazione che, in maniera conforme a intuizioni teoriche e preteoriche relativamente frequenti, i diritti dispensano una protezione che viene ritenuta buona; l'idea che i diritti proteggano beni potrebbe ben essere un'ovvietà, ma un'ovvietà ampiamente condivisa che la teoria dell'interesse riuscirebbe a spiegare adeguatamente. Ma per ovviare ai difetti appena segnalati, la via più fruttuosa è quella di delineare con precisione la nozione di "interesse". Nel complesso di questa ricerca ho tentato di definirne il concetto ma anche di vagliarne diverse concezioni alternative. Questo esame tornerà di grande utilità nelle prossime pagine. Conviene ora soltanto rievocare come uno dei principali bivi può essere segnato dal concepire gli "interessi" come relativi all'agente o indipendenti rispetto all'agente: Bentham è decisamente un esempio della prima concezione, mentre MacCormick lo è della seconda, di cui sono un esempio qualificato (un modello misto, se si vuole) anche Raz e Kramer.

Per quanto riguarda invece la teoria della volontà la situazione è più problematica, dato che questa teoria ha avuto tante declinazioni quanti sono i modi in cui viene caratterizzato l'esercizio dell'autonomia. Perché l'"esercizio dell'autonomia" è un'idea suscettibile di specificazioni molto difformi. Nel 1982, Hart ha trattato la questione in termini di "capacità di realizzare scelte" rispetto al dovere altrui (III§2.4) e anche di "capacità di controllo" (III§2.2). Ma lo sviluppo stesso di Hart (III§2.5) è eloquente rispetto agli spostamenti teorici e ai cambiamenti dell'obiettivo problematico: si pensi ai divari tra il 1953, dove si riferisce all'"esercizio della volontà autonoma" e in maniera ancor più marcata, e il 1955, come "titolo morale di interferenza", alla discussione normativa in linea con gli esami kantiano e milliano della giustificazione dell'impiego della coercizione in favore dell'autodeterminazione. Detto per inciso, forse la caratterizzazione più discutibile della teoria della scelta hartiana risiede nella rappresentazione del titolare dei diritti come un "sovrano a piccola scala": si tratta di un modo di impostare il problema poco chiaro (sembra infatti una trasposizione alla teoria dei diritti della teoria delle norme austriana e della distinzione, anche questa austriana, tra obblighi relativi e assoluti), che porta a distinguere tra settori dell'ordinamento in funzione del controllo che viene concesso agli individui. Tornerò dopo su questa tesi.



La distinzione nella caratterizzazione tra soggetti pazienti e agenti rende conto anche dei potenziali titolari di cui possono dare conto le due teorie. La teoria dell'interesse riconosce che soggetti *sui iuris* e *alieni iuris*, di adulti –indipendentemente dalle loro facoltà–, di infanti e di soggetti non umani possano essere titolari di diritti, mentre la teoria della volontà limita l'accesso solo ad adulti in piene facoltà. Infatti, non pare che la teoria della volontà –che sostiene che i diritti sono tesi a far valere la volontà dei propri titolari– sia in grado di spiegare come si possa dire che un soggetto *alieni iuris*, che non è (ritenuto) capace di formare e di esprimere correttamente la propria volontà, può avere dei diritti (V§5).

In termini generali, questa è una restrizione esplicativa della teoria della volontà; comunque, per gli scopi che la teoria della volontà si prefigge non lo è necessariamente. Ossia, se riteniamo che la teoria della volontà è valida e idonea –e, come dirò, potente sul piano esplicativo– a cogliere certe classi di diritti e certe azioni che il titolare può pretendere dai propri diritti, allora è perfettamente sensata la restrizione della teoria della volontà. Potrà essere criticata, questo sì, una certa ristrettezza nella teoria della volontà e, se riteniamo ragionevole parlare di “diritti” di soggetti incapaci e di animali non umani, dovremo avvalerci della teoria dell'interesse (per una ripartizione dei soggetti titolari *alieni iuris* e *sui iuris* tra, rispettivamente, la teoria dell'interesse e la teoria della volontà *cf.* Maniaci, 2018: 146 ss.).

### **X.3. Accezioni di “diritto soggettivo”. Struttura e contesti**

Le differenze riguardo al modo di concepire i titolari si sono spesso plasmate anche in quale delle quattro accezioni hohfeldiane di “diritto soggettivo” è stata prediletta dall'una o dall'altra teoria e si può identificare una segnata preferenza della teoria della volontà per le posizioni attive, ossia, che possono essere esercitate (libertà e potere), e una lieve predilezione della teoria dell'interesse per le posizioni passive, ossia, che possono solo essere godute (pretesa e immunità). La forte preferenza di Hart per la libertà bilaterale e per il potere è stata evidenziata, mentre è sufficientemente chiara l'importanza delle pretese per MacCormick, Bentham, Kramer e Raz. Per MacCormick si tratta esplicitamente di una questione del carattere “passivo”, mentre per gli altri tre l'attenzione verso le pretese sarebbe sorretta dall'importanza dei doveri. Gli ultimi due segnalano esplicitamente, anche se, naturalmente, con enfasi e approcci diversi, che i doveri sono posizioni di protezione normativa. Le differenze delle due teorie, fondate sui valori che difendono, da un lato sono limitate e parzialmente conciliabili, ma d'altro lato hanno delle ricadute sui diritti di cui l'una e l'altra possono dare conto. Dato che la preferenza della teoria dell'interesse per la pretesa non è così marcata e dato che il suo tenore è così ampio da catturare potenzialmente il contenuto di qualsiasi accezione di “microdiritto” –infatti, sembra ragionevole sostenere che pretesa, libertà, potere e immunità sono ciascuna posizioni tendenzialmente idonee a promuovere e tutelare interessi– sembra pacifico sostenere che la teoria dell'interesse può spiegare ciascuna di queste nozioni.

Invece, la teoria della volontà solo dà conto adeguatamente della nozione di “libertà”(bilaterale) e di “potere”; può dare conto anche della nozione di “pretesa” e di “immunità” ma solo in senso strumentale, in quanto il controllo della posizione altrui – ammesso che ci sia bisogno di parlare della posizione altrui– viene esercitato su un dovere e qui risiede l’importanza (strumentale, appunto, rispetto a libertà e a potere) della pretesa, e l’immunità serve soltanto a impedire rimanere sprovvisti delle restanti posizioni normative (consente, dunque, l’esercizio della scelta tramite altri microdiritti). Dunque, la restrizione della teoria della volontà è notevole: versioni circoscritte di questa teoria possono tentare di concentrare la propria attenzione su una data libertà o su un dato potere, dato che già queste posizioni sono di per sé idonee a dispiegare l’autonomia individuale. Ma il potere è una posizione normativa di secondo ordine, e cioè riferita ad almeno un’altra posizione normativa, e, di fatto, un diritto che contenga un potere sarà molto sicuramente un macrodiritto (dato dal potere e il diritto in questione, se si tratta di un diritto del titolare). Perciò, forse, versioni ristrette della teoria della volontà possono comprendere la libertà bilaterale (il solo microdiritto che la teoria della volontà potrebbe riconoscere), ma la maggior parte delle versioni (non ristrette), se vuol essere un modello operativo e comprendere i tratti dell’esecuzione dei diritti, vorrà anche, come minimo, avvalersi di poteri. Il risultato è che la miglior ricostruzione del modello della teoria della volontà richiede che si riconosca un potere, una libertà bilaterale, una pretesa e un’immunità per non risultare sprovvisti di ciascuna delle previe posizioni. Pertanto, la teoria della volontà, che richiede quattro posizioni e fa giocare alle ultime due elencate ruoli ben poco significativi, oltre che poco adeguata come teoria esplicativa, è poco elegante ed estremamente rigida dal punto di vista strutturale, mentre la teoria dell’interesse non ha queste restrizioni –se non quella di dover includere un’immunità che protegga qualsiasi microdiritto che intenda spiegare.

Le teorie sulla funzione dei diritti mirano a dar conto non solo della struttura hohfeldiana del microdiritto, ma anche del suo contenuto. Difatti, se è lecito esprimersi con le non sempre pacifiche categorie di “generazioni” di diritti, la teoria della volontà sembra idonea a comprendere i diritti di libertà, mentre la teoria dell’interesse pare atta a chiarire sia i diritti economici sia i diritti sociali. I primi promuovono l’autonomia mentre nei secondi la ragione sottostante è la tutela e promozione di un interesse. Come ho affermato (IX§2), questa soluzione mi sembra affine alla proposta di Hart di concepire una sorta di divisione delle accezioni di “diritto soggettivo” a seconda dei settori dell’ordinamento giuridico. La proposta di Hart ha, comunque, l’inconveniente di evidenziare i meccanismi di tutela, tralasciando i diritti primari e non tiene dovutamente conto del fatto che i settori dell’ordinamento non sono affatto omogenei nell’accordare o nel negare che l’individuo faccia valere i propri diritti in sede giurisdizionale o amministrativa. Mi pare che la valutazione di Hart del fatto che l’attribuzione di diritti equivalga a conferire al titolare un locus standi sia parzialmente corretta in due sensi: è corretta nella misura in cui è una constatazione di quelle situazioni in cui l’autorità positiva conferisce libertà agli individui (ossia, in cui l’autorità spartisce il proprio potere di tutela normativa con gli amministrati), ma questo ci dice ben poco dal punto di vista della

politica del diritto, poiché consente soltanto di decretare come sono le regole già poste; viceversa, è corretta nella misura in cui ritiene che vi è una giustificazione per distinguere il diritto disponibile, il diritto non disponibile e i diversi diritti che vengono attribuiti (o, forse, non attribuiti), ma sembra che essa si trovi piuttosto nel bene che con una soluzione o con l'altra si intende tutelare, nel modo che si ritiene ottimo di farlo e nella connessione con l'individuo –è questa una replica di tendenza maccormickiana.

Inoltre, mi sembra che una distribuzione tra la teoria dell'interesse e la teoria della volontà a seconda che si tratti, rispettivamente, di diritti (disponibili o meno) economici, diritti sociali e diritti (disponibili) di libertà permette di ottenere una teoria della funzione dei diritti che tenga conto in modo più sfumato dei contesti delle pratiche degli operatori giuridici. D'altra parte, sarebbero da rivisitare i diversi modelli concettuali che possono dare conto del "diritto soggettivo" in diversi contesti. Come ho segnalato (III§2, VII§1), sia Hart che Kramer si basano esplicitamente in un modello concettuale definizionistico, volto a trovare le condizioni necessarie e sufficienti che deve soddisfare una posizione normativa per essere ritenuta un'istanza del concetto "diritto soggettivo". Sembra un compito eccessivo e non molto fruttifero fornire le condizioni necessarie e sufficienti di questi artefatti; forse una comprensione che si muova per modelli paradigmatici sarebbe un'opzione più sobria e promettente. Si potrebbe pensare a paradigmi di diritti relativi a certi contesti e raffrontare con tali paradigmi le posizioni normative che vogliamo qualificare; se le posizioni in questione riuniscono tale e tal'altra proprietà, o forse tale ma non tal'altra proprietà, allora sarebbero da ritenere "diritti" (si veda anche la caratterizzazione dei diritti come "concetti connettivi" III§5). Così, si potrebbe pensare a una concettualizzazione funzionalistica, sensibile alla varietà di contesti dei "diritti": per esempio, si potrebbe sostenere che i diritti di libertà devono essere esercitabili per compiere la loro funzione.

La protezione di beni sarebbe compresa nella teoria dell'interesse, l'azione di tutela, dalla teoria della volontà. Ciò non si deve tradurre necessariamente in una distinzione tra diritti primari e secondari. Infatti, data la capacità per spiegare gli elementi fondamentali di ogni specie di "diritto soggettivo" della teoria dell'interesse e data la capacità della teoria della volontà di cogliere gli elementi di esecuzione del diritto, si potrebbe ipotizzare, per molti macrodiritti, che il nucleo semantico verrebbe dato dalla tutela di un interesse e la periferia, dalla facoltà di dispiegare la volontà. Dunque, per lo meno, in molti diritti, l'esercizio della scelta sui diritti sarebbe accessorio (periferico, appunto), mentre l'idea centrale sarebbe quella del conferimento di un vantaggio o la protezione di un interesse. In altri diritti, come i diritti di libertà, sarebbe il nocciolo a venir spiegato più efficacemente tramite la teoria della volontà.

La teoria della volontà ha, inoltre, il merito di mettere in risalto il carattere parassitario dei diritti indisponibili negli ordinamenti odierni. Appunto il problema di un diritto indisponibile è che esso, data la sua unilateralità, somiglia molto a un obbligo e di qui la difficoltà di ritenerlo un "diritto soggettivo". Comunque, se vuole mantenere la sua plausibilità, la teoria della volontà deve distinguere chiaramente tra [1] disposizione (possibilità di esercizio) dei diritti, [2] facoltà di sollecitare o portare avanti l'esecuzione e

[3] possibilità di rinuncia. Ritengo che una versione più circoscritta della teoria della volontà si accontenti della prima condizione per tutti o per la maggior parte dei diritti, e, a mio avviso, questa è la soluzione più sensata, mentre versioni più ambiziose della teoria della volontà (ad esempio, la teoria della scelta) ambiscono a tutte e tre le condizioni. Per di più, se è sensato parlare di possibilità di esercizio, esecuzione e rinuncia nei diritti giuridico-positivi, non lo è affatto nei diritti morali: la teoria della volontà può avere una certa plausibilità come elucidazione dei diritti morali nella misura in cui tenda a mettere in rilievo l'importanza dell'autonomia ma non nel momento in cui aspiri a trasportare meccanismi di tutela che sembrano esclusivi dei diritti giuridico-positivi.

#### **X.4. Integrazione in funzione dei valori tutelati**

Conviene, in ultimo luogo, esaminare le possibilità in cui possono venir declinate la teoria monista della volontà e la teoria pluralista dell'interesse al fine di permetterne l'integrazione.

Da una parte si tratta di effettuare una breve analisi dei livelli di astrazione in cui possono essere collocate l'una e l'altra teoria. D'altra parte, come di seguito si vedrà, se una buona parte di quello che è stato sostenuto nelle pagine precedenti mirava a ridefinire la teoria della volontà, quanto sarà detto di seguito è volto a esaminare quale nozione di "interesse" è più solida alla luce dei risultati della combinazione della teoria dell'interesse con la teoria della volontà. Si tratta dunque di una qualificazione dell'esame portato avanti riguardo alla nozione di "interesse" (VIII), e di esaminare che ricadute potrebbe avere decidersi per una concezione particolare di "interesse" nell'integrazione delle due teorie.

Una prima possibilità consiste nel difendere una concezione soggettiva di "interesse". Questa è, come si ricorderà, la scelta di Bentham. Per Bentham, l'interesse nell'autonomia era solo uno dei diversi interessi che i diritti tutelano. Se facciamo rientrare "interesse" nel campo semantico delle preferenze, avremmo, sempre sul piano semantico, una duplicazione rispetto alla nozione di "volontà". Infatti, l'elemento volontaristico si vedrebbe duplicato e si produrrebbe una sovrapposizione tra la teoria della volontà e la teoria dell'interesse. Questa non è solo una questione semantica, ma anche giustificativa. Infatti, si potrebbe evitare tale soluzione per pensare ad un mutuo aggiustamento sul campo giustificativo. Così, se la teoria della volontà fa leva sull'aspetto dell'autonomia dell'individuo (riguardo a ciò che ritiene buono) risulta ragionevole ipotizzare una concezione oggettivistica dell'"interesse". E la scelta di tale concezione non è solo importante per la giustificazione della teoria dell'interesse; infatti, la possibilità di discernere dovutamente tra l'una e l'altra teoria consente di tenere distinti "bontà" e "autonomia" come due concetti cardine, con piena indipendenza concettuale, nel vocabolario morale e nelle teorie dei diritti (*cf.* Elster, 1985: 21).

Comunque, si badi bene, questa sovrapposizione o duplicazione, così come in precedenza è stata segnalata, si produce solo in quei casi in cui a spiegare la funzione di certi diritti concorrano sia la teoria dell'interesse che la teoria della volontà, ma è

auspicabile, come ho suggerito poco anzi, pensare a una distribuzione di competenze dei diritti, e dunque l'elemento volontaristico potrebbe darsi sia sotto forma di esercizio dell'autonomia, come indicherebbe la teoria della volontà, sia sotto forma di una preferenza, come vorrebbe la teoria dell'interesse nella concezione soggettiva di "interesse". Naturalmente, bisogna in questo caso tener conto delle molteplici difficoltà di fare delle preferenze la base di una teoria della giustizia. La domanda è se sia buono ciò che un soggetto autonomo decide o se un soggetto autonomo debba decidere ciò che è buono. L'idea di "preferenza informata" non sarebbe solo un tertium genus ma riunirebbe il migliore dei due mondi, i pregi del liberalismo individualista con quelli del perfezionismo; il problema, mi sembra, è che siamo forzati a dare a uno degli elementi la meglio, a quello soggettivo oppure a quello oggettivo. "Interesse" può ancora essere inteso in una concezione soggettiva, come ho detto precedentemente (VIII).

La ricostruzione della teoria dell'interesse potrebbe essere la seguente: [1] si ha un interesse nel veder tutelato [2] un certo interesse.

[1] può essere inteso oggettivamente e può anzi essere compreso come un valore che una certa autorità deve perseguire. In quella ipotesi, gli interessi sono intesi come valori di secondo ordine, si tratta di realizzare l'ideale della neutralità statale. Lo stato non valuta certi interessi, ma rende possibile la loro realizzazione. Dunque [2] sarebbe sicuramente, in questa lettura, da intendere soggettivamente.

Naturalmente, si può invertire l'affermazione e si può sostenere che, almeno in certi diritti, [1] l'individuo è interessato, soggettivamente, a [2] vedere tutelati i propri interessi, in senso oggettivo.

Certamente, sia [1] che [2] compresi in senso soggettivo sono avvicinati al modello volontaristico, e dunque la teoria della volontà sarebbe, in ultima istanza, riducibile alla teoria dell'interesse. Tuttavia, l'importanza di non prescindere della teoria della volontà consiste proprio nel fatto che essa permette di spiegare nel dettaglio certi diritti, per cui non è facilmente riducibile alla teoria dell'interesse.

Così, se si tiene conto di quanto appena detto e si integra la teoria della volontà (almeno per certi diritti), mi sembra che la combinazione e la stratificazione più convincente sia la seguente. Si può affermare che: [3] si ha un interesse in [4] dispiegare la propria autonomia riguardo ad [5] un preciso interesse.

Infatti, [4] deve essere in qualche modo sorretto da un interesse, in quanto l'autonomia non è un bene intrinseco (se non per la teoria della volontà, che, come ho detto è monista) ma spesso dipende da altri beni che possono essere effettivi solo se conseguiti in condizioni di autonomia. La teoria della volontà è, in ultima analisi, un'istanza della teoria dell'interesse (un'istanza con grande autonomia concettuale, ma un'istanza). Né sembra che nessun teorico della volontà rivendichi l'autonomia se essa non può essere considerata pregevole alla luce di altre considerazioni, di altri valori. Questi valori sono resi possibili dall'esercizio della volontà (sarebbe il caso di [5]) o rendono pregevole la volontà (si tratterebbe di [3]).

[5], come d'altra parte [2], potrebbero essere intesi, proficuamente, in chiave oggettiva, mentre [4] e [1] potrebbero essere intesi soggettivamente. Questa sarebbe,

forse, una maniera idonea per spiegare l'elemento oggettivo del contenuto dei diritti, mentre renderebbe l'individuo l'ultimo giudice riguardo il suo bene. La capacità di avere diritti bilaterali è un pregio che la teoria della volontà riesce a spiegare, ma la bilateralità sarebbe da intendere come garanzia e come correttivo rispetto a proprietà normative più fondamentali, date da un interesse inteso oggettivamente, che la teoria dell'interesse riesce a spiegare.

**APÉNDICE**  
**METAJURISPRUDENCIA DESCRIPTIVA**  
**Derechos e intereses frente a la administración**

---

## Apéndice. El interés legítimo, sosia del derecho subjetivo

L'interesse legittimo, "personificazione di un'ombra".

(Cordero, 1956)

En el conjunto de la investigación he examinado la posibilidad, de acuerdo con la filosofía del derecho anglosajona contemporánea, de identificar "interés" con el contenido normativo de un derecho. La respuesta que se extrajo a partir de ese examen fue fundamentalmente positiva: la función de los derechos es proteger o promover un interés, individual o colectivo. Asimismo, como entonces se sostuvo, esta aserción es lo suficientemente genérica como para que en múltiples ocasiones la teoría del interés deba ser complementada por la teoría de la voluntad, más precisa y adecuada para captar aquellos casos en que lo relevante no es tanto el bienestar del titular del derecho como el ejercicio de su autonomía.

Las normas que atribuyen derechos califican deónticamente una acción, los derechos tienen determinado contenido proposicional (consistente en tal acción), y tal contenido proposicional es valorado positivamente por suponer la tutela de algún interés (la teoría del interés defiende una noción pluralista de "valor") o bien la tutela de la autonomía individual (la teoría de la voluntad es monista y puede entenderse englobada en la del interés). En pocas palabras, los derechos consisten, entre otras cosas, en la protección o promoción de intereses.

De este modo, si de lo que se está discutiendo es de la función de los derechos, está claro que los derechos no son lo mismo que los intereses. Esto es algo que fue señalado enfáticamente al examinar la concepción dinámica de los derechos (IV§2.5). Salvada esta aclaración, en virtud de la cual "interés" denota el contenido axiológico (*i. e.*, la valoración o la justificación del contenido) del derecho subjetivo, esto no excluye que pueda haber otras acepciones en virtud de las cuales el término "interés" sea coextensivo de "derecho" o, al menos, si no se trata de un cuasisinónimo, que se encuentre más cerca en el mismo campo semántico. Precisamente, estas posibilidades serán objeto de examen en este capítulo.

En el presente capítulo se lleva a cabo el examen crítico de una parte significativa de los argumentos con los que la dogmática administrativista (básicamente, italiana y española) distingue derechos e intereses. Mientras que la teoría del interés defiende que el contenido material del derecho subjetivo está conformado por un interés del titular, la doctrina administrativa sostiene que una clase de intereses, el interés (el interés legítimo), es una posición distinta semántica y sintácticamente (*i. e.*, en su estructura y en su dinámica) de los derechos. La doctrina administrativista, entonces, plantea una comprensión diferente, parcialmente alternativa, de la relación entre derechos e



intereses.<sup>308</sup> La pregunta teórica que guía este capítulo es, en suma, si disponemos de criterios para considerar el interés legítimo como posición normativa y, en concreto, como una posición jurídica distinta (en algún sentido) del derecho subjetivo.

La estructura del capítulo es la siguiente: En primer lugar (Apéndice§1), se examina el trasfondo histórico y cultural de la figura jurídica, (Apéndice§1.1) se afronta sucintamente la formación histórica de la noción de “interés legítimo” como parte de la solución a la cuestión del reparto de jurisdicciones y (Apéndice§1.2) se expone el que parece ser el núcleo de la ideología subyacente a tal solución. Tras ello, (Apéndice§1.3) se aborda un aspecto de la contraposición entre derechos e intereses: la vinculación del interés legítimo con el interés general. Seguidamente, (Apéndice§2) se examina la relación entre el interés y la acción, entre el derecho subjetivo y su tutela. Tras lo cual (Apéndice§3) se expone la intención de las normas como criterio para determinar el beneficio pretendido. Encaro luego algunos argumentos acerca de la mutua provisión entre juez y legislador y la distinción entre “intereses” y “derechos” en función de la necesidad y la oportunidad de concretar posiciones normativas individuales (Apéndice§4). En último lugar, (Apéndice§5) se examina la posibilidad del vocabulario hohfeldiano de dar cuenta del interés legítimo. Finalmente (Apéndice§6) se esbozan algunas conclusiones.

En lo que hace a la metodología adoptada, el examen que se presenta conjuga análisis conceptual y metajurisprudencia descriptiva. Aunque el capítulo está dirigido fundamentalmente al estudio de los elementos conceptuales que permitirían discernir derechos e intereses, el estudio de tales elementos exige la exposición –siquiera sintética y supeditada al propósito metateórico del capítulo– de las argumentaciones de los juristas que se refieren a ellos. Asimismo, mediante el mencionado examen se pretenden poner de manifiesto algunos de los principales postulados teóricos y de ideología jurídica suscritos por la dogmática en la construcción de la figura del “interés legítimo”.

Creo que el análisis de la dogmática administrativista es un buen reflejo en algunos puntos de varias tendencias mucho más amplias, tendencias que no solo suscriben algunos dogmáticos –de la rama administrativista pero también de otras– sino también algunos teóricos del derecho. Se trataría de una suerte de oposición entre un “modelo de derechos” y un “modelo de intereses”. Conviene adelantar que algunos de los examinados son pseudoproblemas o disputas meramente verbales, pero conviene estudiarlos afín de determinar si algunos aportes que parecen vehicularlos o que están generalmente asociados a ellos tienen o no alguna dosis de razón. Se trata también de examinar la cultura jurídica y algunas representaciones del “juez” y de la “administración”.

---

<sup>308</sup> Que se trate de una respuesta solo parcialmente alternativa viene dado por, al menos, dos razones: la primera es que gran parte de la dogmática adopta explícitamente la teoría del interés y otra parte significativa no la pone en entredicho. La segunda es que la dogmática y la teoría del interés tienen preocupaciones y objetos diferentes. No problematizaré, por el momento, esta segunda razón.

Junto con el análisis metajurisprudencial pretendo, en el trasfondo, llevar a cabo tareas de laboratorio conceptual. Aquí pretendo plantear, al menos, en un segundo plano y en una medida muy circunscrita, un examen de un planteamiento relativamente afín al de los realistas jurídicos americanos –el deber de los jueces de “sopesar consideraciones de ventaja social” (Holmes, 2009: 21) o, a partir de Cohen, la persecución por parte del derecho de ciertos objetivos sociales y políticos (cfr. Sardo, 2018: 233–234, 238–239): la posibilidad de considerar equivalentes derechos e intereses como posiciones normativas en el razonamiento jurídico, en especial, en el momento de adjudicación judicial.<sup>309</sup> Según ciertos autores, “sopesar intereses” es, al menos en muchas ocasiones, una manera correcta de referirse al proceso interpretativo–aplicativo de derechos. “Intereses” y “derechos” serían, en el marco de discusión que ahora nos atañe, expresiones cuasi-sinónimas, sin que tenga por qué haber matices significativos. Eso sí, algunos autores pueden considerar que para sopesar derechos tengo que sopesar los intereses a los cuales los derechos se refieren. Pero el problema no radica tanto en este punto, pues distintos autores defienden la teoría del interés como explicación de la función de los derechos y, sin embargo, distinguen –algunos de ellos oponen– la argumentación y el razonamiento referentes a derechos y aquellos relativos a intereses y cuando estos chocan con otras consideraciones con las que pueden entrar en conflicto.

Es conveniente realizar una precisión previa relativa a la reconstrucción. La expresión “interés legítimo”<sup>310</sup> es ambigua y con ella los juristas se refieren, entre otras cosas, [1] a una posición normativa, [2] a una habilitación para presentar un recurso o para entablar un proceso, [3] al fundamento que permite dicha habilitación. La pluralidad de significados resulta de la multiplicidad de comprensiones teóricas del interés legítimo y de la articulación de nociones conexas a dicho interés. Los autores de la doctrina –y, en menor medida, la jurisprudencia– plantean concepciones muy dispares del interés legítimo. Aquí solo expondré algunas de las aportaciones más difundidas y de aquellas que pueden considerarse más refinadas, e intentaré, cuando resulte oportuno, releerlas a la luz de herramientas de la teoría del derecho que pueden introducir mayor precisión en la discusión.

## **Apéndice.1. Tránsito: política del derecho y cultura jurídica**

En el “interés legítimo” se plasma una particular comprensión de la cultura jurídica que aún hoy forma parte del bagaje de buena parte de la doctrina y jurisprudencia. En

---

<sup>309</sup> En esta sede se considera el razonamiento judicial ejemplar paradigmático del razonamiento jurídico. Ello no quiere decir, como se verá, que muchas de las consideraciones que aquí se plantean no sean predicables del discurso del legislador.

<sup>310</sup> Otro tanto puede decirse de algunas de las nociones conexas o especie del género “interés legítimo”. Parece el caso de “interés colectivo”, “interés difuso”, “interés ocasionalmente protegido”, “diritti affievoliti”, “Reflexrechte”, “Reflexwirkungen”.

esta sección se afronta tanto la génesis del concepto como el conjunto fundamental de tesis teóricas y sustantivas que están detrás de la concepción tradicionalmente mayoritaria.

### **Apéndice.1.1. El producto de la creación de la jurisdicción contenciosa**

El “interés legítimo” surge, como figura suficientemente identificable, en el contexto de la formación de la jurisdicción contenciosa. Surge en Francia, con la afirmación del Consejo de Estado; en Italia, con la afirmación del Consejo de Estado, con la institución de la IV Sección del Tribunal Supremo italiano; y con la promulgación de las leyes de 1865 y de 1889 sobre jurisdicción contenciosa, en España con la Ley de Jurisdicción Contencioso-Administrativa de 1888.

La postulación histórica de esta figura jurídica responde a problemas de política del derecho, más que a problemas conceptuales: no se trataba tanto de suplir lo que era percibido como una laguna patente en el repertorio existente de las situaciones normativas individuales como de encontrar una figura jurídica que encajase en el complejo institucional deseado. Lo que se pretendía era afirmar la especialidad de una justicia administrativa, ya fuera como instancia interna dentro de la administración (esto es, como función que debía desempeñar el ejecutivo) o como una función jurisdiccional autónoma, distinta de las hasta entonces existentes.

Se puede decir que el contexto de justificación de la argumentación empleada por los fautores de la justicia administrativa es el siguiente: los procesos en que se airean derechos subjetivos deben ser resueltos por el juez civil, a razón de ciertos rasgos estructurales (fundamentalmente, bilateralidad, igualdad de armas). En cambio, en el caso de un individuo que reclama un interés (legítimo) no concurren esos rasgos cualificados que distinguen a los derechos pero sí otros (básicamente, la conexión con la utilidad general) que reclaman la intervención de una instancia administrativa.

El contexto de descubrimiento, por su parte, es, prácticamente, el inverso: distintas razones de política del derecho hacen deseable la creación de una instancia judicial propia de la administración para enjuiciar determinados asuntos para los que la administración goza de discrecionalidad. Algunos de estos asuntos pueden ser englobados bajo unas situaciones jurídicas, las del “interés legítimo”, distintas de aquellas comprendidas por los derechos subjetivos (tradicionalmente, enjuiciadas por tribunales civiles). Por ende, es necesario instituir tribunales competentes, distintos de los civiles, para conocer de este tipo de situaciones normativas.<sup>311</sup>

Las razones políticas que justificaban la especialidad administrativa son, básicamente, la voluntad de la burguesía de fortalecer el poder ejecutivo y la pretensión de minimizar la injerencia judicial en la actuación administrativa, —a razón de una serie de premisas

---

<sup>311</sup> Algunas pretensiones quedan subordinadas a la utilidad pública que persigue el ejecutivo, pero merecen en todo caso tutela. Este parece ser el germen del interés legítimo y en este sentido suele tenerse al “interés legítimo” por figura garantista, por la preponderancia del ejecutivo.

como una peculiar comprensión de la división de poderes, de autores tales como Constant o Cammeo.

De modo que el origen de la distinción entre derechos e intereses, antes que ser fruto de razones conceptuales responde a la exigencia precisa de una cuestión político-jurídica que demandaba solución, el problema del reparto de competencias jurisdiccionales. Aunque las figuras jurídicas, las instituciones, no son datos que son descubiertos especulativamente, sino que son fruto de una determinada cultura jurídica y de los objetivos que esta se prefigura, la artificialidad de la noción de “interés legítimo” y de su distinción respecto de la noción de “derecho subjetivo” es lo suficientemente significativa como para ser un indicio de la poca consistencia conceptual de la distinción.

### **Apéndice.1.2. Fruto y vehículo de ideologías jurídicas**

Como eficazmente señala Guastini, el interés legítimo es una noción abiertamente ideológica. Esto es así por ser fruto de una doctrina política iliberal en virtud de la cual [1] el interés público prevalece en todo caso sobre el interés privado, [2] el interés privado es tutelado ante la administración pública solo si, ocasionalmente, coincide con el interés público, [3] de modo que, en última instancia, frente a la pública administración no se tienen derechos subjetivos (plenos y no efímeros) sino, como mucho, solo “intereses” (Guastini, 2013b: 197-198).

En efecto, tradicionalmente, la figura del “interés legítimo” se ha construido como resultado de y de forma solidaria con un particular conjunto de ideologías jurídicas,<sup>312</sup> relativas a la relación entre individuo y estado, que vienen a sostener que, en las parcelas discrecionales de la administración, donde esta ejerce potestades discrecionales, la administración prevalece sobre el individuo. Se trata de postulados generalmente compartidos en el s. XIX y hasta bien entrado el s. XX, pero incompatibles con la ideología liberal adoptada por los actuales ordenamientos constitucionales.

La contraposición de derechos e intereses que acogió y desarrolló la doctrina alrededor del interés legítimo se presenta en distintas tesis:

1. La horizontalidad del campo de los derechos vs. la verticalidad del campo de los intereses. Mientras que las relaciones jurídicas y los conflictos de derechos se plantean entre particulares, la administración se encuentra en una situación desigual, vertical respecto del administrado. Puede ser que el individuo ostente derechos frente a la administración, pero entonces se dirá que tales derechos son civiles y que la administración se comporta como un particular. Con la verticalidad viene aparejada menor protección, con la horizontalidad, mayor protección: des/igualdad de armas, defensa ante el propio ente o ante la propia jurisdicción/ante un “tercero” imparcial. Esa verticalidad se traduce en el predominio de la administración sobre el administrado.

---

<sup>312</sup> Para algunas referencias generales acerca de las ideologías del derecho vigente (cfr. Chiassoni, 2018b: 293-294).

2. Las normas que atribuyen derechos están dirigidas a tutelar el interés particular (*i. e.*, derecho subjetivo) vs. ciertas normas administrativas están dirigidas a tutelar el interés general y de forma indirecta (incidental, refleja) el interés particular (*i. e.*, interés legítimo).<sup>313</sup> Sobre las principales tesis que conforman esta me detengo luego (Apéndice§1.3, Apéndice§3.1).

3. Que la administración ejercite potestades regladas, ante las cuales se ostentan derechos vs. que la administración ejercite potestades discrecionales, ante las cuales solo se ostentan intereses. En verdad, para esta oposición se han planteado distintas posibilidades, tanto en lo que hace a las potestades como en lo relativo a la posición jurídica frente a esa potestad.

Las tesis que acaban de enumerarse solían aparecer combinadas; sin duda pueden concebirse como piezas solidarias.

Ninguna de estas tesis tiene carácter científico, sino únicamente ideológico, y tomadas tal cual o en lo fundamental resultan incompatibles con los actuales ordenamientos constitucionales.

1'. [1] responde a una visión de la administración hoy día inconcebible, pues la presenta como desvinculada y por encima del ciudadano, en vez de al servicio del administrado (p. e., art. 103 Constitución Española).

2'. [2] expresa una visión iliberal, que contradice al individualismo teórico y metodológico. También refleja distinciones ético-políticas tajantes, entre la dimensión pública y la privada, entre el interés particular y el general, de difícil encaje en el actual cuadro constitucional.

3'. [3] supone exceptuar el principio de legalidad y, como expresión de este, el sometimiento del poder ejecutivo al judicial.

Las tesis enumeradas tienen gran incidencia en la cuestión del acceso a la jurisdicción y en los remedios de que disponen los titulares de posiciones normativas. En efecto, de estas tesis se hacen seguir otras, como la dificultad o imposibilidad de acceder a la jurisdicción,<sup>314</sup> la dificultad o imposibilidad de obtener más remedios que el anulatorio.

Conviene reparar en algunos datos terminológicos, acerca del empleo estratégico o retórico del lexema “interés”. Referirse a “intereses” no tendría una carga normativa tan fuerte como hablar de “derechos”. Asimismo, y esto tiene que ver con el cometido pretendidamente garantista que con el tiempo se ha atribuido a la jurisdicción contencioso-administrativa, si la postulación de ciertos derechos morales o jurídico-positivos sería harto problemática, expresarla en términos de “intereses” convierte la sanción moral o jurídica de ciertos bienes en algo más pacífico. Semejantes usos

---

<sup>313</sup> Como he mencionado, la dogmática administrativa clásica ha abrazado la teoría del interés: los derechos subjetivos protegen intereses individuales o bien, para algunos autores, consisten en intereses individuales cualificados.

<sup>314</sup> Se han defendido, de hecho, distintas posibilidades: que el individuo debía contentarse con la vía administrativa, que el individuo podía acceder solo a la jurisdicción contenciosa como interna al ejecutivo.

lingüísticos presentarían el “interés” como un eufemismo, un epifenómeno social del derecho subjetivo. Es sintomático de este hecho la continua adjetivación de “legítimos” de los intereses; como si la no adjetivación supusiera algo así como dar entrada jurídica a cualquier clase de preocupaciones sociales o individuales.

El carácter estratégico del empleo del vocablo “interés” puede responder a propósitos favorables o desfavorables para la situación normativa que se pretende enjuiciar. Por ejemplo, un juez que pretenda socavar una posición normativa puede que la denomine “interés” para negarle el estatus privilegiado de “derecho subjetivo”, o, inversamente, un magistrado que busque hacer valer una posición normativa frente a otra recurrirá al término “interés”, adjetivado de algún modo notable como “general, público, colectivo”. Piénsese, en este último caso, que la doctrina italiana habla de “derechos debilitados” (“diritti affievoliti”) cuando el derecho de un particular entra en conflicto con y es sacrificado en aras de un “interés público”. El segundo escenario es el que se presenta especialmente cuando una de las partes del litigio está ocupada por la administración pública o el ejecutivo. Es evidente que semejantes usos no responderán a exigencias de orden conceptual sino a razones de estricta oportunidad política.

### **Apéndice.1.3. El “reflejo” del interés general**

La segunda de las tesis enumeradas resulta, aunque especialmente oscura, muy interesante. Cuando una norma tiene el propósito de beneficiar (o bien beneficia directamente) al interés particular, entonces se habla de “derecho”; cuando una norma tiene el propósito de beneficiar (o bien beneficia directamente) al interés general y beneficia de forma incidental (refleja o mediata) al interés particular, entonces se habla de “interés legítimo”.

Se sostiene que hay una vinculación entre interés general e interés legítimo y se sobreentiende, a contrario, que no hay tal vinculación entre el interés particular denominado “derecho subjetivo” y el interés general. Hablar de derecho subjetivo excluye hablar de interés legítimo de forma tal que la jurisdicción civil excluye la contenciosa y viceversa.

El desarrollo de esta tesis arroja un peculiar resultado desde el punto de vista sistémico. Lo que esta tesis lleva a sostener es que no se pueden producir contradicciones entre derechos y potestades administrativas. O, si se quiere, no se pueden producir contradicciones entre derechos y el interés general que la norma administrativa pretende tutelar. Si el individuo tiene lo que parece ser un derecho subjetivo y encuentra un obstáculo en la potestad administrativa, será que no se trataba de un derecho subjetivo sino únicamente de un interés.

En palabras de Ranelletti: si “la pretensión del particular es independiente del interés público, será derecho sin duda; [...] si, por el contrario, se encuentra en conflicto con el interés público, del que es dependiente, será un interés. [...] De una misma relación jurídica pueden surgir derechos e intereses en virtud de la naturaleza de las varias

pretensiones que pueden derivar de ella, con el interés público” (Ranelletti, 1892: 75). No es extraño que Ranelletti concibiera el interés legítimo como “diritto affievolito”, en contraposición a los derechos perfectos.

Por su parte, de forma aún más manifiesta se expresa V. E. Orlando: “Puede ocurrir que la acción del ciudadano, considerada en sí, parezca fundada en un derecho, pero que no pueda ser acogida, por cuanto encuentra obstáculo en una facultad que legítimamente reside en la administración (Orlando, 1892: 326).

La manera de conservar una cierta consistencia en la rama administrativa del ordenamiento es reconocer que las potestades administrativas no vulneran derechos propios del ámbito administrativo, sino que solo pueden vulnerar derechos civiles, pero ello no “queda fuera”, en la medida en que lo tendrá que determinar el juez ordinario, no el juez contencioso.<sup>315</sup> En cambio, en el ámbito administrativo, la administración pública solo vulnera intereses legítimos pero como estos son de algún modo reflejo del interés general, el conflicto es desdeñable, pues se trata de actuar la mejor realización de la utilidad general; la vulneración “se queda en casa”.

La solución apenas expuesta puede ser resumida como la estipulación del coherentismo en relación con los derechos civiles y la autogestión de la administración pública en la actuación del interés general.

Otra consecuencia que acarrea la argumentación de la compenetración de interés legítimo e interés general es que toda vez que se reclama un interés privado se está realizando una comprobación objetiva, se ejercita una pretensión relativa al derecho objetivo, no al derecho subjetivo. Por ejemplo, Orlando sostenía que “mientras la autoridad judicial es competente sobre los derechos subjetivos, la competencia administrativa para la ilegitimidad del acto está dirigida a mantener, objetivamente, el derecho” (Orlando, 1892: 326). Naturalmente esto tiene unos efectos procesales muy relevantes, como, por ejemplo, que el damnificado que hace valer el derecho objetivo y no el derecho subjetivo no tendrá derecho a resarcimiento sino únicamente a la anulación del acto ilegítimo.

## **Apéndice.2. Protección jurisdiccional: interés y acción, el derecho y su tutela**

Dada la génesis del interés legítimo en los ordenamientos continentales, resulta natural su intelección como figura de matriz jurisprudencial. Se ha presentado como una institución jurídica que ha recibido reconocimiento y tutela en el contexto del proceso antes que en disposiciones normativas. Desde luego, si esto pudo ser cierto a mediados

---

<sup>315</sup> En este punto conviene recordar lo antes mencionado: en esta clase de casos se dice que la administración actúa como otro particular, en una relación horizontal. Pero el conflicto con los derechos civiles solo es reconocido por algunos autores, no por todos. También conviene señalar que algunas calificaciones jurídicas (como considerar vulnerados intereses y no derechos en múltiples situaciones) solo pueden darse de manejar una concepción muy amplia de “potestad discrecional” o bien de eliminar la distinción entre potestades discrecionales y potestades regladas.

del s. XIX, no lo es hoy día, en que el interés legítimo está recogido en múltiples textos normativos.<sup>316</sup>

El interés legítimo ha sido entendido de distintas maneras a la luz de la cuestión de la legitimación procesal. En verdad, cuando se habla de “interés legítimo”, con frecuencia se está refiriendo a una de estas tres cosas o a una mezcla poco clara de ellas: [1] Como título legitimador para la acción, [2] Como el sustrato que avala el título legitimador (esto es, en relación con la pretensión del proceso), [3] Como la expectativa de presentar una reclamación o de incoar un procedimiento.

[1] Concebir el interés únicamente como título de legitimación significa no entenderlo como posición normativa. Esta opción, como en general el concepto de “legitimación”, no resulta del todo clara: parece que cuando se habla de “interés” como base para la acción se está hablando de una posición reconducible o a [2] o a [3]. Diré algo más sobre esto seguidamente y al abordar las categorías de intereses colectivos y difusos.

[2] No parece irrazonable sostener que ese sustrato (que conforma el *petitum*, la pretensión) consista en un derecho subjetivo (un “derecho sustancial”, suele decirse) de quien impugna.

[3] No hay ningún inconveniente conceptual para identificar en el interés legítimo como el derecho (“un derecho procedimental”, “adjetivo”) a entablar un procedimiento (a interponer un recurso ya sea en vía administrativa o en vía contenciosa, poco importa).<sup>317</sup>

El interés legítimo, entendido como habilitación procesal, puede ser concebido como algo así como un “simulacro”, un “indicio” de un derecho sustantivo: si es legítimo actuar es porque el proceso puede determinar que un derecho ha sido lesionado por parte de la administración. Un título habilitante presupone ser titular y (eventualmente) ostentar una posición jurídica en un caso concreto y tener una posición jurídica entraña, con frecuencia, tener la habilitación para requerir su tutela. En verdad, una justificación explícita del sistema del interés legítimo –así era para la figura francesa del *intérêt pour agir*– era crear un sistema especialmente restrictivo para desalentar la acumulación de asuntos (*vid.* Medina, 2016: 203, 206), como si solo quien de veras hubiera visto vulnerado su derecho pudiera estar dispuesto a solicitar la incoación de un procedimiento. En todo caso, como es manifiesto, se trata de dos derechos subjetivos (el derecho a la acción y el derecho sustantivo) y la comprensión del interés como una especie de puente entre ellos oscurece más de lo que aclara.<sup>318</sup>

---

<sup>316</sup> Empezando por la Constitución española (arts. 24 y 162.1b), la LJCA (arts. 31.2 y 71.1b).

<sup>317</sup> Por ejemplo, Santi Romano hablaba de “interés en la acción” como el interés en la tutela de intereses y lo concebía como un derecho público subjetivo (*vid.* Scoca, 2017: 39).

<sup>318</sup> La que se acaba de describir parece, en verdad, la función de la legitimación, que “consiste en una posición o condición objetiva en conexión con la relación material objeto del pleito que determina una aptitud para actuar en el mismo como parte; se trata de una cualidad de la persona para hallarse en la posición que fundamenta jurídicamente el reconocimiento de la pretensión que se trata de ejercitar. La legitimación exige una adecuación entre la titularidad jurídica afirmada y el objeto jurídico pretendido” (SSTS 634/2010, de 14 de octubre de 2010 y



Además, es sumamente importante notar que la relación entre la posición normativa y su tutela, o entre esta y el título que habilita a su tutela, no es lineal, pero conviene antes hacer una consideración.

Buena parte de los administrativistas de los siglos XIX y XX han borrado sencillamente la posibilidad de referirse a derechos en ciertos casos. No es solo que hayan descartado la pertinencia de echar mano de esa noción, sino que la han ignorado deliberada o inadvertidamente. Se entiende entonces que quienes buscaban dispensar una tutela más amplia al administrado solo hayan podido valerse de la noción de “interés” o, incluso, que la hayan considerado más garantista que la de “derecho subjetivo” (*cf.* Medina, 2016: 170, 178, 180). Esta impresión responde al reconocimiento y la tutela procesal de derechos e intereses y da lugar a una situación que resulta paradójica: si el ejecutivo quería desproveer de tutela (jurisdiccional, fundamentalmente) a ciertas pretensiones individuales empleaba el término “interés”; contrariamente a los derechos, se argüía, los intereses no disponían de tutela jurisdiccional o no de una tutela tan amplia como la dispensada a los derechos. Pero una vez que clases enteras de situaciones individuales, correspondientes eventualmente a ciertas competencias (p. e., las relativas a potestades discrecionales, como las concesiones), eran consideradas “intereses”, la manera en que tales situaciones podían resultar protegidas era recibiendo la calificación de “intereses legítimos”. De modo que si hablar de “intereses” era inicialmente un modo de vedar tutela jurisdiccional, con el tiempo se volvió el único modo de otorgar tutela jurisdiccional a ciertas situaciones. De ahí la falsa impresión de un mayor garantismo. Es cierto que estas consideraciones podrían indicar una especialidad funcional por parte de los intereses legítimos, lo que podría suponer una razón que militara a favor de su diferenciación con respecto a los derechos. Sin embargo, no me parece que con los intereses legítimos se puedan hacer u obtener cosas (emprender acciones, tener acceso a remedios) sustancialmente distintas de aquellas que se pueden hacer u obtener con derechos, con lo que no podría apreciarse una genuina diversidad funcional entre las distintas posiciones jurídicas. La diferencia se limitaría a una distinción de competencia objetiva, *ratione materiae*.

Esta ilusión resulta también de una confusión conceptual bastante generalizada: no es solo que únicamente los derechos estuvieran provistos de tutela, sino que se entendía que los derechos incorporaban ellos mismos su tutela.<sup>319</sup> La literatura actual distingue entre derechos primarios y derechos secundarios, derechos y metaderechos (*vid.* Guastini, 2013b: 199, también acerca de los intereses). Un derecho no tiene por qué estar dotado de tutela, ni de tutela jurisdiccional ni de ninguna otra, para ser denominado “derecho”.

---

346/2014, de 27 de junio de 2014). La reluctancia, por otra parte, a calificar la legitimación como un derecho parece deberse, entre otras razones, a que ello parecería implicar el reconocimiento de un derecho sustancial o la necesidad de pronunciarse sobre el fondo del asunto (*vid.*, p. e., STS 260/2012, de 30 de abril de 2012). Naturalmente, ni uno ni otro efecto se sigue directamente de tal calificación.

<sup>319</sup> Como no podía ser de otro modo, hay muchas y notables excepciones, como Chiovenda, que a comienzos de siglo aborda en detalle la distinción entre derecho subjetivo y la acción jurisdiccional referida a este (Chiovenda, 1923: 45 ss.).

Esto se puede predicar de los macroderechos y es necesariamente predicable de los microderechos. Para considerar un microderecho como tal, necesariamente no puede incluir su tutela. Otra cosa es que nuestro modelo teórico requiera que para que todo derecho sea efectivo deba incluir también su protección (se tratará de un macroderecho integrado por al menos dos posiciones normativas) y otra cosa todavía es que sea criticable, por razones sustantivas, que un derecho merezca tutela y no la reciba.

La única dosis de razón que, según veo, puede quedarle a la contraposición entre el reconocimiento legal de los derechos y la sanción jurisdiccional de los intereses es la de diferenciar en función de la fuente. Se podría establecer una regularidad entre aquellas posiciones normativas que encuentran acomodo en una disposición normativa y aquellas que no lo encuentran: se podría afirmar que son más numerosos los derechos resultantes de interpretación, de disposiciones normativas, que los resultantes de construcción jurídica, que no son reconocidos por ninguna disposición, mientras que los intereses presentarían la tendencia contraria.

Finalmente, no es baladí señalar que la distinción entre derechos e intereses a razón de las fuentes que los reconocen —se estime plausible o implausible— permite explicar y todavía reviste cierta importancia tanto en la discusión continental sobre la competencia y el alcance de la acción judicial y del ejecutivo como en la discusión estadounidense acerca del objeto de la ponderación.

Un caso elocuente de la primera discusión es la doctrina del “*objet véritable*”. En virtud de los artículos 92 y 93 de la Constitución belga, solo los órganos judiciales son competentes para conocer de litigios sobre derechos, de modo que el Consejo de Estado es incompetente para examinar recursos de anulación contra una decisión administrativa toda vez que el examen exija pronunciarse sobre la extensión del derecho subjetivo del demandante (*vid.* Ost, 1990: 39-40). En cambio, el Consejo de Estado es competente para conocer de los casos de anulación de un reglamento (aun cuando ello incidiera en derechos) y ante el otorgamiento de una ventaja que no es reconducible a disposición alguna, sino que depende del poder discrecional de la Administración. En pocas palabras, la doctrina del “*objet véritable*” postula que el Consejo de Estado es incompetente para enjuiciar derechos y competente para conocer de la lesión de intereses (*vid.* Ost, 1990: 40).

En lo que se refiere a la segunda discusión, se ha dicho que acaso la *balancing opinion* esté formulada de forma tal que se centra en los intereses concernidos y que tales intereses no siempre pueden reconducirse a normas jurídicas preexistentes a la decisión (*vid.* Itzcovich, 2004: 391, remitiendo a Aleinikoff). En general, identificar con exactitud las fuentes de donde se obtienen intereses gubernamentales constitucionalmente protegidos constituye un problema generalmente desatendido por los defensores estadounidenses de la ponderación (Sardo, 2018: 331). De hecho, en los albores de la ponderación, la Corte suprema de Estados Unidos no se preocupó ni siquiera de reconducir los intereses en juego al amparo de un principio constitucional (p. e., *Schneider v. State*, 1939; *vid.* Sardo, 2018: 254). Esto, sin embargo, ha sido puesto en discusión: se ha defendido que la fuente

normativa, así como el fundamento, es el mismo en el caso de “derechos” y “*compelling interests*” (vid. Gottlieb, 1988: 919, 940).

Pero no se trata más que de una tendencia: puede hablarse y se habla de derechos resultantes de construcciones jurídicas (por ejemplo, la jurisprudencia laboral es buen reflejo de ello), que no tienen por fuente disposiciones normativas, y puede hablarse y se habla de intereses resultantes de interpretación (verbigracia, la Ley de Enjuiciamiento civil española, como veremos. o el “interés superior del niño” consagrado en el art. 3.1 de la Convención de los derechos del niño), que tienen por fuente disposiciones normativas. En efecto, no es difícil encontrar contraejemplos. Se podría estipular denominar “intereses” a las posiciones resultantes de construcciones jurídicas y “derechos” a aquellas resultantes de interpretación, pero es una estipulación poco útil, por cuanto esta tendencia no plasma diferencias cualitativas; ya se trate de principios implícitos o explícitos unos y otros confieren la misma clase de posiciones normativas en términos estructurales (Apéndice.5).

En relación con el problema antes examinado de la legitimación de la posible comprensión del interés legítimo con un título legitimador o con una posición normativa, puede resultar provechoso examinar las categorías del derecho civil de intereses colectivos e intereses difusos, una diferenciación tiene relevancia sobre todo en materia de consumidores y usuarios. La Ley española de Enjuiciamiento Civil traza la distinción en los apartados 2 y 3 de su artículo 11. Son intereses colectivos los intereses de aquellos perjudicados por un hecho dañoso que constituyen un grupo de consumidores o usuarios cuyos componentes estén determinados o sean fácilmente determinables. Por su parte, siempre según la LEC, son intereses difusos los intereses de aquellos perjudicados por un hecho dañoso que constituyen una pluralidad indeterminada o de difícil determinación. Asimismo, mientras que para la defensa de los intereses colectivos se encuentra legitimada cualquier asociación de consumidores y usuarios legalmente constituida, para la defensa de los intereses difusos están legitimadas únicamente las asociaciones de consumidores y usuarios representativas.<sup>320</sup> En verdad, el art. 11 LEC parece dirigido fundamentalmente a distinguir entre las asociaciones que están legitimadas para defender uno u otro tipo de interés (se trata, a fin de cuentas de un problema de legitimación), más allá de que determine nominalmente dos categorías de interés. Y es que, de hecho, la distinción es pertinente en referencia a los titulares, no a los intereses: no hay ninguna diferencia estructural o de contenido entre intereses difusos y colectivos sino entre titulares que son susceptibles y titulares que no son susceptibles de ser determinados, o bien que sean fácil o difícilmente determinables. Esta distinción relativa a la titularidad es muy afín a la trazada por Bentham entre individuos *assignable* y *unassignable* como titulares de derechos (III§1.2). La afinidad resulta mayor si a este elemento benthamiano se une la recomendación hartiana, dirigida a los teóricos del interés, de fijarse en el perjuicio resultante del incumplimiento de una norma (III§1.3).

---

<sup>320</sup> En el caso de los intereses colectivos y difusos, “sin perjuicio de la legitimación individual de los perjudicados”, reza el art. 11.1 LEC.

En resumidas cuentas, el carácter colectivo o difuso solo se refiere a la posibilidad o facilidad de identificación de titulares de derechos y lo que es definido como “intereses” podría ser definido (es decir, no se arguyen ulteriores razones que lo eviten) como “derechos”. Si queremos mantener las construcciones de “intereses colectivos” e “intereses difusos” podrá hacerse, pero al precio de mezclar cuestiones relativas a la titularidad (de derechos) con una posición normativa (seguramente, un derecho).

Si, como he señalado, es ya habitual que los textos normativos sancionen intereses legítimos, puede ser pertinente presentar una observación. Aquello que en ciertos textos normativos son calificados como intereses colectivos y difusos (como es el caso del art. 11 y del conjunto de la mencionada LEC) en otros (por ejemplo, la directiva europea 1999/44/CE) son reconocidos como derechos. Se trata solo de una evidencia lingüística; pese a ser inconcluyente puede considerarse significativa de cara a considerar la distinción entre derechos e intereses infundada.<sup>321</sup>

El carácter “público” del “interés legítimo” encontraría paralelismos en otras doctrinas y en otras culturas jurídicas. Por ejemplo, a la par que presenta distintos usos que consideran intercambiables “intereses”, “derechos”, “valores”, “principios”, la jurisprudencia estadounidense contiene una tendencia bastante uniforme y reconocible a entender por “intereses” intereses gubernativos. Esta tendencia es hoy en día de todo punto evidente –piénsese en las ponderaciones entre libertades individuales e interés en la seguridad, tan frecuentes a partir del 11 de septiembre (*vid.* Sardo, 2018: 288)–, pero resulta ya suficientemente patente en la tradicional doctrina del “compelling interest”.

Desde luego, ni la dogmática ni la jurisprudencia ofrecen razones conceptuales que acrediten la oposición entre derechos (de particulares) e intereses (de públicos y privados). Mucho menos examinan problemas tales como la viabilidad de los derechos colectivos, el carácter reducible de las personas jurídicas a los individuos que las componen (nominalismo) u otras cuestiones de ontología social. Pero es cierto, sin embargo, que el tratamiento de la cuestión es significativo no tanto como un análisis de la titularidad en sí sino por la propensión a discernir derechos como posiciones cuyo contenido es propio de particulares, de intereses en cuanto posiciones de contenido público –por lo general, restringidas a ciertas clases de materias. Sin pretender solventar los problemas teóricos a que acabo de aludir, no sería descabellado, en lugar de referirse a un “interés en la seguridad” del estado o a un “interés en el equilibrio presupuestario” de las administraciones locales, hablar del “derecho a la seguridad” de los ciudadanos de un país

---

<sup>321</sup> De hecho, el empleo de los vocablos “intereses” y “derechos” en los textos citados es reveladora: con ciertas salvedades, la Ley de Enjuiciamiento Civil tiende a emplear “derechos e intereses” como expresión, para no determinar previamente la clase de posición normativa en función de la materia; por su parte, la directiva citada (aunque no es una excepción) hace referencia al “interés legítimo” al referirse a temas en que la trasposición de la directiva a ordenamientos nacionales es especialmente relevante. Tanto en el caso de la ley española como en el de la normativa comunitaria, nos encontramos frente a la voluntad de brindar cuanta protección jurisdiccional sea posible al damnificado; al mismo tiempo, en uno y otro caso lo que se hace deliberadamente es preservar una figura jurídica que tiene bastante de atávico.

o un “derecho al equilibrio presupuestario” de los habitantes de una localidad. Pero precisamente, el beneficio de referirse a estos derechos en términos de intereses sería análogo al de referirse a personas jurídicas como un conjunto, con determinadas propiedades, compuesto de personas físicas. El carácter “difuso” de la titularidad podría avalar la discriminación léxica de los “intereses” con respecto a los derechos, sin tener por qué pronunciarse acerca de los diferentes sujetos titulares. Asimismo, es evidente que las expresiones en términos de derechos pueden resultar extrañas por una serie de razones: es forzado, en múltiples escenarios, decir que alguien tiene un derecho al equilibrio presupuestario, aunque tenga una serie de derechos que, al menos en sentido mediato, solo pueden quedar garantizados en un escenario de equilibrio presupuestario. Lo mismo ocurre con la seguridad. El interés se encontraría, entonces, en una relación instrumental con otros derechos, carecería de carácter final, al menos respecto de los mencionados derechos. Por supuesto, esto no quiere decir que ciertos beneficios solo sean conferidos bajo formas de “intereses” o de “derechos”: se puede vislumbrar perfectamente la constitución de un estado, acaso de orientación neoliberal, que refrende la estabilidad presupuestaria –acaso la reforma de 2011 del artículo 135 de la Constitución española pueda considerarse un ejemplo de ello– y la atribuya en calidad de derecho subjetivo –tal vez como implicación de los derechos conferidos por el artículo 31.2 de la Constitución española. También incide en la distinción la capacidad de reivindicar, de aplicar o de hacer valer, por vía ejecutiva o procesal, las pretensiones de que se traten: un ciudadano no puede aducir un derecho al o un interés en el equilibrio presupuestario, salvo en el escenario neoliberal. Se trata de evidencias lingüísticas con cierta constancia, aunque resultan inconcluyentes a la hora de sentar diferencias propiamente conceptuales.

### **Apéndice.3. La “intención” o el “propósito” de las normas**

La posibilidad de discriminar entre que una norma beneficie a un interés privado cualificado (un derecho), o a un mero interés privado (un interés legítimo) y al interés general dependería, según la doctrina tradicional, del propósito de la norma de beneficiar a alguno de estos tres intereses.<sup>322</sup>

Esta tesis sobre la intención de la norma es criticable por distintas razones. Podría tratarse de una directiva de interpretación, relativa a la intención del legislador. En general, entendiendo las normas como el contenido de significado de actos lingüísticos, en el derecho, con frecuencia, no hay un emisor determinado e identificable al que poder imputar una intención *comunicativa* (Celano, 2017: 24-25; *cf.* Guastini, 2011a: 92-93). Este es el caso de numerosas disposiciones relativas al interés legítimo.

---

<sup>322</sup> De hecho, como se ha sostenido, la visión tradicional es la de que, a menudo, si un mero interés privado se ve beneficiado por una norma ello se produce a resultas de que la norma pretenda beneficiar al interés general. En otras palabras, para numerosos autores, con frecuencia el mero interés privado se vería tutelado (se presentaría) al verse tutelado (al presentarse) el interés general.

Pero no se trata solo o sobre todo de esto. Al aludir al propósito de la ley o de la norma, no se refieren los dogmáticos, o no la mayor parte de ellos, al propósito de quien dictó la disposición sino al propósito encerrado en el contenido de la disposición. Es decir, no se trata de la dificultad de aplicar lo que puede llamarse el “modelo comunicativo” sino del colapso de dicho modelo: determinar la intención de la *ley* significa que el emisor es, paradójicamente, el mensaje (Celano, 2017: 33-34).

Por decirlo con la plasticidad de Guastini, el propósito de la norma es un criterio evanescente, un quid de imposible determinación (Guastini, 2013b: 196).

Un criterio alternativo que puede resultar provechoso para determinar quién puede resultar beneficiado por una norma son los efectos de esta norma. No me detendré aquí en esta posibilidad.

#### **Apéndice 4. El legislador y el juez. El juez como estadista**

Con cierta frecuencia, el juez que acomode los intereses sociales ha sido equiparado al estadista que busca lograr un punto de equilibrio entre intereses en conflicto (Sardo, 2018: 311) o bien que, para un modelo supuestamente tecnocrático, “le juge prend l’habit d’un gestionnaire qui met en balance les intérêts en présence” (Gérard, Ost, van de Kerchove, Strowel, 1990: 21).

La intelección del juez como “estadista” encuentra acomodo en visiones de tendencia perfeccionista liberal, para las cuales el juez rectifica virtuosamente lo que se le pasó por alto al legislador. O, en todo caso, en comprensiones más realistas, es el legislador el que delega en el juez, empleando expresiones indeterminadas que requieren concreción. En efecto, para las visiones antiformalistas, la constitución en cuanto conjunto de normas es producto de la praxis jurisprudencial, un instrumento maleable y con frecuencia incoherente; la constitución contiene el núcleo de empoderamientos y procedimientos que distribuyen entre los distintos agentes institucionales la tarea de crear derecho (*vid.* Sardo, 2018: 234).

Cuánta razón puedan tener comprensiones semejantes de la tarea judicial depende en gran parte, además de la cultura jurídica de la judicatura y de la comprensión del activismo judicial, de cómo se conciban los intereses. Según tradicionales defensores de la ponderación, un mérito normativo (y, supuestamente, conceptual) de referirse a los intereses era aludir a una noción sustantiva. Ya se privilegia la dimensión social y política, como pretendía el pragmatismo americano, ya se evoque la justificación moral, como sostuvieron numerosos juristas a partir del *legal process* en los años cincuenta y sesenta, la conexión con la realidad social y con el conjunto del razonamiento jurídico imponía buenas dosis de cognoscitivismo moral.

En verdad, una reconstrucción iuspositivista de estos fenómenos es perfectamente viable. Los intereses cesan de ser “intereses” (el fenómeno no moral y no jurídico al que se hacía alusión al comienzo del capítulo) para convertirse en principios jurídicos en el momento en que son empleados en el razonamiento jurídico, de tal suerte que no habría que hablar de una “moralización”, “politización”, etc. del derecho sino de una

transformación en términos jurídicos de fenómenos morales, políticos, etc. (*vid.* Itzcovich, 2004: 394-395).

## **Apéndice.5. Concordancia con la taxonomía hohfeldiana**

Múltiples acepciones o instanciaciones del “interés legítimo” son perfectamente identificables como alguna de las cuatro posiciones hohfeldianas de ventaja. Veamos algún ejemplo, tomando algún ejemplar relevante de interés legítimo.

De hecho, el “*interesse oppositivo*” de la dogmática italiana es, usando el léxico hohfeldiano, un tipo de inmunidad. La administración, por su parte, se encuentra en la situación correlativa de incapacidad. En cambio, el “*interesse pretensivo*” puede ser clasificado como una pretensión hohfeldiana. Una pretensión del ciudadano, en concreto, de que la administración le confiera poderes (siempre en sentido hohfeldiano).

También, como ha argumentado en detalle Guastini (Guastini, 2013b: 202), el “*diritto affievolito*” debe ser entendido como una inmunidad, la inmunidad frente a actos ilegítimos, a la cual corresponde la incapacidad de la administración de dictar actos ilegítimos.

Si, como puede verse, muchas acepciones de “interés legítimo” son clasificables como categorías hohfeldianas, se puede concluir que los intereses legítimos son variedades de derechos subjetivos. Al menos, en un sentido estructural o, si se quiere, sintáctico, que es aquel en el que el modelo hohfeldiano está centrado primordialmente.

Por lo demás, quedarán dos vías abiertas para quien pretenda sostener que los intereses no son derechos o que no son una variedad cualquiera de derechos: argumentar que otras acepciones de intereses no son clasificables en las categorías hohfeldianas o bien que, aunque lo sean, tienen algún rasgo complementario que los hace diferentes de los derechos. La primera vía no parece especialmente prometedora: parece que buena parte de tales intereses no pueden ser confrontados ni tanto menos equiparados por estar formulados de forma excesivamente vaga. Puede que tales intereses no expresen categorías hohfeldianas pero solo por el simple hecho de que expresan bien poco. Puede ser que haya intereses legítimos que no estén aquejados de semejante vaguedad y que no sean instanciables en la clasificación de Hohfeld, pero no los he encontrado hasta la fecha. La segunda vía podría presentarse como más prometedora, pero en el examen de las anteriores páginas no han emergido criterios relevantes.

## **Apéndice.6. Algunas palabras conclusivas sobre el interés legítimo**

Como se ha puesto de manifiesto en este capítulo, el vocablo “interés legítimo” es ambiguo y hace referencia tanto a diferentes elementos relativos a la titularidad de posiciones jurídicas (al título habilitador, a la legitimación) como a las propias posiciones normativas.

Aunque los aportes que conciben el interés legítimo como una suerte de “puente” entre las posiciones normativas y la acción con que tutelar tales posiciones contengan aspectos sugerentes y tengan ciertas dosis de razón están contruidos de forma confusa y no discriminan debidamente los elementos que los componen. Un examen más atento muestra la copresencia de distintas posiciones subjetivas calificables de “derechos”. Entre ellas, podemos contar el derecho a la legitimidad de la actuación administrativa, el derecho sustantivo que se quiera hacer valer o que haya sido vulnerado, el derecho a un procedimiento correcto, el derecho a la reparación y, derivados de este, el derecho a la anulación, el derecho a la indemnización. Algunos de ellos serán derechos primarios y otros derechos secundarios y podremos estipular macroderechos más o menos extensos en función de tales microderechos. En todo caso, contrariamente a lo que la doctrina del interés legítimo suele hacer creer, la ausencia o presencia adicional de uno u otro poco cambia la calificación del conjunto o de sus componentes como “derechos”.

Para tal calificación no cuenta que la dogmática haya tendido a vedar o restringir a los intereses la tutela jurisdiccional, el remedio resarcitorio y otras ventajas que reservaba a los derechos pues tal decisión solo respondía a razones ideológicas, no conceptuales. Tampoco cuenta lo que dictamine el inasible propósito de las normas. Por añadidura, pese a una especialidad en la sede jurisdiccional que conoce de derechos y aquella que conoce de intereses legítimos, no puede hablarse de una genuina diferencia funcional.

En cambio, el vocabulario hohfeldiano es capaz de dar cuenta de muchas de las figuras que integran o encarnan el interés legítimo, lo cual es una evidencia de que, por lo menos en un sentido muy relevante, el interés legítimo es concebible estructuralmente como un derecho subjetivo frente a la administración pública.

Al margen de la posibilidad (extraña, sin duda) de que haya obligaciones no direccionales, afirmar la correlatividad de obligaciones y derechos implica que toda obligación impuesta en la administración referente a ciertos individuos confiera un derecho a tales individuos.<sup>323</sup> Si bien la bibliografía que he manejado en este capítulo dista de ser exhaustiva, he pretendido analizar algunos de los más influyentes aportes en el ámbito latino que integran la doctrina del “interés legítimo”; sin perjuicio de que otros aportes puedan ser aducidos, puede concluirse que los argumentos que he examinado aquí no permiten establecer ninguna diferencia significativa entre las posiciones normativas que denominamos “derecho subjetivo” y aquellas que denominamos “interés legítimo”. Por ende, si buena parte de los intereses legítimos que han sido referidos en este trabajo pueden ser descritos adecuadamente como una expectativa que tiene un sujeto respecto de una acción o estado de cosas conferida por una norma hay razones sólidas para sospechar que se trata de derechos subjetivos.

---

<sup>323</sup> Un subtipo, seguramente el más notable, de obligaciones no direccionales viene dado por aquellas obligaciones que no tienen ninguna posición correlativa. El ejemplo tradicionalmente aducido por la literatura de los derechos a partir de Hart, es el de los Diez mandamientos. Un uso arbitrario de una noción equivalente a la de “obligación no direccional” es el “deber” de Santi Romano.



## Bibliografía

- Alexy, Robert (2010). *A theory of constitutional rights*. Oxford: Oxford University Press.
- Álvarez Medina, Silvina (2017). “Diferencias, asimetrías y derechos: la fundamentación y el contenido de los derechos humanos”. Pablo Larrañaga Monjaraz, Jorge Cerdio Herrán, Pedro Salazar Ugarte (coords.). *Entre la libertad y la igualdad: ensayos críticos sobre la obra de Rodolfo Vázquez*, vol. 2, pp. 277-307.
- Arriagada, María Beatriz (2016). “Conceptos jurídicos de Derecho subjetivo”. *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad*, 11, octubre 2016- marzo 2017, pp. 152-162.
- (2014). “El concepto hohfeldiano de derecho subjetivo”. *Revista de Ciencias Sociales, Universidad de Valparaíso*, 65, pp. 13-45.
- Atienza, Manuel (2006). “Entrevista a Neil MacCormick”. *Doxa*, 29, pp. 479-489.
- “Avant-propos” (1990). Philippe Gérard, François Ost, Michel van de Kerchove (eds.). *Droit et intérêt*. Bruxelles : Facultés universitaires Saint-Louis.
- Austin, John (1869). *Lectures on Jurisprudence: the philosophy of positive law*. Vol. 1. London: John Murray.
- Ayer, A. J. (1948). “The Principle of Utility”. George W. Keeton, Georg Schwarzenberger (eds.). *Jeremy Bentham and the Law: a symposium*. London: Stevens & Sons, pp. 245-259.
- Azzoni, Giampaolo (1994). “Interpretazioni di Hohfeld”. *Materiali per una storia della cultura giuridica*, XXIV, 2, pp. 443-488.
- Barberis, Mauro (2014). *Introduzione allo studio del diritto*. Torino: Giappichelli
- Bayles, Michael D. (1992). *Hart’s legal philosophy: an examination*. Dordrecht: Kluwer Academic Pub.
- Bayón Mohíno, Juan Carlos (1991a). *La normatividad del derecho: deber jurídico y razones para la acción*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales
- (1991b). “Razones y reglas: sobre el concepto de ‘razón excluyente’ de Joseph Raz”. *Doxa*, 10, pp. 25-66.
- (1989). “Causalidad, consecuencialismo y deontologismo”. *Doxa*, 6, pp. 461-500.
- Baz, Avner (2012). *When words are called for: a defense of ordinary language philosophy*. Cambridge, Mass.: Harvard University Press.
- Beccaria, Cesare (1958). *Opere*. Firenze: Sansoni.
- Becker, Lawrence C. (1977). *Property rights: philosophic foundations*. London: Routledge.
- Beitz, Charles R. (2009). *The idea of human rights*. Oxford: Oxford University Press.
- Ben-Dor, Oren (2000). *Constitutional limits and the public sphere: a critical study of Bentham’s constitutionalism*. Oxford: Hart Pub.
- Bengoetxea, Joxerramon (2010). “Razonamiento jurídico y post-positivismo: la contribución de Neil MacCormick”. *Anuario de Filosofía del Derecho*. XXVI, pp. 267-287.
- Bentham, Jeremy (2015). *The Book of fallacies*. Philip Schofield (ed.). Oxford:

- Clarendon Press.
- (2010). *Of the limits of the penal branch of jurisprudence*. Philip Schofield (ed.). Oxford: Clarendon Press.
- (1997). *De l'ontologie et autres textes sur les fictions*. Texte anglais établi par Philip Schofield; traduction et commentaires par Jean-Pierre Cléro et Christian Laval. Paris : Éditions du Seuil.
- (1989). *First principles preparatory to constitutional code*. Philip Schofield (ed.). Oxford: Clarendon Press.
- (1983a). *Deontology. Together with a table of the springs of action and article on utilitarianism*. Amnon Goldworth (ed.). Oxford: Clarendon Press.
- (1983b). *Constitutional Code*. F. Rosen, J. H. Burns (eds.). Vol. 1. Oxford: Clarendon Press.
- (1982). *An introduction to the principles of morals and legislation*. J. H. Burns, H. L. A. Hart (eds.). London: Methuen
- (1977). *A comment on the commentaries; and A fragment on government*. J. H. Burns, H. L. A. Hart (eds.). London: Athlone Press.
- (1970). *Of laws in general*. H. L. A. Hart (ed.). London: Athlone Press.
- (1954). *Jeremy Bentham's economics writings*. Werner Stark (ed.). Vol. 1. London: Published for the Royal Economic Society by George Allen & Unwin.
- (1871). *Theory of Legislation. Translated from the French of Étienne Dumont and edited by R. Hildreth*. London: Trübner.
- (1843) [1962]. *The works of Jeremy Bentham*. John Bowring, (ed.). 11 vols. Edinburgh: William Tait [New York: Russell and Russell].
- (1834). *Deontology; or, the science of morality, in which the harmony and coincidence of duty and self-interest, virtue and felicity, prudence and benevolence are explained*. John Bowring (ed.). Edinburgh: William Tait.
- (1821). *The elements of the art of packing, as applied to special juries, particularly in cases of Libel law*. London: Effingham Wilson.
- Berlin, Isaiah (2002). *Liberty: incorporating Four essays on liberty*. Henry Hardy (ed.). Oxford: Oxford University Press.
- Besson, Samantha (2015). "Human Rights and Constitutional Law: Mutual Validation and Legitimation". Rowan Cruft, Matthew Liao, Massimo Renzo (eds.). *Philosophical foundations of human rights*. Oxford: Oxford University Press, pp. 279–299.
- Biasetti, Pierfrancesco (2015). *Diritti e teorie morali: la prospettiva dei moral rights*. Napoli: Orthotes.
- (2014a). "La riflessione angloamericana sui diritti: oltre le teorie della scelta e dell'interesse?". *Ragion pratica*, 42, pp. 135–157.
- (2014b). "Alcuni problemi dell'analisi hohfeldiana dei diritti soggettivi". *Materiali per una storia della cultura giuridica*, XLIV, 2, pp. 485–513.
- Bix, Brian (2004). *A dictionary of legal theory*. Oxford: Oxford University Press.
- Bobbio, Norberto (2014). *L'età dei diritti*. Torino: Einaudi

- (1999a). “La dichiarazione universale dei diritti dell’uomo”. *Teoria generale della politica*. Michelangelo Bovero (ed.). Torino: Einaudi, pp. 440-453.
- (1999b). “Diritti dell’uomo. I. Il primato dei diritti sui doveri”. *Teoria generale della politica*. Michelangelo Bovero (ed.). Torino: Einaudi, pp. 431-440.
- (1999c). *Destra e sinistra*. Roma: Donzelli.
- Brandt, Richard B. (1979). *A theory of the good and the right*. Oxford: Clarendon Press.
- Bratman, Michael (1994). “Intention”. Samuel Guttenplan (ed.). *A companion to the philosophy of mind*. Oxford: Blackwell, pp. 375-379.
- Brunet, Pierre (2019). “Vouloir pour la nature. La représentation juridique des entités naturelles”. *Journal of Interdisciplinary History of Ideas*, vol. 8, 15, pp. 1-44.
- (2012). “Le droit est-il dans la tête?”. *Jus politicum*, 8, pp. 1-28.
- Bulygin, Eugenio (1987). “Sobre el estatus ontológico de los derechos humanos”. *Doxa*, 4, pp. 79-84.
- Burke, Edmund (1935). *Reflections on the Revolution in France*. London: Dent.
- Cameron, A. M. (1990). “MacCormick’s Liberal Theory of Rights”. Werner Maihofer, Gerhard Sprenger (eds.). *Law and the states in modern times: proceedings of the 14<sup>th</sup> IVR World Congress in Edinburgh, August 1989*, Stuttgart: F. Steiner, pp. 133-143.
- Campbell, Kenneth (2017). “Legal rights”. *Stanford encyclopaedia of philosophy*.
- Carrió, Genaro R. (1991). “Nota preliminar” a Wesley N. Hohfeld *Conceptos jurídicos fundamentales*. México D. F.: Fontamara, pp. 7-21.
- Castignone, Silvana (1997). “Diritti e nonsensi”. *Materiali per una storia della cultura giuridica*, XXVII, 2, pp. 309-320.
- Celano, Bruno (2017). *Due problemi aperti della teoria dell’interpretazione giuridica*. Modena: Mucchi.
- (2013). *I diritti nello Stato costituzionale*. Bologna: il Mulino.
- (2009). *Derecho, justicia, razones: ensayos 2000-2007*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- (1999). *La teoria del diritto di Hans Kelsen: una introduzione critica*. Bologna: il Mulino.
- (1997). “Giustizia e preferenze: un inventario di problemi”. *Ragion Pratica*, 9, pp. 13-33.
- Chiassoni, Pierluigi (2018a). “Considerazioni apologetiche di un dottrinario genovese”. *Diritto e questioni pubbliche*, XVIII, 1, pp. 189-197.
- (2018b). “La filosofia del diritto di Guido Alpa”. *Materiali per una storia della cultura giuridica*, XLVIII, 1, pp. 287-296.
- (2016a). *Da Bentham a Kelsen: sei capitoli per una storia della filosofia analitica del diritto*. Torino: Giappichelli.
- (2016b). *El discreto placer del positivismo jurídico*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- (2001). “Finzioni giudiziali: progetto di voce per un *vademecum* giuridico”. *Analisi e diritto*, 2001, pp. 71-94

- Chiovenda, Giuseppe (1923). *Principi di diritto processuale civile*. Napoli: Jovene.
- Comanducci, Paolo (2016). *Estudios sobre constitución y derechos fundamentales*. Querétaro: Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro.
- (1987). “Diritti vecchi e nuovi: un tentativo di analisi”. *Materiali per una storia della cultura giuridica*, XVII, 1, pp. 95-111.
- Cordero, Franco (1956). *Le situazioni soggettive nel processo penale: studi sulle dottrine generali del processo penale*. Torino: Giappichelli.
- Crimmins, James E. (1994). “Bentham's political radicalism reexamined”. *Journal of the History of Ideas*, vol. 55, 2, pp. 259-281.
- Cruft, Rowan (2013). “Introduction”. *Symposium on Rights and the Direction of Duties (January 2013)*, *Ethics*, vol. 123, 2, pp. 195-201.
- Cruz Parceró, Juan Antonio (2004). *El concepto de derecho subjetivo*. México D. F.: Fontamara.
- Davidson, Donald (1980). *Essays on actions and events*. Oxford: Oxford University Press.
- De Champs, Emmanuelle (2008). “*La déontologie politique*” ou la pensée constitutionnelle de Jeremy Bentham. Genève : Droz.
- (1999). “The Place of Jeremy Bentham’s Theory of Fictions in Eighteenth-century Linguistic Thought”. *Journal of Bentham Studies*, vol. 2, pp.1-28.
- Draper, Anthony J. (2009). “Punishment, proportionality and the economic analysis of crime”. *Journal of Bentham Studies*, vol. 11, pp. 1-32.
- Duarte, David (2016). “Structuring addressees in fundamental rights norms: an application”. Kenneth E. Himma, Bojan Spaić (eds.). *Fundamental rights, justification and interpretation*. The Hague: Eleven International Publishing, 2016, pp. 83-92.
- Edmundson, William A. (2004). *An introduction to rights*. Cambridge: Cambridge University Press.
- Eleftheriadis, Pavlos Z. (2008). *Legal rights*. Oxford: Oxford University Press.
- Elster, Jon (1985). *Sour Grapes: studies in the subversion of rationality*. Cambridge: Cambridge University Press.
- Elster, Jon and Roemer, John E. (1991). “Introduction”. Jon Elster, John E. Roemer (eds.). *Interpersonal comparisons of well-being*. Cambridge: Cambridge University Press, pp. 1-16.
- Endicott, Timothy (2011). *Administrative Law*. Oxford: Oxford University Press.
- Fanlo Cortés, Isabel (2008). *Bambini e diritti: una relazione problematica*. Torino: Giappichelli.
- (2004). “Los derechos de los niños ante las teorías de los derechos: algunas notas introductorias”. Isabel Fanlo Cortés (comp.). *Derecho de los niños: una contribución teórica*. México D. F.: Fontamara, pp. 7-38.
- Farrell, Martín D. (1989). “El dilema de Gauthier”. *Doxa*, 6, pp. 39-48.
- Feinberg, Joel (1980). *Rights, justice and the bounds of liberty: essays in social philosophy*. Princeton: Princeton University Press.

- (1974). “The Rights of Animals and Unborn Generations” en William Blackstone (ed.). *Philosophy and Environmental Crisis*. Athens: The University of Georgia Press, pp. 43-68.
- Fernández Núñez, Miguel (2020). “*Contra Hohfeld*. Il falso dilemma della concezione dinamica dei diritti”. Elena Marchese (ed.). *Interdisciplinarietà della ricerca giuridica. Benefici e prospettive*. Genova: Genova University Press, pp. 29-58.
- Ferrajoli, Luigi (2013). *Principia iuris: Teoría del derecho y de la democracia*. Vol. 1. Madrid: Trotta.
- Ferraro, Francesco (2013). “Funzioni e definizioni di ‘diritto soggettivo’: una prospettiva consequenzialista”. *Rivista di filosofia del diritto*, 2, pp. 401-422.
- (2011). *Il giudice utilitarista: flessibilità e tutela delle aspettative nel pensiero giuridico di Jeremy Bentham*. Pisa: Edizioni ETS.
- Ferrer Beltrán, Jordi (2000). *Las normas de competencia: un aspecto de la dinámica jurídica*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- Finnis, John (2011). *Natural law and natural rights*. Oxford: Oxford University Press.
- (1972) “Some Professorial Fallacies About Rights”. *Adelaide Law Review*, 4, pp. 377-388.
- Frydrych, David (2018). “The theories of rights debate”. *Jurisprudence*, vol. 9, 3, pp. 566-588.
- (2018) [en prensa]. “Rights Correlativity”. Shyam Balgamesh et al. (ed.). *The Legacy of Wesley Hohfeld: edited major works, select personal papers and original commentaries*. Cambridge: Cambridge University Press.
- (2017). “Rights modelling” [borrador].
- Gaius (1871). *Gaii Institutionum iuris civilis commentarii quatuor or Elements of roman law by Gaius*. Edward Poste (ed.). Oxford: Clarendon Press.
- Garzón Valdés, Ernesto (2004). “Desde la ‘modesta propuesta’ de Swift hasta las ‘casas de engorde’. Algunas consideraciones acerca de los derechos de los niños” Isabel Fanlo Cortés (comp.). *Derecho de los niños: una contribución teórica*. México D.F.: Fontamara, pp. 199-214.
- Gasparoli, Carolina (2011). “Diritti soggettivi e bisogni: la proposta di Hart”. *Materiali per una storia della cultura giuridica*, XLI, 1, pp. 109-132.
- Gauthier, David (1986). *Morals by agreement*. Oxford: Clarendon Press.
- Gilabert, Pablo (2009). “The Feasibility of Basic Socioeconomic Human Rights: A Conceptual Exploration”. *The Philosophical Quarterly*, Vol. 59, 237, pp. 659-681.
- González Lagier, Daniel (2009). *Emociones, responsabilidad y derecho*. Madrid: Marcial Pons.
- (2001). *Las paradojas de la acción: (acción humana, filosofía y derecho)*. Alicante: Publicaciones de la Universidad de Alicante.
- Gottlieb, Stephen H. (1988). “Compelling governmental interests: an essential but unanalyzed term in constitutional adjudication”. *Boston University Law Review*, 68, pp. 917-978.

- Griffin, James (2003). "Group Rights". Lukas H. Meyer, Stanley L. Paulson, Thomas W. Pogge (eds.). *Rights, culture and the law: themes from the legal and political philosophy of Joseph Raz*. Oxford: Oxford University Press, pp. 161-182.
- (2000). "Replies". Roger Crisp, Brad Hooker (eds.). *Well-being and morality: essays in honour of James Griffin*. Oxford: Clarendon Press, pp. 281-313.
- (1986). *Well-being: its meaning, measurement and moral importance*. Oxford: Clarendon.
- Guastini, Riccardo (2013a). "Juristenrecht: inventing rights, obligations, and powers". Jordi Ferrer, José Juan Moreso, Diego M. Papayannis (eds.). *Neutrality and theory of law*. Dordrecht: Springer, 147-160.
- (2013b). *Distinguendo ancora*. Madrid: Marcial Pons.
- (2011a). *Interpretare e argomentare*. Milano: Giuffrè.
- (2011b). *La sintassi del diritto*. Torino: Giappichelli.
- (2006). "Diritti soggettivi". Mario Bessone (ed.). *Lineamenti di diritto privato*. Torino: G. Giappichelli editore, pp. 37-44.
- (1980). "*Il diritto come linguaggio, il linguaggio del diritto*". *Problemi di teoria del diritto*. Bologna: il Mulino, pp. 9-32.
- Gunn, J. A. W. (1968a). "'Interest will not lie': a Seventeenth-century political maxim". *Journal of the History of Ideas*, vol. 29, 4, pp. 551-564.
- (1968b). "Jeremy Bentham and the public interest". *Canadian Journal of Political Science / Revue canadienne de science politique*, vol. 1, 4, pp. 398-413.
- Halévy, Élie (1969). *The growth of philosophical radicalism*. London: Faber and Faber.
- Hare, Richard M. (1989). *Essays in ethical theory*. Oxford: Clarendon Press.
- Harel, Alon (2005). "Theories of rights". Martin P. Golding, William A. Edmundson (eds.). *The Blackwell Guide to the Philosophy of Law and Legal Theory*. Oxford: Blackwell, pp. 191-206.
- Harrison, Ross (1983). *Bentham*. London: Routledge and Kegan Paul.
- Hart, H. L. A. (2012). *The concept of Law*. Oxford: Oxford University Press.
- (1983). *Essays in jurisprudence and philosophy*. Oxford: Clarendon Press.
- (1982). *Essays on Bentham: studies in jurisprudence and political theory*. Oxford: Clarendon Press.
- (1974). "Bentham". Bhikhu Parekh (ed.). *Jeremy Bentham: ten critical essays*. London: Frank Cass, pp. 73-95.
- (1973). "Bentham on Legal Rights". A. W. Brian Simpson (ed.). *Oxford essays in jurisprudence. Second series*. Oxford: Clarendon Press, pp. 171-201.
- (1971). "Bentham, lecture on a master mind". Robert S. Summers (ed.). *More essays in legal philosophy*. Oxford: Basil Blackwell.
- (1963). *Law, liberty and morality*. Stanford: Stanford University Press.
- (1957). "Analytical jurisprudence in Mid-Twentieth century: a reply to professor Bodenheimer". *University of Pennsylvania Law review*, 105, pp. 953-975
- (1955). "Are there any natural rights?". *The philosophical review*, 64, pp.165-191.

- Helvétius (1810). *De l'esprit; or, Essays on the mind, and its several faculties*. London: Albion Press.
- Hierro, Liborio L. (2016). *Los derechos humanos: una concepción de la justicia*. Madrid: Marcial Pons.
- (2004). “El niño y los derechos humanos”. Isabel Fanlo Cortés (comp.). *Derecho de los niños: una contribución teórica*. México D.F.: Fontamara, pp. 177-197.
- (2001). *Estado de derecho: problemas actuales*. México D.F.: Fontamara.
- Himmelfarb, Gertrude (1969). “Bentham Scholarship and the Bentham ‘Problem’”. *The Journal of Modern History*, vol. 41, 2, pp. 189-206.
- Hohfeld, Wesley Newcomb (2010). *Fundamental legal conceptions as applied in judicial reasoning*. [Reproducción anastática de la edición de Yale University Press, 1964]. Clark, New Jersey: The Lawbook exchange.
- (1991). *Conceptos jurídicos fundamentales*. México D.F.: Fontamara.
- (1923). *Fundamental legal conceptions as applied in judicial reasoning and other legal essays*. New Haven: Yale University Press.
- (1917). “Fundamental legal conceptions as applied in judicial reasoning”. *The Yale Law Journal*, vol. 26, núm. 8, pp. 710-770.
- Holmgren, Margaret (1985). “Raz on rights”. *Mind*, vol. 94, 376, pp. 591-595.
- Honoré, Tony (1987). *Making law bind: essays legal and philosophical*. Oxford: Clarendon Press.
- Hormazábal Malarée, Hernán (2006). *Bien jurídico y estado social y democrático de derecho*. Santiago de Chile: LexisNexis.
- Hume, David (1985). *Essays: moral, political and literary*. Eugene F. Miller (ed.). Indianapolis: Liberty Fund.
- Hume, L. J. (1978). “Revisionism in Bentham’s studies”. *The Bentham Newsletter*, 1, pp. 3-20.
- Itzcovich, Giulio (2004). “L’integrazione europea tra principi e interessi. Il dialogo tra giudici tedeschi e Corte di giustizia nella ‘guerra delle banane’”. *Materiali per una storia della cultura giuridica*. XXXIV, 2, pp. 385-424.
- Iverson, Duncan (2018). “Traces of recognition: rights and political realism”. Tom Campbell, Kylie Bourne (eds.). *Political and Legal Approaches to Human Rights*. Abingdon: Routledge, pp. 28-39.
- (2008). *Rights*. Stocksfield: Acumen.
- Joyce, Richard (2006). *The evolution of morality*. Cambridge, Massachusetts, MIT.
- Jungius, Joachim (1681). *Logica Hamburgensis: hoc est, institutiones logicae in usum schol. Hamburg. conscriptae, et 6 libris comprehensae*. Hamburgi: Wolfius
- Kahneman, Daniel (1994). “New challenges to the rationality assumption”. *Journal of Institutional and Theoretical Economics (JITE) / Zeitschrift für die gesamte Staatswissenschaft*, vol. 150, 1, pp. 18-36.
- Kamm, Frances M. (2007). *Intricate Ethics*. Oxford: Oxford University Press.

- (2002) “Rights”. J. Coleman, S. Shapiro (eds.). *The Oxford handbook of jurisprudence and philosophy of law*. Oxford: Oxford University Press, pp. 486–513.
- Kelly, Paul J. (1990). *Utilitarianism and Distributive Justice: Jeremy Bentham and the Civil Law*. Oxford: Clarendon Press.
- Kelsen, Hans (1997). *Problemi fondamentali della dottrina del diritto pubblico esposti a partire della dottrina della proposizione giuridica*. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane.
- (1953). *Théorie pure du droit : introduction à la science du droit*. Neuchâtel : Éditions de la Baconnière.
- Kramer, Matthew H. (2019a). “On no-rights and no rights”. *American Journal of Jurisprudence*, 64, 2, pp. 213–223.
- (2019b). “Rights and right-holding: Hohfeld and the interest/will debate”. Material impreso de la asignatura *Topics in Legal and Political Philosophy*, Universidad de Cambridge.
- (2016). “In defense of the interest theory of right-holding: rejoinders to Leif Wenar on rights”. *Legal Studies Research Paper Series*, University of Cambridge Faculty of Law, 22.
- (2013). “Some doubts about alternatives to the interest theory of rights”. *Ethics*, 123, pp. 245–263.
- (2010). “Refining the interest theory of rights”. *American Journal of Jurisprudence*, 55, pp. 31–39.
- (2008). “Rights in Legal and Political Philosophy”. Keith E. Whittington; R. Daniel Kelemen; Gregory A. Caldeira (eds.). *The Oxford Handbook of Law and Politics*. Oxford: Oxford University Press, pp. 414–427.
- (2005). “Legal and moral obligation”. Martin P. Golding; William A. Edmundson (eds.). *The Blackwell Guide to the Philosophy of Law and Legal Theory*. Oxford: Blackwell, pp. 179–190.
- (2004). *Where Law and Morality meet*. Oxford: Oxford University Press.
- (2001). *Rights, wrongs, and responsibilities*. London: Palgrave Macmillan.
- (1998). “Rights without trimmings”. Matthew H. Kramer, Nigel E. Simmonds, Hillel Steiner. *A debate over rights: philosophical enquiries*. Oxford: Oxford University Press, pp. 7–111.
- (1991). *Legal theory, political theory, and deconstruction: against Rhadamanthus*. Bloomington: Indiana University Press.
- Kramer, Matthew H.; Steiner, Hillel (2007). “Theories of rights: Is there a third way?”. *Oxford Journal of Legal Studies*, 27, pp. 281–310.
- Kurki, Visa AJ (2019) [en prensa]. “Are Legal Positivism and the Interest Theory incompatible?”. *University of Helsinki, Legal Studies Research Paper Series*, paper no. 56.
- (2018). “Rights, Harming and Wronging: A Restatement of the Interest Theory”. *Oxford Journal of Legal Studies*, 0, pp. 1–21.



- La Torre, Massimo (2011): "Reform and tradition: changes and continuities in Neil MacCormick's concept of law". Agustín J. Menéndez, John E. Fossum (eds.). *Law and democracy in Neil MacCormick's legal and political theory: the post-sovereign constellation*. Dordrecht: Springer, p. 55-67.
- Lacey, Nicola (2004). *A life of H. L. A. Hart: The nightmare and the noble dream*. Oxford: Oxford University Press.
- Laporta, Francisco (1987). "Sobre el concepto de derechos humanos". *Doxa*, 4, pp. 22-46.
- Laval, Christian (2006). "Jeremy Bentham et le gouvernement des intérêts". *Revue du MAUSS*, 27, pp. 289-306.
- Leibniz, Gottfried Wilhelm (1854 [1708]). "Réflexions sur l'art de connaître les hommes, à madame l'électrice de Brunswic-Lunebourg". *Lettres et opuscules inédits de Leibniz*. Paris : Landrache, pp. 132-165.
- Lindahl, Lars (1977). *Position and change: a study in Law and Logic*. Dordrecht: Reidel.
- Locke, John (2003). *Two treatises of government and a letter concerning toleration*. New Haven: Yale University Press.
- (1963). *The Works of John Locke*, vol. II. Aalen: Scientia Verlag.
- Long, Douglas G. (1977). *Bentham on liberty: Jeremy Bentham's idea of liberty in relation to his utilitarianism*. Toronto: University of Toronto Press.
- Lorini, Giuseppe (2007). "Due specie di dovere normativo: dovere deontico vs. dovere anankastico". Lorenzo Passerini Glazel (ed.). *Ricerche di filosofia del diritto*. Torino: Giappichelli, pp. 103-115.
- Lucas, Javier de y María J. Añón (1990). "Necesidades, razones, derechos". *Doxa*, 7, pp. 55-98.
- Lyons, David (1994). *Rights, welfare and Mill's moral theory*. Oxford: Oxford University Press.
- (1970). "The correlativity of rights and duties". *Noûs*, vol. 4, 1, pp. 45-55.
- (1969). "Rights, claimants, and beneficiaries". *American Philosophical Quarterly*, vol. 6, 3, pp. 173-185.
- MacCormick, Neil (2010). *H. L. A. Hart*. Madrid: Marcial Pons.
- (2007). *Institutions of law: an essay in legal theory*. Oxford: Oxford University Press.
- (1994). *Legal reasoning and legal theory*. Oxford: Clarendon Press.
- (1989). "Discretion and rights". *Law and philosophy*, 8, pp. 23-36.
- (1988). "Los derechos de los niños: una prueba de fuego para las teorías de los derechos". *Anuario de filosofía del derecho*, V, pp. 293-305.
- (1982). "Rights, claims and remedies". *Law and philosophy*, 1, pp. 337-357.
- (1978a). "The obligation of reparation". *Proceedings of the Aristotelian Society*, 78, pp. 175-193.
- (1978b). "Dworkin as Pre-Benthamite". *The philosophical review*, LXXXVII, 4, pp. 585-607.

- (1977). “Rights in legislation”. Peter M. S. Hacker; Joseph Raz (eds.). *Law, morality, and society: essays in honour of H. L. A. Hart*. Oxford: Clarendon Press.
- (1976). “Children’s rights: a test-case for theories of rights”. *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie*, LXII, pp. 305-317.
- Mackie, J. L. (1984). “Can there be a right-based moral theory?”. Jeremy Waldron, (ed.). *Theories of rights*. Oxford: Oxford University Press, pp. 168-181.
- Maniaci, Giorgio (2018). “Indisponibilità dei diritti fondamentali: un problema di interpretazione”. *Notizie di Politeia*, XXXIV, 132, pp. 144-164.
- (2014). “La tirannia dei diritti indisponibili”. *Diritto e questioni pubbliche*, 14, pp. 669-710.
- Marmor, Andrei (1997). “On the limits of rights”. *Law and Philosophy*, vol. 16, 1, pp. 1-18.
- McBride, Mark (2018). “Raz’s definition of a right”. *Ratio Juris*, vol. 31, 4, pp. 460-468.
- Medina Alcoz, Luis (2016). *Libertad y autoridad en el derecho administrativo. derecho subjetivo e interés legítimo: una revisión*. Madrid: Marcial Pons.
- Miele, Giovanni (1944). “Potere, diritto soggettivo e interesse”. *Rivista del diritto commerciale e del diritto generale delle obbligazioni*, 42, 1, pp. 114-128.
- Millard, Eric (2011). “Bentham et la science du droit (autres impressions de lectures)”. Malik Bozzo-Rey, Guillaume Tusseau (eds.). *Bentham juriste : L’utilitarisme juridique en question*. Paris : Economica, pp. 153-160.
- (2005). “L’analyse lexicologique de Norberto Bobbio”. *Analisi e diritto*, 2005, pp. 209-217.
- Monti, Ezequiel (2020). “Redondo sobre la normatividad del derecho”. *Revus* [en prensa].
- Moore, George E. (1962). *Principia ethica*. Cambridge: Cambridge University Press.
- Moreso, José Juan (2013). “Jeremy Bentham: luces y sombras”. *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, 47, pp. 221-248.
- (2002). “Guastini sobre la ponderación”. *Isonomía*, 17, pp. 227-249.
- (1992). *La teoría del derecho de Bentham*. Barcelona: PPU.
- Nagel, Thomas (1970). *The possibility of altruism*. Princeton: Princeton University Press.
- Nef, Frédéric (1992). “Sémantique et ontologie (II) : un survol”. *Sémiotiques*, 2, pp. 7-17.
- Nino, Carlos Santiago (2003). *Introducción al análisis del derecho*. Buenos Aires: Astrea.
- (1989). *Ética y derechos humanos: un ensayo de fundamentación*. Buenos Aires: Astrea.
- Ogden, Charles K. (1932). *Bentham’s Theory of Fictions*. London: Kegan Paul.
- Olivecrona, Karl (1939). *Law as fact*. Copenhagen: Einar Munksgaard.
- Orlando, Vittorio E. (1892). *Principi di diritto amministrativo*. Firenze: Barbera.
- Ost, François (1990). *Entre le droit et le non-droit: l’intérêt*. Bruxelles : Facultés universitaires Saint-Louis.
- (1987). “Codification et temporalité dans la pensée de J. Bentham”. François Ost ;

- Philippe Gerard, Michel van de Kerchove (eds.). *Actualité de la pensée juridique de Jeremy Bentham*. Bruxelles: Facultés universitaires Saint-Louis, pp. 163-230.
- Papineau, David (1979). *Theory and meaning*. Oxford: Clarendon Press.
- Parfit, Derek (1984). *Reasons and persons*. Oxford: Clarendon Press.
- Pellegrino, Gianfranco (2002). “La volontà del sovrano: epistemologia, semantica e definizione di «legge» nell'utilitarismo giuridico di Jeremy Bentham”. *Materiali per una storia della cultura giuridica*, XXXII, 1, pp. 3-24.
- Penner, James (2017). “Legal powers and the will and interest theories of rights”. Mark McBride (ed.). *New essays on the nature of rights*. Oxford: Hart Publishing, pp. 99-125.
- (1997). “The analysis of rights”. *Ratio Juris*, vol. 10, 3, pp. 300-315.
- Peña Freire, Antonio M. (2009). “Cinco teorías de los derechos”. *Doxa*, 32, pp. 665-686.
- Perry, Ronen (2009). “Correlativity”. *Law and philosophy*, vol. 28, pp. 537-584.
- “Philosophical foundations of human rights: an overview.” Rowan Cruft, Matthew Liao, Massimo Renzo (eds.). *Philosophical foundations of human rights*. Oxford: Oxford University Press, pp. 1-41.
- Pino, Giorgio (2017). *Il costituzionalismo dei diritti: struttura e limiti del costituzionalismo contemporaneo*. Bologna: Il mulino.
- (2011). “Neil MacCormick on Interpretation, defeasibility, and the rule of law” [borrador]. DOI: [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=1737045](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1737045).
- (2010). *Diritti e interpretazione. Il ragionamento giuridico nello Stato costituzionale*. Bologna: il Mulino.
- (2009). “Diritti soggettivi. Lineamenti di un’analisi teorica”. *Materiali per una storia della cultura giuridica*, XXXIX, 2, pp. 487-506.
- Pintore, Anna (2003). *I diritti della democrazia*. Bari-Roma: Laterza.
- Pogge, Thomas W. (2002). *World poverty and human rights: cosmopolitan responsibilities and reforms*. Cambridge: Polity.
- Poggi, Francesca (2008). “Brevi osservazioni sulla retorica dei diritti”. *Ragion Pratica*, 31, pp. 365-373.
- Posner, Richard A. (1990). *The problems of jurisprudence*. Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press.
- Postema, Gerald J. (2014). “The soul of justice: Bentham on publicity, the law and the rule of law”. Zhai, Xiaobo; Quinn, Michael (eds.). *Bentham’s theory of law and public opinion*. Cambridge: Cambridge University Press, pp. 40-62.
- (2006a). “Bentham’s Utilitarianism”. Henry R. West (ed.). *The Blackwell Guide to Mill’s utilitarianism*. Oxford: Blackwell, pp. 26-44.
- (2006b). “Interests, Universal and Particular: Bentham’s Utilitarian Theory of Value”. *Utilitas*, vol. 18, 2, pp. 109-133.
- (1979). “The Expositor, the Censor and the Common Law”. *Canadian Journal of Philosophy*, vol. 9, 4, pp. 643-670.

- Pound, Roscoe (1937). "Fifty Years of Jurisprudence". *Harvard law review*. 50, 4, pp. 557-582.
- Prini, Pietro (1997). *Introduzione a Rosmini*. Bari-Roma: Laterza.
- Prinz, Jesse J. (2002). *Furnishing the mind. Concepts and their perceptual basis*. Cambridge: The MIT Press.
- Quine, W. V. O. (1976). "Two dogmas on empiricism". Sandra G. Harding (ed.). *Can theories be refuted? essays on the Duhem-Quine thesis*. Dordrecht: Reidel, pp. 41-64.
- (1969). *Ontological relativity and other essays*. New York: Columbia University Press.
- Quinn, Michael (2012). "Which come first, Bentham's chicken of utility, or his egg of truth?". *Journal of Bentham Studies*, vol. 14, pp. 1-46.
- Raab, Felix (1964). *The English face of Machiavelli: a changing interpretation, 1500-1700*. London: Routledge & Kegan Paul.
- Radin, Max (1938). "A restatement of Hohfeld". *Harvard Law Review*, vol. 51, 7, pp. 1141-1164.
- (1927). "L'analisi dei rapporti giuridici secondo il metodo di Hohfeld". *Rivista internazionale di filosofia del diritto*, 117.
- Rainbolt, George W. (2006). *The concept of rights*. Dordrecht: Springer.
- Ranelletti, Oreste (1892). *A proposito di una questione di competenza della IV<sup>a</sup> Sezione del Consiglio di Stato*. Avezzano: Angelini.
- Rawls, John (1999). *A theory of justice*. Cambridge: Belknap Press.
- Raz, Joseph (1999). *Practical Reason and Norms*. Oxford: Oxford University Press.
- (1995). "Rights and Politics". *Indiana Law Journal*, vol. 71, I, pp. 27-44.
- (1994). *Ethics in the public domain: essays in the morality of law and politics*. Oxford: Clarendon Press [edición revisada, con distinta paginación que la primera].
- (1989). "Facing up: a reply". *Southern California Law Review*, 62, pp. 1152-1235.
- (1986). *The morality of freedom*. Oxford: Oxford University Press.
- (1984a). "On the nature of rights". *Mind*, XCIII, 370, pp. 194-214.
- (1984b). "Hart on moral rights and legal duties". *Oxford Journal of legal studies*, vol. 4, 1, pp. 123-131.
- (1982). "Promises in morality and law". *Harvard law review*, 95, pp. 916-938.
- (1977). "Promises and obligations". Peter M. S. Hacker, Joseph Raz (eds.). *Law, morality, and society: essays in honour of H. L. A. Hart*. Oxford: Clarendon Press-
- (1975). *Practical reasons and norms*. London: Hutchinson
- (1970). *The concept of a legal system: an introduction to the theory of a legal system*. Oxford: Clarendon Press.
- Regan, Tom (1976). "Feinberg on what sorts of beings can have rights". *Southern Journal of Philosophy*, 14, pp. 485-498.
- Ripoli, Mariangela (2001). *Itinerari della felicità: La filosofia giuspolitica di Jeremy*

- Bentham, James Mill, John Stuart Mill*. Torino: Giappichelli.
- Rosdorff, Leopold Willem (1993). "Bentham and Hohfeld: a search for a synthesis". Bhikhu Parekh (ed.). *Jeremy Bentham: critical assessments*, vol. 3, pp. 273-2291.
- Rosen, Frederick (1983). *Jeremy Bentham and representative democracy: a study of the constitutional code*. Oxford: Clarendon Press.
- Rosmini-Serbati, Antonio (1843). *Filosofia del diritto*, vol. 2. Milano: Boniardi-Pogliani.
- Ross, Alf (1958). *On law and justice*. London: Steven & Sons.
- Ruiz Miguel, Alfonso (2009). *Una filosofía del derecho en modelos históricos*. Madrid: Trotta.
- Russell, Bertrand (1986). "La filosofía del atomismo lógico". Javier Muguerza (ed.). *La concepción analítica de la filosofía*. Madrid: Alianza, pp. 139-251.
- (1975). *My philosophical development*. London: Unwin.
- Sardo, Alessio (2018). *L'originalismo e la sfida del bilanciamento*. Madrid: Marcial Pons.
- Scarpelli, Uberto (1994). "Diritti positivi e diritti naturali: un'analisi semiotica". Uberto Scarpelli, Paolo Di Lucia (eds.). *Il linguaggio del diritto*. Milano: LED, 233-245.
- Schiavello, Aldo (1998). "Neil MacCormick teorico del diritto e dell'argomentazione giuridica". *Analisi e diritto. Ricerche di giurisprudenza analitica*, 1998, pp. 309-345.
- Schoeman, Ferdinand (1993). "Bentham's theory of rights". Bhikhu Parekh (ed.). *Jeremy Bentham: critical assessments*. Vol. 3, pp. 736-756.
- Schofield, Philip (2009). *Bentham: a guide for the perplexed*. London: Continuum.
- (1996). "Bentham on the identification of interests". *Utilitas*, vol. 8, 2, pp. 223-234.
- Scoca, Franco Gaetano (2017). *L'interesse legittimo: storia e critica*. Torino: Giappichelli.
- Simmonds, Nigel E. (2007). *Law as a moral idea*. Oxford: Oxford University Press.
- (2001). "Introduction". Hohfeld, Wesley N. *Fundamental legal conceptions as applied in judicial reasoning*. David Campbell, Philip Thomas (eds.). Aldershot: Ashgate-Dartmouth, pp. ix-xxix.
- (1998). "Rights at the Cutting Edge". Matthew H. Kramer; Nigel E. Simmonds; Hillel Steiner (eds.). *A debate over rights: philosophical enquiries*, pp. 113-232.
- Simpson, Thomas Moro (1964). *Formas lógicas, realidad y significado*. Buenos Aires: EUDEBA.
- Sousa e Brito, José de (1987). "La méthodologie juridique de Bentham". François Ost, Philippe Gerard, Michel van de Kerchove, (eds.). *Actualité de la pensée juridique de Jeremy Bentham*. Bruxelles : Facultés universitaires Saint-Louis, pp. 279-299.
- Spaak, Torben (2014). "Alf Ross on the concept of a legal right". *Ratio Juris*, vol. 27, 4, pp. 461-476.
- Spector, Horacio (2001). "La filosofía de los derechos humanos". *Isonomía*, vol. 15, pp. 7-53.
- Steiner, Hillel (2008). "Are There Still Any Natural Rights?". Matthew H. Kramer, Claire Grant, Ben Colburn, Antony Hatzistavrou (eds.). *The legacy of H.L.A.*

- Hart: legal, political, and moral philosophy*. Oxford: Oxford University Press, pp. 239–250.
- (1998). “Working Rights”. Matthew H. Kramer, Nigel E. Simmonds, Hillel Steiner. *A debate over rights: philosophical enquiries*. Oxford: Oxford University Press, pp. 233–301.
- Sreenivasan, Gopal (2010). “Duties and their direction”. *Ethics*, 120, pp. 465–494.
- (2005). “A hybrid theory of claim-rights”. *Oxford Journal of Legal Studies*, 25, 2, pp. 257–274.
- Steintrager, James (1977). *Bentham*. London: George Allen and Unwin.
- Stoljar, Samuel (1984). *An analysis of rights*. London: Macmillan.
- Strawson, P. F. (1997). *Analysis and metaphysics: an introduction to Philosophy*. Oxford: Oxford University Press.
- Strowel, Alain (1990). “À la recherche de l’intérêt en économie : de l’utilitarisme à la science économique néo-classique”. François Ost, Philippe Gérard, Michel van de Kerchove (eds.). *Droit et intérêt*. Bruxelles : Publications des Facultés universitaires Saint-Louis, pp. 37–87.
- Sumner, Leonard W. (1987). *The Moral foundations of human rights*. Oxford: Clarendon Press.
- (1984). “Rights denaturalized”. Raymond G. Frey (ed.) *Utility and rights*. Oxford: Basil Blackwell.
- Tarantino, Piero (2018): *Philosophy, obligation and the Law: Bentham’s ontology of normativity*. London: Routledge.
- Tarski, Alfred (1994). *Introduction to Logic and to the Methodology of Deductive Sciences*. Oxford: Oxford University Press.
- Tasioulas, John (2015). “On the foundation of human rights”. Rowan Cruft, Matthew Liao, Massimo Renzo (eds.). *Philosophical foundations of human rights*. Oxford: Oxford University Press, pp. 45–70.
- Tierney, Brian (2002). *L’idea dei diritti naturali. Diritti naturali, legge naturale e diritto canonico 1150 - 1625*. Bologna: il Mulino.
- Tucak, Ivana (2015). “Bentham’s analysis of legal rights”. Tibor Nochta, Gábor Monori (eds.). *Ius est ars. Ünnepi tanulmányok Visegrády Antal professzor 65. Születésnapja tiszteletére*. Pécs: Pécsi Tudományegyetem, pp. 509–526.
- Tuck, Richard (1979). *Natural rights theories: their origin and development*. Cambridge: Cambridge University Press.
- Tusseau, Guillaume (2011). *Jeremy Bentham : La guerre des mots*. Paris : Dalloz.
- (2004). “Sur le panoptisme de Jeremy Bentham”. *Revue française d’histoire des idées politiques*, 19, pp. 3–38.
- Twining, William (1998). “Imagining Bentham: a celebration”. *Current legal problems*, vol. 51, 1, pp. 1–36.
- Varner, Gary E. (2002). *In Nature’s Interests: Interests, Animal’s Rights and Environmental Ethics*. Oxford: Oxford University Press.
- Vega, Jesús (2015). “Derecho subjetivo”. Daniel González Lagier (ed.). *Conceptos*

- básicos del derecho*. Madrid: Marcial Pons, 113-147.
- Vega, Luis (2011a). "Definición". Luis Vega, Paula Olmos Gómez (eds.). *Compendio de lógica, argumentación y retórica*. Madrid: Trotta, pp. 174-177.
- (2011b). "Relaciones de oposición". Luis Vega Reñón, Paula Olmos Gómez (eds.). *Compendio de lógica, argumentación y retórica*. Madrid: Trotta, pp. 433-435.
- Waldron, Jeremy (1993). *Liberal rights: collected papers, 1981-1991*. Cambridge: Cambridge University Press.
- (1988). "The Philosophy of Rights". G. Henry R. Parkinson (ed.). *An encyclopaedia of philosophy*. London: Routledge, pp. 713-737.
- (1987). *"Nonsenses upon stilts": Bentham, Burke and Marx on the rights of man*. London: Methuen.
- (1984). *Theories of rights*. Oxford: Oxford University Press.
- Wellman, Carl (2005). *Medical law and moral rights*. Dordrecht: Springer.
- (1985). *A theory of rights: persons under laws, institutions, and morals*. New Jersey: Rowman & Allanheld.
- Wenar, Leif (2015). "Rights". *Stanford encyclopaedia of philosophy*.
- (2013). "The nature of claim-rights". *Ethics*, 123, pp. 202-229.
- (2008). "The analysis of rights". Matthew H. Kramer; Claire Grant; Ben Colburn; Antony Hatzistavrou (eds.). *The legacy of H.L.A.Hart*. Oxford: Oxford University Press, pp. 251-274.
- (2005). "The nature of rights". *Philosophy and public affairs*, 33, pp. 223-253.
- Wright, G. H. von (1989). *Norma e azione: un'analisi logica*. Bologna: il Mulino.
- (1981). "On the logic of norms and actions". Risto Hilpinen (ed.). *New studies in deontic logic: norms, actions and the foundations of ethics*. Dordrecht: Reidel, pp. 3-35.
- Zanghellini, Aleardo (2017). "Raz on rights: human rights, fundamental rights, and balancing". *Ratio Juris*, 30, pp. 25-40.