

# La razón pública: el debate de los derechos subjetivos

---

Danny Marrero Avendaño\*

## RESUMEN

El concepto de derecho subjetivo se ha convertido en una de las instituciones más relevantes del derecho constitucional tal y como lo entendemos en la actualidad. Es por ello que el presente escrito pretende introducir al lector en una de las corrientes de pensamiento de la Filosofía del Derecho contemporánea, a saber, la de las éticas de los derechos. Para ello, después de contextualizar al lector en los problemas propios de estas escuelas, se centra en la reconstrucción del debate entre las teorías deontológicas y las teorías consecuencialistas de los derechos, para demostrar que la simple aceptación de la importancia moral de los derechos subjetivos y la estructuración de ellos en textos normativos, no es un criterio suficiente para su implementación. Hace falta, además, ser conscientes de las consecuencias que generan las adjudicaciones de derechos particulares, si no se quiere generar opresión con un instrumento de protección.

## PALABRAS CLAVE:

Teorías de los derechos, derechos subjetivos, consecuencialismo.

## ABSTRACT

The concept of subjective right has become one of the constitutional right's most relevant institutions, the way we understand it nowadays. This is why this article pretends to introduce the reader into one of the currents of thinking of the contemporaneous Philosophy of Rights, namely, the one related to the ethics of rights. For that purpose, after setting the context for the reader as to the characteristic problems of these schools, the article is then centered unto the reconstruction of the debate between the deontological theories and the consequentialist theories of rights, in order to demonstrate that the mere acceptance of the moral importance of subjective rights and their structuring in normative texts, are not enough as criteria for their implementation. We, furthermore, need to be aware of the consequences generated by the adjudication of individual rights, if we do not wish to generate oppression through a protection instrument.

---

\* Filósofo de la Pontificia Universidad Javeriana. Candidato a Magíster en Derecho de la Universidad Nacional de Colombia. Becario del programa de Docentes en la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Colombia. Profesor en las universidades Nacional de Colombia y Pontificia Universidad Javeriana de Bogotá. Correo electrónico: dannvmarrero(5)@vahoo.com

## INTRODUCCIÓN

La filosofía del derecho contemporánea ha presenciado la caída de los modelos positivistas de la explicación del Derecho, a los que les bastaba con centrarse en una versión normativa para explicar el mundo jurídico. La consecuencia más clara de ello para la teoría jurídica es el surgimiento de dos corrientes del pensamiento. La primera, heredera del Realismo Jurídico Norteamericano, trata de explicar los fenómenos jurídicos desde métodos compartidos con las ciencias sociales, sobre el supuesto de que el Derecho debe entenderse en su contexto propio de producción. La segunda corriente, por su parte, intenta explotar la vertiente moral de las instituciones jurídicas, de tal manera que trata de hacer reconstrucciones del concepto de justicia y aplicarlas al Derecho (López 2000).

El presente texto pretende mostrar una de las líneas de investigación de la Filosofía del Derecho contemporánea que se centra en la segunda vertiente de los estudios jurídicos ya mencionada. Se defenderá la tesis de que en algunos de los problemas que surgen en la dogmática contemporánea, la filosofía cumple dos funciones: evaluar los criterios que fundamentan las instituciones morales y/o fundamentar dichas instituciones. En efecto, cada fundamentación de las instituciones morales está construida con unos criterios que le sirven para generar juicios de valor; en este sentido, un papel fundamental de la filosofía es evaluar las diferentes fuentes de información de las teorías morales, que se encuentran determinadas por esos criterios. La información excluida no es relevante para la teoría misma, como sí lo es la incluida, pero, la primera es de vital importancia para la evaluación de las teorías, ya que todo lo que se excluya de la misma será fundamental en los resultados de sus análisis (Sen 2000: 78–80).

Ahora bien, no a todos los comportamientos morales se les exige fundamentación explícita y pública. En efecto, los comportamientos de los individuos en su vida privada pueden ser realizados sin que su gestor tenga claras las razones que lo conducen a ello. Esto no sucede con las instituciones sociales: cuando ellas se crean y se implementan se espera que se ofrezca una fundamentación explícita y pública para ello (Hampshire 1983), de lo contrario no tendrían legitimidad política. Este tipo de fundamentaciones se ha convertido en objeto de estudio de un grupo de familias filosóficas que intentan determinar los elementos constitutivos de una sociedad justa y se afirma que son desarrollo de lo que se denomina la “razón pública”.

Este concepto es usado por la filosofía contemporánea para referirse al tipo de razones que “(...) especifican los valores morales y políticos básicos que determinan las relaciones de un gobierno democrático con sus ciudadanos y de estos entre sí. Dicho en pocas palabras, concierne a cómo se ha de entender la relación política” (Rawls 2001: 157).

En este orden de ideas, la razón pública no se aplica a todas las cuestiones políticas, sino sólo a las “cuestiones de justicia básica” y a los “elementos constitucionales esenciales” (Rawls 1996: 205) —Las directrices políticas, que son todo tipo de estándares que no son normas y que proponen un objetivo que ha de ser alcanzado y que sugiere “una mejora de tipo económico, político o social en una determinada comunidad”, no se debaten con estos criterios de razón, aunque sí

se ven limitadas por ellos (Dworkin 1997: 72-80). Así, se aplica la razón pública a la estructura de la sociedad, a la estructura del gobierno y del proceso político, y a los derechos y las libertades básicas (Rawls 1996: 217). De tal manera que la razón pública pretende responder a un problema específico, a saber, “(...) (a) la manera en que las más importantes instituciones sociales encajan unas en otras en un sistema, y (a) cómo asignan derechos y deberes fundamentales y dan forma a la división de las ventajas que se obtienen mediante la cooperación social” (243).

Por los límites formales del presente escrito, me detendré en uno de los elementos que se analizan desde la razón pública: la asignación de derechos subjetivos, poniendo a prueba dos imágenes de los derechos que están en disputa: la de las teorías deontológicas y las de las teorías consecuencialistas. Las primeras, al no compartir los supuestos morales del utilitarismo, suponen que los derechos son restricciones absolutas a la acción y que por ello cualquier consideración externa a estos planteamientos no protege verdaderamente a los individuos. Las segundas afirman que aquéllas, por no incluir en sus análisis las consecuencias generadas por la protección de los derechos, no tienen un rango tan amplio de protección como las teorías que sí incluyen esta información en su valoración. Estas teorías conciben que los derechos son valores que compiten con otras cosas consideradas socialmente buenas y que por ello la importancia de los mismos puede variar dependiendo de las circunstancias. Esta discusión requiere un aclaración previa.

## LAS ÉTICAS DE LOS DERECHOS

Hay dos maneras, no necesariamente excluyentes, de tratar el concepto de ‘derecho subjetivo’: la legal y la moral. La primera supone que todos los enunciados del tipo “tengo derecho a...” o “no tengo derecho a...” se reducen a enunciados de proposiciones de derecho objetivo, es decir, que cada vez que una persona afirma que tiene o no el derecho a realizar determinada acción, todo lo que está haciendo es refiriéndose al derecho en sentido objetivo, y un análisis correcto de dichas proposiciones debería reducirse a un estudio del orden jurídico, es decir, a la posición que ocupa un determinado individuo con respecto a éste y a las razones para actuar que el ordenamiento confiere a los individuos\* (Kelsen 1993: 139–143).

Frente a esto se afirma que resulta obvio que todo el mundo usa la expresión ‘derecho’ en contextos no jurídicos, así cuando se dice “Tengo derecho a que se me escuche” o “Tengo derecho a mover la pieza de ajedrez” se usa el término ‘derecho’ en un sentido no jurídico. Además, muchas veces se usa la expresión para criticar el orden jurídico porque no reconoce el derecho en cuestión. Un ejemplo de ello es el trabajo realizado por Dworkin, en el que hace ostensible que si no hubiera derechos morales, diferentes de los derechos consagrados en el ordenamiento jurídico, no sería posible la desobediencia civil cuando el ordenamiento está en contra de las concepciones morales de los individuos (Dworkin 1997: 279–292).

Hart, a pesar de admitir que no es correcto identificar los derechos morales con los jurídicos, afirma que existe una íntima conexión entre unos y otros; esta característica distingue un ‘derecho moral’ de otros conceptos morales. De esta manera, se determina el problema central de la teoría moral de los derechos, ya que “el concepto de derecho subjetivo pertenece a aquella rama de la

*ética que se ocupa de determinar específicamente cuándo la libertad de una persona puede ser limitada por la de otra. Determinando qué acciones pueden transformarse adecuadamente en objeto de reglas jurídicas coercitivas” (Hart 1962: 69). De tal manera que,*

*El titular de [un derecho] será concebido como el poseedor de una justificación moral para limitar la libertad del prójimo, y [él] tiene esta justificación no porque la acción que puede exigir de otro posee determinada calidad moral, sino simplemente porque, si se dan las circunstancias, a dicho titular del derecho moral se le permite determinar, mediante su elección, cómo debe comportarse otra persona (71).*

Es por ello pertinente identificar dos usos de la expresión ‘derecho’. En un sentido fuerte cuando decimos que “alguien tiene un ‘derecho’ a hacer algo, damos a entender que estaría mal interferirlo en su hacer, o por lo menos que para justificar esa interferencia se necesita un fundamento especial”. Se usa la expresión en este sentido cuando se dice que alguien tiene derecho a gastarse su dinero jugando, si quiere, aunque haya otra manera más “adecuada” de hacerlo. La expresión ‘derecho’ en sentido débil se usa para decir que alguien “tiene derecho a actuar según sus propios principios o a seguir su propia conciencia” (Dworkin 1997:282). Entonces, consideramos que la persona hace bien en actuar según sus propias convicciones, así debamos impedirselo. Por ejemplo, decimos que un prisionero tiene derecho a intentar escaparse, aunque no lo dejemos hacerlo. Para la Teoría Moral de los Derechos es pertinente el sentido fuerte de la expresión ‘derecho’, ya que ella se centra en las razones para limitar la libertad y no en lo plausible que es que las personas actúen según sus propias convicciones.

De esta manera, la Ética de los Derechos, a diferencia de la ética de la virtud, del deber y de la utilitarista, no pretende determinar la corrección de una acción, dependiendo del tipo de principio ético que se acoja, sino que en esta rama de la filosofía práctica el problema central es si una persona puede realizar una acción porque se tiene o no derecho para ello. Por ejemplo, en las disputas entabladas en los Estados contemporáneos, por parte de los abortistas, lo importante no es si es correcto moralmente el aborto, sino si el Estado tiene el derecho para limitar la libertad de los que lo practican. En este mismo sentido, las discusiones que se han entablado en varios Estados modernos en torno a la despenalización del porte y el uso de drogas no se centran en la bondad moral de dicho acto sino en el grupo de razones que llevan al Estado a privar o no de la libertad a las personas que realizan éstas prácticas (Viola 1999).

En este orden de ideas, la razón pública se convierte en el objeto de estudio para la filosofía moral, con palabras de Dworkin:

*Es ciertamente inevitable que algún organismo del gobierno tenga la última palabra sobre el derecho que hay que hacer valer. Cuando los hombres discrepan respecto de sus derechos morales, no habrá manera de que ninguna de las partes demuestre su caso, y alguna decisión debe valer para que no haya anarquía, pero esa muestra de sabiduría tradicional debe ser el comienzo, y no el final, de una filosofía de la legislación y aplicación de las leyes. Si no podemos exigir que el gobierno llegue a las respuestas adecuadas respecto de los derechos de sus ciudadanos, podemos*

*reclamar que por lo menos lo intente. Podemos exigir que se tomen los derechos en serio, que siga una teoría coherente de los que son tales derechos, y actúe de manera coherente con lo que él mismo profesa (Dworkin 1997: 278).*

## TEORÍAS DEONTOLÓGICAS Y CONSECUENCIALISTAS DE LOS DERECHOS

La lucha de las éticas deontológicas de los derechos contra el utilitarismo es bien descrita por Hart cuando afirma que la filosofía moral, política y legal de los últimos tiempos ha generado grandes cambios. Así se pasó de una doctrina que tiene como objetivo la maximización del bienestar general, agregado o promedio, a una doctrina de los derechos humanos que protejan los intereses y específicas libertades básicas de los individuos (Hart 1973: 198).

De esta manera, son ejemplos representativos de las teorías deontológicas de los derechos: (i) Teorías libertarias como la de Hayek (1985, 1988) o Nozick (1990), que partiendo del principio del hombre egoísta, son defensoras de la *prioridad* de la libertad, ya que sólo justifican la intervención en este derecho cuando se violan las actividades legítimas de los demás, (ii) Teorías liberales progresistas como las de Rawls (1995, 1996) o Dworkin (1997), que sostienen que merecen una asignación de especial prioridad, dentro de los derechos, las libertades y la igualdad de oportunidades, (iii) Tesis como las de Habermas que afirma que los derechos

*(...) están cortados a la medida de la libertad de arbitrio de actores tipificados y considerados cada uno por separado, es decir, a la medida de las libertades subjetivas de acción, que se otorgan en términos condicionales. El primer aspecto, es decir, el que el arbitrio, regido por intereses, de unos sujetos que actúen en la actitud de orientarse a conseguir su propio éxito, que tal arbitrio, digo que desligado, suelto o desvinculado del contexto de acción orientada al entendimiento que son los contextos creadores de obligaciones, es sólo el reverso del segundo aspecto, a saber, el de la coordinación de la acción a través de normas coercitivas que limitan los espacios de opción desde fuera” (Habermas 1998: 185).*

Veámoslo más detenidamente desde la teoría de los derechos de Nozick. Ésta se construye como consecuencia de la defensa del Estado ultramínimo que afirma que el Estado debe estar limitado a las estrechas funciones de protección contra la violencia, el robo y el fraude. Cualquier Estado que se atribuya más funciones violaría el derecho de las personas a no ser obligadas a hacer ciertas cosas y, por lo tanto, no se justifica. Así “el Estado no puede usar su aparato coactivo con el propósito de hacer que algunos ciudadanos ayuden a los otros o para prohibirle a las personas actividades para su propio bien y protección” (Nozick 1988: 2). De esta afirmación surge una paradoja:

*El defensor de Estado ultramínimo, grandemente interesado en proteger los derechos contra su violación, hace de ésta la única función legítima del Estado y proclama que todas las otras funciones son ilegítimas porque implican, en sí mismas, la violación de los derechos de las personas. Puesto que concede un lugar preponderante a*

*la violación y no a la protección de los derechos ¿cómo puede apoyar el Estado ultramínimo, que pareciera, deja desprotegidos o mal protegidos algunos derechos de las personas? ¿Cómo puede sostener esto en nombre de la no-violación de los derechos? (40).*

Para Nozick estas preguntas son producto de una confusión que, siendo heredera del utilitarismo, “presupone que un interés moral puede funcionar únicamente como fin moral, como un Estado final para ciertas actividades”. De esta manera, parece que los derechos sólo pueden explicarse en términos de las consecuencias deseables que ellos produzcan y que el único error que comete él utilitarismo es el de tener una idea muy estrecha de lo que se debe desear; por el contrario, “el utilitarismo no toma en cuenta propiamente los derechos y la no-violación de ellos”, sino que los deja en un estatus derivado que depende de que se cumpla el bien esperado, justificando de esta manera su violación en aras del bienestar general.

Es por ello que Nozick se da a la tarea de construir una teoría que considere la no-violación de los derechos adecuadamente: “como restricciones indirectas a la acción por realizar” (41). De esta manera, los derechos de los demás son la frontera que determina las restricciones de nuestras acciones y se nos prohíbe violarlos para alcanzar nuestros fines. Esta teoría, heredera del principio kantiano de la inviolabilidad de los individuos, afirma que los individuos son fines en sí mismos y no medios (42 y 44), y será congruente si:

*Su concepción de derechos sostiene que forzarle, a usted, a contribuir al bienestar de los otros, viola sus derechos; mientras que el que alguien no proporcione a usted las cosas que necesita imperiosamente, incluyendo cosas esenciales para la protección de los derechos, no viola por sí mismo sus derechos, aun si esto evita que sea más difícil para alguien violarlos (41).*

De esta manera, las restricciones indirectas son límites iniciales que tienen los individuos y que se determinan por los derechos que tienen los demás, ya que sólo hay personas individuales, “diferentes personas individuales, con sus propias vidas individuales”. Ello conduce a que ninguna persona pueda ser usada con ningún propósito, ni siquiera para minimizar la violación de los derechos en un Estado final (44).

Después de la exposición de este principio Nozick propone la estructura que deberá tener el argumento que justifique los derechos o las “restricciones indirectas”. Estas restricciones sólo se justifican con un enunciado de la distintividad de los individuos; de él se sigue un contenido moral específico que aparece como una restricción moral, única forma que deben tener las conclusiones que pretendan fundamentar los derechos desde una perspectiva libertaria (46).

Teorías como estas son criticadas por las doctrinas consecuencialistas de los derechos, ya que al criticar el utilitarismo rechazan todo tipo de pensamiento consecuencial y éste es un factor importante para la fundamentación de los derechos. Este error categorial lo describe Sen de la siguiente manera:

*En efecto, si se tratan las violaciones de los derechos como algo malo, y su cumplimiento como algo bueno, el bienestar basado en la utilidad tiene que transigir, ya que éste requiere que no se valore nada que no sean las utilidades. Cuando se ponen al descubierto los diferentes elementos del utilitarismo, se observa que, si bien una teoría moral basada en los derechos no puede coexistir con el bienestar basada en la utilidad, si puede hacerlo con el consecuencialismo (1999: 91).*

Si las teorías deontológicas de los derechos equiparan 'consecuencialismo' y 'utilitarismo', es porque éste incorpora tanto el consecuencialismo como el bienestar basado en la utilidad (Sen 1999: 90). Este error se puede evitar si se comprende que todo utilitarismo implica consecuencialismo, pero no todo consecuencialismo implica utilitarismo (Williams 1981: 89).

El consecuencialismo es la doctrina según la cual el valor moral de las acciones, las instituciones y las prácticas no reside en ellas mismas, sino en las consecuencias que ellas puedan generar. En este orden de ideas, es necesario adarar que no se puede sostener que todo lo que tiene valor, lo tiene en virtud de sus consecuencias; hay algo que tienen valor intrínseco: *"la idea central del consecuencialismo es que los únicos tipos de cosas que tiene valor intrínseco son los estados de cosas, y que cualquier otra cosa que tiene valor lo tiene porque conduce a algún estado de cosas intrínsecamente válido"*. (Williams 1981: 93).

En segundo lugar, el consecuencialismo puede ser dividido en dos categorías: consecuencialismo directo e indirecto. El primero sostiene que los estados de cosas valiosos son consecuencia de acciones particulares. El segundo afirma que los estados de cosas son consecuencia de reglas o prácticas bajo las que se toman decisiones (Williams 1981: 91).

Según lo anterior, la acción o institución correcta es aquella que dentro de las acciones y las instituciones controlables por el individuo produce o representa el grado más alto de cualquiera que sea el sistema en cuestión (Williams 1981: 96). De esta manera, el juicio de valor en tal doctrina moral implica, primero, una comparación de estados de cosas buscando cuál es el mejor, y, luego, una comparación de las acciones o las instituciones para determinar cuál es la que produce la consecuencia deseada (Samart 1981: 42). Así la acción o la institución será correcta en virtud de sus propiedades causales de conducir en forma máxima a estados de cosas buenos.

El utilitarismo, por su parte, es la doctrina moral que puede ser caracterizada porque los estados de cosas deseados implican la felicidad o el bienestar de la mayoría. El utilitarismo tiene tres elementos constitutivos: (i) consecuencialismo, (ii) walfierismo y (iii) suma-grado (Sen y Williams 1999: 3-4; Sen 2000: 81-82, 2002: 13). Lo que conduce a pensar que el estado de cosas considerado valioso –consecuencialismo– se determina por las respectivas utilidades individuales en los diferentes estados –walfierismo– sumadas mediante una adición aritmética –suma-grado–.

De la misma manera que el consecuencialismo, el utilitarismo se divide en dos categorías: acto y regla. El primero supone que la corrección o incorrección de la acción ha de ser juzgada por las consecuencias, buenas o malas, de la acción misma. El utilitarismo de regla, por su parte, supone que la corrección o la incorrección de una acción ha de ser juzgada por la bondad o la maldad de

las consecuencias de una regla, según la cual cualquiera ejecutaría una acción en circunstancias semejantes (Smart 1981, 17).

Thomas Scanlon, en oposición a Robert Nozick, intenta construir una teoría de los derechos que se base en los estados de cosas que ellos pueden generar; de esta manera intenta responder a las críticas que se hace al utilitarismo de regla tradicional, en especial, cuando determina qué consecuencias son las que se deben considerar valiosas y cómo se puede integrar un razonamiento consecuencial con elementos de justicia distributiva y de igualdad real. Antes de responder a estas preguntas, construye el alcance que deberá tener la respuesta de las mismas. En primer lugar, cree que la respuesta no se debe basar en los estados de cosas que se consideran valiosos desde el punto de vista de las utilidades individuales de los respectivos estados –walfetismo–, ya que las preferencias individuales no son un concepto lo suficientemente objetivo que sirva como base para una generalización moral. *“Este papel debe desempeñarlo un concepto objetivo, con significado ético, de la importancia relativa de diferentes beneficios y cargos”* (Scanlon 1983: 114).

En segundo lugar, estas preferencias morales de los individuos no pueden centrarse sólo en las respectivas realizaciones, sino también en la capacidad que tienen los individuos para controlar la adquisición de beneficios y cargos,– de este modo los derechos de exigir –derechos subjetivos y sus correspondientes obligaciones, libertades, competencias e inmunidades–, entendidos como facultades y protecciones, constituyen un elemento importante, de los estados de cosas deseados (115), ya que son reglas para controlar un número posible de efectos considerados valiosos.

Por último, afirmar que lo valioso son los intereses personales no es convincente ya que “se pasa por alto que estas exigencias pueden proteger los intereses de otros que son cuando menos tan importantes como los nuestros”. De esta manera, las disputas deben generalizarse; en palabras de Scanlon: *“deben basarse en la afirmación general de lo importante que son para cualquier persona los intereses que tratan de proteger, comparándose con los intereses a que sirven las exigencias conflictivas”* (116).

De esta manera las teorías de los derechos, que se centran en lo que los agentes deben y pueden hacer, deben preguntarse cuánta licencia se concede a las personas para que satisfagan sus exigencias morales, y cuánta protección, por medio de las restricciones que marcan a los demás, conceden. Una teoría deontológica de los derechos, como la de Nozick, que supone que los derechos son restricciones indirectas que se ponen a la acción y que no hay ninguna razón que justifique su violación, estarían equivocadas ya que los derechos, por su capacidad de generar consecuencias, tienen costos.

Ello se argumenta al retomar la teoría relacional de los derechos de Hohfeld (1968) y afirmar que *“cuando un individuo recibe el derecho de exigir la libertad respecto de determinada opción, el control que los demás pueden ejercer sobre sus propias opciones disminuye en cierta medida”* (Scanlon 1983: 115), por los diferentes tipos de obligaciones que genera la protección de los derechos.

Por otra parte, el razonamiento que justifica los derechos no puede tener como conclusión de la argumentación el derecho mismo, sino que debe, además, incluir las consecuencias que dicha pro-



tección genera o de lo contrario se deben asumir los costos no deseados del mismo por negligencia (116). De lo anterior, se construye la teoría de la ponderación, “o comparación y balance”, de los derechos de Scanlon, que exige que la protección otorgada con los derechos no sólo se analice a la luz de otros valores relacionados, sino con la producción de resultados finales involucrados.

Teniendo en cuenta lo anterior, Scanlon afirma que los estados de cosas deseados no pueden implicar la imposición de valores contrarios a las preferencias individuales; así *“las preferencias que prevalecen no constituyen una base adecuada para la justificación de los derechos”* (Scanlon 1983: 117) –suma–grado–. De esta manera, *“para determinar el derecho a la libertad religiosa no interesa que el grupo mayoritario de una sociedad dada esté febrilmente comprometido con la meta de hacer universales sus prácticas, cuando la minoría sea bastante fría en asuntos de religión”*. La premisa básica para sostener dicha conclusión está en la idea de que la autonomía personal deberá respetarse, y que es ofensivo frustrar las preferencias del individuo con el pretexto de que sirva a sus “verdaderos intereses”.

La respuesta a la segunda pregunta (¿Cómo se puede integrar un razonamiento consecuencial con elementos de justicia distributiva y de igualdad real?) tiene una directa relación con la primera, ya que se basa en el principio de igual consideración, según el cual *“un modo de incluir el concepto de igualdad en una teoría consecuencialista es por medio de la exigencia de que, al valorar los estados de cosas que deben fomentarse, debemos igual consideración de los intereses de cada persona”* (118).

Frente a ello se critica que el utilitarismo no presta demasiada atención a la justicia distributiva, a lo que Scanlon contra argumenta con dos razonamientos que complementan el principio de la igual consideración: el argumento de la urgencia y el argumento de la igualdad de las distribuciones.

El primero, sostiene que ‘igualdad de consideración’ significa que en cualquier justificación en la que se apele a las consecuencias, debemos dar prioridad a los intereses personales que se consideren “más urgentes” (1983: 118, 1975). Ello se fundamenta en que descuidar estos intereses para proteger los del mayor número de personas viola el principio interpretado. En segundo lugar, el argumento de la igualdad de las distribuciones tiene dos partes: una claramente consecuencialista y otra intermedia entre las teorías deontológicas y las consecuencialistas, o como la llama Scanlon “utilitarista no tradicional”. En este sentido la igualdad de distribuciones se considera como un *“medio para lograr otros fines, y, en otros casos, la justicia y la igualdad son valiosas por su propio derecho”* (1983: 120). En el primer caso, la igualdad produce consecuencias benéficas, por ejemplo la preocupación humanitaria por la situación de los que tienen menos. En este sentido la redistribución es deseable porque es un medio para aliviar su sufrimiento. Por otra parte, la redistribución es deseable porque las grandes desigualdades de fortuna conceden a los que más tienen un grado inaceptable de control sobre la vida de los demás (Scanlon 1975; 1983: 119). En el segundo caso, la igualdad y la justicia son deseables en sí mismas, ya que como constitutivas de instituciones y estados de cosas considerados valiosos, producirán estados de cosas deseables (120).

La estructura argumentativa que debería tener la valoración de la asignación de los derechos es la siguiente: (i) “una afirmación empírica sobre el modo en que los individuos deben comportarse o cómo deben funcionar las instituciones en ausencia de esta asignación particular de los derechos”, (ii) La afirmación de que este resultado sería inaceptable gracias “a las consideraciones de las consecuencias deseadas y a los criterios de justicia e igualdad, (iii) Otra afirmación empírica sobre el resultado diferente de la asignación de los derechos que produciría la valoración de los derechos considerada (124).

## CONCLUSIONES

El debate, reconstruido con anterioridad, ha servido para aclarar la relación que se ha entablado entre la Filosofía del Derecho contemporánea –por lo menos la de la tradición anglo–americana fundada por John Rawls– y la razón pública, o mejor, el estudio de las instituciones jurídico–políticas. En efecto, las teorías morales que debaten en torno a la adjudicación de derechos, uno de los objetos de la razón pública, tratan de construir los criterios que sirven de base para la limitación de la libertad de los individuos. Las teorías deontológicas justifican la adjudicación de derechos en principios morales inviolables como la *prioridad* de la libertad o la distintividad de los individuos, y afirman que cualquier restricción que no respete este principio no se justifica moralmente. Esto los conduce a dejar por fuera fuentes de información como los conflictos entre estos principios y otros valores sociales, los costos de aceptar la *prioridad* de la libertad o las consecuencias que genera su protección.

Frente a ello la filosofía puede tomar una postura crítica y mostrar las deficiencias de estas teorías. Ello lo han hecho las teorías consecuencialistas de los derechos tratando de demostrar las ventajas de tener en cuenta criterios más amplios en la razón pública. En las teorías consecuencialistas de los derechos las ventajas de tener en cuenta las consecuencias en la adjudicación de derechos son las siguientes: (a) conlleva un punto de vista estabilizador que considera los derechos como un valor importante dentro de otros que sirven para tomar decisiones después de hacer un balance entre ellos, (b) permite observar que las “excepciones aparentes” no se justifican comparando un derecho con otro, (c) proporciona elementos para saber cuándo es menester una verdadera comparación de los intereses, y cuáles son sus términos adecuados, (d) facilita la determinación del contenido de un derecho según cambien las condiciones y (e) es una buena herramienta para calcular los costos de los derechos (Scanlon, T. 1983).

De esta manera parece acertada la sentencia de Hart, según la cual las teorías de los derechos no pueden construir sus instituciones morales de espaldas al consecuencialismo (1973: 222). Pero ello debería ser puesto a prueba con casos prácticos, tarea que sobrepasa los límites de este escrito y que se constituye en un estímulo para futuras investigaciones.

## BIBLIOGRAFÍA

- ALEXY, R. (1997). *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de estudios constitucionales.
- BAXI, U. (2002). *The Future of Human Rights*. New Delhi: Oxford University Press.
- DWORKIN, R. (1997). *Los derechos en serio*. Barcelona: Ariel.
- DE PÁRAMO, J. R. (2000). 'Derecho subjetivo' en: Ernesto Garzón y
- HABERMAS, J. (1998). *Facticidad y Validez*. Madrid: Trotta.
- HARÉ, R. M. (1989). 'Rights, Utility and Universalization: Reply to J. L. Mackie' en: *Essays on Political Morality*. Oxford: Clarendon Press, pp. 106–120.
- LAPORTA, F. (Eds.) *El derecho y la justicia*. Madrid: Trotta. pp. 367–394.
- HART, H. L. A. (1962). '¿Hay derechos naturales?' En: *Derecho y Moral. Contribuciones a su análisis*. Buenos Aires: Depalma.
- HART, H. L. A. (1973). 'Between Utility and Rights' en: Simpson, A. W. B. (Ed.) *ESSAYS IN JURISPRUDENCE*. Oxford: Clarendon Press, pp. 199–222.
- HART, H. L. A. (1973). 'Rawls on Liberty and Its Priority' en: Simpson, A. W. B. (Ed.) *Essays in Jurisprudence*. Oxford: Clarendon Press, pp. 223–247.
- HAMPSHIRE, S. (1983). 'Moral pública y privada' en *Moral pública y privada*. México: Fondo de Cultura económica, pp. 37–71.
- HAYEK, F. A. (1985). *Derecho legislación y libertad: una nueva formulación de los principios liberales de la justicia y de la economía*. Vol. II. Madrid: Unión.
- HAYEK, F. A. (1988). *Derecho legislación y libertad. El espejismo de la justicia social*. Madrid: Unión editorial. T. II.
- HOHFELD, W. N. (1968). *Conceptos jurídicos fundamentales*. Buenos Aires: Centro Editorial de América Latina.
- KELSEN, H. (1993). *Teoría pura del derecho*. México: Porrúa.
- LÓPEZ, D. (2000). "¿Existe una "ciencia jurídica"? Los modelos de la "cientificidad" del Derecho en Colombia' en: Santiago Castro–Gómez *La reestructuración de las ciencias sociales en América Latina*. Bogotá: Pensar, pp. 135–156.
- LYONS, D. (1998). *–Aspectos morales de la teoría jurídica. Ensayos sobre la ley, la justicia y la responsabilidad política*. Barcelona: Gedisa.
- NIÑO, C. S. (1989), *Ética y derechos humanos*. Barcelona: Ariel,
- NIÑO, C. S. (1990). 'Sobre los derechos morales' en: *Doxa*. #7.
- NOZICK, R. (1990). *Anarquía, estado y utopía*. México: Fondo de Cultura Económica.
- RAWLS, J. (1995). *Teoría de la Justicia*. México: Fondo de cultura económica.
- RAWLS, J. (1996). *Liberalismo político*. México: Fondo de Cultura Económica.

- RAWLS, J. (2001). 'Una revisión a la idea de razón pública' en: El derecho de gentes y una revisión a la idea de razón pública. Barcelona: Paidós. pp. 153–205.
- PENNER (2002). El análisis de los derechos. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- SCANLON, T. (1975). 'Preference and Urgency' en: The Journal of Philosophy. Vol. LXXII. #6.
- SCANLON, T. (1976) 'Nozick on Rights, Liberty, and Property' en: Philosophy and Public Affairs. #6.
- SCANLON, T. (1983). 'Los derechos las metas y la equidad' en: Moral pública y privada. México: Fondo de Cultura Económica.
- SEN, A. (1982). 'Rights and Agency' en: Philosophy and Public Affairs, 11.
- SEN, A. (1993). 'Capacidad y bienestar' en: Nussbaum y Sen. La calidad de vida. México: Fondo de Cultura Económica.
- SEN, A. (1998). 'El bienestar, la condición de ser agente y la libertad' en: Bienestar, justicia y mercado. Barcelona: Paidós.
- SEN, A. (1999). Sobre ética y economía. Madrid: Alianza.
- SEN, A. (2000). Desarrollo y libertad. Bogotá: Planeta.
- SEN, A. (2002a). El derecho a no tener hambre. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- SEN, A. (2002b). Economía de bienestar y dos aproximaciones a los derechos. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- SEN, A. y WILLIAMS (1999). 'Introduction' en: Utilitarianism and beyond. Cambridge: Cambridge University Press.
- SHUE, H. (1980). Basic Rights. New Jersey: Princeton University Press.
- SHUE, H. (2002). Mediando deberes. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- SMART (1981). 'Bosquejo de un sistema de ética utilitarista' en: Smart y Williams. Utilitarismo: pro y contra. Madrid: Tecnos.
- VIOLA, F. (1999). La ética de los derechos en: Doxa. # 22. pp. 507–524. WALDRON, J. (1995). Theories of Rights. Oxford: Oxford University Press.
- WILLIAMS (1981), 'Una crítica al utilitarismo' en: Smart y Williams. Utilitarismo: pro y contra. Madrid: Tecnos.

## NOTA

"" (pag. 115) Kelsen afirma que hay cuatro usos del concepto 'derecho subjetivo': (i) equivalente a 'no prohibido', en el sentido de que no existe en el ordenamiento jurídico una norma que sancione la conducta y por ello se tiene el derecho de realizarla; (ii) equivalente a 'autorización', en el sentido de que hay normas jurídicas que autorizan una determinada conducta y por ello se tiene el derecho de realizarla; (iii) 'correlativo a una obligación activa', en el sentido de que tener un derecho equivale a normas jurídicas que imponen una determinada acción a alguien que es la fuente del derecho y; (iv) 'correlativo a obligación pasiva' en el sentido en que hay normas jurídicas que imponen la abstención de alguien y dicha actitud fundamenta el derecho.