

El niño en la nieve¹

Timothy Endicott

Fellow del *Balliol College* —Oxford—

SUMARIO: I. UN BOCETO DEL BOCETO.— II. DERECHOS DE CARÁCTER LINGÜÍSTICO.— III. CAPACIDAD PARA INSISTIR. IV. LA UNIVERSALIDAD Y EL CONTENIDO DE LOS DERECHOS BASE. A) *Universalidad y convención*. B) *¿Un derecho a ser considerado?*— V. LA IGUALDAD NATURAL Y SU FUNDAMENTO PRAGMÁTICO. A) *El papel de la igualdad natural*. B) *Su “fundamento pragmático”*.— VI. ¿EN QUÉ SENTIDO SON HUMANOS LOS DERECHOS HUMANOS?— VII. CONCLUSIÓN.

Para trabajar con pretensiones sobre derechos humanos es preciso ver qué significado hay que darles, si es que hay que darles alguno. Jim Harris se ocupó de este tema en “Los derechos humanos y las bestias bíblicas”, una conferencia que dio en la Sociedad de autores científicos el último año de su vida². La conferencia formaba parte de un proyecto más amplio, en el que Jim había estado trabajando durante dos años. Ese proyecto más amplio se plasmó en un escrito, que llevaba el título provi-

¹ Traducción al castellano de FERNANDO FALCÓN Y TELLA, Doctor en Derecho y Profesor Ayudante de Filosofía del Derecho de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid, del original inglés “The Infant in the Snow”. Este ensayo fue publicado por primera vez en inglés como “The Infant in the snow”, capítulo 17 en TIMOTHY ENDICOTT, JOSHUA GETZLER, y EDWIN PEEL, eds., *Properties of Law: Essays in Honour of Jim Harris*, Oxford University Press, 2005. Por los comentarios de una versión primera de este artículo estoy agradecido a JOHN FINNIS, AILEEN KAVANAGH, y un revisor anónimo de este libro.

² Desde su publicación bajo el mismo título, (2004) 120 LQR 428. Las referencias en el texto a los números de la página están entre paréntesis redondos y se refieren al artículo en la *Law Quarterly Review*, que yo llamaré “Mythical Beasts”.

sional “Recursos y derechos humanos: justificación moral de los derechos humanos, los derechos de propiedad y los derechos a los recursos”³. El proyecto reflejó la gran atención que había prestado (durante años) a la justicia en el uso de los recursos —un tema que se revela como central para el entendimiento de muchas cuestiones relativas a los derechos humanos—. Su trabajo mostraba mucha frescura porque era cuidadoso y consistente. Se ocupaba con pasión de la gente y sin pasión a la hora de buscar la verdad. Me gustaría poder haber podido hablar con él acerca de esto; pero como ya no está entre nosotros, intentaré seguir el ejemplo que marcó en su respuesta a otros escritores, siendo tan crítico y cuidadoso como me sea posible, respondiendo a lo que él escribió. Lo que pretendo es en parte mostrar lo que pienso que es importante y verdadero en sus escritos, pero, para evitar repeticiones, me centraré en los aspectos en los que discrepo. Si no les importa, hablaré de “Harris” y lo que dijo para tener un punto del que partir.

Harris presenta su trabajo como “un boceto analítico para una revisión completa de los tópicos sobre derechos humanos”. Trataré de argumentar que ese boceto puede ser simplificado y aclarado, porque el discurso sobre derechos humanos (secciones 2,3) y las convenciones humanas (secciones 4,5) no juegan papel alguno en los derechos humanos. Esa discusión nos conducirá a la fundamentación de los derechos humanos, que Harris situó en parte en lo que llamó “igualdad natural”, y parte en las prácticas de determinadas comunidades. Pero las prácticas comunitarias no juegan un papel en los derechos humanos. Y trataré de demostrar que la igualdad natural, aunque sea una característica de todos los derechos humanos, no es necesaria para explicar los derechos humanos (sección 5). Los derechos humanos se explican por consideraciones de justicia, a las que Harris se refiere como *Property and Justice* en este libro.

³ Me referiré a él como “el Manuscrito”, con referencias en el texto en paréntesis cuadrados.

Por tanto mi argumento es que el discurso humano y las convenciones humanas no tienen la importancia para los derechos humanos que Harris les atribuye. Supongamos que estamos vagabundeando en la tundra, y que encontramos a un niño, solo, en la nieve. Un niño es alguien incapaz, hasta ahora al menos, de realizar un discurso. Y no hay nadie que pueda realizar el discurso por él. Y, sin embargo, dicho niño tiene los mismos derechos que cualquier otro ser capaz de tener un discurso. Allí, en la nieve, ya sea en Canadá en 2004 o en la Antártida en el año 2000 a.C., el niño tiene todos los derechos humanos de los que goza cualquier otro ser de cualquier otra comunidad con cualquier otras convenciones y reglas. Estas pretensiones se oponen a lo que se suele contar de los derechos. También se oponen a ciertos rasgos del análisis de Harris acerca de los derechos. Quizás ello se deba en parte a que, como veremos, él presenta su análisis como un análisis *sobre* el discurso en torno a los derechos.

I. UN BOCETO DEL BOCETO

El esquema de Harris, de carácter analítico, presupone seis proposiciones que reproduciré a continuación (con un énfasis mayor) y que desarrollaré más abajo⁴. Ofrezco una explicación necesariamente condensada de los términos de estas proposiciones abajo, pero me remito a una explicación más extensa en “Mythical Beasts”.

1. Una persona, grupo, corporación, pueblo o estado se dice que tiene un derecho cuando él o ella o ello se supone que tiene la capacidad, ya en sí o a través de representantes, de reclamar algo.
2. La afirmación de un *derecho estrictamente correlativo* —*strictly-correlative right*— expresa el contenido

⁴ Pero por favor nótese que no sobran palabras en la formulación de HARRIS de esas proposiciones, y no pretenderé que sea posible entenderlas simplemente leyendo la explicación siguiente; me baso en lo que escribí en “Mythical Beasts”, y puede que sea necesario leer su conferencia para poder seguir este trabajo.

de un deber desde el punto de vista del sujeto al cual dicho deber pertenece.

3. La afirmación de un *derecho de dominio* —*domain right*— se refiere a la libertad de actuar o no actuar, o al poder de controlar o no controlar actos de otros, dentro de la esfera de acción protegida.
4. La afirmación de un *derecho de base* —*background right*— conjuga los intereses de un sujeto o las medidas que son adoptadas para ser garantizado, protegido o promovido dicho interés.
5. Un “*derecho humano*” es o bien (a) un derecho estrictamente correlativo supuestamente universal o un derecho de dominio, o bien (b) un derecho base alegado como común a todos los seres humanos vivientes dentro de la comunidad política.
6. Anunciar que I (un interés) funda un derecho humano en el segundo sentido es tanto como afirmar (1) que I es un valor para todos los seres humanos; (2) que I garantiza protección y promoción a través de medidas comunitarias; y (3) que cada ser humano tiene capacidad, por sí o a través de representantes, para insistir en que se adopten tales medidas en lo que concierne a la participación de esa persona en I.

Por tanto, tres tipos de derechos (los estrictamente correlativos⁵, los de dominio y los de base) pueden considerarse derechos humanos. Un derecho estrictamente correlativo es un derecho a una “acción o abstención”, que es un derecho de una persona(s) contra la que el derecho se tiene. Un derecho de dominio es, grosso modo, una libertad: un “dominio de acción sin límites, e inalienable, reservado a una persona, que establece deberes de otros” (434). Los derechos estrictamente correlativos y los derechos de dominio son derechos humanos cuando son uni-

⁵ HARRIS dice “estrictamente” por la tenacidad con la que algunos teóricos de los derechos mantienen la idea de que los derechos son correlativos a los deberes (interpretando lo que HARRIS llama “derechos de dominio” como correlativos de “deberes polémicos”, y lo que HARRIS denomina “derechos de base” como sinónimos de los deberes para lograr un interés). Ver (432).

versales. Los derechos de base, que protegen intereses, son derechos humanos cuando los tres tests de la posición 6 se verifican: el interés es un valor para todos los seres humanos y garantiza medidas comunitarias, y cada ser humano tiene “capacidad para insistir” en que tales medidas se adopten⁶.

Un ejemplo de un derecho estrictamente correlativo es nuestro derecho a no ser torturados; un ejemplo de un derecho de dominio es la libertad de movimientos; un ejemplo de un derecho base es el derecho a que se investigue un crimen cometido contra nosotros. Aunque deberíamos evitar “la superstición de conceptualizar en un único sentido” (430), y algunos teóricos han cometido el error de intentar reducir todos los derechos a una única forma (440), es verdad que los tres están relacionados: nadie puede torturarnos sin atentarse contra nuestra libertad de movimientos. Y a través de lo que he Harris llamó la posibilidad de implementación —*enforcement hinge*—, la gente puede tener un derecho base contra su gobierno para obtener la protección frente a violaciones de sus derechos estrictamente correlativos y de dominio. Esta posibilidad de obtener la protección es, tal como yo lo veo, una conexión entre nuestros derechos (estrictamente correlativos y de dominio) y la responsabilidad de las autoridades del estado (y quizá de otras) de adoptar medidas para proteger esos derechos⁷. Otros derechos base, tales como el derecho al bienestar, pueden derivar de otros intereses.

⁶ En la visión de HARRIS, “la capacidad de insistir” es un requisito de todos los derechos. El mismo es establecido en el análisis de los derechos de base en la proposición 6. Es así porque HARRIS considera que “la capacidad de insistir” deriva del deber correlativo a un derecho estrictamente correlativo, y deriva de la libertad a la que se refieren los derechos de dominio. Pero en la proposición 6 la capacidad para insistir tiene que establecerse independientemente para distinguir los intereses de los derechos.

⁷ Pero debo señalar que HARRIS describe la capacidad de hacer efectivo de un modo algo diferente, como un “proceso evolutivo por el que debe aceptarse que la comunidad política no sólo debe hacer cumplir los intereses protegidos por algunos derechos correlativos, sino también alentarlos” (447). Eso se encuentra unido, en el ensayo de HARRIS, a la dimensión convencional de los derechos de base, discutidos más abajo.

Pero los derechos base son derechos humanos sólo cuando se basan en prácticas de la comunidad. Harris llamo a los derechos estrictamente correlativos y a los derechos de dominio “derechos morales universales”, y argumentó que los derechos humanos de base son diferentes. Estos tienen un “marco temporal histórico” y no existen “en comunidades que carecen de regulación”; poseen “dos dimensiones, una normativa y otra ética” (453). Harris formuló una teoría ética que llamó “igualdad natural”, considerando que la misma dotaba de dimensión ética a los derechos humanos de base (así como fundamentaba a los derechos humanos correlativos y de dominio). Concluyó que “pueden existir derechos de base universales a la dignidad, autonomía e igualdad” (453); su dimensión normativa consiste en “la aceptación de la igualdad natural y de la posibilidad de ser implementados” (453); existe mucho margen para el desacuerdo en torno a las implicaciones de esto.

II. DERECHOS DE CARÁCTER LINGÜÍSTICO

Al subrayar este esquema de este modo, quizás pudiera objetárseme que he modificado las posiciones de Harris. He traducido lo que él dijo sobre los derechos humanos. De hecho lo que él hizo es dar una panorámica no sobre los derechos humanos, sino sobre las “*invocaciones* de los derechos humanos” (428). Cada una de sus seis proposiciones es desde el punto de vista lingüístico (entendiendo por tal el decir algo acerca del lenguaje de los derechos), más que desde el punto de vista material (decir algo sobre los derechos). La proposición 1 explica cuando alguien se dice que “tiene un derecho”, y las proposiciones 2-4 y 6 explican lo que se hace por una afirmación o anuncio [2-4, 6]. La crucial proposición 5 pone a los “derechos humanos” entre comillas, y los identifica como algo supuesto o alegado.

¿Por qué Harris no dio simplemente una panorámica de los derechos humanos? ¿Por qué escribió acerca de actos

de comunicación (invocaciones, aserciones, anuncios, alegaciones) y expresiones lingüísticas, más que acerca de derechos humanos? ¿Por qué no se limitó a estatuir las condiciones bajo las cuales alguien tiene un derecho humano (proveyendo así un test para la verdad y falsedad de las invocaciones y aserciones sobre derechos humanos y así sucesivamente para la verdadera aplicación de la expresión “derecho humano”)?

Puede parecer que actuó así porque, como Jeremy Bentham, pensó que no existen en realidad los derechos humanos, sino simplemente el discurso acerca de ellos (un discurso que no es ni verdadero ni falso, sino que es usado como un mecanismo retórico vacío de contenido significativo). Pero no. Harris amablemente difiere de Bentham (435-6; su gentileza es un signo de progreso desde la violencia de Bentham)⁸. Para Bentham, el lenguaje de los derechos tenía un serio interés filosófico, ya que su escepticismo acerca de los derechos le condujo a la opinión de que el discurso sobre los mismos carecía de significado (a menos que pudiese traducirse en afirmaciones acerca de la amenaza de la fuerza)⁹.

Para Harris, es evidente, los derechos humanos existen. A veces lo dice de un modo oblicuo. Pienso que está implícito sobre todo en su pretensión de dotar de significado a las invocaciones sobre derechos humanos¹⁰. De cualquier modo, afirmó que había derechos humanos estrictamente correlativos de carácter universal contra “graves violaciones de la integridad corporal” (452), correlativos derechos humanos de dominio, y derechos humanos base “surgidos a través de su implementación” (452).

⁸ Ver el discurso de BENTHAM sobre el lenguaje de los derechos en *Pannomial Fragments*, en *The Works of Jeremy Bentham* (J. BOWRING (ed.), Wm. Tait, 1843), vol. II, 501. Eso, en otros rasgos del acercamiento de BENTHAM, es discutido en T.A.O. ENDICOTT, “Law and Language”, en J. L. COLEMAN y S. SHAPIRO (eds.), *Oxford Handbook of Jurisprudence* (OUP, 2002), 935, 939-945.

⁹ Así Bentham pensó que la frase “derechos legales” tenía sentido (a diferencia de “derechos humanos”) porque pensó que podría significar la ley como expresión de la voluntad respaldada por el placer o el dolor.

¹⁰ Ver su discusión sobre las “condiciones de existencia” de los derechos (456).

Tengo la impresión de que existen al menos dos modos a través de los cuales podríamos entender la motivación de Harris para usar el punto de vista lingüístico. Primero, se encontró tremendamente fascinado por el discurso acerca de los derechos humanos; en cierto modo fue su tema de investigación y además ofrecía un modo de indagar acerca de su verdadero tema de investigación, que, según creo, eran los derechos humanos. Él quería trabajar sobre el tema que dota de sentido a las pretensiones humanas. Para Harris esto no significaba, a diferencia de Bentham, indagar sobre qué es lo que realmente son cuando pretenden afirmar un derecho. Significa intentar entender a la gente y su manera de expresarse, en la medida de lo posible. Como el interés de H. L. A. Hart en el lenguaje del derecho, el interés de Harris sobre los derechos era un intento de clarificar y una actitud abierta sobre el tema de dicho discurso. Aunque en realidad él estaba interesado en los derechos humanos, su proyecto investigador intentaba acercarse al tema refiriéndose a lo que la gente dice acerca de él.

En segundo lugar, el acercamiento lingüístico era un mecanismo que posibilitaba el estudio de qué es lo que hacía a una invocación de los derechos humanos verdadera, sin miedo, de modo que permita comunicarse tanto con los defensores de los derechos humanos como con sus detractores. Lo que hacía su existencia accesible a cualquier auditorio.

Pero éstas son cuestiones de motivación y de tono. Yo pretendo que podemos entender las proposiciones de Harris como proposiciones *acerca de derechos*, y no sólo como invocaciones de derechos. Así, podemos traducir sus proposiciones dotándolas de contenido material. Creo que los argumentos de Harris poseen las siguientes proposiciones materiales:

1. Una persona, grupo, corporación, pueblo o estado posee un derecho cuando él, ella o ello tiene capacidad (sea por sí o a través de representantes) para insistir en algo.

2. Un derecho estrictamente correlativo refleja el contenido de un deber desde el punto de vista del sujeto al que se le debe.
3. Un derecho de dominio es una libertad de actuar o no actuar, o un poder de controlar o no controlar actos de otros dentro de una esfera de acción protegida.
4. Un derecho base conjuga el interés de un sujeto con medidas que son garantizadas como medios de protección o promoción de ese interés.
5. Un derecho humano es o bien (a) un derecho estrictamente correlativo universal, o bien (b) un derecho base común a todos los seres humanos existentes en las comunidades políticas.
6. I (un interés) funda un derecho humano en el segundo sentido si y sólo si (1) I es un valor para todos los seres humanos; (2) I garantiza protección y promoción a través de medidas comunitarias; y (3) todos y cada uno de los seres humanos tienen capacidad, por sí mismos o a través de sus representantes, para insistir en que tales medidas sean adoptadas en lo que se refiere al interés de la persona.

Finalmente, no obstante, debería sugerir la posibilidad de que el acercamiento lingüístico en “Mythical Beasts” refleje no solamente la motivación que he sugerido, sino una genuina ambivalencia acerca de las relaciones entre los derechos humanos y los comportamientos y actitudes sociales. Harris argumenta, sin ambivalencia, que los derechos humanos base dependen de la regulación (ver más abajo sección 4). Pero existe una sugerencia más amplia de que los derechos humanos dependen de fenómenos sociales. Es difícil reflejar la ambivalencia que me invade. La misma se refleja en afirmaciones como la siguiente:

Si ellos (los derechos humanos) existen es porque existe un entendimiento sobre sus funciones y sobre las condiciones ontológicas de su invocación. (431)

¿Acaso esta pretensión no contradice su propio punto de vista de que los “derechos morales universales” no de-

penden de entendimientos y acuerdos? ¿Y cómo puede un derecho ser un derecho humano si depende del consentimiento o del acuerdo de determinada clase o pueblo? Irónicamente, pienso que Harris *debería* haber hablado aquí desde la perspectiva lingüística. El *significado de las palabras* (incluidas las palabras “humano” y “derecho”) viene determinado por acuerdos consentidos. Si la frase “derechos humanos” tiene un significado, es porque hay un acuerdo y consenso sobre el modo de usarla. Pero la *existencia de los derechos humanos* no depende de este consenso.

Puede no estarse de acuerdo y afirmarse:

1. La existencia de los derechos humanos depende tanto de la frase “derecho humano” como del hecho de que exista en la realidad.
2. Pero la referencia a la expresión “derecho humano” depende de un acuerdo compartido que determina su significado.
3. Entonces la existencia de los derechos humanos depende del acuerdo compartido, así como de su existencia real.

Pero este argumento falla. Emplea la palabra “depende” de dos maneras distintas. Desde luego el que los Unicornios existan depende, en cierto modo, de lo que se entienda por “Unicornio”. Pero la cuestión de si existen es independiente del empleo de la palabra Unicornios y no depende por completo de ella.

La sugerencia de ambivalencia también deriva de la relación de Harris con el escepticismo moral. Ya hemos visto que él argumentaba que existen derechos humanos. Lejos de ser un escéptico, ofrecía un soporte analítico que permitía comprender los derechos y que suponía mantener la idea de que los juicios morales pueden ser verdaderos. Defendía la “Verdad Moral” en una sección del mismo título, frente a la crítica de la “objetividad moral” de John Mackie (436). Quizás, sin embargo, Harris fue demasiado amable, con el resultado consiguiente de que su defensa de los derechos humanos es equívoca.

Mackie creía que los juicios morales son verdaderos o falsos, pero que la disposición humana “se manifiesta hostil por naturaleza a la crueldad y por el contrario se ve atraída por la pena y el sufrimiento” (436-7). Harris escribió, “Podría negar, al igual que hace Mackie, la existencia de la verdad moral, pero sin embargo aun así afirmar que esos derechos deberían formar parte de un código inventado”. (437) Pero él no dijo lo que era obvio, que es que sería incoherente afirmar que esos derechos deberían formar parte de un código inventado y negarles al mismo tiempo verdad moral. Él sólo pretendía que Mackie sostenía una posición filosófica que era irrelevante. Las cosas son aún peores para Mackie. Hacer una afirmación verdadera, como Aristóteles dijo, es afirmar que lo que es es. Si dijésemos que determinados derechos forman parte de un código inventado, entonces es verdad que deberían serlo¹¹. Y si eso es verdad, es una verdad moral. Harris debería estar de acuerdo con todo esto, y esto hace incoherente las posiciones de Mackie (tal y como Harris las presenta)¹².

III. CAPACIDAD PARA INSISTIR

Harris tomó prestada la idea de “capacidad para insistir” (en las proposiciones 1 y 6) “del derecho procesal y público”, pero la usó de un modo “mucho más vago y amplio” (431). De un modo más amplio porque entiende la capacidad no como la capacidad para ser parte en procedimientos legales.

Pero la capacidad, en el sentido jurídico estricto o más vago, es un derecho. Pero en el mundo del derecho (incluso si nos referimos a la capacidad en su sentido vago), un derecho puede ser *la base de* la capacidad para insistir en

¹¹ O decir de lo que no es que no es. *Metaphysics* I 7. 27.

¹² Aunque la “teoría del error” de MACKIE sea al menos auto-consistente, no es consistente con su pretensión de que nada “debería de formar parte de una moral inventada”. Ver J. L. MACKIE, *Ethics: Inventing Right and Wrong* (Penguin, 1977).

algo¹³. Por tanto, ¿cómo puede la idea de capacidad ser usada para explicar la naturaleza de un derecho?

Es más, la capacidad presupone un proceso. Ya sea en sentido estricto o vago, es un derecho a comunicarse con el aplicador del derecho (sea él un juez o no). La capacidad de insistir, en particular, es un título para comunicarse. Pero tiene sentido pensar que una persona tiene un derecho, sin necesidad de creer que tiene un título que le legitima para comunicarse. Imagínense un señor de la guerra cuyos soldados toman rehenes. Él rechaza escuchar lo que los rehenes dicen, y ordena a sus soldados que les digan: “no tenéis capacidad para comunicaros con el señor de la guerra en modo alguno”. Pero a la vez toma medidas efectivas para comprobar que sus soldados no dañan a los rehenes, porque asigna un valor a su vida y considera inaceptable dañarla, pese a que pudiese resultarle conveniente. Respetar su derecho a la vida y su negativa a escucharles se concilian con su respeto (aunque les niegue el derecho a ser oídos).

Por tanto para tener un derecho no es esencial tener capacidad de insistir. Sin embargo el mecanismo fue tan importante en el proyecto de Harris que en su Manuscrito lo llamó el “núcleo duro en el idioma de los derechos” [7]. ¿Cómo podemos entender el papel de la “capacidad” en su obra?¹⁴. Quizás simplemente fue un artificio que le llamó la atención en las afirmaciones sobre derechos humanos: toda afirmación presupone una pretensión de capacidad en sentido vago. Pero Harris conscientemente extendió la idea de las condiciones para una afirmación a las condiciones para la existencia de un derecho. En el

¹³ Al menos, la alegación de un título para un remedio por la infracción de un derecho legal (actual o amenazado) tiene reconocimiento jurídico. Desde luego, se trata de un ejemplo trivial de reconocimiento de capacidad. Los problemas jurídicos interesantes surgen cuando una parte busca reconocimiento sin tener ningún derecho legal.

¹⁴ Un modo de entender esto sería como reflejo de la influencia de otros escritores que trataron de explicar los derechos centrándose en la pretensión del sujeto del derecho (JOEL FEINBERG, “The Nature and Value of Rights” (1970) 4 *J of Value Inquiry* 263-7) o en su elección (H. L. A. HART, “Legal Rights”, en HART, *Essays on Bentham* (OUP, 1982), 162-193).

Manuscrito Harris comenzó explicando la idea de este modo:

Una invocación de “derechos” fundamenta la situación de alguien en un contexto normativo o de diálogo. Existen muchas razones para explicar que algo deba ser hecho o no. S (el sujeto del derecho) se presenta como el centro de atención. Si realmente tiene un “derecho”, entonces su insistencia en algo tiene un cierto grado de fuerza perentoria en el caudal de razones a esgrimir. [7]

Una invocación de derechos ciertamente fundamenta la situación del sujeto de derecho, pero en la fuerza de la insistencia de dicho sujeto no se explica la naturaleza de los derechos. La fuerza de la insistencia depende de la fuerza de los derechos.

Imaginemos que cuando vagabundeamos por la tundra encontramos a un niño en la nieve. Yo creo (y todo en “Mythical Beasts” lo sugiere) que el niño tiene lo que Harris llama un derecho estrictamente correlativo correspondiente con nuestro derecho a no matarlo o a hacerlo esclavo (tiene otros derechos también). Pero el niño no reclama nada. La idea de capacidad de reclamar no puede servir para explicar los derechos de los niños. Lo que tiene fuerza decisiva no es el acto de comunicación del niño, sino un complejo de principios morales y de hechos acerca del niño, que harían injusto matarlo o esclavizarlo. Si el niño fuera capaz de reclamarlos, entonces las razones por las cuales los hechos y principios tienen un valor definitivo sobre nosotros tomarían fuerza de su insistencia. Por tanto, los derechos de los adultos (que muy a menudo son capaces de reclamar y tienen capacidad en sentido vago para hacerlo) no se explican bien en su capacidad de insistencia o reclamación; los derechos toman su fuerza de la insistencia de los adultos si los mismos insisten.

En el Manuscrito, Harris ofreció una paradoja para mostrar que los derechos requieren capacidad de reclamación: supongamos que un reformista argumenta que la educación debería favorecer a las mujeres en la sociedad, incluso si las mismas no quieren ser educadas. Afirmar

que las mujeres tienen un derecho a la educación incluso si no lo desean “sería una paradoja a menos que el reformista pueda identificar a alguna persona, quizás él mismo, como verdadera representante con capacidad para reclamar a favor de las mujeres que no quieren educarse” [10]. Esta paradoja desaparece si pensamos en los derechos de los niños a la educación obligatoria. Tener tal derecho es consistente con su hostilidad hacia la idea. ¿Puede un reformista reclamar que los niños tienen un derecho a la educación obligatoria si existe alguien que les represente que lo reclama? La capacidad de reclamar es ciertamente posible tanto en sentido legal¹⁵ como en sentido vago. Pero la gente (por ejemplo los padres) que tienen capacidad en sentido vago para reclamar educación para sus hijos no son sus representantes (en el caso de los padres, su capacidad para reclamar en sentido vago deriva de su presunta autoridad sobre sus hijos, que a su vez deriva de los intereses de los hijos en la relación paterno-filial).

Los niños tienen el derecho a la educación obligatoria incluso si no tienen padres, o si estos insisten en que vayan a trabajar en vez de a la escuela. Y si no existe paradoja alguna en afirmar que los niños tienen un derecho pese a no reclamarlo, tampoco existe contradicción alguna en que los hombres y las mujeres lo tengan. El que lo tengan de hecho es otra cuestión. En muchos casos la pretensión de que un derecho se les imponga contra su voluntad, simplemente choca con su autonomía individual. Es este rasgo de los adultos el que resulta paradójico en las explicaciones de Harris.

Por eso no creo que la idea de una capacidad de actuar a través de representantes, expresada en la proposición 6, se pueda aplicar para explicar los derechos del niño en la nieve. Para que esto fuese así tendríamos que ampliar tanto la idea de representante que entendiésemos por tal cualquier persona que pudiese (o debiese) asumir el papel de representante de tal persona. Llegados a este punto, entonces la

¹⁵ Algunos ejemplos incluyen la capacidad de un abogado de dirigirse a un tribunal en representación de su cliente.

capacidad de reclamar no jugaría papel alguno a la hora de explicar la naturaleza de un derecho. Cuando una persona razonable insistiese en no matar al niño en la nieve, podríamos decir que éste tendría un derecho. Y entonces tendríamos que explicar tal derecho en atención a lo que lleva a esa persona razonable a hacer esa reclamación, y no en términos de la capacidad directa o a través de representantes de una persona para reclamar algo. Aquí, creo, se encuentra la mejor interpretación del empleo que Harris otorga a la capacidad: es simplemente un modo de indicar la fuerza obligatoria que un derecho otorga a la reclamación de alguien en una conducta acorde con tal derecho.

Yo creo que la idea de capacidad para reclamar se entiende mejor como una metonimia (igual que decir “la olla está hirviendo”, cuando en realidad lo que está hirviendo es el agua). Es una metonimia para la fuerza obligatoria de las consideraciones en las que se basa la conclusión de que alguien tiene un derecho. El peligro de este mecanismo figurativo es que sugiere que tener un derecho implica una participación en el discurso, aunque sea en un sentido amplio. Pero es un error pensar esto. La fuerza obligatoria de las consideraciones en las que se basa el argumento a favor de un derecho, junto con el punto de vista del titular del derecho hacia la relación jurídica, es el núcleo común del derecho. Estos dos aspectos de los derechos otorgan al discurso sobre los derechos todo su sentido.

IV. LA UNIVERSALIDAD Y EL CONTENIDO DE LOS DERECHOS BASE

En la teoría de Harris sobre los derechos base, contenida en las proposiciones 5 y 6, creo que habría que modificar dos pequeños detalles. El primer detalle es la limitación a los seres humanos “que viven en comunidades políticas” en la proposición 5; la segunda es insistir en que la persona titular de un derecho base tiene capacidad para reclamar sólo “que se considere la adopción de tales medidas” en la proposición 6.

A) *Universalidad y convención*

La primera cuestión surge del papel que Harris otorga a los hechos sociales en los derechos base. Harris escribió que “los derechos humanos pueden derivar su universalidad bien de la verdad moral bien de la regulación normativa” (453). La distinción que Harris hace es entre “derechos morales universales” (derechos humanos estrictamente correlativos y derechos humanos de dominio), por una parte, y derechos base, por otra. Afirmó que los derechos base tienen un “marco temporal histórico” —es decir, que dependen de lo que va a pasar o estuvo pasando en la comunidad en el momento en el que se afirmó que tal derecho existe o existió—. El ámbito temporal histórico corresponde a una dimensión “convencional o arbitraria”¹⁶ de la aceptación de la comunidad, a la que Harris llama “la condición necesaria para la existencia de un derecho base” (443). Los derechos estrictamente correlativos y de dominio (cuando son derechos humanos) son universales, pero los derechos base no existen a menos que sean “aceptados por la comunidad” (443).

Si es una verdad moral que un derecho es universal, entonces el derecho es universal. Pero ningún derecho puede obtener el carácter universal convencionalmente. Puede existir una convención para tratar un derecho como universal, pero eso no convierte el derecho en universal. Si el niño en la nieve tiene algunos derechos, estos no tienen una dimensión convencional. Harris presumiblemente diría que su derecho a la vida sería un “derecho moral universal”. Pero yo creo que lo que tiene es un derecho base a ser ayudado (si es que somos capaces de ayudarlo). La razón por la que tiene este derecho no tiene nada que ver con marco temporal o convención alguna. Lo tiene por la misma causa que se le otorgan los derechos a los que Harris llamó “derechos morales universales”. Si

¹⁶ Podría llamarse a esto la “dimensión social – de hecho”. HARRIS explicó que debería incluir la proclamación por la autoridad en la comunidad y no sólo la convención.

existen derechos humanos que son derechos base, es porque existen intereses que son válidos para todos los seres humanos¹⁷. Y yo creo que es obvio que tales intereses existen. Harris escribió, “esto es una pretensión ética”, (444) cuando dice:

Durante los últimos 50 años, las proclamaciones canónicas han aparecido, afirmando que algunos derechos base se disfrutan por todos los seres humanos simplemente porque son humanos. Por eso los “derechos humanos” tienen el sentido expuesto en la proposición 6, así como la consideración de ser derechos morales universales e interpersonales. (445)

Harris parece haber estado diciendo que tales proclamaciones otorgan a la comunidad una “dimensión convencional” en lo que a pretensiones de derechos humanos se refiere. Yo creo que sería mejor decir que la razón por la que la gente tiene derechos humanos base no tiene nada que ver con ninguna proclamación: si la gente tiene tales derechos los tiene (como Harris afirmó) simplemente por ser seres humanos.

El niño en la nieve tiene un derecho humano a recibir ayuda. Este es un verdadero derecho humano: el niño lo tiene por el solo hecho de ser humano y no porque una comunidad política lo haya acordado. Está condicionado a la capacidad de alguien o de alguna institución de ayudar. Si vienes con tu parka equipado para mantenerle a salvo en la selva, es simplemente porque es humano, no existe ninguna razón obligatoria para ayudarlo. La razón de hacerlo puede más bien describirse como un derecho del niño. No tiene una dimensión convencional.

B) *¿Un derecho a ser considerado?*

Un derecho humano base es muy débil en la descripción de Harris, porque es sólo un derecho a tener la consi-

¹⁷ Al menos ésta es parte de la razón; ello depende también de si dichos intereses pueden fundar derechos de otros.

deración del titular del interés (ver proposición 6)¹⁸. Pero yo creo que los defensores de los derechos humanos reclaman más que esto. Cuando alguien dice haber “encontrado un derecho humano” normalmente quiere decir que se deben tomar (algunas) medidas, al menos bajo ciertas circunstancias. Por tanto existe una extraña disonancia entre los discursos sobre derechos humanos y la conclusión de Harris. Quizás lo que Harris tenía en mente era que proveer ciertos bienes es simplemente inapropiado o incluso imposible en determinadas circunstancias. Entonces, podríamos decir que la gente no tiene derecho a ellos, sino tan sólo un derecho a que “se tome en consideración la adopción de ciertas medidas” —como Harris dijo—, dependiendo su adopción de que sean adecuadas o de que se pueda hacer otro uso de los recursos que las medidas requieran.

Recordemos el niño en la nieve, con su derecho base a recibir ayuda. Los deberes correlativos a tal derecho dependen de la capacidad de la gente de prestarlos y de las circunstancias. Uno no tiene deber alguno de ayudar a alguien —el cual a su vez no tiene derecho a ello— si tal ayuda no es posible. Un modo de expresar la naturaleza condicional del derecho a prestar ayuda sería decir que el niño tiene un derecho a que se “tome en consideración” la adopción de medidas. Pero expresarlo de este modo sería confuso, porque el niño tiene más que esto: no sólo un derecho a que tomes en consideración la posibilidad de ayudarlo, sino que deberías hacerlo si fuese posible.

Los abogados públicos están familiarizados con el modo en el que un deber a tomar en consideración se transforma en un deber de hacer lo que es correcto (comenzando por decir que la toma en consideración debe hacerse de buena fe, debe excluir consideraciones irrelevantes y ser razonable, considerándose no razonable si exagera la importancia de algunas consideraciones...).

¹⁸ Aunque hay sugerencias en otros lugares también de que tener un derecho de base es tener capacidad para insistir en las *medidas* (440).

Harris no explicó si los derechos humanos base incluían la capacidad de insistir en el énfasis apropiado a otorgar a las consideraciones relevantes. Eso es lo que yo creo que tendría sentido en las pretensiones con derechos humanos base: nadie que pretendiese ejercitar tal derecho estaría contento si el aplicador del derecho considerase las medidas a adoptar inadmisibles.

Si revisamos el derecho a tomar en consideración medidas añadiendo la partícula a “una adecuada” toma en consideración de medidas, entonces esto implica que los derechos humanos base entrañan un derecho a medidas particulares cuando las circunstancias son las correctas. Si dichas circunstancias confluyen, entonces se exige algo más que la mera toma en consideración.

Estas cuestiones acerca de los derechos base generan más confusión general: si, según Harris, esos derechos tienen carácter convencional, y su titular sólo tiene capacidad para insistir en la toma en consideración de la adopción de medidas, ¿por qué Harris insiste en que algunos de ellos deben considerarse “derechos humanos”? Es más, explica que una invocación fructífera de un derecho base es un juicio conjunto en el que el citado derecho se contrapesa frente a consideraciones que no tienen nada que ver con los derechos (440). Aquí tal vez Harris se refiera al discurso sobre los derechos humanos más que a los derechos humanos en sí. No hay decisión alguna sobre un derecho que prevalezca sobre consideraciones que no tienen nada que ver con el derecho. Por lo tanto, la discusión de Harris sobre los derechos humanos base debería tal vez enfocarse mejor en el sentido de entender que no son derechos humanos en absoluto, sino más bien una ampliación metafórica del lenguaje de los derechos humanos, que se aplica de manera no figurada sólo a lo que él denomina como “derechos morales universales”. Yo sostendré en la sección 6 que en cierto modo la discusión sobre los derechos humanos es metafórica; pero también que algunos derechos base son derechos humanos de un modo propio y no sólo figurado.

V. LA IGUALDAD NATURAL Y SU FUNDAMENTO PRAGMÁTICO

La igualdad natural es, según Harris:

La teoría ética que, sea cual sea el trato debido a X, no se debe menos a Y aunque Y sea un ser humano diferente a X. Este fundamento pragmático deriva de la tecnología moderna de carácter universal. (438)

El contenido de la expresión “diferente” entraña muchas cosas. Ver cuales sean éstas tiene relación con la vieja cuestión de la no discriminación legal: “diferente” debe aplicarse no a los casos en los que quieres contratar a alguien para un trabajo y X es adecuado para el mismo e Y no. La idea es clara: la igualdad entre los seres humanos se basa en la posesión de derechos correlativos y de dominio (“derechos morales universales”), y otorga una “dimensión ética” a los derechos base.

Se pueden hacer dos objeciones al uso que Harris da a esta idea. Una es que, aunque él sugiere que la misma está en la base de los derechos humanos, no la necesita para llegar a sus conclusiones. La otra es que ella no tiene (ni necesita tener) el fundamento pragmático que él le asigna.

A) *El papel de la igualdad natural*

La igualdad natural fue un elemento de la “concepción minimalista de la justicia” que Harris desarrolló en su libro *Property and Justice*¹⁹. Los otros elementos de su concepción eran “el valor de la elección autónoma”, y el “evitar intromisiones no provocadas en la integridad corporal”. Supongamos que esos otros elementos proporcionan fundamento para derechos estrictamente correlativos y de dominio a los que Harris se refirió en “Mythical Beasts”. Y supongamos que esos valores pueden generar derechos base a través de la “capacidad de implementación” a la que Harris se refirió en “Mythical Beasts”. Supongamos

¹⁹ J. W. HARRIS, *Property and Justice* (Clarendon Press, 1996), 171.

también que su concepción de los derechos sería más amplia y no tan minimalista si Harris no hubiese tenido que mediar entre los defensores y los detractores de los derechos humanos.

Si esto es así, yo creo que a la igualdad natural no le queda tarea alguna por realizar. La igualdad natural permanece desde luego: todo ser humano es naturalmente igual a los demás seres humanos por el hecho de ser humanos. Pero esa tautología no es necesaria. Sería, podríamos decir, como mantener una pretensión de derechos humanos como la siguiente: “Si Alvin tiene un derecho a por el sólo hecho de ser humano, y Susan es por naturaleza igual a este respecto, Susan tiene también el derecho a”. Pero no se necesita sostener que Susan tiene el derecho a, precisamente porque las razones para decir que Alvin tiene un derecho a son también las razones para decir que lo tiene Susan. Dichas razones pueden ofrecerse (sin mencionar a Alvin, o la igualdad entre Alvin y Susan) para defender que Susan tiene el derecho a.

B) *Su “fundamento pragmático”*

¿Qué llevó a Harris a afirmar que “el fundamento pragmático de la igualdad natural depende de la tecnología mundial moderna” (438)? Yo creo que si tu y tu familia sois nómadas en la tundra y os encontráis con otra familia de nómadas allí, los consideraréis iguales en naturaleza a vosotros y os abstendréis de torturarlos o esclavizarlos. Si la igualdad natural tiene un fundamento pragmático, ¿no es sencillo entender que los demás son humanos también, con los mismos intereses y necesidades que tienen los seres humanos? Tal vez la tecnología moderna hace menos conveniente (aunque no imposible, como Harris señaló) fingir que las cosas son de otro modo.

Así podríamos afirmar que la capacidad humana para reconocer a los demás seres humanos como humanos es la base práctica (compartida pragmáticamente por las con-

diciones sociales, culturales y tecnológicas que hacen incomodo e inadecuado pretender que los otros seres humanos son menos humanos). ¿Pero una base de qué? No es la base de la igualdad natural o de los derechos. La gente que te encuentras en la tundra tiene intereses a tenor de los cuales serían erróneo torturarles o esclavizarles (intereses en la autonomía y en la integridad corporal, para usar los elementos de la concepción minimalista de Harris). Esto es así porque son seres humanos, y no necesita de fundamento pragmático alguno para ser así. La igualdad natural (y los derechos humanos) no necesitan fundamento pragmático alguno, pero el *respeto de* la igualdad natural o la *observancia de* los derechos humanos sí que necesitan de ese fundamento. Sin el fundamento del reconocimiento, lo que fallaría es la observancia de los derechos humanos (no su existencia). Si la gente que te encuentras en la tundra no es torturada o esclavizada por ti, será o bien por tu capacidad para considerarlos seres humanos o bien por tener una superioridad militar. Pero sus derechos no dependen de dicha capacidad o de su superioridad.

¿Tal vez podríamos afirmar que el fundamento que Harris tiene en mente es fundamento no sólo de la observancia de los derechos humanos, sino también del *discurso* de los derechos humanos? Podría así decirse que la invocación de los derechos humanos pierde su fuerza comunicativa si no se dan las condiciones para que esa comunicación sea eficaz; entre ellas lo que hace que la gente te entienda cuando invocas un derecho humano. Eso explicaría el énfasis de Harris en la tecnología de la comunicación en el mundo actual a nivel universal (y debería haber añadido a ello todos los avances de la cultura en este siglo), lo que otorga al discurso sobre derechos humanos un potencial para generar comunicación que no tenía, digamos, en el siglo IX en Europa. Si esto es así (aunque yo no lo creo) entonces la tecnología no es un fundamento práctico de la igualdad natural, sino un fundamento práctico para el éxito de comunicarla.

VI. ¿EN QUÉ SENTIDO SON HUMANOS LOS DERECHOS HUMANOS?

La cuestión siguiente en realidad depende del arbitrio o convención: ¿qué significa la expresión “derecho humano”? Según las reglas ordinarias de la construcción idiomática inglesa, significa un derecho que puede calificarse de humano. Y considerar un derecho como humano implica, al menos, calificarlo como un derecho del que son titulares los seres humanos. Las reglas del idioma inglés no especifican la relación entre un ser humano y la Humanidad. Si queremos hacer algo con esa frase, necesitamos afirmar nuestras viejas libertades como angloparlantes, y especificar qué cualidades queremos afirmar en el discurso práctico. ¿Debíamos decir que un derecho es humano si su titular es humano? Entonces el derecho al salario es un derecho humano, lo cual no añadiría nada a esos efectos. Tampoco sería de gran utilidad decir que los derechos humanos lo son *porque* el titular es humano. Otro problema difícil a la hora de distinguir los derechos humanos de otros derechos sería que cualquier buena explicación del derecho al salario incluiría la premisa de que su titular es un humano o la presupondría.

Harris puede ayudarnos aquí: se puede usar el término para un derecho “disfrutado por todos los seres humanos simplemente por el hecho de ser humanos” (445). Existen dos maneras de entender el término “simplemente”. La primera consiste en abstraer de todos los hechos particulares sobre uno mismo los que otorgan derechos que otros seres humanos no tienen y afirmar que los derechos humanos son aquellos que todos los seres humanos comparten en virtud de su humanidad. La segunda consiste en abstraer de un hecho o situación social o política particular que otorga los derechos que tienes la afirmación de que los derechos humanos son aquellos que tienes no como resultado de un artificio, costumbre, actitud o declaración humana o cualquier otra contingencia por parte de otros, sino por algún rasgo de tu naturaleza como ser humano que hace surgir deberes de otros. Yo creo que cualquiera

de estas dos maneras de entender los derechos humanos es correcta. Así, nuestro derecho al salario no es un derecho humano, aunque pueda fundarse en un derecho humano. La segunda forma entiende los derechos humanos como derechos naturales, intrínsecos a la naturaleza humana, y ajenos a cualquier acción o disposición.

Harris se encontraba a gusto con la idea de los derechos naturales: respecto a la objeción de que tal idea podía atraer connotaciones metafísicas, exclamaba: “no veo dónde está el problema” (435):

Para algunos que han superado toda problemática filosófica acerca de la idea de verdad moral y de la existencia de un código universal y atemporal que confiere derechos, no existirían ulteriores problemas ontológicos. (436)

Con este matiz desechó el miedo a la metafísica que confirió energía al mismo tiempo que desfiguró la filosofía moral del siglo pasado: “los derechos estrictamente correlativos universales y de dominio existen porque, presumiblemente los basamos en fundamentos éticos”. (436)

Si un derecho humano es un derecho natural, entonces el “Acta de derechos humanos” y el “Convenio Europeo de Derechos Humanos” contienen básicamente derechos civiles y derechos morales de terminada sociedad civil que deben ser protegidos en ella. El niño en la nieve es un humano, pero no tiene libertad de expresión a menos que sea miembro de una sociedad en la cual la misma sea reconocida. Y la familia que nos encontramos en la tundra no tiene derecho a un juicio ante un tribunal independiente e imparcial: si crees que te ha robado la comida un miembro de esa familia deberías tratarlo con justicia (viendo lo que tiene que decir si es posible comunicarse con él) antes de decidir el remedio a aplicar al caso. Pero no tiene derecho a ser oído ante un tribunal independiente, creado por la ley, aunque el mismo existiese. Los derechos protegidos por el Convenio Europeo de Derechos Humanos son, simple y llanamente, derechos morales que corresponde fijar a las autoridades públicas de comunidades tales como la de estados miembros del Consejo de Europa. No se trata de derechos que se tengan por el

hecho de ser seres humanos. No podemos siquiera decir que se trate de derechos válidos en toda sociedad civil: la manera de proteger la libertad de expresión varía considerablemente de una sociedad a otra y, tal vez, existan comunidades de gente decente en las que exista respeto a sus miembros y, sin embargo, no reconozcan la libertad de expresión.

Pero yo creo que el derecho base a recibir ayuda del niño en la nieve es un caso claro de derecho humano. Aunque condicionado a sus necesidades y a nuestra capacidad de prestarlo, es un derecho que se tiene por el mero hecho de ser un humano. Por esta sola razón y sin consideraciones ulteriores. Sería irrelevante si la tundra se encuentra en Canadá en 2004 o en la Antártida en el 2000 a.C.; su derecho base (en contra de lo que creé Harris) no tiene una dimensión convencional.

No creo que esta perspectiva sea mejor para el discurso sobre los derechos humanos que la de Harris. La misma nos lleva a la conclusión de que algunos derechos de nuestro bienestar son ejemplos de derechos humanos, mientras que la libertad de expresión, a la intimidación o de manifestación, el derecho de voto y el derecho a un tribunal independiente no son derechos humanos en absoluto, salvo de un modo vagamente metafórico. Es más, los derechos humanos entendidos de este modo se explican sin referencia alguna a la autoridad estatal (aunque ésta tenga una función sobre algunos de ellos a la hora de promover su observancia). En el discurso moderno, los derechos humanos a menudo se caracterizan por ostentarse frente al estado o a autoridades casi estatales. El discurso de los derechos humanos hoy en día parte de la posición de que los derechos y libertades procesales y políticos son claros casos de derechos humanos y, sin embargo, es muy problemático reconocer tal condición para los derechos básicos.

Quizá las controversias acerca de derechos básicos al bienestar surgen no del hecho de que no exista un derecho humano al bienestar, sino más bien de la naturaleza condicionada de esos derechos. Volvamos a la tundra. Ahora, en vez de nosotros, el niño y la nieve, imaginemos que los padres del niño están también presentes (pero tienen difi-

cultades) así como sus hermanos, y un representante de la Cruz Roja y otras organizaciones no gubernamentales, así como alguien de Naciones Unidas, y tus propios hijos pasando frío y hambre, y gente como tú que quiere ayudar a construir refugios porque va a comenzar una tormenta. Y existen lobos que atacan a los representantes de la Cruz Roja y la misión de la ONU está en llamas. La situación se ha complicado (pero no más de lo que suele estarlo en cualquier país para las autoridades). Es evidente que el niño no tiene derecho alguno a nuestra asistencia —o sería algo muy difícil—. Su derecho condicional a recibir ayuda, y nuestro deber correlativo de prestarla, puede fundar o no deberes de nuestra parte.

Esta perspectiva sobre los derechos tiene importantes implicaciones en relación a lo que Harris afirmó. Su análisis tiene la ventaja de mostrar que los derechos estrictamente correlativos y de dominio se conectan con los derechos base. El sugiere que los derechos base surgen de los derechos estrictamente correlativos y de dominio cuando se intenta implementarlos. Pero existe otra cuestión: los derechos estrictamente correlativos y de dominio por sí mismos surgen del mismo modo que los derechos base, a partir de intereses básicos. El especial interés en la integridad corporal es la base de derechos base a no ser molestado en dicha integridad. Los derechos base se fundan en el interés de la gente y, aunque son derechos humanos, no tienen un soporte convencional, por la misma razón que (como dice Harris) los derechos estrictamente correlativos y de dominio no tienen tampoco ese aspecto convencional. Aunque es verdad que la gente tiene distintos intereses que varían con las culturas, sus derechos surgen simplemente porque son humanos en base a los intereses que comparten como seres humanos.

VII. CONCLUSIÓN

En este ensayo simplemente he tratado de comprobar las técnicas ideadas por Harris y gran número de sus con-

clusiones. Por las razones que he expuesto, creo que sus seis proposiciones pueden reajustarse del siguiente modo (lejos de su sentido lingüístico, reubicando la idea de capacidad, intentando hacer referencia directa a su fuerza perentoria, y reformulando los derechos base para quitarles su “dimensión convencional”):

1. Una persona, grupo, corporación, pueblo o el estado (el sujeto) tiene un derecho cuando un interés del sujeto es una razón para la acción a favor del sujeto a pesar (en cierta medida) de (algunas)²⁰ otras consideraciones.
2. Un derecho estrictamente correlativo refleja el contenido de un deber desde el punto de vista del sujeto al que se le debe.
3. Un derecho de dominio es una libertad de actuar o no actuar²¹ dentro de una esfera de acción protegida.
4. Un derecho base conjuga el interés de un sujeto con medidas que deben ser adoptadas para proteger o promover ese interés a pesar (en cierta medida) de (algunas)²² otras consideraciones.
5. Un derecho humano es ya sea (a) un derecho o estrictamente correlativo o de dominio universal, o (b) un derecho base común a todos los seres humanos.
6. I (un interés) funda un derecho humano en el segundo sentido si (1) I es un valor para todos los seres humanos; (2) I garantiza protección y promoción; y (3) existen razones para tomar medidas tendentes a la participación de todos los seres humanos

²⁰ He aquí porqué se han necesitado estos paréntesis: tú tienes derecho a que me presente en el pub si prometí hacerlo; es (normalmente) razón suficiente para que vaya aunque estén en ese momento echando *Los Simpsons* por la televisión. Pero no si descubro esa tarde que me tienen que operar de apendicitis. En ese caso puedo dejarte esperándome en el pub mirando el reloj sin infringir tu derecho. Yo creo que en este sentido debe entenderse la expresión “capacidad para insistir” en la formulación de Harris: tu no tienes capacidad para insistir en que me presente en el pub en caso de emergencia.

²¹ He suprimido “... , o un poder de controlar o no controlar los actos de otros...” de la fórmula de HARRIS, porque creo que no todos esos poderes son derechos (y en la medida en que tales poderes son libres, valen por sí mismos).

²² Ver n. 18 arriba.

en I a pesar (en cierta medida) de (algunas)²³ otras consideraciones.

Harris es un modelo de cuidado y seriedad en su intento de dotar de sentido a las pretensiones sobre derechos humanos. El es también optimista acerca de tal empresa. El significado nuclear de la palabra “derecho humano” descansa en su empleo para designar los derechos que las personas tienen simplemente por el hecho de ser humanas. Excepto como metáfora, no puedo dotar de sentido a una pretensión sobre un derecho, como un derecho humano, cuando tal pretensión no depende simplemente de que se sea humano, sino de actitudes en la cultura en la que se está reivindicando la pretensión —en si la gente de la comunidad acepta la pretensión—. Aunque desde luego el lenguaje es lo suficientemente flexible para que la frase pueda servir para designar “derechos de gran importancia para los seres humanos en cierta situación”, o “derechos que son especialmente puestos en peligro por opresores que no son simplemente egoístas, sino inhumanos” o incluso “derechos que se consideran importantes para los seres humanos”. Usar la frase en tales sentidos puede ser retóricamente efectivo para algún propósito. Implica la virtud y el peligro de las metáforas. La virtud es destacar una similitud. Y la actitud de alguien que tortura implica una cierta similitud en su desconsideración hacia los intereses humanos, hacia la actitud de un gobierno que permite los telegramas en la investigación sobre el fraude cuando no son necesarios o que impide un procedimiento bueno en las investigaciones del médico forense sobre la muerte. El peligro es que la metáfora sea indiscriminada. Eso oculta las diferencias.

Al principio de este trabajo, Harris sugería que los “abogados en ejercicio” deben resolver los problemas de la existencia de derechos humanos en sus clientes. Rechazaba la idea de que las “opiniones puedan estar escritas y el consejo dado sin existir cuestiones problemáticas más pro-

²³ Ver n. 18 arriba.

fundas”. (429) Pero afortunadamente para sus clientes, yo creo que los abogados pueden dar buenos consejos acerca de la Ley de Derechos Humanos y el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos sin haber hecho las cosas destacadas por Harris en “Mythical Beasts”, y sin ni siquiera tener una opinión concreta sobre lo que son los derechos humanos, o cuando existen. Incluso este último tipo de abogados no pensarán en esos instrumentos como algo sin sentido o ineficaz²⁴.

Por tanto yo no estoy tan implicado en la necesidad de dotar de un sentido al discurso de Jim sobre los derechos humanos (yo creo que la práctica política y jurídica puede soportar una considerable cantidad de discurso extravagantemente metafórico o incluso falso o carente de sentido). Y yo no soy tan optimista acerca del futuro. Pero ustedes pueden preferir el optimismo de Jim y encontrarlo atractivo. El mismo está en consonancia con su acercamiento a su vida y a su obra. Si ustedes le han visto dar clases o conferencias, sabrán que lo hacía con una gran sonrisa en la cara. Dicha sonrisa a veces evolucionaba hacia la ironía o, a través del disfrute por las posiciones de este o ese autor, hacia un claro placer. La evolución de su fisonomía reflejaba una generosidad hacia su auditorio, o hacia la gente cuyas ideas estaba desmantelando. Yo pienso que eso explica su conclusión en “Mythical Beasts” y en el manuscrito: Jim era capaz de dar sentido a lo que la gente decía porque era enormemente generoso. No perdió nada de su generosidad cuando estuvo enfermo. Su trabajo al escribir “Mythical Beasts” para nosotros, fue, yo creo, un ejemplo de ello.

²⁴ HARRIS añadió que “las instituciones internacionales están insertas en proyectos que no tendrían sentido si no existiesen los derechos humanos...” (428). Yo creo que dichos proyectos no carecen en absoluto de sentido —sólo están radicalmente equivocados de un modo que puede o no ser importante—.