

# UNA CONCEPCIÓN PRAGMATISTA DE LOS DERECHOS \*

de Giovanni Tuzet (Università Bocconi)

lo que nos une  
no son los corazones, son las obras  
(Miguel de Unamuno)

## 1. ¿Existen coleccionistas de derechos?

Nadie, supongo, está interesado en tener un derecho *en cuanto tal*. Estamos sobre todo interesados en sus *consecuencias*. Un coleccionista de arte puede jactarse de la adquisición de una apreciada obra, puede disfrutar de la obra en sí, puede gozar de su contemplación, puede dejarse llevar por las sugerencias y las fantasías que la obra provoca en él. ¿Puede el coleccionista disfrutar también del derecho de propiedad sobre la obra? En un determinado sentido sí, en la medida en que está orgulloso de haberla comprado. ¿Pero no es extraño que esté interesado en el derecho en cuanto tal y no en su objeto y en sus consecuencias? Este curioso coleccionista, contemplando la obra, no gozaría de ella sino del título que posee sobre ella, la obra se convertiría en el medio que le consiente tener un determinado derecho, y su conmoción al contemplarla no nacería tanto de las propiedades estéticas de la obra si no más bien del hecho de tener un derecho sobre ella. El derecho mismo resultaría admirado a través de la obra. Así, tal derecho no sería el medio para realizar determinados estados de cosas o cumplir determinadas acciones (como contemplar la obra o mostrarla a los amigos más íntimos), sino que se convertiría en el fin mismo de la conducta.

No es metafísicamente imposible que existan coleccionistas de este tipo o, más ampliamente, individuos que tengan tal actitud para con los derechos, venerados como fines en vez de como medios para obtener determinadas consecuencias. Pero se puede dudar que tal actitud sea sensata y que corresponda a lo que la mayor parte de nosotros asume respecto de los derechos. En efecto, ¿por qué nos interesan los derechos? ¿Por qué los reivindicamos? ¿Cuando pedimos su protección, pedimos metafóricamente una caja fuerte o una acción que sea su consecuencia? ¿Si no es sensato ser coleccionistas de derechos – y quizás tales individuos ni siquiera existan<sup>1</sup> – qué es sensato en la práctica de conferir o reconocer derechos? La tesis que sostengo es que son sus consecuencias lo que nos interesa y lo que hace sensata la práctica con ellos relacionados. ¿Que sucede o debe suceder en el momento en que a alguien le es conferido o reconocido un derecho? Esto es lo que importa y lo que en el detalle consiente distinguir y definir los diferentes derechos. ¿Cuáles consecuencias corresponden a un derecho de propiedad sobre una determinada obra o un determinado inmueble? ¿Cuáles respecto a un derecho de usufructo sobre el mismo inmueble? Y así sucesivamente.

Una virtud de esta tesis está en poner sobre la tierra el vocabulario aéreo de los derechos y en la invitación a determinar los contenidos específicos con la mayor precisión posible. Se trata, para quien ama las etiquetas filosóficas, de una *tesis realista y pragmatista* respecto de los derechos. Realista en la medida en que busca comprender en qué consiste realmente el ser titular de derechos. Pragmatista sobre todo en la medida en que, para hacer eso, se interesa por las consecuencias de su titularidad<sup>2</sup>.

Existe, sin embargo, un tipo de derechos respecto al que la presente tesis podría parecer en seria dificultad, los derechos fundamentales. ¿También de estos derechos valen las consecuencias o vale sobre todo un contenido intrínsecamente apreciable y deseable? Tomemos por ejemplo los derechos de libertad. Sin entrar en la discusión de los muchos modos en que se los puede articular<sup>3</sup>, ¿no es cierto

\* De próxima publicación en “Isonomía”.

<sup>1</sup> Pero cfr. R. Dworkin, *Taking Rights Seriously*, Harvard University Press, Cambridge, 1977; Id., *Cosa sono i diritti umani*, en “Ragion pratica”, 29, 2007, pp. 469-480; J. Finnis, *Natural Law and Natural Rights*, Clarendon Press, Oxford, 1980.

<sup>2</sup> Sobre el lado *realista*, la tesis se inspira en A. Ross, *Tú-Tú*, en “Harvard Law Review”, 70, 1957, pp. 812-825. Sobre el lado *pragmatista*, se inspira sobre todo en Holmes y Peirce. Sobre este último me permito reenviar a G. Tuzet, *La prima inferenza*, Giappichelli, Torino, 2006.

<sup>3</sup> Cfr. el cuadro ofrecido por M. Barberis, *Libertà*, il Mulino, Bologna, 1999.

que cada uno de tales modos ve en ellos algo intrínsecamente deseable, un valor que no tiene necesidad de mostrarse a través de sus consecuencias? Repensemos el ejemplo de la obra de arte. El coleccionista que hemos imaginado hace algo extraño cuando no aprecia la obra en sí, sino el título que puede mostrar sobre ella – si, en otros términos, aprecia el medio y no el fin. ¿Pero un derecho fundamental, no es sobre todo equiparable a la obra en vez de al título? ¿No expresa un valor de por sí deseable? ¿No es fin más que medio? Si consideramos la libertad o la salud, ¿no pensamos que sean en sí deseables? ¿Qué otra cosa se debería apreciar para apreciar tales valores y reivindicar los respectivos derechos?

Parece arduo negar que exista una diferencia teórico-filosófica importante entre un derecho como el usufructo y un derecho como la libertad de expresión o el derecho de voto. Estos últimos son derechos fundamentales que no parecen necesitar una especificación de sus consecuencias. ¿Pero es en verdad así?

En lo que sigue buscaré mostrar las diferentes maneras y dificultades del ser pragmatistas en relación a los derechos (§ 2), el modo en que una tesis pragmatista sobre los derechos puede dar cuenta de los derechos fundamentales (§ 3) y algunas conclusiones que se siguen de ello (§ 4). En relación al estatus de mi discurso, como surge de estas consideraciones iniciales, no se trata de un discurso normativo – o sea que prescriba cuáles son los derechos que han de ser conferidos o reconocidos – sino analítico y conceptual – que busca explicar en qué consiste la titularidad de derechos<sup>4</sup>.

## 2. ¿Qué tipo de pragmatismo sobre los derechos?

En un escrito sobre derechos fundamentales, Tecla Mazzarese ha presentado diferentes críticas a la concepción “minimalista” de los derechos propuesta por Michael Ignatieff, según la cual debería adoptarse respecto de ellos una política deflacionista, que, reaccionando a su reciente inflación y pérdida de significatividad, reduzca sensiblemente el catálogo de derechos<sup>5</sup>. Ahora bien, se da el caso que Ignatieff presente la propia concepción no sólo como “minimalista” sino también como “pragmatista”. Pero es del todo evidente, examinando su trabajo, que él usa tal calificación en un sentido muy genérico, sin cargarla de peso teórico y conceptual, más como un eslogan deflacionista que como una tesis.

Igualmente evidente es también la multiplicidad de posiciones que en la filosofía contemporánea se llaman “pragmatistas”, entendiéndose con esto cosas a menudo diferentes si no incompatibles<sup>6</sup>. Aquí buscaré demostrar que aun rechazando el genérico y opinable pragmatismo de Ignatieff se puede suscribir un más específico y robusto pragmatismo jurídico – también porque el primero se coloca sustancialmente sobre un plano normativo, mientras el segundo, en la versión que voy a discutir, se coloca sobre un plano analítico y conceptual. Entre estos dos planos no hay ni implicaciones ni incompatibilidad.

---

<sup>4</sup> Para un enfoque en gran parte normativo, ver L. Ferrajoli, *Diritti fondamentali. Un dibattito teorico*, a cura de E. Viale, Laterza, Roma-Bari, 2001; cfr. Id., *Principia Iuris*, Laterza, Roma-Bari, 2007. Para una perspectiva hermenéutica, ver B. Pastore, *Per un'ermeneutica dei diritti umani*, Giappichelli, Torino, 2003.

<sup>5</sup> T. Mazzarese, *Minimalismo dei diritti: pragmatismo antiretorico o liberalismo individualista?*, en “Ragion pratica”, 26, 2006, p. 179-208. Cfr. M. Ignatieff, *Human Rights as Politics and Idolatry*, Princeton University Press, Princeton, 2001. La crítica fundamental de Mazzarese es que el minimalismo de Ignatieff pretende comprimir – si no sacrificar – los derechos sociales en beneficio de la sola libertad negativa, y que, además, lo hace con argumentos de valor bastante dudoso.

<sup>6</sup> La multiplicidad de usos y la ambigüedad de la palabra “Pragmatism” eran ya señaladas en 1908 por A.O. Lovejoy, *The Thirteen Pragmatisms*, ahora en Id., *The Thirteen Pragmatisms and Other Essays*, The Johns Hopkins Press, Baltimore, 1963, p. 1-20, posteriormente han sido remarcadas por R. Rorty, *Consequences of Pragmatism*, The Harvester Press, Brighton, 1982, p. 160. También en el pragmatismo italiano de inicios del siglo XX se discutía sobre los modos en que podía entenderse tal enfoque filosófico: cfr. G. Maddalena y G. Tuzet (a cura de), *I pragmatisti italiani. Tra alleati e nemici*, Albo Versorio, Milano, 2007.

En la filosofía del derecho contemporánea ha de señalarse el pragmatismo de J.L. Coleman, *The Practice of Principle. In Defence of a Pragmatist Approach to Legal Theory*, Oxford University Press, Oxford, 2001. Para enfoques diferentes, cfr. M. Brint & W. Weaver (eds.), *Pragmatism in Law and Society*, Westview Press, Boulder, 1991, y también M. Dickstein (ed.), *The Revival of Pragmatism. New Essays on Social Thought, Law, and Culture*, Duke University Press, Durham and London, 1998.

El pragmatismo en que, quien escribe se reconoce, es aquel que consiste en un *método de clarificación conceptual*, o bien, un método capaz de determinar el contenido de los conceptos y de separar las cuestiones reales de aquellas puramente verbales. La *máxima pragmática* de Charles S. Peirce lo enuncia a grandes rasgos en estos términos, *el significado de un concepto está en sus efectos concebibles y prácticamente relevantes*<sup>7</sup>. O sea, para determinar el significado de un concepto debemos determinar cuáles efectos corresponden a su aplicación. Una lectura atenta de la máxima evidencia en verdad una serie de problemas que no podemos tratar aquí<sup>8</sup>. Prescindiendo de éstos, se puede notar que la máxima se aplica en primer lugar a conceptos que expresan propiedades empíricamente detectables, tales como la fragilidad o la dureza; decir de un objeto que es frágil, significa prever ciertos efectos que se seguirían de ciertas operaciones cumplidas sobre tal objeto (por ejemplo: si el objeto se deja caer, se romperá). Por lo tanto, la máxima puede ser aplicada a todas las creencias que comprendan conceptos definidos de este modo, por ejemplo la creencia que un cierto jarrón es frágil. Si creo que esto es frágil, no estaré dispuesto a dejarlo caer (a menos que no quiera deliberadamente romperlo). Se puede decir con esto que la máxima pragmática presenta las siguientes ventajas:

- 1) pone a la luz cuáles son las operaciones o investigaciones que debemos realizar para verificar o falsear nuestras creencias;
- 2) distingue, entre nuestras creencias, aquellas que pueden ser verificadas o falseadas, de aquellas que no pueden serlo, y que por lo tanto, a pesar de la apariencia, están desprovistas de significado;
- 3) identifica las cuestiones meramente verbales; si a partir de dos creencias no pueden extraerse diferentes consecuencias, las creencias son equivalentes;
- 4) ofrece criterios públicos y controlables para la determinación del significado<sup>9</sup>.

Pero, las ventajas ofrecidas por la máxima pragmática no deben hacernos descuidar ciertos problemas de ambigüedad y otras dificultades. La ambigüedad principal de la máxima pragmática consiste en el hecho de que de ella se pueden dar dos lecturas diferentes:

- a) una lectura práctica; según la cual el significado está en las consecuencias *prácticas* de la aplicación de un concepto;
- b) una lectura observacional, según la cual el significado está en las consecuencias *observables* de la aplicación de un concepto.

Cada una de éstas presenta problemas específicos. Si por ejemplo se adopta la lectura práctica, se presenta el problema de establecer el sentido de las creencias históricas. En efecto, ¿qué consecuencias prácticas tendrían las creencias históricas? ¿Cuáles específicas consecuencias tendría para nuestra conducta la creencia que Bruto ha apuñalado a César? Parece difícil identificar tales consecuencias y por otro lado nos parece absurdo concluir que una semejante creencia esté desprovista de significado. Si, en cambio, se adopta la lectura observacional, se presentan problemas como los siguientes. ¿Cómo distinguir las creencias sobre las criaturas dotadas de consciencia de aquellas sobre los autómatas? ¿Qué significa creer que nuestro semejante siente dolor? Si en efecto el significado de una creencia está exclusivamente en sus consecuencias observables, parece imposible distinguir una creencia sobre alguien semejante a nosotros y aquella sobre un autómata que se comporta en modo idéntico. Aquí no nos interesa tanto discutir tales problemas y las eventuales excepciones al alcance de la máxima

---

<sup>7</sup> Esta es la máxima en la versión del 1878: “considerar cuáles efectos, que puedan concebiblemente (tener alcances prácticos, nosotros pensamos que el objeto de nuestra concepción tenga. Entonces la concepción de estos efectos es nuestra entera concepción del objeto” (C.S. Peirce, *Collected Papers*, Harvard University Press, Cambridge, 1931-1958, vol. V, § 402). No es la sólo versión de la máxima, pero no es ésta la sede para examinar las diferencias.

<sup>8</sup> Cfr. por lo menos W.V.O. Quine, *The Pragmatists' Place in Empiricism*, en R.J. Mulvaney & P.M. Zeltner (eds.), “Pragmatism. Its Sources and Prospects”, University of South Carolina Press, Columbia, 1981, pp. 21-39.

<sup>9</sup> Sobre la segunda ventaja se concentran los italianos Vailati y Calderoni en su escrito *Il pragmatismo e i vari modi di non dir niente* (1909), en donde ejemplificaban ciertas creencias incapaces de superar el test de la máxima. Por ejemplo ciertas generalizaciones indebidas como “Todo es ilusión”.

pragmática. Nos interesa más bien discutir su general aplicabilidad al ámbito de los *conceptos normativos*<sup>10</sup>. ¿Se puede dar cuenta de los conceptos normativos en los términos de la máxima pragmática? ¿Se podría dar cuenta de tal modo de los derechos y de los derechos fundamentales? ¿En esto consistiría el pragmatismo jurídico? Un intento en tal sentido ha sido realizado por las *teorías predictivas del derecho*, conocidas sobre todo a través de la propuesta de Holmes de considerar el derecho desde el punto de vista del *bad man*, o sea, del sujeto interesado únicamente en las consecuencias prácticas de su accionar<sup>11</sup>. De la adopción de tal punto de vista resultaría una teoría del derecho como predicción de lo que los tribunales decidirán<sup>12</sup>. ¿Qué significa, en efecto, según una teoría predictiva, tener la obligación jurídica de hacer *A*? Significa ser (probablemente) sancionados por un tribunal en el caso en que no se haga *A*. Tener una deuda, por ejemplo, significa ser (probablemente) sancionados por un tribunal en el caso en que el acreedor se dirija a él para hacer exigir el cumplimiento. Los derechos subjetivos, agrega Holmes, son definibles con el mismo método.

Los estudiosos del pragmatismo han comparado la teoría predictiva de Holmes con la máxima pragmática de Peirce, preguntándose si una de las dos, y cuál, haya sido influenciada por la otra<sup>13</sup>. Ahora bien, según quien escribe, establecer la prioridad de la una sobre la otra es históricamente difícil y teóricamente poco importante. Aquello que parece indudable es que hay entre ellas una importante afinidad, comparten el principio pragmatista por el cual el contenido de un concepto es determinado por las consecuencias de su aplicación. También en campo jurídico serían importantes las ventajas de la máxima pragmática, entre ellas la posibilidad de distinguir los conceptos jurídicos en base a sus consecuencias y de denunciar como faltas de sentido aquellas distinciones de la doctrina jurídica a las que no correspondan diferentes consecuencias prácticas. Aplicar a un determinado caso el concepto de homicidio voluntario, por ejemplo, implica consecuencias jurídicas diferentes de aquellas implicadas por el concepto de homicidio culposo. Precisamente en virtud de tal diferencia en las consecuencias es que se distinguen los conceptos en cuestión<sup>14</sup>. Que exista una afinidad parece entonces fuera de duda; pero más allá de esta afinidad de fondo, la teoría predictiva presenta particularidades y problemáticas específicas que la diferencian de la máxima pragmática.

Sobre todo, existe una ambigüedad en la teoría predictiva, ¿las predicciones sobre decisiones de los tribunales constituyen *el conocimiento* del derecho o *el derecho*? Las frases de Holmes parecen sugerir a veces la primera y otras veces la segunda interpretación. Pero prescindiendo de las intenciones de Holmes, que el conocimiento del derecho esté constituido por predicciones es sin lugar a dudas una tesis más plausible; en cambio, que el derecho mismo esté constituido por un conjunto de predicciones

---

<sup>10</sup> He ya abordado esto en G. Tuzet, *Ha senso fare previsioni normative?*, en G. Maddalena y G. Tuzet, "I pragmatisti italiani", cit., pp. 53-74.

<sup>11</sup> O.W. Holmes, *The Path of the Law*, en "Harvard Law Review", 10, 1897, pp. 457-478. Cfr. W. Twining, *The Bad Man Revisited*, en "Cornell Law Review", 58, 1973, pp. 275-303; T.C. Grey, *Holmes and Legal Pragmatism*, en "Stanford Law Review", 41, 1989, pp. 787-870; S.J. Burton (ed.), *The Path of the Law and its Influence*, Cambridge University Press, Cambridge, 2000.

<sup>12</sup> "Tomemos [...] el problema fundamental de que cosa es el derecho. Algunos autores nos dicen que es una cosa diferente de lo que es decidido por los Tribunales de Massachusetts o de Inglaterra, que es un sistema de la razón, una deducción de los principios de la ética o de axiomas aceptados, etc., y que puede coincidir o no con las decisiones de los tribunales. Pero si nos metemos desde el punto de vista de nuestro malvado sujeto, nos damos cuenta que no le importa nada de los axiomas y de las deducciones y que él quiere saber cómo probablemente los Tribunales de Massachusetts o de Inglaterra se comportarán de hecho. Yo soy más o menos de la misma opinión: las profecías de lo que los Tribunales efectivamente harán, y nada más pretencioso, son lo que entiendo por derecho" (O.W. Holmes, *The Path of the Law*, cit., pp. 460-461).

<sup>13</sup> Que el pragmatismo filosófico haya generalizado ciertas sugerencias del pragmatismo jurídico, es sostenido por M.H. Fisch, *Justice Holmes, the Prediction Theory of Law, and Pragmatism*, en "The Journal of Philosophy", 39, 1942, pp. 85-97. La opinión inversa, o sea, que el pragmatismo jurídico haya sido el que abrevó del filosófico, es sostenida en J.D. Miller, *Holmes, Peirce and Legal Pragmatism*, en "The Yale Law Journal", 84, 1975, pp. 1123-1140.

<sup>14</sup> Se puede agregar que no solo las consecuencias diversifican inferencialmente los conceptos, sino también las circunstancias anteriores a las cuales los conceptos son aplicables. Cfr. D. Canale, *Inferenzialismo semantico e ragionamento giuridico*, en "Ragion pratica", 25, 2005, pp. 301-334; D. Canale & G. Tuzet, *On Legal Inferentialism. Toward a Pragmatics of Semantic Content in Legal Interpretation?*, en "Ratio Juris", 20, 2007, pp. 32-44; G. Sartor, *Possesso e accettazione di concetti giuridici: un'analisi inferenziale*, en "Analisi e diritto 2007", a cura de P. Comanducci y R. Guastini, Giappichelli, Torino, 2008, pp. 67-89.

es bastante contra intuitivo<sup>15</sup>.

Existe, en efecto, una seria y bien conocida objeción contra la teoría predictiva (si es entendida como definitoria de qué cosa es el derecho). Según esta objeción el derecho consiste en normas, no en predicciones. Si la teoría predictiva pretendiese reducir las normas a predicciones, se propondría algo imposible en la medida en que es imposible reducir el deber ser al ser. Hart en particular ha dirigido esta crítica a la teoría predictiva; no se puede reducir el tener una obligación a la previsión de una sanción, desde el momento en que no se puede reducir lo normativo a lo factual. En efecto, el juez, cuando castiga a un transgresor, no determina las consecuencias que se *siguen* de las circunstancias anteriores, sino aquellas que se *deben seguir* de ellas. El juez asume la norma como guía de su comportamiento y la violación de la norma como razón para punir al trasgresor<sup>16</sup>. Además, nótese bien, la *crítica* de las decisiones judiciales sería insensata si el derecho fuese (objeto de) mera previsión y no también regla de conducta. En defensa de Holmes se ha replicado que la teoría predictiva no es una teoría semántica, sino una teoría empírica sobre la conexión entre obligación y decisiones judiciales<sup>17</sup>. Quien ha buscado defender a Holmes de la equiparación entre obligación y predicción ha puesto el acento sobre el rol de la decisión judicial en la vida del derecho. Desde este punto de vista, Holmes no ha querido establecer una sinonimia entre “tener una obligación” y “ser sancionados” (como se le acusa siguiendo la crítica de Hart), sino la conexión empírica entre tener una obligación y ser (probablemente) sancionados por un tribunal en caso de inobservancia de la obligación. Esto es lo que sucede en la “vida del derecho” – que es una expresión utilizada por el mismo Holmes en el conocido *incipit* de una obra suya: *the life of the law has not been logic, it has been experience*<sup>18</sup>.

Esta defensa de Holmes es sin dudas adecuada a su espíritu pragmatista, pero queda un problema de fondo, ¿se puede aplicar el espíritu de la máxima pragmática (y de la teoría predictiva) a los conceptos normativos y a las normas? El problema es que la máxima se presenta como un método de clarificación conceptual según el cual el significado de un concepto está en los efectos empíricamente relevables que siguen a su aplicación. Ahora bien, respecto de un concepto no normativo como la fragilidad se pueden identificar fácilmente los efectos que siguen a ciertas circunstancias antecedentes y que constituyen el significado del concepto. ¿Pero vale lo mismo respecto de un concepto normativo? Tomemos el concepto de homicidio voluntario. En este caso, las consecuencias que identifican el significado no son consecuencias que se *siguen* de su aplicación, sino que *deben seguir* a su aplicación. Aquel que comete un homicidio voluntario no es castigado en cierto modo en virtud de una ley de la naturaleza, sino que *debe ser* castigado en cierto modo en virtud de una norma. Por lo tanto, la dificultad es la siguiente: si se quiere mantener el enfoque empírico de la máxima, no hay modo de capturar las consecuencias normativas en cuanto tales. Las únicas consecuencias empíricamente relevables son, exactamente, las decisiones de los tribunales. En este sentido Holmes está perfectamente en línea con el espíritu de la máxima pragmática de Peirce, pero al precio de llevar a cabo una problemática reducción de la dimensión normativa del derecho a aquella factual y empíricamente relevante de las decisiones judiciales. Si, en cambio, se quieren capturar plenamente las consecuencias normativas, se puede elaborar una forma de “pragmatismo conceptual” que especifique para cada concepto normativo cuáles consecuencias normativas constituyan su significado<sup>19</sup>, pero al precio de una renuncia a la dimensión

---

<sup>15</sup> Esta interpretación es minoritaria en nuestros días, dado el impacto de la crítica de Hart sobre la que se hablará dentro de poco. Ver en este sentido B. Leiter, *Legal Realism and Legal Positivism Reconsidered*, en “Ethics”, 111, 2001, pp. 278-301.

<sup>16</sup> H.L.A Hart, *The Concept of Law*, nueva ed. con una posdata del autor, Clarendon Press, Oxford, 1994, pp. 10-11. Se puede además distinguir un realismo conceptual de un realismo empírico y sustraer este último a las críticas de Hart (casi B. Leiter, *Legal Realism and Legal Positivism Reconsidered*, cit.).

<sup>17</sup> M. White, *Holmes and Hart on Prediction and Legal Obligation*, en “Transactions of the Charles S. Peirce Society”, XI, 2004, pp. 569-573.

<sup>18</sup> O.W. Holmes, *The Common Law* (1881), ed. by M. DeWolfe Howe, Harvard University Press, Cambridge (Mass.), 1963, p. 5.

<sup>19</sup> Cfr. B. Zipursky, *Pragmatic Conceptualism*, en “Legal Theory”, 6, 2000, pp. 457-485; D. Canale, *Vizi e virtù del pragmatismo concettuale*, en “Analisi e diritto 2006”, a cura de P. Comanducci y R. Guastini, Giappichelli, Torino, 2007, pp. 19-49.

empírica de la “vida del derecho”. Esto es en síntesis el *dilema* que un pragmatismo jurídico consciente es llamado a afrontar.

### 3. *Los frutos fundamentales*

Hay una metáfora que explica bien la idea de qué es el pragmatismo en filosofía, es la metáfora del *pasillo*, propuesta a inicios del siglo XX por Giovanni Papini<sup>20</sup>. Imaginemos un pasillo en un gran hotel que posee cien puertas que se abren sobre cien habitaciones, en las que hombres diferentes se dedican a ocupaciones diferentes (destruir la metafísica, buscar una demostración de la realidad de Dios, establecer un sistema de principios morales, determinar las propiedades de un elemento químico, etc.). El pragmatismo sería una teoría-pasillo, que todos deben utilizar para abocarse a sus respectivos objetivos, así como todos deben cruzar el pasillo para alcanzar sus respectivas habitaciones. Esto se debería a su naturaleza de *método de clarificación conceptual*, que ha de ser utilizado independientemente de lo que se pretende hacer.

Pero para que esta tesis resulte convincente, se debe aclarar *de qué consecuencias se trata* cuando se trata de determinar el contenido de un concepto. Tres son los pasos que hemos de realizar en nuestro ámbito. (En el próximo parágrafo veremos si esto resuelve el dilema señalado anteriormente).

En primer lugar, se deben excluir todas las consecuencias puramente lógicas y triviales. Quien, de la creencia que la libertad es un derecho fundamental obtiene la consecuencia que la libertad es un derecho fundamental, obtiene una consecuencia deductivamente impecable pero insignificante desde el punto de vista del contenido.

En segundo lugar, se debe resolver la ambigüedad de la máxima pragmática antes indicada. En esta sede – donde se examinan los conceptos normativos – el modo preferible de interpretar la máxima es el *práctico*, según el cual son las consecuencias prácticas de su aplicación las que construyen el significado de un concepto, o sea, en sentido lato, las consecuencias relevantes para la conducta. Las teorías predictivas, relativamente al derecho, capturan consecuencias de este tipo: el *bad man* de Holmes está precisamente interesado en las consecuencias relevantes para la conducta<sup>21</sup>.

En tercer lugar, cuando se trata de un concepto normativo, entre sus consecuencias prácticas se deben distinguir aquellas propiamente normativas, que no son capturadas por las predicciones, pero que, como Hart ha demostrado, no se pueden excluir del conjunto de elementos que forman el contenido conceptual.

Estos tres pasos permiten identificar las consecuencias que determinan el contenido de un concepto normativo<sup>22</sup>. El primer paso tiene una función excluyente; el segundo y el tercero identifican dos diferentes tipos de consecuencias prácticas, factuales y normativas.

Esto vale para los derechos ya sea en ámbito moral (*moral rights*), ya sea en ámbito jurídico (*legal rights*). Con relación al ámbito jurídico deberán, como es obvio, ser introducidas especificaciones, relativas al tipo de sistema jurídico y a las relaciones normativas que lo caracterizan<sup>23</sup>. Tomemos por ejemplo el sistema jurídico italiano. ¿Qué significa decir en este sistema que X tiene un derecho de usufructo?

---

<sup>20</sup> G. Papini, *Pragmatismo (1903-1911)*, tercera ed., Vallecchi, Firenze, 1927, pp. 96-97. Cfr. C. De Waal, *Il pragmatismo a Firenze: i maghi e i logici*, en G. Maddalena y G. Tuzet, “I pragmatisti italiani”, cit., pp. 115-144, p. 139 en particular.

<sup>21</sup> Nótese que una parte de las consecuencias prácticas son también consecuencias observables, se trata de aquellas consecuencias susceptibles de ser predichas (mientras no tiene sentido decir que es observable una consecuencia puramente normativa). Esto recompone en parte la divergencia entre las dos lecturas de la máxima pragmática.

<sup>22</sup> Diferentes disciplinas pueden contribuir a identificarlas. La lógica deóntica, por ejemplo, puede contribuir a la identificación de las consecuencias normativas; la sociología jurídica a la identificación de las consecuencias factuales; la ciencia jurídica puede hacer ambas cosas, en la medida en que no se limite a análisis dogmáticos sino que desarrolle también investigaciones empíricas.

<sup>23</sup> Útiles en este sentido son las consideraciones de H.L.A. Hart, *Contributi all'analisi del diritto*, a cura de V. Frosini, Giuffrè, Milano, 1964, pp. 59-61, con relación al modo en que Bentham entiende los enunciados relativos a los derechos, a saber, como enunciados cuyo sentido está en ciertas condiciones y consecuencias. Hoy se diría que las relativas *inferencias* determinan el contenido. Cfr. W. Sellars, *Inference and Meaning*, en “Mind”, 62, 1953, pp. 313-338.

Significa principalmente identificar una serie de consecuencias normativas establecidas por el mismo sistema o de él lógicamente deducibles, por ejemplo que X tiene la facultad de usar la cosa y percibir los frutos (art. 981 c.c.), que X tiene la obligación de respetar la destinación económica de la cosa (art. 981 c. I c.c.), que otro sujeto Y tiene la obligación en cuanto propietario de dar a X una indemnización por las mejoras que subsistan al momento de la restitución de la cosa (art. 985 c.c.), que un juez llamado a decidir una controversia del tipo deberá disponer y motivar según norma legal (artt. 101 c. II, 111 c. VI cost.), que tal juez deberá tratar a X como a cada otro poseedor del mismo título (art. 3 c. I cost.), etc. Pero significa también, si queremos dar una imagen realista, identificar una serie de consecuencias factuales, formulando por ejemplo predicciones sobre el modo en que los tribunales decidirán ciertas controversias relativas al usufructo, sobre la base de la doctrina prevalente, de la jurisprudencia reciente<sup>24</sup>, o considerando los efectos económicos y sociales de la respectiva regulación<sup>25</sup>, etc. Un conjunto semejante de consecuencias determina el contenido del derecho en cuestión.

¿Esto vale también para los derechos fundamentales? De éstos, hemos dicho al inicio, se puede sospechar que tengan un contenido intrínsecamente apreciable y deseable. Que, por lo tanto, a diferencia de los otros derechos, interesan en cuanto tales y no en virtud de sus consecuencias. Para retomar el ejemplo, nadie (a no ser que sea un extraño coleccionista) está interesado en tener un derecho de usufructo en cuanto tal, sino que está interesado en el goce de la cosa y de sus frutos, legitimado por el derecho en cuestión. Pero, ¿se puede decir lo mismo de un derecho fundamental? ¿No es quizás verdad, al contrario, que un derecho fundamental como la libertad de expresión nos interesa en cuanto tal? ¿Qué otra cosa deberíamos apreciar y desear sino, precisamente, el poder expresar libremente nuestro pensamiento?

No obstante, a pesar de la plausibilidad de esta impresión, también los derechos fundamentales se deben considerar en términos de consecuencias, por la simple razón de que, en nuestros sistemas jurídicos, su contenido es mucho más rico y articulado de cuanto pueda parecer a primera vista. Un derecho fundamental como la libertad de expresión no se agota en una tautología sino que se especifica en una serie de consecuencias normativas que corresponden a todas las posiciones jurídicas subjetivas determinadas por el reconocimiento o por la atribución del derecho en juego. Tales posiciones como diremos a continuación, pueden ser expresamente determinadas por el sistema o inferidas de éste por vía argumentativa<sup>26</sup>.

No se debería además descuidar el problema de la compatibilidad y de los conflictos entre derechos fundamentales. Se trata de un problema muy discutido en el escenario contemporáneo<sup>27</sup>. A diferencia de los derechos no fundamentales, respecto de los cuales no se presentarían problemas de compatibilidad y conflictos (pero sí quizás se presentarían problemas de antinomias entre las normas que los confieren)<sup>28</sup>, los derechos fundamentales podrían entrar en conflicto y, si así fuese, deberían ser equilibrados o ponderados caso por caso. Entonces, sin entrar en el mérito de las diversas teorías del

---

<sup>24</sup> Cfr. B. Leiter, *Naturalizing Jurisprudence: Essays on American Legal Realism and Naturalism in Legal Philosophy*, Oxford University Press, Oxford, 2007; P. Chiassoni, *La giurisprudenza civile*, Giuffrè, Milano, 1999. En este ámbito son relevantes las reglas o normas seguidas de hecho por los tribunales, que pueden divergir de aquellas puestas por la autoridad legislativa.

<sup>25</sup> Esta es una de las tareas del análisis económico del derecho, en particular.

<sup>26</sup> “Tener un derecho de *free speech* no significa solo, ni principalmente, tener una cierta libertad, o una inmunidad, o una cierta combinación de libertad, pretensiones, poderes e inmunidades; significa tener una razón – un argumento, una justificación, un valor – para reivindicar deberes, y también otros derechos” (M. Barberis, *I conflitti fra diritti tra monismo e pluralismo etico*, en “Analisi e diritto 2005”, a cura de P. Comanducci y R. Guastini, Giappichelli, Torino, 2006, pp. 1-20, p. 11).

<sup>27</sup> Cfr. entre otros P. Comanducci, *Problemi di compatibilità tra diritti fondamentali*, en “Analisi e diritto 2002-2003”, a cura de P. Comanducci y R. Guastini, Giappichelli, Torino, 2004, pp. 317-329; R. Guastini, *Ponderazione. Un’analisi dei conflitti tra principi costituzionali*, en “Ragion pratica”, 26, 2006, pp. 151-159; G. Pino, *Conflitto e bilanciamento tra diritti fondamentali. Una mappa dei problemi*, en “Ragion pratica”, 28, 2007, pp. 219-273; R. Alexy, *Diritti fondamentali, bilanciamento e razionalità*, en “Ars Interpretandi”, XII, 2007, pp. 45-55.

<sup>28</sup> No es ésta la sede para tratarlos, pero señalo que esta asunción es contestable por parte de quien considere que cada conflicto normativo es reducible a algún tipo de antinomia.

equilibrio discutidas en la literatura, se podría enriquecer el cuadro anterior diciendo que, para determinar el contenido de un derecho fundamental y su alcance, se deberían hacer las siguientes cosas:

- 1.1) determinar las consecuencias normativas del derecho a la luz del sistema;
- 1.2) considerar si, en un caso en concreto, tales consecuencias son incompatibles con las consecuencias normativas de otros derechos fundamentales reconocidos o atribuidos en el sistema;
- 1.3) en el caso que exista incompatibilidad entre las consecuencias, proceder a equilibrar en el caso concreto;
- 2.1) relevar las consecuencias factuales, a nivel jurisdiccional, de la aplicación del derecho;
- 2.2) relevar las consecuencias factuales, a nivel económico y social, de la aplicación del derecho<sup>29</sup>.

A éstas habría que agregar un ulterior tipo de operaciones:

- 3) considerar si existe una sensible divergencia entre las consecuencias factuales y aquellas normativas – entre cuanto se sigue y cuanto se debe seguir a la aplicación del derecho – y considerar si, según la entidad de la divergencia, se deba hablar de falta de protección del derecho o sean de rever las asunciones normativas<sup>30</sup>.

Como observación adicional, se podría insistir sobre el hecho de que precisamente la determinación de sus consecuencias en los casos concretos permite sacar a la luz y explicar los conflictos entre derechos fundamentales. Ello en cuanto, como prevalentemente se sostiene, los conflictos entre derechos fundamentales (o los respectivos principios constitucionales) no son *en abstracto*, sino *en concreto*, y es sólo en la aplicación en concreto – o sea en el momento en que se deben determinar sus consecuencias para el caso concreto – que los derechos se vuelven incompatibles. También aquí, un conjunto semejante de consecuencias determina el contenido de los derechos en cuestión. *También a los derechos fundamentales los reconoceremos a partir de sus frutos.*

Sin embargo, se podría objetar que el doble orden de consecuencias distinguido más arriba comporta una consecuencia no deseable, a saber, que los conceptos normativos (o mejor, los términos empleados para expresarlos) serían esencialmente ambiguos, en cuanto definidos en términos tanto normativos como factuales; esto, podría argumentarse, complicaría las cosas más que aclararlas<sup>31</sup>. A esto respondería que la claridad no debe alcanzarse al precio de una artificiosa simplificación y que el fenómeno mismo aquí considerado se presta a un doble análisis, normativo y factual. Lo importante es mantener diferenciados los dos tipos de consecuencias, en un cuadro claro pero articulado, por un lado, sin confundirlas y, por el otro, sin considerarlas como cuestiones completamente separadas. En efecto, lo que una concepción pragmatista no quiere perder de vista son las relaciones entre los dos diferentes planos, razón por la que es importante agregar el punto 3) a los otros dos puntos distinguidos más arriba. Es decir, mantener siempre abierta la comparación entre consecuencias normativas y factuales, identificar las eventuales divergencias y entonces valorar si se deba hablar de falta de protección de un derecho o si son de rever las asunciones normativas. En el caso en que las consecuencias diverjan, en efecto, los casos pueden ser dos: o bien el derecho no resulta protegido, o bien no es verdad que el sistema atribuya tal derecho con tales consecuencias. Quien separara completamente los dos planos impediría esta comparación y resultaría insensible frente a cualquier divergencia, incluso frente a la

---

<sup>29</sup> Nótese los dos diferentes sentidos de “aplicación”, a saber, el sentido *lógico* (por el que se puede aplicar el *concepto* de fragilidad a un copa de cristal, o el concepto de homicidio voluntario a un acto determinado) y aquel típicamente *jurídico* (por el que se dice que una *norma* ha sido aplicada).

<sup>30</sup> Obviamente éstas últimas consideraciones se pueden hacer *mutatis mutandis* también respecto de los derechos no fundamentales y es igualmente claro que este tipo de evaluaciones comporta una apreciación discrecional.

<sup>31</sup> Agradezco a Damiano Canale y Giovanni Battista Ratti por haberme señalado esta crítica. Aprovecho la ocasión de esta nota para agradecer también a Nicola Muffato por otros comentarios no marginales.

eventualidad extrema de la *esquizofrenia de las consecuencias*. El pragmatista, al contrario, no separa la vida del derecho y su normatividad.

#### 4. *Algunas conclusiones*

Hemos notado que entre las consecuencias prácticas de la aplicación de un concepto normativo se pueden distinguir, entre aquellas factuales empíricamente relevantes (como las decisiones de los tribunales, susceptibles de predicción) y aquellas normativas lógicamente determinables (como las consecuencias deónticas y no triviales de tener un determinado derecho). El dilema del pragmatismo jurídico, entre normatividad y “vida del derecho”, resulta de este modo atenuado hacia la distinción entre dos planos, a saber, qué sigue y qué debe seguirse a la aplicación de un determinado concepto. En un sistema que funciona perfectamente, los dos planos tendrán la misma extensión, mientras que una sensible divergencia señalará un estado patológico o permitirá identificar asunciones normativas erróneas<sup>32</sup>.

Si un pragmatismo jurídico acabado debe dar cuenta de ambas dimensiones del derecho, normativa y factual, entonces recurrir a las consecuencias normativas y factuales consiente hacerlo. Además, consiente apuntar a un fenómeno crucial en éste ámbito, aquel de la *falta de consecuencias*. Para juzgar la (falta de) protección de un derecho, se debe establecer antes cuáles consecuencias el derecho objetivo fracasa en reconocer o proteger. El coleccionista de derechos, en rigor, no debería preocuparse de ellas, porque está interesado en los derechos en cuanto tales.

Sin embargo, se podría observar que precisamente sobre la base de cuánto hemos discutido, el pragmatismo jurídico no da cuenta de un aspecto muy importante de los derechos fundamentales, a saber, el de su contenido esencial. El recurso a las consecuencias, si bien distinguiendo entre factuales y normativas, debería ser ulteriormente especificado para capturar aquellas consecuencias que constituyen el *contenido esencial* de un derecho fundamental, de manera tal que permita estigmatizar las violaciones de ese contenido.

Esta observación posee plausibilidad intuitiva, pero se encuentra con la seria dificultad de determinar, en un modo que no sea discrecional cuál es un contenido esencial, especialmente en aquellos contextos caracterizados por una pluralidad de valores susceptibles de entrar en conflicto. Demos algunos ejemplos. ¿Qué decir del sistema electoral que garantiza el derecho de voto pero al mismo tiempo no permite expresar la propia preferencia por un candidato determinado? ¿Hay una violación del contenido esencial del derecho? ¿Qué decir del sistema en el que está garantizado el justo proceso pero, por otras supuestas urgencias, al gobierno se le consiente suspender una parte de los procesos? ¿Hay una violación del contenido esencial del derecho al justo proceso? ¿Qué decir del sistema en el que está garantizada la libre investigación científica pero, por una verdadera amenaza a la dignidad humana y del embrión, se prohíben ciertos tipos de investigación? ¿Hay una violación del contenido esencial del derecho a la libre investigación científica? Si en todos estos casos estamos en presencia de violaciones al contenido esencial de los respectivos derechos, ¿no se debería sospechar que este contenido esencial sea demasiado amplio como para ser esencial? Y si en algunos casos hay violación al contenido esencial y en otros no, ¿con cuáles criterios no discrecionales podemos reconocerlos? Y si en ninguno hay una violación tal, ¿estamos todavía en presencia de violaciones de derechos? En efecto, ¿Qué decir del contenido no esencial? ¿La violación de un contenido no esencial sería todavía una *violación*? Si no hubiese algún modo de accionar legalmente en contra de ésta, ¿en qué sentido jurídico sería todavía la violación de un derecho? Brevemente, en mi opinión, las consecuencias de los derechos y de sus violaciones se determinan en un cuadro holístico, eventualmente conflictual y difícilmente descomponible en elementos esenciales y no esenciales<sup>33</sup>. El pragmatista lo reconoce abiertamente.

---

<sup>32</sup> Esto, como me hace notar Giovanni Battista Ratti, vale para los enunciados normativos interpretados, con todas las complicaciones que derivan según cuál sea la práctica interpretativa y las teorías utilizadas para dar cuenta de ella.

<sup>33</sup> Ver también los ejemplos y las consideraciones de R. Bin, *Diritti e fraintendimenti*, en “Ragion pratica”, 14, 2000, pp. 15-25. Cfr. G. Pino, *Conflitto e bilanciamento fra diritti fondamentali*, cit., p. 240.

Creo que se pueda sostener una continuidad entre este enfoque pragmatista y las concepciones llamadas *dinámicas* de los derechos<sup>34</sup>. No es ésta la sede para examinarlas en detalle, pero se puede recordar brevemente su núcleo. Mientras desde el punto de vista estático (ejemplificado por las teorías hohfeldianas)<sup>35</sup> existe correlación y equiparación entre derechos y deberes, desde el punto de vista dinámico existe una primacía de los derechos sobre los deberes (la atribución o el reconocimiento de derechos justifica la atribución o el reconocimiento de deberes). De que primacía se trate es, por otra parte, algo que ver. Por una parte, una primacía justificativa no significa una primacía lógica. Por otra, la correlación lógica puede desaparecer si se considera que puedan subsistir derechos aún en ausencia de los respectivos deberes. ¿Cómo sería ello posible? Según las teorías dinámicas, un derecho puede generar diferentes posiciones jurídicas según las circunstancias. Porque, como ha escrito Bruno Celano, “la respuesta a la pregunta sobre cuáles posiciones subjetivas están justificadas por un cierto derecho depende, además de cuál sea el derecho en cuestión, de ulteriores circunstancias, puesto que es posible que deriven del mismo derecho, en circunstancias diferentes, diferentes conjuntos de posiciones subjetivas; es posible que, o sea, un mismo y único derecho constituya, dependiendo de la variación de las circunstancias, el criterio de identificación, y el principio de justificación, de conjuntos mutables de obligaciones, sujeciones, etc.”<sup>36</sup>. Nuevos hechos, nuevas operaciones, nuevas actividades pueden determinar nuevas consecuencias en términos de deberes, o de todos modos modificar el conjunto anterior. Por lo tanto, la concepción dinámica conserva “la asunción de que existe una conexión conceptual entre derecho y deber, pero, al mismo tiempo, deja abierta la posibilidad de que subsista un derecho en ausencia de un deber correspondiente; un derecho es la razón apta para justificar (bajo ulteriores condiciones) el reconocimiento o la imposición de un deber; no necesariamente, dado un derecho, está con esto mismo determinado si existe un deber que le corresponda (y que el derecho justifique), o cuál sea ese deber, (ni, por lo tanto, sobre quién recaiga). [...] Un derecho, por así decir, produce en el curso del tiempo (lógico, o real), deberes (y otras posiciones hohfeldianas), pero de todos modos se mantiene, algo diferente, y originario, respecto de sus frutos”<sup>37</sup>.

Hay una continuidad entre una concepción pragmatista y las teorías dinámicas caracterizadas de este modo, si se piensa al hecho que, en el sentido de la máxima pragmática, nuevas operaciones y sus respectivos efectos pueden modificar el significado de un concepto. Sin embargo, mirando bien, no se pueden descuidar algunas dificultades. Por ejemplo, si hemos dicho que los derechos se reconocen a partir de sus frutos, ¿no resulta injustificado y metafísico (en un sentido peyorativo del término) entenderlos como algo “originario” y diferente de sus respectivos frutos? Se podría responder que los unos y los otros son lógicamente distintos y que los frutos son una *razón cognoscitiva* de los relativos derechos, mientras que éstos son su *razón justificativa*. O sea, reconocemos un cierto derecho a partir de sus frutos pero no lo reducimos a estos, más aún, éstos últimos se entienden como algo que, a nivel de justificación, depende de los derechos. A mayor razón para los derechos fundamentales.

¿Pero qué determina las reglas con las que son generadas nuevas posiciones subjetivas? ¿El derecho objetivo? ¿Prácticas sociales? Si se trata de inferencias, ¿de qué inferencias se trata? ¿Con cuáles conexiones justificativas<sup>38</sup>? ¿Con cuáles premisas mayores?

---

<sup>34</sup> B. Celano, *I diritti nella giurisprudenza anglosassone contemporanea. Da Hart a Raz*, en “Analisi e diritto 2001”, a cura de P. Comanducci y R. Guastini, Giappichelli, Torino, 2001, pp. 1-58, p. 6 en particular. Celano analiza con gran atención no sólo las concepciones estáticas y dinámicas, sino también la comparación entre *choice theory* e *interest theory* de los derechos subjetivos, respectivamente sostenidas por Hart y Raz. Hoy prevalece la segunda, según la cual (i) los derechos consisten en intereses capaces de (ii) constituir las bases normativas de los deberes. Cfr. entre otros J. Raz, *Legal Rights*, en “Oxford Journal of Legal Studies”, 4, 1984, pp. 1-21; J. Waldron, *Rights in Conflict*, en “Ethics”, 99, 1989, pp. 503-519; A. Marmor, *On the Limits of Rights*, en “Law and Philosophy”, 16, 1997, pp. 1-18; M.H. Kramer & H. Steiner, *Theories of Rights: Is there a Third Way?*, en “Oxford Journal of Legal Studies”, 27, 2007, pp. 281-310.

<sup>35</sup> Cfr. W.N. Hohfeld, *Fundamental Legal Conceptions as Applied in Judicial Reasoning and Other Legal Essays*, ed. by W.W. Cook, Yale University Press, New Haven, 1923.

<sup>36</sup> B. Celano, *I diritti nella giurisprudenza anglosassone contemporanea*, cit., p. 45.

<sup>37</sup> Ivi, p. 47. Nótese además, a descrédito de las concepciones estáticas, que pueden darse deberes (como aquellos respecto de los animales) sin que se den los respectivos derechos.

<sup>38</sup> Cfr. ivi, p. 49.

En un artículo de Mauro Barberis ha sido presentada la distinción entre *micro-derechos* (posiciones favorables simples), *macro-derechos* (posiciones favorables complejas) y *derechos-razones* (posiciones favorables argumentativas)<sup>39</sup>. Éstos últimos son, según Barberis, “valores formulados por principios morales o constitucionales”<sup>40</sup>. Dicho de otro modo, un derecho razón es “un valor que hace las veces de fundamento”<sup>41</sup> de otros derechos y deberes obtenidos a partir de aquel por vía argumentativa. En este sentido, los derechos fundamentales serían configurables como derechos-razones. Para retomar el ejemplo hecho anteriormente, la libertad de expresión no se agota en un valor intrínsecamente apreciable, ni su contenido estaría dado por la tautología según la cual la libertad de expresión consiste en la libertad de expresión. Ese contenido consistiría sobre todo en una serie de posiciones subjetivas expresamente establecidas por el sistema o inferibles a partir de él por vía argumentativa, apoyándose sobre tal derecho como razón para imputar deberes o reivindicar otros derechos. Barberis piensa sobre esta base que la teoría estática y dinámica son compatibles. En este sentido afirma que mientras “la teoría estática se refiere sólo a micro-y macro-derechos atribuidos por normas en un momento determinado; la teoría dinámica, en cambio, se refiere sólo a todas las consecuencias argumentativas que pueden obtenerse, a través del tiempo, de derechos-razones”<sup>42</sup>.

Las preguntas hechas anteriormente pueden encontrar así una doble respuesta, a saber, las reglas o premisas mayores con las que determinar (nuevas) posiciones subjetivas pueden ser ofrecidas tanto por el derecho objetivo cuanto por la argumentación de los participantes.

Concepciones de este tipo permiten dar cuenta de aquel carácter “dinámico” que empuja a otros autores a insistir sobre la necesidad de una teoría “impura” de los derechos<sup>43</sup>. En efecto, no hay necesidad de una teoría de ese tipo una vez que se reconozca ese carácter “dinámico” y se comprenda que esto es perfectamente compatible con un elemento “estático”. Concebir los derechos en términos de consecuencias nos aleja de una concepción puramente estática, sin que esto signifique renunciar a las relaciones lógicas y conceptuales (típicamente estudiadas por la lógica deóntica) entre posiciones jurídicas subjetivas. El lógico no es necesariamente un coleccionista. Más aún, ama las consecuencias y en particular modo aquellas que amplían nuestro conocimiento.

También cuando se habla de un “catálogo” de los derechos asoma la peligrosa metáfora de la colección. La concepción minimalista de Ignatieff implicaría a groso modo esta política, es decir, pocas obras de arte pero buenas, y puestas al seguro<sup>44</sup>. La concepción de Mazzarese, siempre metafóricamente, respondería que el arte contemporánea contiene una tal pluralidad de expresiones y belleza que la colección debe ser mantenida y enriquecida, cueste lo que cueste, en vez de reducida a pocas obras

---

<sup>39</sup> M. Barberis, *I conflitti fra diritti tra monismo e pluralismo etico*, cit. Sobre monismo y pluralismo ético cfr. también Id., *L'eterogeneità del bene. Giuspositivismo, giusnaturalismo e pluralismo etico*, en “Analisi e diritto 2002-2003”, a cura de P. Comanducci y R. Guastini, Giappichelli, Torino, 2004, pp. 1-20; Id., *Dispute razionalmente interminabili. Ancora su giuspositivismo e giusnaturalismo*, en “Analisi e diritto 2006”, a cura de P. Comanducci y R. Guastini, Giappichelli, Torino, 2007, pp. 1-18.

<sup>40</sup> M. Barberis, *I conflitti fra diritti tra monismo e pluralismo etico*, cit., p. 11.

<sup>41</sup> Ivi, p. 12. Cfr. F. Viola, G. Zaccaria, *Diritto e interpretazione*, Laterza, Roma-Bari, 1999, p. 217 ss.

<sup>42</sup> M. Barberis, *I conflitti fra diritti tra monismo e pluralismo etico*, cit., p. 12. Ver también M.H. Kramer, N.E. Simmonds, H. Steiner, *A Debate over Rights*, Oxford University Press, Oxford, 2000.

<sup>43</sup> Cfr. L. Baccelli, “*Ex parte populi*”. *Per una teoria impura dei diritti*, en “Ragion pratica”, 31, 2008, pp. 337-364; G. Preterossi, *I diritti alla prova del “politico”*, en “Ragion pratica”, 31, 2008, pp. 279-289. La contaminación que reinvidica Baccelli es aquella entre nivel teórico y nivel retórico (o de la actividad de *claiming*). Aquella que reinvidica Preterossi es entre dimensión jurídica y dimensión política.

<sup>44</sup> Cfr. M. Ignatieff, *Human Rights as Politics and Idolatry*, cit. Un minimalismo extremo de los derechos ha sido además sostenido por Hart en un ensayo originariamente publicado en 1955 (*Are There Any Natural Rights?*). “Entiendo avanzar la tesis de que si existen derechos en sentido moral, se sigue que hay por lo menos *un* derecho natural, el igual derecho de todos los hombres de ser libres” (H.L.A. Hart, *Contributi all'analisi del diritto*, cit., p. 83). Dworkin (*Cosa sono i diritti umani*, cit., p. 477) es en cambio propenso a incluir en los derechos humanos los derechos sociales (además de aquellos de libertad) y el derecho a un medioambiente no contaminado, pero invita a no tratar en términos de derechos humanos cuestiones como la clonación y la ingeniería genética, para evitar que los primeros resulten debilitados.

cruciales<sup>45</sup>. Desde mi punto de vista, ya sea que se quiera coleccionar mucho o poco, pienso que un punto queda claro, es decir, que *el contenido de los derechos no es intrínseco ni puramente estático*. Criticando a Ignatieff, Mazzaresse ha definido pragmatista, la posición de quien, como Bobbio en los años sesenta, insiste sobre la *protección* de los derechos más que sobre su fundamento o su justificación<sup>46</sup>. Se trataría de una posición pragmatista en cuanto evita naufragar en (interminables) discusiones metafísicas, preocupándose sobre todo de la tutela de los derechos sancionados en las constituciones y en las cartas internacionales contemporáneas. Hay algo de verdadero en la idea según la cual un enfoque pragmatista de los derechos los libera de viscosas hipotecas metafísicas; pero hay algo falso en la idea de que un enfoque pragmatista se limita a esto. Al contrario, como he intentado indicar, un enfoque pragmatista sirve para determinar justamente el contenido de los derechos y su real alcance<sup>47</sup>. Se puede además sostener que ni siquiera una obra de arte es apreciada *en sí*, sino en relación a las consecuencias que produce en sus usufructuarios – consecuencias de tipo emocional entre otras. Eso no sería una objeción a nuestra tesis; más aún, la reforzaría demostrando que también de una obra de arte cuentan las consecuencias más que las propiedades intrínsecas, así como de un derecho (fundamental) cuentan más las consecuencias (normativas y factuales) que la adscripción del derecho en sí mismo.

*Traducción de Federico José Arena*

---

<sup>45</sup> En particular, Mazzaresse sostiene que no existe “un consenso unánime tanto acerca de los límites dentro de los cuales circunscribir la libertad negativa cuanto acerca de los contenidos específicos a partir de los cuales construir el catálogo” (*Minimalismo del diritto*, cit., p. 206) y que, análogamente, la capacidad de actuar y la dignidad designan “valores complejos y plurales que, escapando al intento de trazar precisas distinciones, tienden a sobreponerse y a confundirse” (ivi, p. 207).

<sup>46</sup> Ivi, p. 205. Cfr. N. Bobbio, *L'età dei diritti*, Einaudi, Torino, 1990. Ver también T. Mazzaresse (a cura de), *Neocostituzionalismo e tutela (sovra)nazionale dei diritti fondamentali*, Giappichelli, Torino, 2002. Para una concepción “política” de los derechos humanos en el ámbito de las relaciones internacionales, cfr. J. Raz, *Diritti umani senza fondamenti*, en “Ragion pratica”, 29, 2007, pp. 449-468.

<sup>47</sup> Un realista que recuerde a Ross diría a este punto que un derecho *no es otra cosa más* que una “técnica de presentación” de un conjunto de descripciones y de prescripciones. Sobre los complejos problemas que pone una ontología del derecho, me permito de renviar a G. Tuzet, *The Social Reality of Law*, en “Analisi e diritto 2007”, a cura de P. Comanducci y R. Guastini, Giappichelli, Torino, 2008, pp. 179-198.