

GEORGE RAINBOLT, *THE CONCEPT OF RIGHTS*

Antonio Manuel PEÑA FREIRE
Universidad de Granada (España)

RAINBOLT, George, *The Concept of Rights*, Springer, Dordrecht, 2006, 255 páginas.

1. *The Concept of Rights*, de George Rainbolt, no es el tipo de libro sobre los derechos que esperamos encontrar los que formamos parte de la filosofía del derecho característica de la Europa continental. El libro no se pronuncia sobre los derechos que hemos de tener o sobre su alcance, sino que se limita a elaborar un concepto de los derechos en clave estrictamente analítica. *The Concept of Rights* es un análisis hohfeldiano (o neo-hohfeldiano) sobre los derechos y la aplicación de esta teoría al discurso académico sobre los derechos aun está lejos de ser general entre nosotros. Es cierto que las relaciones jurídicas a las que se refirió W. N. Hohfeld hace ya casi un siglo son relativamente conocidas para el experto castellano-hablante desde que *Some Fundamental Legal Conceptions as Applied in Judicial Reasoning* fuese traducido e introducido al lector castellano-hablante por Genaro Carrió. Desde entonces se conocen diversas obras importantes que presuponen, en mayor o menor medida, las categorías y presupuestos del análisis hohfeldiano. La referencia a Robert Alexy, quien maneja el soporte hohfeldiano para elaborar su estudio de los derechos fundamentales es uno de los hitos más significativos. El reciente trabajo de Rodolfo Arango sobre los derechos sociales, elaborado precisamente en Kiel bajo el influjo de Alexy, también merece una mención singular.

Sin embargo, ni mucho menos es ese el corte de los estudios sobre los derechos al que estamos acostumbrados. Si tomamos como referencia, por ejemplo, los recientes debates referidos a los derechos sociales, a su estructura y garantía y a sus diferencias con los derechos de libertad, comprobaremos que las tesis que se presentan están ideologizadas y que son de corte predominantemente normativo. Aparte de pregonar la necesidad o inevitabilidad de reconocer y garantizar tales o cuales derechos, no se aprecia un análisis fino aplicado a la estructura de los derechos o al diseño de categorías y esquemas a partir de los que entenderlos y analizarlos. Es más, se aprecia justo lo contrario: cierta disposición a la confusión conceptual y formular propuestas de disolución de unos derechos en otros, como si eso bastara para hacer útiles o eficaces los mecanismos de garantía que se aplican a un tipo de derechos cuando se propugnan para otros de signo bien distinto. Las carencias de estos estudios ponen de manifiesto la necesidad de un complemento estructural que les dé mayor solidez, algo que, una vez superados los reparos a los estudios de corte analítico, debería jugar a favor del interés del libro reseñado y de otros muchas aportaciones, muy conocidas en el mundo anglosajón, de los que el libro de Rainbolt da cuenta.

En Estados Unidos, en efecto, además de los reclamos normativos que son habituales aquí, hay un fecundo discurso sobre los derechos de corte analítico. Sus conclusiones, contrariamente a lo que en ocasiones se piensa, no son ni inútiles a la filosofía activista de los derechos ni mucho menos representan una forma de dilapidar los esfuerzos dirigidos al reconocimiento y garantía de los derechos. Antes al contrario, cualquier planteamiento normativo o desiderativo es mucho más fuerte si se yergue sobre una sólida base teórica o analítica. Ni que decir tiene que *The Concept of Rights* es útil para asentar esa base.

El libro de Rainbolt tiene interés pero no sólo por esto. Nos permite recuperar, por ejemplo, debates como los que se plantean entre la teoría de la voluntad (*Choice o Will Theory*) y la teoría del interés (*Interest o Benefit Theory*), aún vivos en el contexto anglosajón. Aunque estos debates son relativamente conocidos a partir de la difusión entre nosotros de los escritos de Hart o Raz, lo cierto es que otros de sus cultores no lo son tanto, como por ejemplo Feinberg o Wellman. El debate entre los partidarios de la *Interest Theory* y la *Will Theory* —en el que mediará Rainbolt con su tesis de la restricción justificada (*normative constraint theory*)— retrotrae al jurista de formación continental a aquel otro entre la teoría de la voluntad de Savigny o Windscheid y la teoría del interés de Ihering, y que parecía cerrado desde hace décadas quizás por la contundente irrupción de los planteamientos negadores de Kelsen o Duguit, que terminaron por cerrar la parábola de la reflexión sobre el derecho subjetivo que dibujara Orestano, colocándola en su punto de origen, esto es, en el terreno de las normas y del derecho objetivo, en el que no hay lugar para planteamientos o tesis subjetivistas.

No parece, sin embargo, que la línea en cuestión haya seguido la misma trayectoria en el caso de los Estados Unidos, cuya cultura jurídica, tan alejada de nuestra propensión normativista y estatalista, hace gala de su individualismo al mantener vivo el debate sobre los derechos subjetivos en lugar de negarlos. Desde luego es el caso de Rainbolt que se mantiene en el punto más alto de la parábola cuando, por ejemplo, concluye su obra dando a toda su reflexión un marcado carácter subjetivo y personalista al afirmar que creer en los derechos significa pensar que los individuos, en tanto que titulares de derechos, son fuente de obligaciones y que, por tanto, respetar los derechos de alguien es respetarlo como persona (p. 243) o cuando, como hace a lo largo de todo el libro, concibe a los derechos en función de un rasgo o aspecto, quizás imprecisamente caracterizado, pero en todo caso siempre personal o subjetivo.

Hay otro motivo por el que el esclarecimiento de las cuestiones conceptuales a propósito de los derechos es hoy particularmente conveniente. La proliferación de derechos amenaza con degradar el peso normativo de la figura y con banalizar cualquier planteamiento o exigencia formulados desde esas posiciones. Algunos han advertido sobre estos problemas, como por ejemplo, Cranston¹ o

1. M. Cranston "Human Rights, Real and Supposed" en D. D. Raphael, *Political Theory and the Rights of Man*, Indiana University Press, Bloomington, 1967.

Wellman². En nuestro ámbito, las advertencias respecto de la fecundidad o la distorsión de la figura no son tan audibles, aunque los riesgos, de ser ciertos, son idénticos. En la filosofía jurídica de corte europeo-continental es frecuente el intento de hacer pasar por derechos a los valores éticos o a los planteamientos políticos propios, lo que convierte al contradictor moral o al adversario político en *enemigo de los derechos*. La operación se agrava cuando, como también es frecuente entre nosotros, los derechos se leen como deberes de todos estatalmente exigibles o como ambiciosos programas de reforma social llamados a ser impuestos por la fuerza. No es este el lugar para desarrollar estas ideas, pero no hay que dejar pasar que al calificar como “derechos” a aspiraciones o postulados que, aunque legítimos, quizás no sean propiamente derechos a los ojos de muchos y, a renglón seguido, al propugnar su constitucionalización, tensionamos e ideologizamos a nuestros sistemas de gobierno constitucional dando lugar a lo que modestamente denominé como *sectarismo constitucional*³.

No sé si un análisis estructural sólido, como el de Rainbolt, podría mitigar ese riesgo, pero desde luego al tener claro lo que un derecho es y al hacerlo explícito, quedan también mucho más claros tanto los efectos de todo orden de las propuestas teóricas sobre el asunto, como las intenciones de quienes las sostienen.

2. La idea central de *The Concept of Rights* es sencilla. Se trata de responder a la pregunta “¿qué es un derecho?” o “¿qué significa tener un derecho?” El interés de la obra, como advertía, no sólo depende de la originalidad de las tesis elaboradas por el autor, sino también del análisis crítico de otras teorías rivales de la suya, ampliamente conocidas en el ámbito iusfilosófico anglosajón, pero no tanto entre nosotros.

La teoría que Rainbolt presenta sostiene que una persona tiene un derecho cuando un rasgo suyo es una razón para que los demás tengan un tipo particular de restricción o vinculación normativa, es decir, que los derechos se identifican a partir de la localización de una restricción normativa que afecta a alguien y que tiene una justificación específica, en concreto, la de seguirse de un rasgo o aspecto de otro. El concepto de restricción justificada es clave en la teoría: por un lado, una restricción o vinculación normativa es algo que constriñe o limita a un sujeto desde un punto de vista no físico, sino normativo, al reducir el rango de acciones deónticamente posibles o permitidas al sujeto vinculado (p. 26). Por otro lado, la restricción normativa ha de venir justificada por algún aspecto relacionado con un individuo, precisamente el titular del derecho (p. 85).

La teoría se presenta en clave hohfeldiana, es decir, empleando el juego de relaciones jurídicas elaborado por Hohfeld y cuya formulación estándar es presen-

2. C. Wellman, *The Proliferation of Rights*, Westview Press, Boulder, 1999.

3. A. Peña Freire, “Constitucionalismo y garantismo: una relación difícil”, en *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, 41, 2007.

tada en el capítulo 1 (especialmente en las páginas 1 a 17) del libro de Rainbolt. Sin embargo, Rainbolt reelabora parcialmente el esquema hohfeldiano (pp. 19-23), reconstruyendo el sentido de cada relación mediante el uso de categorías deónticas (permitido, obligatorio, prohibido) y aléticas (necesario, posible, imposible) (pp. 63-75). La teoría presenta otras singularidades importantes respecto del análisis hohfeldiano. Así por ejemplo, sostiene que solo las relaciones jurídicas denominadas derechos en sentido estricto o pretensiones (*claims*) y las inmunidades (*immunities*) son *por sí solas* propiamente derechos⁴, porque solo ellas, al tener como correlativo un deber o una incompetencia, implican una restricción normativa para el sujeto (p. 28). Según Rainbolt, por tanto, no todas las relaciones jurídicas hohfeldianas implican por sí solas derechos sino que solo aquellas que impliquen una restricción normativa para un sujeto, y solo los derechos o pretensiones y las inmunidades tienen ese efecto restrictivo. Así por ejemplo, uno tiene un derecho (*right*) cuando tiene una pretensión o acción frente a un segundo sujeto que tiene el deber de hacer lo que el primero pretende: el par *claim/duty* sería así expresivo de un derecho cuyo titular es el titular del *claim*. Lo mismo ocurre con el par inmunidad/incompetencia: uno es inmune frente a otro que es incompetente en el sentido de que el segundo sujeto no puede variar algún aspecto del estatuto jurídico del primero; como este segundo sujeto tiene una restricción, la de no poder cambiar el estatuto jurídico del primero, diremos que el primero tiene un derecho porque su inmunidad restringe el marco de acciones permitidas al segundo.

Ni la relación de libertad/no-derecho ni la de potestad/sujeción serían por sí solas aptas para ser tenidas por derechos en sentido propio. Según Rainbolt, que alguien sea libre para hacer X no implica restricción normativa alguna en la conducta de otros; solo supone que no tiene el deber de evitar hacerlo (p. 28). Más adelante, refiriéndose a las libertades desnudas o meras libertades, Rainbolt reitera que las relaciones de libertad son demasiado débiles para ser derechos, pues no llegan a restringir la conducta de otro, de quien apenas se afirmaría que no tiene derecho a impedir o provocar la acción declarada libre alegando un derecho a hacerlo, aunque podrían hacerlo de cualquier otro modo. Idénticamente, cuando uno tiene potestad sobre otro, ninguna acción de este último queda constreñida, pues lo único que afirmamos es que el titular de la potestad puede cambiar la situación del segundo (p. 26).

La apreciación, demasiado sutil como para ser desarrollada aquí, no resulta demasiado convincente cuando, por ejemplo, parece hacer depender el concepto de derecho de la *intensidad* de la restricción que afecte a un sujeto. Tampoco soporta muy bien la prueba del discurso que cruzase las definiciones de las posiciones hohfeldianas: por ejemplo, según Rainbolt, si las inmunidades son derechos es porque cuando uno es inmune frente a otro es porque este otro está constreñido en el sentido de que no puede sujetar al primero; sin embargo, si uno está sujeto a otro, esto no supondría derecho alguno para el primero. No se entiende muy

4. La difícil traducción del término *claim* al español complica la comprensión de este punto.

bien por qué no poder sujetar constriñe al que no puede sujetar pero estar sujeto no constriñe al sujetado o por qué si el incompetente (*disable*) está constreñido por no poder cambiar a otro, el sujeto (*liable*) no lo está por poder ser cambiado o por no poder evitar ser cambiado.

Otro aspecto que llama la atención es que se admita la existencia de derechos-deber (*duty rights*), derechos-sujeción (*liability rights*), o derechos-incompetencia (*disability rights*), o derechos de no-pretensión (*no-claim rights*) (p. 34). Rainbolt reconoce que las expresiones suenan extrañas, pero señala que está en la lógica del cuadro de categorías hohfeldianas y que es un efecto de la definición del derecho en términos de restricción normativa justificada: cuando cualquiera de esas relaciones está protegida por una pretensión o una inmunidad, estaremos en presencia de un derecho. Aunque la tesis es coherente con la definición de derecho, lo cierto es que sigue sonando bastante extraño hablar de un derecho al deber, por mucho que uno pueda exigir poder cumplir con su deber.

Esta extrañeza nos lleva a otra de las cuestiones centrales del libro: la búsqueda del elemento que precise algo más la definición de los derechos. El complemento a la reconstrucción hohfeldiana de la estructura de los derechos suele presentarse bajo la forma de teoría del interés o de la voluntad. Los postulados básicos de ambas teorías, así como diversas variantes, son analizados también por Rainbolt (pp. 86-116). Rainbolt además tercia en el debate entre partidarios de la *Will Theory* y de la *Interest Theory* ofreciendo una salida que, a su juicio, permitiría superar las críticas o lagunas de ambas tesis: la teoría de la restricción justificada pretende superar las insuficiencias de las citadas teorías abandonando la referencia al elemento inspirador y prescindiendo, por tanto, de que se trate de un aspecto volitivo o una serie de necesidades más o menos aprensibles y se centra exclusivamente sobre el efecto limitante que algún rasgo o propiedad de un sujeto provoca en otro.

De ese modo efectivamente se sortean muchas de las críticas formuladas (pp. 117-128) pero la elevación quizás no sea la solución óptima pues la teoría gana en solidez y resistencia a las críticas lo que pierde en precisión. La afirmación de que cualquier rasgo de un individuo, siempre que tenga efectos restrictivos en el comportamiento de otros, da lugar a un derecho es demasiado general y abre el concepto de los derechos a situaciones que, convencionalmente, en nada se relacionan con los derechos. Rainbolt analiza algunas de ellas como la del derecho del asesino a ser indemnizado por los familiares de sus víctimas (p. 119) o la del derecho del pedófilo a que los padres no dejen a sus hijos solos con él (p. 125). Es correcto, a mi juicio, decir, como hace Rainbolt para el primer caso, que si ese derecho al resarcimiento viene establecido en una norma legal estamos ante un derecho propio, si bien moralmente repulsivo. Sin embargo, el segundo plantea un problema distinto, pues Rainbolt no puede admitir que la pedofilia sea la razón de la restricción que afecta a la conducta de la madre, ya que entonces el pedófilo sería el titular del derecho. Afirma que es un rasgo del niño (su vulnerabilidad ante el pedófilo) y no del pedófilo lo que justifica el derecho y lo que, por tanto, hace titular del derecho al niño y no al pedófilo. Es cierto, pero también lo es

que la pedofilia, en esta cadena de razonamiento, no es un elemento superfluo (*redundant*), como lo sería el hecho de que el pedófilo sea rubio o moreno. Si, a la hora de asignar el derecho, ponemos el acento justificativo en la vulnerabilidad del niño ante el pedófilo y no en el apetito sexual del pedófilo ante el niño vulnerable es por un motivo y me inclino a pensar que ese motivo no es de orden conceptual sino sustancial. Los derechos son restricciones del comportamiento de otros que se explican por diversas causas (en el ejemplo: vulnerabilidad y pedofilia) pero la ordenación de todas las causas en función de una justificativa obedece a una razón sustancial (el interés del niño o su valor como persona, en el caso comentado). Si la selección del rasgo justificativo de entre todos los rasgos explicativos relevantes está guiada por consideraciones sustanciales y no puramente conceptuales, una teoría exclusivamente conceptual sobre el concepto de los derechos no sería del todo conveniente, como quizá tampoco lo sería que prescindieramos sin más de consideraciones referidas al interés o voluntad de los titulares de los derechos.

El concepto de derecho, de ese modo, no parece admitir una definición tan puramente formal como la que afirma que es una restricción justificada por cualquier rasgo de un sujeto y no del mundo (p. 118). No es como los conceptos de obligación, prohibición, permiso⁵, posibilidad o necesidad, que sí que pueden definirse satisfactoriamente en términos formales, sino que requiere un cierto elemento adicional sustancial. No quizás tan intenso como el concepto de derecho fundamental o de castigo cruel, ni necesitamos incluir en la definición una antropología filosófica o una teoría de la justicia completas. Es, creo, evidente que en el lenguaje jurídico y en las prácticas legales, morales, sociales, etcétera los derechos se asocian a rasgos personales de cierto tipo⁶ y, por tanto, dar cuenta del tipo de rasgo habría de ser también el cometido de una teoría que verse sobre el concepto de los derechos.

Por lo demás, al margen de esta opinable carencia, hay que destacar que la obra reseñada es una teoría completa sobre los derechos, es decir, que no se limita a presentar algunas tesis fragmentarias o a subrayar las carencias de algunas teorías rivales a la propia. En el libro encontramos no solo la formulación canónica de la teoría de la restricción justificada, sino la explicación del modo en que encara cuestiones centrales para cualquier teoría de los derechos, como son el problema de los conflictos entre derechos (pp. 157-194), el problema de la titularidad de los derechos (pp. 195-209) o de la titularidad de derechos por parte de sujetos pasados o futuros (pp. 211-232). Rainbolt hace notar que la valoración de una

5. La afirmación de que una obligación no puede ir referida a acciones necesarias sino a acciones posibles ¿sería un rasgo formal o sustancial de la definición?

6. Como demostración, vale la evolución de este rasgo que habría pasado de una preponderancia del factor voluntad (Windscheid, Savigny) al mayor peso del elemento del interés (Ihering), el bienestar o las necesidades, como ocurre en las actuales justificaciones *wellfaristas*. Esta evolución, que se habría manifestado desde mediados del siglo XIX, parece pareja a la que se da del modelo liberal de Estado al social.

teoría es un asunto comparativo y cree que su teoría soluciona mejor problemas que las concurrentes no resuelven y que sortea críticas que a estas últimas les son fatales (pp. 236-243). Rainbolt sabe bien, y así lo dice (p. 233), que su teoría de ningún modo es la última palabra en materia de derechos, pero cree que será un exponente de progreso filosófico, en lo que al concepto de los derechos se refiere, en la medida en que permita superar algunas de las carencias de teorías rivales o en tanto que explique mejor problemas oscuros en otros contextos. Esta actitud de Rainbolt, de respeto hacia el *rival* teórico y de reconocimiento de la herencia recibida, es realmente loable e incluso puede ser leída como una invitación del autor a que se analice críticamente su obra, tarea ésta que en este caso, además de contribuir al debate y al progreso filosófico, tiene un interés propio, como lo tiene el contenido de *The Concept of Rights*.