

VIII JORNADAS DE COMUNICACIÓN DE INVESTIGACIÓN EN FILOSOFÍA  
“Acción, pasión y racionalidad”  
9 y 10 de noviembre de 2007.

Universidad Nacional del Litoral  
Facultad de Humanidades y Ciencias  
[jcfilounl@fhuc.unl.edu.ar](mailto:jcfilounl@fhuc.unl.edu.ar)

W. Daros  
CONICET<sup>1</sup>

PONENCIA: *Derechos vigentes y derechos emergentes.*

**RESUMEN:** La ponencia parte de la consideración de la complejidad de fuentes que implica el derecho (lo normativo, lo social, lo moral o justo). Establecida la noción de derecho radicada en la libertad humana y en su relación con la justicia, se distingue legalidad de la legitimidad. La ponencia remite luego a la absolutización del derecho positivo y a las alternativas que ella abre. Se considera luego el sentido del derecho en el contexto social y se estima que toda sociedad se forma a fin de acrecentar la libertad de los socios; para que sus facultades tengan un campo mayor donde libre y útilmente ejercitarse. Esto se da en un proceso histórico de percepción social de derecho, en el cual las personas van tomando conciencia de lo que cada uno es y de lo que es el otro -socio, ciudadano- y de lo que pueden ser en sus relaciones sociales; resulta entonces razonable la emergencia de ciertos derechos y la caducidad o mayor limitación de otros ya existentes. Las personas van tomando conciencia de ser ellas la sede de los derechos humanos, y de que no es una prerrogativa dadivosa del Estado el concederles esos derechos. A los representantes de los socios en el Estado le compete el deber moral y político de reconocerlos en los individuos que, con el pacto social, constituyen a la sociedad y la base de la ley constitucional, creándose el bien común social y político.

### Complejidad de las fuentes del derecho

1.- En la concepción actual del derecho, sobre todo en el enfoque jurista trialista, el derecho tiene una base sociológica, una base normativa (nomológica) y una base en la justicia (dikelógica)<sup>2</sup>.

La moral establece lo que está bien o mal y remite al tribunal de Dios o a la conciencia de las personas individuales o reunidas en una sociedad. El derecho positivo establece, por su parte, el modo de actuar ante la sociedad, ordenando las acciones, normatizándolas y, en consecuencia, sancionando y castigando.

“Los valores, al ser el fundamento de los derechos, le confieren sentido a la práctica jurídica. Su triple rol de oficialización, protección y promoción expresa la jerarquía entre lo deseable y lo menos deseable. Es evidente que el ejercicio de la actividad jurídica es posible sólo en la medida en que los valores sean comunes, es decir, reivindicados y reconocidos por un cierto número de personas”<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> Esta breve ponencia es parte de un proyecto internacional titulado: *La percepción social del derecho del otro*, compartido por investigadores de la UCEL (Argentina), IUNIR (Argentina), CUI (México).

<sup>2</sup> Cfr. GOLDSCHMIDT, Werner, “Introducción filosófica al Derecho”. Bs. As., Depalma, 1987; GOLDSCHMIDT, W. “La ciencia de la justicia (Dikelogía)”, Madrid, Aguilar, 1958. CIURO CALDANI, Miguel Ángel, “Derecho y política”, Bs. As., Depalma 1976. CIURO CALDANI, M. “Estudios de Filosofía Jurídica y Filosofía Política”. Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 1982/4.

<sup>3</sup> COICAUD, Jean-Marc. *Legitimidad y política. Contribución al estudio del derecho y de la responsabilidad política*. Rosario, Homo Sapiens, 2000, p. 26.

Mas si el derecho positivo, desprovisto de valores morales como la justicia, se absolutiza y se recude a una simple técnica, entonces los ciudadanos parecen convertirse en serviles súbditos y no tienen otra tarea que el respeto a los procedimientos. El surgimiento de un derecho positivo, sin consideración de la justicia, hace imposible *la distinción entre legalidad y legitimidad*<sup>4</sup>.

La legalidad es una cuestión de técnica jurídica; la legitimidad es una cuestión moral y remite a la idea de justicia entre personas libres y responsables. Por ello, una sociedad humana implica la limitación que cada persona hace de sus derechos (en cuya raíz está la libertad y responsabilidad), para que -limitados los derechos en algunos aspectos de su ejercicio- todos puedan disfrutar y asegurar al máximo los ámbitos no limitados de los mismos.

La absolutización del derecho positivo suele ser la absolutización de la libertad de uno, de un grupo o de la mayoría, sin referencia al respecto de la justicia que posee el otro.

Se dan aquí dos peligros: o renunciar al principio de la mayoría; o bien, someterse a algún peligroso valor metafísico y en contra de la mayoría. Ante tal disyuntiva cabe considerar que *la garantía social de los derechos* (o soberanía nacional) consiste en la acción de todos para asegurar a cada uno el disfrute y la conservación de sus derechos, reconociendo que éstos tienen su base en la libertad de la persona relacionada con las demás. La persona humana es, a la vez y al mismo tiempo, *un ser singular y social*, desde el momento que nace de hecho de unos padres (sociedad familiar).

Quien siendo parte de una sociedad se cree que es toda la sociedad, distorsiona la concepción de la persona, del derecho y de la sociedad. Si una actividad (la economía, por ejemplo) siendo una parte de la actividad social compleja se cree soberana, también ella distorsiona la concepción de la persona, del derecho y de la sociedad. “Toda sociedad se forma a fin de acrecentar la libertad de los socios; a fin de que sus facultades tengan un campo mayor donde libre y útilmente ejercitarse”<sup>5</sup>.

2- El derecho y la sociedad, admiten que los individuos tengan opiniones diversas sobre diferentes cuestiones y no es de desear que todos piensen lo mismo en todos los casos; pero sí establece, mediante el pacto social, formas de actuar, como la necesidad de la reciprocidad en el trato, mediante leyes explícitas, lo que crea el *bien común social*, establecido por los socios y protegido por el poder político que representa a los socios de una sociedad democrática y, en consecuencia, razonablemente tolerante de la diversidad.

El derecho implica varios aspectos. Por un lado, que cada socio puede ejercer su derecho privado individual, sin ser impedido por los demás; pero el derecho que establecen los socios, en el pacto social, prevé la defensa común del régimen de derecho. Este pacto puede además establecer el derecho no solo de no interferir en el derecho privado individual de los demás; sino además, puede reconocer el derecho de actuar en defensa de los demás socios en caso de necesidad, lo que da sentido a la solidaridad. El pacto social (formulado, por ejemplo, en una Constitución Nacional) puede establecer obligaciones sociales recíprocas que los socios individuales aceptan al aceptar el pacto. Estas leyes generan una *igualdad social legal* e implica una justicia distributiva de modo que se trate de forma igual a los iguales (por ejemplo a los socios) y en forma desigual a los desiguales (no socios).

No se trata de una *igualdad social legal como nivelación de la realidad* de los individuos, sino de una *igualdad como no explotación* entre los socios por el no reconocimiento de sus derechos. Un socio no hace un pacto social para que se le quite la

---

<sup>4</sup> SAPIR, Jacques. *Economistas contra la democracia. Los intereses inconfesable de los falsos expertos en economía*. Buenos Aires, BSA, 2004, p. 213.

<sup>5</sup> ROSMINI, A. “Il Comunismo e il Socialismo” en *Opuscoli Politici*, o. c., p. 88. Cfr. p. 96.

libertad, pero acepta ciertos límites en el uso de la libertad si esta limitación es recíproca en iguales circunstancias. *El ejercicio de la libertad de uno no puede realizarse suprimiendo este ejercicio en los demás*. El pacto social se realiza para que cada socio pueda ejercer el máximo de su libertad (sede de los demás derechos), sin explotar a los otros y viceversa. Una persona (una madre y su hijo) tienen, por ejemplo, el derecho a alimentarse (y otros no se lo pueden impedir; hecho éste que algunos llaman derechos negativos), y tienen derecho a que no se les robe el alimento; pero no tienen el derecho de exigir que los alimenten gratuitamente (derechos positivos); ni los otros tienen la obligación de alimentarlos, a no ser que se haya hecho un pacto con leyes positivas (consuetudinarias o escritas) que establezcan recíprocamente las condiciones en las que se lo debe hacer, de modo que el mayor ejercicio de la libertad de uno no disminuya la libertad del otro<sup>6</sup>.

Es posible pensar que los derechos privados individuales (o naturales o negativos) se prolongan y generan los derechos sociales (o positivos); y éstos protegen los derechos individuales.

3.- De hecho, esta rememoración sobre el origen de los derechos privados individuales y el pacto social u origen del derecho civil (por oposición al Estado natural), en la Modernidad, pretende ayudarnos a recordar las posibilidades que ofrece nuestra Constitución Argentina, sobre esta temática.

La Constitución Argentina se constituye a partir de los “representantes del pueblo de la nación Argentina” y se inicia, en su preámbulo, como *ley social fundacional institucional, admitiendo derechos privados individuales*, como la libertad, y que “todos sus habitantes son iguales ante la ley” (Art. 16). En la reforma de la Constitución nacional de 1994, (Art. 75, n° 22) se asume como “con jerarquía constitucional” varias declaraciones de derechos y pactos que admiten los *derechos individuales* como inalienables<sup>7</sup>. Sería suficiente el cumplimiento de unos pocos de estos derechos para que la vida humana cambiase notablemente en la faz de la Tierra. Así, por ejemplo, la *Declaración Universal de los Derechos Humanos* (dada por la ONU el 10 de diciembre de 1948), y hoy parte de la Constitución Argentina, establece derechos individuales fundamentales, por los que se reconoce que “todos los seres humanos nacen libre y iguales en dignidad y derechos y, dotados como están de razón y conciencia, deben comportarse fraternalmente los unos con los otros” (Art. 1). Todo ser humano individual es sede de derecho, “tiene derecho” y este derecho debe convertirse en ley, reconociendo “su personalidad jurídica” (Art. 6).

### **Razonabilidad de la emergencia de nuevos derechos**

4.- Por cierto que la *historia* del derecho ha padecido las circunstancias históricas y ellas de hecho lo han producido<sup>8</sup>. La *filosofía* del derecho, por su parte, busca las razones últimas de este hecho histórico y las condiciones de su posibilidad, analizando lo que debe ser el derecho.

En general, se admite el *derecho subjetivo* como la capacidad que poseen las personas que hacer ciertas acciones moralmente justas que, por lo mismo, no pueden ser impedidas por las demás personas<sup>9</sup>. El derecho implica: a) la idea de persona, b) la separabilidad, c) la inde-

<sup>6</sup> Cfr. NINO, S. *La constitución de la democracia deliberativa*. Barcelona, Gedisa, 1997, pp. 92-93.

<sup>7</sup> “Si son normativamente de «todos»..., estos derechos no son alienables o negociables sino que corresponden, ..., a prerrogativas no contingentes e inalterables de sus titulares y a otros tantos límites y vínculos insalvables para todos los poderes, tanto públicos como individuales”. FERRAJOLI, LUIGI. *Los fundamentos de los derechos fundamentales*. Madrid, Trotta, 2001, p. 21. Cfr. *Diritti Fondamentali*, en <http://www.gesuiti.it/sestaopera/ferrajoli%20diritti%20fondamentali.htm>.

<sup>8</sup> Cfr. VILLEY, M. *El derecho romano*. Bs. As., Eudeba, 1969.

<sup>9</sup> Cfr. ROSMINI, A. *Filosofía del diritto*. Padova, CEDAM, 1967, Vol. I, n° 107, 1205. VILLEY, M. *Philosophie du Droit. Définitions et*

pendencia (cierta libertad y correspondiente responsabilidad moral y social), d) y la inviolabilidad de las personas. El derecho, como todo saber científico, describe, define y tipifica cada elemento que construye.

Cuando se trata de *derechos privados de los individuos o derechos individuales*, o *derechos humanos*; de derechos que posee o se adscribe a todo ser humano, se estima que, en consecuencia, son anteriores y trascienden los derechos civiles y nacionales. Otros filósofos del Derecho se refieren a estos derechos como a *derechos primeros*<sup>10</sup>.

No hay, en el contexto de la filosofía del Derecho, un consenso y una terminología universalmente aceptada. Luigi Ferrajoli sostiene, por ejemplo:

“Son «derechos fundamentales» todos aquellos derechos subjetivos que corresponden universalmente a «todos» los seres humanos en cuanto dotados de *status* de personas, de ciudadanos o personas con capacidad de obrar; entendiéndose por «derecho subjetivo» cualquier expectativa positiva (de prestaciones) o negativa (de no sufrir lesiones) adscrita a un sujeto por una norma jurídica; como presupuesto de idoneidad para ser titular de situaciones jurídicas y/o autor de los actos que son ejercicio de estas”<sup>11</sup>.

5.- Cuando esas acciones, producidas reiteradamente por la capacidad de obrar, han sido admitidas, tácita o expresamente, se convirtieron entonces en costumbres o usos con un contenido conceptual que se fue precisando; se volvieron objeto de leyes; leyes con un contenido objetivo: primeramente orales y luego escritas y, posteriormente, fueron codificadas, constituyendo los códigos y el *status* de jurídicas. Las leyes hicieron, entonces, objetivo al derecho subjetivo. El *derecho subjetivo* (que es un poder hacer protegido por la virtud moral de la justicia; un derecho que no puede ser moralmente impedido) o *derecho negativo*, se objetiva o normaliza en las leyes con un contenido. El derecho subjetivo (derecho-facultad) implica la facultad de elegir o exigir y se ejerce en relación a una norma: ésta puede ser considerada natural, consuetudinaria, o positivamente establecida.

Las leyes, en un contexto social y político, expresan, entonces, el objeto o contenido de las leyes (derecho-norma): constituyen el *derecho jurídico objetivo* o *derecho positivo*. Esta normalización debe hacerse positivamente (por alguien -uno o muchos- que tiene autoridad en la comunidad para formularlas, hacerlas conocer y tener vigencia) y surge así el *derecho jurídico positivo y objetivo*, el cual no es necesariamente una verdad, desde el punto de vista gnoseológico o religioso<sup>12</sup>. Este derecho -objetiva y positivamente formulado- es el que posibilita, mediante una ley (pacto o contrato social) una convivencia recíproca en un contexto social y político, siendo una razón pública, un bien común y un nodo razonable de intentar organizar la vida social.

“Por supuesto, las doctrinas religiosas fundamentalistas, los gobiernos autócratas y dictatoriales rechazarán las ideas de la razón pública y la democracia deliberativa. Ellos dirán que la democracia conduce a la cultura de un modo contrario al de su religión, o negarán los valores que solamente gobiernos autocráticos o dictatoriales pueden asegurar. Ellos asegurarán que lo religiosamente verdadero, o lo filosóficamente verdadero, prevalece por sobre lo políticamente

---

*fins du droit*. Paris, Dalloz, 1982, 146. NINO, S. *La constitución de la democracia deliberativa*. Barcelona, Gedisa, 1997, p. 78. NINO, S. *The Ethics of Human Rights*. Oxford, Clarendon Press, 1991. FULLER, L. *The Morality of Law*. New Haven, Yale University Press, 1978.

<sup>10</sup> Cfr. TRIGEAUD, J.-M. *Droits Premiers*. Bordeaux, Bière, 2001.

<sup>11</sup> FERRAJOLI, LUIGI “*Los fundamentos de los derechos fundamentales*” (Debate con Luca Baccelli, Michelangelo Bovero, Riccardo Guastini, Mario Jori, Anna Pintore, Ermanno Vitale y Danilo Zolo. Edición de Antonio de Cabo y Gerardo Pisarello). Editorial Trotta, Madrid, 2001, p. 19.

<sup>12</sup> Cfr. NINO, C. S. *La constitución de la democracia deliberativa*. Barcelona, Gedisa, 1997, p. 41. NINO, C. S. *La validez del derecho*. Bs. As., Astrea, 1985. HART, H. *El concepto de derecho*. Bs. As., Abeledo-Perrot, 1995, p. 230-239.

razonable. Nosotros diremos que semejante doctrina es políticamente irrazonable”<sup>13</sup>.

6.- La libertad de las personas y la búsqueda de justicia está en la raíz de los derechos, si aceptamos que derecho es el poder de obrar, sin ser impedido (aspecto normativo) por los demás (aspecto social), dado que se obra lo justo (aspecto moral o dikelógico).

La *toma de conciencia sobre lo justo* de ciertas acciones humanas se va desarrollando en el tiempo. Esto hace que surja la distinción entre el *derecho constituido* y el derecho percibido socialmente como tal, pero aún no constituido jurídicamente: es el *derecho emergente* que tiene que lograr aún su racionalidad frente al conjunto de la sociedad. Los derechos emergentes son derechos que contienen ideas utópicas para su tiempo, pero realizables. El clima del Iluminismo filosófico creó la utopía moderna de la igualdad, la libertad y la fraternidad, logrando convertir, en algunos aspectos, a las dos primeras en derechos en las constituciones de las naciones modernas.

Indudablemente nos hallamos ante un *cambio en la percepción social de los derechos en una sociedad*, en la percepción social de lo que es el otro, del deber y del derecho para con él.

El “otro” no es una cosa que está allí: no solo es, sino que existe como persona históricamente situada: es en relación; y en una relación socialmente construida, producto de una toma de conciencia de lo que es moralmente justo y de la necesidad de concretar lo justo en ley.

Ya no es suficiente afirmar, como una generalidad, con Alain Touraine que “ser capaces de percibir al Otro es la condición de una vida en común”<sup>14</sup>. Hoy se requiere vivir en sociedades de aprendizaje continuo que no solo desarrollan capacidades mentales; sino, además, posibilitan la formación de la voluntad libre de las personas, en una creciente toma de conciencia capaz de reconocer efectivamente la prioridad moral de los derechos (sobre todo emergentes) de los otros, siendo *el reconocimiento vivido* de los derechos vigentes y sus limitaciones la base de una sociedad humana y el origen de la gestación de nuevos derechos.

7.- Muchas son las representaciones que nos hacemos del otro y de su incidencia en nuestras vidas, individual y socialmente consideradas. Por Sociología sabemos que muchas son las teorías de las posibles causas del origen de la sociedad humana. Hay quien estima que el egoísmo es el principal motor y justificador de la vida humana<sup>15</sup>; y quien, por el contrario, opina que el altruismo es ese motor. Lo cierto es que no hay yo sin otro (que eres tú); ni se da un nosotros (el conjunto cercano de los “yo”) y los otros (que son el vosotros: los “tú” próximos; y los ellos: los de más allá). Pero, aceptada la dialéctica interacción y constitución del yo y del tú, esta interacción no es simple, ni social ni psicológicamente hablando: el miedo a dejar de ser amado, o protegido por quienes más cuentan para nosotros, remarca lo que señalamos. Se requiere coraje para vivir ante la adversidad; se requiere generosidad y justicia para convivir en la diversidad que es riqueza potenciadora de formas de vidas, y prudencia para convivir adecuadamente.

Dado que las sociedades humanas son un hecho moral (no moralista), no hay sociedad posible sin algún tipo de régimen o acuerdo de conductas, de deberes y derechos; pero el clima social en el que se los vive ha cambiado profundamente. En la percepción y en

<sup>13</sup> RAWLS, J. *The Law of Peoples with “The Idea of Public Reason Revisited”*. Cambridge (Mass.), Harvard University Press, 1999, p. 178. Cfr. ARANDA FRAGA, F. *La idea de “razón Pública (y su revisión) en el último Rawls en Philosophica* (Lisboa), 2003, nº 21, p. 5-31.

<sup>14</sup> TOURAINE, Alain. *¿Podremos vivir juntos?* Bs. As., FCE, 1999, p. 286. Se suele usar en la literatura reciente, filosófica y social, escribir el *Otro* con mayúscula, para indicar su dignidad y la prioridad moral que se le debería otorgar. Cfr. DAROS, W. *La primacía de tu rostro inaprensible. La propuesta ética de E. Lévinas*. Con prólogo de Alfonso López Quintás (Complutense. Madrid). Rosario, UCEL, 2003.

<sup>15</sup> Cfr. SAVATER, F. *Ética como amor propio*. México, Mondadori, 1988, pp. 77, 81.

representación de esa percepción, se ha disuelto el deber por el deber. Lejos de exaltar el origen divino del deber y del derecho, se los ha secularizado. El ideal del sacrificio y la abnegación se han debilitados; pasan, ahora, en primer lugar, la representación social del derecho -y en consecuencia el intento por obtenerlo- a los deseos inmediatos, a la felicidad intimista. Hoy parecen llevar corona los derechos individuales a la autonomía y el deseo a la felicidad<sup>16</sup>. Emerge una toma de conciencia de tener derecho a tener nuevos derechos, que pueden entrar en pugna con los derechos vigentes o adquiridos.

8.- Hasta en la modernidad, la concepción moral de la vida originaba el deber individual para con el derecho social; pero era éste el que limitaba aquél; la sociedad apelaba y limitaba al individuo. En la posmodernidad, nos percibimos y nos representamos socialmente como personas-sujetos-de-derechos y, en consecuencia, con la legitimidad de hacer valer nuestros nuevos derechos, que ahora van desde el individuo hacia la dirección social.

La posmodernidad en que vivimos se genera en la modernidad y la sobrepasa. La modernidad ha sido la edad de oro de los deberes hacia uno mismo. Se ha ubicado en el pedestal el ideal de la dignidad inalienable del hombre y los deberes hacia uno mismo, independientemente de toda religión. Si bien la idea de que se debe amar al prójimo como a uno mismo es antigua, el uno mismo enfoca hoy las cuestiones de primer plano bajo una sociedad anónima e indiferente.

La moral no está ausente, pero los deberes para con uno mismo, de la modernidad, se convierten en derechos subjetivos en el clima cultural de la posmodernidad. La persona individual se ha elevado a categoría primera, pero no puede evadir que ser persona es ser sí mismo; y no puede dejar de advertir, en la libertad, “la irreducible ajenidad del otro”<sup>17</sup>.

Por ello, no se justifican todas las prácticas sociales, pero a partir de la representación social de las personas se establecen nuevos consensos sobre la vida, la muerte y las conductas, emergen nuevos futuros derechos a partir de la persona como ser libre y en la búsqueda de desarrollo: sobre la higiene, la salud, la decisión personal de ser dueño de la propia vida y de la calidad de vida, sobre la eutanasia; sobre el ambiente, la hipersensibilidad ante el dolor, poética de la autoseducción para sentirse bien, el derecho a géneros y a espacios diferentes que concilie el derecho a la libertad individual con el derecho de las libertades de los otros, etc.

La sociedad civil no es una sociedad de beneficencia -aunque los socios puedan incluir este aspecto-, sino una sociedad para ser socios sin dejar de poseer los derechos humanos individuales; para limitar su ejercicio en algunos aspectos a fin de poder ejercerlos mejor en otros. En la sociedad civil, el bien común es la institución social en sí misma y su mantenimiento para el ejercicio de la libertad de las personas que son también fines en sí mismas.

*“La sociedad excluye la servidumbre. Todas las personas asociadas son partes de un solo cuerpo; y son, no obstante, fines, como también es fin el cuerpo mismo al cual pertenece el bien que se tiende a alcanzar mediante la asociación.*

*La sociedad supone la libertad: las personas en cuanto son socias son libres”<sup>18</sup>.*

---

<sup>16</sup> LIPOVETSKY, G. *El crepúsculo del deber. La ética indolora de los nuevos tiempos democráticos*. Barcelona, Anagrama, 2004, p. 12, RICOEUR, P. *El sí mismo como otro*. México, Siglo XXI, 2003. ORTIZ – OSES, A. (Ed.) *La interpretación del mundo. Cuestiones para el tercer milenio*. Barcelona, Anthropos, 2006.

<sup>17</sup> BLEICHMAR, S. *Paradojas de la sexualidad masculina*. Bs. As., Paidós, 2006, p. 225.

<sup>18</sup> Rosmini, A. *Filosofía della Politica*. Milano, Marzorati, 1972, p. 155.