

COMO TOMARSE LOS DERECHOS HUMANOS CON FILOSOFIA

Por ANDRES OLLERO

No pretendo edificar una «catedral» a los derechos humanos, sino, más modestamente, una «casa, en la que se pueda vivir y trabajar», porque pienso que este tema es demasiado serio para ser objeto de «homilías» (1). Con este tono, inequívocamente mitinero, iniciaba un destacado filósofo del derecho del Este su intervención en un coloquio organizado por colegas occidentales. No hay duda de que si —salvo honrosas excepciones— los especialistas de filosofía del derecho se acercan con cohibido pudor al problema de los derechos humanos, se debe en buena parte a la incómoda sensación de estar pisando un resbaladizo terreno a caballo entre la homilía y el mitin. ¿Es posible y deseable un tratamiento filosófico de la cuestión?

La respuesta que intentaré proponer es neta: un tratamiento «filosófico-jurídico» de los derechos humanos resulta hoy inaplazable. Es preciso, por una parte, profundizar *filosóficamente* en el fundamento de unos «derechos» que nadie se atrevería a negar —aunque, eso sí, a condición de no entrar en enojosas discusiones sobre su concreto contenido—; por otra, parece aconsejable abordar un enfoque propiamente *jurídico* de tales derechos, para no reducirlos a exhortaciones piadosas o eslóganes electorales.

Pienso que la tarea decisiva del profesor de filosofía consiste en enseñar a preguntar más que en expender con soltura respuestas propias o

(1) H. KLENNER: *Die marxistische Menschenrechts-Konzeption en Dimensionen des Rechts* (Festschrift R. Marçic), Berlín, 1974, t. II, pág. 793.

ajenas (2). Tomarse con «filosofía» los derechos humanos exige formularse una serie de preguntas:

— ¿Existen realmente *derechos*?: es decir, contenidos jurídicos autónomos con independencia de que la ley los haya o no reconocido.

— ¿Existen derechos *humanos*?: es decir, facultades jurídicas de las que dispone el ciudadano por su específica condición de hombre y no por benévola concesión estatal.

— ¿Contamos con un *fundamento* objetivo sobre el que apoyar sus perfiles?: es decir, algo que nos ahorre tener que conformarnos con la formulación ilusionada de exigencias «morales» subjetivas o con la propuesta de deseos razonablemente «justificados» o con la apelación a criterios socialmente «convenidos».

TOMARSE LOS DERECHOS EN SERIO

Sería ignorar la realidad atribuir la endeblez teórica de la reflexión sobre los derechos humanos a meros matices de imagen; por debajo late una razón más poderosa: la existencia de unos «derechos humanos» no encaja con facilidad en los esquemas de la teoría jurídica consciente o inconscientemente dominante. Si se suscribe el positivismo jurídico, y mucho más si se asume su vertiente legalista, tales derechos se convierten en «un dolor de cabeza para la teoría jurídica» (3). Con los «derechos» humanos ocurre como con el «derecho» internacional; ambos cumplen una función provocativa frente a una teoría jurídica basada en un reduccionismo geográfico, cultural e histórico asfixiante. Si se entiende por «derecho» los fenómenos que patentemente se consideran como jurídicos —en la época actual, en un sector determinado del planeta y desde la angostura metodológica del empirismo—, unos y otro se ven relegados a una incierta condición seudojurídica. Sólo superando esas estrecheces será posible «tomárselos en serio» (4).

(2) Alusiones al tema, referidas a la filosofía jurídica: *Modelo teórico y rutinas didácticas*, incluido en nuestro libro *Interpretación del derecho y positivismo legalista*, Madrid, 1982, pág. 278.

(3) En gráfica expresión de K. OLIVECRONA, cuyo «realismo» empirista le lleva incluso a rechazar al positivismo por metafísico: *El derecho como hecho. La estructura del ordenamiento jurídico* (versión castellana de L. López Guerra), Barcelona, 1980, pág. 139.

(4) Según la afortunada fórmula de R. M. DWORKIN: *Taking Rights Seriously*, Londres, 1978 (2.^a). Sobre la conveniencia de elaborar una filosofía del derecho que

Desde la perspectiva del *positivismo normativista*, la distinción entre derecho «objetivo» (norma) y derecho «subjetivo» (facultad o prerrogativa personal) es confusa e indeseable. El derecho subjetivo no es una realidad jurídica pre o extra-normativa, sino la situación pasiva en que el sujeto se encuentra ocasionalmente en relación a la auténtica realidad jurídica: la norma. No es extraño que para Bentham, fiel a su normativismo represivo de resonancias hobbesianas, si la ley «confiere un derecho es dando la cualidad de delitos a las diversas acciones por las cuales puede ser interrumpido o contrariado» (5). Este pasivo carácter recepticio del hombre frente a una realidad jurídica que le es ajena está igualmente presente en la teoría pura kelseniana: «Solamente cuando una norma coloca a un individuo en posición de defender sus intereses se crea un derecho subjetivo a su favor» (6). Norma positiva y derechos individuales no serían, para otros, realidades jurídicas que puedan contemplarse autónomamente, sino el resultado de una perspectiva general o individual sobre un mismo objeto: «derecho objetivo y subjetivo no denotan dos realidades diferentes, sino dos diferentes miras o definiciones de la misma cosa» (7).

Se trata de una posible respuesta «filosófica» a nuestro problema, que obliga a matizar nuestra hipótesis inicial. La endeblez de la teoría de los derechos humanos no se debe tanto a la falta de una reflexión filosófica, que los abandona al campo de los tópicos homiléticos o mitínicos, como al predominio de una determinada filosofía que los excluye del campo de *lo real cognoscible*, aparcándolos en el ámbito de *las opciones apetecibles*. Desde esta perspectiva, ocuparse de los derechos humanos con pretensiones racionales es una penosa manera de perder el tiempo o, como veremos, una rechazable estrategia destinada a prostituir «ideológicamente» la razón.

Si, en efecto, no hay más realidad jurídica que la que se vislumbra por el ojo de cerradura del positivismo normativista, el tema está sen-

asuma la juridicidad de los derechos humanos, en vez de rechazarla en aras de una teoría jurídica previamente canonizada, cfr. desde otra perspectiva, J. HERVADA: *Problemas que una nota esencial de los derechos humanos plantea a la filosofía del derecho. Persona y derecho*, 1982 (9), págs. 248-249.

(5) J. BENTHAM: *Tratados de legislación civil y penal* (versión castellana de R. de Salas), París, 1838, t. VI, pág. 23.

(6) H. KELSEN: *Teoría pura del derecho* (trad. castellana de M. Nilve de la 1.ª edición modificada), Buenos Aires, 1963, pág. 122.

(7) Para el «realista escandinavo» A. ROSS: *Hacia una ciencia realista del derecho* (trad. castellana de J. Barboza), Buenos Aires, 1961, pág. 175.

tenciado. Pero no faltan los que admiten, al menos, que identificar derecho objetivo y derecho subjetivo (con posibles y quizá indeseadas consecuencias totalitarias), resulta tan «ideológico» como postular su distinción (8). Es toda una concepción de la realidad jurídica lo que está en juego; establecer que hay que entender por tal sólo al «derecho positivo» no resuelve el problema, sino que se limita a aplazarlo hasta que se aclare en qué consiste y cómo se produce realmente la «positividad» jurídica.

Si se suscribe la óptica del positivismo legalista, la respuesta es fácil: las «Declaraciones de derechos» «solamente conceden al individuo un derecho cuando éste tiene la posibilidad de proceder contra el acto» que lo perturba; «tal posibilidad sólo puede darla la ley positiva y, consecuentemente, sólo tendrán el carácter de derecho los que se funden en dicha ley»; «un derecho semejante ya no es más "natural" que cualquier otro de los protegidos por el orden jurídico positivo» (9). El dictamen es claro: sólo la defensa de determinados intereses —políticos, religiosos...— explica el afán incoherente de incluir a los «derechos humanos» dentro del campo de una teoría jurídica tomada en serio. Confesarse «positivista» y buscar a la vez un punto de apoyo para hablar con «fundamento» de tales derechos se convierte en una ardua empresa, a no ser que se esté dispuesto a saborear la amarga pócima de una ética irracional. Pocos «positivistas» parecen mostrarse capaces de ello.

EL DIFÍCIL FUNDAMENTO DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

¿Qué es lo que permite hablar con «fundamento» de la existencia de unos «derechos humanos»? No pocas veces la pregunta, a fuer de incómoda, queda sin respuesta, acallada por la altisonora «fuga *in avanti*» de las invocaciones retóricas o las tediosas exégesis textuales. No deja de ser curioso que en nuestra bibliografía los repertorios de textos superen a los estudios específicos. Con frecuencia se adopta una actitud relativista, que lleva a rechazar cualquier fundamento con pretensiones de objetividad, pues no haría sino complicar el problema. Se prefiere discutir el modo de garantizar tales derechos, pero este voluntarismo práctico no

(8) K. ENGISCH: *Auf der Suche nach der Gerechtigkeit. Hauptthemen der Rechtsphilosophie*, Munich, 1971, pág. 55.

(9) H. KELSEN: *Teoría general del derecho y del Estado* (trad. castellana de E. García Maynez), México, 1969, págs. 315 y 316.

hace sino aumentar los motivos de controversia, en la que, inevitablemente, vuelven a introducirse inconfesados «fundamentos» (10).

Una de las propuestas de solución es la que fundamenta los *derechos humanos* en un «*derecho natural*» (quizá sería más exacto hablar de «ley natural») prepositivo; no en vano se ha reconocido que «la idea milenaria del derecho natural ha jugado el papel de catalizador en la elaboración de la concepción común de los derechos del hombre» (11). El riesgo de esta fundamentación es obvio. Emplaza la teoría de los derechos humanos sobre un campo minado concienzudamente por la crítica positivista al iusnaturalismo, despertando el obligado escándalo ante la diversidad de contenidos que se le atribuyen en ámbitos históricos o culturales diversos. Se convierte así nuestro tema en obligado caso práctico sobre el que ejemplificar la distinción entre relativismo ontológico y gnoseológico, el condicionamiento cultural del conocimiento del derecho natural o la compatibilidad de éste con la historicidad inseparable de toda realidad jurídica.

Sin duda, el que una teoría tenga consecuencias prácticas arriesgadas (12) no la hace menos verdadera, pero conviene no olvidar que tampoco la referencia al derecho natural pacifica el debate sobre el fundamento de los derechos humanos. Una posible actitud es la de convertir los «derechos naturales» en la proyección subjetiva de la ley natural (13), repitiendo —sobre bases metafísicas— el esquema positivista ya analizado y manteniendo así puntos vulnerables frente a la creciente crítica actual al «legalismo». Intentar dar primacía a los «derechos naturales» sobre la «ley natural» parece exigir, por otra parte, una metafísica individualista, que es la que, paradójicamente, sirvió de base al positivismo jurídico (14). Fundamentar los derechos humanos en el derecho natural exige,

(10) Cfr. al respecto, S. COTTA: *Attualità e ambiguità dei diritti fondamentali en Diritti fondamentali dell'uomo*, Milán, 1977, págs. 1-3.

(11) J. TOPI: *Les droits de l'homme et la théorie du droit en René Cassin, amicorum discipulorumque liber*, París, 1972, t. IV, pág. 76.

(12) El propio R. CASSIN levanta acta del escrúpulo con que se evitó, al redactar Naciones Unidas la Declaración Universal, «hacer prevalecer una doctrina metafísica»: *El problema de la realización efectiva de los derechos humanos en la sociedad universal en Veinte años de evolución de los derechos humanos*, México, 1974, pág. 395.

(13) Arquetípico al respecto, J. MARITAIN: *Les droits de l'homme et la loi naturelle*, París, 1947, pág. 68. De interés, más recientemente, J. FINNIS: *Natural Law and Natural Rights*, Oxford, 1980.

(14) Sobre el particular, el duro rechazo de M. VILLEY: *Critique des Droits de l'Homme*, «Anales Cátedra Francisco Suárez», 1972 (2), págs. 9-16.

como consecuencia, más allá de toda evasiva simplista, un replanteamiento de la doctrina iusnaturalista que, ahondando en esta tensión ley-derechos, asuma las aportaciones enriquecedoras de la actual crítica al legalismo. Habremos de volver sobre ello.

No falta quien, desde un confesado positivismo, se pregunte por la existencia de unos derechos que los hombres tengan «*qua* hombres y no sólo si son miembros de alguna sociedad». Su respuesta es morigeradamente positiva: «Mi tesis no es tan ambiciosa como las teorías tradicionales de los derechos naturales». Por una doble razón: no admite derecho alguno «indestructible» o «imprescriptible», y considera su existencia como una simple hipótesis: «Si hay algunos derechos morales», ya que hay morales que sólo incluyen deberes... (15).

El resultado de esta propuesta mitigada sería:

- No se admite la existencia de una realidad jurídica objetiva que sirva de fundamento a estos posibles derechos.
- Tampoco se suscribe un craso voluntarismo, para el que sería irracional toda propuesta al respecto.
- Se anima a entablar un debate lo más racional posible sobre tales elementos «morales».

La expresión «*derechos morales*» no deja de sonar estridentemente en oídos continentales. Los «derechos» humanos ¿son propiamente derecho o simple exhortación «moral»? En realidad, la moral aquí invocada hay que entenderla en clave anglosajona, como criterios o valores concernientes a la convivencia social que cuentan con efectivo arraigo. Lo que J. Austin llama «moral positiva»; positiva por su efectividad, pero sólo «moral» por no emanar de un mandato del soberano: algo así como un magma social prejurídico. Con ello el problema del fundamento se ha desplazado *de lo metafísico a lo sociológico*. Lo «humano» no sería un contenido verdadero a tener en cuenta, sino lo que coyunturalmente se tiene por verdadero en una sociedad determinada, gracias a una argumentación razonable, pero sin pretensiones de objetividad radical alguna. Lo que en tales condiciones pueda o no hacer «razonable» una argumentación resulta un tanto enigmático.

Por otra parte, se hereda la dimensión represiva propia de la teoría jurídica hobbesiana. Para ésta, tener un «derecho» es contar con libertad de movimientos en todo aquello que el soberano ha tenido a bien no pro-

(15) H. L. A. HART: *¿Existen derechos naturales?* en *Filosofía política* (ed. por A. Quinton), México, 1974, págs. 85 y 86.

hibirnos; ahora se nos dice que «tener un derecho implica tener una justificación moral para limitar la libertad de otra persona» (16); algo así como la *posibilidad de prohibirle* determinada conducta. El resultado es entender los derechos como cotos de arbitrariedad personal, tolerados por el Estado y defendidos de la presencia perturbadora de los otros. Un individualismo poco solidario sirve de trasfondo a esta peculiar concepción de lo jurídico.

La necesidad de «justificar» esas prerrogativas enlaza con otro planteamiento que nos propone alcanzar una vía media entre «absolutismo» y «escepticismo», conformándonos con el logro de un «fundamento suficiente». El positivismo no resultaría menos «ideológico», valorativo e incluso «ontológico» que el iusnaturalismo, ya que como él implica «una visión de lo real que valora ciertos aspectos del ser». La clave estaría en acertar con unas tomas de postura que resulten válidas para «espíritus razonables», sin considerarse infalibles. Todo consistiría en contrastar las propias opciones con un «auditorio universal, constituido por el conjunto de hombres normales y competentes para juzgar de ello; hay que lograr «la adhesión presunta de todos los considerados como interlocutores válidos» (17). Se superaría así la arbitrariedad irracional. Se añada una cierta generosidad a la hora de conceder las patentes de razonabilidad, normalidad y competencia; con ello, a fin de cuentas, se esquivan evidencias apodícticas para conformarnos con otras de aire más doméstico. Este paso *de lo evidente a lo obvio*, ajeno siempre a toda pretensión de fundamento objetivo, conserva cierto hálito de misterio.

Quizá el quid de la cuestión podamos encontrarlo en el término «justificación» a que ambos autores apelan. Es fácil recordar la interpretación de Heidegger del planteamiento nietzscheano de la verdad como «*tener por verdadero*» y de sus consecuencias prácticas: la «nueva "justicia" no tiene ya nada que ver con una decisión sobre lo justo o lo injusto de acuerdo con un baremo o medida verdadero y autoconsciente, sino que la nueva justicia es activa y sobre todo "agresiva"; establece por su propio poder lo que debe considerarse justo e injusto» (18). No se trata de respetar —con una actitud pensante— un contenido verdadero que se nos abre condicionando nuestra voluntad, sino de justificar artificiosamente lo que hemos decidido, sin más condicionamiento que el que puedan opo-

(16). H. L. A. HART: *¿Existen derechos naturales?* (nota 15), pág. 95.

(17) CH. PERELMAN; *Peut-on fonder les droits de l'homme?* en *Droit, morale et philosophie*, París, 1968, págs. 57, 58, 62 y 63.

(18) M. HEIDEGGER; *Nietzsche*, Pfullingen, 1961, t. I, pág. 634 y t. II, pág. 198.

ner las voluntades ajenas. Las consecuencias «humanas» del intento son imaginables. Sólo una realidad objetiva, por problemática que fuera su conocimiento, podría respaldar el freno a la voluntad de poder.

¿UN PROBLEMA SIN FUNDAMENTO?

Se nos observará todavía que éste, como tantos otros problemas enconados, no tiene especial fundamento. El intento de encontrarle respuesta convincente está condenado al fracaso. Por debajo de la búsqueda de un «fundamento absoluto» de los derechos humanos no hay sino una «ilusión» de certeza que la razón humana no puede satisfacer. Volvemos, pues, al irracionalismo ético: los valores no se fundamentan, se asumen... (19). Más que obsesionarse con un *seudoproblema filosófico*, habría que tener el coraje de abordar una *tarea jurídica y política*; el problema del fundamento es teóricamente ineludible, pero está prácticamente resuelto, ya que existe la convicción compartida de que los derechos humanos son fundados. La Declaración Universal de 1948 convierte el problema del fundamento de teóricamente insoluble en prácticamente superfluo. No los deriva de una «naturaleza» del hombre ni los considera «evidentes», pero sí levanta acta de que son suficientemente «compartidos» en un «momento histórico» determinado. De la objetividad metafísica hemos pasado a la «intersubjetividad» del consenso. Contamos ya con un fundamento jurídico que documenta un acuerdo universal «de hecho» (20); habría llegado el momento de edificar sobre él, en vez de entretenernos con disposiciones teóricas que pueden obstaculizar su realización práctica.

Esta invitación a un ciego compromiso aparece basada en una sospechosa evidencia poco amiga de cuestionamientos críticos. Surge el peligro de que el irracionalismo ético se vea así acompañado por un irracionalismo a secas; un curioso *fideísmo secularizado*. Se habla hoy, en efecto, de los derechos humanos como la «religión civil» de una sociedad secularizada, capaz de fundamentar una convivencia pluralista y tolerante e incluso de servir de confluencia a diversas perspectivas religiosas desconfesionalizadas. Pero si no queremos enriquecerla con «misterios», parece obligado preguntarse por su fundamento o, al menos, por la filosofía a la

(19) N. BOBBIO: *Sul fondamento dei diritti dell'uomo*, «Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto», 1965 (XLII), págs. 302 y 304.

(20) N. BOBBIO: *Presente y porvenir de los derechos humanos*, «Anuario derechos humanos», 1981 (1), págs. 9-12.

que pueda servir de vehículo o con la que pueda ser incompatible. En vez de partir de un fundamento filosófico —e incluso teológico— de los derechos humanos, se trataría de desvelar la filosofía —o incluso la teología— que encierran (21); ciertos empeños por cerrar los ojos parecen traslucir escaso entusiasmo ante los posibles descubrimientos.

El problema del *fundamento* de los derechos humanos no parece marginable, y no sólo por razones de rigor teórico. También nos mueve a no abandonarlo un *doble imperativo* de orden *práctico*.

Por una parte, la convicción de que esa tarea jurídica y política a la que, con evidente fundamento, se nos anima, implica una auténtica *lucha*: contra los obstáculos que se oponen a su reconocimiento y contra la limitación de nuestra razón, amenazada siempre por la angostura del propio horizonte histórico. No deja de resultar sintomático que los mismos que se escandalizan de que el «derecho natural» clásico resultara compatible con la vigencia social de la esclavitud estén contribuyendo a la defensa de unos «derechos humanos» pulcramente compatibles con la pena de muerte, la industrialización del aborto o la conversión del paro en paisaje rutinario de la actividad económica. La *dimensión utópica* que esta lucha implica resulta amputada, porque nadie se aprestará a combatir sin fundamento. Si los derechos humanos son la simple expresión obvia de nuestro momento histórico, resultará un tanto insólito que —en nombre de ellos— se nos invite a modificarlo. Sorprende comprobar que con frecuencia los mayores promotores teóricos de un desinterés por el fundamento de los derechos humanos son personas de gran dimensión ética, que han sido capaces de refrendar con hechos, en circunstancias incómodas, la lucha que preconizan. Sólo queda pensar que es precisamente esa riqueza ética la que les ciega, impidiéndoles observar que a su alrededor escasea ese caudal de eticidad utópica capaz de movilizar generalizadamente su quijotesca tarea. El fervor ético lleva a ignorar la íntima contradicción de querer apoyar en meros «tópicos» una gigantesca labor utópica.

Una segunda razón de orden práctico es fácil obtenerla de argumentos similares a los ya expuestos, aunque con intención contraria. En efecto, la *Constitución española* cumple hoy en nuestro país un papel similar al de la Declaración Universal: documentar el efectivo consenso de los españoles de nuestro momento histórico sobre los fundamentos del ordena-

(21) Así lo ha hecho con agudeza L. LOMBARDI-VALLAURI, que detecta bajo ellos la vigencia de una metafísica «perenne» y de una teología supraconfesional «plero-matizadora», *La portée philosophique des droits de l'homme*, «Nova et vetera», 1982 (1), págs. 24 y 28.

miento jurídico que ha de estructurar su convivencia social. Pues bien, la propia Constitución defiende el carácter intangible de los derechos humanos, a través de un doble recurso (art. 53, 1): reservar a la ley (elaborada por los representantes de la soberanía popular) el necesario desarrollo de estos derechos, imponiendo incluso la necesidad del quórum cualificado propio de las «leyes orgánicas»; rechazar que el «*contenido esencial*» de tales derechos pueda ser desconocido por esa cualificada representación popular, cerrando así el paso a toda posible «dictadura de la mayoría».

La propia Constitución —que no descarta el peligro de que atentados a los derechos humanos puedan convertirse en tópicos, inconsciente y mayoritariamente asumidos— señala al Tribunal Constitucional la fuente de donde ha de obtener el fundamento imprescindible para su trascendental tarea de garantía: un «*contenido esencial*», previo a la misma Constitución, que sirve de contexto imprescindible a los pasajes más relevantes de su texto. Considerarlo como una fórmula retórica atribuiría idéntico carácter a las invitaciones a esta lucha inaplazable; entender por tal «*contenido esencial*» la expresión histórica de una voluntad popular coyuntural llevaría al contrasentido de someter los legítimos representantes de dicha «voluntad» a los dictados (faltos de «*fundamento*») de un Tribunal minoritario capaz de falsear sus expresiones abrumadoramente mayoritarias.

LOS DERECHOS HUMANOS COMO «IDEOLOGIA»

Los recelos ante un posible fundamento absoluto de los derechos humanos nos conducen, por diversos caminos, al problema de la *tolerancia* y a su previsible amenaza por concepciones del mundo omnicomprendivas, que pueden jugar «ideológicamente» como tapadera de intereses parciales.

Desde una perspectiva *positivista*, la tolerancia es posible decantando drásticamente el campo de lo racional (fruto de una rigurosa crítica ajena al mundo de los valores) y el de lo emocional. Sería preciso edificar la convivencia social sobre el primero, replegando el segundo al ámbito de la intimidad individual. La mera alusión a una «verdad» de la convivencia social, por problemática que se reconozca su captación, aparece como una irrupción agresiva que rompería todo posible diálogo. La *democracia* se considera como la proyección práctica de un *relativismo* radical: porque nada es verdad ni mentira, hemos de acudir a ella para perfilar las bases de la convivencia social. No bastaría con admitir el condicionamiento

subjetivo e histórico de todo conocimiento, sino que sería obligado suscribir un relativismo ontológico, negando toda verdad, si no se quiere comprometer el juego democrático.

La «crítica de la ideología» positivista pone así en marcha una paradójica caza de brujas destinada a proteger la tolerancia. Las alusiones a los «derechos» humanos se consideran más conectadas con una intención práctica de agitación que con auténticos contenidos jurídicos; serían proposiciones seudonormativas faltas de contenido regulativo preciso. La ambigua amplitud de su campo de acción facilita (como en las proposiciones pseudoempíricas) su relleno por valoraciones o intereses de grupo incontrolados (22). Se produciría una perniciosa «politización» de los fundamentos de la convivencia. En el mejor de los casos, cabría considerar a tales derechos como un acto de fe sobre el mejoramiento del porvenir humano, pero —puestos a elegir— parece preferible renunciar a producir una «biblioteca rosa» y optar por el escepticismo entendido como escuela de lucidez (23).

La versión *marxista* de la «crítica de la ideología» es más radical: no pretende defender la pureza de las reglas de juego, sino que denuncia el juego mismo como tapadera de una «tolerancia represiva». El diálogo pulcro no es sino una artimaña para ocultar la gran «verdad» de la convivencia social: la explotación del hombre por el hombre. Preocuparse de los derechos humanos sería discutir sobre «lindas menudencias» (24), descuidando la inaplazable transformación de la estructura real de la sociedad.

Si el «derecho» es un mero fantasma superestructural, destinado a desaparecer con la sociedad cuya perpetuación posibilita, no tendrán más realidad estos supuestos «derechos». Dificilmente los podrá tomar en serio quien niega al derecho consistencia propia. De ahí que la crítica marxista apunte, más que a un sustantivo irreal, al adjetivo que potencia su papel «ideológico». La falacia radica en calificar como derechos «humanos» lo que en realidad son «los derechos del miembro de la sociedad bur-

(22) E. TOPITSCH: *Die Menschenrechte. Ein Beitrag zur Ideologiekritik*, «Juristenzeitung», 1963 (1), pág. 4. Su maestro H. KELSEN no deja de denunciar a la noción misma de «derecho subjetivo» como tapadera teórica de un interés práctico: «se trata de evitar que la institución de la propiedad privada sea suprimida por el orden jurídico» (nota 6), pág. 117.

(23) J. FREUND: *Sociologie et méthodologie en René Cassin...* (nota 11), págs. 157 y 167.

(24) K. MARX: *Kritik des Gothaer Programms* en *Marx-Engels Werke*, Berlín, 1969, t. 19, pág. 29.

guesa, es decir, del hombre egoísta, separado del hombre y de la comunidad» (25). El marxismo no plantea una concepción alternativa del derecho —destinado a desaparecer—, sino una concepción alternativa de lo «humano».

El imperativo kantiano se invierte en el «humanismo» comunista. Antes era la persona la que no podía en ninguna circunstancia ser tratada como un medio; ahora, el escándalo surge porque «los emancipadores políticos reducen la ciudadanía, la *comunidad política*, a mero *medio* para la conservación de los llamados derechos humanos». La conclusión es fácil de imaginar: «El ciudadano es declarado servidor del hombre egoísta, el ámbito en que el hombre se comporta como comunidad es degradado por debajo del ámbito en que se comporta como ser parcial; por último, lo que vale como hombre *propio y verdadero* no es el hombre como ciudadano, sino el hombre como burgués» (26). No se nos invita, pues, a luchar por unos derechos del hombre reconocibles a todo ser humano, sino por los derechos del burgués; en nombre de los derechos «humanos» se defiende la consolidación de una sociedad radicalmente inhumana.

La consecuencia será proponer el paso de una «emancipación política» puramente superestructural a una radical «emancipación humana», negándose a disfrazar al «miembro de la sociedad burguesa con su *piel de león política*». Esto implica una nueva dimensión —liberadora— de los derechos humanos; no cabe entenderlos como la libertad formal de hacer esto o lo otro, sino como la efectiva y real liberación de lo que nos hace inhumanos; una operación aún no consumada: «el hombre no se liberó de la religión; obtuvo la libertad de religión. No se liberó de la propiedad; obtuvo la libertad de propiedad. No se liberó del egoísmo de los negocios; obtuvo la libertad de ellos» (27).

El neomarxismo, reconsiderando la relación estructura-superestructura, admite la posibilidad de una teoría jurídica que sea algo más que la crónica de una muerte anunciada. Indultado el derecho, se abre paso a un replanteamiento propiamente «emancipador» de la teoría de los derechos humanos. Se trata de eliminar su funcionalidad al servicio de la burguesía y de convertirlos en instrumento de una transformación estructural que rompa la auténtica desigualdad: la económica. Lo primero se lograría expulsando el derecho de propiedad de este intangible catálogo;

(25) K. MARX: *Zur Judenfrage* en *Marx-Engels Werke* (nota 24), t. I, pág. 364.

(26) K. MARX: *Zur Judenfrage* (nota 25), pág. 366.

(27) K. MARX: *Zur Judenfrage* (nota 25), págs. 355 y 369.

lo segundo pasando de una mera «declaración» política a una efectiva transformación socio-económica.

El viejo derecho natural racionalista aparece ahora como una fase histórica, positiva, aunque provisional, que apuntaba a este nuevo horizonte: «la dialéctica de la historia extrajo al derecho natural de la abstracción, poniéndolo en último término en concordancia posible con la realidad *tendencial*. De acuerdo, nuevamente, con una misión decisiva, la misión de transformar el mundo, de acuerdo con una nueva gravedad del mundo social en dirección a la justicia, ahora llamada, en Marx, *humanismo real*» (28).

Los derechos humanos cobran un nuevo viso si se los mira con buenos ojos: con ojos iluminados por una filosofía de la historia tan verdadera que se autoconsidera científica. Basta con «entender el pasado mucho mejor de lo que él mismo se entendía». Esto exige liquidar los «derechos innatos», y muy en primer lugar la propiedad privada, «el contrato social» y «las eternidades de la naturaleza humana», «pero los ideales no quedan eliminados en esta liquidación histórica». «En ellos hay algo más que apariencia y problemas aparentes»; «una salpimentación crítica, una admonición crítica, ingredientes suficientes para una verdadera manifestación esencial» (29). El derecho deja de aparecer como un aparato represivo, imaginado por los usufructuarios de la propiedad e inservible sin ella; se convierte, con notable sabor kantiano, en exigencia de la dignidad humana, que no resultará satisfecha por una revolución realizada de una vez por todas, sino que anima una constante tarea de crítica.

Teóricamente todo esto implica una notable reinterpretación de Marx, poco tolerable desde perspectivas de ortodoxia; prácticamente encierra un programa de socialismo crítico inasimilable en el ámbito de presunta realización de dicha teoría. Por una parte, «la *liberté* en lugar de la *propriété* se convertirá, al fin, y en este sentido profundo, en el derecho del hombre en primacía respecto a todos los demás, y se hará asimismo actual y efectiva frente al fascismo»; por otra, «en el *programa* del socialismo», «en el que han desaparecido la explotación y la opresión de los trabajadores, los derechos militantes brotan con no menos frescor, pero de modo positivo: como derechos a una crítica objetiva». En conclusión: «La bandera de los derechos del hombre tiene que ser por doquiera la

(28) E. BLOCH: *Derecho natural y dignidad humana* (trad. castellana de F. González Vicen), Madrid, 1980, pág. 133; también pág. 211 y, sobre lo que antecede; página 65.

(29) E. BLOCH: *Derecho natural y dignidad humana* (nota 28), pág. 203.

misma, tanto la que alzan los trabajadores como derecho de resistencia en los países capitalistas como la que enarbolan en los países socialistas como construcción del socialismo, como derecho e incluso obligación a la crítica de esta construcción» (30). La «utopía» cobra coherencia y se hace así utópica por partida doble.

Los derechos humanos, que sirvieron de núcleo esencial al pensamiento liberal, se ofrecen ahora como punto de partida de un «socialismo democrático», capaz de llevar a término lo que aquél —viciado radicalmente por la propiedad privada— se limitó a declamar. La igualdad no se ofrece como alternativa a la libertad, sino como un horizonte que la llenaría de sentido. «La recuperación socialista de esa utopía de la igualdad —sin pérdida de la libertad— es la que permite afirmar la plena vigencia actual de los derechos humanos, su no anulación por la justa crítica marxista a la concepción burguesa de los viejos derechos naturales» (31). La eliminación de la propiedad privada sigue siendo condición inexcusable de este replanteamiento. Sólo así se podrá distinguir entre unos «derechos *de* la burguesía, sólo concebibles existiendo una clase que no los posea» y otros que, hasta ahora, han sido «derechos *para* la burguesía», por el monopolio fáctico de su ejercicio, pero que pueden y deben extenderse a todos; sería un error incluirlos todos en la primera categoría y postular su eliminación indiscriminada (32). Los derechos humanos, como todo «derecho», han dejado de ser constitutivamente «ideológicos» y dignos de rechazo; la «ideología» es sólo una de las posibles funciones del derecho, que habrá que neutralizar mediante una continua crítica, sin eliminar por ello al derecho mismo.

(30) E. BLOCH: *Derecho natural y dignidad humana* (nota 28), pág. 181.

(31) E. DÍAZ: *Ideología y derecho: para una crítica de la cultura jurídica de la sociedad burguesa*, «Anales Cátedra Francisco Suárez», 1977 (17), pág. 48. J. J. GRU CREMADES no disimula cierta perplejidad ante esta «tozuda vinculación establecida entre socialismo y derechos humanos», que no sería sino una «rectificación del liberalismo»: *Las ideologías en la Constitución española de 1978 en Estudios sobre la Constitución española de 1978* (ed. por M. Ramírez), Zaragoza, 1979, pág. 73. No es arriesgado aventurar la fuente de estas propuestas; «ninguna democracia sin socialismo, ningún socialismo sin democracia», había establecido paradigmáticamente E. BLOCH: *Derecho natural y dignidad humana* (nota 28), pág. 207.

(32) E. DÍAZ: *Socialismo democrático y derechos humanos en Legalidad-legitimidad en el socialismo democrático*, Madrid, 1978, pág. 141. Más que a una «superación» de los derechos humanos, hay que tender a su «efectiva realización» y a su «ampliación democrática» (pág. 146).

¿UN USO ALTERNATIVO DE LOS DERECHOS HUMANOS?

No es ésta, por razones obvias, la versión de los derechos humanos que ha encontrado libre circulación en los países «socialistas». No obstante, se ha superado en ellos una actitud de rudo rechazo, dado el impacto de esta categoría en la opinión pública internacional. Mientras los planteamientos reformistas no renuncian a la eliminación de la propiedad privada, pero aluden a ella con la misma impasibilidad que si tratara de un reajuste rutinario, ahora se recordará tajantemente que la contradicción de la sociedad burguesa, entre el hombre y sus condiciones de vida, sólo puede superarse a través de una revolución que *sustituya* capitalismo por comunismo. Como ninguna clase dominante renuncia voluntariamente a sus privilegios, el marxismo no ha prometido nunca libertades a izquierda y derecha. Las consecuencias no se hacen esperar: la libertad de opinión no puede entenderse como la posible defensa de diversas opiniones, sino como el derecho a mantener la correcta; el derecho a la cultura no puede confundirse con el derecho a la estupidez ni el derecho al trabajo con el derecho a la holganza (33). Los derechos humanos, más que una exigencia frente al Estado, son el fruto de la coincidencia entre intereses individuales y sociales a través de la propiedad social de los medios de producción (34); lo dicho no permite deducir que tal coincidencia pueda producirse espontáneamente.

Desde esta perspectiva parece plantearse una visión «alternativa» y «sustitutiva» de los derechos humanos. Se parte de una idea bien distinta del hombre, de su relación con la sociedad, del papel (¿provisional?) a cumplir por el Estado respecto a ambos y de la función a cumplir por los derechos en el dinamismo histórico de la convivencia. El hombre no es sujeto de su propia historia, gracias a su capacidad creativa, sino que *está* sujeto a unas condiciones materiales, que son fruto del proceso productivo que engendra su propia historia. El hombre no es el protagonista de la vida social, sino que será resultado de una estructura social libre de contradicciones. El Estado no ha de garantizar unos campos de juego reservados al individuo, sino que ha de impedir cualquier intento contrarrevolucionario de reinstaurar la estructura social burguesa y ha

(33) Este lenguaje libre de ambigüedades, poco usual en los discursos sobre derechos humanos, es del alemán oriental H. KLENNER: *Die marxistische Menschenrechts-Konzeption* (nota 1), págs. 796, 800 y 801.

(34) *Ibidem*, pág. 801.

de regular artificialmente la satisfacción de necesidades, que sólo podrá llevarse a cabo con espontaneidad en la definitiva sociedad sin clases. Atención preferente a la satisfacción de necesidades materiales, eliminación prioritaria de obstáculos que dificulten un igual logro de esta satisfacción, protagonismo del Estado en esta tarea, son caracteres que modifican notablemente el planteamiento liberal de los derechos humanos.

Todo esto cobra especial interés si no se olvida que dieciocho años después de la Declaración Universal surgen dos Pactos, de llamativo paralelismo, que se ocupan, respectivamente, de los derechos civiles y políticos y de los «*derechos económicos, sociales y culturales*». Su redacción no es en modo alguno complementaria, ya que no acogen derechos diversos, sino más bien reflejan versiones distintas de una misma realidad. El tratamiento de estos últimos derechos había suscitado ya duras discusiones durante la elaboración de la Declaración Universal, por un doble motivo: la presencia, en todos esos artículos, de la referencia al Estado, que tropezaba con la tradición liberal, y las consecuencias de carácter incondicional de estos derechos que exigen prestaciones estatales (35). Ahora parece como si se hubiera querido transparentar con toda sinceridad el doble lenguaje que hace posible (y meramente aparente) tan universal consenso. De agudizarse este planteamiento, la conclusión sería un obligado dilema: derechos económicos, sociales y culturales *versus* derechos civiles y políticos, igualdad *versus* libertad, derechos de grupos *versus* derechos individuales, materialismo *versus* idealismo; la apoteosis de la desintegración de lo humano...

Los derechos económicos, sociales y culturales aparecen vinculados históricamente a una determinada «filosofía», que lejos de concebir al derecho como factor de conformación social lo presenta como expresión de la relación existente entre economía, Estado y ciudadanos. No se parte de una oposición entre Estado y ciudadanos, que diseñe los derechos como garantías procesales de «posibilidades» de hacer, sin mayor referencia a los logros «efectivos» resultantes. Los intereses de los trabajadores coinciden (¿espontáneamente?) con el interés general del Estado socialista, que se ocupa de que se vean efectivamente satisfechos. El individuo no aparece *frente* al Estado, «contratando» con él en ejercicio de sus derechos, sino situado *junto* a él como titular no sólo de derechos, sino también de deberes (36).

(35) Al respecto, R. CASSIN: *El problema de la realización efectiva de los derechos humanos* (nota 12), pág. 395.

(36) Los rasgos de esta «filosofía» pueden encontrarse bien perfilados en el hún-

Desde esta óptica, el juicio sobre la Declaración Universal desmiente la efectividad del presunto consenso histórico vigente. Todos los derechos aparecen como «del hombre», lo que transpiraría individualismo; se habla sólo de pasada (en cinco de los treinta artículos) de los derechos económicos, sociales y culturales; no se habla prácticamente de deberes; se insiste en los derechos del individuo frente al Estado, como si éste fuera un Leviatán amenazador; no se garantiza adecuadamente la soberanía de los Estados; al imaginarse un individuo al margen del Estado parece que se está hablando del hombre como independiente de la sociedad; parece ausente la igualdad como idea central de los derechos humanos, ignorándose que cuando se dan reales condiciones de igualdad social, los derechos del hombre se convierten en institución social, superando todo individualismo (37).

Este dilema, que postula alternativas mutuamente sustituibles, amenaza —sea cual sea su consistencia histórica— la relevancia práctica de los derechos humanos. Más interesante parece apuntar hacia una integración —un «ajustamiento»— de ambas categorías, que nos prive de libertades vacías o de la eliminación de la libertad a corto plazo en aras de una igualdad sólo concebible a plazo infinito. Salvo raras excepciones —de un paleoliberalismo patológico—, la superación del individualismo se admite hoy como exigencia obligada de cualquier intento de realización del «derecho». El «contrato», como fruto del despliegue de lo individual, va cediendo el protagonismo jurídico a la «relación», condicionada frecuentemente por el juego de los grupos (38). Nos encontraríamos ante una nueva etapa del papel a cumplir por el ciudadano en la vida social: meramente pasivo (*status subiectionis*), autónomo respecto a injerencias estatales (*status libertatis*), titular de exigencias de prestaciones estatales (*status civitatis*) y partícipe directo en la acción estatal (*status activae civitatis*) (39).

garo I. SZABO: *Les Constitutions socialistes et les droits des citoyens*, «Revue roumaine des sciences sociales- Sciences juridiques», 1968 (1), págs. 126, 129, 130 y 137.

(37) I. SZABO: *Fondements et développements des droits de l'homme* en *Les dimensions internationales des droits de l'homme*, París, 1978, págs. 26-28 y 41.

(38) R. POUND enlaza esta inflexión actual con el juego del individualismo puritano y los elementos feudales en los orígenes de la Modernidad: *El espíritu del «common law»* (edición castellana, Barcelona, s/f., págs. 32-44. Interesante al respecto, W. ULMANN: *Principios de gobierno y política en la Edad Media*, Madrid, 1971, páginas 27 y 298 y, entre nosotros, PECES-BARBA: *Tránsito a la Modernidad y derechos fundamentales*, Madrid, 1982.

(39) Sobre estas conocidas fórmulas, utilizadas por G. JELLINEK, cfr. G. PECES-BARBA: *Derechos fundamentales*, Madrid, 1980 (3.ª), págs. 59-62.

Es obvio que de poco sirve declarar formalmente libertades si luego su ejercicio resulta imposible a determinados ciudadanos como consecuencia de su inserción social. El derecho —y, por tanto, también los «derechos» humanos— no puede concebirse como mera garantía de la libertad ni como vía de imposición de la igualdad; no puede consistir en el mero reconocimiento de una aspiración individual ni en la prestación de un servicio, que quizá crea una necesidad para poderla satisfacer. El ejercicio de todo auténtico derecho exige una *tarea promocional* (40), que elimine obstáculos y favorezca condiciones materiales que faciliten su ejercicio; pero, a la vez, sigue siendo ineliminable su relevancia como *garantía* para evitar que el crecimiento de la tarea estatal lleve a la desaparición de toda dimensión personal. Es preciso acompañar el formalismo político de una dimensión sociológica que le haga contar con un contenido real, pero sin llegar por ello a una «superación» de los derechos humanos de regusto comtiano. Sólo el totalitarismo nos espera «reemplazando los derechos divinos, desde entonces retrógrados, y los derechos humanos, siempre subversivos, por los deberes universales, emanados de relaciones apreciables» (41), como proponía el creador de la «sociología».

Resulta, sin duda, reconfortante registrar que también en el ámbito del pensamiento «socialista» se reconozca que el riesgo de una posible «autonomía» de la actividad estatal exige establecer garantías para los ciudadanos, sin descartar —al menos durante el «provisional» proceso de «edificación del socialismo»— la posibilidad de conflictos entre intereses personales y generales (42). Se renuncia así a una dimensión «alternativa» entre dos tipos de derechos para apuntar a su juego complementario. Sólo así cabe evitar que el *status activae civitatis* se vea de hecho sustituido por una regresiva reedición del *status subiiectionis*.

(40) En ello ha insistido N. BOBBIO, que ha propuesto igualmente la necesidad de un replanteamiento de la categoría «contrato social», que no sólo sea capaz de explicar el nacimiento del Estado sino también de regular su efectivo funcionamiento actual: *Il contratto sociale, oggi*, Nápoles, 1980, pág. 31.

(41) A. COMTE: *Système de politique positive ou traité de sociologie*, III, 7.^a ed., París, 1853 (reproducción anastática de París, 1970, t. IX, pág. 601).

(42) I. SZABO: *Les Constitutions socialistes et les droits des citoyens* (nota 36), páginas 131 y 139. Una interesante muestra de este planteamiento complementario de los derechos económicos, sociales y culturales en A. E. PÉREZ LUÑO: *El proceso de positivación de los derechos fundamentales en Los derechos humanos. Significación, estatuto jurídico y sistema*, Sevilla, 1979, págs. 207-209.

DERECHOS HUMANOS Y PROGRAMACION TECNOCRATICA

Al igual que desde el neomarxismo se propone la posibilidad de una teoría de los derechos humanos que no cumpla una función «ideológica», también desde el positivismo se intenta otro tanto. Sin duda, el planteamiento clásico de los derechos humanos resulta precientífico e incompatible con la «racionalidad» moderna, pero rechazarlos sería precipitado. Aun faltos de consistencia teórica, cumplen de hecho una «función» de la que sería absurdo privar a nuestra sociedad. Los derechos humanos serán inútiles —y quizá también perjudiciales— por lo que dicen, pero cumplen —sin necesidad de decirlo— una positiva función social. Aun rechazando su fundamento teórico clásico, no debe prescindirse de ellos, al igual que el descubrimiento de la relatividad del tiempo no justifica la eliminación de los relojes (43).

Hay que pasar de un planteamiento «categorial» —que tomado en serio resultaría perniciosamente «ideológico»— a otro «funcional». Los derechos humanos se convierten así en pieza decisiva de un enfoque «racional» de lo político, que no será ya expresión de factores económicos, religiosos o bélicos, sino que se convertirá en un ámbito específico con una función «institucional» de descarga de complejidad (44). La política deja de articularse como un ámbito de dominación, basado en la fuerza, para convertirse en un campo de generalización de expectativas gracias a un simbolismo comunicativo.

Nos encontramos —aplicando los criterios clásicos— ante un planteamiento «despolitizador» de la política; las elecciones, por ejemplo, no pretenden transferir a los gobernantes las motivaciones subjetivas de los electores, sino alejar a éstos del ámbito de la solución de los problemas concretos, manteniendo así a la sociedad a cubierto de posibles frustraciones. La «democracia» no es decisión participada, sino una técnica educadora de expectativas, que desvía los desahogos individuales estrellándolos contra las urnas; más que una vía de compromiso personal activo se convierte en un ritual de la des-preocupación (45).

(43) N. LUHMANN: *Grundrechte als Institution. Ein Beitrag zur politischen Soziologie*, Berlín, 1965, pág. 211.

(44) N. LUHMANN: *Grundrechte als Institution* (nota 43), págs. 137-140. Las «instituciones» cumplen en el hombre un papel similar al instinto en los animales: descargarle de decisiones, facilitando un positivo ahorro de energía; en este planteamiento es clara la huella de A. GEHLEN: Por ejemplo, *Mensch und Institutionen en Anthropologische Forschung*, Hamburgo, 1961, págs. 71-72.

(45) N. LUHMANN: *Grundrechte als Institution* (nota 43), págs. 142-143 y 150-151.

No cabe seguir considerando al Estado como una «autoorganización de la sociedad»; esta vieja idea tribal de la «cosa pública» es bastante más que un error, ya que engendra consecuencias «peligrosas». Hay que evitar una corrupción «politizadora» que desdibuje «irracionalmente» la imprescindible diferenciación de los diversos subsistemas sociales. Desde esta nueva óptica, los derechos humanos se transforman en «derechos fundamentales»; no consisten en prerrogativas personales «eternas», sino en mecanismos sociológicos que evitan la desdiferenciación. No cumplen, pues, una función defensora del individuo frente al Estado, sino que favorecen una «integración» social tan beneficiosa para uno como para el otro. Si bien mantienen su función clásica de límite del poder estatal, generan, gracias a esto, una confianza del ciudadano en él que lo hace más potente que cualquier poder «absoluto» (46).

El problema a resolver no es ya —como en Hobbes— la protección física de la vida amenazada por una guerra de todos contra todos, sino la solución técnica del problema de información subyacente en una sociedad de creciente complejidad, que puede condenar al caos por incapacidad de mutua comunicación. Desde esta nueva perspectiva resalta la «función» social a cumplir por los «derechos subjetivos»; más que aportar los datos para una ajustada «reciprocidad» de prestaciones, colaboran a programar una coordinación de expectativas individuales, logrando un aprovechamiento más rentable de la complejidad social (47).

Todos los derechos humanos clásicos se ven así traducidos «funcio-

Entender la democracia como la transferencia de un consenso sería perpetuar un modelo tribal: *Komplexität und Demokratie* en *Politische Planung* Köln-Opladen, 1971, pág. 41. El derecho ayuda a educar una actitud de espera preparada para la desilusión: *Rechtstheorie im interdisziplinären Zusammenhang*, «Anales Cátedra Francisco Suárez», 1972 (12/1), pág. 250. Críticas a la dimensión tecnocrática de esta teoría en *Politik ohne Herrschaft?* (ed. por V. Ronge y U. Weihe), que incluye, entre otros, trabajos de J. Münstermann, F. Naschold, B. Willms y del propio autor de estas líneas.

(46) N. LUHMANN: *Grundrechte als Institution* (nota 43), págs. 14-16, 23-24, 38 y 41-43. Pierde así sentido toda visión pre-positiva de estos derechos, que no estarían destinados a ser positivados sino que serían uno de los frutos de la idea moderna de «derecho positivo»; cfr. al respecto la crítica de W. KRAWIETZ a Ermacora en *Evolution des Rechts und der Menschenrechte* en *Recht und Gesellschaft* (Festschrift H. Schelsky), Berlín, 1978, págs. 328-333.

(47) N. LUHMANN: *Systemtheoretische Beiträge zur Rechtstheorie*, «Jahrbuch für Rechtssoziologie und Rechtstheorie», 1972 (2), pág. 259; *Zur Funktion der «subjektiven Rechte»*, ibídem, 1970 (1), págs. 325 y 329-330. No se trata tanto de una coordinación del actuar como del esperar: *Grundrechte als Institution* (nota 43), pág. 84.

nalmente» a derechos fundamentales, sufriendo una imprevisible reinterpretación. La tarea no está libre de riesgos, ya que el funcionalismo sistemático parece situarnos «más allá de la libertad y la dignidad». Lejos de planteamientos «esencialistas», hay que entender ambas como mecanismos de descarga que permiten la socialización del individuo, facilitando con éxito su autopresentación (48). Cuando este enfoque se proyecta sobre la libertad de conciencia el resultado es paradójico. Si el individuo oye continuamente a su conciencia se convierte en fuente de desilusiones personales y de alteraciones sociales; de ahí que la libertad de conciencia no tenga como función posibilitar una orientación activamente consciente, sino ahorrarla. La libertad de conciencia tiene una efectiva relevancia «funcional», que no la emparenta con la verdad de un determinado orden de valores, sino que protege al individuo de posibles crisis personales de conciencia, facilitando así la planificación social (49). Más que ver garantizada nuestra libertad de conciencia, nos han liberado de ella; un viejo sueño marxista parece realizado ahora por vía sistémica...

El indulto funcionalista —que rescata a los derechos humanos del campo de la «ideología»— no aparece libre de connotaciones «ideológicas». Huyendo de la «neurosis avalorativa» de la sociología positivista, parece haberse llegado a una apologética de la tecnocracia de excesivo costo (50). La obsesión por una rentable «reducción de complejidad» desemboca prácticamente en una legitimada reducción de la democracia; la contraideología tecnocrática acaba mostrándose radicalmente «ideológica» (51) e incluso «teológica» (52). Cuando una sociología despersonalizadora —que convierte al hombre en marioneta del «sistema» social— intenta apunalar ultraconservadoramente el presente, aun a costa de empobrecer el

(48) N. LUHMANN: *Grundrechte als Institution* (nota 43), págs. 57-82.

(49) N. LUHMANN: *Die Gewissensfreiheit und das Gewissen*, «Archiv für öffentliches Recht», 1965 (90), págs. 280-281.

(50) Neurótico le parece a N. LUHMANN el juego del «Wertfreiheitsprinzip»: *Die Praxis der Theorie en Soziologische Aufklärung*, Köln, 1970, pág. 263. De apologeta le tacha J. MUNSTERMANN: *Zur Rechtstheorie Niklas Luhmanns*, «Kritische Justiz», 1969, pág. 331. Para J. J. GIL CREMADES el costo de la operación sería ver a la carencia de libertad política convertida en precio de la libertad económica: *Razón práctica y razón jurídica*, «Anales Cátedra Francisco Suárez», 1977 (17), pág. 17.

(51) F. NASCHOLD: *Demokratie und Komplexität*, «Politische Vierteljahresschrift», 1968 (9), pág. 518; J. HABERMAS: *Theorie der Gesellschaft oder Sozialtechnologie? Eine Auseinandersetzung mit Niklas Luhmann*, en el volumen de idéntico título, Frankfurt, 1971, págs. 164 y 265.

(52) Al respecto, N. LUHMANN: *Grundrechte als Zivilreligion*, donde plantea una apología funcionalista del laicismo, en *Religione e politica*, Padova, 1978, págs. 66-71.

futuro, resulta inaplazable una «lucha por el derecho», volcada ahora sobre el derecho público (53); una empresa demasiado ardua, como vemos, para abordarla sin un «fundamento».

HACIA UNA TEORIA «JURIDICA» DE LOS DERECHOS HUMANOS

El balance de la discusión «filosófica» de los derechos humanos —intentando contrastar un fundamento real, que los coloque por encima de los eslóganes mitineros o las exhortaciones homiléticas— da idea de las dificultades del empeño. Un positivismo o empirismo estricto obligaría a un pasivo *ignoramus*, enervante para el jurista práctico. El refugio en supuestos consensos consumados, que harían irrelevante todo debate filosófico, resulta desmentido por la misma historia de la Declaración Universal y por la anómala bifurcación de los Pactos. No se cuenta con un consenso real que elimine las discrepancias, sino con una equivocidad de lenguaje que las encubre. La pretendida solución historicista del problema del fundamento es todo un monumento al voluntarismo.

Por si fuera poco, la sociología funcionalista ofrece interesantes pistas sobre el papel «ideológico» que pueden acabar jugando unos «derechos fundamentales» sin contenido real conocido; más que defender dimensiones del hombre, servirían para enseñar a esperar sólo aquello que el «sistema» está dispuesto a ofrecerle. Por último, las propuestas de un «hombre nuevo», cuyo parto quedaría confiado a las convulsiones históricas, llevan a la perplejidad; la eliminación («provisional», sin duda) de derechos básicos del hombre actual resulta evidente, mientras que el futuro se mantiene tozudamente alejado.

El resultado puede parecer desanimante, pero marca con nitidez el posible campo de juego de una concepción que considere a los «derechos» humanos como realidad jurídica *proprio vigore*. Se trataría de indagar qué concepción del derecho permitiría considerarlos como algo más que una indefinida sustancia embrionaria o una mentira jurídica piadosa. Por paradójico que resulte, sería preciso acometer una teoría «jurídica» de los derechos humanos.

(53) H. SHELSKY: Crítico incansable de los planteamientos sistémicos, respectivamente en: *Zur soziologischen Theorie der Institution*, en *Zur Theorie der Institution*, Düsseldorf, 1970, pág. 11; *Über die Abstraktheiten des Planungsbegriffs in den Sozialwissenschaften* en *Der Mensch und seine Zukunft*, Darmstadt, 1967, pág. 125; *Systemfunktionaler, anthropologischer und personfunktionaler Ansatz der Rechtssoziologie*, «Jahrbuch für Rechtssoziologie und Rechtstheorie», 1970 (1), pág. 88.