

## ¿SON JURÍDICOS LOS DERECHOS HUMANOS?

---

---

*Andrés Ollero*

Universidad Rey Juan Carlos (Madrid)

*Resumen:* Parece obvio que si hablamos de derechos nos referimos a una realidad jurídica, pero paradójicamente el concepto de derecho que se tiende perezosamente a suscribir impediría reconocer naturaleza jurídica a los derechos humanos, para reducirlos a expresión de buenos deseos para el futuro de la humanidad. Tomarse los derechos humanos en serio obligaría a revisar un concepto del derecho que los convierte en caricatura.

*Palabras clave:* Derechos humanos: fundamentación, concepto de derecho, derecho y moral.

*Abstract:* our talk about Human Rights does obviously refer to a juridical matter. Nonetheless, to endorse hastily the concept of right would paradoxically prevent us from taking into account the juridical nature of Human Rights. They would be reduced to an expression of good desires for the future of humanity. On the other hand, taking rights seriously would compel us to identify a way of thinking of rights such that it presents them as a caricature.

*Keywords:* Human Rights: their foundation, concept of right, right and morality.

Debo, ante todo, agradecer la invitación recibida para reflexionar oralmente en el marco de este encuentro sobre una cuestión que he tenido ya ocasión de tratar por escrito<sup>1</sup>. El interrogante no deja de resultar curioso. Si calificamos como jurídico todo lo relativo al *derecho*, cómo podría no ser jurídico algo que identificamos como *derechos*; si

<sup>1</sup> En A. Ollero (2007), *El derecho en teoría*, Navarra, Cizur Menor, Thomson-Aranzadi.



no fueran jurídicos, lo menos que habría que hacer es cambiarles el nombre. Podríamos llamarlos, por ejemplo, buenos deseos para el futuro de la humanidad, que no suena nada mal.

La pregunta no deja sin embargo de tener su lógica. Denuncia el abuso de doble lenguaje en que el discurso sobre los derechos humanos aparece hoy instalado. Por un lado, se han convertido en la quintaesencia de lo políticamente correcto. A ver quién es el valiente que se atreve a defender que eso de los derechos humanos no pasa de ser una monserga. Los más reconocidos vulneradores de esos derechos se pelean por presidir las Comisiones presuntamente encargadas de su garantía; lo mismo en Naciones Unidas que en el Parlamento vasco...

A la vez, sin embargo, sugerir que esos derechos –que tendría el hombre por el simple hecho de serlo, sin necesidad de que se los conceda el Estado– son tan jurídicos como los otorgados por una ley supondría defender el último reducto de un derecho natural que, acosado por los más variados frentes, parece convertido en arquetipo de lo académicamente incorrecto. El imperio de la racionalidad científico-positiva da por muerta y enterrada en todo el planeta a la metafísica, en la que inevitablemente encuentran fundamento. Añádase a ello en terruño español el acendrado cultivo del nacional-agnosticismo, o de la cruzada laicista, y se comprenderá que la cuestión no está para bromas.

La curiosidad sobre si hay vida después de la vida alimenta –una vez marginada la teología– la más variada programación de espacios parasicológicos. No es por ello extraño que –anatematizado el derecho natural– el afán por defender políticamente lo que ha dejado de ser académicamente defendible lleve a formular una pregunta no menos esotérica: ¿existen *derechos antes del derecho*?

La respuesta se verá inevitablemente encuadrada en tres núcleos problemáticos: la siempre polémica relación entre derecho y moral; la controvertida articulación de principios y normas dentro del llamado derecho positivo y el presunto dilema entre ese ordenamiento jurídico y un derecho natural, no se sabe si paralelo.

El problema consiste en que el positivismo obliga a mantener un concepto de derecho absolutamente contradictorio con el implícito en los derechos humanos. Si por derecho se considera sólo un derecho positivo entendido como el puesto –de una vez por todas– por los poderes del Estado, está claro que –mientras que tales poderes no los otorguen– nadie tiene derecho, lo que se dice derecho, a nada. Lo de ‘derechos’ humanos sería un elegante modo de hablar, para referirse a aquello que se considera debería otorgar un Estado políticamente correcto; si no lo hace, tocará esperar; o, como mucho, alentar dentro de él alguna movida capaz de alterar la situación. Para reconocerlos como auténticos derechos, la que tendría que cambiar es la teoría jurídica positivista, y eso ya sería pedir demasiado.

Si nos referimos a los derechos subjetivos, su fundamento no puede ser más claro, dentro de la más pura ortodoxia del positivismo normativista. Tenemos derecho a aquello que las normas nos conceden, imponiendo a quienes corresponda los correlativos deberes. Sólo el llamado *derecho objetivo* (un sistema de normas) puede servir de fundamento a coyunturales *derechos subjetivos*.

La cuestión se complica cuando de los derechos subjetivos pasamos a los *derechos fundamentales*. Estos, como su mismo nombre indica, no serían mera secuela de las normas, sino que más bien las dotarían de fundamento. En consecuencia, su obligado respeto se convertirá en condición de la validez de cualquier norma. Las coyunturales mayorías parlamentarias, legitimadas para crear normas, sólo podrán hacerlo respetando el *contenido esencial* (artículo 53.1 CE) de estos derechos, obviamente pre-legales. Ellos condicionarían la validez de las normas, al menos ‘negativamente’: no será válida norma alguna que los vulnere. Queda por aclarar en dónde encuentran ellos, a su vez, fundamento. La respuesta parece fácil: en la Constitución, que –al fin y al cabo– no es sino la ley suprema, ley de leyes o norma de normas.

Con ello nos habríamos limitado a reenviar el problema, porque es bien sabido que las más arduas interpretaciones del texto constitucional giran precisamente en torno a cuál sea el contenido (esencial o no) de cada uno de los derechos fundamentales; la mera letra promulgada no suele pecar de locuacidad. Podríamos dar por hecho que existen exigencias previas al derecho positivo, de las que éste en su dimensión suprema se alimentaría; para no llamarlas derechos, podríamos llamarlas *valores* (“superiores” incluso, según el artículo 1.1 CE) o *principios*. Pero ¿se trata de valores o principios propiamente jurídicos o se convierten sólo incidentalmente en tales cuando les aplica la varita mágica el rey Midas de turno? El positivista se verá obligado a inclinarse por lo segundo; previamente tendrían una dimensión meramente ‘moral’, o no serían sino errantes principios programáticos en busca de norma que los aloje.

Esa exigua condición jurídica que a tales derechos se atribuye no parece estar muy a la altura de la prosapia política con que se les enarbola. Ello explica sobradamente que Norberto Bobbio intentara desembarazarse de tan incómoda tesitura por elevación. No tendría mucho sentido seguir dándole vueltas a cuál sea el *fundamento* de los derechos fundamentales; todo el mundo se habría mostrado ya de acuerdo en cuáles son, al asumir documentos como la Declaración Universal de Derechos del Hombre de Naciones Unidas<sup>2</sup>, en estos días sexagenaria. Ese documentado *consenso* no deja de revestir cierto aire de derecho positivo, aunque se trate de un documento internacional de no fácil encaje en el más ortodoxo concepto de positividad.

<sup>2</sup> A. Ollero (1981), “Presente y futuro de los derechos humanos”, *Anuario de Derechos Humanos*, 1, p. 10.



Considerar la aludida Declaración como una especie de escritura pública, que daría fe del consenso de sus signatarios sobre la existencia de determinados derechos de obligado respeto, tropieza con un doble escollo. Los mismos que intervinieron en su redacción desmienten que tal consenso existiera. Como no ha dejado de ocurrir también en trances constituyentes –el español, sin ir más lejos–, si se suscribieron tales términos, fue a condición de no preguntarse sobre su efectivo contenido. Tiempo habría para que éste, con suficiente consenso, se fuera explicitando. Pero, cuando llegó el momento de concretar la Declaración en unos Pactos internacionales de mayor incidencia práctica, el consenso acabó brillando por su ausencia; más bien llevó a diagnosticar un síndrome de diplopía o doble visión. Hubo que separar por un lado unos derechos civiles y políticos, con la presunta virtud de servir de *freno* a los poderes del Estado; por otro, unos derechos económicos, sociales y culturales, con la pretendida capacidad de activar la *entrada en juego* de esos mismos poderes. Mientras que los primeros mantenían un confuso aire pre-estatal, los segundos aparecían adosados a las ubres nutricias del Estado.

No había pues consenso, ni por asomo. La división en bloques ideológicos en torno a las dos potencias hegemónicas, dentro de una meramente supuesta comunidad internacional, no daba para más. La teoría jurídica aún dominante, incapaz de concebir un derecho que no cuente con el respaldo de un Estado, aplazaba *ad calendas graecas* el reconocimiento de la auténtica juridicidad de tales derechos, a la espera de que llegara a consolidarse un super-Estado internacional.

Por otra parte, el intento de fundamentar los derechos humanos en un consenso históricamente consumado, fácilmente constatable en *tópicos vigentes* generalmente asumidos, cercenaba uno de los aspectos decisivos de estos derechos: su *dimensión utópica*. Cuando, por ejemplo, se los invoca para poner fin a la discriminación por razón de sexo, no se está apelando a una conciencia mayoritaria plasmada ya en vigorosos tópicos. Se está abriendo paso más bien, a través de una función promocional y no represiva del derecho, a un horizonte que se muestra aún minoritariamente asumido; gracias a ello se romperá con estereotipos consolidados, asumidos no pocas veces por las propias víctimas.

Ante esta situación sólo cabe una doble alternativa. Continuar ignorando la cuestión del fundamento de los derechos, instalándose confortablemente en el doble lenguaje: nada más importante pues, ni menos fundamentado, que los derechos humanos. El resultado será que los habrá en la medida en que a los Estados les venga bien. Cualquier intento de ir más allá dará paso a situaciones acrobáticas, al no concebirse un derecho previo al Estado. Los mismos Estados que se arrojan la condición de evaluadores del ámbito internacional, dictaminando qué régimen político satisface un mínimo ético y a cuáles hay que considerar insertos en el eje del mal, acabarán recurriendo a ‘deslocalizar’

sospechosos, situándolos fuera del ámbito de acción de sus propios democráticos poderes de control, o a exportarlos para que sean eficazmente torturados fuera de sus fronteras.

No será tan fácil partir, como alternativa, de la existencia de unos auténticos derechos que acompañan al hombre por el mero hecho de serlo. Exigirá replantear el concepto mismo de derecho, admitiendo que los Estados se legitiman precisamente en la medida en que se muestran capaces de reconocer esos derechos que le son previos, respetando un contenido esencial que ellos no pueden establecer. En consecuencia, ninguna Constitución concede ni otorga esos derechos humanos, sino que los reconoce; ya que éstos ya existen con 'previa' realidad jurídica. Precisamente porque la tienen, exigen verse positivados, lo que no ocurriría si se tratara de meras exhortaciones morales. Todo ello presenta como inseparables la *vocación utópica* y la *exigencia de positivación* de unos derechos humanos, que dejan así de verse tratados como meras proclamas bienintencionadas.

Esto equivale a reconocer que derecho no es aquello que ponen, o imponen, los Estados gracias a su capacidad de administrar el uso de la fuerza y de gestionar los símbolos homologadores que anuncian su posible entrada en juego. El derecho, y los derechos, tendría que ver, ante todo, con el logro de un ajustamiento de las relaciones sociales. No hay disposición estatal que no apunte a ese horizonte de justicia. Al hacerlo, no se limita a recurrir oportunamente a una estrategia de legitimación. Sin referencia a la justicia nunca habrá derecho alguno, sino mera fuerza bruta, por mucho formalismo con que se la engalane. Tampoco las meras pretensiones o caprichos individuales se convierten porque sí en derechos, sino sólo cuando exhiben convincentemente como título fundamentador un ajustado enlace del despliegue de la propia libertad con el respeto al otro como un igual.

Cuando, de un modo u otro, se formula esa propuesta de ajustamiento se pone en marcha, a la vez, un proceso de positivación sin el que lo jurídico resultaría siempre ilusorio. Este proceso implica la confluencia de un triple ingrediente: juicios de valor vinculados a un determinado concepto, más o menos reflexivo, de *justicia objetiva*; progresiva inserción en los *mecanismos formales e institucionales* que sirven de punto de referencia al ordenamiento jurídico; arraigo que va convirtiendo lo que era mero punto de vista teórico en vivida *consuetudo* social.

Todo ello pone de relieve lo inoportuno, e incluso perturbador, del recurso a la contradictoria terminología de los presuntos *derechos morales*. Por supuesto que el respeto de estos derechos de que venimos hablando, tan vinculados al ser humano como para que éste resulte ininteligible privado de ellos, tiene su raíz en una ineludible dimensión moral. Habrá pues que dar por descontada una obligación moral, más que jurídica, de abstenerse de todo lo que pueda vulnerarlos. Pero no son jurídicos porque puedan generar tal dimensión moral, ni porque reposen inevitablemente sobre una concepción



de cómo el ser humano deba comportarse para llegar a la perfección; son jurídicos porque aparecen como exigibles para dar paso a una convivencia humana. Otras exigencias morales habrá que nunca podrán servir de fundamento a derecho alguno, precisamente por no repercutir en la práctica sobre dicha convivencia. Por otra parte, el mero ejercicio de sus derechos no garantiza al hombre perfección alguna. Su relevancia será más bien 'negativa': sin ellos, no podría aspirar siquiera a buscarla. Constituyen, como todo lo jurídico, un mínimo ético; aunque, como todo lo jurídico, condicionará el posible logro de cualquier óptimo ético.

Esto explica que estos derechos humanos, al insertarse en el ordenamiento positivo aparezcan como fundamentales, erigiéndose en su núcleo duro. De ahí que se les sustraiga del juego coyuntural de las mayorías parlamentarias. Pero su diferencia con cualquier otro derecho será siempre de grado. Toda norma suscita –siquiera genéricamente– una obligación moral de respeto, dada la relevancia positiva del orden social que contribuye a mantener; todo derecho tiene como fundamento –al menos mediato– un título con relevancia moral, por apoyarse en un legítimo despliegue de la libertad personal y en un simultáneo trato al otro como un igual. Si bien no toda obligación moral reviste relevancia jurídica, toda norma no jurídicamente deficiente tiende a cobrar relevancia moral. Igualmente todo derecho apoyado en un justo título, al apoyarse en un fundamento moralmente relevante, tendrá en el fondo algo de 'derecho moral', por muy anecdótico que pueda parecer su contenido.

Parece lógico que la pregunta inmediata sea en qué medida disponemos de ese concepto de justicia objetiva que parece convertirse en factor germinal de la realidad jurídica. Vaya por delante que tal ajustamiento no lo encontraremos ante nosotros en estado sólido, líquido, ni siquiera gaseoso. Más nos ayudaría tener presente que la actividad jurídica consiste precisamente en el instrumento para ir conformando esas exigencias de razón práctica.

Por supuesto, ese horizonte de justicia objetiva aparece vinculado a una determinada concepción del ser humano y de cómo éste debe comportarse para hacer posible y fructífera la convivencia social. No hay concepción de la justicia que no responda a una determinada antropología. El debate sobre cuál sea la que deba adoptarse como punto de referencia constituye ya el punto de arranque de la argumentación jurídica. A diversas concepciones antropológicas corresponderán distintas valoraciones y entendimientos de los derechos.

Desde una perspectiva individualista los derechos aparecen paradójicamente de modo simultáneo como residuo y como freno. Tendríamos derecho a todo aquello de lo que el Estado no haya considerado obligado expropiarnos para hacer posible la convivencia social; pero a la vez esa fáctica libertad residual se erige en escudo jurídico contra el Estado mismo, que deberá abstenerse de invadirla. Tener un derecho equivaldría

a disfrutar de un coto de aprovechamiento exclusivo y excluyente, que los otros (y, sobre todo, el Estado, como 'otro' por excelencia) no deben perturbar. Así ocurriría con la vida, porque nadie aceptaría un Estado que se negara a garantizarla; equivaldría a comprometerse a obedecer a cambio de nada. Similar rango recibiría la intimidad personal, que como su mismo nombre indica se desmarca de la alteridad propia de lo público; y así sucesivamente. Nos hallamos ante una concepción de la justicia que, más que un verdadero ajustamiento, aspira a programar una articulación no conflictiva de órbitas individualistas que coinciden en un espacio común. Servirá de fundamento a la llamada primera generación de los derechos humanos, o derechos de libertad, diseñados frente al Estado.

A esta antropología, que apunta a un individualista *existir sin los otros*, o incluso frente a los otros, se opondrá la que sólo considera la existencia individual como mero reflejo de la estructura social. La crítica marxista a las libertades formales denunciará cómo, al ignorar la hiriente desigualdad sobre la que se apoya la sociedad burguesa, se convierten en legitimadoras de una desajustada relación de explotación. La absoluta falta de confianza en que el derecho, y los derechos, pueda acabar sirviendo para algo distinto de esa macabra decoración de lo inhumano, lleva a Marx a una enmienda a la totalidad. No cabe imaginar otra justicia que la que surja como resultado de la ruptura revolucionaria de la estructura económica que humilla al ser humano explotado. El derecho, conservador y enemigo de la revolución, no tiene papel positivo alguno que cumplir y acabará por desaparecer –por falta de función– cuando no haya ya explotación que legitimar.

Del individualismo, que enfrenta al ser humano con sus desiguales, se pasa a un colectivismo en el que el ser humano, a la espera de la igualdad colectiva, no tiene consistencia propia. “La esencia humana no es algo abstracto e inmanente a cada individuo. Es, en su realidad, el conjunto de las relaciones sociales”, apuntará Marx<sup>3</sup>. Desde ese punto de partida, hablar de libertades no es sino el modo más eficaz de bloquear una emancipadora liberación de la sociedad en su conjunto, incluidos sus átomos individuales. Todo ello anima, más que a consagrar derechos, a activar un proceso revolucionario que encierra un *existir contra los otros*.

Esta revulsiva llamada de atención dará pie a un replanteamiento de la justicia como auténtico ajustamiento. Se desconfiará de que el mero despliegue de la libertad –mano invisible mediante– pueda garantizar justicia alguna. Se acentuará el peso de la igualdad para el logro de ese ajustamiento y se levantará al Estado del banquillo de los acusados para convertirlo en responsable prioritario del bienestar general. Surge así, entre quienes

<sup>3</sup> En la sexta de sus *Tesis sobre Feuerbach*; la encontramos como apéndice en K. Marx (1970), *La ideología alemana*, Barcelona, Grijalbo, p. 667.



sí confían en lo jurídico, la segunda generación de derechos, entendidos ahora como prestaciones exigibles al Estado; valgan la asistencia sanitaria o el llamado mínimo vital como ejemplo.

Obviamente, lejos de plantearse un dilema entre ambas generaciones de derechos, todo apunta a lo razonable de un juego complementario. Fundamento antropológico para ello no faltará, si se supera un existir sin, o contra, para dar paso a un *existir con los otros*. Sergio Cotta ha apuntado en su ontofenomenología a esa coexistencialidad, que asume en diverso marco la propuesta clásica de la sociabilidad natural<sup>4</sup>. Si la justicia es ajustamiento de libertad e igualdad, es lógico que ambas exigencias se vean respetadas.

Arquetípico al respecto puede ser el ámbito de la educación. Lejos de entender como dilema la libertad de enseñanza, por un lado, que garantiza la elección de centro con ideario o carácter propio y frena intentos estatales de planificación que la ignore, y el derecho a la educación, por otro, que garantiza la disponibilidad de un puesto escolar en los niveles obligatorios, cabrá lógicamente aspirar a articular un sistema capaz de satisfacer ambos objetivos. No muy distinta será la situación cuando la protección de la intimidad personal se vea acompañada de una garantía del novedoso derecho de autodeterminación informativa, que implicará el consentimiento y control de una utilización de datos personales de la que pudiera derivarse discriminación.

Queda así de relieve la *dimensión relacional* que todo lo jurídico lleva consigo, repercutiendo también sobre el juego de los derechos. Superada la mera coincidencia de propietarios individualistas, que animó las viejas libertades, y entronizado en el museo el ajuste de cuentas de la lucha de clases, en el que el derecho no pinta nada, se abre espacio para un jurídico ajustamiento de relaciones.

Dada la historicidad del ser humano, esta coexistencialidad no puede considerarse desde un punto de vista meramente sincrónico. Nuestras decisiones repercuten ya sobre nuestros sucesores, por lo que resultaría irresponsable ignorar esa *coexistencia diacrónica* y las exigencias de justicia que de ella derivan. Se plasman en los llamados derechos humanos de la tercera generación, con el de disfrutar a un medio ambiente saludable como ejemplo consolidado.

Parece, sin embargo, que no faltan motivos para plantear el dilema entre los derechos de la primera y la segunda generación. Al elaborarse el texto del tratado para una futura Constitución europea, como ya ocurrió antes con el de la Carta Europea de Derechos, volvió a ponerse de relieve. El debate no remite sólo a una discrepancia ideológica entre el tradicional individualismo anglosajón o calvinista y la doctrina social de raíz católica, que alimenta la franco-alemana economía social de mercado. El normativismo jurídico

<sup>4</sup> Presenta la “paridad ontológica” en S. Cotta (1982), “La coexistencialidad ontológica como fundamento del derecho”, *Persona y Derecho*, 9, p. 17.



empuja a dar la razón a los primeros: derechos, pocos y en serio. La alegre proliferación de derechos de problemática satisfacción tiende a trivializarlos; tener derecho a todo puede ser el modo más eficaz de no tener derecho a nada, al acabar dándose por hecho que no habrá modo de atender tantas exigencias.

La estructura normativa, con su juego *o todo o nada*, se presta a las mil maravillas para albergar la dimensión ‘negativa’, como freno a los poderes del Estado, propia de los derechos de la primera generación. El *habeas corpus* negará al poder ejecutivo la posibilidad de privar de libertad a un ciudadano de modo indefinido, sin ponerlo a disposición del poder judicial. Cuando sólo se concibe al derecho desde esta perspectiva, es lógico que el derecho al trabajo o a la salud suene a música celestial y no parezcan más jurídico que un generoso derecho a la inmortalidad. No hay modo de garantizar su cumplimiento.

Muy distinta es la cuestión si se asume que el ordenamiento jurídico no está integrado sólo por normas sino también por principios, tan jurídicos y relevantes –o más– que aquéllas. Su ya aludida caracterización como *exigencias optimizadoras* los avvicina notablemente a los derechos económicos, sociales y culturales, descartando el aparente vacío retórico de unos derechos cuyo contenido dependerá en buena medida de los recursos de los que los poderes públicos puedan efectivamente disponer.

No se trata pues de que sólo los primeros sean derechos de verdad, directamente exigibles, mientras los segundos compondrían una bienintencionada salmodia de incierto resultado. Se trata de que los primeros se articulan con facilidad por vía normativa, pero no pueden ir más allá de un papel de freno a los poderes, dejando a la mera benevolencia moral cualquier otra exigencia. El llamado Estado social quedaría así desactivado jurídicamente, con obvia desventaja de los más débiles. Cuando, por el contrario, se asume el papel jurídico de los principios, superando la hemiplejía normativista, se abre la dimensión promocional del derecho, plasmada en acciones ‘positivas’ o ‘afirmativas’.

Esto exige un planteamiento bien distinto del juego de *valores, principios y normas*<sup>5</sup>. Si ya la propuesta de una libertad ajustada, que respeta al otro como un igual, pone en marcha el proceso de positivación del derecho, su primer resultado práctico se evidenciará probablemente antes por vía de principio que en un texto normativo. Si de discriminación por razón de sexo hablamos, un principio de parificación llevará a escrutar sociológicamente el impacto práctico de determinadas medidas, sin conformarse con examinar la igualdad formal del texto normativo. Toda la jurisprudencia sobre *discriminación indirecta* fue inicialmente deudora del juego de los principios, antes de plasmarse en un amplio repertorio normativo.

<sup>5</sup> Como tuve ocasión de resaltar en A. Ollero (1999), *Discriminación por razón de sexo. Valores, principios y normas en la jurisprudencia constitucional española*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.



No cabe pues entender a los *derechos* como mero producto eventual de las *normas*. No sólo porque los derechos fundamentales aparezcan como pre-legales; previos por tanto a las normas por excelencia. También porque los principios propician títulos fundadores de derechos, sin esperar a que se vean reconocidos por las normas, o modificando decisivamente la interpretación de éstas. Sin cambio normativo alguno, la sustitución de un paternalista principio protector de la mujer por otro de parificación alterará radicalmente el contenido de los derechos en juego.

No tiene por ello sentido alguno considerar que los derechos económicos, sociales y culturales sean menos jurídicos que los civiles y políticos. Tampoco parece ajena a trasfondos ideológicos la propuesta de Dworkin, casi siempre tan brillante como contradictorio, de limitar a los segundos el rótulo de *principios*, con implícito fundamento *moral*, mientras que los primeros no serían propiamente derecho ni se vincularían a principios jurídicos de obligada protección judicial, sino que quedarían al albur de las *políticas* que el poder ejecutivo, en legítimo ejercicio de sus competencias, considerase más adecuadas en referencia a meras razones de *oportunidad o eficacia*<sup>6</sup>. Se marca a la vez una obligada frontera, expresiva de la división de poderes, que somete al Ejecutivo –responsable de las políticas– al ámbito de acción del Legislativo, al que se reserva (artículo 53.1 CE) el desarrollo autorizado de esos contenidos constitucionales, a la vez que se los excluye como posible objeto de toda iniciativa legislativa popular (artículo 87.3 CE). No parece muy razonable confundir uno y otro aspecto.

Tampoco parece muy adecuado identificar esas sucesivas generaciones como derechos de libertad y de igualdad, ya que ambos valores están por definición incluidos en las exigencias de justicia que todo derecho lleva consigo. Una libertad que no respeta al otro como un igual no puede servir de fundamento a derecho alguno; ni tampoco un colectivismo igualitario que anule toda libertad. ¿Dónde obtendremos el criterio objetivo para dar paso a este ajustamiento?

Insinuar que el posible ajustamiento de libertad e igualdad, capaz de servir de fundamento a los derechos, reposa sobre un derecho natural, se presta a discusión; no puede –después de lo ya dicho– extrañarnos. Es obvio que el positivismo jurídico hegemónico torcerá el gesto ante lo que considerará una oportunista estrategia doctrinal de supervivencia de su eterno rival. Lo curioso, sin embargo, es que la discusión no resultará menos viva entre los celosos guardianes de las esencias iusnaturalistas. Tan llamativa circunstancia remite a diversos momentos de la historia de la filosofía.

Iusnaturalistas clásicos de matriz jurídica romanista –sirva Villey como arquetipo– constataron la vinculación histórica de la teoría de los derechos con la ruptura individualista

<sup>6</sup> Ronald Dworkin (1984), *Los derechos en serio*, Barcelona, Ariel, pp. 220 y ss.

y nominalista alentada por los metafísicos franciscanos<sup>7</sup>, frente al predominio de los ‘universales’ entre los dominicos. Ese individualismo nominalista tendría como legítimo heredero al positivismo jurídico, con Hobbes en cabeza, por lo que sólo en su seno tendría sentido esbozar una teoría de los derechos naturales identificables con los ahora llamados derechos humanos. De las tres acepciones tomistas del derecho, la clave radicaría en el derecho como justicia objetiva o *cosa justa*, expresada por escrito en una ley, de la que secundariamente derivarían facultades subjetivas.

Si esto ocurre entre juristas, añádase a ello que los teólogos escolásticos tendrán como punto de referencia decisivo la ley, sin que les importe tanto los derechos como los obvios deberes que de ella derivaran. De ahí sus reflexiones sobre la ley eterna, tan lejana para juristas, o su alusión a una ley natural en la que se engloba con notable naturalidad lo jurídico con lo moral, que es lo que al teólogo realmente le acaba preocupando. El estrabismo resultante es fácil de imaginar: un *derecho natural sin derechos naturales*.

El apego a lo tradicional facilita la perpetuación de un punto de vista teórico que da paso a un iusnaturalismo que, en lo que a normativismo e incluso legalismo se refiere, no tiene nada que envidiar al positivismo jurídico. El fenómeno se dará más entre los divulgadores que en los clásicos que sirven de punto de referencia. Así como Kelsen superó el legalismo de los positivistas, reconociendo que también el juez crea normas jurídicas, tampoco el propio Tomás de Aquino había suscrito un planteamiento legalista, al afirmar que “la sentencia del juez es como cierta ley particular dictada en atención a un hecho particular”<sup>8</sup>.

Los *derechos*, como ocurre en los más ortodoxos positivistas, se considerarán como producto eventual de las leyes. No será en torno a ellos, sino en torno a la *ley injusta*, donde se establecerá la frontera de la polémica doctrinal. La cuestión dista de ser irrelevante, si se tiene en cuenta que ha sido precisamente el *constitucionalismo* europeo de la posguerra mundial, con su apelación a los derechos, el que ha generado una notable revisión dentro del positivismo jurídico. El empeño de éste por ocuparse del derecho que es, y no de benévolas propuestas de deber ser, tropezó con su peculiar incapacidad para explicar la relevancia de unos derechos que no sólo son jurídicos, sino que aparecen como fundamento de la juridicidad del ordenamiento en su conjunto.

No deja de ser significativo que el intento más relevante de abordar este nuevo horizonte de debate jurídico lleve como título *ley natural y derechos naturales*. Tampoco que, a la hora de vincular los derechos con el ajustamiento propio de la justicia objetiva, sugiera un neologismo ante la dificultad del inglés para expresar tal acepción. Así, con

<sup>7</sup> Michel Villey (1968), *La formation de la pensée juridique moderne*, Paris, Montchretien, pp. 200-210 y 225-238.

<sup>8</sup> *Summa Theologica* II.II, q.67, art.1; cito por la edición de Madrid, BAC, 1956, t. VIII, p. 520.



referencia a Tomás de Aquino, se apuntará que “si se pudiera usar el adverbio ‘justamente’ (*aright*) como sustantivo, se podría decir que su explicación primaria es acerca de ‘los justamentes’ (*arights*) (más sobre los derechos [*rights*])”<sup>9</sup>.

Las Constituciones reclaman como fundamento de sus derechos un humus ético-material previo, capaz de dar sentido a los contenidos, inevitablemente genéricos, reflejados en su texto; ayudaría igualmente a identificar esos “contenidos esenciales” que las leyes han de respetar, y que la propia Constitución no está tampoco en condiciones de precisar. A nadie extrañará pues que un magistrado constitucional emérito español, como Rubio Llorente, apunte que la Constitución establece la frontera entre derecho positivo y derecho natural, o que otro alemán, como Böckenförde, entienda que toda Constitución reposa sobre unos previos fundamentos éticos que no puede explicitar suficientemente en su texto. Sin lo que se ha dado en llamar *Constitución material* la estructura formal del texto constitucional no puede aportar demasiado, pudiendo incluso convertirse en coartada para dar paso a la arbitrariedad interpretativa o a la mera dictadura de la mayoría.

Los intentos de solventarlo remitiendo a un fundamento más sociológico que metafísico no han tenido mucho éxito. En el debate norteamericano cumple tal papel la apelación a un *originarismo* que convertiría en norma de obligado cumplimiento lo que los constituyentes tuvieron en mientes. En España, pese a la menor antigüedad del texto, se ha certificado, como veremos, el nacimiento de nuevos derechos fundamentales, difícilmente presente en la mentalidad de los constituyentes. La otra vía remitiría a la equiparación entre texto constitucional y mentalidad social, descartada también por el Tribunal Constitucional español, al dar por hecho que las exigencias constitucionales sobre igualdad entre hombre y mujer difícilmente rimarían en todos los casos con las convicciones cuantitativamente más arraigadas socialmente en la *actualidad*<sup>10</sup>.

Falto de todo punto de referencia, el texto constitucional puede convertirse en objeto de meros juegos de palabras, forzando su significado hasta hacerle decir lo que le era absolutamente ajeno. Así en uno de los primeros comentarios a la Constitución española no dejó de apuntarse, pese a no resultar obligado, que “la referencia al hombre y la mujer no supone un reconocimiento de la universalidad del derecho, sino una alusión a la heterosexualidad del matrimonio, cerrando así el paso a la institucionalización de relaciones estables homosexuales”<sup>11</sup>. De ser ello cierto, pretender más tarde que

<sup>9</sup> John Finnis (2000), *Ley natural y derechos naturales* Buenos Aires, Abeledo-Perrot, p. 235.

<sup>10</sup> STC 81/1982 de 21 de diciembre, F.2.

<sup>11</sup> Luis Prieto Sanchís alude al artículo 32.1 CE en *Las relaciones Iglesia-Estado a la luz de la nueva Constitución: problemas fundamentales*, incluido en el libro colectivo editado por A. Predieri y E. García de Enterría (1980) sobre *La Constitución española de 1978*, Madrid, Civitas, p. 338.

debieran darse por aludidos en tales términos –presentes sólo al hablar de matrimonio en el artículo 32.1 CE– todos los hombres y todas las mujeres al establecer relaciones entre sí, no sería menos legítimo que modificar la Constitución. Sugerir que esto sería innecesario, bastando con forzar esa vía interpretativa, equivaldría para más de uno a convertir ese texto en papel mojado.

La resistencia a admitir unos auténticos derechos, fundamentados como su mismo nombre indica en la misma naturaleza del ser humano, puede apoyarse en la problematicidad de su conocimiento o en el temor a que acaben siendo impuestos sin mayor debate por quien no estaría habilitado para ello.

Lo primero es comprensible si se piensa en tales derechos como un contenido acabadamente dado, sobre cuya evidencia sobrarían razonables dudas. Todo derecho es fruto, sin embargo, de un proceso interpretativo, en el que no sólo se captan sus rasgos definitorios sino que se los va conformando en contacto con el caso concreto y las exigencias de justicia que él mismo suscita. En esto consiste siempre el proceso de positivación del derecho. Pero tanto el derecho natural como sus dimensiones subjetivas, lejos de darse fuera de dicho proceso, contribuyen a alimentarlo. El derecho natural es por tanto siempre algo tan por acabar como el derecho positivo, desligado del cual no consolidará su consistencia jurídica. Un derecho positivo *contra natura* será sin duda derecho; un pésimo derecho positivo. Un derecho natural sin positivar debilitaría su realidad jurídica hasta verse en la práctica reducido a mero buen deseo.

Queda con ello también respondida la segunda fuente de recelo. Son los juristas que de modo habitual protagonizan ese proceso de positivación los que se encontrarán en condiciones de contribuir a positivar esos derechos naturales. Obviamente, dentro de sistemas como el español, será el Tribunal Constitucional el encargado de decir la última palabra sobre el particular, sin olvidar lo que el Tribunal de Derechos Humanos de Estrasburgo tenga que decir, a propósito de los derechos recogidos en el Convenio de Roma del Consejo de Europa.

Ilustrativa de esa dimensión jurisprudencialmente conformadora de los derechos fundamentales resulta la queja formulada, como voto particular, por un magistrado constitucional a propósito una sentencia de dicho Tribunal sobre el carácter subsidiario de los recursos de amparo, en la que –por si sirve de pista– entiende “se aprecia el exceso de énfasis principialista”. “Si se han agotado, o no, los recursos útiles, y la determinación de cuáles sean, creo que es un mero problema de legalidad ordinaria”; “no creo que nos ajustemos fielmente a esa legalidad que estamos llamados a aplicar, cuando, para justificar la utilización de recursos inidóneos o legalmente incorrectos, decimos que el derecho de tutela judicial efectiva incluye «el derecho del interesado a utilizar cuantas acciones y recursos considere útiles para la defensa de sus derechos o intereses, aun los de dudosa procedencia»”; “ese concreto contenido del derecho de tutela judicial efectiva



es pura creación de nuestra jurisprudencia, sin base en ningún precepto constitucional o legal”; “con tal proclamado contenido del derecho de tutela judicial efectiva, que me niego a aceptar, se introduce un factor de absoluta inseguridad jurídica en el régimen procesal del recurso de amparo”<sup>12</sup>.

Resulta comprensible la zozobra del magistrado constitucional, que ya antes lo fuera del Tribunal Supremo. Lo que ya se entiende menos es cuántos y cuales derechos fundamentales considera que tienen un “concreto contenido” que no sea “creación de nuestra jurisprudencia”. Sin jurisprudencia no acaba positivándose derecho alguno, por muy sólido que pudiera ser su fundamento. No cabe proteger eficazmente los derechos sin entrar a debatir su contenido efectivo. Obviamente esto no puede entenderse como la extensión de un cheque en blanco para que los encargados de su desarrollo introduzcan en la Constitución lo que arbitrariamente estimen oportuno. Es aquí donde el derecho natural, a condición de que se perdone la expresión, tiene bastante que decir.

Lo pone de manifiesto el propio Tribunal Constitucional cuando aborda cómo debe entenderse la alusión del artículo 53.1 CE al obligado respeto del *contenido esencial* de los derechos fundamentales. Entiende que, “para tratar de aproximarse de algún modo a la idea de «contenido esencial»”, “cabe seguir dos caminos.

El primero es tratar de acudir a lo que se suele llamar la naturaleza jurídica o el modo de concebir o de configurar cada derecho. Según esta idea hay que tratar de establecer una relación entre el lenguaje que utilizan las disposiciones normativas y lo que algunos autores han llamado el metalenguaje o ideas generalizadas y convicciones generalmente admitidas entre los juristas, los jueces y, en general, los especialistas en Derecho. Muchas veces el nomen y el alcance de un derecho subjetivo son previos al momento en que tal derecho resulta recogido y regulado por un legislador concreto. El tipo abstracto del derecho preexiste conceptualmente al momento legislativo y en este sentido se puede hablar de una reconocibilidad de ese tipo abstracto en la regulación concreta”. “Constituyen el contenido esencial de un derecho subjetivo aquellas facultades o posibilidades de actuación necesarias para que el derecho sea reconocible como pertinente al tipo descrito y sin las cuales deja de pertenecer a ese tipo y tiene que pasar a quedar comprendido en otro desnaturalizándose, por decirlo así. Todo ello referido al momento histórico de que en cada caso se trata y a las condiciones inherentes en las sociedades democráticas, cuando se trate de derechos constitucionales”.

“El segundo posible camino para definir el contenido esencial de un derecho consiste en tratar de buscar lo que una importante tradición ha llamado los intereses jurídicamente protegidos como núcleo y médula de los derechos subjetivos. Se puede

<sup>12</sup> Voto particular del magistrado Vicente Conde surgió a la STC 4/2000 de 17 de enero.

entonces hablar de una esencialidad del contenido del derecho para hacer referencia a aquella parte del contenido del derecho que es absolutamente necesaria para que los intereses jurídicamente protegibles, que dan vida al derecho, resulten real, concreta y efectivamente protegidos. De este modo, se rebasa o se desconoce el contenido esencial cuando el derecho queda sometido a limitaciones que lo hacen impracticable, lo dificultan más allá de lo razonable o lo despojan de la necesaria protección”. “Los dos caminos propuestos para tratar de definir lo que puede entenderse por «contenido esencial» de un derecho subjetivo no son alternativos, ni menos todavía antitéticos, sino que, por el contrario, se pueden considerar como complementarios”<sup>13</sup>.

Después de esta generosa exhibición teórica puede experimentarse un notable alivio. No haría falta salir del derecho positivo para certificar esos relevantes contenidos esenciales. Pero, bien mirado, no parece fácil, sin echar mano –inconfesadamente al menos– del derecho natural, aclarar:

- cuál es la “naturaleza” (caramba...) jurídica del citado derecho, dónde reside su “metalenguaje”,
- qué lleva a los juristas a generalizar determinadas convicciones al respecto y no otras,
- dónde se domicilia la curiosa “pre-existencia” conceptual pre-legislativa que permitirá “reconocer” el derecho,
- así como las facultades y posibilidades necesarias para ello, de modo que no acabe “desnaturalizándose” (caramba...),
- dentro lógicamente de las “condiciones inherentes en las sociedades democráticas” (no recogidas por derecho positivo alguno).

No creo que el más ambicioso de los iusnaturalistas se considerara en condiciones de ofrecer más...

Ha llegado, por otra parte, a convertirse en una afirmación tópica de la jurisprudencia constitucional española que “no hay derechos ilimitados”. Nada más cierto, por lo demás. La vinculación de los derechos con la justicia objetiva los identifica con un ajustamiento de libertad e igualdad; en consecuencia ninguna proyección ilimitada de la libertad o de la igualdad puede servir de título a derecho alguno. Todo derecho propone un ejercicio de la libertad medido por el trato al otro como un igual. Ninguna conducta desmesurada puede presentarse como derecho.

<sup>13</sup> STC 11/1981 de 8 de abril, F.8, de la que fue ponente el magistrado Luis Díez Picazo.



Siendo esto cierto, no lo es menos que tampoco resultaría concebible la aplicación de determinados *límites* a *derechos* ya existentes, como si amputáramos parte de su contenido. Una vez más, es el normativismo, con su puesta en escena o todo o nada, el que suscita esa metáfora quirúrgica. En mis estudios más primerizos me enseñaron que España limita al norte con el mar Cantábrico, pero con ello no se pretendía poner temerariamente en cuestión su ‘grandeza’, como es fácil imaginar si atendemos a la cronología. De no existir el Cantábrico, España no sería más extensa; simplemente no existiría, salvo que se recurriera a delimitarla con otro punto de referencia.

Los derechos no tienen una proporción propia, que se vería luego obligada a entrar en *conflicto* con la de otros derechos, hasta que algún tercero de buena fe propiciara un armisticio. Los derechos –que no existen de una vez por todas, o todo o nada– ven delimitado su contenido en los casos concretos, donde se perfilará tanto su ajustamiento de libertad e igualdad como el de otros derechos implicados en idéntica relación. De ahí que en más de una ocasión sea imposible delimitar el ámbito de juego de un derecho (libertad de expresión o derecho a la información, por ejemplo) sin perfilar a la vez el de otros (honor e intimidad, en este caso). Si ya vimos que los derechos tienden a verse reflejados antes en principios que en normas, ahora queda de relieve cómo la obligada *interpretación delimitadora* de su contenido dependerá más de una simultánea *ponderación* de principios que de una sucesiva y conflictiva *aplicación* de normas. El principio del interés público, por ejemplo, excluirá determinados aspectos del ámbito de protección de la intimidad (lo que explica que los personajes públicos la disfruten en menor medida que los ciudadanos de a pie); a la vez, el mismo principio reforzará la posibilidad de informar sobre hechos merecedores de suscitar tal interés<sup>14</sup>.

Desde un planteamiento normativista, con su querencia a imaginar derechos con un contenido previamente establecido, resultó obligado abandonar el aforismo “quien hace uso de su derecho a nadie daña”; su individualismo ignoraba que la dimensión relacional que todo derecho lleva consigo impide ignorar al otro. Surgió así por vía jurisprudencial la novedosa figura del *abuso de derecho*, que acabaría reflejada legislativamente en una muy posterior reforma del Código Civil español. Al apoyarse todo derecho en un título justo, resulta ininteligible que pueda haberlos abusivos; nadie puede abusar de lo que no tiene. Cuando un ciudadano se expresa de modo insultante, con una desmesura que no respeta al otro como un igual, no abusa de derecho alguno, porque –como recuerda el Tribunal Constitucional español– a nadie se le ha reconocido derecho al insulto. Las “vejaciones innecesarias” quedan pues fuera del ámbito de libertad de expresión

<sup>14</sup> De *La ponderación delimitadora de los derechos humanos: libertad informativa e intimidad personal* me ocupé en “La Ley” 11.XII.1998 (XIX-4691), págs. 1-4; trabajo incluido luego en (2007), *Derechos humanos. Entre la moral y el derecho*, México, Universidad Nacional Autónoma de México, pp. 127-141.



delimitado como derecho. No es lo mismo aplicar a un derecho un límite que amputa parte de su contenido, que reconocer que un ciudadano –al extralimitarse– no ejerce en realidad derecho alguno.

Como ya hemos indicado, esta delimitación implica la entrada en juego (consciente o no) de unas exigencias de justicia objetiva. No basta con estar dispuesto a tratar al otro como un igual; hay que precisar en qué circunstancias se vería tal igualdad comprometida. Así ocurre, por ejemplo, cuando resulta preciso valorar *dignidad y autonomía*. No me refiero sólo a la tensión suscitada en el debate sobre la eutanasia, sobre si será la dignidad humana la que prohíba acabar con cualquier vida ajena, o si por el contrario el imposible ejercicio de la autonomía individual privaría a determinadas vidas de la calidad precisa para merecer protección jurídica. Sin llegar a cuestiones tan macabras, es fácil recordar cómo la protección de la *intimidad* se vinculó tradicionalmente al respeto a la dignidad. De ahí que se centrara en aquellos aspectos (en buena medida relacionados con la corporeidad) considerados particularmente ‘sensibles’. La entrada en juego de la informática cambiará, sin embargo, el escenario.

El texto constitucional parece remitirse aún al emplazamiento clásico, al apuntar en el último epígrafe del artículo 18 que “la ley limitará el uso de la informática para garantizar el honor y la intimidad personal y familiar de los ciudadanos y el pleno ejercicio de sus derechos”. En consecuencia, anticipa la necesidad de delimitar esa vertiente informativa, ponderando a la vez las exigencias de la dignidad en relación a determinados aspectos del ser humano. Bien pronto, sin embargo, la presión de la informática se generalizó planteando cuestiones que no tenían mucho que ver con la dignidad sino más bien con la autonomía personal. Si la información es poder, la igualdad entre los ciudadanos se verá alterada en la medida en que no haya un razonable equilibrio en los datos, *sensibles* o no, de los que cada cual disponga. La posibilidad de sufrir discriminación por tenerse en cuenta datos en modo alguno indignos, como la propensión hereditaria a sufrir una u otra dolencia, hace surgir un peculiar derecho al control sobre los datos personales o autodeterminación informativa, que prohibirá disponer de ellos sin autorización del interesado, salvo que exista un mandato legal de ámbito siempre estricto.

Se actualizan pues las situaciones de desigualdad, surgen en consecuencia novedosas exigencias de justicia y se acaba certificando el *nacimiento de un nuevo derecho*. “Nuestra Constitución ha incorporado una nueva garantía constitucional, como forma de respuesta a una nueva forma de amenaza concreta a la dignidad y a los derechos de la persona, de forma en último término no muy diferente a como fueron originándose e incorporándose históricamente los distintos derechos fundamentales”<sup>15</sup>.

<sup>15</sup> La STC 254/1993 de 18 de agosto, constata el nacimiento de un nuevo derecho al que, en su F.7, rotula como “libertad informática” o ‘habeas data’. De ello me he ocupado en A.Ollero (2008), *De la protección de la*



A estas alturas parece claro que, parasicologías aparte, no hay *derechos antes del derecho*. Lo que habría que someter a revisión es un concepto de derecho que, tomado en serio, llevaría a tomarse los llamados (al parecer, sin motivo) derechos humanos a beneficio de inventario. Lo que sí hay, y siempre ha habido, son *derechos antes del Estado*. Hubo derechos desde que existieron seres humanos, sin que hubiera que esperar a que, bastantes milenios después, surgiera eso que llamamos Estado. Con la modernidad una de las tres dimensiones de lo jurídico –la institucionalización formal– se ve notablemente perfeccionada, con clara ventaja para la seguridad jurídica y el encauzamiento racional de la fuerza. El derecho sigue vinculado a la justicia objetiva y necesitado de un arraigo social, pero tanto el diseño de los poderes del Estado como los perfiles formales de un ordenamiento concebido como sistema facilitarán la superación de la justicia privada. El monopolio estatal del poder permitirá poner freno a la ley del más fuerte, lo que dista de ser irrelevante. Deducir de ello que el derecho es una mera creación estatal equivale a tomar la parte, por relevante que sea, por el todo.

Todo ello resulta de particular trascendencia, dada la *universalidad* reconocida a los derechos humanos. Si el derecho fuera mera creación estatal, cada urbe tendría los suyos, sin que cupiera darlos por existentes en todo el orbe. Superada esa forzada vinculación entre derecho y Estado, resultará más llevadero también rechazar los intentos de menospreciar los derechos humanos como si fueran un mero producto cultural o ideológico. Su presunta universalidad no sería, desde ese punto de vista, sino manifestación del pretencioso *etnocentrismo* de la llamada cultura occidental.

Lo que no tendría mucho sentido sería defender a capa y espada la universalidad de los derechos humanos y condicionar a la vez sus exigencias a lo que cada Estado tenga por conveniente. Tampoco sería un prodigio de rigor, permitirse una evaluación de los diversos Estados que integran la llamada comunidad internacional, en razón de su mayor o menor respeto a los derechos humanos, e insistir a la vez en que no cabe doctrinalmente atribuir a tales derechos fundamento concreto alguno.

La protección efectiva de los *derechos humanos* se convierte pues en un problema de *derecho internacional*, con lo que su problemática pasará a compartir las vicisitudes de este peculiar ámbito jurídico. Para algunos, no existe en realidad derecho internacional, ni existirá hasta que no se cuente con un Estado internacional en condiciones de fijarlo y hacerlo cumplir. No habría tampoco sociedad internacional, sino que fuera de las fronteras estatales nos hallaríamos aún en pleno *estado de naturaleza*, sometidos a la previsible imposición del más fuerte. Los tratados o instituciones internacionales servirían más de vía de imposición de la potencia o potencias de turno que como efectiva

*intimidad al poder de control sobre los datos personales. Exigencias jurídico-naturales e historicidad en la jurisprudencia constitucional* Madrid, Real Academia de Ciencias Morales y Políticas.



posibilidad de someterlas a control. Otros admitirán que hay un derecho internacional, aunque con cierto aire iusprivatista, al ser resultado de los tratados que los Estados tengan a bien asumir bilateral o multilateralmente.

Desde nuestro punto de vista, el derecho internacional experimenta frecuentemente deficiencias en su dimensión institucional, lo que no dejará de afectarle. Al igual que el problema de la ley injusta denuncia derechos deficientes por razones de justicia objetiva, o la *desuetudo* constata una deficiencia jurídica por deterioro del necesario arraigo social, los límites del derecho internacional pondrán de relieve otras que alimentarán sin duda las propuestas cosmopolitas encaminadas a un perfeccionamiento institucional de las relaciones entre los pueblos y del posible control del respeto a los derechos humanos en todos ellos.

Resulta obvio que, en la medida en que esa dimensión institucional progresa, tales deficiencias tienden a desaparecer. La experiencia del Convenio de Roma por el que los países del Consejo de Europa se someten al Tribunal Europeo de Derechos Humanos de Estrasburgo resulta sintomático al respecto.

En ámbitos de mayor alcance geográfico, tras la experiencia de los tribunales de Nuremberg, después de la última guerra mundial, se recurrió a la puesta en marcha de *tribunales internacionales 'ad hoc'*, con motivo de crímenes contra la humanidad cometidas con ocasión de conflictos como los Rodesia o la ex-Yugoslavia. Este sistema cobra con facilidad un cierto aspecto de petición de cuentas a los vencidos, con más aire de sanción política que de protección jurídica a las víctimas. La puesta en marcha de la *Corte Penal Internacional* de la Haya supone un notable progreso en esta línea.

Cuando, sin duda, se pone particularmente de relieve la existencia de derechos más allá del Estado es cuando desde los propios ordenamientos penales internos se apela al principio de *justicia universal*, para evitar que las fronteras se conviertan en motivo de impunidad. La defensa de unos derechos humanos universales y la consiguiente tipificación de unos crímenes contra la humanidad no resultan compatibles con su consideración como asuntos de orden interno.

Ello explica que los derechos humanos aparezcan hoy llamados a “jugar un papel especial en un razonable derecho de gentes para la época presente”, en la medida en que llevan a cabo “tres funciones: “son una condición necesaria de la legitimidad del régimen y de la decencia de su ordenamiento jurídico”, “resultan suficientes para excluir la justificada intervención de otros pueblos” y “fijan un límite al pluralismo entre los pueblos”<sup>16</sup>. Porque los derechos humanos son jurídicos, su vulneración convierte en ‘indecentes’ o criminales a determinados Estados, justificando incluso el recurso a la

<sup>16</sup> John Rawls, *El derecho de gentes*, incluido en Steven Shute & Susan Hurley (eds), (1998), *De los derechos humanos. Las conferencias Oxford Amnesty de 1993*, Madrid, Trotta, pp. 74-75.



*injerencia humanitaria*, que legitimaría a la comunidad internacional para intervenir por encima de toda reclamación de soberanía interna. El pluralismo cultural en modo alguno podría a dar paso a un *multiculturalismo* capaz de convertir a los derechos humanos en doctrina localista, eximiendo de su respeto a determinados Estados o regímenes políticos por razones culturales o históricas.

El escenario se presta a poner de relieve lo insostenible de la vigente querencia al doble lenguaje. Baste recordar las peripecias de la aplicación del principio de justicia universal desde la Audiencia Nacional española. La reforma de la Ley Orgánica del Poder Judicial no defraudó los entusiasmos de lo políticamente correcto, pero a la hora de la verdad, con ocasión del posible genocidio consumado en Guatemala, el Tribunal Supremo se mostró dividido; lo más curioso es que ni la postura de los magistrados que configuraron la mayoría ni la de los votantes particulares aplicaba de modo estricto la ley<sup>17</sup>. En ambos casos se particularizaba el posible juego del principio de justicia universal condicionándolo de un modo u otro a la existencia de víctimas españolas u a otras conexiones de orden interno. El Tribunal Constitucional acabaría anulando la sentencia...<sup>18</sup>

<sup>17</sup> Analiza la sentencia uno de sus protagonistas, Cándido Conde Pumpido (2004), en “La justicia universal en la jurisdicción española”, *Persona y Derecho*, 51, pp. 49-73.

<sup>18</sup> STC 237/2005 de 26 de septiembre.