

CONCEPTO DE DERECHOS HUMANOS Y PROBLEMAS ACTUALES

José Luis Cascajo Castro

*Catedrático de Derecho Constitucional
de la Universidad de Salamanca*

I



A prudente advertencia de ilustres juristas sobre la dificultad de definir qué es el Derecho, acaso pudiera servir en este caso para excusarse de la retórica invitación que se nos hace para que opinemos sobre el concepto de los “Derechos Humanos”.

Quizá tenga más sentido olvidar de momento nuestro arraigado hábito conceptual, y sostener sencillamente —parafraseando a Vedel— que un concepto de derechos humanos para un jurista sería una especie de profesión de fe, es decir, una realidad indefinible, pero presente.

Parece bastante evidente que esta creencia en los llamados derechos humanos alcanza hoy un ámbito universal, pero su traducción operativa en una práctica mínimamente aceptable se configura ciertamente como una tarea incesante e inalcanzable en gran medida.

A propósito de esta sentida dificultad, más de un autor suscita, en este fin de siglo, la necesidad de una respuesta positiva a lo que podría llamarse la cuestión moral de nuestro tiempo.

Para Rodotà hay que volver a dar al moralismo la fuerza de ser término de denuncia y comparación, motivo de despiadada reflexión de cuanto nos rodea y a la vez precepto: quizá no vinculante formalmente, pero al menos capaz de suscitar si no respeto de aquellos a quienes se dirige, al menos reprobación de cuantos asisten al *inverecondo spettacolo*.

La comprensión de lo que podamos entender “aquí y ahora” por derechos humanos hunde necesariamente sus raíces en este campo de las convicciones y de la moral. Se explica de este modo que un enfoque estrictamente jurídico sobre la materia adolezca de un patente reduccionismo. No es extraño, pues, que las relaciones entre Derecho, Moral y Política encuentren aquí ocasión y estímulo para un permanente y abierto replanteamiento.

La necesaria perspectiva ecuménica de los derechos humanos, así como el imprescindible análisis interdisciplinario de los mismos, exigen todo tipo de modestia a la hora de pensar en un supuesto concepto sistemático de los derechos del hombre.

Se comprende así que el jurista se vea obligado a descender del cielo de los principios al mundo más prosaico de los hechos y las normas.

No se trata de reducir el papel del jurista al de mero exégeta de normas o al de simple anotador de decisiones judiciales, sino más bien recordar que en el orden dogmático de las cosas, los textos son su patria.

El texto como “semilla inmortal” —ha escrito E. Lledó— implica una serie de compromisos que nos llevan a preguntar, más allá del texto, por la historia de su constitución, y más acá del texto, por la estructura de una memoria que es consciencia, diálogo y, en consecuencia, una cierta forma de solidaridad. Por otra parte, esta apelación a los textos trata de evitar que los derechos humanos se conviertan en socorrido instrumento de la retórica política o fácil coartada ante las patentes insuficiencias del Derecho positivo vigente en nuestros días. También contribuye a recordar la olvidada necesidad que tiene toda realidad política, por muy llena que esté de sí misma, de contar con una mínima legitimación o cobertura jurídica.

En nuestra opinión resulta, por todo ello, imprescindible que la reflexión jurídica sobre los derechos humanos mantenga un cierto anclaje con los textos declarativos que sobre la materia se han ido sucediendo a lo largo de los tiempos.

Por otra parte, una avanzada y rica jurisprudencia ha sabido prestar voz viva a declaraciones de derechos fundamentales, que de otro modo

habrían permanecido en el poco comprometido terreno de las buenas intenciones.

Desde las comisiones de carácter internacional para la tutela de los derechos humanos hasta la importante labor al respecto de la llamada jurisdicción constitucional, se ha ido adquiriendo un notable patrimonio de logros y resultados que pertenece ya a la cultura jurídica de nuestros días.

II

Hoy el problema de los derechos del hombre-ciudadano se centra en saldar las cuentas con los propios éxitos del sistema de derechos iniciado, con ímpetu revolucionario, hace ya dos siglos: esto es, como apunta P. Barcellona, con las desigualdades sociales producidas por la igualdad formal, con los desequilibrios territoriales y sectoriales, con la desocupación existente en las democracias industriales, con la miseria y el hambre de los llamados países del tercer mundo, con la destrucción del medio ambiente; dicho en otras palabras, con las contradicciones de las modernas sociedades complejas.

Cabe ceñir este inabarcable repertorio de problemas a la concreta situación española, que viene reflejada tanto en los informes de instituciones públicas como de asociaciones privadas. En ellos se traza el estado actual de nuestros derechos y libertades.

En mi opinión se ha producido entre nosotros una confianza excesiva y un tanto ingenua en el régimen jurídico de los derechos y libertades, en detrimento de sus supuestos éticos y sociales. De nuevo parece como si una taumáturgica creencia en la norma legal pudiera suplir la carencia de asumidos comportamientos favorables a esa esfera de libertad personal e íntima, sin la cual se da pie a todo tipo de despotismos e intolerancias.

Por otra parte el aliento igualitarista de algunas disposiciones, por fáciles concesiones a una impúdica demagogia, no ha conseguido de verdad un resultado social y económico más libre e igual. Al contrario, la legítima lucha contra viejos corporativismos ha producido otros nuevos, que fracturan en no menor medida el deseable grado de compacta y articulada homogeneidad que requiere toda sana sociedad.

Quizá por razones explicables de reacción frente al pasado inmediato, se ha creído dogmáticamente que el progreso implica siempre mejora. Se ha pretendido olvidar lo que cualquier estudioso de la historia de los derechos y libertades sabe muy bien: el constante flujo y reflujo que preside la pugna del ser humano con los viejos y nuevos "leviatanes" que le han tocado en suerte.

En materia de derechos y libertades no basta con que el desarrollo legislativo de la Constitución haya sido notable. Los derechos fundamentales requieren del ejercicio ciudadano más que de la dosificada administración de los mismos por parte de los poderes públicos.

Parece haberse extendido la equivocada creencia en que, con la Constitución de 1978, los derechos y las libertades se dieron de una vez por todas. El insuficiente protagonismo ciudadano y el precario funcionamiento de algunas instituciones componen un marco de referencia, que no es el más adecuado para el desarrollo y profundización de las libertades.

Se afirma con razón que los derechos humanos juegan una función como elementos estabilizadores del poder, de límite y también de incentivo para la modificación del sistema. A mí me parece que en nuestro caso no se ha alcanzado un adecuado nivel en el desarrollo de esta función, que machaconamente se suele hacer a los tiempos del régimen político anterior.

La llamativa tendencia a judicializar conflictos que deberían encontrar su solución en otras sedes, la escasa atención a los límites y responsabilidades que comporta también todo el sistema de derechos fundamentales y libertades públicas, con frecuentes colisiones entre distintos bienes jurídicos, son también factores, entre otros, que suscitan aspectos problemáticos en esta materia.

En mi opinión resulta insuficiente el fomento de hábitos participativos, así como la educación para las libertades. También los mecanismos de carácter colectivo para la tutela de algunos derechos son aún incipientes.

No basta tampoco con la ilustrada interpretación de la Constitución, hecha por el Tribunal Constitucional para la efectiva conservación de los espacios de libertad e igualdad.

Parece haberse apagado el énfasis inicial a favor de los derechos y libertades del ciertamente pródigo título I de nuestra norma fundamental. En las últimas legislaturas, lo que podríamos llamar la política de las libertades ha presentado demasiadas vacilaciones cuando no rectificaciones. El patente crecimiento del ordenamiento jurídico en su función ordenadora de la realidad, no ha sabido resaltar el valor político y social de los distintos proyectos de futuro que contiene la Constitución, entendida como rico depósito de principios jurídicos fundamentales. Desde esta perspectiva los derechos fundamentales cobran el valor de una fuerza autónoma, protegida además por la rigidez de la Constitución.

El principio de rigidez no puede ser sólo entendido, en este caso, como un instrumento de garantía de las situaciones jurídicas adquiridas, sino también como protección de las disposiciones y valores aún no alcanzados, que

no pueden ser olvidados ni alterados por las mayorías políticas del futuro con el desarrollo material de la Constitución en sus manos. Como se ha dicho, los derechos fundamentales adquieren así el carácter de "camino y cauce", marcando toda una dinámica al ordenamiento jurídico.

Al margen de las distintas coyunturas y ciclos, inevitables parece ser, de la situación económica, es preocupante que se vuelvan a poner en tela de juicio, lo que han sido las conquistas esenciales y, por tanto, irrenunciables del llamado Estado social.

No pueden pasar tampoco desapercibidas algunas tendencias que pretenden incriminar como delitos, conductas que no debieran convertirse en nuevos tipos penales, por razones coyunturales o de mera conveniencia del poder político.

La experiencia ha demostrado también con creces que una acumulación de los distintos instrumentos de garantía y protección de los derechos y libertades, no siempre alcanza los resultados que serían deseables. Incluso puede tener, por paradójico que parezca, efectos contraproducentes. En este terreno todos los esfuerzos por mejorar los mecanismos de la tutela judicial ordinaria, siempre parecerán poco. Las numerosísimas dilaciones indebidas en el restablecimiento de lo que, sin duda, constituyen los bienes jurídicos más importantes de la persona, constituyen el exponente más patente de las carencias de nuestro sistema.

Finalmente me parece que sería conveniente reflexionar sobre la experiencia que tanto el desarrollo legislativo como la jurisprudencia y la doctrina han ido decantando estos últimos años, sobre los derechos humanos. Se hace en este sentido necesaria una cierta tarea de ordenación y ponderación de la obra llevada a cabo.

Por otra parte, es evidente que pocos sectores del ordenamiento necesitan un estudio más vivo y permanente que el de los derechos fundamentales y las libertades públicas.

Espero que la nueva publicación que con este primer número nace, constituya un estimable instrumento de reflexión científica y un foro abierto a todos los que contribuyen a mantener la esperanza en la dignidad de la persona humana.

CONCEPTO DE DERECHOS HUMANOS Y PROBLEMAS ACTUALES

Adela Cortina

Catedrática de Filosofía del Derecho, Moral y Política
de la Universidad de Valencia

La expresión *derechos humanos* es, sin duda, de rancio abolengo. Estrechamente emparentada con otras bien conocidas, como “derechos naturales”, “derechos morales”, “derechos fundamentales”, o no tan conocidas (“derechos públicos subjetivos”, “libertades públicas”); tiene frente a ellas en su haber al menos una doble ventaja: la de gozar de una mayor popularidad, por haber sido empleada como rótulo en declaraciones internacionales, y la de mostrar de modo inmediato que tales derechos sólo son reivindicables por hombres, pero, eso sí, por todos y cada uno de ellos.

Merced a esta doble ventaja invitaría yo a primar el uso de la expresión “derechos humanos” sobre las restantes, y también por evitar que los fervorosos defensores de los derechos de animales y plantas propongan —llevados de su arrojado entusiasmo por la dignidad de estos seres— redactar una única tabla de derechos de los seres vivos, ampliando la dedicada a los hombres y situándola bajo alguna de las restantes expresiones en uso. Porque a fin de cuentas —podrían decir nuestros entusiastas amigos— todo ser vivo posee unos *derechos naturales*, en la medida en que cualquier organismo tiende a su perfección y debemos ayudarle a alcanzarla, o bien unos *derechos morales*, fundados en la dignidad de la vida, anterior a toda convención, o también unos *derechos fundamentales* que requieren ser positivizados. Y no es de ley replicar a quien así razona que la historia sólo ha reconocido hasta el presente derechos de este calibre a los hombres, porque en definitiva la historia se hace y precisamente lo que está pidiendo nuestro amigo es que realicemos una conquista que construya historia en pro de la vida animal y vegetal. Ahora bien, lo que no puede hacer ni el más osado es atribuir *derechos humanos* allende los hombres, y se vería forzado, como mínimo, a redactar otra tabla para animales y plantas, con *otros fundamentos* y *otras funciones*.

Uso y lógica de la cosa aconsejan, pues, a mi juicio, seguir primando esa ya consagrada expresión, que muestra a la vez el fundamento de tales

¹ Para un análisis de estas expresiones, ver G. PECES-BARBA: *Curso de Derechos fundamentales*, I, Madrid, Eudema, 1991, pp. 19-34.

derechos —el hecho de ser hombre— y su extensión —todo hombre en cuanto tal—, y bosqueja con ello su concepto. Porque al hilo de la *historia* se han ido configurando como derechos humanos aquellas *exigencias*, cuya satisfacción es condición de posibilidad para hablar de “hombres” con sentido, en la medida en que si alguien no *quisiera* plantear tales exigencias difícilmente podríamos reconocerle como hombre, y si alguien no *respetara* tales derechos en otros, también difícilmente podríamos reconocerle como hombre, ya que ambos, al actuar de este modo, obrarían en contra de su propia racionalidad ².

Reclamar la satisfacción de tales exigencias e intentar satisfacerlas es condición necesaria para ser hombre, por eso el derecho positivo no *concede* tales derechos, sino que los *debe reconocer y proteger*, y el poder político es ilegítimo si no tiene su última razón de ser en respetarlos y garantizar su satisfacción. Si bien es cierto que las exigencias para llevar una vida humana digna, que es la *función* ejercida por los derechos humanos, van explicitándose históricamente, y por eso el concepto y función de tales derechos no pueden ser enfocados sino desde una teoría dualista, que considere racionalidad e historia, es decir, racionalidad prejurídica y derecho positivo ³.

2. Naturalmente, si nos preguntamos hoy por los problemas más *urgentes* en torno a los derechos humanos, tenemos que reconocer que la tarea más apremiante es la de su eficaz protección, ya que el mayor escándalo de nuestro tiempo consiste en que, a pesar de las declaraciones internacionales y las proclamas de todo tipo, los más elementales derechos de los hombres son violados en todas las latitudes. Sin embargo, como decía Ortega, lo urgente tampoco puede llevarnos a olvidar lo *importante*, y sigue siendo una importante tarea filosófica la de preguntar por el *fundamento de los derechos humanos*, es decir, si hay un *fundamento racional* para tales derechos, que coexista con el pluralismo axiológico o incluso que lo sustente racionalmente ⁴.

Cierto que no parecen los nuestros tiempos favorables a las fundamentaciones racionales, ni siquiera de los derechos humanos, a los que distintas posiciones van presentando como ficciones, supersticiones o fabulaciones útiles, al modo de Bentham o MacIntyre ⁵; como meras indicaciones de que debemos tratar a las personas de una manera determinada, pero sin tener

² A. CORTINA: *Ética sin moral*, Madrid, Tecnos, 1990, p. 249.

³ Recientemente G. PECES BARBA ha completado su teoría dualista, extendiendo la positivación a las dimensiones de la eficacia. Ver *o. c.*, p. 95.

⁴ Un bosquejo de lo que pueden ser las propuestas de fundamentación de los derechos humanos en nuestro país es el ofrecido en J. MUGUERZA y otros autores: *El fundamento de los derechos humanos*, edición preparada por G. PECES-BARBA, en Madrid, Debate, 1989.

⁵ A. MACINTYRE: *Tras la virtud*, Barcelona, Crítica, 1987, pp. 95 y ss.

una razón para ello, como apunta Rorty⁶; o bien como fruto del nihilismo, que es —según Vattimo— el único “fundamento” posible para reconocer igualdad entre los hombres, ya que cualquier otro fundamento pretendería seleccionar una cualidad humana de que unos gozarían y de la que, sin embargo, otros carecerían.

Sin embargo, y a pesar de los vientos que soplan, adversos a la idea de fundamentación, intentar “dar razón” de lo que nos importa sigue siendo ineludible tarea filosófica, aun cuando sólo fuera por ofrecer a los hombres esa plataforma común desde la que pueden converger. Que no es lo mismo *fundamentar*, *dar razón*, que ser “fundamentalista”⁷, sino precisamente todo lo contrario, sobre todo cuando nuestra razón, gracias a los hallazgos de la hermenéutica, ha ido autorreconociéndose como *razón impura*, inserta en la historia y en las tradiciones, más que como razón pura, desligada de la historia⁸.

Desde este modo de entender la razón, una fundamentación racional adecuada debe conjugar los dos polos que la componen: *trascendentalidad* e *historia*. Porque las exigencias de satisfacción de los derechos humanos, aunque sólo en contextos concretos son reconocidas como tales, rebasan en su pretensión cualquier contexto y se presentan como exigencias que cualquier contexto debe satisfacer; mientras que, por otra parte, es claro que sólo en sociedades con un desarrollo moral determinado —el correspondiente al nivel postconvencional en el sentido de Kohlberg— y con unas peculiaridades jurídicas y políticas son de hecho reconocidas.

3. Obviamente, esta dialéctica de trascendentalidad e historia, propia de una razón que se sabe impura, descalifica por irracional cualquier intento de fundamentación que se acoja únicamente a uno de los dos polos mencionados: optar por unos derechos atemporales determinados, interpretados por intérpretes autorizados, al modo del *iusnaturalismo sustancialista* es, pues, contrario a la naturaleza de una razón histórica y formal; pero igualmente injusto con la naturaleza de las exigencias de la razón, que van más allá de los contextos históricos concretos, sería un *positivismo jurídico* historicista, anclado en la voluntad histórica concreta. Parece, pues, que no quedan como candidatos sino dos modelos de fundamentación: una fundamentación *ética* en el

⁶ R. RORTY: “Solidarität oder Objektivität?”, en *Solidarität oder Objektivität?*, Stuttgart, Reclam, 1988, p. 29.

⁷ A. CORTINA: *Razón comunicativa y responsabilidad solidaria*, Salamanca, Sígueme, 1985, p. 136; *Ética mínima*, Madrid, Tecnos, 1986, cap. 4; *Ética sin moral*, cap. 3.

⁸ J. CONILL: *El enigma del animal fantástico*, Madrid, Tecnos, 1991, especialmente parte II.

concepto de *dignidad humana*⁹ y lo que considero oportuno calificar de *ius-naturalismo procedimental*, propio de una Modernidad crítica, como transformación del iusnaturalismo racional moderno.

La fundamentación en el concepto de dignidad humana, a pesar de contar con un nutrido y cualificado número de adeptos, no deja de presentar —a mi juicio— claras insuficiencias. Ante todo, porque el predicado “tener dignidad”, para bien o para mal, no es un predicado descriptivo, por el que quepa ampliar la información verificable o falsable acerca de un sujeto, de modo que al describir qué sea un hombre podamos añadir a los predicados naturales “y además tiene dignidad”. Tal atributo es, por el contrario, uno de esos sufridos predicados axiológicos que han sido tenidos a lo largo de la historia, o bien por pura creación de la subjetividad humana, o bien por cualidades objetivas captables por un órgano peculiar, que sería una intuición emocional¹⁰. En el primer caso, resulta imposible intersubjetivar el discurso axiológico y, por tanto, la noción de dignidad no podría constituir un fundamento racional; en el segundo caso, parece que la objetividad del valor permite intersubjetivar el discurso acerca de la dignidad, pero en realidad no es así, porque siempre un sujeto puede aducir ceguera para una cualidad semejante.

Y es que la dignidad humana es un muy peculiar predicado que no se capta en los seres, como la belleza o la elegancia, sino que se atribuye a los hombres por poseer peculiares características descriptibles: por gozar de autonomía, por decirlo al modo kantiano, o por constituir el único tipo de seres capaz de captar valores, en lenguaje personalista. Pero en ninguno de estos casos es la dignidad el fundamento, sino una *categoría axiológica* que traduce en lenguaje valorativo, más próximo al sentimiento, lo que en *lenguaje descriptivo metafísico* puede reconocerse como autonomía o, en *lenguaje fenomenológico*, como lugar de los valores.

¿A qué tipo de seres —nos preguntamos— estaríamos hoy dispuestos a conceder un tipo de dignidad, que fundamente derechos del calibre y naturaleza de los llamados “derechos humanos”?

4. Como en otro lugar he expuesto con mayor detalle, la ética discursiva desentraña hoy una noción de racionalidad que ofrece un fundamento para los derechos humanos, dotado de los requisitos que hemos ido exigiendo a una fundamentación semejante: 1. fundamenta un concepto *dualista* de de-

⁹ E. FERNANDEZ: *Teoría de la justicia y derechos humanos*, Madrid, Debate, 1984, cap. 3.

¹⁰ J. ORTEGA Y GASSET: “Introducción a una estimativa. ¿Qué son los valores?”, en *Obras completas*, Madrid, Revista de Occidente, VI, pp. 315-335.

rechos humanos, que atiende al momento de racionalidad, pero también al de positivación jurídica; 2. Se trata de un fundamento *procedimental*, compatible con el pluralismo de las creencias; 3. Tal fundamento posibilita una mediación entre *trascendentalidad e historia* ¹¹. La noción de racionalidad a la que vengo aludiendo es, obviamente, la de *racionalidad discursiva*, tal como se nos muestra a través de la lógica del discurso práctico diseñada por Habermas y a través de la ética de la argumentación bosquejada por Apel.

Siguiendo este hilo conductor, *todo ser dotado de competencia comunicativa* se nos descubre como un potencial participante en aquellos discursos prácticos, cuyas decisiones le afectan —es decir, como “persona”, por decirlo con Apel ¹²—, y cualquier discurso práctico, para reclamar sentido y validez, presupone ya lo que yo llamaría unos *derechos pragmáticos* de cuantos se encuentran afectados por las decisiones que en ellos puedan tomarse. Serían tales derechos el de participar en los discursos (que, a su vez, comprende los derechos de problematizar cualquier afirmación, introducir cualquier afirmación, expresar la propia posición, deseos y necesidades) y el de no ser coaccionado, mediante coacción interna o externa al discurso, impidiéndole el ejercicio de alguno de los derechos anteriores ¹³.

Naturalmente, estos derechos son sólo presupuestos del discurso, entendido en el sentido de Apel, Habermas y Alexy, y parece en principio que no puedan plantear ninguna pretensión fuera de los discursos, es decir, en el ámbito de la acción. Así lo afirma Habermas expresamente, criticando la pretensión de R. Peters de deducir normas fundamentales a partir de los presupuestos de los discursos prácticos, entre ellas un principio de trato justo y un principio de libertad de opinión ¹⁴.

En efecto, frente a las pretensiones de Peters objeta Habermas que no resulta evidente que las reglas inevitables *dentro* de los discursos, puedan también pretender validez para regular la acción *fuera* de los discursos; que las exigencias pragmático-trascendentales presupuestas en los discursos puedan transmitirse inmediatamente del discurso a la acción. Por el contrario —proseguirá nuestro autor—, las normas fundamentales del derecho y la moral no forman parte del campo de la teoría moral, sino que han de ser decididas en los contextos concretos, teniendo en cuenta que las distintas circunstancias históricas arrojan su propia luz sobre las ideas fundamentales

¹¹ A. CORTINA: *Ética sin moral*, cap. 8; “Diskursethik und Menschenrechte”, en *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie*, vol. LXXXVI (1990), h. 1, pp. 37-49.

¹² K. O. APEL: *La transformación de la filosofía*, Madrid, Taurus, 1985, II, pp. 380 y ss.

¹³ J. HABERMAS: *Conciencia moral y acción comunicativa*, Barcelona, Península, 1985, pp. 112 y 113.

¹⁴ *Ibid.*, p. 107.

práctico-morales. Lo único claro es entonces —concluirá— que en todos esos casos los discursos en torno a las normas jurídicas y morales presupondrán trascendentalmente los que yo he llamado “derechos pragmáticos”.

Ciertamente, si atendemos a estas afirmaciones habermasianas y no vamos reflexivamente más allá de ellas, tendremos que reconocer que la ética discursiva es incapaz de ofrecernos una fundamentación para derechos humanos, a cuya esencia pertenece ser aceptados públicamente en declaraciones históricas con el fin muy concreto de *orientar la acción*. La especificación de tales derechos dependería de decisiones históricas, pero no de la teoría moral, que sólo enunciaría los “derechos pragmáticos” presupuestos en el discurso. Lo cual implica, a mi modo de ver, aceptar implícitamente una fundamentación positivista de los derechos humanos, que les haría dependientes de las decisiones fácticas de los consensos fácticos.

Porque por muy intersubjetivamente que se tomaran las decisiones ¹⁵, si las reglas del discurso sólo valen contrafácticamente para los discursos prácticos, cualesquiera decisiones concretas en contextos concretos quedarían perfectamente legitimadas, en la medida en que la teoría moral, en la nube de sus discursos perfectos, nada tendría que decir críticamente a la acción. Pero, ¿es admisible este abismo entre *teoría moral* y *decisiones morales* en el mundo de la vida? ¿Pueden tomarse en la *Lebenswelt* cualesquiera decisiones, a favor o en contra de los derechos humanos clásicos, y la teoría moral no puede ofrecer ni siquiera un canon para la crítica?

A mi modo de ver, la teoría moral —es decir, la filosofía moral o ética— no debe, en efecto, ofrecer normas concretas de acción, sino únicamente desentrañar los procedimientos racionales mediante los cuales podría determinarse que una norma es correcta. Las decisiones en torno a la corrección de las normas deberían tomarlas los afectados por ellas, contando con las peculiaridades de su situación histórica, lo cual significa reconocer el papel de la historia en la concreción de normas, que, en el caso de los derechos humanos, se traducirá también en la necesidad de ir concretándolos históricamente.

Sin embargo, la afirmación de que la ética descubre los procedimientos racionales para la toma de decisiones no es inocente, sino que nos descubre una dimensión de trascendentalidad que, si pretende significar algo, ha de tener fuerza normativa, siquiera sea indirecta, en las tomas concretas de decisión.

¹⁵ A. E. PEREZ LUÑO: *Derechos humanos, Estado de derecho y Constitución*, Madrid, Tecnos, 1984, especialmente cap. 3.

En efecto, siguiendo los pasos de la lógica del discurso práctico, y en lo que respecta a nuestro tema, tendríamos que hacer las siguientes puntualizaciones frente a Habermas:

1. Si los procedimientos racionales descubiertos por la ética comportan unos derechos pragmáticos, tales derechos han de ser presupuestos en los diálogos y consensos fácticos para que tengan sentido y validez.

2. Los derechos pragmáticos descubren, a su vez, un tipo de derechos, a los que cabría calificar de "humanos", como son el derecho a la vida de los afectados por las decisiones de los discursos (que mal podrían participar sin vida), el derecho a participar en cuantos diálogos llevan a decisiones que les afecten, el derecho a participar sin coacción, el derecho a expresarse libremente, el derecho a ser convencidos únicamente por la fuerza del mejor argumento, lo cual exige no sólo libertad de conciencia, libertad religiosa y de opinión, sino también libertad de asociación. Y, por último, un tipo de derechos sin los que no se cumpliría el *télos* de los acuerdos y que tienen que ir siendo concretados históricamente: el derecho a unas condiciones *materiales*, que permitan a los afectados discutir y decidir en pie de igualdad, y el derecho a unas condiciones *culturales*, que permitan a los afectados discutir y decidir en pie de igualdad ¹⁶.

3. Un consenso fáctico que decidiera violar alguno de los derechos expuestos iría en contra de los presupuestos mismos del procedimiento por el que se ha llegado al consenso, con lo cual la decisión tomada sería injusta.

4. Los consensos fácticos acerca de derechos humanos concretos, que pretenden ser "legalizados" en declaraciones y constituciones, deben respetar los derechos idealmente presupuestos y tratar de ir concretándolos históricamente, atendiendo a las circunstancias de cada caso.

Ciertamente es éste nada más un boceto tentativo de lo que podría ser una fundamentación de derechos humanos en la ética discursiva, y podría objetársele, entre otras muchas cosas, que no cumple su pretensión de conjugar racionalidad e historia, puesto que la historia parece ser tenida en cuenta sólo al nivel de la aplicación.

Sin embargo, una crítica semejante erraría el blanco, porque la racionalidad a la que nos hemos referido es la resultante de un aprendizaje, no sólo técnico, sino también práctico, que la ha situado en ese nivel postconvencional de principios al que ontogenéticamente alude L. Kohlberg y filo-

¹⁶ A. CORTINA: *Ética sin moral*, pp. 251-253.

genéticamente la ética del discurso¹⁷. Una razón “impura”, como aquella a la que venimos apelando, no se previene contra la historia, sino que se sabe enraizada en ella, aun cuando en sus exigencias pretenda trascender cualquier contexto. Por eso en el boceto que hemos bosquejado pretenden conjugarse tiempo y razón¹⁸.

CONCEPTO DE DERECHOS HUMANOS Y PROBLEMAS ACTUALES

Eusebio Fernández

*Catedrático de Filosofía del
Derecho, Moral y Política
de la Universidad Carlos III de Madrid*



REO que los que, dentro de España, trabajamos en la teoría de los derechos humanos, podemos estar “suficientemente” satisfechos del nivel intelectual alcanzado durante la última década. La variedad de planteamientos y temas, el pluralismo de perspectivas y, en definitiva, la calidad de las publicaciones avalan esa opinión. Sin embargo, en un asunto tan complejo, aún queda mucho que investigar y todavía es necesario que dediquemos muchas reflexiones a mejorar las herramientas de trabajo.

Para esta breve participación que se me solicita, he elegido dos problemas actuales: el papel de los derechos humanos como contenido de una ética normativa y el concepto de derechos morales.

1. DERECHOS HUMANOS Y ETICA

Uno de los temas más interesantes derivados de la reflexión contemporánea sobre los derechos humanos es el de las relaciones entre éstos y la Ética. No me refiero aquí a la teoría de los derechos humanos como teoría de la Justicia o como teoría de filosofía moral, sino a los derechos humanos

¹⁷ K. O. APEL: “¿Vuelta a la normalidad?”, en K. O. Apel, A. Cortina, J. de Zan, D. Michelini (eds.), *Ética comunicativa y democracia*, Barcelona, Crítica, 1991, pp. 70-117.

¹⁸ J. CONILL, *o. c.*

como contenido de una ética normativa, es decir, a los derechos humanos como conjunto de valores y normas morales y jurídicas. Este planteamiento ha sido tratado varias veces, haciendo hincapié en la presentación de los derechos humanos como la plasmación de un ideal moral común a la humanidad, como un conjunto de reclamaciones de la conciencia mundial contemporánea o como la ética de nuestro tiempo. La postura que yo he mantenido y sigo manteniendo se situaría en esta línea. Sin embargo, deseo matizarla, respondiendo con ello a una convincente crítica que debo a Angel Llamas. El texto mío que cita es el siguiente: "En el concepto contemporáneo de los derechos humanos fundamentales nos encontramos la plasmación teórica y práctica de ese conjunto de necesidades, exigencias, derechos y deberes, que pueden valer como criterios mínimos de fundamentación de los principios básicos de una sociedad y un orden jurídico justo"¹. Su crítica es la siguiente: "Una objeción, a nuestro juicio —escribe— se puede hacer en este planteamiento, que se introduce en la descripción de los contenidos materiales de la moralidad del Derecho y es que al no usar el concepto de valores superiores, que es más amplio, sino el de derechos humanos fundamentales, se presenta una visión subjetivista e individualista, de la moralidad del Derecho, que se obvia en la noción de valores superiores que comprenden también la moralidad legalizada referida a la organización del poder y del propio sistema jurídico, en forma de principios de organización"².

Pues bien, considero que es muy posible aceptar, e incluso integrar, su objeción, sin necesidad de hacer grandes cambios en mi tesis. Los derechos humanos fundamentales incluyen varias cosas a la vez: responden a *necesidades humanas esenciales* que se traducen en *exigencias morales* y pretenden ser *reconocidas y garantizadas por el Derecho*, generando *deberes*. Además de todo ello, y se trata del camino seguido por cualquier derecho humano que tomemos como ejemplo, los derechos humanos básicos encuentran su fundamentación en una serie de valores que, a través de su adecuado ejercicio, se pretenden lograr: respeto a la dignidad humana, autonomía, seguridad, libertad e igualdad. Estos valores citados, y que están detrás de cualquier declaración de derecho actual, no agotan el conjunto de valores morales vigentes, o que se desean vigentes, en una sociedad ni el conjunto de valores jurídicos de su ordenamiento. Los derechos humanos sirven "como criterios mínimos de fundamentación de los principios básicos de una sociedad y un orden

¹ Eusebio FERNANDEZ: *Teoría de la Justicia y Derechos Humanos*, Ed. Debate, Madrid, 1984, p. 38.

² Angel LLAMAS: "Los valores jurídicos como ordenamiento material", tesis doctoral, inédita, Universidad Carlos III de Madrid, septiembre de 1991, tomo II, pp. 393 y 394.

jurídico justo", ni menos ni más. Ni menos, porque la defensa de los derechos humanos impone unos mínimos ya de por sí muy valiosos en y para la convivencia humana: el respeto a la dignidad y los valores y derechos de autonomía, seguridad, libertad e igualdad. Ni más, porque en cualquier sociedad existen otros criterios de fundamentación de los principios básicos de justicia independientes de los derechos humanos. Que esos criterios sean independientes no quiere decir que sustituyan a los derechos humanos, sino que coexisten y son sus complementarios como exigencias de la justicia. Concluyendo, el respeto a los derechos humanos es una de las pruebas ineludibles por las que debe pasar una sociedad, un sistema político y un Derecho que intenten sean aceptables desde el punto de vista moral. El consenso mundial, por desgracia más teórico que práctico, sobre esta exigencia es un dato que no debe ser pasado por alto. Los valores morales que fundamentan los derechos humanos deben convivir con otros valores morales igualmente importantes, como, por ejemplo, la generosidad, la fraternidad o la solidaridad. Los valores jurídicos o valores que inspiran y justifican el Derecho son más numerosos que los que fundamentan el Derecho de los derechos humanos, piénsese en el orden y la paz social o en la seguridad jurídica. Finalmente, debemos ser conscientes de que cada persona tiene más deberes morales y jurídicos, exigidos por la propia conciencia, por la sociedad en la que se vive y por el Derecho, gracias al que se sobrevive, que los deberes que dimanan del ejercicio de los derechos humanos fundamentales³. La solución adecuada a los conflictos entre los valores, derechos y deberes individuales y los valores, derechos y deberes de carácter social, estatal o jurídico es otro tema apasionante, que exige entrar en el juego de argumentaciones nuevas y distintas y que aquí no voy a tratar.

2. DERECHOS HUMANOS FUNDAMENTALES Y DERECHOS MORALES

Creo que existen ciertos malentendidos entre los autores que se muestran en desacuerdo con la utilización de la expresión derechos morales⁴ como

³ Sobre los deberes constitucionales ver el libro de Rafael de Asís *Deberes y obligaciones en la Constitución*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1991.

⁴ Es interesante consultar el artículo de José GARCÍA ANÓN "Las teorías de los derechos morales: algunos problemas de concepto", en *Anuario de Filosofía del Derecho*, tomo VIII, Madrid, 1991, pp. 391 y ss. Ver también de Javier DE LUCAS su incisivo trabajo "Algunos equívocos sobre el concepto y fundamentación de los derechos humanos", en el libro colectivo *Derechos Humanos. Concepto, fundamento y sujetos*, Ed. Tecnos, Madrid, 1992, pp. 13 y ss.

En el mismo libro, editado por el profesor Jesús Ballesteros, aparecen otras aportaciones de interés para estos problemas, como las de Ernesto J. Vidal, Blanca Martínez de Vallejo y José García Añón, Antonio-Luis Martínez Pujalte o María José Añón Roig.

equivalente a la de derechos humanos fundamentales. Hablar de derechos humanos fundamentales como los derechos morales atribuibles a cualquier persona humana es situarse, prioritariamente pero no de forma exclusiva, en un plano moral, previo al jurídico, pero con la pretensión de encontrar en el Derecho su acomodo. La conclusión que se impone de lo anterior es que no debe resultar extraño ni sorprendente que el conjunto de los derechos humanos fundamentales sea más amplio que los derechos recogidos y protegidos jurídicamente. El ámbito de la justificación moral de los derechos es el ámbito de su fundamentación y de su concepto; el ámbito de su reconocimiento jurídico es el ámbito de los medios que el Derecho aporta para su eficaz y posible protección. Y no creo justificada, ni moral ni teóricamente, la postura que reduce el primer ámbito al segundo. Una comparación entre la postura que yo mantengo y la defendida por Gregorio Peces-Barba nos servirá de ejemplo. Para mí, "los derechos humanos fundamentales son los derechos morales o pretensiones humanas legítimas originadas en y conectadas con la idea de dignidad humana y los valores que la componen (autonomía, seguridad, libertad, igualdad y solidaridad), y, al mismo tiempo, las condiciones mínimas del desarrollo de esa idea de dignidad que, a partir de unos componentes básicos e imprescindibles, debe interpretarse en clave histórica. La idea universal de humanidad, por tanto, se traduce inmediatamente en el reconocimiento de un determinado número de derechos que exigen su incondicional protección por parte de la sociedad y el poder político"⁵. Deseo expresar una especial insistencia en puntos claves de esta definición, como "pretensiones humanas legítimas", "desarrollo de esa idea de dignidad que, a partir de unos componentes básicos e imprescindibles, debe interpretarse en clave histórica" y derechos "que exigen su incondicional protección por parte de la sociedad y el poder político".

La propuesta alternativa de Gregorio Peces-Barba consiste en reducir el concepto de los derechos fundamentales, salvando su fundamentación, "vinculada a las dimensiones centrales de la dignidad humana", pero exigién-

⁵ Eusebio FERNÁNDEZ: *Estudios de Ética jurídica*, Ed. Debate, Madrid, 1990, p. 60. Para un desarrollo de esto ver también las pp. 65, 66 y 67.

En un sentido bastante parecido ha señalado Alan Gewirth que: "Para que existan los derechos humanos debe haber criterios o principios morales válidos que justifiquen que todos los seres humanos, en cuanto tales, tienen esos derechos y, por tanto, también sus deberes correlativos. Los derechos humanos son derechos o títulos que pertenecen a toda persona; de este modo, son derechos morales universales. Por supuesto que puede haber también otros derechos morales, pero sólo son derechos humanos aquellos que moralmente deben ser distribuidos entre todos los seres humanos", en "The Basis and Content of Human Rights, Nomos", XXIII, New York University, 1981; he utilizado la traducción de Alfonso Ruiz Miguel en *Derecho y Moral. Ensayos analíticos*, dirección y coordinación de Jerónimo Betegón y Juan Ramón de Páramo, Ed. Ariel, Barcelona, 1990, p. 126.

dole las notas de validez jurídica y eficacia social; “los derechos —escribe— tienen una raíz moral que se indaga a través de la fundamentación, pero no son tales sin pertenecer al Ordenamiento y poder así ser eficaces en la vida social, realizando la función que los justifica... Si llegamos a la conclusión de que una pretensión justificada moralmente y con una apariencia de derecho fundamental en potencia, de esas que algunos autores llaman «derechos morales», no se puede positivizar en ningún caso, por razones de validez o de eficacia, por no ser susceptible de convertirse en norma o por no poder aplicarse, por su imposible contenido igualitario, en situaciones de escasez, no podríamos considerar esa fundamentación relevante, como la de un derecho humano”⁶.

Comprendo, y hasta cierto punto comparto, el “realismo” exigido por razones que tienen que ver con tomarse en serio la importancia de los adecuados mecanismos de protección de los derechos. Es la única forma de que la retórica no los convierta en papel mojado. Sin embargo, creo que la postura de Gregorio Peces-Barba corre el peligro de obstaculizar en demasía el hecho de qué pretensiones humanas han de convertirse en derechos fundamentales. Sin olvidar, y no deja de tener su gran importancia para el tema, que al fin y al cabo son los seres humanos, o algunos de ellos, los que deciden qué ha de convertirse en norma jurídica y los que, hasta cierto punto y límite, crean y mantienen las situaciones de escasez. Sacrificar el concepto de derechos humanos al cumplimiento de unas condiciones o medios que, de la misma forma que son de una manera, podrían cambiar y ser de otra⁷, es quizá tener una visión demasiado estática y complaciente del Derecho, de la sociedad, del sistema económico y de los mismos derechos humanos en la situación presente.

⁶ Gregorio PECES-BARBA: *Curso de Derechos Fundamentales*, tomo 1, “Teoría General”, Eudema Universidad, Madrid, 1991, p. 91.

⁷ Creo que esta objeción también es compartida por Javier ANSUATEGUI en su tesis, inédita, sobre “Los orígenes doctrinales de la libertad de expresión”, cuando indica: “Si se supone que los principios morales de los derechos fundamentales están directamente derivados del valor intangible de la dignidad humana, cabe preguntarse hasta qué punto no es peligroso para la virtualidad del discurso de los derechos humanos permitir que esos principios cedan ante determinadas circunstancias determinadas por factores de índole económico o material”, Universidad Carlos III de Madrid, septiembre de 1992, tomo 1, p. 92, nota 195.

CONCEPTO DE DERECHOS HUMANOS Y PROBLEMAS ACTUALES

Jesús González Amuchastegui

*Profesor Titular de Filosofía
del Derecho de la Universidad Complutense*



E pone en marcha una nueva publicación con el laudable objetivo de constituir un núcleo de reflexión científica sobre los derechos humanos. Propone su director, creo con muy buen criterio, dedicar este primer número a reflexionar acerca de cuáles son los principales problemas que desde una perspectiva teórica presentan hoy los derechos humanos. Un primer número de estas características tiene una extraordinaria importancia para el futuro de la publicación, pues contribuye a marcar las líneas maestras de la misma. El objetivo de mi aportación será, por lo tanto, apuntar, al hilo de una reflexión sobre los problemas actuales de los derechos humanos, los temas que, en mi opinión, de manera inexcusable deben ser abordados por una publicación con las características de *Derechos y Libertades*.

A) “GARANTISMO” Y “FUNDAMENTALISMO”

Es habitual comenzar cualquier reflexión acerca de la necesidad de continuar estudiando problemas de fundamentación de los derechos humanos, citando críticamente las conocidas palabras de Norberto Bobbio según las cuales, una vez alcanzado en 1948 un cierto consenso universal sobre el catálogo de los derechos humanos, nuestros esfuerzos deberían ir encaminados, no tanto a discutir sobre su fundamentación como a conseguir su garantía y respeto universal. Aun reconociendo la aplastante sensatez de la propuesta bobbiana y compartiendo con él el objetivo de un respeto y garantía eficaces y universales de los derechos humanos, surge inmediatamente una duda: ¿Acaso sea irrelevante el hecho, creo que indiscutible, de que ese consenso universal suficiente sobre cuáles son los derechos humanos se rompe en cuanto intentamos explicar el fundamento de los mismos? Mi respuesta es negativa, aunque no resulta fácil determinar la importancia que de cara al respeto de los derechos humanos puedan tener esas discrepancias acerca del fundamento de los mismos.

Creo que con las observaciones anteriores estamos en condiciones de entender los dos peligros que podemos denominar *garantismo* y *fundamenta-*

lismo. La expresión paradigmática de esta última idea, que he tomado de Elías Díaz, la constituiría la tesis, demasiado ingenua para ser explícitamente asumida por nadie, de que los derechos humanos no son eficazmente respetados por no estar suficientemente fundamentados. Sin llegar a estos extremos, podríamos tachar de “fundamentalistas” aquellos planteamientos que cuestionan cualquier tipo de propuesta normativa por carecer de una justificación que se entienda indiscutible; o dicho de otro modo, una cierta obsesión por hallar algún tipo de fundamento último e indiscutible de los derechos humanos puede contribuir, si tal empresa fracasa, en el peor de los casos, a quebrar ese frágil consenso existente sobre el catálogo de los mismos, y en el mejor, a adoptar actitudes intelectualmente conservadoras. En definitiva, aun reconociendo la permanente necesidad de estudiar los problemas de fundamentación de los derechos humanos, como trataré de justificar más adelante, debemos preocuparnos prioritariamente por el análisis de los obstáculos existentes a la vigencia de los citados derechos así como por el diseño de los mecanismos de garantía de los mismos.

Por otro lado, el peligro “garantista” tendría una doble dimensión. En primer lugar, partiendo de la sacralización del consenso alcanzado en 1948, limitaría la reflexión de los derechos humanos a los problemas relacionados con su positivación, desarrollo legislativo, garantías jurídicas, etc., y olvidaría la dimensión moral de los mismos. Creo que tener presente esa dimensión moral, esa concepción de los derechos humanos como ideal a conseguir, es imprescindible, pues contribuye a dejar permanentemente abierta la puerta de la crítica moral al Derecho positivo y de su posible transformación.

Debemos tener presente también el carácter del consenso alcanzado en 1948, un consenso sobre el catálogo de los derechos humanos, pero no sobre su alcance —es decir, sobre el tipo de obligaciones que el respeto de los mismos impone a los particulares y al Estado— ni sobre su jerarquía en caso de conflicto. Por lo tanto, aceptar el catálogo de derechos recogido en la Declaración Universal de 1948, lejos de hacer ociosa cualquier reflexión de índole conceptual o fundamentadora, marca la pauta a seguir con la esperanza —no necesariamente ingenua— de que nuestras reflexiones sobre la fundamentación de los mismos contribuyan a alcanzar un cierto consenso racional sobre el alcance y jerarquía de los derechos que se traduzca posteriormente en una mejor, más eficaz y universal protección de los derechos humanos¹.

¹ En este punto querría apoyar mi argumentación con mi experiencia como docente de la disciplina “Concepto y fundamento de los derechos humanos”, en el Instituto de Derechos

Señalaba anteriormente que el peligro “garantista” tendría una segunda dimensión, que consistiría en reducir las necesarias garantías para la efectiva vigencia de los derechos humanos exclusivamente a las garantías jurídicas, desde el convencimiento de que la positivación de los mismos y el diseño de determinadas instituciones jurídicas constituirían la condición necesaria y suficiente para tal efectiva vigencia. De este modo, se obviaría toda referencia a supuestas garantías de orden económico y social, asumiéndose implícitamente que los derechos humanos no implican —salvo la garantía de la libertad de mercado— ninguna restricción al modelo de relaciones económicas y sociales, asunción ésta que no puedo compartir.

B) DERECHOS HUMANOS Y MODELO ECONOMICO

Si bien es cierto que los derechos humanos constituyen hoy una expresión con una carga emotiva favorable y que se ha logrado un suficiente consenso universal en torno a la idea de que la justicia está basada en el respeto de los mismos, no podemos olvidar que hasta no hace mucho tiempo era común, desde posiciones ideológicas izquierdistas, criticar las teorías de los derechos humanos basándose en la presunta conexión de carácter necesario y conceptual entre dichas teorías y planteamientos económicos liberal-conservadores. Esa conexión ha sido discutida y la consideración, por parte tanto de importantes teóricos como de políticos, de los derechos de carácter económico y social como genuinos derechos humanos pone de relieve que las concepciones de la justicia basadas en los derechos humanos no se limitan a definir esferas de la vida de las personas en las que el Estado no puede intervenir, sino que establecen unas pautas que deben ser observadas a la hora de definir políticas económicas y sociales. En definitiva, como apuntaba anteriormente, creo que los derechos humanos no son compatibles con cualquier tipo de modelo económico, y en ese sentido, considero que una de las líneas de investigación más sugerentes es la relativa al análisis del modelo económico “impuesto” por las concepciones de la justicia basadas en los derechos humanos; todo lo cual nos remite al estudio de las relaciones entre

Humanos de la Universidad Complutense de Madrid. Impartía esta asignatura a un público integrado casi exclusivamente por estudiantes latinoamericanos, en general comprometidos militantes en la defensa de los derechos humanos e inicialmente poco inclinados a una aproximación de índole conceptual rigurosa. Puedo asegurar que de manera casi unánime, al acabar el curso, dichos estudiantes reconocían la enorme importancia y utilidad que una reflexión encaminada a estudiar el concepto y el fundamento de los derechos humanos podía tener de cara a su lucha por la denuncia de las violaciones de los derechos humanos y por la defensa y promoción de los mismos.

ética y economía, equidad, distribución y eficiencia. Creo que en estos temas se puede y se debe producir un fecundo diálogo entre filósofos, juristas y economistas, intentado tener siempre presentes las diversas dimensiones existentes en este ámbito.

Hay otro aspecto de las conexiones entre derechos humanos y modelo económico que también requiere nuestra atención. Estoy pensando en el célebre interrogante: ¿Es necesario un grado determinado de desarrollo económico para poder garantizar eficazmente los derechos humanos? Sea cual sea la respuesta correcta, surgen nuevas cuestiones sobre las que debemos reflexionar: ¿Cuál es el modelo de desarrollo económico a seguir por países subdesarrollados que resulta más compatible con el respeto de los derechos humanos? ¿Es posible trasladar miméticamente los catálogos de derechos humanos propios de las constituciones occidentales contemporáneas a cualesquiera otros países, con independencia de su grado de desarrollo económico y social? Ciertamente estas cuestiones desbordan el marco de las disciplinas jurídicas y exigen una reflexión conjunta por parte de juristas, economistas, sociólogos y politólogos. Sé que son temas que hoy quizá en nuestro país hayan perdido atractivo, pero tengo la impresión de que son los temas relativos a los derechos humanos que más preocupan a la humanidad en su conjunto.

C) LA COMUNIDAD INTERNACIONAL

Las últimas décadas han supuesto la consolidación de lo que se ha dado en llamar el proceso de internacionalización de los derechos humanos. El diseño de políticas de promoción de los mismos, así como los mecanismos de protección, han dejado de ser competencia exclusiva de los Estados. Una profundización en esa dirección parece aconsejable y constituye, sin duda, uno de los temas más importantes sobre los que reflexionar en el futuro.

En estas breves líneas quería, sin embargo, llamar la atención sobre un aspecto concreto de esta dimensión internacional de los derechos humanos; me refiero a la pregunta clave que está en la base de todo el proceso de internacionalización, y que podría formularse de la siguiente manera: ¿Cuál es el papel de la Comunidad Internacional en relación con los derechos humanos? ¿Cuáles son sus obligaciones? Obviamente no se trata de una cuestión nueva, pero sí me parece que ha recobrado actualidad y que muchas de las respuestas que se empiezan a escuchar son novedosas y apuntan a un compromiso creciente por parte de la Comunidad Internacional.

D) ALGUNOS PROBLEMAS CONCEPTUALES

Sin ánimo de ser exhaustivo, pretendo apuntar algunas ideas en relación a ciertos problemas relativos al concepto y a la justificación de los derechos humanos sobre los que me parece que debemos centrar nuestra atención en el futuro.

1. En primer lugar, querría mostrar mis cautelas acerca de ese consenso universal existente en torno a los derechos humanos. He señalado en más de una ocasión en estas páginas que hoy se acepta de manera casi unánime que la justicia consiste en respetar los derechos humanos. ¿Es ello posible? ¿Puede existir tal acuerdo sobre una ideología, sobre una concepción de lo que debe ser, que proclama como objeto la emancipación de todos los individuos? ¿Resulta verosímil pensar que todos los países, que todos los sectores sociales de los diferentes países, asumen esa concepción de la justicia basada en los derechos humanos? No creo que se me pueda acusar de escéptico ni de pesimista si respondo negativamente las cuestiones anteriores. Por todo ello me parece importante reflexionar acerca del carácter necesariamente “conflictivo” de las teorías de los derechos humanos y cuestionar ese presunto consenso universal sobre la validez de las mismas.

2. En segundo lugar, querría llamar la atención sobre el posible déficit de justificación de algunos derechos humanos de carácter económico y social por parte de las concepciones de los derechos humanos más acreditadas. Parece innegable que en la actualidad los tradicionalmente llamados derechos liberales (derechos-autonomía) gozan de una sólida justificación y de un acuerdo cuasi universal sobre su bondad. La insistencia en la preeminencia de los intereses fundamentales de los individuos sobre consideraciones relacionadas con el interés o el bienestar general —tesis que me parece, en principio, perfectamente aceptable—, la crítica —absolutamente justificada— de las teorías de la justicia que proclamaban la existencia autónoma de entidades colectivas (pueblo, nación...) con intereses propios y nítidamente diferenciables de los de los miembros que las integraban, la crítica —certera— de las ideologías paternalistas que descansaban en una concepción pesimista del individuo incapaz de identificar cuáles eran sus verdaderos intereses, al tiempo que han contribuido a justificar rigurosamente los derechos-libertad y a lograr un importante consenso sobre su bondad, han podido derivar en un alejamiento de la perspectiva correcta en lo que se refiere a las relaciones individuo-colectividad, intereses individuales-intereses generales, y a la postre en ese déficit de justificación de unos derechos, como serían los de carácter económico y social, que implican un importante compromiso del Estado —por

tanto de la colectividad y de los individuos— con el bienestar de los particulares.

Por todo ello, me parece importante volverse a preguntar acerca de las relaciones individuo-sociedad, insistiendo en la importante dimensión social del mismo y cuestionando lo que Victoria Camps ha llamado el “prejuicio egoísta” de la ética moderna según el cual, el individuo —egoísta por naturaleza— sólo se quiere a sí mismo y no debe nada a los demás. En este mismo sentido, convendría insistir en la necesidad de revisar las discusiones entre las concepciones utilitaristas de la justicia y las concepciones basadas en derechos de los individuos, partiendo de que la contraposición entre metas y objetivos de carácter colectivo y derechos de los individuos no debe ser tan radical como algunos teóricos de los derechos humanos han defendido. Sólo desde una correcta articulación, por un lado, de las relaciones individuo-sociedad, alejada tanto del atomismo liberal-egoísta como del colectivismo, y por otro lado, de los derechos de los individuos con las metas y objetivos de carácter colectivo —recuperando nociones como interés común y solidaridad—, resulta factible elaborar una concepción de los derechos humanos en la que encajen armoniosamente los derechos de libertad, los de participación política y los de carácter económico y social.

CONCEPTO Y PROBLEMAS ACTUALES DE LOS DERECHOS HUMANOS

Angel Latorre

*Catedrático de Derecho Romano
de la Universidad de Alcalá de Henares*

I



A idea de los derechos humanos, es decir, la idea de que todo ser humano, por su condición de tal y con independencia de su posición en una determinada comunidad política, es titular de un conjunto de derechos que pueda hacer valer frente a los poderes públicos, es fruto del iusnaturalismo racionalista imperante en Europa en los siglos XVII y XVIII. En el mundo antiguo y medieval la situación jurídica del

individuo y los derechos que se le atribuyen dependían de su posición en los diferentes grupos jurídicamente diferenciados que formaban las sociedades de esas épocas. En Roma, por ejemplo, los ciudadanos, y sólo los ciudadanos por su calidad de tales, tenían ciertos derechos que en alguna medida pueden ser equiparados con los modernos derechos fundamentales, como el *ius provocationis*; pero el hombre aisladamente considerado no era sujeto de derechos, ni públicos ni privados.

Las corrientes iusnaturalistas desembocaron en las diferentes declaraciones de derecho que surgen a finales del “siglo de las luces”. De ellas, la que ha tenido más repercusión en el mundo moderno es la Declaración de los derechos del hombre y del ciudadano de 1789. Claramente destaca en ella su pretensión de universalidad al proclamar en su preámbulo que la Declaración expone “los derechos naturales, inalienables y sagrados del hombre”. Con mayor contundencia, si cabe, se expresaron algunos de los diputados de la Asamblea constituyente.

Uno de ellos afirmó, por ejemplo:

“Los derechos del hombre en sociedad son eternos... invariables como la justicia, eternos como la razón; son de todos los tiempos y de todos los países”¹.

Tal fue el espíritu que alienta en la famosa declaración, y que la dio su fuerza explosiva para destruir los restos del mundo feudal, que aún subsistían, y para convertirse en la piedra angular de la democracia moderna. Pero, en mi opinión, no es necesario ni acertado seguir sosteniendo hoy esa concepción iusnaturalista de los derechos humanos. No sólo se plantea, como veremos después, la cuestión de la verdadera universalidad de tales derechos, sino que, como es notorio, su enumeración ha sufrido y sufre cambios importantes. Se agregan nuevos tipos de derechos, como los llamados derechos “prestacionales”, que a su vez influyen sobre el contenido y el alcance de los viejos derechos “de libertad”. Y, lo que es quizá más significativo, algunos de estos últimos ven degradada su protección a consecuencia de las nuevas ideas sociales y políticas. Así, la propiedad, calificada en la Declaración de “derecho inviolable y sagrado”, aparece en nuestra Constitución en un rango inferior al de los “derechos fundamentales y libertades públicas” (arts. 15 al 28). Estos están protegidos por el recurso de amparo, por el procedimiento reforzado

¹ Mathieu de Montmorency, citado por Stephane RIALS: *La Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen*, Hachette, París, 1988 (Coll. Pluriel). La vocación universalista de la Declaración me parece clara, a pesar de que últimamente ha suscitado algunas dudas. Véase sobre ellas la obra citada, lugar citado.

de revisión constitucional y por la exigencia de que su desarrollo se lleve a cabo por ley orgánica. La propiedad carece de estas garantías.

Los derechos humanos han de considerarse hoy, en mi opinión, como garantías del Derecho positivo para asegurar el respeto a la dignidad humana de acuerdo con la estimación social dominante en nuestras sociedades occidentales y como núcleo esencial de nuestra concepción del Estado de Derecho y de la democracia liberal de nuestros días.

II

En una rápida referencia a algunos de los principales problemas que presentan en la actualidad los derechos humanos, me limitaré a aludir a dos cuestiones, a mi entender básicas.

Una es la vieja, pero siempre renovada cuestión, de la garantía eficaz de esos derechos. Las constituciones más recientes, entre ellas la nuestra, suelen enunciar con detalle una larga lista de derechos. También prevén diversos mecanismos legales para garantizarlos. Pero lo cierto es que raro es el país, si es que hay algunos, en que no se violen en casos concretos y, a veces, con una intensidad inquietante. Y lo más grave es que no siempre esas violaciones son hechos aislados, condenados por la opinión pública y perseguidos por los Tribunales o por la Administración. En algunos aspectos se pretende una cierta justificación, o al menos excusa, de tales atropellos en nombre de una más o menos confesada, pero siempre operante, razón de Estado. El terrorismo, el narcotráfico o la inseguridad ciudadana se invocan, a menudo, para disculpar violaciones de derechos humanos o incluso para dictar leyes con normas equívocas o claramente contrarias a los derechos solemnemente declarados en las Constituciones. Son actitudes que gozan de un cierto aplauso popular en nombre de la eficacia y del viejo principio de que el fin justifica los medios. Frente a esas tentaciones no sólo hay que reafirmar la validez incondicional de los derechos humanos, sino que hay que robustecer los instrumentos para su defensa. La tendencia a la internacionalización de tales derechos y a la creación de Tribunales supranacionales, como el de Estrasburgo, son medidas de indudable eficacia. Pero, en último término, la garantía más segura depende de la convicción de los ciudadanos. La escuela y los medios de comunicación pueden jugar un importante papel en difundir esa convicción.

El segundo plano en que, a mi juicio, se mueven los problemas fundamentales en la actualidad es más delicado y difícil de enfocar con claridad.

La concepción de los derechos humanos es, como hemos visto, un fruto del humanismo racionalista triunfante en la moderna civilización occidental. ¿Pero en qué medida es aplicable esa concepción universalista a civilizaciones de distinto signo? Piénsese en las sociedades del Asia Oriental con una tradición confuciana o budista o, para recordar el caso más candente, en los pueblos a los que el integrismo islámico ofrece una concepción muy distinta del hombre y de la sociedad. ¿Cabe que esas sociedades acepten la concepción occidental de los derechos humanos y de su presupuesto, el Estado de Derecho, aunque sea adaptándola a su mentalidad? No me atrevo a contestar a esta pregunta; pero en ella está probablemente la clave del futuro de los derechos humanos. La respuesta decidirá si esos derechos son, en el mejor de los casos, la expresión de una civilización concreta y minoritaria o si alcanzará por fin la universalidad que le atribuyeron sus venerables fundadores.

CONCEPTO DE DERECHOS HUMANOS Y PROBLEMAS ACTUALES

Luis López Guerra

*Catedrático de Derecho Constitucional
de la Universidad de Extremadura*



L concepto y contenido de los derechos humanos —como aquellos derechos derivados de la misma dignidad del ser humano, y por ello necesarios e inseparables del mismo— se han visto confirmados y enriquecidos por las experiencias históricas del siglo XX; pero al mismo tiempo, y desde la perspectiva de la última década del siglo, han surgido nuevos problemas respecto al alcance de ese contenido mínimo garantizador de la dignidad de la persona, y de los medios jurídicos para la efectividad de esa garantía. De entre tales problemas pueden resaltarse al menos tres, relativos a la protección de los derechos humanos frente al poder político; a la dimensión prestacional (garantía del mínimo vital) de los derechos humanos, y, finalmente, a su dimensión internacional.

1. *Derechos del hombre y poder político.* El origen histórico de las declaraciones de derechos configura a éstas esencialmente como confirmación de esferas de libertad frente a los poderes públicos. Los derechos de la per-

sona constituyan límites al Estado, y no es casualidad que el artículo 16 de la Declaración de Derechos del Hombre y el Ciudadano vincule la garantía de los derechos y la separación de los poderes: lo que se perseguía, con ambas técnicas, era la limitación del poder político, concebido como el peligro más evidente (a la luz de la historia) para las libertades y derechos individuales.

Desde esta perspectiva, no puede negarse que en el presente siglo se ha consolidado una cultura política favorable a la limitación del poder frente a los derechos del individuo. Las experiencias del fascismo y el nacionalsocialismo han venido a convertir en universalmente inaceptables las justificaciones teóricas de la omnipotencia estatal. Cualesquiera que sean las críticas que puedan hacerse al “iusnaturalismo renovado” de la segunda posguerra, no cabe dudar que representa una posición intelectual y moral que ha encontrado amplio reflejo en los textos constitucionales y legales, y en la cultura jurídica. En menor escala quizá, en cuanto a su intensidad, pero también con efectos innegables, la desaparición de los regímenes socialistas de influencia soviética ha supuesto también el rechazo de estructuras políticas que dejaban, en los textos y en la realidad, en un segundo plano a los derechos humanos.

A partir de estas experiencias se ha generalizado universalmente el reconocimiento de los límites de los poderes públicos ante los derechos de la persona, y la instrumentación de garantías jurídicas de esos derechos. Pero al tiempo, y en contextos muy amplios, han surgido vías para convertir declaraciones y garantías en técnicas inoperantes. La vulneración directa y manifiesta de los derechos a la vida, integridad y libertad de las personas se lleva a cabo cada vez menos mediante acciones claras y descubiertas de los poderes públicos. En su lugar, y ante la inaceptabilidad, interna e internacional, de conductas abiertas (por parte, sobre todo, del poder ejecutivo) de violación de derechos humanos, se ha preferido llevar a cabo esta actuación mediante cauces paralelos, que, aparentemente, quedan al margen del poder político. Se produce así (en forma similar a la conocida “economía sumergida”) una “represión sumergida” llevada a cabo por grupos incontrolados en teoría, autores de desapariciones, muertes y atentados a la integridad física y moral.

La amplitud de este fenómeno ha sido (y sigue siendo) considerable, y convierte en inutilizables a muchas de las fórmulas jurídicas para la protección de derechos humanos. De nada sirve el procedimiento de *habeas corpus* si las autoridades niegan haber detenido, o retenido, a una persona: de nada sirven las garantías de un proceso justo, si se llevan a cabo ejecuciones clandestinas por “elementos incontrolados”. Los métodos de control del Estado pierden

mucha de su fuerza si el Estado niega ser el autor de las violaciones de derechos humanos que se produzcan.

Junto a esta (falsa) "violencia social", como fórmula de acción estatal disfrazada, se produce también otra forma de violencia social, que supone igualmente una amenaza para los derechos humanos, y que no procede de los poderes públicos: me refiero a la extensión de prácticas terroristas que, al no provenir de los poderes del Estado, no se conceptúan, en muchos casos, como vulneración de derechos humanos en el sentido clásico del término, ni, en consecuencia, se ven sujetas a una evaluación (por la opinión pública, por instancias políticas nacionales o internacionales) a la luz de los cánones universalmente admitidos de protección de esos derechos. También en estos supuestos, la vulneración de los derechos de la persona por fuerzas no estatales exige una reformulación de conceptos jurídicos que aseguren (por la vía de la cooperación internacional, entre otras) que la resolución de conflictos políticos no se va a llevar a cabo mediante el sacrificio de la vida, integridad o libertad de las personas.

2. *Derechos humanos y prestaciones públicas.* El siglo xx ha supuesto la definitiva aceptación de la legitimidad del papel de los poderes públicos (sobre todo de las instancias estatales) como garante un mínimo vital, mediante un sistema de prestaciones (educación, sanidad, desempleo, pensiones) y de regulaciones (económicas, urbanísticas, sanitarias, ecológicas) destinadas a asegurar la calidad y estabilidad de las condiciones de vida de los ciudadanos. La extensión general del llamado constitucionalismo social ha sido expresión de esta legitimidad. El valor de la solidaridad, como complemento de la libertad, se ha visto confirmado en los sistemas de economía mixta o *Welfare State*, de extensión general en Europa a partir de la segunda posguerra.

Ahora bien, la evolución económica y social de la segunda mitad de siglo ha venido a plantear nuevos problemas al respecto. La progresiva industrialización y urbanización ha supuesto la conversión de capas cada vez más amplias de la población en dependientes, en una fase u otra de su vida, de esas prestaciones públicas, disminuyendo los sectores independientes o autosuficientes, o desapareciendo totalmente. Al mismo tiempo, el debilitamiento de los vínculos familiares o étnicos ha aumentado la situación de desamparo de muchos colectivos, que se ven marginados: ancianos, enfermos, impedidos, extranjeros, madres adolescentes, etc.; colectivos "marginales" considerados aisladamente, pero de importancia numérica considerable, estimados en su conjunto. Como resultado, prácticamente todos los ciudadanos, en una fase u otra de su vida, e incluso algunos en la mayor parte de ella, dependen

para su subsistencia, o supervivencia, de prestaciones públicas (educacionales, sanitarias, económicas, etc.) en un grado muy superior al de otras épocas, sobre todo en los países industrializados.

Resultado de esta creciente dependencia ha sido el aumento de la carga económica del Estado (la denominada crisis del Estado de bienestar), y la reacción en favor de la disminución de la intervención estatal ha tendido, en algunas posiciones ideológicas autotituladas neoliberales, a poner más el acento en la libertad de mercado que en la solidaridad social.

En las sociedades occidentales, en las que la evolución demográfica ha provocado la existencia de grandes núcleos de población desfavorecidos y dependientes (singularmente ancianos y emigrantes) o de economía precaria (empleados eventuales, parados, jóvenes en fase de formación), la misma supervivencia de muchos sectores se ve amenazada si desaparece la garantía estatal del mínimo vital, o si se ve muy reducida. La protección de la dignidad de la persona no se centra (o no se centra sólo) en la protección frente a ataques exteriores a la vida, libertad, integridad, sino en la previsión de prestaciones públicas derivadas del principio de solidaridad, prestaciones que, por su generalidad, aparecen, no como manifestaciones de la asistencia o beneficencia social, sino como una garantía recíproca de bienestar; por cuanto que los grupos en su momento beneficiados se veían inevitablemente convertidos en grupos dependientes (por jubilación, enfermedad, etc.).

La garantía de estos derechos humanos prestacionales presenta notables dificultades (como lo ha mostrado el fracaso de técnicas como la irreversibilidad jurídica del nivel de prestaciones, la congelación de porcentajes presupuestarios destinados a la solidaridad social, etc.) no sólo porque exigen nuevas fórmulas de articulación jurídica, sino también porque en ocasiones no es fácilmente compatible el principio de solidaridad con el máximo crecimiento económico. Es precisamente en este aspecto (la absoluta prioridad al ritmo de crecimiento o desarrollo) donde reside el mayor peligro para el mantenimiento de un nivel prestacional adecuado, y la protección de un mínimo vital, que se configura como indisoluble de la dignidad humana.

3. *Derechos humanos y relaciones internacionales.* La práctica desaparición, en el presente siglo, de los imperios coloniales ha supuesto un notable avance en el respeto a los derechos humanos, al desaparecer la diferencia de *status* jurídico entre ciudadanos de la metrópoli y sujetos o súbditos coloniales. No obstante, la eliminación de distinciones en el plano jurídico no puede ocultar que, en un mundo estrechamente interrelacionado, no sólo el bienestar, sino incluso la misma supervivencia de grandes masas de población de

los países menos desarrollados, dependen de la cooperación de las antiguas metrópolis coloniales. El nivel de subsistencia, educación, sanidad e incluso libertad y seguridad de la población de muchos países depende, no tanto de la política adoptada por sus dirigentes, como de factores que escapan a su control, como puede ser el nivel mundial de precios de determinadas mercancías, la política de inversión de las potencias económicas, o las restricciones a la admisión de emigrantes: factores que son determinados precisamente por los países ex colonizadores. Si se conciben los derechos humanos, no sólo como garantía frente a amenazas exteriores (privación de vida, libertad o integridad por terceros), sino como exigencias morales y materiales derivadas de la dignidad humana (o, si se quiere, más asépticamente, derivadas de la consideración de lo humano como valor a proteger), se hace evidente la dimensión supranacional de su protección, ante una situación de desequilibrio económico, que supedita a la mayor parte de la población del globo a decisiones adoptadas por unos pocos países; y ello independientemente de que tales decisiones tengan o no un origen y legitimación democráticos.

Por ello, la tradicional vinculación entre sistema democrático y garantía de los derechos del hombre, si bien sigue siendo válida en el interior de cada Estado, necesita verse completada en el marco de las relaciones internacionales, ya que, en ese nivel, los derechos humanos, como *standard* básico garantizado, dependerán, no sólo del sistema político interno, sino también de los instrumentos de cooperación internacional.

CONCEPTO DE DERECHOS HUMANOS Y PROBLEMAS ACTUALES

Jesús Ignacio Martínez García

*Catedrático de Filosofía del Derecho
de la Universidad de Cantabria*

UN concepto es, antes que una descripción, la delimitación de una perspectiva, una entre otras posibles. Escojo para esta presentación de los derechos humanos una perspectiva de tipo no individualista, en la línea de los derechos subjetivos, sino institucional, para verlos como artefactos jurídicos. La adopción de una perspectiva cualquiera genera problemas o, quizá mejor, riesgos. En este caso plantearé uno básico: evitar reducir los derechos humanos a buenos sentimientos.

Para entender el significado de ciertas conquistas jurídicas es preciso comenzar defendiéndose de la ética, desconfiando de las grandes palabras y de la conciencia pretendidamente virtuosa que las invoca. Cuando las palabras se inflan excesivamente suele ser porque han crecido no tanto en musculatura como en tejido adiposo. Entonces ya no sirven para explicar nada sino tan sólo para predicar y santificar al que las pronuncia y a sus destinatarios. Han perdido sus aristas y se han henchido de sentimentalismo, en un expresionismo recalentado. Pero aunque permanezca el *flatus vocis* y siga siendo persuasivo será difícil trabajar con ellas.

Algo así puede ocurrir con los derechos humanos cuando se inundan de una retórica lisonjera que acaba por reconducirlo todo a la exhibición de las buenas intenciones. Y por reacción a la moralina piadosa de tantos de los que entonan el discurso de los derechos del hombre, no extraña la impertinencia de que se les considere “el grado cero de la ideología, el saldo de cualquier historia”, que se califiquen de “ubres del consenso” y se hable a su propósito de “la ascensión irresistible de la estupidez”¹. Es la provocación frente a la unción y la verbosidad hueca que enturbia la percepción de la realidad.

Es fácil ser moralista de los derechos humanos, pronunciar la lengua irrefutable, utópica y seductora que despliega todos los recursos de la palabra “hombre”. Pero el moralista, al contentarse con los *idola fori*, intercepta la crítica. ¿Quién podría ponerse frente a esos ideales? Sólo cabe la adhesión ennoblecedora para todos. Pero entonces, tras alcanzar (y no tan fatigosamente como piensa Habermas) el consenso unánime de la comunidad de comunicación, en una conversación a escala planetaria, es posible que no se entienda nada.

Es necesario abandonar la ebriedad de los dogmas, de la liturgia humanista, para poder abrir el camino a un pensamiento riguroso, duro y sobrio. La trascendencia del ideal debe ser reconducida hacia el concepto. Lo figurado debe ser traducido a lo objetivo, al terreno de la técnica jurídica. Las palabras necesitan perder su “aureola” de valores superiores para entrar en el laboratorio del jurista y ver cómo encajan y obedecen a un código de señales. De otro modo emiten su veredicto pero quedan como huéspedes (o intrusos) de la racionalidad jurídica. Y entonces se puede sonreír ante quienes

¹ J. BAUDRILLARD: *La transparencia del mal: Ensayo sobre los fenómenos extremos*, traducción de J. Jordá, Anagrama (Barcelona, 1991), p. 97. Para P. SLOTERDIJK: *Crítica de la razón cínica*, traducción de M. A. Vega, Taurus (Madrid, 1989), “los herederos de la Ilustración se encuentran hoy nerviosos, dudosos y forzadamente desilusionados, en camino hacia el cinismo global; sólo en forma de sarcasmo y revocación parecen todavía soportables las referencias a los ideales de cultura humana” (vol. II, p. 387).

en la proclamación de los derechos humanos —por decirlo con palabras hegelianas— se empeñan en “descubrir verdades, decir verdades, y difundir verdades” en una “trabajosa superficialidad”, y actúan “como si al mundo sólo le hubieran faltado estos fervorosos divulgadores de verdades”².

Recurriendo a claves rouseaunianas puede llegarse un tanto precipitadamente al momento de la “religión civil”, de la celebración que corona *Du contrat social*, sin haber pasado efectivamente por el momento atormentado de la “voluntad de todos” en tensión con la “voluntad general”. No basta con haber construido un templo para que realmente haya allí un objeto de culto³. Ningún valor es intocable y se encuentran sorpresas, como los pliegues de una lógica perversa que llega a envolver ideales tan nobles como la fraternidad y la solidaridad⁴. O como la paradoja de que el principio de igualdad se transmute en un pensamiento de la desigualdad, de que las teorías de la igualdad —desde Aristóteles a Rawls— sirvan para justificar la diferencia.

Por ello viene aquí a cuento la admonición nietzscheana de que “el filósofo tiene hoy el deber de desconfiar, de mirar maliciosamente de reojo desde todos los abismos de la sospecha”⁵. Sospechar, por ejemplo, de los que quizá comienzan hablando de derechos como un modo amable de introducir subrepticamente la sumisión a un deber indiscutible, a un imperativo categórico que está agazapado en la sombra del derecho. Y desconfiar de “los hombres que sienten que necesitan de las palabras y los timbres más fuertes, de los ademanes y actitudes más elocuentes”, que desconocen que sólo es posible hablar *sotto voce* de las cosas más importantes⁶.

Es insuficiente presentar los derechos humanos como la *conciencia del jurista* y hay que llegar a situarlos en la *estructura del derecho*. Quien hiper-

² G. W. F. HEGEL: *Principios de la Filosofía del Derecho o Derecho Natural y Ciencia Política*, traducción de J. L. Verinat, Edhasa (Barcelona, 1988), p. 41.

³ Parafraseo aquí a S. BECKETT: *L'innommable*: “Il est plus facile d'élever un temple que d'y faire descendre l'objet du culte”, cita colocada como pórtico de Th. W. Adorno: *La ideología como lenguaje*, traducción de J. Pérez Corral, Taurus (Madrid, 1971), p. 8, de donde la tomo.

⁴ Sobre el *pathos* de la fraternidad en el pensamiento revolucionario, cfr. E. BLOCH: *Derecho natural y dignidad humana*, traducción de F. González Vicén, Aguilar (Madrid, 1980), cap. 19: “Aporías y herencia de la tricolor: libertad, igualdad, fraternidad”, pp. 156 y ss. La fraternidad —como muchos otros grandes ideales— despliega una lógica muy compleja y paradójica. Es una ideología dulce que está en complicidad con el terror y la muerte, cfr. M. DAVID: *Fraternité et Révolution française, 1789-1799*, Aubier (París, 1987), 350 pp. Y por lo que respecta a la solidaridad ha sido un principio jurídico un tanto sospechoso, cfr. N. y A. J. ARNAUD: “Une doctrine de l'état tranquillisante: le solidarisme juridique”, en *Archives de Philosophie du Droit*, vol. 21 (1976), pp. 131 y ss.

⁵ F. NIETZSCHE: *Más allá del bien y del mal: Preludio de una filosofía del futuro*, traducción de A. Sánchez Pascual, Alianza, reimpresión (Madrid, 1988), p. 60.

⁶ F. NIETZSCHE: *La Gaya Ciencia*, traducción de Ch. Groot y G. Groot, Akal (Madrid, 1988), p. 64.

trofia la ética puede olvidar que su historia no se ha escrito a golpe de buenos sentimientos o de racionalidad comunicativa, sino de luchas sociales, de violencia y de sufrimiento, para ser incluso desactivados en el mismo momento de su anhelada positivación. No podemos decir que el jurista premoderno que los ignoraba fuera peor persona que nosotros, que estamos constantemente hablando en su nombre, pero quizá podemos sostener que el derecho actual puede ser gracias a los derechos humanos más potente y refinado. No es un problema de moralidad lo que aquí se plantea sino una cuestión de técnica jurídica. Hay que dejar de hablar de las personas para poder hablar del derecho. La perspectiva de los derechos humanos abre así paso a la de los derechos *fundamentales*, al fundamento de las estrategias jurídicas. Y no se trata de meras disputas terminológicas sino de dar el paso de situarlos en un plano institucional.

A pesar de una reiterada doctrina, no pueden entenderse adecuadamente como si fueran derechos subjetivos contruidos a partir del individuo autónomo, a su imagen y semejanza. El jurista necesita un punto de vista más abstracto: concebirllos como principios organizativos que, aunque tengan también contenido moral, han sido metabolizados por una racionalidad jurídica que se sirve de ellos en su empeño por regular la vida social. Los intereses de los individuos aislados y los valores ideales no son un punto de referencia para su comprensión. Lo decisivo no son entonces las personas que se autorrealizan, sino una lógica de tipo institucional en la que estos derechos son auténticos operadores jurídicos. Con ellos está en juego la contribución del derecho a la racionalización del universo social antes que la tutela del individuo. Ni su justificación ni sus amenazas pueden plantearse adecuadamente como si se tratara de derechos subjetivos de naturaleza personal⁷. Por ejemplo lo que se tutela con la libertad de cátedra de un hipotético profesor de derechos humanos no es el libre desenvolvimiento de su personalidad científica y docente (quizá atrabiliaria y ridícula), sino la autonomía de la ciencia jurídica para que pueda desarrollarse frente a los peligros de un dirigismo estatal.

Al acoger los derechos humanos, el ordenamiento jurídico incorpora el nuevo lenguaje de la libertad y la igualdad y le sirve para expresar nuevas

⁷ En ello fue pionero C. SCHMITT: *Teoría de la Constitución*, traducción de F. Ayala, Alianza (Madrid, 1982), que trataba de las "garantías institucionales" y precisaba que "la estructura de tales garantías es por completo distinta, lógica y jurídicamente, de un derecho de libertad" (p. 175). No están al servicio de un interés privado sino de una institución. También N. LUHMANN: *Grundrechte als Institution: Ein Beitrag zur politischen Soziologie*, 2.ª ed., Duncker und Humblot (Berlín, 1974), ha ofrecido también una perspectiva de tipo institucional de muy amplio alcance. La teoría de sistemas exige aquí una *Entmoralisierung* (al modo de una reducción fenomenológica) que llegue a "tratar lo sagrado como variable" (p. 8).

formas de establecer vinculaciones. No basta con suponer que a partir de entonces los individuos se han vuelto más libres e iguales o lamentar lo que hay en ello de libertad e igualdad meramente formales. Hay que dar el paso de ver en qué medida un derecho que hace de la libertad y de la igualdad presupuestos normativos se ha hecho más fuerte. Libertad e igualdad son principios que le sirven al derecho para reorganizarse. Ya descubrió Kant que todo el derecho —incluso el derecho penal— puede escribirse en el lenguaje de la libertad, e inmediatamente se dieron cuenta los juristas de la enorme utilidad de esta nueva semántica. Y por lo que respecta a la igualdad, como un poderoso difusor controla las simetrías y las asimetrías de la racionalidad jurídica en el despliegue de sus redundancias, como medio de comunicación interna al derecho.

Desde una perspectiva histórica —que con razón se insiste en introducir en esta materia— puede decirse que los derechos humanos no han pretendido tanto moralizar o dignificar la convivencia cuanto sacar al derecho del atolladero. Surgen como respuestas a un conflicto actual o potencial, como salida de una catástrofe, como antídoto de un temor. No son términos inocentes, salvo que se los sustraiga del campo de tensión del que nacieron, de la constelación histórica en la que han sido protagonistas. Puede ilustrarse con algún ejemplo.

La tolerancia —que inaugura la “primera generación” de estos derechos— no es un triunfo de la simpatía frente a la intransigencia, no es un gesto comprensivo de unos cuantos que por fin se han vuelto más abiertos a todo. La tolerancia es para el jurista un arma en la lucha por el poder, es la conquista de un ámbito secularizado sustraído al poder eclesiástico (y no para dejarlo en una zona *nullius* sino para atribuirlo al poder civil). En tanto que derecho fundamental no es una virtud sino un expediente práctico que pone entre paréntesis las convicciones íntimas para poder vivir en paz tras la experiencia de guerras sangrientas. Un texto fundacional como *A Letter concerning Toleration*, de Locke, no acaba de entenderse si se lee como un alegato frente a la dureza de corazón del dogmático. Es una estrategia en la que cada argumento va situándose hábilmente y de modo nada inocente en un determinado juego de poder para desplazar a sus adversarios.

Para entender el paso del Estado liberal al Estado social del Derecho, con el correspondiente bagaje de una “segunda generación” de derechos humanos, no hay que pensar en una conversión del empresario, que por fin se humaniza y se abre a la justicia social, como si quisiera purgar su conciencia contaminada por la primera industrialización, sino en un cálculo utilitarista

(es decir de egoísmo inteligente) que se apresuró a conjurar la gran catástrofe profetizada por el marxismo. Frecuentemente se olvida que la razón de Estado no se ha dulcificado con el paso del Estado gendarme al Estado asistencial, pues este paso lo ha dado precisamente la razón de Estado. No hay que suponer dosis ingentes de ética detrás de los nuevos derechos del ámbito laboral. El derecho de huelga no es un gesto moral sino un expediente para juridificar un conflicto cuya penalización había fracasado pero que al menos se puede intentar reconducir a una zona vigilada por el derecho.

Para situar jurídicamente el derecho al voto la ética puede acabar resultando un estorbo. Una cosa es la idea del consenso tal y como la invocan los moralistas y otra la democracia en su funcionamiento como maquinaria jurídica. Una vez que el derecho se ha tecnificado, inevitablemente se ha distanciado del pueblo. A pesar de que el pueblo sea halagado desde un derecho que se presenta como producto de la soberanía popular, su presencia está muy amortiguada y se encuentra realmente excluido de múltiples instancias de la creación y aplicación de ese derecho. Pero a cambio de poder depositar periódicamente un voto en las urnas del derecho —así investido de legitimación— reclama la obediencia de todos a cada una de sus múltiples normas. Al ciudadano cada vez le resulta más difícil pensar rousseauianamente que es autónomo y no obedece a nadie más que a sí mismo ante las más de treinta mil páginas anuales del *Boletín Oficial del Estado*. Y el teórico de la obligación política necesita agudizar el ingenio y rescatar recursos que parecerían marginales en una democracia efectiva como el consentimiento tácito, la reciprocidad, los llamados deberes naturales e incluso la gratitud. Pero al Derecho le es muy rentable esgrimir la soberanía popular, le exime de responsabilidades, puede llegar a convertirse hasta en una buena coartada, y después de todo va a resultar que la democracia interesa tanto o más al Derecho mismo que a los votantes.

Desde un planteamiento ético se corre el riesgo de no poder entender fenómenos como éstos y diagnosticarlos exclusivamente como un déficit de moralidad, lo que reafirma en la necesidad de seguir adoctrinando. Pero esgrimir los atributos de la dignidad humana puede llegar a convertirse en un “obstáculo epistemológico” del que hay que desembarazarse⁸. Por eso para el estudioso de los derechos humanos una lección de realismo jurídico puede ser muy saludable. Hobbes se despojó de todo optimismo de raíz aristotélica y frente al *homo hominis amicus et familiaris* tomista postuló el *homo homini*

⁸ Tomo esta noción de G. BACHELARD: *La formación del espíritu científico: Contribución a un psicoanálisis del conocimiento objetivo*, traducción de J. Babini, Siglo XXI, 16.ª edición (México, 1990), pp. 15 y ss.

lupus. Y ello no por afán de crudeza o tremendismo barroco sino por aspirar a una lucidez nueva. Sabía que —a diferencia quizá del moralista— el jurista no puede confiar en los buenos sentimientos sino únicamente en la fuerza de la razón y en la razón de la fuerza. Desde el optimismo no se puede avanzar hacia lo institucional, sólo hacia la espontaneidad anárquica. Para pensar el Derecho basta con oponer a los instintos no pacíficos la fuerza y la razón. Por eso pudo llegar a decir Kant que “el problema del establecimiento del Estado tiene solución incluso para un pueblo de demonios, y por muy fuerte que suene (siempre que tengan entendimiento)”⁹. Ihering imaginó que una sociedad de delincuentes y bandidos dejados a su suerte acabaría creando un derecho semejante al de las personas honradas —suponemos que también con derechos humanos— y no partiendo de la moral sino del cálculo y del interés¹⁰. Y Holmes, haciendo alarde de sensatez, proponía la perspectiva del *bad man* como la más idónea para aproximarse al derecho¹¹. Todo lo cual invita a sospechar que los derechos humanos son más producto de la inteligencia que de la virtud.

No basta con contemplar el horizonte desde la cúspide incontaminada de los grandes valores. Para el jurista es especialmente interesante la zona intermedia situada entre las palabras sagradas y su reglamentación minuciosa. Es el momento en el que la racionalidad ética se traduce a racionalidad jurídica, el espacio en el que los valores se articulan, se disciplinan y frecuentemente se desplazan, se traicionan o se desactivan a través de filtros y mediaciones. Entonces es cuando los derechos se extravían y las revoluciones se resignan en rutinas. La tecnología jurídica se apropia así de un ámbito utópico buscando su propia operatividad. Las grandes palabras se hacen y se deshacen con los gestos cotidianos¹². De otro modo los derechos humanos

⁹ I. KANT: *La paz perpetua*, traducción de J. Abellán, Tecnos (Madrid, 1985), p. 38.

¹⁰ R. von IHERING: *El fin en el Derecho*, traducción de D. Abad de Santillán, Cajica (Puebla, México, 1961), proponía el siguiente experimento mental: “... imaginemos la sociedad fuera de todos los principios morales, compuesta de meros egoístas de la más pura cepa, o de delincuentes como en una colonia penal, o de ladrones como en una banda de bandidos: el egoísmo levantaría inmediatamente su voz y exigiría con respecto a la relación de los compañeros entre sí la observancia inviolable de casi los mismos principios que el Estado prescribe en la forma de ley, y no penaría menos el menosprecio de los mismos o, mejor dicho, no menos dura y cruelmente que el Estado por medio del derecho penal” (vol. I, p. 329).

¹¹ Disgustado por la frecuente fraseología tomada en préstamo de la moral O. W. HOLMES: *La senda del derecho*, Abeledo Perrot (Buenos Aires, 1975), escribía: “Si queréis conocer el Derecho y nada más, mirad el problema con los ojos del mal hombre, a quien sólo le importan las consecuencias materiales que gracias a ese conocimiento puede predecir; no con los del buen hombre, que encuentra razones para su conducta —dentro o fuera del Derecho— en los mandamientos de su conciencia” (p. 19).

¹² Marx descubrió detrás de la primera generación de estos derechos no al hombre sin más sino al burgués egoísta e insolidario. Así podemos ver cómo la libertad y la propiedad —“liberté et propriété, c’est le cri de la nature”, decía Voltaire— se traducen y se disciplinan

quedan como principios tan generales que casi nadie rechaza, pero que pueden carecer de capacidad discriminatoria entre las distintas opciones en juego como criterios de argumentación y de decisión. Si no se desglosan, su semántica podría acabar ocupando un lugar secundario en la dinámica jurídica, suministrando conceptos meramente decorativos o desempeñando una función de protesta extrajurídica. Es preciso repensar los valores dentro del sistema jurídico.

Puede preguntarse, a la manera de Habermas, si el interés por los derechos humanos es siempre desinteresado. Y parafraseando a Austin es preciso averiguar cómo se hacen cosas con palabras como las de los derechos humanos. En el fondo es una fácil provocación afirmar que “no existen tales derechos y creer en ellos es como creer en brujas y unicornios”, debido a las dificultades para fundamentarlos¹³. Pero lo verdaderamente importante es que están ahí sosteniendo decisiones jurídicas y amparando reclamaciones ante los Tribunales, que el Derecho está hablando su lenguaje. Y el discurso que los invoca no está vertebrado sólo por *good reasons*, como a veces quisieran los estudiosos de la argumentación jurídica. Más allá de la lógica informal es preciso advertir que el escenario de la discusión no está constituido sólo por posiciones meramente argumentativas, por una racionalidad angélica que se despliega de modo autónomo y soberano, sino por todo tipo de circunstancias concretas (intereses, antecedentes, marco institucional) que no hay *veil of ignorance* rawlsiano que pueda desactivar. No hay una cámara hermética sino un fragmento de mundo.

Pero hay teóricos inasequibles al desaliento y también el juego conceptual puede rebosar de buenos sentimientos. Frecuentemente parece como si la teoría de los derechos humanos aspirara también a su “cielo de los conceptos”¹⁴. Y frente a la búsqueda de un sistema de derechos humanos que por mimetismo quizá reproduzca los *tics* y esquemas clasificatorios de la dogmática clásica, hay que recordar la lección de la tópica jurídica, por reacción a un conceptualismo estático y disecado, entendida como “una técnica

en el Código de Napoleón en particulares estrategias burguesas. Cfr. G. SOLARI: *Filosofía del derecho privado*, vol. I: “La idea individual”, Depalma (Buenos Aires, 1946), pp. 226 y ss.; sobre el código francés, y con mayor radicalismo, A. J. ARNAUD: *Essay d'analyse structurale du Code Civil Français: La règle du jeu dans la paix bourgeoise*, LGDJ (París, 1973), 182 pp.

¹³ A. MACINTYRE: *Tras la virtud*, traducción de A. Valcárcel, Crítica (Barcelona, 1987), p. 95. Añade que en realidad “los derechos humanos o naturales son ficciones, como lo es la utilidad...” (p. 96).

¹⁴ La especulación desorbitada puede hacerse aquí tan merecedora de ironía como las actitudes caricaturizadas por R. von IHERING: *Bromas y veras en la ciencia jurídica: Ridendo dicere verum*, traducción de T. A. Banzhaf, Cívitas (Madrid, 1987), pp. 215 y ss.

del pensamiento que se orienta hacia el problema”¹⁵. Si el acento lo colocamos en el problema “éste busca, por decirlo así, un sistema que sirva de ayuda para encontrar la solución” y de este modo “el planteamiento de un problema opera una selección de sistemas”¹⁶. Pero aún hay que ir más allá y añadir que no sólo el problema es el centro: en la práctica lo es también la solución a la que se quiere llegar, la pre-comprensión hermenéutica que guía y constituye el punto de partida para una especie de silogismo invertido, para la racionalización de una toma de postura previa. Por eso, ante las cadenas argumentativas de los derechos humanos puede también sospecharse, con Kantorowicz, que “la construcción es la consecuencia de sus propias consecuencias” y que incluso “la deducción lógica no pasa de ser mera apariencia: no está al servicio de la verdad sino del interés”¹⁷.

Los derechos humanos nunca han sido inocentes y no están libres de supuestos: forman parte de toda una constelación de legitimaciones y deslegitimaciones que es preciso poner de manifiesto¹⁸. Foucault se ha referido a “las reglas de una ‘policía’ discursiva que se debe reactivar en cada uno de sus discursos”¹⁹. Ha subrayado lo que de poder y estrategia hay en todo razonamiento diciendo a propósito del que argumenta que “hablar es ejercer un poder, es arriesgar su poder, arriesgar, conseguirlo o perderlo todo”²⁰. El ámbito de los derechos humanos produce y reproduce discursos, los hace circular según ciertas convenciones, ejerce y padece una forma de control discursivo. Y toda producción lingüística se sitúa en un campo de relaciones de fuerza simbólica, en un mercado de expresiones²¹. Si esto no se percibe se permanece en el estadio autocomplaciente de los valores ilimitados.

Hoy nos estamos enfrentando a la dificultad que experimenta todo aquel que quiere plantear cuestiones morales relacionadas con el Derecho. El derecho de las sociedades democráticas postindustriales, burocratizado e imper-

¹⁵ Th. VIEHWEG: *Tópica y jurisprudencia*, traducción de L. Díez-Picazo, Taurus (Madrid, 1964), p. 49.

¹⁶ *Ibidem*, p. 51.

¹⁷ G. KANTOROWICZ: “La lucha por la ciencia del derecho”, en la recopilación de trabajos de varios juristas clásicos titulada *La ciencia del Derecho*, Losada (Buenos Aires, 1947), pp. 344 y 360, respectivamente.

¹⁸ Cfr., por ejemplo, J. HABERMAS: *Ciencia y técnica como “ideología”*, traducción de M. Jiménez Redondo y M. Garrido, Tecnos (Madrid, 1984), y el concepto de interés como guía del conocimiento (p. 173).

¹⁹ M. FOUCAULT: *El orden del discurso*, traducción de A. González Troyano, Tusquets (Barcelona, 1983), p. 31.

²⁰ M. FOUCAULT: *La verdad y las formas jurídicas*, traducción de E. Lynch, Gedisa, 2.ª ed. (México, 1986), p. 155.

²¹ Para P. BOURDIEU: *Réponses: Pour une anthropologie réflexive*, con L. J. D. Wacquant, Seuil (París, 1992), “tout acte de parole ou tout discours est une conjoncture, le produit de la rencontre entre un *habitus linguistique* et un *marché linguistique*” (p. 120).

sonal, se resiste cada vez más a una fácil moralización, que suele tener problemas para invocar algo más que un humanismo *light* frente a la tecnología del poder. La racionalidad jurídica, configurada en torno a datos positivos, construcciones dogmáticas y vínculos de validez, se ha hecho extraordinariamente fuerte y genera incluso espejismos en la forma de estrategias de autolegitimación, mientras que el discurso moral es generalmente más frágil y arriesgado, siempre entre los extremos de acabar siendo una confesión de su autor o algo banal por sabido e inoperante. El moralista, frente a la solidez del jurista, tiene el peligro de terminar expresando a título particular sus preferencias, de desarrollar conceptos amplios y borrosos quizá audaces pero jurídicamente poco efectivos (como recomendar a un juez que sea benévolo, sensible o comprensivo), o de remitir a grandes principios (libertad, igualdad, participación, universalización, etc.) que —debido a la dosis impresionante de formalismo que arrastran— fácilmente se quedan en el tópico. No se quiere quitarle con ello importancia, sino llamar la atención sobre el hecho de que, independientemente de lo que él diga, hay derechos humanos que están ya operando dentro de la racionalidad jurídica de un modo no siempre previsible. De ahí que sea preciso hacer un esfuerzo para que los buenos sentimientos no nos cieguen ante las astucias del derecho.

CONCEPTO DE DERECHOS HUMANOS Y PROBLEMAS ACTUALES

Juan Ramón de Páramo Argüelles

*Catedrático de Filosofía del Derecho
de la Universidad de Castilla-La Mancha*



L pensamiento liberal se le ha acusado de mantener una actitud de indiferencia ante las distintas concepciones de lo que se considera bueno desde el punto de vista moral. Se ha dicho que los liberales no establecen diferencia alguna entre el permiso y la consideración positiva de una conducta, entre la simple tolerancia y el compromiso. Las doctrinas liberales están vaciadas de contenido: de ellas no se pueden extraer pautas morales sustantivas, a pesar de los esforzados intentos de los autores de esta tradición. Esto también afecta a la idea de democracia,

la cual no puede ser tomada en serio si se reduce exclusivamente a un mecanismo procedimental de toma de decisiones.

Una de las ideas que han contribuido a esta pérdida de fuerza normativa del pensamiento liberal —según los críticos— ha sido la idea de los derechos individuales, universales y generales, la cual no puede ser el fundamento de ningún tipo de moral social. Como se ha llegado a decir, creer en los derechos humanos es como creer en brujas y unicornios, y, por tanto, la mejor manera de criticar su existencia es aducir las razones que tenemos para afirmar la inexistencia de brujas y unicornios: el fracaso de todos los intentos de dar buenas razones para creer que tales derechos existen. El concepto de los derechos —se dice— fue generado para servir a un conjunto de propósitos, al igual que el concepto de utilidad. Ambos son ficciones con unas propiedades muy concretas, y ambos se elaboraron en una situación en que se requerían artefactos sustitutivos de los conceptos de una moral más antigua y tradicional. Tales sustitutivos aparentaron un carácter radicalmente innovador y eficaz para cumplir sus nuevas funciones sociales. Pero cuando la pretensión de invocar derechos lucha contra pretensiones que apelan a la utilidad o contra pretensiones basadas en algún concepto tradicional, no existe ningún procedimiento racional de decisión para determinar el tipo de pretensión que hay que dar prioridad o cómo ponderar las unas sobre las otras. Este tipo de inconmensurabilidad moral frustra cualquier intento racional de superar satisfactoriamente los dilemas políticos que se plantean en las sociedades modernas. La filosofía de la tradición liberal ha partido del supuesto infundado de que todas las aportaciones a un discurso son conmensurables, es decir, pueden someterse a un conjunto de reglas para llegar a acuerdos sobre puntos conflictivos.

Por oposición a tal idea de los derechos se ha propuesto partir de concepciones sobre el bien, de las que se derivan ideales de virtud personal necesariamente vinculados a las tradiciones y convenciones sociales de una cierta comunidad. El liberalismo ha defendido la idea de que el Estado es un mecanismo instrumental para la satisfacción de las preferencias individuales, aunque éstas no deban considerarse simplemente como preferencias exógenas. La sociedad liberal se identifica con un escenario neutral en el que una gran variedad de modos de vida opuestos persiguen sus objetivos. Como la prohibición de la interferencia estatal en este escenario tiene ciertos límites, se construyó la distinción entre lo *correcto* y lo *bueno*. Lo *correcto* viene a determinar los límites dentro de los cuales los individuos persiguen su propia concepción de lo *bueno*. El concepto de lo *correcto* delimita el área dentro

de la cual está permitida la interferencia estatal; el concepto de lo *bueno* delimita el ámbito de libertad en el cual no está permitida esa interferencia. Cuando algún autor habla de los *derechos* como “triunfos” frente a las posibles decisiones políticas y colectivas, lo hace en este sentido. Los *derechos* delimitan el área de prohibición de la interferencia estatal, aunque ésta sea necesaria para su propia existencia. Retiran de la agenda de las decisiones políticas un área de valores indiscutibles e innegociables. Los *derechos*, pues, tienen la función de neutralizar preferencias externas, esto es, preferencias acerca de cómo deben vivir los demás. Utilizando la terminología que nos ofrece la teoría jurídica contemporánea, se podría decir que los derechos actúan como reglas de competencia que confieren un área de inmunidad a sus usuarios, prohibiendo cualquier interferencia en este ámbito protegido.

Pensadores comunitaristas han acusado al liberalismo de basar sus pretensiones en elementos, como los derechos individuales, que no se pueden sostener, paradójicamente, sin una concepción determinada del bien. Para Taylor la defensa y asignación de los derechos individuales presupone el deber de preservar los vínculos con la sociedad que hace posible el desarrollo de las capacidades valiosas que subyacen a los derechos. Por tanto, el liberalismo se contradice cuando le da a los derechos primacía sobre los deberes relacionados con la preservación de la sociedad que los hace posible. Asimismo, Macintyre sostiene que las reglas que asignan derechos se justifican sobre la base de ciertos bienes que son internos a determinadas prácticas sociales, de modo que su valoración moral está sometida a las tradiciones y prácticas de cada sociedad.

La vinculación entre derechos y bienes se demuestra claramente en el caso de conflictos entre derechos, donde se pone de manifiesto la valoración de los bienes en conflicto. Pero además el liberalismo introduce de modo encubierto una cierta concepción del bien desmintiendo su presunta neutralidad, aunque se trate de la satisfacción de deseos y preferencias subjetivas del individuo, cualquiera que sea su contenido. Por cierto que esta concepción del bien también ha sido criticada, pues —se dice— confunde la satisfacción de los deseos con el placer, el cual, aunque es un bien, no es el único: no todos los deseos tienen por objeto el placer ni su satisfacción causa placer. Si se desvinculan los deseos y preferencias con respecto al placer, parece que no tiene fundamento que se asigne valor objetivo a la satisfacción de deseos con independencia del valor de lo deseado.

Además, la línea de separación entre lo *correcto* y lo *bueno* está determinada a su vez por nuestra propia concepción de lo bueno. En realidad, lo

correcto —asignación de derechos— se determina en función de lo *bueno* —valoración y ponderación de bienes—. Esto nunca será aceptado por los liberales, para quienes lo correcto es anterior e independiente de cualquier concepción de lo bueno. Además, siendo el principio del daño la guía legislativa de la concepción liberal, tampoco es claro cómo el principio del daño a terceros puede delimitar el ámbito de lo correcto, es decir, el ámbito de la posible interferencia estatal. ¿Cuál es el criterio en virtud del cual se puede decir que una conducta causa daño? ¿Se puede trazar una clara distinción entre acciones que causan daño y acciones que provocan simplemente cierto tipo de aversión o desaprobación? Precisamente Dworkin ha sostenido que como el principio del daño no ofrece ningún criterio o guía para justificar o deslegitimar la acción estatal, el concepto de *derechos* puede ofrecer una buena guía alternativa que delimite el área de intervención estatal. No obstante, Dworkin sostiene que, aunque no hay un derecho general a la libertad, ciertas libertades tienen el *status* de derechos —en un sentido fuerte— porque están justificadas por el principio de “igual consideración y respeto”. Este principio es una justificación de ciertas libertades ya que otras pueden ser restringidas para promocionar el interés público sin impugnar el principio de igual consideración y respeto.

La crítica comunitarista ha sostenido que detrás del enfoque liberal de la moral social existe una concepción peculiar de la persona que se identifica con un sujeto que se mantiene imperturbable durante el tiempo de su vida, con independencia de sus relaciones con otros individuos y con su medio social: tal ser “atomista” deriva de una concepción mítica e idealista de la voluntad y libertad humanas. Su identidad personal no está influida por su integración en la sociedad: la sociedad es algo instrumental y no constitutivo de su personalidad. De manera que los derechos son considerados atributos de la persona humana, desconociendo que éstos —sostiene la crítica— tienen pre-condiciones que sólo se satisfacen con la integración en cierta sociedad, el uso de un lenguaje y la participación en ciertas instituciones. Por cierto que también representantes del feminismo han sostenido que la versión liberal de la persona es sexista y conduce a un razonamiento ético universalista y abstracto que es ajeno y opuesto a la aproximación de las mujeres a los problemas morales sustantivos.

Es cierto que la crítica comunitarista de la democracia liberal basada en la idea de *derechos* ha puesto en el debate algunas cuestiones que bien merecen ser revisadas. Pero no es menos cierto que esta presunta moralización de la política —aparte de sus numerosas contradicciones internas— nos

trae de nuevo las viejas versiones románticas y conservadoras de la política, cuando no sus veleidades perfeccionistas y totalitarias. La democracia liberal desarrollada desde el siglo XIX ha contribuido a desmoralizar el finalismo político. El denominado “interés público” o “general” ha encontrado numerosas dificultades para ser establecido por encima de los intereses particulares y contradictorios de una sociedad cada vez más compleja, por lo que la *virtud* política ha tendido a ser concebida más como la capacidad de mediar que como la capacidad de lograr una síntesis superadora entre ellos. Lo que se ha venido llamando democracia liberal se sitúa en un contexto de creciente complejidad social, reconociendo las mayores dificultades para imponer por medios simples una voluntad general. Este modelo de democracia se asocia a un mecanismo o procedimiento de toma de decisiones de los ciudadanos identificado en unas reglas de juego ajenas a un fin moral. Entre sus elementos característicos se encuentran, aparte del imperio de la ley y la división de poderes, el reconocimiento y garantía de derechos y libertades, los cuales siguen jugando un papel fundamental en el ejercicio y la distribución del poder político.

Esta versión procedimental de la democracia, si bien es insuficiente, implica a mi juicio menores costos y riesgos para el desarrollo de la autonomía individual. Por ejemplo, exige la idea del *pluralismo* —lo que no es exigido por las versiones neorrománticas al uso—. El ejercicio de la autonomía individual se lleva a cabo mediante la elección entre distintas opciones, que, dada la limitación de nuestros recursos, se presenta a veces como incompatible. La incompatibilidad no desmerece el valor de cada opción, el cual está determinado por las razones que justifican cada una de ellas. Elegir entre distintas opciones es bueno porque, o bien contribuye a obtener otras cosas buenas o bien se considera que es un bien en sí mismo. Al aumentar las opciones se contribuye a aumentar el bienestar de los individuos porque se incrementa la probabilidad de que uno pueda ver cumplidos sus deseos, aparte de que la posibilidad de elegir contribuye positivamente a la formación o autorrealización moral de las personas. Este esquema del pluralismo no puede llevarse a cabo sin la idea de los *derechos*, aunque éstos presupongan concepciones míticas de las personas y versiones universalistas y abstractas de la democracia como forma de gobierno.

Bien es cierto que sin un *ethos* democrático, sin las virtudes del ciudadano, el funcionamiento de la democracia se pone en peligro. Pero el olvido de la democracia como procedimiento con el fin de alcanzar más rápidamente contenidos morales sustantivos sólo puede producir resultados más injustos.

CONCEPTO Y PROBLEMAS ACTUALES DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

Gregorio Peces-Barba Martínez

Catedrático de Filosofía del

Derecho, Moral y Política

de la Universidad Carlos III de Madrid



Los derechos fundamentales expresan en la cultura moderna la proyección en la realidad del poder y del Derecho, de la ética pública de la modernidad. Son su dimensión subjetiva, que permite a los seres humanos elegir libremente sus planes de vida (ética privada), despejando los obstáculos sociales que lo impiden, favoreciendo la participación en las instituciones públicas para contribuir a las decisiones colectivas, en la línea más acorde con esos objetivos, y promocionando la satisfacción de necesidades básicas, o removiendo los obstáculos que impiden esa satisfacción.

Los valores de la ética pública en torno a la idea de libertad igualitaria, de seguridad y de solidaridad, se justifican por su servicio a la dignidad de la persona, y a su vocación de alcanzar la autonomía o independencia moral, también llamada libertad moral, desde la capacidad de elegir entre diversas estrategias de felicidad (planes de vida) susceptibles de ser ofrecidos como propuesta generalizable, y por la necesidad de que éstos se realicen en la vida social, donde los hombres viven en relación intersubjetiva. El Poder político y el Derecho son el cauce para que sea real la eficacia social de esa moralidad. Por eso parece razonable sostener que los derechos fundamentales sólo se pueden entender plenamente cuando la moralidad que representan está incorporada al Derecho positivo, con el impulso último del hecho fundante básico que sostiene el Ordenamiento y que es el poder político, el Estado.

Identificar a los derechos fundamentales sólo con su moralidad, como derechos morales, es un reduccionismo muy frecuente, que sin embargo no explica la finalidad de éstos como configuradores de la realidad social para hacer posible el desarrollo moral de las personas. Sólo puede explicar la dimensión crítica de esa moralidad, frente a una realidad social que no asuma en su Derecho a los derechos fundamentales, pero no permite identificar aquellas situaciones en las cuales la moralidad está en todo o en parte, positivizada —ni todas las dimensiones jurídicas de los derechos, como veremos, muy relevantes—. Curiosamente son más útiles esos reduccionismos para ex-

plicar la función de los derechos en las sociedades no democráticas (como crítica moral a las mismas), que en las democráticas (como elemento identificador esencial para esa calificación).

Se ha dicho que los derechos fundamentales son la expresión de la moralidad de la Ilustración, enriquecida por las aportaciones democráticas y socialistas, que ya estaban en germen en la divisa de la Revolución Francesa "libertad, igualdad y fraternidad". Incluso se ha llegado a decir que cumplen hoy el papel regulador de la idea de Justicia, que en otros tiempos cumplió el Derecho Natural, aunque prefiero no volver a introducir la polémica ius-naturalismo, positivismo, que hoy parece superada. Es necesario, sin embargo, completar ese perfil de la moralidad pública, que no se manifiesta sólo, en la sociedad política y en su Derecho, como derechos fundamentales, sino también como principios de organización, que otros prefieren llamar, por ejemplo, garantías institucionales, y que son la prolongación objetiva de los valores de esa ética pública, en el Poder, en las instituciones del Estado y en el mismo Derecho. Así el principio de las mayorías, el de separación de poderes, el de la independencia judicial, el de la legalidad, etc., completan, en esa dimensión objetiva que caracteriza a la estructura y a la función del poder y de su Derecho, a la subjetiva, en interés principal del individuo, que se expresa con los derechos fundamentales.

Derechos fundamentales y principios de organización son la manifestación, situados los primeros desde el punto de vista del ciudadano y los segundos desde el punto de vista del Estado y del Ordenamiento jurídico, de la ética pública de la modernidad, que se complementan y que son imprescindibles para la existencia de la sociedad democrática, sede de esa utopía del desarrollo moral de la dignidad humana, que necesita un entorno cultural, social, económico y político que sólo es consecuencia de la existencia combinada de derechos fundamentales y principios de organización.

II. Los derechos fundamentales así considerados han sido negados total o parcialmente en la cultura política moderna. También se puede hablar de negaciones externas e internas, coincidiendo las primeras con las que hemos llamado totales, y las segundas, con las que hemos llamado parciales. Es identificar esas negaciones desde dos puntos de vista, por su extensión, total o parcial, o por la perspectiva desde la que se sostienen, fuera de la idea de los derechos o desde la misma idea de los derechos, aunque negando alguno de sus aspectos. Entre las negaciones totales o externas, se pueden distinguir las que afectan al concepto teórico y las que afectan a su función en la vida social y política. Burke representa en sus *Reflexiones sobre la Revolución Fran-*

cesa la crítica al concepto abstracto de derechos humanos, expresión del racionalismo jurídico, frente a su idea de las libertades históricas. En esta misma línea podríamos situar al Romanticismo, especialmente en el pensamiento alemán (Jacobi, Móser, Herder, Schelling, Rehberg, Müller o Schlegel), y en dimensiones más jurídicas a la Escuela Histórica que arranca con Savigny. Sin embargo las negaciones relevantes son las que rechazan la función de los derechos, tal como la hemos descrito con anterioridad y que por eso son además externas. Así la negación antimoderna, que rechaza las bases mismas de la Ilustración y de la modernidad, en De Maistre, De Bonald, Villey, o el pensamiento pontificio y parte del pensamiento católico, hasta finales del siglo XIX. Así en las antípodas, la negación de Marx en sus escritos "Sobre la cuestión Judía" de 1844 (escrita en 1843), y de la revisión leninista, que desembocará en el comunismo y en la dictadura, y cuyo derrumbamiento contemplamos en los últimos años, en los países del Este.

Sin embargo es más significativa, y más real, la única forma viva y actuante de la negación parcial o interna que es la del reduccionismo liberal. Las otras posibles negaciones parciales o internas, la democrática y la socialista, no tienen existencia en la cultura jurídica actual y son sólo modelos teóricos, apenas ensayados en el pensamiento de algunos autores. Las aportaciones liberales —la primera en el tiempo— democrática y socialista, coetáneas aunque no absolutamente idénticas, entendidas de forma abierta e integradora, configuran la imagen actual de los derechos que aquí sostenemos, pero, a través de patologías excluyentes generadas en el ámbito de esas ideologías, se ha sostenido la incompatibilidad entre ellas, y es a lo que hemos llamado reduccionismos parciales o internos.

Nos parece que el liberal, que reduce los derechos a los individuales, que pretenden proteger al ciudadano y a su autonomía, y que niega especialmente aquellos derechos que pretenden a través de la acción positiva del Estado satisfacer necesidades básicas, es el que permanece. Ha asumido la aportación democrática —al menos en lo referente al sufragio universal de los nacionales, aunque late en su seno la exclusión de los no invitados al banquete (parábola de Malthus, en su *Ensayo sobre la Población*)— y por eso sólo considera el tema de la emigración y de los refugiados, desde el punto de vista de los cupos de trabajadores que interesan al modelo económico, porque los nacionales no los quieren realizar.

Pero no asume la aportación socialista que pretende en síntesis que los derechos, tanto los individuales, como los democráticos de participación, sean disfrutados por todos, porque todos, sólo con necesidades básicas resueltas,

están en condiciones de usar esos derechos para elegir libremente, en la vida social su plan de vida, que es su idea personal de la autonomía o independencia moral, de la felicidad, o del bien según sea la idea de la moral y del destino humano que cada uno tiene. Admite la igualdad en la libertad, la llamada igualdad formal, pero no la igualdad para la libertad, es decir, la igualdad llamada material. Tampoco admite la solidaridad, como valor público, no como caridad privada, que es lo que distingue a la solidaridad de los antiguos de la solidaridad de los modernos, y que es la participación sin sacrificios excesivos, en el proyecto común a través de la aceptación de una serie de deberes positivos generales (a veces, no siempre con correlativos derechos para otros) que conducen a la colaboración en la realización de la igualdad para la libertad.

III. Una concepción integral de los derechos se fundamenta en la reflexión racional en la historia, que nos aporta la moralidad de la libertad, de la igualdad, de la solidaridad y de la seguridad como moralidad pública, que hace posible la moralidad de cada uno (moralidad privada). Esta concepción se realiza a través de un poder que asuma esa moralidad y la convierte en eficaz, a través de su Derecho positivo. Eso supone distinguir en el concepto de los derechos tres momentos inseparables y de los que no se puede prescindir:

1. Una pretensión moral justificada, es decir, generalizable y susceptible de ser elevada a ley general, con un contenido igualitario para sus posibles destinatarios, sean éstos los hombres y los ciudadanos (genéricos) o mujeres, niños, trabajadores, consumidores, minusválidos (específicos o situados en una categoría con rasgos propios y distintivos).

2. Un subsistema dentro del sistema jurídico, el Derecho de los derechos fundamentales. Esto exige que esa pretensión moral sea susceptible técnicamente, de acuerdo con las reglas que regulan la creación, interpretación y aplicación del Derecho, de ser incorporada a una norma que pueda pertenecer a un Ordenamiento, y en concreto a ese subsistema de derechos fundamentales, que pueda obligar a los correlativos destinatarios de las obligaciones que se desprenden del derecho, que sea susceptible de garantía y de protección judicial, y que se pueda atribuir a sus titulares como derecho subjetivo, como libertad, como potestad o como inmunidad.

3. Una realidad social que favorezca y haga posible su eficacia. En efecto los derechos no son sólo pretensiones morales susceptibles de ser realizadas a través del Derecho, sino posibles, por la existencia de factores económicos, sociales o culturales que favorezcan su efectividad. Un analfabetismo

amplio, un retraso técnico o una escasez económica, pueden dificultar o impedir la generalización de derechos como el de la libertad de prensa, la inviolabilidad de la correspondencia o el derecho a la educación, o a la seguridad social. Así se produce una paradoja genérica de la cultura jurídica: La escasez que es una de las razones que justifican la existencia del Derecho, es también razón que imposibilita la plenitud de algunos derechos.

Estos tres momentos para la adecuada comprensión del concepto de derechos fundamentales se corresponden con sus dimensiones de justicia, de validez y de eficacia.

IV. A esta concepción clásica de los derechos que asume los puntos de vista del pensamiento liberal, democrático y socialista, que los considera compatibles y que se ha ido construyendo a lo largo de la historia de la cultura moderna, tanto en sus dimensiones de moralidad, de política y de juridicidad, se le plantean hoy una serie de problemas teóricos y prácticos que modifican su imagen estática, que producen cambios, y que exigen nuevas reflexiones. Con esto queremos decir que no es una concepción cerrada y definitiva, sino abierta e *in fieri*. Según se consolida su relevancia, para la ética pública de la modernidad, para los Estados democráticos y para el paradigma del Derecho justo, aparecen nuevos retos y nuevas dificultades para ser abordadas desde la reflexión de la Filosofía del Derecho. Entre ellas y sin afán de exhaustividad quiero señalar e identificar de forma sintética a cuatro que me parecen especialmente relevantes, que darán o han dado ya, sin duda, lugar a amplios debates y tomas de posición en los ámbitos académicos, y también con serias consecuencias prácticas en el perfil y en las orientaciones de las sociedades del futuro.

Son la juridificación de la desobediencia, la especificación de los titulares de los derechos, el peligro de derechos que se convierten en poderes excesivos, y la modificación de la función de los derechos económicos, sociales y culturales.

1. LA JURIDIFICACION DE LA DESOBEDIENCIA

Probablemente sea el fenómeno más extendido, en torno a temas muy de actualidad como la objeción de conciencia o la desobediencia civil, pero que aún no se ha situado satisfactoriamente en el ámbito de esa ética pública de la modernidad donde arraigan los derechos fundamentales. Frente a los extremos que niegan la posibilidad de desobediencia en las sociedades democráticas, por la legitimidad de las normas que derivan del principio de las

mayorías, y los que la aceptan sin restricciones por la prevalencia de la conciencia frente a la ley y a la Constitución, esta juridificación de la desobediencia se explica coherentemente dentro del sistema de los derechos, como reconocimiento limitado e integrado del disenso.

El rechazo de la desobediencia de las normas justificado por el principio de las mayorías, es una forma de positivismo ideológico, que confunde la validez con la justicia. La superioridad de la conciencia (forma individualista extrema de la moralidad, sin referente objetivo) sobre el Derecho positivo es una forma de iusnaturalismo excluyente que nos devuelve al estado de naturaleza, es decir, a las formas teóricas previas a la formación de la ética pública de la modernidad, a la inseguridad, a la autotutela y a la desaparición de la sociedad civil y del Estado.

La juridificación de la desobediencia cabe dentro del sistema, y consiste en la aceptación de la prevalencia de la conciencia sobre obligaciones jurídicas, en aquellos supuestos en que el Derecho, a través de sus formas de producción normativa, la reconoce, como expresión de un disenso relevante. Es la afirmación más clara de que el consenso que da lugar en el mundo moderno a las sociedades democráticas, con todos sus componentes, incluidos los derechos fundamentales, comprende el derecho a discrepar de dimensiones incluso radicales del mismo por razones morales. Es también un mecanismo de superación de la identificación entre validez y justicia, por un uso excesivo del principio de las mayorías, aceptando cauces para la expresión jurídica de las minorías, incluso cuando éstas son sólo de una persona.

Únicamente tiene sentido en el seno del propio sistema. Las desobediencias al margen de las asumidas como objeciones de conciencia, son siempre antijurídicas y susceptibles de sanción, aunque la ponderación de ésta se calibrará según el objetivo o la finalidad. Si la desobediencia se produce para corregir el sistema, partiendo de dimensiones de moralidad crítica que se pretenden incorporar al Derecho positivo, o que intentan derogar normas de éste incompatibles con ella, los órganos de las instituciones democráticas serán moderados y equitativos atendiendo a esas finalidades, pero incumplirían sus obligaciones si descartasen la sanción. En otros casos no hay razón general alguna, sólo la que pueda derivar del caso concreto, para consideraciones especiales en la imposición de la sanción.

2. LA ESPECIFICACION DE LOS TITULARES DE LOS DERECHOS

Frente a los privilegios medievales, con destinatarios específicos, como los nobles, los miembros de un gremio o de una corporación, o los vecinos

de una ciudad, los derechos humanos en su modelo clásico aparecen como expresión de la racionalidad, con destinatarios genéricos, los hombres y los ciudadanos, expresión de la igualdad ante la ley. Sin perjuicio del mantenimiento de ese criterio, se ha producido una ampliación y una especificación de los destinatarios de los derechos a través de la consideración de derechos atribuibles sólo a categorías o grupos de ciudadanos por razones vinculadas a su situación social o cultural discriminada —mujeres, emigrantes, etc.— por la especial debilidad, derivada de razones de edad —niños—, o de razones físicas o psíquicas temporales o permanentes —minusválidos—, o del puesto de inferioridad que ocupan en una determinada relación social —consumidores, usuarios o administrados—. No representa este proceso una aproximación de los derechos modernos a los viejos privilegios medievales, porque no tienen como finalidad mantener un *status* en una sociedad cerrada en estamentos rígidos, con derechos diferenciados que marcan ventajas que no alcanzan a todos (sean de carácter procesal, civil o penal), sino que al contrario pretenden afinar, distinguiendo entre los genéricos destinatarios, hombres o ciudadanos, y aquellos sectores sociales discriminados, o aquellas personas en inferioridad en el disfrute igualitario de los derechos para hacer posible una equiparación. Los privilegios medievales mantenían y pretendían consolidar criterios de diferenciación, según la clase o el estamento al que cada cual pertenecía. Todos eran sujetos de Derecho, y tenían igualdad jurídica, pero no todos eran sujetos de los mismos derechos, y carecían de igualdad ante la ley. La especificación de los titulares de los derechos, atribuyendo algunos a las mujeres y no a los hombres, a los niños y no a los mayores, a los minusválidos y no a las personas sanas, a los consumidores y no a los comerciantes, a los usuarios y no a los concesionarios de un servicio público, a los administrados y no a los funcionarios, aunque todos sean hombres y ciudadanos, supone el paso desde la igualdad ante la ley hacia la igualdad de derechos, es decir hacia una situación en la que todos puedan disfrutar igualmente de los derechos. Es el camino en los derechos fundamentales hacia la equiparación, partiendo de la igualdad jurídica —consideración como sujeto de derecho, pasando por la igualdad ante la ley, integrado en el genérico hombre y ciudadano, para llegar a la igualdad de derechos— superando las discriminaciones y las desigualdades con el proceso de especificación.

3. LOS DERECHOS QUE SE CONVIERTEN EN PODERES EXCESIVOS

Los derechos clásicos, en cualquiera de sus formas, como derechos subjetivos, como libertades, como potestades y como inmunidades, han evitado

maleficios o han producido beneficios a sus titulares y siempre han generado un poder en manos de éstos: para reclamar el cumplimiento de obligaciones correlativas de otros, para poner de relieve que otros carecen de derecho de interferirnos en nuestra libertad, directa y propiamente como un poder en las potestades, y como una prohibición para impedir que poderes ajenos sean eficaces respecto a nosotros en las inmunidades.

El juego ha sido razonable y correcto cuando los poderes generados por los derechos y los poderes a los que éstos pretendían equilibrar o contrapesar se han mantenido dentro de las reglas de juego y sometidos a la legalidad. En esos supuestos las funciones de todos han actuado dentro del sistema. Pero en ocasiones el ejercicio de derechos fundamentales ha generado poderes tan fuertes, que han escapado del control de la legalidad y se han independizado de las funciones que dentro del sistema debían realizar, o de los fines propios que podían cumplir como derechos. Así se han convertido en poderes autónomos que a su vez pueden representar peligros para personas o para otros derechos y pueden suponer una vuelta al gobierno de los hombres frente al gobierno de las leyes, puesto que funcionan por encima, al margen y con independencia de cualquier regulación jurídica. Expresan manifestaciones de voluntad sin control. En un sistema casi perfecto de gobierno de las leyes, como es el Estado de Derecho, su distorsión es más patente. A lo largo de los últimos años este fenómeno se ha podido constatar en relación principalmente con la libertad de asociación, respecto a los partidos políticos, y con la libertad de expresión y de prensa, en relación con medios de comunicación. A través de unos procesos complejos que no podemos analizar aquí, sino sólo describir su conclusión, los partidos políticos se han convertido en centros de decisión respecto de competencias formalmente atribuidas a órganos constitucionales como el Parlamento o el Gobierno. Sobre esas decisiones no existe ningún control de legalidad, porque no se han sacado las consecuencias de su constitucionalización, por la que han dejado de ser instituciones de hecho, y no se ha prolongado la juridificación. Se les reconoce su posición constitucional, como en el caso de España, y no se sacan las consecuencias debidas en un Estado de Derecho. Están *legibus solutus*. Por eso son un poder que puede dañar a otros derechos fundamentales, y puede generar maleficios.

Los medios de comunicación, con un proceso similar, en una sociedad cada vez más abierta, han superado con creces las finalidades que los autores clásicos como los federalistas, o John Stuart Mill, por señalar los ejemplos más notorios, fijaron para la libertad de prensa y se han convertido en un

poder dependiente de las instituciones públicas o de los poderes económicos privados que mantienen su financiación, respondiendo a sus intereses, más que a un teórico y objetivo interés general. Así su influencia se ha agigantado y ha salido de los límites del sistema y de su función de controlar al poder, porque son a su vez otro poder que puede generar también peligros para otros derechos fundamentales.

Por otra parte el mantenimiento del discurso clásico, en la filosofía de los derechos humanos para justificar y fundamentar ambos derechos, produce un halo de fingimiento, de hipocresía y de manipulación, cuando se conoce el desequilibrio entre esos argumentos, y la realidad de la práctica de los partidos y de los medios de comunicación.

Finalmente, este diagnóstico, que se produce dentro del sistema, no debe ser confundido con las argumentaciones externas contrarias a los partidos políticos y a la libertad de prensa, incluso en su función tradicional que se hace desde ideologías autoritarias, fascistas o leninistas.

4. LOS DERECHOS ECONOMICOS, SOCIALES Y CULTURALES COMO LIMITES AL PODER

En la doctrina clásica de los derechos fundamentales, cuando se admitía un concepto integral de los mismos que incluyese a los derechos económicos, sociales y culturales, es decir, como en mi punto de vista, cuando se admitía la aportación socialista, estos derechos se situaban como derechos de crédito, o derechos pretensión a los que se atribuía la función de reclamar la intervención de los poderes públicos para satisfacer necesidades básicas, directamente o a través de terceros. Eran expresión de esa función promocional para crear condiciones o remover obstáculos para poder ser libres y gozar de los restantes derechos a la no interferencia y a la participación. Técnicamente exigían un comportamiento positivo correlativo de los que estuvieran obligados, fueran poderes públicos o particulares, y se construían como derechos subjetivos.

Sin embargo, la escasez en muchos casos impedía, como en el caso del trabajo, o de la vivienda, un desarrollo pleno como tales derechos subjetivos, y la formulación maximalista impulsada por el pensamiento socialista democrático, ante su imposibilidad, producía un efecto negativo y favorecía las críticas neoliberales, cuya conclusión llevaba a justificar la exclusión de estas pretensiones morales de la categoría de los derechos, e incluso a impugnar

el valor y el sentido del propio Estado social, estructura en la que tenían sentido esos derechos.

Por otra parte, la dificultad de protección, que impedía, al no ser derechos subjetivos, su reclamación ante los tribunales, llevaba a una conclusión similar, puesto que unos derechos, sin protección ni garantía judicial, difícilmente se pueden integrar en una categoría de Derecho positivo.

Ciertamente alguno, como el derecho a la educación, lograba sortear todas esas dificultades e integrarse con holgura en la categoría jurídica de los derechos subjetivos, generando deberes correlativos de los poderes públicos. Sin embargo los que no alcanzaban el objetivo se convertían en un argumento de peso contra los propios fundamentos ideológicos que los sustentaba.

A pesar de esas insuficiencias, esas pretensiones morales pueden ser construidas como derechos fundamentales clásicos y pueden desempeñar un papel decisivo para proteger a los ciudadanos de maleficios, si no son capaces de ayudarles a aumentar sus beneficios.

En efecto el Estado social y los beneficios a los ciudadanos se pueden defender manteniendo las conquistas logradas, aunque no se pueden éstas atribuir como derechos subjetivos. Frente al empuje neoliberal y a la ética del mercado, en caso de antinomia entre alguna exigencia de ésta y esos logros del Estado de Derecho, en forma de derecho a la salud o a la seguridad social por ejemplo, pueden considerarse derechos reaccionales, de carácter negativo, tendentes a rebajar las situaciones alcanzadas, aunque no punto de partida para obtener nuevos beneficios. Es verdad que también se pueden construir como principios de organización, es decir, como dimensión objetiva de la moralidad positivizada. En este caso si se sitúa en la Constitución, su protección reproduciría también a través de los remisos de inconstitucionalidad.

Así cerraríamos el círculo y volveríamos al principio, al origen histórico de los derechos y éstos, como los del capítulo III del título I de la Constitución española, serían un límite al poder, garantizando, frente a la dinámica privatizadora y a la ideología del mercado como regla suprema de comportamiento, los niveles de bienestar alcanzados. Ya no estamos ante derechos subjetivos, sino ante libertades, respecto a las cuales el correlativo sería un no derecho a malificar, sin modificación de la Constitución, esos niveles de seguridad social o de sanidad pública.

Sin perjuicio de que algunos derechos deben ser convertidos en derechos subjetivos, y pueden serlo, como sería el caso ya señalado de la seguridad social, eso no quiere decir que el fracaso en esos objetivos convierte a esos

derechos en papel mojado, sino que los configura como límite al poder. Así tendrían posibilidades de garantía desde el recurso de inconstitucionalidad hasta la cuestión de inconstitucionalidad, aunque no desde el recurso de amparo. Es verdad que también se pueden construir como principios de organización, es decir, como dimensión objetiva de la moralidad positivizada. En este caso, si se sitúa en la Constitución, su protección reproduciría también a través de los recursos de inconstitucionalidad.

CONCEPTO DE DERECHOS HUMANOS Y PROBLEMAS ACTUALES

Sonia Picado Sotela *



UEDE resultar ya lugar común empezar toda suerte de reflexiones subrayando la trascendencia de los cambios que el mundo ha presenciado en los últimos años. Para el tema que aquí nos ocupa, sin embargo, es ineludible considerar que, en un momento histórico de transformaciones, los derechos humanos han mantenido su vigencia sin por ello estar ajenos al devenir de los acontecimientos. De hecho, han sido punta de lanza y motor fundamental de las fuertes mudanzas en el panorama político de los tiempos que corren.

Si queremos encontrar las bases del concepto de derechos humanos en las corrientes filosóficas que, de un modo u otro, se han vinculado con lo que conocemos como iusnaturalismo, resulta aún más sorprendente que estos antiguos anhelos de reconocimiento de la dignidad humana y el consiguiente

* La doctora Picado, de nacionalidad costarricense, es la directora ejecutiva del Instituto Interamericano de Derechos Humanos y vicepresidenta de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Es también profesora en la Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica, en donde dicta la cátedra sobre Filosofía del Derecho.

Ha sido profesora invitada en la Facultad de Relaciones Internacionales de la Universidad de Columbia (Nueva York, 1991). Miembro de la delegación civil de la OEA en Haití (1991). Copresidenta de la Comisión Internacional sobre la Recuperación y Desarrollo de Centroamérica (1987-1989). Miembro del Comité Jurídico para la Conferencia Mundial de Refugiados, Alto Comisionado de las Naciones Unidas (Ginebra, 1988-1989). Fue la primera mujer en América Latina en ser electa al cargo de decana en la Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica (1980).

Es autora de varios libros y de gran cantidad de artículos que han sido publicados en revistas y periódicos nacionales.

respeto de derechos fundamentales a todo ser humano se presenten hoy en día, en un contexto enteramente distinto, válidos y necesarios. Considerando, también, que no hemos logrado todavía alcanzar su plena aplicación, debe mover a reflexión la especial naturaleza de estas aspiraciones, cuya imperfecta concreción no ha logrado convocar al desengaño y que siguen siendo base del clamor de tantos pueblos en nuestra época.

Tal como sucede con la justicia, que como causa, ha motivado largas luchas y a cuyo nombre se han acogido la mayoría de las doctrinas políticas de la Humanidad, los derechos humanos, independientemente de la denominación con la cual los cubramos, siguen estando en el centro de los grandes debates éticos y políticos.

Pero, a diferencia de la justicia, la belleza o la bondad, para cuya discusión vale la general que se mueve en el plano axiológico, los derechos humanos han logrado consolidarse en instituciones jurídicas, plasmándose en normas constitucionales e internacionales, con apoyo de aparatos y estructuras gubernamentales y privadas. Por eso, aun asumiendo una posición enteramente positivista, mantiene sentido la discusión sobre las formas de acción y los mecanismos para la vigencia de los derechos fundamentales de la persona humana.

No hemos rebasado por completo el marco de referencia de los derechos humanos cuando todavía seguimos en la labor de convicción de la igualdad de los seres humanos. En el pasado pudo ser la gruesa distinción entre los ciudadanos y los esclavos, o las disquisiciones sobre la existencia de alma en los indígenas americanos, o el trágico holocausto del pueblo judío. Hoy en día, si bien las doctrinas racistas se esconden bajo máscaras distintas, las ideas de separar y no de unir siguen vivas, matizadas a la sombra de los problemas económicos y político-territoriales. Tocamos aquí el postulado esencial, sin el cual los derechos humanos carecerían de fundamento, de que todo ser humano por el mero hecho de serlo, es acreedor de respeto como ente valioso.

Este mismo tema, la igualdad, genera la lucha contra la discriminación, que constituye una de las vertientes determinantes de los derechos humanos en los tiempos actuales. No puede evadirse la referencia a la situación de marginación de amplios sectores en todos los continentes, que continúa existiendo a pesar de los avances normativos. En América la situación de las poblaciones indígenas no sólo es grave en los hechos, sino que en muchos países se ampara en el Derecho mismo. Han pasado quinientos años desde que los españoles llegaron a tierras americanas, pero para la mayoría de los pueblos originarios de este continente, el tiempo ha caminado a la inversa y

hoy contemplan lo que queda de sus culturas y de sus tierras bajo la amenaza de la desaparición.

La discriminación no acaba sólo cuando se acoge a criterios étnicos. La mujer, mitad de la población del orbe, sigue careciendo de las mismas oportunidades que el hombre. Para muchos, la distinción es aceptable y justa, lo que nos reenvía al tema del valor esencial del ser humano y no se mueve, por ello, sólo en el campo de la aplicación de las normas.

Y es que la discusión sobre el carácter de "persona" de todo ser humano muy a menudo se disfraza con el problema de la aplicación de lo preceptuado normativamente. En el controvertido tema del aborto, puede sostenerse que estamos ante una necesaria definición de los alcances del derecho a la vida, pero tal vez sea más cierto decir que no hemos llegado a precisar desde cuándo se es persona y que tampoco hemos aprendido que las decisiones más vitales de una mujer no pueden estar sujetas a normas generales acordadas por otros.

Hasta aquí nos hemos centrado en las bases fundamentales, antecedentes necesarios, si queremos, del concepto de derechos humanos. Pero a la hora de observar el panorama del concepto mismo nos encontramos con la paradoja de que hemos alcanzado grandes consensos universales y regionales en esta materia sin haber hallado una definición que satisfaga a todos. El debate está lejos de terminar en cuanto a cuál debe ser el contenido de las normas que creamos para proteger los derechos fundamentales. Y como el contenido depende de la definición, tenemos de frente a un viejo problema. Los derechos humanos, quizá por su misma denominación, parecen inclinar a algunos a la conclusión de que lo que en ellos no se contemple carece de valor como condición para el desarrollo del ser humano. Cada vez que sostenemos que un tema determinado no entra en el concepto de derechos humanos, la reacción inmediata nos acusa de estar restando importancia a la iniciativa en cuestión.

Por un lado, este tipo de debates demuestra, una vez más, que se perciben siempre nuevas áreas que se asocian con la dignidad actual o potencial del ser humano y explican, en parte, la vigencia del tema derechos humanos. Pero también pueden llevarnos a la peligrosa tendencia de que, al menos en el plano internacional, esta materia sustituya como unidad lo que pueden ser ramas separadas lógicamente en aras de su correcta aplicación. Con frecuencia, encontramos que se dedica más tiempo a la discusión de si un cierto tema pertenece a los derechos humanos, que aquel que se ocupa en realidad para determinar las normas y mecanismos que deben contribuir a su puesta en práctica.

Esta última posición es especialmente peligrosa cuando da por sentado que todas las normas de lo que constituye el amplio campo de acción de los derechos humanos tienen el mismo grado de exigibilidad. Sabemos que, a pesar de que su respeto tampoco esté plenamente asegurado, las ramas más antiguas, los derechos civiles y políticos, resultan más exigibles, en la mayoría de los órdenes internos y ciertamente en el plano internacional.

No hemos encontrado la forma de demandar el pleno cumplimiento de normas y principios que, como los que informan el campo de los derechos económicos, sociales y culturales, siguen manteniéndose a nivel de meros programas, que son los primeros en ser sacrificados al momento de producirse cambios en la estructura económica y política. En el caso particular de América Latina, estos derechos, que son, seguramente y por acuerdo internacional, derechos humanos, son el centro de un debate sin salida, ante la carencia de medios eficaces para poner casos individuales o generales en conocimiento de los órganos diseñados para la protección de los derechos humanos. Lo más trágico del caso es que la pobreza generalizada, que avanza antes que retrocede en esta parte del mundo, constituye la más grave violación a los derechos fundamentales. Falta debate sobre cómo aumentar la aplicación de las normas de derechos humanos y sobra la discusión acerca de las nuevas áreas que podrían incluirse en su contenido.

Quizá la explicación a este fenómeno se encuentre en el tema de la soberanía de los Estados. Por más de los avances del Derecho Internacional, en un mundo que se ha vuelto cada vez más pequeño a causa de las veloces comunicaciones y la creciente solidaridad, seguimos aferrados al mito de que cada Estado puede darse el régimen que prefiera, sin comprender que en cada oportunidad en que se asumen compromisos y obligaciones internacionales, se cede la soberanía a organismos e instituciones especializados, que fueron creados gracias a la iniciativa y con el pleno concurso de los mismos Estados. Por ello, el debate generado con lo que ha llamado "intervención por razones humanitarias", es sano, al poner de nuevo sobre la mesa la cuestión de la soberanía. Cuando avancemos en la comprensión de que la soberanía debe defenderse frente a otros Estados y no ante el Derecho Internacional, habremos caminado también hacia una mayor vigencia de los derechos humanos.

Percibimos hoy manifestaciones que atañen directamente al concepto de derechos humanos y en las cuales conviene detenerse con cierto cuidado. La concepción tradicional del agente de violación de derechos humanos, o sea el Estado por medio de los agentes gubernamentales, ha sido sometida a

fuertes críticas, al considerarse que se trata de una noción que brinda una visión parcializada de la realidad. Así, son muchos los Estados que, ante acusaciones de haber cometido violaciones a los derechos fundamentales de aquellos que se encuentran en su territorio, se defienden con el argumento de que no se procesa a los grupos irregulares —guerrilla u otros movimientos similares— que incurren en las mismas acciones. En particular, este argumento se ha dirigido contra aquellas organizaciones no gubernamentales de amplia trayectoria en la denuncia de violaciones de este tipo. Ya en varias ocasiones los foros internacionales han discutido que debe producirse un cambio en el enfoque, de manera que puedan entenderse como violaciones de derechos humanos aquellas cometidas por agentes distintos del Estado. Si los derechos humanos fueron creados para la defensa del individuo frente al poder del Estado, se explica la noción más tradicional, no sólo en atención a la historia, sino, en particular, porque los mecanismos y sistemas han sido diseñados con esta idea a la base.

De la misma manera, el concepto de derechos humanos parece resultar insuficiente en el caso de los derechos de la mujer, en el cual la violencia doméstica es una de las preocupaciones mayores. Se sostiene por algunos que la única relación que puede establecerse es por vía de la obligación estatal de garantizar la seguridad de cada individuo, pero que la noción tradicional de violaciones de derechos humanos como provenientes del Estado impide que el caso de la violencia en la casa pueda constituirse en un tema dentro del cuadro de los derechos fundamentales.

Lo mismo ocurre con otro de los temas de actualidad: el medio ambiente. Para poder vincular directamente los derechos humanos con la protección del medio ambiente, podría recurrirse a la tesis de que en la defensa de la vida o la consagración de las condiciones mínimas para el desarrollo se debe tener por implícita la noción de un medio ambiente ecológicamente equilibrado. Pero esta postura no elimina el principal problema que, en este como en los otros casos, resulta el agente de la violación, que parece chocar con el concepto más extendido de derechos humanos. En efecto, las principales amenazas y los más importantes atentados efectivos contra la preservación del medio ambiente no provienen del Estado, sino de particulares, por lo cual escaparía del marco tradicional de acción en esta materia.

Los anteriores son apenas ejemplos de temas actuales que, de una u otra forma, tienden a relacionarse con derechos humanos, causando, sin embargo, una inadaptación al concepto tradicional que de ellos tenemos. La importancia de que esta vinculación se intente, estriba probablemente en que

hoy, más que nunca, los derechos humanos son percibidos como la “conciencia moral de la humanidad”, ese grupo de principios que deben guiar las acciones de todos los Estados. La ironía de este fenómeno es que, al reforzar la actualidad y vigencia de los derechos humanos, también puede extender su ámbito de aplicación a tales territorios que llegue a debilitarse por entero la aplicación de los derechos fundamentales.

En la época actual, el concepto de derechos humanos no puede aislarse de los temas fundamentales, como el medio ambiente, ni olvidarse de los problemas que se plantean como consecuencia de los avances tecnológicos, tales como los riesgos que la informática representa para el derecho a la intimidad. Pero más que nada, en un momento en que la democracia ha llegado a niveles de reconocimiento amplísimo, debe servir de estímulo y, a la vez, de forma de evaluación de los avances democráticos. En nuestra América Latina, la fragilidad de las instituciones fundamentales del régimen democrático ha puesto en peligro los logros indiscutibles de la transición política que estos países viven: los retrocesos que entre 1991 y 1992 presentan Haití, Perú y Venezuela, son sólo una demostración de que la plena vigencia de los derechos fundamentales es base de la solidez del proceso democrático. Las elecciones son un buen punto de partida, pero no garantizan, de por sí, la estabilidad requerida en las instituciones. Esta lección, que Latinoamérica está aprendiendo, puede ser útil para países que, como los de Europa Oriental, han encontrado un nuevo rumbo político.

Algunos temas del campo político, por demás, se convierten hoy en día en universales y presentan importantes retos para la democracia y por ende para la vigencia de los derechos humanos. Si en muchos países hay una crisis de los partidos políticos como forma de participación del pueblo, esto significa que, más que la posición coyuntural de una nación dada, se trata de una generalizada necesidad de una respuesta distinta.

Y es en esta disyuntiva, que opone a la necesidad de una respuesta distinta con la imprescindible continuidad de la estabilidad; es en el aparente contraste entre la posibilidad de aceptar nuevos campos de acción frente a la urgencia de reforzar la exigibilidad y aplicación de los actuales; es en la constante lucha por la dignidad de la persona humana. Es en todos estos retos que los derechos humanos cobran, hoy más que nunca, sentido, como concepto y como institución.

CONCEPTO DE DERECHOS HUMANOS Y PROBLEMAS ACTUALES

Luis Prieto Sanchís

*Catedrático de Filosofía del Derecho
de la Universidad de Castilla-La Mancha*



E acuerdo con un esquema tradicional en el estudio de los derechos humanos, desglosaré mi respuesta en dos grandes apartados: el primero relativo a los problemas conceptuales y de fundamentación moral o política; el segundo referente a las cuestiones jurídicas y de interpretación constitucional. Aun cuando este enfoque pueda contribuir a la claridad expositiva, no creo que se trate de capítulos absolutamente separados, siquiera sea porque la argumentación en torno a los derechos humanos, como cualquier otra argumentación jurídica, es en último término una forma de razonamiento moral que descansa en una determinada filosofía o concepción acerca del modelo justo de convivencia.

* * *

Es probable que debamos asumir resignadamente esa especie de vaguedad congénita que parece afectar al concepto de derechos humanos. En el lenguaje corriente, pero también en círculos lingüísticos más tecnificados, los derechos del hombre se invocan con una alta carga emotiva para referirse prácticamente a cualquier cosa que se considera importante para una persona, para una colectividad o para todo un pueblo y cuyo respeto o satisfacción se postula como una obligación de otras personas, en particular de las instituciones políticas. Muchos teóricos muestran su disgusto ante esta falta de precisión que, entre otras cosas, permite o facilita un uso retórico de los derechos, proponiendo entonces algunas definiciones más o menos estipulativas acerca de los rasgos que debe reunir cualquier pretensión que quiera aparecer bajo la prestigiosa rúbrica de los derechos humanos.

Desde luego, comparto esa preocupación por el uso retórico de una expresión que, a veces, se pone al servicio de los más peregrinos (o criminales) designios políticos, escamoteando de paso la protección de su contenido indubitado. Sin embargo, me preocupan también las estipulaciones teóricas que restringen excesivamente el significado de los derechos, y ello, al menos, por dos razones. La primera es que esas estipulaciones pueden desfigurar lo que la gente entiende por derechos humanos y, si bien es cierto que las

definiciones teóricas son convencionales y no tienen más límite que su idoneidad para facilitar la comunicación, tampoco me parece oportuno adoptar un significado que apenas puede dar cuenta de una idea, tal vez imprecisa, pero profundamente arraigada en nuestra cultura política y jurídica.

La segunda razón me parece más importante, y es que si observamos esas definiciones teóricas se percibe, no sólo una preocupación conceptual, sino inevitablemente también una toma de posición ideológica más o menos encubierta. Por ejemplo, si movidos por ese afán clasificador, limitamos el concepto de derechos humanos a aquellas “cosas importantes” que reúnan los requisitos en su día enunciados por la filosofía política que alentó el surgimiento de los derechos, resultará que humanos o fundamentales sólo pueden ser la vida, la libertad y la propiedad (Locke), o la libertad y la igualdad (Kant); y algo análogo ocurre con otras restricciones, como la exigencia de que los derechos sean definidos en una posición original revestida por el velo de ignorancia (Rawls), que desempeñen una función de límite a las políticas utilitarias (Dworkin), o que sean universales (Laporta).

Esto pone de relieve la inextricable conexión entre concepto y fundamentación de los derechos, pues estipular qué condiciones deben presentar ciertos objetos valiosos en la vida de las personas para merecer el nombre de derechos fundamentales equivale a un tema de posición acerca de cuáles son esos objetos, y de ahí que el catálogo de derechos propuesto por Locke o por la Declaración francesa de 1789 encierre, no ya una “opción conceptual”, sino toda una concepción política y moral acerca del modelo de convivencia. En realidad, lo que a mi juicio ha ocurrido con los derechos humanos es que ha terminado imponiéndose su dimensión funcional frente a la estructural o material, lo que, a su vez, se explica por la historicidad de los criterios de legitimación del poder: los derechos no son exhaustivamente éstos o aquéllos, sino el soporte o recipiente que en cada momento recoge el contenido de la deuda que el Estado o la colectividad tiene contraída con cada uno de sus miembros. A ello responde precisamente esa idea de que existen varias generaciones de derechos humanos y, por tanto, de que la deuda es históricamente variable.

Ahora bien, si esto es así, si la definición conceptual incorpora un modo de fundamentación moral, entonces parece que el problema ya no es sólo teórico o de búsqueda del significado más idóneo. Determinar el contenido de la deuda o, lo que es igual, determinar aquellas cosas valiosas que deben ser respetadas o satisfechas por las instituciones sólo puede ser competencia de la propia comunidad, cuyos miembros son a un tiempo deudores y acree-

dores. Sin caer en excesos cognoscitivistas, no se me ocurre mejor solución, aunque he de reconocer que plantea algunos problemas; el primero es que si los derechos humanos son límites frente al poder o expresan una deuda de la comunidad, no parece muy prudente dejar en sus manos la definición de su contenido (Fernández); el segundo es que resulta ingenuo pensar que las mayorías sean las protagonistas de una tarea que históricamente ha sido obra de las minorías, a veces incluso el grito de un hombre solo (Muguerza).

No es posible desarrollar aquí con detalle todos los aspectos de una fundamentación consensual, pero intentaré una respuesta a ambas objeciones. En mi opinión, no existe una contradicción insalvable: los derechos humanos operan en el marco de las instituciones como un límite o gravamen sobre el conjunto de los poderes del Estado, pero esto no significa que sean auto-evidentes, ni por completo ajenos a la realidad del poder; detrás del catálogo de derechos ha de existir una voluntad, o sea, un poder que defina su contenido y posición en el sistema jurídico, y no parece que ese poder haya de ser otro que el que se atribuye “contrafácticamente” al conjunto de los ciudadanos; esto, si se quiere, es una ficción, pero una ficción del mismo tipo que la que da vida a la idea de poder constituyente y, por tanto, a la idea de Constitución que organiza y se impone sobre los poderes instituidos, esta vez sí, reales y actuantes. ¿Que la mayoría puede inmolarse sus libertades o sacrificar a la minoría? Por supuesto, pero con ello ese modelo político habrá abdicado de cualquier sucedáneo de discurso moral, habrá sustituido la razón por la fuerza como método de organizar la sociedad; y, en tales condiciones, esa comunidad o grupo ya no será competente para definir derechos humanos, pero no porque se muestre ciega ante una realidad evidente descubierta desde algún objetivismo moral, sino porque el sacrificio de las libertades constituye en sí mismo una renuncia a la propia tarea de fundamentación racional. Mi opinión es, por tanto, que los derechos se pueden concebir como resultado de un procedimiento intersubjetivo, pero que son simultáneamente condiciones de ese procedimiento. Acaso cabría postular que la expresión derechos humanos se reserve justamente para aludir a esas condiciones del procedimiento, y en cierto modo eso ocurre con *algunos* derechos en el sistema constitucional, cuya característica es que se sitúan por encima del debate y de la decisión legislativa; pero, con ello, habríamos mutilado una buena parte del catálogo de derechos y, sobre todo, estaríamos cristalizando dogmáticamente unas condiciones de diálogo que son históricas, variables y suponemos (desde un cierto optimismo antropológico) que progresivamente más refinadas.



La llamada alternativa del disenso (Muguerza) me parece sumamente sugestiva, pero creo que puede compartirse sin renunciar al consenso bien entendido. Para empezar, hay que decir que desde el disenso se pueden fundamentar cosas muy importantes, pero al mismo tiempo muy escasas en número, dado que el disenso funciona como una coraza individual que —al igual que la ética kantiana— nos dice lo que no puede hacer la comunidad política, pero no lo que sí debe hacer. Salvo que adoptemos una perspectiva ultraliberal, los derechos son hoy algo más que corazas individuales, pues muchos de ellos articulan relaciones jurídicas complejas que ponen en juego recursos y esfuerzos colectivos para la satisfacción de necesidades que, lógicamente, ningún disenso puede justificar. El disenso representa, por tanto, una barrera o llamada de atención frente a cualquier exceso procedimentalista, pero, por su propia naturaleza, carece de utilidad para la adopción de decisiones colectivas o para la determinación del contenido de los derechos. Tal vez sólo con una excepción, que es la objeción de conciencia; pero me parece preferible decir que este caso constituye un límite al consenso (Gascón), y no que representa el único derecho susceptible de fundamentación.

En suma, considero que la vaguedad que rodea el concepto de derechos humanos puede ser consecuencia de un cierto abuso lingüístico, pero representa también una característica de la propia función histórica que ha desempeñado como paradigma o criterio básico para medir la legitimidad de un modelo de convivencia y, por tanto, para justificar la obediencia a sus normas. Por eso, decidir qué rasgos debe tener un derecho para hacerse merecedor del calificativo de humano o fundamental, en suma, determinar el contenido de los derechos no es un problema teórico o conceptual, sino ideológico o de fundamentación; problema que, como cualquier otro relativo a las exigencias de la justicia en una sociedad plural y democrática, debe quedar abierto al diálogo intersubjetivo a propósito de necesidades y recursos, con el único límite de preservar el propio diálogo y, consecuentemente, la personalidad moral de todo participante en el mismo. Dónde debe situarse ese límite, o sea, qué decisiones no pueden adoptarse ni siquiera mediante el más perfecto diálogo, es cuestión discutible, que no procede desarrollar ahora.

* * *

Desde el punto de vista de su plasmación jurídica o institucional son muchos los retos que hoy tienen planteados los derechos fundamentales. Por ejemplo, cabría recordar que una buena parte de la humanidad carece de los más básicos y que los mecanismos internacionales de tutela presentan el mis-

mo primitivismo que caracteriza al llamado Derecho internacional público. O cabría recordar también que aquellos países que se ufanan de un eficaz sistema de libertades conocen hoy un retroceso en la satisfacción de los derechos económicos, sociales y culturales, paralelo por otra parte a la crisis y desprestigio de algunas ideas básicas del Estado social, como el intervencionismo económico —no sólo en favor de los poderosos—, los gastos sociales o la política de igualdad; retroceso que curiosamente no implica, como contrapartida, un fortalecimiento de los valores de pluralismo o libertad, sino que coincide con el (re)surgimiento de un modelo autoritario, neoconfesional y uniformador, donde se ven con desconfianza, cuando no se reprimen, las manifestaciones disidentes o la propia defensa de las garantías individuales. Y, en fin, no hablemos ya de los derechos políticos, auténtico fundamento del sistema democrático, pues en nuestros días la participación no es un principio real y operativo de la decisión pública, sino sólo un centro ideal de imputación y legitimación de la misma; es más, la participación política tiende a profesionalizarse, admitiendo sólo a quienes asumen los papeles y reproducen los esquemas gremiales.

Desde luego, no creo que éstos sean problemas ajenos a ningún estudio de los derechos fundamentales, incluso aunque se proclame jurista y profese el más estricto positivismo, pues los fenómenos reseñados denuncian la existencia de un contraste entre validez y efectividad o, más correctamente, entre el *deber ser* constitucional y el *ser* de las normas o decisiones que pretenden aparecer como su desarrollo o ejecución. Sin embargo, hecho público ese contraste, es claro también que la desvirtuación o falta de efectividad de numerosos derechos es un problema que debe plantearse en sede legislativa o política y, secundariamente, en sede de hermenéutica constitucional; con todo, pienso que también la interpretación del sistema de derechos puede rendir importantes frutos.

En este sentido, y sin perjuicio de profundizar en las técnicas de reconocimiento y garantía de los derechos, creo que una de las tareas más interesantes que pueden emprenderse consiste en desentrañar la filosofía política que subyace al sistema de libertades y la incidencia que la misma deba tener en el comportamiento de los operadores jurídicos y, muy concretamente, de los jueces. Asumido con carácter universal que la aplicación del Derecho no es una labor meramente subsuntiva y que las decisiones particulares no se siguen *lógicamente* de las normas generales, la argumentación jurídica adquiere una importancia legitimadora de primer orden, pues su exigencia de racionalidad ha de compensar el déficit de justificación que presentan esas

decisiones respecto de las normas. Quiero decir, en suma, que si las leyes y precedentes no siempre proporcionan una única respuesta correcta, su búsqueda queda en manos de un intérprete cuya argumentación racional constituye el mejor aval o garantía de esa corrección.

Pero, en el fondo, la argumentación jurídica no es nada sustancialmente distinto de la argumentación moral, de manera que una cierta filosofía política, que subyace al sistema normativo o que en todo caso ha de ser construida por el intérprete, resulta indispensable para resolver determinados problemas jurídicos. En otras palabras, algunos dilemas jurídicos no pueden ser resueltos desde “dentro” del propio sistema y exigen consultar principios morales o políticos, y tanto mejor si esos principios son congruentes con el Derecho en su conjunto y, en particular, con la Constitución; en ese sentido —pero sólo en ese sentido— creo que tiene razón Dworkin cuando dice que la cuestión de qué ordena el Derecho positivo es a veces equivalente a la cuestión de qué manda la moralidad básica.

Pues bien, dada la especial posición que ocupan los derechos dentro del orden jurídico, es claro que su estudio puede proporcionar las claves axiológicas del sistema y contribuir a resolver en un sentido moralmente plausible determinados problemas jurídicos. Porque, como tuve oportunidad de escribir en otro lugar, los derechos humanos son tan sólo la proyección subjetiva de aquella filosofía política que consideró al individuo como el centro y la justificación de toda organización política, que rehusó ver en ésta una finalidad trascendente o transpersonal a los derechos e intereses de todos y cada uno de sus miembros y, por tanto, que concibió el ejercicio del poder como un proceso que tenía su punto de partida y su juez supremo en la voluntad de ciudadanos iguales.

Tan sólo aludiré a una consecuencia de esta toma en consideración de la filosofía política que se halla en el substrato de los derechos humanos. Me refiero a la exigencia de evaluar la legitimidad de toda norma o decisión y, en especial, de todo deber jurídico a la luz de esa concepción moral; porque tradicionalmente el único problema que tenían que resolver los aplicadores del Derecho era el de si los hechos enjuiciados “encajaban” en la norma elegida, pero, salvo casos de clamorosa contradicción con otra norma superior, sin plantearse la congruencia de la misma con los derechos y con el sistema de valores en que aquéllos descansan. Sin embargo, y para decirlo con palabras de Dworkin, si nos tomamos en serio los derechos y la concepción moral y política que expresan, los operadores jurídicos encontrarán un trabajo suplementario, aunque sumamente atractivo, que ya no consistirá sólo en ha-

llar la norma adecuada al caso y comprobar, a lo sumo, que no vulnere el contenido constitucionalmente declarado de este o aquel derecho, sino también en preguntarse acerca de su congruencia con esa filosofía política que, por ejemplo, impide limitar la libertad si no es para preservar bienes relevantes de otras personas o de la colectividad (Mill).

Al convencimiento de que ciertos problemas jurídicos sólo pueden contestarse desde alguna filosofía moral y política, y al propósito de que ésta sea justamente la que inspira el modelo de derechos humanos, responde la idea de la norma de clausura del sistema de libertades, que he desarrollado en otra parte. Desde luego, dicha norma no está escrita en ningún fragmento de nuestra Constitución, de manera que rehúso toda polémica acerca de si es más importante el hallazgo del artículo 1.1.º, el presunto neoiusnaturalismo del artículo 10.1.º o la modesta libertad de conciencia del artículo 16.1.º. Lo importante de esa norma, que a mi juicio se induce del sistema de derechos en su conjunto, es que en cierto modo invierte la carga de la prueba, al menos en los sectores jurídicos que responden a la dialéctica deber-coacción; de manera que cuando una persona incumple alguna obligación, garantizada por el uso de la fuerza, la tarea del intérprete no ha de consistir sólo en comprobar el “encaje” de la conducta en la norma, así como la no vulneración por parte de ésta de algún concreto derecho fundamental, sino que exige interrogarse acerca de la justificación del propio deber jurídico o, lo que es igual, acerca de la justificación del uso de la fuerza contra la libertad de un individuo; justificación que habrá de determinarse a la luz de una filosofía política que limita el recurso a la fuerza a las exigencias de preservación de ciertos bienes jurídicos. Este es, a mi modo de ver, uno de los caminos por el que el disenso puede encontrar algún reconocimiento jurídico.

Me parece, sin embargo, que esta virtualidad de la concepción moral en que descansa la Constitución —en verdad, no unívoca— puede desarrollarse asimismo en otras áreas o ante otros problemas jurídicos; por ejemplo, lo relativos a la igualdad y no discriminación, donde la exigencia de justificación de cualquier medida desigualitaria opera de manera semejante a como lo hace la comentada norma de clausura. Tampoco el intrincado problema de la llamada eficacia horizontal de los derechos fundamentales encuentra una respuesta jurídica segura desde la estricta norma constitucional; afirmar sin más que los derechos vinculan en las relaciones jurídico privadas equivale a olvidar que éstas se basan en un principio de autonomía de la voluntad (art. 1255 Código Civil) que constituye una plasmación de la libertad; pero negarlo con carácter general supone llevar demasiado lejos la ficción de la

igualdad de las partes y cerrar los ojos a las deficiencias del tipo de libertad que se defiende a través de la autonomía privada. También aquí la ponderación de esa filosofía política que encierra el sistema de los derechos puede proporcionar una última respuesta en cada caso.

En resumen, considero que una teoría jurídica de los derechos humanos, además de elaborar sus capítulos tradicionales, debería hoy orientarse en una doble dirección. De un lado, cultivando una perspectiva normativista y realista a un tiempo que sirva como contrapunto crítico a la insatisfactoria realidad que hoy, como siempre, ofrece el *ser* de los derechos frente al *deber ser* plasmado en la Constitución. De otro, profundizando en la filosofía política de los derechos humanos y haciendo de ella un componente insoslayable de la argumentación jurídica general.

