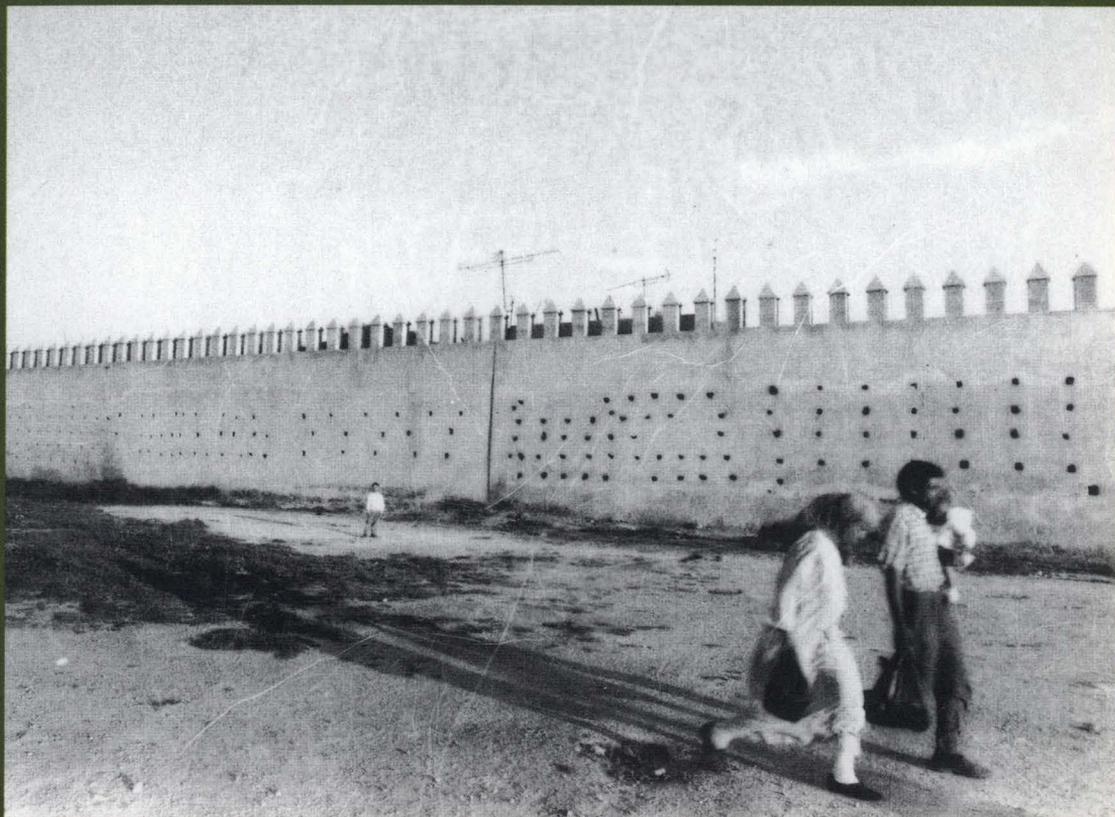


DICCIONARIO CRÍTICO DE LOS DERECHOS HUMANOS I



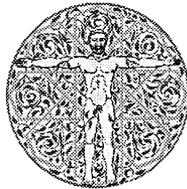
Ramón Soriano Díaz
Carlos Alarcón Cabrera
Juan Mora Molina

(Directores y Coordinadores de la Edición)

DICCIONARIO CRÍTICO DE LOS DERECHOS HUMANOS

Ramón Soriano Díaz
Carlos Alarcón Cabrera
Juan Mora Molina

(Directores y Cuidadores de la Edición)



Universidad Internacional de Andalucía
Sede Iberoamericana

Edita:



Universidad Internacional de Andalucía
Sede Iberoamericana

Dirección edición: Ramón Soriano Díaz
Carlos Alarcón Cabrera
Juan Mora Molina

Secretaria edición: M^a Dolores Lobo García

Diccionario Crítico de los Derechos Humanos

© **De la edición:** Universidad Internacional de Andalucía
Sede Iberoamericana de la Rábida

© **De los capítulos:** Los autores correspondientes

D.L.: H-23-2000

I.S.B.N.: 84-7993-017-9

Portada: Fotografía © "Éxodo" Juan F. Hebles
Impresión y encuadernación: Impre-Or

Editado en España
1ª edición

Índice

PRESENTACIÓN

I) NOCIONES INTRODUCTORIAS

- **El fundamento de los derechos humanos** 9
Norberto Bobbio
- **El concepto de los derechos humanos** 17
Francisco J. Laporta
- **La universalidad de los derechos humanos**..... 27
Antonio E. Pérez Luño
- **Los derechos humanos y los deberes fundamentales** 43
Gregorio Peces-Barba
- **Multiculturalismo y derechos humanos** 57
Javier de Lucas
- **La historia de los derechos humanos** 71
Francisco J. Ansuátegui Roig
- **Los derechos humanos en la era tecnológica**..... 79
Vittorio Frosini

II) DERECHOS HUMANOS Y VALORES JURÍDICOS

- **Dignidad y derechos humanos** 89
Eusebio Fernández
- **Libertad y derechos humanos** 97
Alfonso Ruíz Miguel
- **Igualdad y derechos humanos**..... 111
Carlos Alarcón Cabrera
- **Solidaridad y derechos humanos** 121
Ernesto Vidal Gil
- **Legitimidad y derechos humanos**..... 131
Juan A. García Amado

III) TEORÍA GENERAL DE LOS DERECHOS HUMANOS

• Derechos humanos y estado de derecho	141
<i>Elías Díaz</i>	
• Derechos humanos y democracia	157
<i>Pablo A. Bulcourf</i>	
• Derechos humanos y derechos subjetivos	167
<i>Juan R. de Páramo Argüelles</i>	
• Los límites de los derechos humanos	191
<i>Rafael de Asís Roig</i>	
• La protección estatal de los derechos humanos	201
<i>Luis Prieto Sanchís</i>	
• La protección internacional de los derechos humanos	211
<i>Ana Salado Osuna</i>	
• Garantismo y derechos humanos	223
<i>Marina Gascón</i>	
• Seguridad pública y derechos humanos	233
<i>Marcelo Sain</i>	

IV) DERECHOS HUMANOS CONTROVERTIDOS

• El derecho a la vida	245
<i>Juan J. Mora Molina</i>	
• El derecho a la intimidad	257
<i>Luis García-San Miguel</i>	
• El derecho a la libertad de expresión	265
<i>Modesto Saavedra López</i>	
• Los derechos sociales	275
<i>Benito de Castro Cid</i>	
• Los derechos ecológicos	287
<i>Fernando León Jiménez</i>	
• El derecho de autodeterminación	295
<i>José I. Lacasta Zabalza</i>	
• Los derechos de las minorías	305
<i>Ramón L. Soriano Díaz</i>	

*P*resentación

Editar un diccionario de los derechos humanos es una iniciativa interesante y oportuna por varios motivos: el interés social que suscita esta clase de derechos por la relevancia de los bienes jurídicos protegidos, el extraordinario desarrollo normativo e institucional, a nivel interno-estatal e internacional, en la defensa y promoción de los derechos humanos, y las constantes controversias entre los estudiosos y en la opinión pública sobre su significado y alcance, que son causa del carácter antagónico de su ejercicio, de su ineficacia en la práctica social y de la fácil instrumentalización de que son objeto por las esferas de poder. Grandes motivos que impulsan a acometer la obra teniendo en cuenta que un proyecto teórico en el terreno de las ciencias sociales debe responder al interés generado en los ámbitos de la sociedad y a la conveniencia del análisis y clarificación de las ideas controvertidas.

Tras la promulgación de la vigente Constitución española se ha producido un amplio desarrollo doctrinal en torno a la promoción y defensa de los derechos humanos. En este marco las aportaciones teóricas han cubierto todos los flancos posibles de la materia - historia, fundamentos, positivación, teoría general... etc. - hasta el punto de que puede asegurarse que asistimos a una cierta inflación investigadora, auspiciada por el carácter interdisciplinar de los derechos humanos, que los hace objeto de análisis desde la perspectiva de las diversas ramas del ordenamiento jurídico.

En este ambiente prolífico abundan las monografías especializadas, y, en menor medida, los manuales y obras generales de consulta; falta, sin embargo, la publicación sintética y accesible, en la que podamos encontrar, cómoda y expeditamente, las nociones generales sobre un tema concreto dentro de la amplia materia de los derechos humanos. Es este hueco concreto el que pretende llenar la presente obra: un diccionario crítico de los derechos humanos. Diccionario, porque contiene el concepto y la problemática general de una serie de voces relevantes de la materia. Crítico, porque la exposición no consiste en una mera descripción, sino en una puesta en común de orientaciones teóricas controvertidas sobre las voces seleccionadas, desarrollada con espíritu crítico.

Los cuidadores de la edición hemos tenido que solventar un difícil problema: seleccionar un número no excesivo de voces, respetando los límites espaciales aconsejados por el editor, en una materia tan amplia como la de los derechos humanos. Había dos opciones: desarrollar intensamente un apartado de la materia o elegir voces representativas de diferentes apartados. Nos ha parecido más oportuna la segunda vía, porque se acomoda mejor a las características de un diccionario e intuimos la preferencia del lector del diccionario por las nociones generales.

La presente edición trata de cuatro apartados de los derechos humanos - introducción, valores jurídicos, teoría general, tipología de derechos -, que encabezan las voces seleccionadas del Índice. En la segunda edición de este volumen se incorporarán nuevos apartados de mayor complejidad, como el de la definición de los derechos humanos en las principales concepciones políticas y jurídicas - liberalismo, socialismo, marxismo, iusnaturalismo, positivismo, etc. -, en la que participarán prestigiosos especialistas en los temas correspondientes, ausentes en esta primera edición.

Ramón Soriano Díaz
Carlos Alarcón Cabrera
Juan Mora Molina

EL FUNDAMENTO DE LOS DERECHOS HUMANOS

Norberto Bobbio

*Catedrático Emérito de Filosofía del Derecho
Universidad de Turín (Italia)*

1. Son tres los temas que serán analizados:
 - a) cuál es el sentido del problema del fundamento absoluto de los derechos del hombre;
 - b) si es posible un fundamento absoluto;
 - c) si, supuesto que sea posible, resulta también deseable.

2. El problema del fundamento de un derecho se perfila de modo distinto según se trate de buscar el fundamento de un *derecho que se tiene* o de un *derecho que se desearía tener*. En el primer caso buscaré en el ordenamiento jurídico positivo, del que formo parte como titular de derechos y deberes, si existe una norma válida que lo reconozca y cuál es; en el segundo caso, buscaré buenas razones para su legitimidad y para convencer a la mayor cantidad posible de personas, y sobre todo a quienes tienen el poder directo o indirecto de producir normas válidas en dicho ordenamiento, sobre la necesidad de reconocerlo.

No cabe duda de que cuando en un encuentro de filósofos, y no de juristas, examinamos el problema del fundamento de los derechos del hombre, afrontamos un problema del segundo tipo, es decir no un problema de derecho positivo, sino de derecho racional o crítico (o sí se prefiere, derecho natural, en un sentido restringido de la palabra, que por otra parte es para mí la única aceptable). Partamos del presupuesto de que los derechos humanos son cosas deseables, es decir, fines que deben ser perseguidos y que, pese a su deseabilidad, no han sido aún reconocidos todos en todo lugar y en igual medida, y nos vemos impulsados por la convicción de que encontrar su fundamento, o sea aducir motivos para justificar la elección que hemos hecho y que quisiéramos fuese hecha también por otros, es un medio adecuado para obtener su más amplio reconocimiento.

3. De la meta que se propone la búsqueda del fundamento nace la ilusión del fundamento absoluto, es decir la ilusión de que, a fuerza de discutir razones y argumentos, acabaremos por encontrar la razón y el argumento irresistible al que ninguno podrá negarse a adherir. El fundamento absoluto es el fundamento irresistible en el mundo de nuestras ideas, del mismo modo que el poder absoluto es el poder irresistible (piénsese en Hobbes) en el mundo de nuestras acciones. Frente al fundamento irresistible se doblega necesariamente la mente, como ante el poder irresistible se inclina necesariamente la voluntad. El fundamento último no es discutible ulteriormente, así como el poder último debe ser obedecido sin discutir. Quien resiste al primero se sitúa fuera de la comunidad de las personas razonables, así como quien se rebela al segundo queda excluido de la comunidad de las personas justas o buenas.

Durante siglos esta ilusión fue común a los iusnaturalistas, quienes creyeron haber logrado que ciertos derechos (pero no siempre los mismos) quedaran a salvo de toda posible refutación derivándolos directamente de la naturaleza del hombre. Pero la naturaleza del hombre se demostró muy frágil como fundamento absoluto de derechos irresistibles. No es el momento de repetir las infinitas críticas dirigidas contra la doctrina de los derechos naturales, ni de descubrir una vez más lo capcioso de los argumentos empleados para demostrar su valor absoluto. Bastará con recordar que muchos derechos, incluso los más diversos entre sí, hasta los menos fundamentales - fundamentales sólo según la opinión de quien los sostenía- se derivaron de la generosa y complaciente naturaleza del hombre. Por dar un ejemplo: durante mucho tiempo existió entre los iusnaturalistas una viva polémica sobre cuál de las tres soluciones posibles relativas a la sucesión de bienes - el retorno a la comunidad, la transmisión familiar de padre a hijo, o la libre disposición por parte del propietario - era más natural (y por tanto se la debía preferir en un sistema que aceptaba como justo todo lo que estaba fundado en la naturaleza). Ya podían disputar toda una eternidad: las tres soluciones, en efecto, eran perfectamente conformes a la naturaleza del hombre, según se lo considerase como miembro de una comunidad, de la que en última instancia depende su vida, como padre de familia, inclinado por un instinto natural a la continuación de la especie, o como persona libre y autónoma, que es la única responsable de las propias acciones y de los propios bienes.

Kant había reducido con razón los derechos irresistibles (él los llamaba "innatos") a uno solo: la libertad. ¿Pero qué es la libertad?

4.- Esta ilusión hoy ya no es posible; toda búsqueda del fundamento absoluto es, a su vez, infundada. Contra esta ilusión presento cuatro dificultades (y paso así al segundo de los temas).

La primera dificultad deriva de la consideración de que "los derechos del hombre" es una expresión muy vaga. ¿Hemos intentado definirlos alguna vez? ¿Y si lo hemos hecho, cuál ha sido el resultado? La mayor parte de las definiciones son tautológicas: "Derechos del hombre son aquéllos que corresponden al hombre en

cuanto tal". O bien nos dicen algo sobre el status deseado o propuesto de estos derechos, no sobre su contenido: "Derechos del hombre son los que pertenecen, o deberían pertenecer, a todos los hombres, o de los que cada hombre no puede ser despojado". Por último, cuando señalada alguna referencia al contenido, no se puede evitar introducir términos valorativos: "Derechos del hombre son aquellos cuyo reconocimiento es condición necesaria para el perfeccionamiento de la persona humana, o bien para el desarrollo de la civilización, etc.". Y aquí nace una nueva dificultad: los términos valorativos son interpretables de modo diverso según la ideología del intérprete: en efecto, ¿en qué consiste el perfeccionamiento de la persona humana o el desarrollo de la civilización? La pregunta es objeto de variadas, apasionantes e insolubles polémicas. El acuerdo se logra, por lo general, cuando los participantes en la discusión, después de muchas concesiones recíprocas, consienten en aceptar una fórmula genérica que oculta, sin resolver, la diferencia de pareceres: dicha fórmula genérica hace que la definición sea tan imprecisa como las dos definiciones precedentes. Pero las discusiones, puestas de lado de esta manera, renacen cuando se pasa del momento de la enunciación puramente verbal a la aplicación.

El fundamento de derechos de los que sólo se sabe que son condiciones para la realización de valores es la apelación a dichos valores últimos. Pero los valores últimos, a su vez, no se justifican, sino que se asumen: lo que es último, justamente por su carácter de tal, no tiene fundamento alguno. Los valores últimos, además, son antinómicos, y no se pueden realizar todos global y contemporáneamente. Para realizarlos hacen falta concesiones de ambas partes: en esta obra de conciliación, que requiere renuncias recíprocas, entran en juego las preferencias personales, las elecciones políticas, las orientaciones ideológicas. Nos queda pues el hecho de que los tres tipos de definiciones no consienten la elaboración de una categoría de los derechos del hombre de perfiles precisos. Nos preguntamos entonces cómo es posible plantear el problema del fundamento, absoluto o no, de derechos de los que no es posible dar una noción clara.

5. En segundo lugar, los derechos del hombre constituyen una clase variable, tal como la historia de estos últimos siglos demuestra abundantemente. La lista de los derechos del hombre se ha modificado y sigue haciéndolo con el cambio de las condiciones históricas, es decir de las necesidades, los intereses, las clases en el poder, los medios disponibles para su realización, las transformaciones técnicas, etc. Derechos que habían sido declarados absolutos a finales del siglo XVIII, como la *propiedad sacre et inviolable*, han sido sometidos a radicales limitaciones en las declaraciones contemporáneas; derechos que las declaraciones del siglo XVIII no mencionaban siquiera, como los derechos sociales, resultan proclamados con gran ostentación en todas las declaraciones recientes. No es difícil prever que en el futuro podrán surgir nuevas exigencias que ahora no logramos apenas entrever, como el derecho a no llevar armas contra su propia voluntad, o el derecho a respetar la vida incluso de los animales y no sólo de los hombres. Todo esto prueba que no existen derechos

fundamentales por naturaleza. Lo que parece fundamental en una época histórica o en una civilización determinada no es fundamental en otras épocas o culturas.

No se ve cómo puede darse un fundamento absoluto de derechos históricamente relativos. Por otra parte, no tenemos por qué sentir temor del relativismo. La pluralidad - comprobada - de las concepciones religiosas o morales es un hecho histórico, también sujeto a cambio. El relativismo que deriva de esta pluralidad es también relativo. Y justamente este pluralismo resulta ser el argumento más fuerte a favor de algunos derechos del hombre, incluso de los más célebres, como la libertad de religión y en general la libertad de pensamiento. Si no estuviéramos convencidos de la irreductible pluralidad de las concepciones últimas, y si estuviéramos convencidos, por el contrario, de que las afirmaciones religiosas, éticas y políticas son demostrables como teoremas (una vez más, tal era la ilusión de los iusnaturalistas, de un Hobbes por ejemplo, que llamaba "teoremas" a las leyes naturales), los derechos a la libertad religiosa o a la libertad de pensamiento político perderían su razón de ser, o al menos adquirirían otro significado: no serían el derecho a tener la propia religión personal o de expresar el propio pensamiento político, sino el derecho de no ser forzados a dejar de perseguir la única verdad religiosa o el único bien político. Ateniéndonos por un momento a la profunda diferencia existente entre el derecho a la libertad de religión y el derecho a la libertad científica: el derecho a la libertad religiosa consiste en el derecho a profesar cualquier religión y también a no profesar ninguna; el derecho a la libertad científica no consiste en el derecho a profesar cualquier verdad científica o incluso a no tener ninguna, sino esencialmente en el derecho a no ser obstaculizado en la investigación científica.

6. Además de mal definible (4) y variable (5), la clase de los derechos del hombre es también heterogénea. Entre los derechos comprendidos en la misma declaración hay exigencias muy diversas entre sí y, lo que es peor, incluso incompatibles. Por tanto, razones que valen para sostener unas no valen para sostener las otras. En este caso no se debería hablar de fundamento, sino de fundamentos de los derechos del hombre, de diversos fundamentos según el derecho cuyas buenas razones se desea defender.

Antes que nada, entre los derechos humanos, como se ha observado más de una vez, hay derechos con *status* muy diversos entre sí. Hay algunos que valen en toda situación y para todos los hombres indistintamente: son los derechos que se pide que no resulten limitados ni por la verificación de casos excepcionales ni en relación con una u otra categoría, aunque sea restringida, de seres pertenecientes al género como, por ejemplo, el derecho a no ser esclavizados y a no ser torturados. Estos derechos son privilegiados porque no entran en competición con otros, también fundamentales. Pero también entre los llamados derechos fundamentales, los que no son suspendidos en alguna circunstancia o negados para alguna categoría de personas son muy pocos: en otras palabras, son muy pocos los derechos considerados también ellos fundamentales, y que no imponen por tanto, en ciertas situa-

ciones y en relación con particulares categorías de personas, una elección. No se puede afirmar un nuevo derecho en relación con una categoría de personas sin suprimir algún viejo derecho del que se beneficiaban otras categorías de personas: el reconocimiento a no ser esclavizados implica la eliminación del derecho a poseer esclavos; el reconocimiento del derecho a no ser torturados implica la supresión del derecho a torturar. En estos casos la elección parece fácil, y es tan evidente que nos maravilláramos si se nos pidiera justificarla (en moral, consideramos evidente lo que no tiene necesidad de justificación).

Pero en la mayor parte de los casos la elección es dudosa y requiere una motivación. Ello depende del hecho de que tanto el derecho que se afirma como el derecho que se niega tienen sus buenas razones: en Italia, por ejemplo, se pide la abolición de la censura preventiva de los espectáculos cinematográficos; la elección es simple si se coloca en un platillo de la balanza la libertad del artista y en el otro el derecho de ciertos órganos administrativos, por lo general incompetentes y mezquinos, a sofocarla; pero parece más difícil si se contrapone al derecho de expresión del productor del *film* el derecho del público a no ser escandalizado, o provocado. La dificultad de la elección se resuelve con la introducción de límites a la extensión de uno de los dos derechos, de modo que resulte parcialmente salvaguardado también el otro: en lo referente a los espectáculos, para continuar con el ejemplo, la Constitución italiana prevé el límite de las buenas costumbres.

Parece, pues, que sobre este punto debemos extraer la conclusión de que derechos que tienen eficacia tan diversa no pueden tener el mismo fundamento, y sobre todo que los derechos del segundo tipo, fundamentales pero sujetos - o susceptibles de serlo - a restricciones, no pueden tener un fundamento absoluto, que no permitiría dar una justificación válida a la restricción.

7. Del caso que acabamos de exponer, en el que se advierte un contraste entre el derecho fundamental de una categoría de sujetos y el derecho igualmente fundamental de otra categoría de sujetos, es necesario distinguir un caso que pone aún más gravemente en peligro la búsqueda de un fundamento absoluto: aquél en que se nota una antinomia entre los derechos invocados por los mismos sujetos. Todas las declaraciones recientes de los derechos del hombre comprenden, además de los tradicionales derechos individuales que consisten en *libertades*, los así llamados derechos sociales que consisten en *poderes*. Las primeras exigen de parte de los otros (comprendidos los organismos públicos) obligaciones puramente negativas: abstenerse de determinados comportamientos; los segundos pueden ser realizados sólo si se impone a otros (comprendidos los organismos públicos) un cierto número de obligaciones positivas. Son antinómicos en el sentido de que su desarrollo no puede ocurrir paralelamente: la realización integral de los unos impide la realización integral de los otros. Cuanto más aumentan los poderes de los individuos, más disminuyen las libertades de los mismos individuos. Se trata de dos situaciones jurídicas tan diversas que los argumentos que se hacen para sostener la primera no valen

para sostener la segunda. Los dos argumentos principales para introducir algunas libertades entre los derechos fundamentales son: a) la irreductibilidad de las creencias últimas; b) la creencia de que el individuo, cuanto más libre, más puede progresar moralmente y puede así promover también el progreso material de la sociedad. Ahora bien, de estos dos argumentos, el primero es, para justificar la exigencia de nuevos poderes, irrelevante; el segundo se ha revelado históricamente falso.

Ahora bien, dos derechos fundamentales pero antinómicos no pueden tener a la vez un fundamento absoluto, un fundamento que haga irrefutables e irresistibles un derecho y su opuesto al mismo tiempo. Antes por el contrario, es conveniente recordar que históricamente la ilusión del fundamento absoluto de algunos derechos establecidos ha servido de obstáculo para la introducción de nuevos derechos, parcial o totalmente incompatibles con aquéllos. Piénsese en las trabas puestas al progreso de la legislación social por la teoría iusnaturalista del fundamento absoluto de la propiedad: la oposición casi secular contra la introducción de los derechos sociales se ha hecho en nombre del fundamento absoluto de los derechos de libertad. El fundamento absoluto no es sólo una ilusión; a veces es también un pretexto para defender posiciones reaccionarias.

8. Hasta aquí he expuesto algunas razones por las que creo que no puede plantearse una búsqueda del fundamento absoluto de los derechos del hombre. Pero hay otro aspecto de la cuestión que ha surgido de estas últimas consideraciones. Y con esto paso a la tercera pregunta que he formulado al comienzo. Se trata de saber si la investigación del fundamento absoluto, en el caso de que llegue a tener éxito, obtendrá el resultado esperado de hacer conseguir más rápidamente y con más eficacia el reconocimiento y la realización de los derechos del hombre. Aquí entra en discusión el segundo dogma del racionalismo ético, que es, además, la segunda ilusión del iusnaturalismo: que los valores últimos no sólo se pueden demostrar como teoremas, sino que basta con haberlos demostrado, o sea haberlos convertido en un cierto sentido en irrefutables e irresistibles, para asegurar su realización. Junto al dogma de la demostrabilidad de los valores últimos, cuya imposibilidad de fundamentación se ha intentado demostrar en los párrafos precedentes, el racionalismo ético, en su forma más radical y antigua, sostiene también que la demostrada racionalidad de un valor es condición no sólo necesaria sino también suficiente de su realización. El primer dogma asegura la *potencia* de la razón; el segundo asegura su *primado*.

Este segundo dogma del racionalismo ético, y del iusnaturalismo como la expresión histórica más notable del racionalismo ético, resulta desmentido por la experiencia histórica. Aporto tres argumentos sobre este punto.

En primer lugar, no se puede decir que los derechos del hombre hayan sido más respetados en las edades en que los doctos se mostraban de acuerdo en pensar que habían encontrado para defenderlos un argumento irrefutable, o sea un fundamento absoluto: su derivabilidad de la esencia o de la naturaleza del hombre. En

segundo lugar, pese a la crisis de los fundamentos, por primera vez en estas décadas la mayor parte de los gobiernos existentes han proclamado de común acuerdo una Declaración Universal de los Derechos del Hombre. En consecuencia, después de esta declaración el problema de los fundamentos ha perdido gran parte de su interés. Si la mayor parte de los gobiernos existentes se han puesto de acuerdo en una declaración común, es indicio de que han encontrado buenas razones para hacerlo. Por eso, ahora no se trata tanto de buscar otras razones, o, como querrían los iusnaturalistas redivivos, la razón de las razones, sino de poner las condiciones para una más amplia y escrupulosa realización de los derechos proclamados. Ciertamente, para prestar el propio apoyo a la creación de estas condiciones, es necesario estar convencidos de que la realización de los derechos del hombre es un fin deseable; pero no basta con esta convicción para que esas condiciones se realicen. Muchas de estas condiciones (y paso así al tercer argumento) no dependen de la buena voluntad, ni siquiera de los gobernantes, y mucho menos de las buenas razones aducidas para demostrar la bondad absoluta de esos derechos: sólo la transformación industrial en un país, por ejemplo, hace posible la protección de los derechos vinculados con las relaciones de trabajo. Recuérdese que el argumento más fuerte aducido por los reaccionarios de todos los países contra los derechos del hombre, en especial contra los derechos sociales, no es ya su falta de fundamento sino su irrealizabilidad. Cuando se trata de enunciarlos, el acuerdo se obtiene con relativa facilidad, independientemente de la mayor o menor convicción de su fundamento absoluto; cuando se trata de pasar a la acción, aunque fuese el fundamento indiscutible, comienzan las reservas y las oposiciones.

El problema de fondo relativo a los derechos del hombre es hoy no tanto el de *justificarlos*, como el de *protegerlos*. No es un problema filosófico, sino político.

9. Es innegable que existe una crisis. Es necesario tomarla en cuenta, pero no intentar superarla buscando otro fundamento absoluto que sustituya al perdido. Nuestra tarea, hoy, es mucho más modesta pero también más difícil. No se trata de hallar el fundamento absoluto - empresa sublime pero desesperada - sino, en cada caso, los *distintos fundamentos posibles*. Pero tampoco esta búsqueda de los fundamentos posibles - empresa legítima y no destinada como la otra al fracaso - tendrá alguna importancia histórica si no va acompañada del estudio de las condiciones, los medios y las situaciones en que este o aquel derecho pueda realizarse. Tal estudio es tarea de las ciencias históricas y sociales. El problema filosófico de los derechos del hombre no puede ser disociado del estudio de los problemas históricos, sociales, económicos, psicológicos, inherentes a su realización: el problema de los fines es el de los medios. Eso significa que el filósofo ya no está solo. El filósofo que se obstina en permanecer sólo termina por condenar a la filosofía a la esterilidad. Esta crisis de los fundamentos es también un aspecto de la crisis de la filosofía.

NOTA: La versión italiana del presente artículo apareció en la *Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto* (n° 42, 1965, pp. 301-309) con el título. Se reproduce en español en el presente volumen con autorización expresa del autor.

BIBLIOGRAFÍA

Bobbio, N., **Il preambolo della Convenzione europea dei diritti dell'uomo**. Rivista di diritto internazionale, n° 57, 1974.

Fernández, E., **El problema de la fundamentación de los derechos humanos**. Anuario de Derechos Humanos, n° 1, 1981.

Lachance, L., **El derecho y los derechos del hombre**. Trad. cast. de L. Horno. Rialp, Madrid, 1979.

Pérez Luño, A. E., **La fundamentación de los derechos humanos**. En: Pérez Luño, A. E., **Derechos humanos, Estado de Derecho y Constitución**. Tecnos, Madrid, 1984, Cap. III.

EL CONCEPTO DE LOS DERECHOS HUMANOS

Francisco J. Laporta
Catedrático de Filosofía del Derecho
Universidad Autónoma de Madrid

El surgimiento de la idea de los derechos humanos en la historia moderna se debe a la confluencia de una gran variedad de sucesos históricos, y entre ellos de dos importantes fenómenos culturales de distinto carácter. Por un lado la elaboración y refinamiento del concepto de derecho subjetivo, y por otro lado el triunfo de una visión moral del mundo renovada respecto de la tradición medieval. La confluencia de ambos fenómenos no es, por cierto, caprichosa, pues la idea de derecho subjetivo como noción normativa lleva consigo un componente distributivo que parece demandar una clara *individualización* de aquél al que se adscriben esos derechos, y la nueva visión moral del mundo, por su parte, se sustentaba precisamente en el valor que se atribuía al individuo y sus opciones personales. En efecto, los derechos en sentido subjetivo son normas o conjuntos de normas que adscriben a *cada* uno de sus destinatarios o titulares una participación individual y excluyente en un *interés* o *bien* que pretenden proteger. Por su parte, a medida que se van haciendo explícitos los fundamentos de la nueva moralidad comienza a aparecer como algo valioso en sí mismo, un bien intrínseco, la autonomía del individuo para elegir con libertad su plan de vida con el mínimo posible de obstáculos y condicionamientos. Este es el interés más importante o el bien básico, aquello a lo que se adscribe el máximo valor moral, y es lo que se trata de perseguir y realizar por encima de cualquier otro valor en el mundo moderno. Y como quiera que ese bien o valor tiene un fuerte sesgo individual o individualista (es decir, no se trata de que se aumente aditivamente la autonomía moral de la 'humanidad' en cuanto ente colectivo, sino de que se realice al máximo esa autonomía en *cada* individuo), el resultado es que la persecución en forma distributiva de ese bien o valor encuentra en los derechos individuales como técnica normativa la herramienta idónea para su formulación y reconocimiento. Es entonces cuando la cultura moral, política y jurídica articula su ideal a través de la teoría de los derechos subjetivos. Si hubiera que pro-

poner una formulación abstracta de ese ideal podría ser ésta: Todos tienen un igual derecho a la máxima autonomía posible como seres humanos. A esto podrían reconducirse, *conceptualmente* hablando, los derechos humanos. Naturalmente, hasta que cristalizan en una concepción perfilada y se expresan en una declaración pública, muchos de sus ingredientes han ido siendo alimentados parsimoniosamente por muchos meandros de la historia de las instituciones y de las ideas (Peces-Barba / Fernández, 1998). Uno de esos meandros, que arranca del corazón mismo de la Edad Media, si no de la misma Antigüedad, es la pugna por la limitación del poder político. El establecimiento de un espacio de inmunidad frente al poder es seguramente una manifestación todavía primitiva, pero también un ingrediente necesario de lo que andando el tiempo serán los derechos humanos. Acontecimientos como la Magna Carta de Juan Sin Tierra (1215) o la Bula de Oro de Andrés II de Hungría (1222), en las que se obtienen del rey ciertas limitaciones al ejercicio de la fuerza por parte del poder político, son por ello antecedentes válidos de los derechos humanos. De hecho, lo que a lo largo de la Edad Media se van a denominar "libertades" no son sino espacios de inmunidad para ciudades, gremios, estamentos o personas que se van arrancando lentamente al titular del poder. No se trata, desde luego, de manifestaciones del espíritu ético individualista que va a caracterizar al mundo moderno (por eso no se puede todavía hablar en sentido estricto de 'derechos'), pero su alcance como técnicas normativas (prohibiciones y regulaciones del ejercicio del poder político en ciertos espacios) servirá más tarde también para captar la función de los derechos modernos en la tarea de proteger la esfera individual.

Un capítulo muy importante en la configuración de la noción de derechos humanos tiene la lenta elaboración medieval de la idea romana de derecho, *ius*, y su relación con la idea jurídica de *dominium*, es decir, de propiedad privada. Lo que aquí va a producirse es el paso de una concepción del *ius* como algo objetivo, *id quod iustum est*, a una concepción mucho más individual y subjetiva, el *ius* como *potestas*, y en último término como *libertas*. Todo ello se va elaborando lenta y a veces tormentosamente en torno a la idea de *dominium*, que empieza por ser concebido como el conjunto de las obligaciones y deberes que tienen los demás con relación a una cierta situación patrimonial y acaba por definirse en términos de los actos de voluntad de quien tiene la cosa a título de propietario. Del *dominium* como conjunto de deberes de los demás que pasivamente dibujan el territorio de mi situación de propietario se pasa así al *dominium* como expresión activa de mi propia capacidad y libertad (Para todo ello, Tuck, 1979, cap. 1).

Esta conexión de la idea de derecho en sentido subjetivo con la potestad de actuar y con la libertad de actuar se unirá después del Renacimiento a la maduración del concepto de dignidad humana. El Renacimiento no será, paradójicamente, un momento fecundo para la noción técnica de derecho en sentido subjetivo. Habrá que esperar hasta Hugo Grocio en el siglo XVII para que esa noción cuaje y se consolide como tal. Pero el Renacimiento va a ver surgir sin embargo algo que congeñará perfectamente con ella: me refiero a la idea de la dignidad humana basada en el libre albedrío y la capacidad de todo ser humano de configurar y llevar a cabo el

diseño de su propia vida. Pico de la Mirándola contempla al hombre como alguien que define su propia vida, "modelador y escultor de sí mismo", forjador de su propia forma, definidor de su puesto e imagen en el mundo por su propia elección y decisión. Es decir, alguien con *libertas y potestas*. En esto - afirma - consiste su dignidad radical.

Una de las peripecias históricas en la que con más precisión se registra esta múltiple confluencia de factores que alumbrará la idea de los derechos humanos es la fragmentación de la conciencia cristiana en la reforma protestante, las guerras de religión y el surgimiento de la idea de tolerancia. En esta secuencia histórica podemos ver como en un crisol único y privilegiado cómo se va gestando formalmente esa noción. Podemos enfocarlo también conceptualmente en lugar de históricamente. Al hacerlo así veremos otra vez qué particulares precisiones introduce en el lenguaje moral y jurídico el uso de la nueva terminología de los *derechos*. Las primeras manifestaciones públicas históricas del reconocimiento de un cierto ámbito de tolerancia para las creencias religiosas poseen dos rasgos muy claros que importa subrayar: en primer lugar se trata de órdenes o mandatos a ciertas autoridades, agentes, personas privadas, etc... para que se abstengan de realizar ciertas acciones: Aquellas acciones que supongan un estorbo o una interferencia con las creencias y los cultos religiosos de los demás; en segundo lugar la justificación que se alegaba en favor de tales medidas imperativas era predominantemente utilitarista y estaba referida a un bien colectivo: se trataba de atajar los desórdenes públicos y las fracturas sociales que podían producir (que de hecho habían producido en forma de guerras de religión) las intrusiones, las violencias y las intolerancias entre creencias religiosas. El Edicto de Nantes (1598) o el Acta de Tolerancia de Maryland (1649) son un buen ejemplo de ello. Aunque en esas primeras manifestaciones se puedan usar eventualmente palabras como 'libertades', o incluso 'derechos', la estructura básica de las normas que empiezan a implantar la tolerancia religiosa es exclusivamente la de normas que limitan el ejercicio del poder y establecen conductas prohibidas para proteger un bien colectivo, la paz pública. El resultado de ello, naturalmente, es, como hemos visto antes, la creación de un espacio de *inmunidad* dentro del que los individuos *pueden* (en el sentido de 'tener permiso') profesar sus creencias sin ser obstaculizados. Pero en sentido técnico estricto no es posible aún hablar de *derechos*. Sólo cuando el estado de cosas en el que *cada individuo* decide sobre la naturaleza, alcance y manifestación de sus creencias religiosas se reputa un bien básico y se protege especialmente ese bien moral mediante la herramienta técnico-normativa de conferir a cada uno de los titulares la facultad de hacerlo, de prohibir a los demás interferir con esa facultad y sus modos de expresarse, y de desautorizar a cualquiera que quisiera alterarla, podemos comenzar a decir que estamos en presencia de un derecho en sentido estricto; sólo entonces aparece claramente en la historia la formulación típica de un derecho humano a la que estamos hoy acostumbrados ("todos los hombres tienen igual derecho al libre ejercicio de la religión de acuerdo con el dictamen de su conciencia", Declaración de Derechos del Buen Pueblo de Virginia, XVI, año 1776).

El concepto de derechos humanos que hoy nos es familiar se ha desarrollado a lo largo de la historia en diferentes concepciones. La primera de ellas los hace aparecer como *derechos naturales*. Esto pretende querer decir que la 'naturaleza' ha equipado a todos los seres humanos con un conjunto de propiedades morales naturales que les hacen acreedores a esa protección individualizada. Los seres humanos, según ello, tendrían ciertas cualidades morales como cualidades naturales, y esas cualidades serían una razón suficiente para establecer una protección normativa en torno a ellas. Hoy es bien sabido que definir los conceptos morales en términos de cualidades naturales es un error insuperable, y por tanto que la idea de los derechos humanos como derechos naturales no es aceptable. La segunda gran concepción de los derechos humanos, propuesta por Kant, los hace aparecer como *derechos innatos*. Debe advertirse aquí que no se trata con ello de reiterar de otro modo la idea de unos derechos que se tienen "por nacimiento", porque eso sería volver a los derechos naturales, ni de unos derechos que se tienen históricamente por herencia, como lo que en el ámbito de la cultura jurídica anglosajona premoderna se llamaba "an Englishman birthright", pues de ser así estaríamos ante unos derechos históricos. Lo que Kant llama derechos innatos (o mejor, derecho innato, pues para él solo hay uno) es algo distinto cuyo alcance más bien es el que él atribuía a las categorías puras como ideas innatas: condición de cognoscibilidad, condición de posibilidad o fundamento. Los derechos innatos serían así unos derechos, o un derecho, cuya postulación es una condición de posibilidad o fundamento del orden moral o jurídico. Para él solo hay un derecho innato, la libertad como "independencia del arbitrio compulsivo de otra persona, siempre que se concilie con la libertad de los demás según una ley general", y es un derecho que le "corresponde a todo hombre por virtud de su propia humanidad". La idea de que el reconocimiento de ciertos derechos básicos para todos los seres humanos tiene que ser una presuposición epistemológica y ontológica del discurso moral y jurídico, de forma que sin ella tales discursos serían imposibles de ser desarrollados y comprendidos, tiene todavía hoy algunos importante defensores. La tercera gran concepción de los derechos humanos los concibe como *derechos positivos*, y es un producto explicable de la gran corriente de positivación del Derecho, tanto constitucional como legal, que tuvo lugar a lo largo del siglo XIX (Pérez Luño, 1999, 52 ss.). También los derechos del hombre se vieron afectados por ella. Al positivismo en la concepción del Derecho se unió de un modo especular y acrítico un cierto positivismo de los derechos del hombre. Para esta concepción sólo son o pueden ser llamados *derechos* en sentido estricto aquéllos que son conferidos por el Derecho *positivo*, por la ley *vigente*. De este modo sólo de aquéllos ordenamientos jurídicos válidos que en su Constitución o en sus leyes adscriben esa clase de derechos puede decirse que han creado y contemplan y protegen los derechos humanos, que siguiendo una convención alemana pasan a llamarse derechos *fundamentales* (*Grundrechte*). Si los ordenamientos jurídicos en cuestión no hacen tal cosa entonces tales derechos no existen en su ámbito de aplicación personal o territorial. Esta posición se basa en un concepto de 'derecho subjetivo' que tiene venerables antecedentes en la historia de la jurisprudencia del positivismo. El primero de

ellos es seguramente Bentham, quien afirmó con toda contundencia que “los derechos son fruto de la ley y sólo de la ley; no hay derechos sin ley - ni derechos contrarios a la ley - ni derechos anteriores a la ley” (Hart, 1982, p. 82). Es ésta una posición que ha pervivido tanto como ha pervivido esa visión rígida del positivismo jurídico. En Alemania tuvo un reforzamiento aún más legalista en la obra de Thon, que no solo vinculó la noción de derecho subjetivo a la norma jurídico-vigente, sino incluso a su protección procesal, y fue aceptada seguramente también por el primer Kelsen, aunque no desde luego por el Kelsen más maduro (Kelsen, 1979, p. 110). A veces se siente la tentación de pensar que deriva de una percepción excesivamente simplista y esencialista sobre el significado de las palabras: la palabra “derecho” en su sentido subjetivo no puede significar nada distinto de la palabra “Derecho” en su sentido objetivo. Si algo es un “derecho” tiene que ser “Derecho”. Con ello se atribuye acríticamente un necesario e inevitable significado *jurídico* a la idea de *derecho* en sentido subjetivo mediante la traslación de todas las condiciones de uso que el positivismo ha impuesto para los enunciados de “Derecho” a todos los enunciados que usan la expresión “derecho” en sentido subjetivo. Esta restricción semántica carece, sin embargo, de justificación. Y además priva a la idea de derechos humanos de todo su alcance universalista y reivindicativo, es decir, de todo su alcance moral. La cuarta y última gran concepción de los derechos humanos es aquella que los concibe como *derechos morales* o derechos en sentido moral y que tiene su *locus* clásico en el último capítulo de *Utilitarianism*, la gran obra de John Stuart Mill. Para Mill la Justicia, es decir, no la ley ni el derecho positivo sino la Justicia, se articula en derechos personales: “La Justicia implica algo que es no sólo correcto hacer e incorrecto no hacer, sino algo que alguna persona individual puede reclamar de nosotros como su derecho moral”... “Justicia es el nombre para ciertas clases de reglas morales que atañen más cercanamente a lo esencial del bienestar humano, y son por tanto de más absoluta obligación que otras reglas cualesquiera para la guía de la vida, y la noción que hemos encontrado como esencial a la idea de justicia - la de un derecho que reside en un individuo - implica y testifica en favor de esa obligación más vinculante”.

La idea de derechos morales o derechos en sentido moral no es algo privativo del lenguaje de los derechos humanos. Pueden aparecer derechos morales en cualquier sistema moral complejo que mantenga una determinada idea de la justicia en las relaciones personales. Por ejemplo, las promesas entre adultos crean derechos en sentido moral. Pero la noción de derechos morales es sin embargo particularmente apta para dar cuenta de la especial naturaleza que adscribimos a los derechos humanos como manifestación privilegiada de una idea de justicia. Y ello porque parece incluir con toda facilidad algunos rasgos especialmente idóneos para la comprensión de esos derechos: En primer lugar, esa explícita apelación a la justicia que hemos visto en Mill emparenta a los derechos con bienes morales básicos como la igualdad o la libertad. Después la idea de derechos morales lleva consigo también una pretensión de exigibilidad mayor que la que es atribuida usualmente a los meros deberes morales. No es algo que sea correcto hacer o respetar e incorrecto no

hacer o no respetar, sino que, como afirma Mill, es algo que alguien puede reclamar de nosotros, exigir, y no sólo pedir o rogar como en los actos de caridad, que son, desde luego, moralmente valiosos pero que carecen de esa firme obligatoriedad. Y en tercer lugar la idea de derechos morales como algo perteneciente al territorio de la moral y no al del derecho, confiere a esos derechos un alcance *suprapositivo* respecto del derecho vigente, lo que es algo que forzosamente tiene que acompañar a los derechos humanos si es que hemos de darles algún significado convincente. Como concepción de los derechos humanos, ésta que los ve como derechos morales o derechos en sentido moral es la más completa: evita las aporías de la noción de derechos 'naturales' y el reduccionismo congénito de la visión puramente positivista de los derechos. No es además incompatible con la noción de derechos innatos y despliega una capacidad tanto descriptiva como interpretativa mucho mayor que cualquiera de las otras. Como veremos ahora, es la única capaz de soportar las exigencias que impone sobre ella la especial naturaleza de los grandes rasgos que se atribuyen a los derechos humanos.

¿Cuáles son esos rasgos fundamentales? (Laporta, 1987). En primer lugar se dice de ellos que son derechos *universales*. Es éste un rasgo que parece alentar en la teoría de los derechos humanos desde su origen mismo como derechos naturales. Se trata de derechos que tienen todos los seres humanos, cualesquiera que sean las circunstancias en que se encuentren. Los tienen simplemente por su condición humana. Esta universalidad de los sujetos titulares de los derechos es la que más decididamente invita a situar el discurso de los derechos humanos en el ámbito de la moral, pues el lenguaje moral parece tener una lógica interna que le empuja a la universalidad. Ello quiere decir que a los efectos de la titularidad de los derechos humanos los nombres propios y las descripciones definidas son perfectamente irrelevantes. Nadie tiene esos derechos por ser quien es, por llamarse como se llama o por ocupar una posición definida en cualquier relación social. Se tienen por ser seres *humanos*. Naturalmente esto se fundamenta en algo que está en la base de todo el lenguaje moral de los derechos humanos: la esencial igualdad de todos esos seres humanos como agentes morales. Precisamente porque se da esa igualdad esencial que hace de todas las diferencias entre ellos algo irrelevante para el lenguaje de los derechos, puede decirse que los derechos son universales. Esto no significa, como a veces se ha pretendido, que el entendimiento de los seres humanos por parte de la teoría de los derechos humanos sea ahistórico y alejado de la realidad. Los seres humanos son definidos por el lenguaje de los derechos con caracteres que hacen irrelevantes sus circunstancias históricas, pero les son adscritos a todos esos seres humanos que viven y luchan en la historia. Por definirlos en términos genéricos y considerarlos como poseedores de una esencial igualdad moral no se les transforma en entes noumenales inexistentes, sino que se resalta una condición genérica que se les adscribe a todos los individuos históricos y reales.

Pero la universalidad de los derechos humanos también puede ser mirada desde el prisma de los obligados a respetarlos. Y en este sentido, si los derechos humanos, como se dice, son derechos frente a todos (*erga omnes*), entonces hay una

nueva universalidad que predicar de ellos. Todos tenemos la obligación de promoverlos y respetarlos, el deber de no violarlos o conculcarlos. El derecho de cada uno aparece así unido al deber de todos. Esta consideración es extremadamente interesante, pero también plantea muchos problemas. Sólo es sencilla si consideramos aquellos derechos que se conculcan o violan mediante *acciones* de los seres humanos. Entonces es fácil decir qué debemos hacer *todos* los demás: abstenernos de realizar esas acciones, abstenernos, por ejemplo, de maltratar o de robar a nadie. Se trata de deberes *negativos*. Pero si consideramos los derechos humanos que se violan o conculcan por *omisión*, entonces para reconocer y realizar esos derechos debemos determinar, no qué es lo que debemos *no* hacer, sino qué es lo que debemos *hacer*, cuales han de ser las conductas positivas que lleven al reconocimiento de esos derechos. Los derechos humanos se sitúan así ante una amplia panoplia de deberes de hacer cosas, es decir, de deberes *positivos*, y de deberes de todos, es decir, de deberes *generales*. Quizás una de los más importantes momentos históricos de la idea de los derechos humanos se esté viviendo precisamente ahora, cuando pugnan por abrirse paso las convicciones en favor de hacer públicos y exigir a *todos* un elenco de deberes positivos para poner fin a la sistemática violación por omisión de tantos derechos humanos. Pero esto nos llevaría a su vez a un problema serio: no solo necesitaríamos preocuparnos de cumplir *nuestros* deberes de omitir o de hacer, sino que tendríamos también que saber qué es lo que tendríamos el deber de hacer u omitir cuando *los demás* incumplen *sus* deberes y el resultado de ello es que el derecho de alguien resulta ignorado. Los deberes morales no serían ya entonces deberes sólo *relativos al agente*, sino que serían deberes *neutrales respecto del agente*, y ello suscita interrogantes muy serios. Y más en un mundo como el nuestro en el que el incumplimiento de esos deberes de los demás es cotidiano. Porque, desafortunadamente, el que los derechos humanos sea universales no quiere decir ni mucho menos que sean universalmente respetados ni reconocidos. En esto, como en todo, la ética es un discurso contrafáctico, no se refiere a cómo son las cosas sino a cómo deberían ser.

El segundo de los grandes rasgos que acompañan y definen a los derechos humanos es la pretensión de llevar consigo una particular fuerza vinculante. Se dice así a veces de ellos que son derechos *absolutos*. Esto es equivalente a decir que los derechos humanos son conjuntos de normas, algunas de las cuales no admiten excepciones. Por ejemplo, que imponen algún deber sobre alguien que en ningún caso puede estar autorizado a ignorar. Es preciso hacer aquí algunos matices. No debe confundirse esto con la idea de un deber de hacer algo "tras la consideración de todos los factores". En toda circunstancia concreta en la que un individuo en particular se pregunta ¿qué debo hacer?, ha de sopesar todos los factores e ingredientes de la situación, y tras esa deliberación puede llegar (aunque no necesariamente) a la conclusión de que debe hacer X. Ese deber es el resultado de una operación de balance y contraste con otros posibles deberes y con otras exigencias, a todas las cuales desplaza ese deber de hacer X que es la conclusión de la deliberación práctica. Y ese deber en esa circunstancia puede decirse que no admite ya excepción alguna, y en ese sentido es absoluto. Pero esto *no* es lo que se quiere decir cuando se afir-

ma que los derechos humanos son derechos absolutos. Lo que se quiere afirmar con ello es que los derechos humanos implican deberes de realizar ciertas *clases* de acciones, y que tales deberes no admiten excepción alguna a priori. En ningún caso pueden tales derechos dejar de ser respetados por ninguna acción de la clase de acciones que exigen o prohíben las normas correlativas. Para apoyar la idea de que puede haber derechos absolutos se ha distinguido (Gewirth, 1982) entre *satisfacer* un derecho, cuando el deber correlativo se cumple, *infringir* un derecho, cuando el deber correlativo no se cumple, *violar* un derecho, cuando el derecho es infringido injustificadamente, y *sobrepasar (override)* un derecho, cuando es infringido justificadamente, es decir, cuando hay justificación para no cumplir el deber correlativo. “Un derecho es *absoluto* -escribe Gewirth- cuando no puede ser sobrepasado en ninguna circunstancia, de forma que no puede ser nunca infringido justificadamente, y debe ser cumplido sin ninguna excepción”. Esto basta para hacer notar la dificultad de analizar la idea de derechos humanos como derechos absolutos. Para hacerlo debemos ir más allá del puro examen del concepto de derechos humanos y pasar a dilucidar problemas de justificación. Hay sin embargo algunas consideraciones que pueden ayudarnos a sustituir la idea de que los derechos humanos son absolutos por la idea de que son derechos *prima facie*, es decir, derechos que en general son exigencias morales preponderantes, “triumfos” en la confrontación con otras exigencias morales (Dworkin, 1983), pero que pueden ser superados o dejados de lado en presencia de algunas de esas exigencias morales. Su fuerza se manifestaría en que las demandas morales que se superponen a ellos sólo pueden ser a su vez demandas derivadas de derechos humanos. No servirían para ello consideraciones utilitarias basadas en valores colectivos, a no ser que tales consideraciones incluyeran también la violación de algunos derechos humanos. Si eso fuera así, entonces la nómina de los derechos humanos podría ser representada gráficamente como una pirámide de enunciados morales. Los de las gradas inferiores de la pirámide podrían ser superados en la confrontación con los de los estadios superiores, éstos a su vez por los de estadios superiores a ellos, y así hasta que se alcanzara en la cúspide de la pirámide uno o varios derechos humanos total y absolutamente insuperables, que serían los postulados morales básicos de esa moralidad característica que se expresa en derechos. Pero esta interpretación de la idea de derechos *prima facie* muestra que en todo caso ha de presuponerse la existencia de algún derecho de carácter absoluto.

El tercer gran rasgo que se atribuye a los derechos humanos es el de su *inalienabilidad*. Se dice que son inalienables en el sentido de que no pueden ser renunciados ni revocados por sus propios titulares, es decir, que no pueden ser “enajenados” en el sentido de que el propio titular no está moralmente autorizado para prescindir de ellos. El sistema moral le ha inmunizado incluso contra sí mismo. Como escribe Meyers, “un derecho inalienable excluye que sus titulares se despojen a sí mismos de los vínculos morales con el objeto del derecho porque un titular no puede dejar de tener una legitimación para el bien que le confiere un derecho inalienable” (Meyers, 1988). En relación con el rasgo de inalienabilidad cabe hacer dos

comentarios. En primer lugar es preciso distinguir la titularidad de un derecho del ejercicio de un derecho. Creo que la condición de inalienabilidad sólo se refiere en sentido estricto a la titularidad del derecho, no a su ejercicio. Cualquiera podría decidir no ejercer algún derecho que tuviera (por ejemplo, el derecho a circular libremente por el territorio de un Estado [Art. 13,1 de la Declaración de las Naciones Unidas de 1948]), pero lo que no podría hacer es renunciar a ser titular de ese derecho. Claro es que seguramente hay algunos derechos humanos en los que es imposible distinguir entre la titularidad y el ejercicio, y en tal caso la inalienabilidad afectaría a ambas cosas.

La segunda consideración que cabe hacer sobre el rasgo de inalienabilidad hace también referencia a problemas de justificación. Si nos preguntamos qué derechos son inalienables y qué derechos no lo son la respuesta solo puede basarse en argumentos referidos al concepto de persona humana que está en la base de nuestra concepción moral, a los bienes u objetivos morales que defendemos o a los ideales sociales que propugnamos. Todo ello nos traslada nuevamente al territorio de la justificación de los derechos y pone de manifiesto que para poder hablar de este tercer rasgo, igual que sucedía con el segundo de esos rasgos, y seguramente también con el primero de ellos, debemos desarrollar una teoría de los derechos humanos que no sólo se circunscriba a la solución de los problemas conceptuales, sino que incluya toda una posición sobre el contenido de esos derechos y sobre su justificación como tales derechos universales, absolutos e inalienables. Pero éstos son dos grandes territorios que no pueden ser explorados ahora.

BIBLIOGRAFÍA

Dworkin, R., **Los derechos en serio**. Trad. cast. de M. Guastavino. Ariel, Barcelona, 1983.

Gewirth, A., **Are there any absolute Rights?**. En: **Human Rights. Essays in Justification and Application**. The University of Chicago Press, Chicago, 1982.

Hart H.L.A., **Essays on Bentham**. Clarendon Press, Oxford, 1982.

Kelsen, H., **Allgemeine Theorie der Normen**. Manz-Verlag. Viena, 1979.

Laporta, F.J., **Sobre el concepto de derechos humanos**. Doxa, nº 4, 1987.

Meyers, D.T., **Los Derechos Inalienables**. Trad. cast. de E. Beltrán. Alianza Editorial, Madrid, 1988.

Peces-Barba G / Fernández E. (eds.), **Historia de los Derechos Humanos. Tomo I**. Boletín Oficial del Estado / Dykinson, Madrid, 1998.

Pérez Luño, A.E., **Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución**. Tecnos, Madrid, 1984.

Tuck, R., **Natural Rights Theories. Their origin and development**. Cambridge University Press, Cambridge, 1979.

LA UNIVERSALIDAD DE LOS DERECHOS HUMANOS

Antonio E. Pérez Luño
Catedrático de Filosofía del Derecho
Universidad de Sevilla

PLANTEAMIENTO

Entre los textos contemporáneos más relevantes para la definición y la defensa de los derechos destaca la Declaración Universal de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, promulgado el 10 de diciembre de 1948.

Conviene llamar la atención sobre el calificativo que adjetiva y define el texto de Naciones Unidas. Se trata del carácter de su *universalidad*. Es necesario no resbalar sobre este punto porque, como la doctrina internacionalista ha subrayado certeramente, ese rasgo representaba una prolongación de los ideales conformadores de la génesis de la Carta fundacional de San Francisco y de los propios Tribunales de Nuremberg. Con esa dimensión de universalidad se quería afirmar, sin resquicio a dudas, que la protección de los derechos humanos y, consiguientemente, su violación no constituían ámbitos reservados a la soberanía interna de los Estados (a tenor de las célebres tesis del *domaine réservé*, o de su versión anglosajona de la *domestic question*), sino problemas que afectan a toda la humanidad (Carrillo Salcedo, 1995, pp. 77 ss.).

En fecha reciente se ha indicado que la universalidad es una cuestión de importancia prioritaria por afectar al propio núcleo o *corazón* de los derechos humanos (Imbert, 1989, p. 2). Quizás, por ello mismo, se trata de una cuestión difícil y controvertida. Consciente de ello, dividiré su planteamiento en tres aspectos, que abordaré en aproximación sucesiva:

1) La universalidad como elemento constitutivo de la génesis de la idea de los derechos humanos;

2) Las diferentes tesis que coinciden en impugnar la universalidad en nuestro tiempo;

3) El carácter de universalidad como rasgo básico del concepto de los derechos humanos y, por tanto, la respuesta a las críticas avanzadas en su contra.

LA UNIVERSALIDAD EN LA GÉNESIS DE LOS DERECHOS HUMANOS

Los derechos humanos, en contra de lo que en ocasiones se sostiene, constituyen una categoría histórica. Nacen con la Modernidad en el seno de la atmósfera intelectual que inspirará las revoluciones liberales del siglo XVIII. Los derechos humanos son, por tanto, una de las más decisivas aportaciones de la Ilustración en el terreno jurídico y político (Peces-Barba, 1995).

Son ingredientes básicos en la formación histórica de la idea de los derechos humanos dos direcciones doctrinales que alcanzan su apogeo en el clima de la Ilustración: el iusnaturalismo racionalista y el contractualismo. El primero, al postular que todos los seres humanos desde su propia naturaleza poseen unos derechos naturales que dimanen de su racionalidad, en cuanto rasgo común a todos los hombres, y que esos derechos deben ser reconocidos por el poder político a través del derecho positivo. A su vez, el contractualismo, tesis cuyos antecedentes remotos cabe situar en la sofística y que alcanza amplia difusión en el siglo XVIII, sostendrá que las normas jurídicas y las instituciones políticas no pueden concebirse como el producto del arbitrio de los gobernantes, sino como el resultado del consenso o voluntad popular.

Ambas concepciones tienen en común el postular unas facultades jurídicas básicas comunes a todos los hombres. Por tanto, el rasgo básico que marca el origen de los derechos humanos en la Modernidad es precisamente el de su carácter universal; el de ser facultades que deben reconocerse a todos los hombres sin exclusión. Conviene insistir en este aspecto, porque derechos, en su acepción de *status* o situaciones jurídicas activas de libertad, poder, pretensión o inmunidad han existido desde las culturas más remotas, pero como atributo de sólo alguno de los miembros de la comunidad. Se ha hecho célebre al respecto la tesis sobre la evolución jurídico-política de la humanidad avanzada por Hegel, a tenor de la cual en los imperios orientales sólo un hombre (el Faraón, el Sátrapa, el Emperador...) era libre. En el mundo clásico greco-latino algunos hombres serán libres, si bien persistirá la esclavitud, es decir, la no libertad para otros muchos seres humanos. Sólo en el marco de la cultura germano-cristiana tomará cuerpo el principio de la libertad para todos los hombres (1821, pp. 341 ss.). Pues bien, resulta evidente que sólo a partir del momento en el que pueden postularse derechos de todas las personas es posible hablar de derechos humanos. En las fases anteriores se podrá hablar de derechos de príncipes, de etnias, de estamentos o de grupos, pero no de derechos humanos en cuanto facultades jurídicas de titularidad universal. El gran invento jurídico-político de la Modernidad reside, precisamente, en haber ampliado la titularidad de las posicio-

nes jurídicas activas, o sea, de los derechos a todos los hombres; y, en consecuencia, de haber formulado el concepto de los derechos humanos.

Corroboran esta tesis algunos textos básicos en los que se plasman los ideales de la revolución burguesa y, consiguientemente, de la génesis del Estado liberal de derecho. Con ligeras variantes terminológicas la Declaración de Derechos del Buen Pueblo de Virginia y la Declaración de Independencia de los Estados Unidos, ambos de 1776, o bien la célebre Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano promulgada por la Asamblea constituyente francesa en 1789, proclaman enfáticamente que todos los hombres, desde su nacimiento, poseen algunos derechos como la libertad o la igualdad, que ningún poder político puede negar o desconocer. Se trata de derechos innatos, imprescriptibles, inviolables y, en definitiva, universales (Pérez Luño, 1995a, pp. 114 ss.).

Se refuerza también la tesis del carácter básico de la idea de universalidad en la génesis de los derechos humanos, si tenemos presente el pensamiento de uno de los autores clave de la filosofía jurídico-política de la Ilustración, de un pensador que en cierto modo resume y culmina la cultura de ese periodo: Immanuel Kant. Kant sitúa en el centro de su filosofía moral la idea de la universalidad. Su imperativo categórico obligará a actuar a partir de reglas universalizables. Lo que hace que unas reglas de conducta sean morales; lo que distingue, en definitiva, la auténtica de la falsa moralidad es el hecho de que sus principios sean susceptibles de universalización (Kant, 1785).

Kant realiza una transposición de estas ideas al plano jurídico-político en dos de sus más relevantes opúsculos. En sus **Ideas para una Historia Universal en Clave Cosmopolita**, que data de 1784, pretenderá responder a la concepción de la historia avanzada por Herder. Para éste la historia consistía en el descubrimiento de las propias señas de identidad de cada pueblo en el tiempo, mientras que para Kant la historia supondrá la elucidación racional de los rasgos constitutivos del género humano. Kant apunta que lo que la razón desvela como rasgos informadores básicos del género humano, aquello que permite considerar a todos los hombres como miembros de una gran familia ideal, es la sociabilidad. Esa sociabilidad se manifiesta en cada persona como una tendencia racional hacia el cosmopolitismo (Kant, 1784; cfr. Truyol y Serra, 1996, pp. 137 ss.).

Esta tesis será desarrollada por el propio Kant en su monografía sobre **La Paz Perpetua** de 1795, en la que aboga por una ciudadanía universal y una hospitalidad cosmopolita como fundamentos de una paz sólida entre los hombres y los pueblos (Kant, 1795).

LA UNIVERSALIDAD Y SUS ENEMIGOS

La idea de universalidad que, como se desprende de lo expuesto, constituyó un presupuesto fundamental de la propia génesis de los derechos humanos en la

Modernidad, es objeto en el presente de una serie de recelos, críticas e impugnaciones cuya referencia resulta aquí insoslayable.

Nunca como hoy se había sentido tan intensamente la necesidad de concebir los valores y derechos de la persona como garantías universales, independientes de las contingencias de la raza, la lengua, el sexo, las religiones o las convicciones ideológicas. Se siente hoy con mayor intensidad que en cualquier etapa histórica precedente la exigencia de que los derechos y las libertades no se vean comprometidos por el tránsito de las fronteras estatales. Estos requerimientos vienen impuestos por esos procesos de mutua implicación económica que reciben el nombre de la *globalización*; y porque vivimos en el seno de sociedades interconectadas a escala planetaria, cuyo testimonio más evidente es Internet. En un mundo interdependiente, en el seno de sociedades interconectadas, la garantía de unos derechos universales se ha hecho más perentoria que nunca. Pero, como contrapunto regresivo, a los ideales humanistas cosmopolitas se oponen ahora el resurgir de particularismos y nacionalismos radicales de zafio cuño tribal y excluyente que, como los nacionalismos de cualquier época, han hecho cabalgar de nuevo a los cuatro jinetes del Apocalipsis: el hambre, la peste, la guerra y la muerte, en aquellos lugares en los que la barbarie nacionalista violenta ha impuesto su sinrazón.

No es sólo en el plano de los movimientos políticos donde se producen estos ataques contra el universalismo, también en el plano de las ideas han aparecido tesis y doctrinas que coinciden en erosionar la idea de la universalidad de los derechos. Tomando en préstamo el célebre título de una obra de Karl Popper (**La Sociedad Abierta y sus Enemigos**, 1967) podríamos hablar aquí de la *universalidad de los derechos y sus enemigos*, para hacer referencia a las críticas que en el plano filosófico, político y jurídico se avanzan hoy contra la universalidad de los derechos humanos.

1) En el plano *filosófico*, hace algunos años el autor francés Jean-François Lyotard con su obra **La Condición Posmoderna**, publicada al declinar la década de los setenta, tuvo el acierto de acuñar un término que ha hecho fortuna. Con la expresión *posmodernidad*, Lyotard quería hacer referencia a ese movimiento de revisión crítica de los valores que habían sido el eje de gravitación del pensamiento moderno. Si la Modernidad se había expresado a través de postulados o valores tales como la racionalidad, la universalidad y la igualdad, en nuestro tiempo la *condición posmoderna* plantea como valores alternativos las pulsiones emocionales, el particularismo y la diferencia (Lyotard, 1989).

El interés por esa inversión de los valores propia de nuestra época hallará reflejo en otra obra del propio Lyotard cifrada en el estudio de **La Diferencia**. En ese libro indicará que aquello que enaltece en mayor medida al ser humano es su esfuerzo por destacar aquellos rasgos que le hacen diferente de los demás (Lyotard, 1988). Esa misma idea late y halla expresión en otro pensador francés, en uno de los más caracterizados exponentes de ese grupo denominado *nuevos filósofos*, me refiero a Bernard-Henri Lévy, el cual retomando la idea de la revalorización de la diferencia, dice que la racionalidad y la dignidad del ser humano se manifiestan a través de su

esfuerzo por diferenciarse del grupo. Lo que contribuye al desarrollo de una personalidad auténticamente humana es su esfuerzo deliberado por no parecerse a los demás. Conformarse con ser como los otros, o con ser tratado como los otros, implica renunciar a la propia identidad genuina e intransferible. La universalidad y la igualdad pueden ser pautas para la organización de un hormiguero o un rebaño, pero aplicadas a los hombres constituye una forma de *barbarie con rostro humano* (Lévy, 1978).

En las batallas actuales contra la universalidad de los derechos humanos resulta inevitable aludir al denominado movimiento *comunitarista*. En el seno de este movimiento se asistiría a un desplazamiento de los derechos universales hacia unos derechos contextualizados, en función del carácter histórico y culturalmente condicionado de los valores que los informan. El comunitarismo se opone a una visión abstracta, ideal y desarraigada de los derechos y libertades, tal como, según sus partidarios, habrían sido forjados en la Modernidad. En definitiva el comunitarismo situaría el fundamento de los derechos humanos en la identidad homogénea comunitaria que se expresa en el *ethos* social, es decir, la *Sittlichkeit*, como alternativa a la universalidad abstracta del racionalismo ilustrado moderno. Sin referencia a la comunidad en la que han surgido y que los reconoce, los derechos son entidades ideales y abstractas, porque es cada comunidad histórica la que va a dotar de unos perfiles específicos y concretos a los derechos de cada persona (De Castro, 1995, pp. 399 ss.; Contreras Peláez, 1998, pp. 69 ss.).

Conviene recordar que el movimiento comunitarista no constituye una escuela monolítica. En su propia significación como movimiento cultural emblemático de la posmodernidad se pueden advertir dos direcciones. La primera, representada por autores como Taylor y Walzer, entraña una relectura de las tesis hegelianas y, en cierto sentido, desea recuperar los valores de la Modernidad y de la Ilustración a través de una lectura en clave comunitaria que intenta evitar la interpretación individualista. La segunda, que tiene su máximo exponente en Alasdair MacIntyre, reivindica una vuelta a la tradición aristotélica en cuanto opuesta a la Modernidad y defiende un proyecto anti-ilustrado, nostálgico de la concepción premoderna de la comunidad (Pérez Luño, 1995a).

Es necesario advertir que esta concepción de los derechos y libertades no es nueva. En los inicios del siglo XIX, el más caracterizado representante del pensamiento contrarrevolucionario francés, Joseph de Maistre, en sus **Consideraciones sobre Francia**, saliendo al paso de lo que había sido la concepción de los derechos propia de la Ilustración y culminadas en la Revolución francesa, escribía:

“La Constitución de 1795, como las precedentes, está hecha para el *hombre*. Ahora bien; *el hombre* no existe en el mundo. Yo he visto, durante mi vida, franceses, italianos, rusos..., y hasta sé, gracias a Montesquieu, *que se puede ser persa*: en cuanto al hombre, declaro que no me lo he encontrado en mi vida; si existe, lo desconozco (De Maistre, 1797, 142)”.

2) Desde premisas *políticas* se combate hoy también la universalidad como nota conformadora de los derechos humanos. Las más de las veces, estas críticas tienen como soporte una actitud de relativismo cultural. Desde sus premisas se afirma que cada pueblo, a lo largo de su devenir histórico, ha forjado un tejido institucional propio, y que ese conjunto de formas de vida e instituciones no se puede juzgar ni mejor, ni peor que el de cualquier otro pueblo.

No existen, por tanto, hegemonías en el plano de la cultura, ni en el de las formas políticas. De ello se infiere la impropiedad de querer juzgar las instituciones culturales y políticas desde un único parámetro o modelo ideal, porque tal modelo no existe. La idea de un modelo ideal/universal de cultura o de política capaz de servir de canon para todas las sociedades y, en consecuencia, exportable a todas ellas, es una falacia; se trata de una hipóstasis destinada a enmascarar la imposición coactiva y/o ideológica de un modelo histórico y concreto, por tanto, de una forma de particularismo político cultural: el modelo europeo occidental en su versión forjada en la Modernidad.

Cuando en nombre del universalismo se tratan de imponer unos determinados valores o instituciones políticoculturales, lo que se está haciendo es eurocentrismo, neoimperialismo o neocolonialismo, por más que ello se pretenda disfrazar de retórica universalista. Por eso, algunos líderes del Tercer Mundo denuncian que tras la universalidad de los derechos humanos se ha ocultado, en muchas ocasiones, el interés de las multinacionales por crear hábitos *universales* de consumo (sobre el conjunto de estas actitudes, Sebrelli, 1992; Contreras Peláez, 1998).

Sin adscribirse al relativismo cultural y con mayor dosis de envidia teórica, desde algunos enfoques actuales, se pretende poner de relieve algunos riesgos del universalismo. Así, por ejemplo, se indicará que las sociedades libres y pluralistas, precisamente por serlo, no deben imponer sus instituciones a otros pueblos. El derecho de gentes no expresaría el principio de tolerancia si impidiera la existencia de formas jurídico-políticas razonables, aunque ajenas al modelo occidental. Sólo los regímenes tiránicos y dictatoriales no pueden ser aceptados como miembros de una comunidad de pueblos razonables (Rawls, 1993).

En otras ocasiones, se apelará a la necesidad de no establecer mecanismos discriminatorios o de evitar cualquier actitud de xenofobia en los cauces de tutela de los derechos humanos. Desde esta perspectiva se quiere evitar que el ideal de la universalidad actúe como un rodillo que desconozca las diferencias y peculiaridades de los hombres y de los pueblos y que, en consecuencia, ignore la exigencia de establecer mecanismos especiales de protección para quienes sufren situaciones especialmente dramáticas de explotación, marginación o subdesarrollo (De Lucas, 1992).

Se ha recordado también, certeramente, que una comunidad internacional asimétrica en la que existen enormes diferencias de poder entre los distintos Estados que la integran, no puede pretender allanar o ignorar esas diferencias ocultándolas bajo la pantalla encubridora de los derechos universales. Desde esta óptica no se pretende negar la universalidad de los derechos, sino la utilización abusiva de esa

idea para tratar de encubrir las profundas desigualdades reales que existen todavía en el seno de la comunidad internacional (Pureza, 1996).

3) Desde el punto de vista *jurídico*, algunos constitucionalistas, al cotejar el Derecho Constitucional comparado de la actualidad, comprueban que los derechos y libertades reconocidos en los diversos textos constitucionales difieren notablemente entre sí. Incluso entre los Estados pertenecientes a la cultura occidental, aquéllos que obedecen al modelo político del Estado de Derecho, se dan divergencias notables. Así, mientras en algunos de ellos, los que siguen fieles al tipo del Estado Liberal de Derecho, sólo se reconocen las libertades de signo individual, o sea, los derechos personales civiles y políticos; en otros, los que obedecen al modelo del Estado Social de Derecho, se amplía el catálogo de las libertades para incluir en él también a los derechos económicos, sociales y culturales.

La doctrina constitucionalista insiste, al propio tiempo, en que en los Estados Sociales de Derecho los derechos sociales no gozan de la misma protección jurídica que las libertades individuales. Resulta elocuente al respecto el sistema de protección establecido en el artículo 53 de nuestra propia Carta constitucional, que, como es notorio, prevé un sistema de tutela de distinta intensidad para las libertades y para los derechos sociales. Estos últimos son reconocidos bajo la rúbrica de *Principios rectores de la política social y económica* en el Capítulo III del Título I de la Constitución.

Desde estos enfoques se indica que la distinción, que no necesariamente oposición, entre libertades individuales y derechos sociales se hace patente cuando se considera que mientras los derechos individuales vienen considerados como derechos de defensa (*Abwehrrechte*) de las libertades del individuo, que exigen la autolimitación y la no injerencia de los poderes públicos en la esfera privada y se tutelan por su mera actitud pasiva y de vigilancia en términos de policía administrativa; los derechos económicos, sociales y culturales se traducen en derechos de participación (*Teilhaberechte*), que requieren una política activa de los poderes públicos encaminada a garantizar su ejercicio, y se realizan a través de las técnicas jurídicas de las prestaciones y los servicios públicos.

La posibilidad de hacer efectivo el disfrute de las libertades personales a escala universal no guarda parangón con los medios para hacer real y efectivo el disfrute de los derechos sociales. Sería precisa una profunda transformación de las estructuras socio-económicas a escala internacional para que los derechos sociales pudieran contar con los pertinentes instrumentos de garantía. Es más, no sólo su realización en los países del Tercer Mundo resulta hoy por hoy inviable, sino que incluso en las democracias occidentales la plena garantía de los derechos sociales es más que problemática. Baste pensar en las dificultades que conllevaría el hacer inmediatamente justiciable, en el seno de nuestro propio ordenamiento jurídico, garantías tales como la del pleno empleo, la calidad de vida o el derecho a una vivienda digna...

Se infiere de ello que dada la heterogeneidad de los derechos reconocidos en

los textos constitucionales, y también el carácter heteróclito de los sistemas de garantía previstos para ellos, no parece que responda a la realidad la idea de la pretendida universalidad de los derechos (Pérez Luño, 1991a; id., 1995a, pp. 83 ss. y pp. 120 ss.).

Al recapitular el sentido básico de cada una de estas perspectivas pudiera concluirse que: mientras para la crítica *filosófica* la universalidad es impugnada por su carácter *ideal y abstracto*; para la crítica *política* se la reputa *nociva*, porque intenta allanar y desconocer las diferentes tradiciones políticas de las distintas culturas; en tanto que desde la crítica *jurídica* se insistirá en que la universalidad es *imposible*, al no existir un marco económicosocial que permitiera satisfacer plenamente todos los derechos humanos a escala planetaria.

LAS BUENAS RAZONES DEL UNIVERSALISMO

Las críticas y reservas hasta aquí expuestas, al margen de su distinto calado, conforman el controvertido contexto actual de la universalidad. Al evaluar algunas de estas aporías un atento estudioso de esta temática se ha preguntado si la universalidad significa hoy sólo un dogma o un mito, es decir, si se trata, a la postre, de un postulado racional para ocultar las profundas divergencias que se dan lo mismo en el disfrute que en la fundamentación de los derechos humanos (De Castro Cid, 1995). No obstante, entiendo que siguen existiendo buenas razones para mantener la universalidad como nota definitoria de los derechos humanos y, en consecuencia, para replicar a esas críticas.

1) Conviene aclarar, desde el principio, que cuando empleamos expresiones tales como las de *posmodernidad*, la de *nuevos filósofos*, estamos utilizando estos términos en su acepción cronológica y no axiológica. La Posmodernidad es un movimiento cultural que es posterior a la Modernidad, los nuevos filósofos se denominan así porque pertenecen a la hora presente. Ello no significa en absoluto que la Posmodernidad sea cualitativamente mejor, en cuanto a los ideales y valores que la informan, que la Modernidad; ni que los nuevos filósofos enseñen doctrinas intrínsecamente novedosas o más perfectas que las de otros filósofos que les han precedido, o que coexisten con ellos en otras direcciones de pensamiento de la hora presente.

Es fácil comprobar cómo tras esa exaltación del ego, tras ese culto a los rasgos singulares de la individualidad y tras esa defensa obsesiva de la diferencia; tras toda esa retórica posmoderna de los nuevos filósofos, subyace o se reitera mucho de lo que ya expuso, con mayor enjundia, en el pasado siglo Friedrich Nietzsche. Incluso se ha llegado a indicar, con ironía punzante, que muchas de las actuales posturas antiigualitarias y antiuniversalistas de los filósofos posmodernos tienen como trasfondo no tanto a un Superhombre autónomo y diferente, sino al mito consumista de *Superman*.

Respecto a las posturas comunitaristas, entiendo que el *ethos* social puede ser un marco de referencia más adecuado que el reducto de la moral individual para plantear determinados problemas ético-jurídicos contemporáneos: el significado y alcance de los valores y principios constitucionales, el fundamento de las libertades, el deber de obediencia del derecho... Pero pienso que esas apreciaciones de los aspectos más progresistas del comunitarismo actual no deben hacerse extensivas a aquellos enfoques conservadores que conciben el *ethos* social comunitario como una vuelta a las identidades colectivas nacionalistas o tribales. Frente a estos últimos enfoques hoy más que nunca se precisa una fundamentación de los sistemas constitucionales y de los derechos humanos basada en un *ethos* universal síntesis de valores multinacionales y multiculturales; un *ethos* que haga posible la comunicación intersubjetiva, la solidaridad y la paz (Pérez Luño, 1995a, pp. 535 ss.).

El nacionalismo radical constituye un absurdo lógico y ético, no obstante lo cual ha gozado en el pasado y goza en el presente de una amplia aceptación política. Desde el punto de vista *lógico* el nacionalismo representa una de las manifestaciones más burdas de la falacia naturalista (*Naturalistic Fallacy*), que hace referencia a la inconsecuencia lógica que entraña derivar el *deber ser* del *ser* denunciada por David Hume y expresamente formulada por George Edward Moore. El discurso nacionalista parte siempre de la descripción de una serie de obviedades fácticas: que determinadas personas o grupos tienen rasgos distintivos en función del color de su epidermis, o de sus cabellos, o de los sonidos guturales que emiten, o de su sistema de creencias, apetitos o temores colectivos. Tras esos hechos notorios inmediatamente derivan prescripciones sobre la superioridad de determinadas razas, o el mejor derecho de unas tribus sobre otras. En todo caso, lo que hace de esas derivaciones algo *éticamente* inaceptable es que la apelación a la diferencia tiende siempre a establecer discriminaciones en favor de quienes la postulan.

2) El relativismo cultural que sirve de soporte a determinadas críticas políticas a la universalidad debe ser contemplado con serias reservas. Determinados organismos especializados de la ONU, así como diferentes ONG'S, de modo especial los Informes anuales de Amnistía Internacional -que constituyen un auténtico inventario del horror-, denuncian la perpetración de la inconcebible práctica de la circuncisión o mutilación genital femenina (ablación del clítoris) a millones de mujeres de países africanos y asiáticos; asimismo, se inculpa a diversos países islámicos que condenan a la mujer al analfabetismo; se detectan también otras dramáticas violaciones de la dignidad, la libertad y la igualdad de los seres humanos por parte de diferentes tipos de tiranía. En casi todos estos casos los crímenes contra los derechos humanos se justifican a partir de la idea de que esas prácticas responden a tradiciones culturales y políticas de los países que las realizan.

La actitud más cómoda ante esos auténticos crímenes contra la humanidad es la de la inhibición en nombre del relativismo cultural. Pero, como se ha denunciado certeramente, el derecho a la diferencia, no puede convertirse en una cómoda coartada que se traduzca en una especie de *derecho a la indiferencia* (Imbert, 1989, p. 24).

Es evidente que el relativismo cultural no puede servir de pantalla ocultadora de violaciones sistemáticas de los derechos humanos, ni servir de cómodo expediente legitimador para la impunidad de tiranos y de déspotas. Los clásicos españoles del Derecho Natural y de Gentes, que contribuyeron decisivamente a la génesis del moderno Derecho Internacional, sentaron las premisas de una institución que hoy se considera básica en el Derecho Internacional Humanitario: la intervención por razones de humanidad (Pérez Luño, 1995c). Cuando se violan sistemáticamente los derechos humanos, la comunidad internacional no puede ni debe inhibirse sino que, precisamente en nombre de la universalidad de tales derechos, tiene la obligación de poner fin a tales violaciones (Ramón Chornet, 1995).

Hay que convenir que en nombre de la universalidad no se puede imponer coactivamente un modelo político cultural eurocéntrico a países que cuentan con instituciones culturales y políticas propias heredadas de una tradición que responde a exigencias de racionalidad y que, por tanto, no representan formas, más o menos encubiertas, de dictaduras o tiranías. Pero convendrá no perder de vista que las propias nociones de *tiranía* y de *dictadura* han sido forjadas en la historia de la teoría política occidental. La tiranía, al margen de otros precedentes en la cultura griega, constituye una de las formas típicas *impuras* de gobierno a tenor de la célebre tipología aristotélica. La dictadura es una categoría política forjada por el Derecho público romano... La propia noción de racionalidad tiene tras de sí el espesor de una larga tradición filosófica occidental que desemboca en las dos críticas kantianas, que constituyen uno de los signos emblemáticos de la Modernidad.

Es cierto que a esa noción eurocéntrica occidental cabe oponer otras versiones de racionalidad, de forma que se pueda tener presente la denominada *racionalidad del otro*. Pero al admitir esto se corre el riesgo de confundir la propia idea de racionalidad, al hacer inciertos y vagos sus perfiles hasta el punto de que no se sepa muy bien de que tipo de *racionalidad* estamos hablando. El pluralismo cultural, o sea, el reconocimiento de una realidad plural de tradiciones e instituciones políticas y culturales, no debe confundirse con el relativismo cultural, es decir, con el mito de que todas las formas culturales poseen idéntico valor. Constituye una evidencia histórica insoslayable que no todas las culturas han contribuido en la misma medida a la formación, desarrollo y defensa de los valores de la humanidad.

No huelga advertir que las expresiones *cultura occidental* y *eurocentrismo* poseen una inevitable carga de ambigüedad y, en cierto modo, de ambivalencia. A Europa y Occidente, junto con su contribución innegable a la causa del humanismo, les incumbe una responsabilidad directa en episodios nada edificantes. La quema de herejes, la explotación de mujeres y niños durante la primera revolución industrial, la segregación y discriminación raciales, o el Ku-Kux- Klan son productos genuinamente occidentales; como fueron experiencias trágicas europeas Auschwitz y Dachau. Por eso no todo lo occidental y europeo ha contribuido a forjar o fundamentar los derechos humanos, muchos de los cuales surgieron, precisamente, como respuesta a determinadas negaciones de la libertad occidentales o

europas. Ahora bien, existe una tradición humanista occidental que culmina en la Modernidad y que es un ingrediente insoslayable de la idea de universalidad de los derechos humanos y, en consecuencia, un elemento conformador del espíritu de la Declaración Universal de la ONU.

3) Por último, en cuanto a las críticas jurídicas a la universalidad, debe señalarse que en buena parte de ellas se desliza la confusión entre las categorías de los derechos humanos y de los fundamentales. Estas dos categorías de derecho no significan lo mismo, por mas que exista una profunda interrelación entre ambas. Los derechos humanos poseen una insoslayable dimensión deontológica. Se trata de aquellas facultades inherentes a la persona que deben ser reconocidas por el derecho positivo. Cuando se produce ese reconocimiento aparecen los derechos fundamentales, cuyo nombre evoca su función fundamentadora del orden jurídico de los Estados de Derecho (Pérez Luño, 1995b, pp. 29 ss.).

De esta distinción se desprende que no todos los derechos humanos son objeto de una recepción en los ordenamientos jurídicos estatales, ni siquiera en los Estados de Derecho. Es más, incluso los derechos humanos reconocidos como derechos fundamentales pueden gozar de distintos mecanismos de garantías. Por eso, el carácter de la universalidad se postula como condición deontológica de los derechos humanos, pero no de los derechos fundamentales.

Frente a las críticas y reservas jurídicas contra la universalidad, cabría también aducir la distinción entre dos posibles formas de predicarla respecto a los derechos humanos: como universalidad *en* los derechos humanos; y como universalidad *de* los derechos humanos. La primera, en sentido extensivo y descriptivo haría referencia a si los derechos humanos son universales, porque han sido acogidos en todos los ordenamientos jurídicos. La segunda, en sentido intensivo y prescriptivo, plantearía si la universalidad es un rasgo inherente o constitutivo del concepto de los derechos humanos. A tenor de esta distinción se puede precisar y clarificar el significado de las críticas jurídicas, ya que éstas tienen sentido cuando cuestionan la universalidad *en* los derechos humanos, pero sigue manteniendo intacta validez el carácter necesariamente universal *de* los derechos humanos (se ha referido a la distinción entre: universalidad *en el* Derecho y la universalidad *del* Derecho, aunque con un alcance y en un contexto de investigación diverso de esta exposición, Di Lucia, 1997, pp. 9 ss.).

CONCLUSIÓN: LA UNIVERSALIDAD COMO PRINCIPIO Y COMO RESULTADO

Los debates actuales sobre la universalidad no pueden ser considerados estériles u ociosos. Gracias a ellos puede percibirse mejor su sentido y el plano orbital de su relevancia para el concepto de los derechos humanos.

Quienes con razón advierten del peligro de hipostasiar la universalidad para convertirla en una mera justificación de intereses políticos, o en una pantalla encu-

bridora de discriminaciones o desigualdades fácticas, han contribuido en forma muy positiva a clarificar el discurso actual sobre la universalidad.

La universalidad no puede ser un dogma o un mero principio apriorístico ideal y vacío, de contornos tan etéreos que terminen por no significar nada. En este punto, entiendo que no está de más recordar una anécdota que narra Ortega, sin insistir demasiado sobre la realidad del hecho. Refiere Ortega que, al celebrarse el jubileo de Víctor Hugo, se organizó una fiesta en el palacio del Éliseo, a la que concurrieron representantes de diversas naciones para participar en el homenaje. Los embajadores culturales iban ofreciendo sus presentes, atendiendo a la voz estentórea de un ujier, que los anunciaba:

-Monsieur le représentant de l'Angleterre!

Y Víctor Hugo, con voz de dramático trémolo, poniendo los ojos en blanco, decía:

-L'Angleterre ! Ah, Shakespeare !

El ujier prosiguió:

-Monsieur le représentant de l'Espagne !

Y Víctor Hugo:

-L'Espagne ! Ah, Cervantes !

El ujier:

Monsieur le représentant de l'Allemagne !

Y Víctor Hugo:

-L'Allemagne! Ah, Goethe!

Pero entonces llegó el turno a un pequeño señor, achaparrado, gordinflón y torpe de andares. El ujier exclamó:

Monsieur le représentant de la Mésopotamie!

Víctor Hugo, que hasta entonces había permanecido impertérrito y seguro de sí mismo pareció vacilar. Sus pupilas ansiosas hicieron un gran giro circular como buscando en todo el cosmos algo que no encontraba. Pero pronto se advirtió que lo había hallado y que volvía a sentirse dueño de la situación. En efecto, con el mismo tono patético, con no menor convicción, contestó al homenaje del representante diciendo:

-La Mésopotamie! Ah, L'Humanité! (Ortega y Gasset, 8, pp. 19-20).

Determinadas apelaciones actuales, tan solemnes como retóricas, a la universalidad suscitan la inquietud de si su significado no será tan inane como la apelación a la humanidad en el relato orteguiano. Para evitarlo, será necesaria completar la dimensión deontológica de la universalidad, en cuanto ingrediente básico del concepto de los derechos humanos, con el compromiso para su vigencia a través de la comunicación y el consenso entre hombres y pueblos. La universalidad no puede quedar relegada a la esfera de los postulados ilusorios, reclama un esfuerzo constructivo tendente a su realización. Para ese empeño constructivista, la universalidad

constituye una tarea a cumplir en ámbitos de debate policéntricos multinacionales y multiculturales. Si bien, para eludir el riesgo del relativismo, convendrá puntualizar que el coro plural de voces culturales no significa que todas las voces posean la misma intensidad y eco. Una de las voces cantantes de ese coro plural deberá ser, sin resquicio a dudas, la que corresponde al humanismo cosmopolita, que halló su expresión definida en el proyecto ilustrado de la Modernidad.

Tiene razón Habermas cuando indica que la Modernidad constituye un proyecto inacabado, y que en lugar de abandonar ese proyecto como una causa perdida, deberíamos aprender de los errores de aquellos programas extravagantes que trataron o tratan de negar la Modernidad (Habermas, 1988, pp. 279 ss.). Sigue, por tanto, en pie el reto de fundamentar los ordenamientos internos y las relaciones internacionales en valores éticos compartidos, es decir, universales, porque como advierte Hans Küng, sin un talante ético mundial no hay orden mundial. Si queremos una ética que funcione en beneficio de todos, ésta ha de ser única. Un mundo único necesita cada vez más una actitud ética única. La humanidad posmoderna necesita objetivos, valores, ideales y concepciones comunes (Küng, 1991, pp. 52-53).

Desde la génesis de los derechos humanos en la Modernidad a su actual significación que se desprende de la Declaración de la ONU, la universalidad es un rasgo decisivo para definir a estos derechos. Sin el atributo de la universalidad no podemos encontrar con derechos de los grupos, de las etnias, de los estamentos, de entes colectivos más o menos numerosos, pero no con derechos humanos. Precisamente el gran avance de la Modernidad reside en haber formulado la categoría de unos derechos del género humano, para evitar cualquier tipo de limitación o fragmentación en su titularidad. A partir de entonces la titularidad de los derechos, enunciados como derechos humanos, no va a estar restringida a determinadas personas o grupos privilegiados, sino que va a ser reconocida como un atributo básico inherente a todos los hombres, por el mero hecho de su nacimiento.

Por eso, sigue siendo actual la dimensión de universalidad de los derechos humanos, que ha sido reafirmada en el Acta Final de la Conferencia Mundial sobre los Derechos Humanos de Viena, así como en la Resolución de la Asamblea General de la ONU que crea la figura del Alto Comisionado para la protección de los Derechos Humanos; en ambos textos, que datan de 1993, se reafirma el carácter *universal e indivisible* de los derechos humanos. Esta misma exigencia fue reconocida en el Seminario de Lund convocado por el Instituto Raoul Wallenberg en 1997 sobre *Derechos Humanos y Derecho Humanitario*, en el que se consideró que tal universalidad debería ser el fruto de un diálogo abierto entre las distintas culturas. También representa un reconocimiento de la universalidad de los derechos la creación en 1998 del Tribunal Penal Internacional para sancionar los crímenes más graves contra los derechos humanos.

Los derechos humanos o son universales o no son derechos humanos; podrán ser derechos de grupos, de entidades o de determinadas personas, pero no derechos que se atribuyan a la humanidad en su conjunto. La exigencia de universalidad, en

definitiva, es una condición necesaria e indispensable para el reconocimiento de unos derechos inherentes a todos los seres humanos, más allá de cualquier exclusión y más allá de cualquier discriminación.

BIBLIOGRAFÍA

- Carrillo Salcedo, J.A., **Soberanía de los Estados y derechos humanos en Derecho Internacional contemporáneo**. Tecnos, Madrid, 1995.
- Contreras Peláez, F., **Tres versiones del relativismo ético-cultural**. *Persona y Derecho*, nº 38, 1998.
- De Castro Cid, B., **La universalidad de los derechos humanos: ¿dogma o mito?** *Derechos y libertades*, nº 5, 1995.
- De Lucas, J., **Europa: ¿convivir con la diferencia? Racismo, nacionalismo y derechos de las minorías**. Tecnos, Madrid, 1992.
- De Maistre, J. (1797), **Consideraciones sobre Francia**. Trad. cast. de C. Gutiérrez de Gamba. Rialp, Madrid, 1955.
- Di Lucia, P., **L'universale della promessa**. Giuffrè, Milán, 1997.
- Habermas, J., **La modernidad: un proyecto inacabado**. En: **Ensayos políticos**. Trad. cast. de R. García Cotarelo. Península, Barcelona, 1988.
- Hegel, G. W. F. (1821), **Fundamentos de la Filosofía del Derecho**, Ed. a cargo de K. H. Ilting Trad. cast. de C. Díaz. Libertarias, Madrid, 1993.
- Imbert, P. H., **L'universalité des Droits de l'Homme**. En: **Colloque sur l'universalité des Droits de l'Homme, dans un monde pluraliste** (Estrasburgo, 17-19 de abril 1989). Conseil de l'Europe, Estrasburgo. 1989.
- Kant, I. (1784): **Ideas para una historia universal en clave cosmopolita**. Trad. cast. de C. Roldan y R. Rodríguez Aramayo. Tecnos, Madrid, 1987.
- Kant, I. (1785), **Fundamentación de la metafísica de las costumbres**. Trad. cast. de M. García Morente. Espasa-Calpe, Madrid, 1996.
- Kant, I., (1795), **La paz perpetua**. Trad. cast. de J. Abellán. Tecnos, Madrid, 1985.
- Küng, H., **Proyecto de una ética mundial**. Trad. cast. de G. Canal. Trotta, Madrid, 1991.
- Lévy, B.H., **La barbarie con rostro humano**. Trad. cast. de E. Simons. Monte Avila, Caracas, 1978.
- Liotard, J. F., **La diferencia**. Trad. cast. de A. Bixio. Gedisa, Barcelona, 1988.
- Liotard, J. F., **La condición postmoderna**. Trad. cast. de M. Antolín. Cátedra, Madrid, 1989.
- Ortega y Gasset, J., **Obras Completas**. Alianza Editorial / Revista de Occidente, Madrid, 1983.
- Peces-Barba, G. y otros, **Curso de derechos fundamentales(I).Teoría general**. Universidad Carlos III de Madrid / Boletín Oficial del Estado, Madrid, 1995.
- Pérez Luño, A.E. (a): **Las generaciones de derechos fundamentales**. *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, nº. 10, 1991.

Pérez Luño, A. E. (b), **¿Qué moral? Sobre la justificación moral de la obediencia al Derecho**. Sistema, n°. 102, 1991.

Pérez Luño, A. E. (a), **Derechos humanos, Estado de Derecho y Constitución**. Tecnos, Madrid, 5ª ed., 1995.

Pérez Luño, A. E. (b), **Los derechos fundamentales**. Tecnos, Madrid, 6ª ed., 1995.

Pérez Luño, A. E. (c), **La polémica sobre el Nuevo Mundo. Los clásicos españoles de la Filosofía del Derecho**. Trotta, Madrid, 2ª Ed., 1995.

Popper, K., **La sociedad abierta y sus enemigos**. Trad. cast. de E. Loedel. Paidós, Buenos Aires, 1967.

Pureza, J. M., **¿Derecho cosmopolita o uniformador? Derechos humanos, Estado de Derecho y Democracia en la posguerra fría**. En: Pérez Luño, A. E. (ed.), **Derechos Humanos y Constitucionalismo ante el Tercer Milenio**. Marcial Pons, Madrid, 1996.

Rawls, J., **The Law of Peoples**. Critical Inquiry, n° 20, 1993.

Truyol y Serra, A., **La idea europea de género humano**. En: Pérez Luño, A. E. (ed.), **Derechos Humanos y Constitucionalismo ante el Tercer Milenio**. Marcial Pons, Madrid, 1996.

LOS DERECHOS HUMANOS Y LOS DEBERES FUNDAMENTALES

Gregorio Peces-Barba
Catedrático de Filosofía del Derecho
Universidad Carlos III de Madrid

EL ORIGEN HISTÓRICO

El concepto del deber aparece en la historia en el ámbito ético y religioso. Como otros muchos conceptos jurídicos, su origen es inseparable de la dimensión religiosa, como era en los primeros tiempos todo el Derecho (Fustel de Coulanges).

La influencia decisiva de la idea de deber en el Derecho se empezará a producir a partir del tránsito a la modernidad con la aportación del estoicismo al humanismo jurídico primero y al iusnaturalismo racionalista después (Villey).

Ya en Roma, el estoicismo había influido en Cicerón y a su través conceptos morales se habían trasladado al ámbito jurídico. Su tratado sobre los deberes (*De Officiis*) será clave en ese sentido para la recepción en el Derecho moderno del concepto de deber. El contexto social, político, económico y cultural a partir del siglo XVII favorecerá el trasvase desde el ámbito moral al jurídico. El individualismo, en una situación fundamentalmente antropocéntrica, orientará al Derecho desde su búsqueda en las relaciones objetivas, lo que es justo en cada caso (concepción medieval), a la actitud del individuo ante las normas. Los deberes serán consecuencia de este nuevo punto de vista.

Ya la Reforma protestante aplicará una moral estricta, donde las prescripciones de la Ley judía, referentes al comportamiento social, se convierten en norma. Así, la obligación de trabajar, el respeto y la lealtad a lo pactado, el deber de respetar la propiedad (Calvino). Pero será con el humanismo jurídico cuando la influencia de Cicerón incorporará el tema de los deberes al Derecho. El contenido de lo justo empezará a coincidir con el cumplimiento del deber por el individuo (*De República*, Cicerón). Entre las inclinaciones del hombre que son exclusivamente

suyas están deberes centrales como no dañar a nadie, no impedir a nadie conservarse, vestirse, enriquecerse, estar al servicio de los demás y también no robar y no faltar a la palabra. En un proceso complicado, vinculado al interés de la burguesía en la orientación del Derecho, se pasará del deber de no robar al Derecho de propiedad y del cumplimiento de las promesas al contractualismo moderno.

Este punto de vista influirá en el humanismo jurídico y en el iusnaturalismo. Se hablará del deber de sociabilidad y de los deberes de no dañar a los demás, de restituir lo ajeno, de mantener la palabra, de reparar el daño, y se añade que la violación de esas reglas merece castigo, incluso de los hombres (Grocio). El deber pasa de la moral al Derecho y ya se encuentra el rasgo del castigo como elemento identificador.

Así, ya en el iusnaturalismo racionalista se llamará deber a una acción humana exactamente conforme a las leyes que imponen la obligación (Pufendorf) y se desarrollarán los aspectos que generan ese vínculo de hacer o no hacer.

De estos deberes de los hombres (no hacer daño a nadie y reparar el daño causado, considerarse como naturalmente iguales, contribuir a la utilidad de los demás, cumplir con la palabra dada, no enfadar a nadie, cumplir los compromisos, respetar la propiedad, etc.) surge el sistema de Derecho natural y el concepto de derecho subjetivo.

Ya con Hobbes, con un sistema intelectual similar, el primer deber real de todo súbdito será obedecer al Derecho positivo. El deber será el cumplimiento del mandato de aquél cuyo mando se dirige a alguien previamente obligado a obedecer. En definitiva, la única función del Derecho natural será legitimar la obediencia al Derecho positivo, y éste será la fuente de la obligación (Bobbio).

Con Kant se llegará a una ética de los deberes y a su distinción respecto de los deberes jurídicos. Así, la legislación que convierte una acción en obligatoria y que a su vez hace de esta obligación el motivo del obrar es ética. Cuando esto no es así y el deber permite un motivo del obrar distinto de la obligación misma, estamos ante una obligación jurídica. Así, las obligaciones derivadas de la legislación jurídica sólo pueden ser obligaciones externas, las derivadas de la legislación ética se generan por acciones internas.

La afirmación de que los deberes jurídicos derivan de la existencia de una norma jurídica que los establece empezará a tomar cuerpo en el origen de la crisis del iusnaturalismo a finales del siglo XVIII y se consolidará a partir del siglo XIX. Cuando los deberes se incorporan al Derecho positivo, especialmente al nivel superior, paralelos a los derechos fundamentales, lo hacen desde posiciones moderadas que pretenden limitar los efectos de los derechos como levadura revolucionaria.

Ya en la voz «Súbditos» de la Enciclopedia se dividen los deberes en generales y particulares, derivados del estado y situación de súbdito. Puesto que todos los súbditos tienen en común que están so-metidos a un mismo soberano y gobierno, de esas relaciones derivan los deberes generales. Quizás en esta identificación se encuentra la raíz del concepto de deberes fundamentales, como aquéllos que de-

rivan de la relación del súbdito con el poder soberano. Posteriormente, los deberes fundamentales no serán sólo del súbdito, sino que con el sometimiento del gobernante al Derecho y con la aparición del Estado social se podrá hablar también de deberes fundamentales de los poderes públicos.

Entre estos deberes generales distinguirá la Enciclopedia aquellos que relacionan a los súbditos con los gobernantes, con el cuerpo político en general y con los individuos que son ciudadanos.

Por otra parte, los deberes particulares derivan de los diferentes empleos y posiciones que ocupan dentro del Estado y de las diversas profesiones que ejercen.

Esta relación entre derechos y deberes se extiende a obras como la de Mably (*De los derechos y de los deberes del ciudadano*, 1758), aunque luego no encontremos en su interior una auténtica teoría de los deberes.

En los orígenes de la revolución francesa, las declaraciones de derechos del hombre y del ciudadano de 1789 y 1793, esta última con influencia jacobina y especialmente de Robespierre, no se refieren a los deberes. Sin embargo, la Constitución del año III, 1795, sí contiene una declaración de deberes.

Esto se entiende en una situación más moderada tras la caída de Robespierre, en la toma del poder por los termidorianos, quienes tenían serias discrepancias con la Constitución «montagnarde» de 1793, que nunca entró en vigor, y especialmente con sus derechos sociales.

Mucho más influida por Montesquieu, y huyendo de la influencia de Rousseau, la Constitución abandona el sufragio universal e incluso se discute por algunos miembros de la Convención la necesidad de una declaración de derechos, que podía servir de punto de referencia a las aspiraciones democráticas y revolucionarias. Se eliminaron algunas expresiones de 1789, como «los hombres nacen y permanecen libres e iguales en derechos». En este contexto se sitúa la declaración de deberes (9 artículos), donde se afirma que «la declaración de derechos contiene las obligaciones del legislador; el mantenimiento de la sociedad exige que los que la componen conozcan y cumplan igualmente sus deberes» (art. 1.º). Son sólo deberes de los ciudadanos, no de los gobernantes.

Los deberes parten de los principios de no hacer a los demás lo que no queremos que nos hagan a nosotros, y hacer el bien que quisiéramos recibir (art. 2.º). Así, se debe servir a la sociedad, vivir sometido a las leyes y respetar a sus órganos, mantener y respetar las propiedades y defender a la patria y a sus principios de libertad, de igualdad y de propiedad cada vez que se sea llamado a ello.

En esta primera ocasión en que se positivizan los deberes se hace al servicio de una sociedad que desconfía de la libertad y de la soberanía popular, que defiende los intereses de los propietarios, y como contrapeso de una Declaración de derechos debilitada en relación con 1789.

Este rasgo de desconfianza en los derechos y en los componentes progresistas de la libertad se expresará en la organización política de los Estados autoritarios

(Italia, Alemania, Portugal y España), que recogerán también más los deberes de los ciudadanos respecto al poder que sus derechos.

Pero los deberes fundamentales se incorporarán también a la cultura jurídica en textos constitucionales más progresistas, aunque, en el caso de la Constitución francesa de 1848, sólo a través del preámbulo que carecía de carácter normativo. Es importante que los deberes se planteen como deberes recíprocos de los ciudadanos respecto a la República y de la República respecto de los ciudadanos (V). Entre los primeros se señala el amor a la patria, el servicio y la defensa de la República, la participación en los cargos públicos en proporción a la fortuna, el deber del trabajo y de obediencia a las normas morales y jurídicas (VI). Por su parte, la República debe proteger al ciudadano, en su persona, su familia, su religión, su propiedad, su trabajo, ofrecer la educación indispensable a todos los hombres, procurar asistencia sea por medio de trabajo, sea protegiendo, en defecto de la familia, a quienes no tienen (VII). La Constitución se establece para cumplir esos deberes y para garantizar esos derechos.

En el constitucionalismo posterior, con independencia del carácter progresista o moderado del texto de que se trate, se incorporan los deberes fundamentales de los ciudadanos, especialmente los que se refieren al sostenimiento de las cargas públicas (deber de pagar los impuestos) y a la defensa de la nación (deber de prestación del servicio militar). Así, la Constitución de Weimar (arts. 120, 132, 133, 134, 163) y la española de 1931 (arts. 37, 43, 46, 48, 115). En la actualidad encontramos esos deberes fundamentales en la Constitución italiana (arts. 2, 4, 30, 34, 48, 52, 53, 54), en la alemana (6.2, 12a, 33.1), en la portuguesa (parte 1) y en la española (arts. 3, 27.4, 30, 31, 32.2, 35.1, 39.3, 118, 139), entre otras.

Los deberes fundamentales lo serán también de los poderes públicos, de los órganos y de los funcionarios a partir de la entrada en juego de dos criterios:

1) En primer lugar, el Estado de Derecho, el sometimiento de los gobernantes a la Ley, con la superación del principio «*princeps a legibus solutus*», propio del Estado absoluto y de la inicial concepción de la soberanía en Bodino, supone que las normas jurídicas regulan también el origen, la organización y el funcionamiento del poder. De este principio general se deduce la posibilidad de que los poderes públicos sean titulares de deberes jurídicos y, en este caso, de deberes jurídicos fundamentales.

2) En segundo lugar, el paso del Estado liberal al Estado social de Derecho atribuirá unas funciones positivas al poder público para la satisfacción igual de las necesidades humanas básicas. Es conocido este proceso y sólo se debe consignar que una serie de deberes de prestación de servicios son consecuencia de esas funciones que se asumen por las instituciones y que a veces esos deberes son consecuencia de derechos de crédito de los ciudadanos cuyo ejercicio desencadena el deber de la prestación.

No estamos ya sólo ante el deber negativo de abstención en la esfera de autonomía garantizada por los derechos individuales, ni siquiera ante el deber de acep-

tar la participación de los ciudadanos en la formación de la voluntad del poder, sino ante un deber positivo que exige la realización de acciones.

Los textos constitucionales actuales (con precedentes que arrancan de 1848) recogen estos deberes fundamentales de los poderes públicos. Así, la Constitución italiana (arts. 2, 3, 9, 30, 31, 32, 34, 35, etc.) o la española (arts. 9.2, 27.3, 5 y 9, 39, 40, 41, 42.2, 44, etc.).

Hay que señalar por fin que también alguna Constitución actual establece el sometimiento recíproco de gobernantes y gobernados al Derecho, es decir, el deber de obediencia a las normas jurídicas, problema muy discutido y al que nos referimos más adelante. Así, la Constitución española, donde se afirma que «los ciudadanos y los poderes públicos están sujetos a la Constitución y al resto del Ordenamiento jurídico (art. 9.1). Algunas Constituciones afirman sólo la obligación general de obediencia respecto a los ciudadanos (Constitución italiana, art. 54), mientras que en otras se afirman vinculaciones de partes del Ordenamiento, también para los poderes públicos (Ley Fundamental de Bonn, art. 1.3).

CONCEPTO DE DEBERES FUNDAMENTALES

A) Como se desprende del panorama histórico, el concepto de deber ha sido decisivo, junto con la identificación del Derecho con la Ley, para la formación del Derecho moderno. También lo es en importantes doctrinas contemporáneas (Kelsen, Scarpelli).

La identificación del deber jurídico y su distinción del deber moral es imprescindible para aclarar el sentido del término “deber fundamental”.

Descartamos aquellas posiciones, como las del realismo escandinavo, que desvalorizan el concepto de deber jurídico, al que se atribuye una función ideológica (Ross), un sentido ideal, una idea referida a un poder sobrenatural (Hägeström) o simplemente la consideración de una quimera que debía ser excluida del discurso científico (Lundstedt) o que carece de referencia fáctica y que no significa nada en absoluto (Olivecrona).

Se han producido importantes aportaciones a lo largo de la historia de la cultura jurídica reciente para acotar el concepto de deber jurídico (Bellagio, 1965), e incluso en una de ellas se ha ensayado una tipología de las principales teorías de la obligación jurídica según el modo con el que se ha intentado definir el concepto de deber y según la posición que se ha atribuido al concepto de deber en el sistema de los conceptos jurídicos (Bobbio).

El concepto de deber jurídico que utilizamos es el que han propuesto filósofos y teóricos del Derecho, es decir, el que pretende estipular un uso para el concepto válido para cualquier Ordenamiento, y en concreto para acercarnos después al concepto de deberes fundamentales. No describimos el uso del término que se hace en los diferentes Derechos positivos, ni tampoco su utilización en la ciencia jurídica, con referencia a un lenguaje de un sistema jurídico concreto.

Bentham usará una definición predictiva al señalar que tener un deber significa que la persona que se encuentra en esa situación, si no se comporta como establece quien enuncia el deber, sufrirá un mal (un dolor, una falta de placer). Esta probabilidad de sufrir un mal si se omite un deber (sea de hacer o de no hacer) será jurídica cuando el sufrimiento es infligido por un funcionario de acuerdo con el Derecho.

Una posición parecida se encuentra en Holmes, para quien obligación y deber jurídico no es sino la predicción de que si una persona realiza o deja de realizar ciertos actos deberá sufrir la sanción de un tribunal de justicia.

No es, sin embargo, una aproximación útil porque muchas veces se tiene una obligación y no se sufre ningún mal si se incumple (no se es descubierto, condenado o penado), o a veces uno se ve obligado a hacer algo bajo amenaza de un mal y no estamos ante un deber jurídico (el ladrón que amenaza para robar). La distinción entre «se ve obligado a hacer algo» y «tenía la obligación de hacerlo» (Hart) es esclarecedora para señalar lo impropio de esta aproximación predictiva al deber jurídico, propia del utilitarismo, de gran influencia en la cultura anglosajona.

Un segundo modelo a considerar es el de Kelsen, asimismo de gran influencia en la cultura continental. Coherentemente con el conjunto de su teoría, vinculará obligación con sanción, puesto que una conducta sólo puede ser ordenada jurídicamente en forma objetiva y en un deber atribuible a alguien, si una norma jurídica imputa a la conducta contraria un acto coactivo como sanción. Tiene un deber y está jurídicamente obligado el individuo que puede cometer con su conducta un acto ilícito, pudiendo así producir la sanción, y a su vez puede evitar la sanción realizando la conducta opuesta, que es el contenido de su deber (Teoría del Derecho). Esta aproximación al concepto de deber jurídico dificulta la construcción de una teoría de los deberes fundamentales para los órganos funcionarios o instituciones del máximo nivel, puesto que a la conducta contraria a la que supondría su deber fundamental no está en esos casos imputada una sanción.

Hay una diferencia entre el modelo de Bentham, Austin, Holmes (predictivo) y el modelo de Kelsen (normativo), pero en ambos es central la idea de sanción y la coactividad del Derecho (Carrió). La solidez interna y la trabazón lógica del sistema kelseniano a veces le distancia de la realidad y le impide, para ser coherente, ser útil.

La concepción de Hart es el tercer modelo que vamos a considerar. Parte de la crítica a las posiciones predictivas, puesto que la existencia de un deber jurídico puede no coincidir con la existencia de una sanción a causa de la desobediencia. Por otra parte, el deber jurídico se basa en normas previas, y en ese caso su desobediencia no sirve sólo para predecir la existencia de sanciones, sino que es también la razón que legitima esa sanción.

Parte Hart para identificar a un deber jurídico de la existencia de normas que permiten fundar la obligación y consiguientemente enjuiciar el comportamiento del obligado:

1) Para que la norma imponga obligaciones debe existir una exigencia general e insistente en favor de la conformidad, y la presión social respecto a las actitudes desviantes debe ser grande. Aun así no basta para sostener la existencia de un deber jurídico (puede ser moral o de etiqueta o cortesía).

2) Es preciso, además, que la norma sea considerada importante y necesaria para la preservación de la vida social.

3) Es normal, además, que la conducta exigida por el deber, aunque sea beneficiosa para otros, pueda implicar sacrificio y renuncia para el titular del deber.

4) La norma debe otorgar competencia para la exigencia del cumplimiento del deber a los poderes públicos (Derecho penal) o dejar a un particular que pueda optar entre exigir o no el cumplimiento (Derecho civil).

Insiste también en este caso en su distinción entre el aspecto interno y externo de las normas. Desde el punto de vista interno se entiende la manera en que las normas funcionan como tales en la vida de los que forman esa sociedad y usan esas normas. Los operadores jurídicos y los ciudadanos usan esas normas como guía para organizar la vida social. La violación de una norma que establece un deber no es sólo la base para la predicción de una sanción, sino una razón para justificarla. Es necesaria la aceptación como actitud normativa de los usuarios de las normas.

5) En un sistema jurídico moderno, los deberes jurídicos necesitan, junto a las normas que los recogen (normas primarias), otro tipo de normas que establecen la competencia para determinar si se ha transgredido una norma primaria y para aplicar en su caso una sanción (es el tercer tipo de normas secundarias llamadas por Hart normas de adjudicación).

B) Con estos antecedentes se puede estipular un concepto de deber jurídico presupuesto necesario para hablar de deberes jurídicos fundamentales:

1) El deber jurídico existe con independencia de que el deber de que se trata haya tenido previamente o no una dimensión moral (el deber de no injuriar o calumniar y el deber de conducir por la derecha son ambos deberes jurídicos de origen distinto). Sólo el deber jurídico será relevante, igual que el derecho subjetivo, la libertad, la potestad o la inmunidad para el Derecho, con independencia de la influencia o de la presión que pueden producir aquellas dimensiones morales que engendran obligaciones a ese nivel, y de la posibilidad de que se conviertan en obligaciones jurídicas. Todo ello sin perjuicio de que esa influencia de la moralidad pueda orientar las decisiones de los operadores jurídicos.

2) El deber jurídico tiene que estar reconocido por una norma perteneciente al Ordenamiento. Eso supone su creación de acuerdo con la norma de identificación de normas que establece los órganos competentes y los procedimientos adecuados para crear normas y el apoyo del sistema en el poder, hecho fundante básico entendido como conjunto de instituciones, poderes, operadores jurídicos y ciudadanos que creen en los valores que sustentan ese ordenamiento, que participan en su formación, que apoyan y aceptan su norma de identificación de normas y que usan las

normas que contiene. Entre ellas las que establecen deberes jurídicos. Este requisito incluye todos los que Hart considera imprescindibles.

3) Normalmente, los deberes jurídicos llevan aparejada una sanción en caso de incumplimiento y ésta consiste en una pena o en la ejecución forzosa a cargo de quien tiene ese deber (en el supuesto de que sea posible) o una indemnización en otro caso. A veces los deberes positivos pueden ser incentivados a través de una sanción positiva o premio.

Pero pueden existir deberes cuyos titulares no puedan ser sancionados en el sentido clásico del término (como los poderes del Estado. Así, el ejecutivo tiene la obligación de presentar los presupuestos ante las Cámaras antes del 1.º de octubre en España y no existe sanción si lo incumple). Si vemos el problema desde el punto de vista del Ordenamiento en su conjunto, existen actuaciones jurídicas que en esos supuestos pueden suplir a la sanción en sentido estricto. (Así, el control político en el Parlamento: voto de censura contra el gobierno que incumple el deber de presentar los presupuestos en el tiempo previsto, o pérdida de votos del partido del gobierno en las elecciones por el rechazo del electorado ante el incumplimiento de ese deber de presentar los presupuestos en el plazo debido).

4) En la Teoría del Derecho a partir de Hohfeld, deber jurídico es correlativo de derecho subjetivo y opuesto a libertad.

Los deberes correlativos al derecho subjetivo pueden ser positivos, si consisten en un hacer, o negativos, si consisten en no hacer u omitir. Se tiene un deber cuando alguien tiene el derecho de exigir un comportamiento o la omisión de un comportamiento. Se tiene, asimismo, un deber cuando no se tiene libertad, es decir, cuando no se puede impedir que otro exija un comportamiento o la omisión de ese comportamiento. Si alguien no tiene la libertad de hacer algo es porque tiene el deber de no hacerlo. Hay que afirmar que existen deberes jurídicos que no tienen como correlativo un derecho subjetivo (los deberes respecto a los animales, y muchos deberes fundamentales como el deber de la educación, por ejemplo).

C) Los deberes jurídicos se pueden clasificar con arreglo a muy diversos criterios:

1) Pueden ser específicos si su correlativo es el derecho subjetivo de una persona concreta (el titular de un crédito que se debe pagar por el deudor) y genéricos si no tienen como correlativo un derecho subjetivo de una persona concreta, sino el derecho subjetivo de cualquier persona que se encuentre en una determinada situación (el deber de asistencia a una persona herida o accidentada).

2) Pueden ser positivos si consisten en hacer y negativos si consisten en no hacer o en soportar determinadas conductas.

3) Por su forma de producción normativa pueden ser creación del Derecho legal (lo más habitual) o del Derecho judicial (en el supuesto que Dworkin recoge del deber de no beneficiarse del propio hecho delictivo en el caso de *Riggs vs. Palmer*).

4) Por el sujeto titular pueden ser del individuo, de las comunidades infraes-

tatales (familia, partidos, sindicatos) y de los Estados (en la esfera interna o en la esfera internacional).

D) Con todas estas precisiones podemos estipular el uso del concepto “deberes fundamentales” como aquellos deberes jurídicos que se refieren a dimensiones básicas de la vida del hombre en sociedad, a bienes de primordial importancia, a la satisfacción de necesidades básicas o que afectan a sectores especialmente importantes para la organización y el funcionamiento de las instituciones públicas, o al ejercicio de derechos fundamentales, generalmente en el ámbito constitucional.

El ejercicio de un deber fundamental no reporta beneficios exclusivamente al titular del derecho subjetivo correlativo, cuando existe, sino que alcanza una dimensión de utilidad general, beneficiando al conjunto de los ciudadanos y a su representación jurídica, el Estado.

A diferencia de los derechos fundamentales, cuya raíz ética y previa (la moralidad de los derechos fundamentales) es evidente, los deberes fundamentales son, en ocasiones, consecuencia de la convención y del ejercicio del poder soberano, titular de la producción normativa. Será difícil encontrar una raíz moral al deber de contribuir con la prestación personal en el ejército por medio de las armas, al servicio al país. Incluso para las modernas corrientes defensoras de la objeción de conciencia se pueden encontrar argumentos morales contra ese deber.

EL CONTENIDO DE LOS DEBERES FUNDAMENTALES

a) En el propio origen del sistema político moderno podemos encontrar la raíz de algunos de los deberes fundamentales actuales. La justificación contractualista clásica construida sobre una ficción racional (Pufendorf, Hobbes, Locke, Rousseau, Kant), pese a las diferencias entre esos autores, permite la elaboración de una teoría de los deberes fundamentales que ha sobrevivido hasta nuestros días. A ella se debe añadir el renacimiento del contractualismo en la actualidad desde posiciones también muy plurales (Rawls, Nozick, Buchanan, Habermas), que no permiten hablar de un solo neocontractualismo (Vallespin).

Una construcción racional desde estas corrientes contractualistas permite justificar la existencia de un modelo de deberes recíprocos en el propio origen de la sociedad política y del Estado, en una situación comunicativa ideal. Los deberes serán de los ciudadanos y de los gobernantes y se explican entrelazando el origen del poder y su función y el papel que los ciudadanos desempeñan.

El poder, el Estado, es aceptado y consentido por la persona para la seguridad de todos, la salvaguardia y desarrollo de la comunidad y la protección de los derechos de la persona. Con esa finalidad, los hombres se unen en sociedad y se sitúan bajo la protección del Estado.

El deber del poder político, de las instituciones, de los operadores jurídicos, será procurar esa salvaguardia de la seguridad, de la libertad, de la igualdad y de la

solidaridad, y el deber de los ciudadanos de una sociedad así constituida y donde ellos pueden participar en la elaboración de esos fines será el de obedecer al Derecho consecuencia de la acción del poder político.

Desde su punto de vista, Rawls (Teoría de la Justicia) justifica también el deber de gobierno y el deber de obediencia por medio del primero de los deberes naturales que él establece, el deber positivo de justicia, porque «si la estructura básica de la sociedad es justa, o todo lo justo que es posible esperar dadas las circunstancias, todos tienen un deber natural de hacer lo que se les exige». A través del deber de gobierno se persigue una sociedad justa y ello genera el deber de obediencia de las normas de esa sociedad justa. El deber de gobierno, tal como aquí lo hemos caracterizado, trae como consecuencia la legitimidad del sistema y supone que la pretensión que acompaña a un orden político de ser reconocido como correcto y justo no está desprovista de buenos argumentos. Legitimidad significa el hecho de merecimiento de reconocimiento del ejercicio del deber de gobierno como correcto y justo.

Para Hart, la justificación del deber de obediencia deriva del contenido mínimo de Derecho natural: «algunas generalizaciones muy obvias referentes a la naturaleza humana y al mundo en que los hombres viven...; en la medida en que sigan siendo verdaderas, hay ciertas reglas de conducta que toda organización social tiene que contener para ser viable...». Son las que se refieren a la restricción del uso de la violencia que se traduce en matar o en causar daños corporales, a una igualdad aproximada que exige un sistema de abstenciones o concesiones mutuas (base de la obligación moral y jurídica), un altruismo limitable que exige también un sistema de abstenciones mutuas, unos recursos limitados que hacen indispensable alguna forma mínima de propiedad (aunque no necesariamente de propiedad individual), y una garantía por medio de sanciones centralmente organizadas de que aquellos que obedecen voluntariamente no serán sacrificados a quienes no lo hacen.

Sólo con este contenido se puede justificar el deber de obediencia porque sin él no sería posible llevar a cabo el propósito mínimo de supervivencia que los hombres tienen al asociarse entre sí.

Se puede también justificar el deber de gobierno con el punto de vista de Hart como el que corresponde al poder, y es esperado por los hombres al asociarse, de realizar estos objetivos que hacen viable la sociedad.

Los deberes de gobierno y de obediencia al Derecho pueden ser calificados de fundamentales, puesto que están en el origen, en la justificación y en el funcionamiento viable y posible de una sociedad política. Tienen una indudable dimensión racional, aunque también la historia ha modulado su sentido y su perfil en cada tiempo histórico.

En los orígenes del Estado liberal, el deber de gobierno se concretaba a través del Derecho en la realización de las funciones de garantía de la acción de los particulares y de represión de las violaciones de ese orden garantizador. En el Estado social se añade a esas funciones la función promocional (Bobbio) como acción posi-

tiva de los poderes públicos para satisfacer las necesidades básicas de los hombres. Eso supone que el deber de gobierno más unitario y concentrado y fundamentalmente planteado como deber negativo se descompondrá en una serie de deberes positivos vinculados a la satisfacción de derechos de crédito (principalmente económicos, sociales y culturales) derivados del valor igualdad.

En los orígenes del Estado liberal, el deber de obediencia tenía como contrapartida, si no existía reciprocidad del deber de gobierno, el derecho de resistencia. Poco a poco, por la influencia kantiana de la obediencia incondicionada, por la institucionalización dentro del sistema de la resistencia (garantías procesales, libertad de expresión, de prensa, de manifestación, etc.) y por el auge del positivismo, el derecho de resistencia perdió sentido y justificación. Hoy, después de la II Guerra Mundial, de nuevo el tema de la obediencia al Derecho ha adquirido importancia (Radbruch, Raz, Passerin d'Entreves, González Vicén, Elías Díaz) y se han planteado teorías que justifican la desobediencia civil o la objeción de conciencia frente al Derecho injusto. Sin embargo, las razones que justifican el deber de obediencia en una sociedad democrática capaz de integrar desobediencia civil y objeción de conciencia permiten, en este momento histórico, seguir sosteniendo su viabilidad (Nino).

Estos deberes fundamentales de gobierno y de obediencia al Derecho se convierten en jurídicos si se incorporan al Ordenamiento, como ya se ha explicado. Pese a su carácter radical, básico o cimentador de la propia sociedad política, se pueden incorporar al Derecho positivo en un sistema con un hecho fundante básico, con un poder que participe de los valores democráticos que hemos señalado para justificar estos deberes.

El deber de gobernar, en el sentido que aquí se indica, se encuentra en textos como la Declaración de derechos del buen pueblo de Virginia (1776), en la Declaración de Independencia de los Estados Unidos (1776) y en las Declaraciones francesas (1789, 1793).

El deber de obediencia al Derecho se formula en el contractualismo clásico, condicionado al cumplimiento por el poder del deber de gobernar, y aparece en los textos consagrado en su dimensión opuesta como derecho de resistencia a la opresión (Declaración de Virginia, Declaración francesa de 1793).

Asimismo, Constituciones actuales como la italiana o la española recogen el deber de obediencia al Derecho (en este último caso incluyendo también el deber de los gobernantes, lo que sin duda constituye una buena razón más de equiparación entre gobernantes y gobernados para justificar la obediencia de los ciudadanos).

El deber de gobierno se descompone en los innumerables deberes que corresponden a los poderes públicos y que en algunos casos se corresponden, como hemos visto, con derechos subjetivos de los ciudadanos.

b) Junto a estos deberes fundamentales podemos señalar aquéllos que se basan en razones de organización del Estado para subvenir en la satisfacción de necesidades o para la realización de funciones públicas, y que por su importancia

son recogidos en la Constitución o en leyes que encuentran su fundamento en una norma de producción recogida en la Constitución (la norma que manda al legislador establecer una Ley de Jurado, en la que se recoge el deber de participar como jurado, si se es escogida y se reúnen los requisitos establecidos en la misma Ley).

Estos deberes pueden ser de dos tipos. Pueden suponer el desempeño de funciones públicas, como en el caso de los deberes de función (Biscaretti di Ruffia). En segundo lugar pueden ser deberes prestacionales que suponen obligaciones de hacer para todos los ciudadanos o para determinada clase de ciudadanos (funcionarios u otras clases de operadores jurídicos).

Los deberes de función pueden asumir la función de jurado o el deber de voto (Bélgica, varios cantones suizos, Hungría y Dinamarca, por ejemplo). En Italia existió deber de votar en las elecciones a Asamblea constituyente de 1946. El artículo 48 de la Constitución señala que el ejercicio del voto es un deber cívico, expresión ambigua, aunque se puede deducir que es un deber jurídico porque se recoge en la Constitución y porque se fijan sanciones en caso de incumplimiento del deber.

Los deberes de prestación general (válidos para todos los ciudadanos) son principalmente dos: el deber de prestación del servicio militar y el deber de contribuir por medio del sistema tributario al sostenimiento de los gastos públicos. Los deberes de prestación especial son los de clases de ciudadanos, como los funcionarios, los jueces y otros operadores jurídicos (como el deber de imparcialidad, el deber de resolver todas las prestaciones que se presenten ante ellos o el deber de cumplir las funciones públicas con disciplina y honor, y de prestar juramento en su caso (art. 54 de la Constitución italiana)).

Los deberes fundamentales más comunes recogidos en Constituciones posteriores a la II Guerra Mundial son los que hemos denominado deberes de prestación general.

El deber de contribuir a la defensa de la Nación se encuentra en el artículo 52 de la Constitución italiana, en el artículo 30 de la Constitución española y en el artículo 12a de la Ley Fundamental de Bonn. Estamos ante un deber fundamental que no tiene un derecho subjetivo fundamental correlativo. Se trata de una prestación personal de realización del servicio militar que tiene como finalidad la integración temporal de ese individuo en las fuerzas armadas. Durante su realización, el ciudadano se encuentra en una situación de sujeción especial que limita algún derecho fundamental (expresión, reunión, petición, garantías procesales, en cuanto algunas sanciones de plano derivadas de la disciplina militar suponen limitación del derecho de audiencia previa, a la defensa o a la presunción de inocencia, y derecho al juez preestablecido por la Ley, al quedar sometido en algunas materias a la jurisdicción militar).

Este deber está limitado por el derecho a la objeción de conciencia que supone la posibilidad de negarse a prestar el servicio militar por motivos de conciencia o por creencias de orden religioso, moral filosófico, etc. (este derecho se reconoció por primera vez durante la Revolución francesa por medio de un Decreto que exi-

mió de la prestación a los anabaptistas). Se reconoce recientemente en nuestra cultura jurídica (Francia, 1963; Italia, 1972; Alemania, 1949; España 1978).

El Consejo de Europa, por medio de una resolución de la Asamblea Parlamentaria de 1967, reconoce que la objeción de conciencia es un derecho subjetivo, derivado del derecho a la libertad de pensamiento, conciencia y religión (art. 9 del Convenio Europeo de derechos humanos).

El deber de contribuir por medio del sistema tributario al sostenimiento de los gastos públicos se recoge en la Constitución italiana en el artículo 53 y en la Constitución española en el artículo 31. No aparece ese deber en la Ley Fundamental de Bonn ni tampoco en el texto de la Constitución francesa de 1958, aunque sí en el artículo 13 de la Declaración de 1789, vigente por medio del Preámbulo de la Constitución de la IV República, a su vez en vigor de acuerdo con el Preámbulo de la Constitución de la V República.

Este deber se cumple según la capacidad económica, que es una concreción del valor de la igualdad como diferenciación (la consideración como relevante de la riqueza para fijar la contribución de cada uno). El deber se cumple normalmente con la garantía de la reserva de Ley para la fijación de los tributos.

c) Finalmente, debemos referirnos a los deberes fundamentales de los ciudadanos o de los poderes públicos que son correlativos con la existencia de derechos subjetivos.

En esta situación se encuentran los deberes negativos de ciudadanos o de poderes públicos obligados a respetar derechos fundamentales de los que son titulares otros ciudadanos o grupos en que éstos se integran (derecho a la vida, derecho de reunión, libertad de prensa, derecho de huelga, etc.). A veces, técnicamente, si llevamos a sus últimas consecuencias la distinción que arranca de Hohfeld, estos deberes son más bien no derechos si su correlativo es una libertad. Esto es una prueba de los matices por los que hay que aceptar una clasificación que puede llevar a conclusiones rígidas.

Asimismo, se pueden señalar los deberes positivos de los poderes públicos ya citados que suponen el incumplimiento de prestaciones exigibles por los titulares de derechos de crédito frente a esos poderes públicos (derechos a la sanidad, a la seguridad social, a la educación, etc.).

Se puede hablar en algunos casos de deberes positivos de los particulares (por ejemplo, en relación con la libertad sindical, los deberes de los empleadores de facilitar locales para reuniones o de liberar de trabajo a los representantes sindicales).

BIBLIOGRAFÍA

Austin, J., **Lectures on Jurisprudence**. Ed. a cargo de Robert Campbell. John Murray, Londres, 1885.

Bobbio, N., **Teoria della norma giuridica**. Giappichelli, Turín, 1958.

Hart, H. L. A., **El concepto de derecho**. Trad. cast de G. Carrió. Nacional, México D. F., 1980.

Hohfeld, W. N., **Some Fundamental Legal Conceptions as Applied in Judicial Reasoning**. "Yale Law Journal", n° 23, 1913.

Kelsen, H., **Teoría pura del derecho** (1ª ed., 1934). Trad. cast. de M. Nilve. Eudeba, Buenos Aires, 1987.

Scarpelli, U., **Contributo alla semantica del linguaggio normativo**. Memoria dell'Accademia delle scienze di Torino, Turín, 1959.

Ross, A., **Sobre el derecho y la justicia**. Trad. cast. de G. Carrió. Eudeba, Buenos Aires, 1970.

MULTICULTURALISMO Y DERECHOS HUMANOS

Javier de Lucas
Catedrático de Filosofía del Derecho
Universidad de Valencia

INTRODUCCIÓN

El año 1998 propició un marco de reflexión sobre el balance y perspectivas de los derechos humanos, al calor del cincuentenario de la Declaración Universal de la ONU de 1948. De entre los viejos y nuevos elementos de debate aportados a ese propósito, probablemente los más interesantes son los relacionados con la función de los derechos humanos como principios del orden internacional (vid. Ferrajoli, 1999; Pérez Luño, 1998), una función aparentemente revitalizada por la aceleración del proceso de globalización, y que parecería dar respuesta a algunos de los problemas que ponen en entredicho la existencia de una comunidad internacional guiada por los ideales de la paz y la justicia. En efecto, la conciencia del “nuevo” proceso de globalización como rasgo definitorio del orden internacional ha provocado análisis “optimistas” que entienden que, como mínimo, estaríamos recorriendo peldaños hacia la democracia y una ciudadanía cosmopolita, hacia un Estado de Derecho de ámbito mundial, por utilizar una paráfrasis ofrecida entre otros por J. Muguerza. Aunque me parece muy importante que, frente a las tan frecuentes apelaciones a una “ética global” como tarea prioritaria, se recupere ahora un clásico mensaje que, repitiendo incluso lugares comunes como el de la guerra justa (en parte presentes en la discusión acerca de la denominada intervención humanitaria), recupera la prioridad enunciada por Kant al señalar que la vía para que prevaleciera la justicia era asegurar el imperio de la ley en todos los Estados y en las relaciones internacionales y que el requisito de principio era la eliminación de la guerra (vid. Zolo, 1998a, 1998b; Ferrajoli, 1999; Velasco, 1997), no trataré de analizar en lo que sigue ese tipo de aproximación, sino lo que constituye el presupuesto de tales reflexiones, el impacto que produce la redefinición de la comunidad internacional (en términos de globalización y multiculturalidad) sobre la presentación de los derechos humanos como imperativo de universalidad, como condi-

ción mínima de la nueva legitimidad internacional, del proceso hacia la adopción de los principios e instituciones propias del Estado de Derecho y de la democracia en el orden internacional. En otras palabras, lo que pretendo es examinar el alcance de una tesis que tiene carácter central, constituyente respecto a los objetivos de la democracia cosmopolita o el Estado de Derecho mundial. Me refiero a la universalidad de los derechos y a las consecuencias de la misma, consecuencias tales como, por ejemplo, los instrumentos e instituciones jurídicas y políticas que hacen viable y garantizan el principio de jurisdicción universal de esos derechos.

LA UNIVERSALIDAD DE LOS DERECHOS, CONDICIÓN PREVIA DEL PROCESO HACIA EL ESTADO DE DERECHO Y LA DEMOCRACIA COSMOPOLITAS

Específicamente lo que quiero plantear es si los dos rasgos que probablemente definen el actual orden internacional, globalización y multiculturalidad, nos obligan a redefinir esa tesis y de qué forma. Y a ese respecto probablemente la primera tarea es contribuir a evitar dos errores que suelen aparecer en la presentación de uno y otro rasgo, de la globalización y de la multiculturalidad, a propósito de los derechos humanos.

Primero, en relación con la globalización, habría que tratar de evitar el ingenuo optimismo o triunfalismo (si hablamos de los discípulos de Fukuyama o Hungtinton) propios de quienes ven en la globalización el factor decisivo de la universalidad de los derechos y con ello la prueba inequívoca de que hemos entrado en el mejor de los mundos posibles, aquél que hace viable precisamente el cosmopolitismo. La globalización haría posible la justicia y el Estado de Derecho en un ámbito mundial. Por ejemplo, gracias a la globalización se habría configurado y aun reforzado la opinión pública mundial como factor determinante en pro de los derechos humanos (sin advertir cómo esa opinión es modelada caprichosamente para focalizarse en los Balcanes -y en una sola dirección- y no en Africa, ni en Asia o en Méjico). La globalización haría posible la conciencia de pertenencia a la comunidad mundial y con ello contribuiría decisivamente a la formación de la democracia cosmopolita (aunque en realidad, como ha advertido ingeniosamente un colega, ese cosmopolitismo no sea las más de las veces más que un cosmopaletismo). Ese error me parece más grave que la unilateral descalificación de la globalización como proceso que realizan quienes denuncian que detrás de la globalización sólo hay ideología neoliberal y que por tanto todo lo que significa la globalización son nuevas estrategias del imperialsimo capitalista.

Pero se trata de evitar asimismo el error más frecuente acerca de la multiculturalidad. Me refiero no a las visiones ingenuamente arcádicas de la diversidad cultural que reducen la multiculturalidad a una cuestión de variedad de elecciones secundarias (en gastronomía, en folklore), sino a las mucho más frecuentes caracterizaciones de la multiculturalidad como patología, como cáncer para la estabilidad de las democracias. Se trata de las apocalípticas (o jeremías) predicciones que

insisten en las insuperables dificultades, enfrentamientos y conflictos que llevaría consigo la multiculturalidad desde el *parti pris* de que la diversidad cultural significa presencia de culturas incompatibles con las instituciones que hacen posible el progreso (la democracia y el mercado). Detrás de esa tesis hay una confusión entre homogeneidad, unidad y estabilidad que sacrifica el pluralismo y la democracia inclusiva, dos rasgos que ha proclamado Dahl como condiciones *sine qua non* de la democracia (y más aún de la democracia en un orden global y multicultural).

La cuestión que propongo ha sido planteada de diferentes formas. Parafrasearé ahora la de Held: los derechos que nacieron al amparo del modelo de soberanía y de las instituciones propias del Estado nacional -por ejemplo, de su noción de ciudadanía- ¿pueden seguir siendo avalados en su pretensión de universalidad en ese marco?, ¿no aparece una insalvable tensión dialéctica entre pretensión de universalidad y vínculo nacional? Y, si es así, ¿acaso disponemos de los instrumentos que permitan superar ese marco?. Quizá habría que empezar por reconocer, como ha propuesto insistentemente Ferrajoli, que la tesis que insiste en que el principal instrumento de esa noción de derechos es la ciudadanía, hecha posible por el Estado nacional (y de ahí el veredicto de Hegel sobre la libertad y los derechos que serían realizados por fin en el Estado nacional), encierra una contradicción imposible de salvar sin abandonar la propia categoría de ciudadanía. En realidad, el problema afecta también, como ha señalado a mi juicio acertadamente Santos, a la lógica jurídicopolítica de esos instrumentos, que empujan a la “diáspora jurídica” en lugar de a la “ekumené jurídica”. Es evidente que el Estado nacional es excesivamente particularista como para permitir la construcción de la democracia cosmopolita y del Estado de Derecho mundial. No lo es menos que la voluntad homogeneizadora *ad intra* del Estado nacional es incompatible con la democracia inclusiva, con la construcción de una comunidad libre de iguales para todos (también para los otros diferentes a los que se hace invisibles o sólo visibles como amenaza o chivo expiatorio, como fobotipo). Lo grave es que tampoco el orden internacional proporciona elementos para el optimismo: un Estado de Derecho mundial, una democracia cosmopolita exigen una comunidad mundial.

Por eso, en mi opinión, lo primero que debiéramos hacer es reexaminar las condiciones que hoy habría que tener en cuenta si pretendemos sostener en serio el imperativo de universalidad de los derechos -*todos los derechos, para todos*- según lo formuló B. Galli en su discurso de apertura de la Conferencia Mundial de Viena de 1993, y que fue elegido por las Naciones Unidas como uno de los lemas del cincuentenario de la Declaración Universal de los derechos humanos de 1948. Tal reformulación viene exigida sobre todo por esos dos rasgos dominantes en este fin de siglo, la globalización y la multiculturalidad, que, quizá paradójicamente, nos sitúan ante la necesidad de superar dos herencias que pesan como un lastre de cara a la universalidad de los derechos humanos: la vinculación entre derechos humanos y Estado nacional, y la ideología individualista-liberal.

Por lo que se refiere al Estado nacional está claro que es el marco que ha posibilitado, en régimen de monopolio, la garantía eficaz de esos derechos. Eso ha

supuesto un vínculo entre ciudadanía, nacionalidad, derechos humanos y soberanía nacional, que hoy es urgente transformar si queremos avanzar hacia la universalidad de los derechos, si queremos construir la democracia y el Estado de Derecho cosmopolitas. Lo decisivo es la transformación de los mecanismos de reconocimiento que pasen de una concepción estrecha basada en el solipsismo individualista y en la identificación de la comunidad política con la comunidad cultural supuestamente homogénea a otros más acordes con la realidad plural y con el arraigo del individuo en la comunidad, sin detrimento de los derechos individuales. Por lo que se refiere a la herencia del individualismo, todavía hoy sigue apropiándose de la tradición de los derechos humanos y de la democracia, en coherencia con los supuestos de la democracia liberal.

En todo caso, hablando de globalización y multiculturalidad, habría que empezar por subrayar la complementariedad de esos dos procesos, en lugar de su oposición, tal y como ha sido destacado por Robertson en su tesis de la *glocalización* (Robertson, 1990) por Santos, quien señala cómo dos de las estrategias de la globalización -los globalismos localizados y los localismos globalizados- se orientan a un régimen o sistema mundial de acumulación desde la lógica del capitalismo neoliberal, aprovechando funcionalmente la multiculturalidad (Santos, 1996; en el mismo sentido, Chomsky, 1997), o por Morin y Naïr en su análisis de la *balkamundialización* (Norin / Naïr, 1998; Naïr, 1998; Naïr / De Lucas, 1997). Y sobre todo, probablemente lo más importante es que habría que superar las consecuencias de esa visión, consecuencias como la generalización de los procesos de exclusión en el interior de los Estados, y de la dualización en el orden internacional.

A la luz de aquellas características, el verdadero reto de la universalidad en orden a hacer posible la democracia y el Estado de derecho cosmopolitas es la inclusión, o, mejor, *el reconocimiento del otro como tal otro*, es decir, como diferente, y precisamente por ello, sujeto como nosotros de la soberanía y de los derechos. Pues bien, si ése es el reto, la primera reformulación de la universalidad se traduce en la prioridad del imperativo de la inclusión del otro. Ante todo, del otro que nos plantea la cuestión de género. Además, de aquellos otros cada vez más visibles como tales, con la visibilidad que tienen hoy los inmigrantes, los refugiados, las minorías. Ahora bien, se trataría de una inclusión para la que no debiéramos exigir el precio que hasta ahora habíamos puesto a la universalidad, el vaciamiento de toda identidad diferente en aras del abstracto reconocimiento como persona sólo de quien se adapte a ese molde, pretendidamente vacío pero hecho a nuestra medida, que es el canon occidental.

¿QUÉ UNIVERSALIDAD DE LOS DERECHOS EN LA SOCIEDAD DE LA GLOBALIZACIÓN?

Hoy aceptamos sin gran dificultad que el respeto universal a los derechos humanos es la condición misma de legitimidad del orden jurídico interno e interna-

cional. Eso es más evidente si lo planteamos de forma negativa: hay una suerte de consenso universal en admitir el imperativo de luchar por eliminar lo que Imbert ha denominado "l'inacceptable universel", el daño a las necesidades básicas que ofende al consenso jurídico común, el daño que significa la violación de los derechos humanos. Resulta tan inadmisibile que ningún Estado puede permitirse el lujo de enfrentarse a ese daño. Ese es un cambio en la conciencia colectiva que se ha logrado ahora, y que está detrás de las más recientes decisiones en materia de lucha contra las violaciones de los derechos humanos, contra la impunidad de quienes las realizan.

Ese principio permitiría formular algunas de las obligaciones que alcanzan a toda la comunidad internacional, lo que los internacionalistas llaman obligaciones *erga omnes*, y no es muy difícil establecer algunas consecuencias concretas a partir de él. En primer lugar, por ejemplo, lo que se ha llegado a denominar *deber de asistencia* e incluso (Bettati, Kouchner) *deber de intervención humanitaria* (mucho más discutible es su formulación en términos de derecho de intervención o injerencia humanitaria (vid. Ramón Chornet, 1996): Kosovo, más que Bosnia o Irak, está demasiado cerca, como lo está el nuevo concepto estratégico proclamado por la OTAN en su 50 aniversario), frente a violaciones flagrantes de los derechos humanos y que tendría por sujeto a la comunidad internacional misma y a sus agentes (en el sistema de las Naciones Unidas, el Consejo de Seguridad en primer lugar, pero finalmente todos los Estados). En segundo término, obligaciones encaminadas a evitar el pernicioso virus de la impunidad ante los crímenes de lesa humanidad, cuyos arquetipos son el genocidio, pero también la tortura, la esclavitud, el *apartheid* o las desapariciones forzadas de personas. Por esa razón es imperativo garantizar la jurisdicción universal respecto a tales delitos, y era un imperativo pendiente -hasta 1998- la constitución de un Tribunal Internacional Penal de carácter permanente.

El mismo principio postula exigencias de la solidaridad que imponen deberes más allá de la mera asistencia humanitaria. Así, en mi opinión, las políticas de codesarrollo hacia los países del tercer mundo y los medios que ellas exigen (en primer lugar, la renegociación/condonación de la deuda) son otro deber. Pensemos en lo sucedido en los cuatro países centroamericanos (Honduras, Nicaragua, El Salvador, Guatemala) que se vieron azotados por el huracán Mitch. Como pasa casi siempre en tiempo de catástrofes, el estallido de la solidaridad a propósito de los desastres provocados provocó dos tipos de efectos que son igualmente engañosos: a corto plazo dio lugar a falsas conclusiones sobre el caudal de la solidaridad y aun sobre su alcance. En efecto, a corto plazo, la respuesta indiscutiblemente solidaria y generosa (en particular en el caso de España dentro de la UE) sugería que al menos las nuevas generaciones tienen como valor más estimado la solidaridad, que la practican y garantizan, que la aceptan como un deber, como un deber moral. Así lo atestiguaría el florecimiento de las ONG y del voluntariado, ergo la solidaridad estaría asegurada. A medio plazo, casi inevitablemente ha generado la frustración. En efecto, una vez desaparecido el efecto espectacular que centraba la atención de los medios de comunicación, en especial la televisión, una vez que el desastre ha dejado de ser noticia, que nuestras conciencias están tranquilas ante la avalancha de res-

puesta generosa, que las cadenas de televisión han hecho el *agosto de audiencia* con los *telemaratones*, las preguntas que se imponen son: ¿qué deberíamos haber hecho antes?, ¿qué podemos hacer para que las víctimas no queden a su suerte en unas pocas semanas?, ¿cómo salvarlas, además de las secuelas de enfermedad y destrucción del tejido productivo, de la corrupción, del negocio que otros pueden hacer precisamente con la ayuda solidaria?

Es evidente que los pobres son siempre más vulnerables (y por eso la solidaridad no es sólo cuestión de urgencia): las rentas de 20.000 dólares resisten mejor que las de 200. Por eso los expertos calcularon que el mismo fenómeno meteorológico apenas habría causado un centenar de muertos en Austria o Alemania. El problema es de falta de previsión y también es de precariedad, de miseria: es un problema de codesarrollo, y no sólo de asistencia. Un problema de solidaridad regularizada, institucionalizada. De solidaridad debida y no sólo espontánea. En éste, como en otros casos similares, ya sea a escala global, ya en el ámbito más inmediato (personal, familiar) se muestran a las claras los límites del modelo paternalista/asistencialista de solidaridad (tan funcional al desmantelamiento del Estado social) y no digamos los de la mera solidaridad espontánea, aunque, desde luego, es en el contexto internacional donde todavía resulta más evidente la necesidad de dar el paso a la solidaridad exigible. Si tenemos instituciones que regulan las políticas de los países en vías de desarrollo para salvaguardar el imperativo del ajuste estructural, del correcto funcionamiento del mercado internacional, ¿por qué no las tenemos para regular los mercados, para asegurar la solidaridad? ¿Por qué encuentra tanta resistencia una iniciativa tan sencilla como la tasa Tobin, ahora reivindicada entre otros por la ONG ATTAC que impulsa Ignacio Ramonet?

La respuesta es que son menos seres humanos que nosotros, como en **Animal Farm** de Orwell: "todos iguales, pero algunos, más". Eso pone lastre en las optimistas declaraciones sobre el progreso de la conciencia de universalidad de los derechos humanos (no del principio de universalidad en sí, como ha advertido Ferrajoli) y sobre todo acerca del ingenuo optimismo que, como señalé antes, propone un nexo de necesidad causal entre globalización y universalidad de los derechos. Lo que sucede es que detrás del fenómeno de la globalización (que ni siquiera es nuevo en cuanto tal) se oculta hoy más bien la ideología de la globalización que, a su vez, oculta que el único sujeto real que se corresponde con ese ser humano universal, sujeto abstracto del orden global, es el agente del mercado, y hoy eso significa el agente en el mercado global. Esa es la identidad del sujeto universal propio de la globalización, y ésa es sobre todo las empresas transnacionales y en todo caso los ciudadanos del primer mundo. El discurso liberal se empeña en hablar de los seres humanos como individuos -mónadas, denunciaba Marx- y sólo de derechos humanos como libertades individuales, pero eso no está al alcance de todos los seres humanos, sino sólo al de un sector mínimo (una parte del Norte, el Norte del Norte y el Norte del Sur) que puede permitirse el lujo de ser mónadas y de pagarse las mercancías en que se han convertido el resto de los derechos, lo que llamábamos derechos sociales.

En algún otro lugar he intentado recordar la falacia que subyace a la presentación de la globalización (desde la ideología de la globalización) como la verificación del ideal universalista de la Ilustración. He apuntado que no es universalización, en el sentido en el que, en mi opinión, cabe hablar de universalismo, esto es, como ideal de emancipación humana, y por eso mismo como progreso moral. Aún más, que la ideología de la globalización es incompatible con el proyecto de la universalidad del mismo modo o por razones muy similares a las que nos permiten decir que la lógica del mercado cuya extensión global es el emblema del proyecto globalizador es incompatible con la lógica de los derechos universales de los seres humanos. Que uno y otro proyecto son hijos de la modernidad, pero la globalización corresponde más bien a la imposición del modelo de modernización capitalista entrevisto por Weber (es decir, al progreso en el sentido socioeconómico, instrumental) mientras que el universalismo (para entendernos, el progreso moral) por el que -ingenua y en algunos casos, etnocéntricamente, lo que constituye uno de los grandes déficits del proyecto ilustrado- apostaban los iluministas es el gran perdedor con la victoria de la globalización. Y que precisamente porque la globalización no sigue el mandato de la universalización sino que lo usurpa, como se advierte a propósito de los sujetos de los derechos y sobre todo con ocasión del recorte de los mismos, los derechos económicos, sociales y culturales son cada vez más enunciados abiertamente como mercancías, y no como auténticos derechos. Lo universalizado, lo que no tiene fronteras, es el tráfico de mercancías, mejor, el flujo de capital financiero. Los derechos humanos, los seres humanos, lamentablemente, sí. Por eso, he repetido también que la ideología de la globalización, en lo relativo a los derechos, en lugar de ser un movimiento de universalización, se traduce en el progresivo condicionamiento de los mismos, como ha explicado certeramente García Roca: mientras los sujetos universales de la globalización no se ven afectados, el resto de la población sufre crecientes restricciones en la titularidad de los derechos, las derivadas de la ciudadanía nacional, de la supeditación al mérito/capacidad, a la racionalidad instrumental o económica (la "disponibilidad" de medios, cuestión que, por supuesto, jamás afecta a la distribución de beneficios del capital). La consecuencia es que, de nuevo, para la mayor parte de la población una parte importante de los derechos son concesiones que no les serán jamás atribuidas porque no se las pueden pagar, porque no son plenamente capaces o merecedores de ellas, o simplemente porque no son nacionales.

La paradoja de ese discurso reduccionista, pero autoproclamado universal, es que habla del ser humano común, normal, despojado de particularidades, pero sólo defiende a unos pocos seres humanos. La razón de esa paradoja, como supieron ver Montaigne y otros humanistas antes que los ilustrados, es, de una parte, el complejo eurocéntrico pero sobre todo la pasión uniformadora, la voluntad de Procusto que nos hace concebirnos a nosotros mismos como modelo universal y excluyente, pues, como se ha escrito, "pensar por los demás sin querer pensar como ellos, es el signo de la construcción deliberada del otro". La razón, como veremos al examinar el segundo tipo de críticas, es el miedo a la diversidad, a la incertidumbre que provo-

ca la diferencia, el miedo a la evidencia de que no hay verdades intocables, órdenes sociales preestablecidos, sino que esos valores e instituciones son el producto de convenciones (más o menos razonables), resultado del ejercicio de la libertad.

Mientras sigamos empeñados en no reconocer a quien es diferente (pero ¿quién no lo es?) en la igualdad de derechos, mientras le ofrezcamos (y ofendamos) sólo tolerancia, habrá que poner en cuestión que nos tomemos en serio el imperativo de la universalidad de los derechos humanos. La universalidad de los derechos exige vencer el miedo a la libertad. Por eso los derechos de los que son diferentes del canon de normalidad son también derechos de todos los seres humanos. Por eso creo que si hay alguna esperanza de recuperar el mensaje universalista y emancipador de los derechos, el camino comienza por destruir esos condicionamientos y en particular el que liga ciudadanía y derechos, otro de los *leit-motiv* de la crítica de Ferrajoli. Por eso también lo más interesante que sucede hoy, precisamente en el contexto de la globalización, es el desafío que plantea al discurso de los derechos humanos y, por supuesto, a su actual institucionalización, la multiculturalidad y en particular esos agentes de la multiculturalidad que son los flujos migratorios (los inmigrantes a la búsqueda de trabajo, pero también, por ejemplo, los desplazados como consecuencia de conflictos étnicos, nacionales, religiosos, etc) junto a la emergencia de las minorías (en sentido amplio: nacionales, culturales, lingüísticas).

¿DE QUÉ UNIVERSALIDAD DE DERECHOS HABLAMOS EN UNA SOCIEDAD MULTICULTURAL?

Precisamente el segundo factor, la multiculturalidad, cuyos agentes más importantes son las minorías y los nuevos movimientos migratorios, impone otros cambios en el imperativo de universalidad. Hablo de transformaciones en las condiciones del reconocimiento de los derechos y de la ciudadanía que debieran empezar en el ámbito inferior, en el del Estado y el Derecho nacionales para transformarlos hacia la democracia inclusiva y el Derecho cosmopolita, cuyos mayores desafíos son la cuestión del género y la de la multiculturalidad, es decir, el acceso de los otros en condiciones de igualdad al poder y a la riqueza. Me refiero ante todo a una de las condiciones de la legitimidad democrática que menos hemos tomado en serio, el pluralismo, pues éste no se satisface sólo con la diversidad de opciones en el ámbito de la autonomía individual, de sus deseos, preferencias, del politeísmo de valores del que habla Weber. El verdadero pluralismo exige abandonar la presunción de las sociedades homogéneas (cuando no conformadas de modo uniforme), manifiestamente infundada, desmentida por la realidad que nos muestra sociedades crecientemente multiculturales, multiétnicas, multinacionales. Esa opción por lo uno (por la unidad) que según Cassirer caracteriza nuestra tradición occidental facilita una forma de solidaridad sencilla o, por así decirlo, tautológica: el reconocimiento de que los que son como nosotros tienen mucho en común, forman parte de la misma comunidad y nos unen vínculos con ellos.

Pues bien, el pluralismo en serio, más allá de la libertad autonomía que es el terreno “natural” de la tradición liberal, exige el reconocimiento de que la condición de la diferencia, la que nos ponen a la vista los inmigrantes, los refugiados, las minorías, lejos de constituir una rémora de la que desembarazarse o que justifique la segregación, es el punto de partida del reconocimiento de esos sujetos como miembros de pleno derecho de la comunidad política y por tanto titulares iguales de derechos. Eso nos sitúa ante otra solidaridad, la solidaridad con aquellos que no reconocemos como idénticos a nosotros, los que no forman parte de nuestro grupo. ¿Cómo se concreta ese deber de solidaridad?

En primer lugar, nos encontramos ante el desafío de la ciudadanía inclusiva: no podemos seguir manteniendo una ciudadanía anclada en la nacionalidad como fundamento de la exclusión o, por decirlo menos severamente, de la discriminación (por ello justificada, razonable) entre ciudadanos y extranjeros, una segregación que para nosotros, europeos, significa sobre todo discriminación entre ciudadanos europeos (los otros europeos ya no son extranjeros) y ciudadanos extracomunitarios, para ser más precisos, extracomunitarios pobres: los inmigrantes del Sur y del Este. Menos aún si hablamos de una sociedad global en la que la insuficiencia del principio de hospitalidad propuesto por Kant frente al *ius communicationis* de Vitoria, como claves de una comunidad global y libre de iguales, resulta evidente. La piedra de toque son los dos retos más importantes desde el punto de vista de la democracia inclusiva, los derechos de las minorías y los de los ciudadanos pobres.

En el caso de las minorías (y ya es una licencia utilizar este genérico, a la vista de la diversidad de problemas, reivindicaciones y soluciones que plantean los diferentes grupos de minorías), está claro que, pese a la importancia del problema (que está en no poca medida en el origen de las dos guerras mundiales), la ONU, consciente del fracaso de la Sociedad de las Naciones en la gestión de la cuestión de las minorías, renunció a abordar la cuestión de modo específico. Aún hoy, el instrumento básico emanado de la Organización, la Declaración del 92, se refiere sólo a los derechos de los individuos que pertenecen a las minorías. Pues bien, sin desconocer la prioridad del reconocimiento de la igualdad de los derechos individuales (desde la pertenencia al grupo minoritario, y no pese a esa pertenencia u obligando a abstraerse de ella, lo que en el fondo significa imponer la renuncia a ese vínculo), es evidente que, al menos por lo que se refiere a aquellas minorías que tienen voluntad de permanencia como tales grupos, mientras no reconozcamos que la vía del reconocimiento es la de la justicia (la igualdad) entre grupos, tal y como señalan Taylor o Walzer, estaremos lejos de la solución adecuada. No es el lugar para desarrollar con extensión estas consideraciones, pero sólo apuntaré que, a propósito de las minorías -de cierto tipo de minorías, desde luego; me refiero sobre todo a las minorías culturales, pues el problema de las minorías nacionales es de otro orden-, se ponen de relieve las aporías del discurso liberal en punto a la igualdad y aun de la igualdad ante la ley, pues no basta con la respuesta de la igualdad de trato formal como diferenciación, la más satisfactoria, desde luego, pero insuficiente si se piensa que la

demanda supera a los derechos individuales para alcanzar a los colectivos. Pero el caso más significativo del cuestionamiento del imperativo de universalidad es la barrera para los derechos de los más visiblemente diferentes, los extranjeros, y eso hoy significa sobre todo los inmigrantes pobres.

Volvamos a los seres humanos que son hoy, junto a los refugiados (desplazados) el arquetipo de los sujetos de derechos de segundo orden: los extranjeros pobres, los que no han tenido la suerte de nacer bien, como ha escrito Nair. En alguna ocasión he utilizado la metáfora de la "institucionalización jurídica de la xenofobia" para referirme a la pretendida condición "natural" de la discriminación entre ciudadanos (nacionales) y extranjeros, que es tan sólo la muestra de un estadio en la conciencia histórica, ligado al modelo de Estado nacional. La ciudadanía nacional, en ese sentido, como apunta por ejemplo Ferrajoli, es cada vez más percibida como un privilegio difícilmente conciliable con el principio de igualdad, pero estamos todavía lejos de ofrecer una respuesta satisfactoria a esta deficiencia.

Y es que el desafío que plantean los flujos migratorios al discurso de los derechos humanos y, por supuesto, a su actual institucionalización está por resolver en la medida en que ni siquiera hemos empezado a afrontarlo adecuadamente. En efecto, la lección más importante que nos ofrece una reflexión que se pretenda mínimamente cuidadosa acerca de la relación entre inmigración y derechos humanos, y más aún en un contexto de euforia por la convergencia europea -que parece haber dejado en segundo término o *ad calendas graecas* otros objetivos como el empleo, por no hablar de la construcción de la UE como un espacio político que satisfaga las condiciones de legitimidad democrática y permita una "ciudadanía europea" que no sea mero elemento de discriminación-, es la confirmación del viejo lema de Ihering que pone en relación directa los derechos humanos con el ideal emancipatorio, sin renunciar a las exigencias concretas: el Derecho no es otra cosa sino lucha por el Derecho, por los derechos.

En efecto, si las libertades públicas y los derechos políticos fueron sobre todo el triunfo de la burguesía frente al poder absoluto, si los derechos sociales fueron en su mayor medida el resultado del empuje del movimiento obrero, de los sindicatos y de los partidos de izquierda, hoy son nuevos los protagonistas de ese proceso social de lucha, de tensión crítica contra al poder establecido y, lo que es no menos importante, frente a las viejas categorías históricas que se resisten a alumbrar otras que den satisfacción a las demandas de esos agentes sociales, empezando por la primera: su reconocimiento como sujetos, como agentes del orden político, económico, cultural, social. Dicho de otra forma, un nuevo sujeto social pugna por romper el círculo cerrado de la ciudadanía entendida como fortaleza, por derribar un (pen)último muro, el de la negación de los derechos y aun de la condición de sujeto de derechos a los extranjeros, el de su exclusión del espacio público (relegados sólo a lo privado, cuando no a lo clandestino). Y al hablar de extranjeros habría que decir, mejor, inmigrantes. Porque de eso se trata, de romper la barrera entre los derechos del hombre y los del ciudadano, de adquirir los papeles que permiten participar en la toma de deci-

siones y en la distribución de los resultados -la riqueza y los derechos- desde su condición, y no pese a ella o, como sucede hoy, renunciando a ella. Hoy son los inmigrantes, como se ha apuntado desde muy diferentes posiciones, quienes representan ese nuevo sujeto universal, ese nuevo grupo de desposeídos de todo salvo de su condición de seres humanos, que les permite convertirse en agentes de la lucha por vencer frente a la penúltima barrera a la que se enfrenta el viejo ideal emancipador de los derechos humanos. A ellos cabe aplicar el análisis que Arendt dedicara a los refugiados (Arendt, 1992), desprovistos de todo arraigo, obligados a aceptar consecutivamente toda suerte de máscaras para alcanzar la definitiva, el prótoso que les permita el arraigo. Obligados a probar permanentemente una voluntad de integración que poseen en mayor grado que buena parte de la ciudadanía, al mismo tiempo que se les niegan de hecho los medios para esa integración. En mi opinión, Balibar ha explicado con acierto el desafío que plantea hoy la transformación de los flujos migratorios en un contexto histórico marcado por dos rasgos aparentemente congruentes, la sociedad globalizada y el discurso universalista de los derechos, dos características que se subrayan particularmente en el caso europeo (Balibar, 1995). En efecto, lo que se pone de manifiesto hoy es la contradicción que alcanza casi los términos de aporía entre el ideal universalista o al menos cosmopolita de los derechos y la ciudadanía como regla de exclusión necesaria (la menos justificada como inevitable) que se aplica a los inmigrantes. Es la aporía de proclamar el universalismo al tiempo que se apuesta por el *apartheid* respecto a quienes están ya aquí y contribuyen con su trabajo y su cultura a la construcción de un espacio público nuevo, más rico, en el que sin embargo se les niega la presencia en condiciones de igualdad. Porque el problema, como subraya Balibar y es lo que me parece más interesante, es que la ciudadanía que se les niega no es sólo ni sobre todo la ciudadanía como *status*, como título que habilita para el acceso y la garantía de derechos iguales, sino la ciudadanía como capacidad de soberanía, la ciudadanía como titularidad del poder constituyente de una comunidad libre de iguales, como condición de miembro del grupo que define las reglas de juego y los valores comunes y ante todo, la regla de la ley, del Derecho. Dicho de otro modo, se trataría de evitar el peligro de rebajar la ciudadanía, más aún, la comunidad política, al papel de simple instrumento para la conservación de unos derechos humanos entendidos como mera contraprestación del ciudadano pasivo, asegurado más que seguro, como derechos del individuo aislado, de los que habla ese individualismo no sólo metodológico, sino ontológico e ideológico que se ha convertido en el supuesto básico de ese pensamiento cero que quiere dominar las ciencias sociales y el debate político.

Todo lo anterior exigiría, insistiré una vez más, una transformación de la ciudadanía hacia una noción abierta, transnacional. En palabras otra vez de Balibar, "pasar de la ciudadanía de los europeos a la ciudadanía europea, a la ciudadanía en Europa", tomar en serio la Europa de los ciudadanos. Exigiría además, me permito repetir, tomar en serio el pluralismo como elemento constitutivo de la democracia, pero no en su dimensión de libertad autonomía, de "politeísmo de los valores", para hablar con Weber, sino en el de la comunidad libre de iguales. Y es en ese sentido en

el que me parece posible recuperar el ideal emancipatorio, y por eso me parece evidente que la lucha de los inmigrantes por su reconocimiento es la gran apuesta emancipatoria de los derechos humanos hoy, una emancipación que, volviendo otra vez a Marx a través de la paráfrasis de los textos de **La Cuestión judía**, no sea sólo emancipación política, sino emancipación humana.

Romper esas barreras significa en primer lugar extender la condición de ciudadano como sujeto de derechos (sociales, económicos y culturales) a todos, también a los que no son nacionales. No es posible, por ejemplo, erigir una barrera en el reconocimiento de la satisfacción de necesidades básicas como la salud, o la educación, basándose en una falta administrativa como la ausencia de "papeles". Pero tampoco se entiende la exclusión en la participación de la toma de decisiones (y en primer lugar, en aquella que consiste en elaborar la ley) por parte de aquéllos que no sólo sufren la ley sino que participan con su trabajo en los recursos y en la riqueza común. ¿Cómo justificar la privación de los derechos políticos, comenzando si se quiere gradualmente, por el ámbito local, para pasar al regional y al estatal e incluso el supraestatal, por ejemplo, el europeo? Sé que esto sonará inmediatamente a la reivindicación "irresponsable" de abrir las puertas sin condición alguna al libre tránsito. Sé que una medida semejante sólo puede ser alcanzada gradualmente y de modo global (no por un sólo país) y sólo en la medida en que el mundo no sea ancho pero ajeno. Con ello quiero decir que, de acuerdo con el *dictum* kantiano que recogía al principio, el ideal de la democracia y la ciudadanía cosmopolita parecen difícilmente separables de la construcción de un Estado de Derecho (de una Constitución, como propone Ferrajoli) de alcance mundial.

En todo caso, ¿podemos seguir manteniendo que creemos en el imperativo de la universalidad al mismo tiempo que con nuestras acciones, con nuestras decisiones, hacemos posible que hoy, todavía, las fronteras sean más fuertes que los derechos? Mientras los seres humanos puedan decir que no han nacido bien, en el lugar y en el momento adecuado, y que esa circunstancia de nacimiento es más fuerte que su dignidad de ser humano, seguir hablando de derechos universales será un sarcasmo.

BIBLIOGRAFÍA

- Arendt, H., **Hombres en tiempos de oscuridad**. Gedisa, Barcelona, 1992.
- Balibar, E., **La ciudadanía europea**. Revista Internacional de Filosofía Política, nº 3, 1995.
- Chomsky, N., **La aldea global**. Txalaparta, Bilbao, 1997.
- Ferrajoli, L., **Derechos y garantías. la ley del más débil**. Trotta, Madrid, 1999.
- Habermas, J., **La idea kantiana de paz perpetua. Desde la distancia histórica de doscientos años**. Isegoria, nº 16, 1996.
- Held, D., **La democracia y el orden global. Del estado moderno al gobierno cosmopolita**. Paidós, Barcelona, 1998.
- Maccarthy, T. **Unidad en la diferencia. Reflexiones sobre el derecho cosmopolita**. Isegoria, nº 16, 1996.
- Morin, E. / Naïr, S. **Politique du civilisation**. Arlea, Paris, 1998.
- Muguerza, J., **Los peldaños del cosmopolitismo**. Sistema, nº 134, 1996.
- Naïr, S. **L'Europe et le nouvel ordre mondial**. Cuadernos de la Cátedra Cañada Blanch, Valencia, 1998.
- Naïr, S., / De Lucas, J., **Le Déplacement du monde. Immigration et thematiques identitaires**. Kimé, París, 1997.
- Pérez Luño, A. E. (ed.), **Derechos humanos y constitucionalismo en el tercer milenio**. Marcial Pons, Madrid, 1998.
- Ramón Chornet, C., **¿Violencia necesaria? la intervención humanitaria en Derecho internacional**. Trotta, Madrid, 1996.
- Robertson, S., **Mapping the global condition: Globalization as the central concept**. En: Featherstone, M. (ed.), **Global culture: Nationalism, Globalization and Modernity**. Sage, Londres, 1990.
- Santos, J., **La globalización del Derecho, los nuevos caminos de la regulación y de la emancipación**. ILSA, Bogotá, 1996.
- Velasco, J. C., **Ayer y hoy del cosmopolitismo kantiano**. Isegoria, nº 16, 1997.
- Zolo, D., **Il cosmopolitismo kantiano di Jürgen Habermas**. Ragione Pratica, nº 10, 1998a.
- Zolo, D., **I signori della pace. Una critica del globalismo giuridico**. Il Mulino, Bolonia, 1998b.

LA HISTORIA DE LOS DERECHOS HUMANOS

Francisco J. Ansuátegui Roig
Profesor Titular de Filosofía del Derecho
Universidad Carlos III de Madrid

Plantearse el tema de la historia de los derechos o prestarle importancia, pensar en la evolución histórica como un factor sin el cual es imposible comprender su sentido actual, supone ya de por sí adoptar una determinada posición respecto a su significado.

En efecto, no todas las concepciones de los derechos consideran que la historia es un elemento indispensable para comprenderlos. Afirmar que la historia es un elemento de su concepto permite afirmar también que los derechos son un concepto histórico. De ello se pueden derivar consecuencias importantes en lo que se refiere a la comprensión de los derechos. En efecto, su historicidad implica negar su existencia en cualquier momento y contexto histórico. Constituyen una realidad que, como tal, adquiere sentido desde el momento en que concurren un conjunto de elementos, políticos, sociales, económicos y culturales, en ocasiones de difusos contornos pero vinculados entre sí.

Por tanto, si el de derechos fundamentales es un concepto histórico, quiere decirse con ello que es un concepto comprensible en clave histórica. Es decir, surge en un determinado contexto histórico, varía o evoluciona en función de las transformaciones de la historia. Ello se puede mantener con independencia de que nos fijemos en alguna de las dos vertientes de los derechos, la ética o filosófica y la jurídica.

Así, por ejemplo, en el ámbito de la fundamentación, los valores de dignidad, reconocimiento de la individualidad, libertad, igualdad, se fraguan en el contexto de lo que se ha denominado *tránsito a la modernidad*, en el que consigue construirse lo que terminará siendo la idea de los derechos. La construcción de dicha idea es impensable sin el previo peso de reflexiones, construcciones filosóficas, exigencias morales, que comienzan a adquirir sentido en ese momento histórico. Por otra parte,

la plasmación de ese acervo de ideas y exigencias en los textos jurídicos también adquiere sentido en determinadas circunstancias históricas, que son precisamente las que posibilitan y provocan dicha positivación. Pensemos en todo lo que significa el proceso de emancipación de las colonias inglesas de América del Norte para comprender el sentido de un texto como el de la Declaración de Derechos del Buen Pueblo de Virginia (1776) o la Declaración de Independencia de los Estados Unidos (1776); o pensemos también en lo que supone el proceso de Ilustración que caracteriza el siglo XVIII francés y que culmina en la Revolución para entender los textos revolucionarios y básicamente la Declaración de 1789. Por poner un ejemplo más, podemos señalar que el art. 17 de la Declaración de 1789, en donde se señala que la propiedad es un derecho sagrado e inviolable (adjetivos que no acompañan a ningún otro derecho o libertad de los que aparecen reconocidos en ese texto), debe entenderse en el contexto que le es propio, que es el del liberalismo de la época, muy influido en algunas de sus manifestaciones -en ésta en concreto- por el pensamiento de Locke y de los fisiócratas, y que hará de la propiedad un auténtico referente de su propuesta de organización social. Más allá de esas claves de comprensión, una afirmación como la del art. 17 sería inalcanzable en su sentido en la actualidad.

Podría pensarse que la comprensión de los derechos como un concepto histórico introduce también una dimensión de relativismo en su concepción. Querría decirse con ello que podrían entenderse los derechos como realidades cambiantes que se diferenciarían en su estructura y contenido. No obstante, compartirían un elemento común que es posiblemente el rasgo que caracteriza a la idea de derechos a lo largo de la historia: la de constituir mecanismos o instrumentos, cauces a través de los cuales se materializan las exigencias de los valores de dignidad, igualdad y libertad que los fundamentan y de acuerdo con ellos desarrollan determinados modelos de ordenación social. Posiblemente, este elemento común constituye un límite más allá del cual las referencias a los derechos son incomprensibles. Por tanto, frente a la evolución de contenidos y estructuras de los derechos a lo largo de la historia, es útil recurrir a la función desarrollada por éstos para identificar algún elemento de continuidad. Ello implica la necesidad de trascender el contenido y la inspiración de los catálogos originarios de derechos para comprender el sentido que en la actualidad tienen los derechos, y que en todo caso debe estar vinculado al significado que en el presente tienen las exigencias de la dignidad humana.

En todo caso, parece que el recurso a la historia, o su menosprecio, es uno de los criterios que sirven para diferenciar las distintas propuestas conceptuales sobre derechos. En efecto, parece que en este ámbito se refleja también la distinción genérica entre el iusnaturalismo y el positivismo, pudiendo diferenciarse por un lado, concepciones de los derechos que los entienden como ahistóricos, y por tanto inmutables y trascendentes al individuo, resultado del proceso de subjetivización racionalista del Derecho natural; y por otro, concepciones que proponen comprender los derechos en clave histórica, cuya presencia en los Ordenamientos jurídicos -y por tanto su fuerza normativa jurídica- depende en última instancia de la voluntad y del compromiso de un Poder político institucionalizado. A este respecto, la concepción

dualista propuesta en un primer momento por el prof. Peces-Barba y transformada posteriormente en concepción integral, representa un buen ejemplo de comprensión de los derechos como realidades que adquieren sentido y se transforman con la historia. Junto a esto, tampoco las aproximaciones totalmente abstractas y analíticas, que muchas veces olvidan el condicionamiento constituido por factores históricos, políticos, sociales, consiguen ofrecer una visión general de los derechos.

A partir de la configuración multiseccular del caldo de cultivo intelectual, político, social, económico que va a permitir comenzar pensar en lo que terminará cristalizando en la idea de derechos, y en la que las ideas de individuo, secularización, racionalismo, Estado, desempeñan un papel importante, la historia de los derechos se ha desarrollado a lo largo de determinadas fases o momentos, que no deben entenderse como antitéticos o contradictorios. En efecto, la aparición o puesta en marcha de determinados procesos no significa la absoluta sustitución de las tablas o nóminas de derechos cristalizadas gracias a los anteriores. Al contrario, se nos presentan -lo vamos a ver- como superaciones o complementos sucesivos, que adquieren sentido en clave histórica. Su significado sólo se comprende si se adopta la perspectiva histórica. La variación y evolución de las exigencias de la dignidad humana, la aparición de nuevos contextos y la necesidad de reinterpretaciones subsiguientes, constituyen los elementos que explican su aparición y desenvolvimiento, de la misma manera que son esas exigencias las que impulsan en la modernidad el desarrollo de un discurso sobre los derechos.

Con Peces-Barba -teniendo en cuenta la posterior aportación de Bobbio en esta cuestión- podemos identificar cuatro grandes fases:

a) *Positivación de los derechos*. Se identifica con la inclusión en el mundo del Derecho de lo que hasta ese momento ha estado situado en el ámbito de la filosofía o de la ética: la filosofía de los derechos, su esfuerzo fundamentador, se incluyen el Derecho. Aunque hay precedentes constituidos por los textos de la Revolución inglesa y por documentos que jalonan las guerras de religión en Europa (piénsese, por ejemplo, en el Edicto de Nantes), el núcleo del proceso originario de positivación se produce a finales del siglo XVIII con los procesos revolucionarios de América del Norte y de Francia. En este sentido, se habla de tres modelos originarios: el inglés, el americano y el francés, en el marco de los cuales se dictan los primeros textos y Declaraciones.

Para comprender correctamente este proceso, hay que tener en cuenta, además de lo dicho, que obedece en el contenido de los derechos positivizados a unas coordenadas intelectuales muy concretas que son las del liberalismo. Por eso, en los textos de finales del siglo XVIII y principios del XIX aparecen determinados derechos exclusivamente. Además, hay que tener en cuenta también que la positivación de los derechos no se debe reducir exclusivamente al período histórico al que estamos haciendo referencia: se manifiesta en todas y cada una de las ocasiones en las que se incluyen, desarrollan o modifican, derechos en un Ordenamiento. En este sentido, podemos reconocer que en nuestro país, a partir de 1978, hemos asistido al

desarrollo de un proceso de positivación, cuyo centro de referencia está constituido por la Constitución y en especial por su Título I.

b) *Generalización de los derechos*. Las condiciones intelectuales del originario proceso de positivación y el acaecimiento de nuevas circunstancias sociales y propuestas teórico-políticas explican la superación de los rasgos y resultados de dicho proceso. En efecto, el originario modelo liberal es limitado en cuanto a su contenido y en cuanto a su alcance. Por una parte, desarrolla una propuesta estrecha en cuanto a su contenido, ya que se restringe a los derechos de inspiración liberal identificados, en términos generales, con los derechos autonomía. Por otra parte, el liberalismo originario incluye la contradicción interna que se produce entre las teóricas afirmaciones de igualdad entre todos (art. 1 de la Declaración de los derechos del hombre y del ciudadano de 1789: "Los hombres nacen y permanecen libres e iguales en derechos. Las distinciones sociales sólo pueden fundarse en la utilidad común") y la puesta en práctica de su proyecto político, que incluye mecanismos de restricción en la titularidad y en el disfrute de los derechos, articulados alrededor del derecho de propiedad y de la riqueza individual. En efecto, la primera positivación no significa la juridificación de iguales derechos para todos. El caso de los derechos de participación es paradigmático al respecto.

El proceso de generalización supone una ampliación tanto de los titulares como de los derechos y debe ser entendido a la luz de las aportaciones socialistas y progresistas que se desarrollan a partir del siglo XIX, siendo también el resultado de fenómenos sociales, como los constituidos por ejemplo, por el masivo desembarco de masas de población en las ciudades, el surgimiento de una nueva clase trabajadora, la aparición de nuevos modos de producción y la transformación de los ya existentes, y el subsiguiente aumento de las reivindicaciones morales, políticas y sociales. La ampliación de titulares de los derechos se produce, entre otras cosas, gracias a la superación de los mecanismos del sufragio censitario y la subsiguiente extensión de los derechos de participación política, que hora ya no se van a hacer depender del disfrute de riquezas, rentas, o del género. La ampliación de derechos viene determinada por la inclusión de nuevos derechos en los textos jurídicos, como resultado de las reivindicaciones y conquistas sociales. En este sentido, también en el proceso de generalización se pueden identificar dimensiones características de la positivación de los derechos. A los derechos liberales se añaden ahora los económicos, sociales y culturales, cuyo ejercicio se articula en términos generales mediante esquemas prestacionales.

Al igual que en el proceso de positivación, el de generalización tampoco debe entenderse como una fase culminada. Con independencia de que manifestaciones básicas del mismo se hayan producido bien entrado nuestro siglo, el desarrollo del Estado del Bienestar está íntimamente vinculado a la generalización de los derechos. Y en este punto, posiblemente nos veamos obligados a reconocer - por la experiencia del asedio al Estado de Bienestar (políticas de inmigración, derechos de los extranjeros, etc., reducción de dimensiones sociales en definitiva)- que la capacidad

de retroceso e involución es mayor respecto al proceso de generalización que respecto al de positivación.

c) *Proceso de internacionalización*. Puede ser entendido como manifestación, con distinto ámbito, de la positivación de los derechos. En efecto, ahora la juridificación trasciende a los Estados concretos y se produce en el seno de organismos internacionales y supranacionales. Posiblemente, entre los fenómenos que nos ayudan a comprender el sentido de este proceso, sobresalen dos. Por una parte, la aparición de situaciones que suponen violaciones de derechos y que trascienden, no sólo las fronteras de los Estados concretos, sino también la capacidad de respuesta, reacción, persecución, por parte de éstos. Por otra, la percepción de que en muchas ocasiones, es el propio Estado el origen de ataques a los derechos (el esquema liberal es válido en alguna de sus dimensiones). Por eso, es necesario articular mecanismos, en teoría independientes de los Estados, que controlen su acción respecto a los derechos.

La internacionalización de los derechos, que ha caracterizado gran parte de su evolución durante este siglo, ha generado el Derecho internacional de los derechos fundamentales, en el marco del cual se articula el engranaje garantista (institucional, normativo y procedimental) que pretende protegerlos en el ámbito internacional. Sin embargo, parece justo reconocer que algunos de los rasgos que están detrás de la falta de eficacia de determinados dimensiones del Derecho internacional en general, están detrás también del Derecho internacional de los derechos o, para ser más exactos, de los mecanismos de garantía y protección internacional de los mismos. Entre nosotros, Rafael de Asís se ha referido a las paradojas que se derivan del mantenimiento en la actualidad de la comprensión tradicional de la afirmación según la cual los derechos son un límite al Poder, señalando que alguna de esas paradojas afecta directamente a los derechos en su dimensión internacional. Piénsese, por ejemplo, en el hecho de que los sistemas internacionales de protección tienen como una de sus funciones básicas la de fiscalizar la acción de los Estados en relación con los derechos y que, al mismo tiempo, su capacidad de control es efectiva sólo en relación con aquellos Estados que se someten a dicho control, y en la medida en que precisamente esos Estados establecen; la mayor o menor capacidad de los sistemas internacionales de garantía depende de la voluntad y del compromiso de los Estados. Para ser realistas, debemos reconocer que, en este punto, el sujeto controlado o limitado decide si quiere ser limitado y en qué medida y con qué intensidad quiere serlo. Por otra parte, tampoco existen mecanismos que controlen la acción de las instituciones internacionales en relación con los derechos: se podrá argumentar en este sentido que no parece necesario controlar a las instituciones cuya razón de ser es la de garantizar los derechos, pero lo cierto es que el Estado democrático, cuya finalidad es la de organizar la convivencia de acuerdo con los derechos, también debe ser controlado al respecto. Y en esto no parece que las organizaciones internacionales y el Estado tengan que distinguirse demasiado. Por lo menos, no hay ningún dato ontológico o estructural que así nos lo indique.

En todo caso, la internacionalización de los derechos puede acusar la carencia de efectivos mecanismos de coerción en manos de las organizaciones internacionales. Y es que el ejercicio de la fuerza, al tiempo que puede representar un peligro para los derechos, también es un requisito de su protección. Posiblemente el perfeccionamiento de los mecanismos internacionales de protección venga determinado por su progresiva aproximación respecto a los mecanismos nacionales de garantía, allí donde los derechos gozan de buena salud. En relación con esto, hay que reconocer que, en términos generales, la homogeneidad social, la satisfacción de determinadas necesidades mínimas (lo cual implica un determinado nivel de riqueza) y la democracia son los datos que permiten el éxito de un sistema de garantías. Ello puede explicar, con todas las precauciones necesarias, el perfeccionamiento del sistema europeo respecto a otros.

d) *Proceso de especificación*. Hasta ahora hemos visto que los derechos que se reconocen en los sucesivos procesos son predicados del hombre, del individuo en términos generales. Podríamos reconocer que ya en el marco del proceso de generalización se produce una cierta matización de esa idea, ya que la condición de trabajador, por ejemplo, es tenida en cuenta a la hora de la reivindicación y atribución de determinados derechos. Por su parte, en el proceso de internacionalización se produce un progresivo reconocimiento del protagonismo del individuo en el Derecho internacional. Pero en todo caso, en ambos casos no se trasciende la idea general según la cual los derechos se predicán del individuo, del sujeto, sin más adjetivos.

El proceso de especificación supone una superación de dicha idea. Es el resultado de la consideración de la importancia que, a efectos de reconocimiento y ejercicio de derechos, tiene el hecho de que el individuo se encuentre en determinadas situaciones y posiciones particulares y no compartidas con los otros. En realidad el hecho que justifica el proceso de especificación no es que determinados individuos se encuentren en una situación diferente respecto a los demás (esa situación puede ser de ventaja), sino que determinados sujetos estén en una situación de desventaja respecto a los otros, desventaja provocada por la situación en la que se encuentran. En este sentido, se asume como imperativo la resituación o el reposicionamiento de dichos individuos. Se reconocen así los derechos del individuo situado desde el momento en que se admite que los sujetos se pueden encontrar en determinadas situaciones que justifican un trato diferenciado, por razón de esa situación, tendente a lograr que las condiciones de desventaja provocadas por esa situación sean superadas. Por tanto, en este proceso se materializan exigencias de la igualdad como diferenciación. Cabe señalar también que dicho proceso implica por lo general actuaciones positivas del Estado tendentes a proteger a determinados colectivos.

La comprensión de los derechos como un concepto histórico y la consiguiente atención a la historia no es una simple opción metodológica. Permite, por el contrario, constatar, no sólo diferentes dimensiones de su evolución, sino su evolución misma. Por ejemplo, la diferente inspiración ideológica de los derechos (liberales,

sociales); la transformación del papel del Estado en relación con los derechos y los distintos criterios de legitimidad que se aplican al respecto (abstención, intervención), lo cual está vinculado a las técnicas de protección y a las sucesivas «generaciones» de derechos; el desarrollo y expansión de valores que nutren y ayudan a fortalecer el fundamento de los derechos (pensemos en el valor solidaridad respecto a minorías desprotegidas y respecto a las futuras generaciones, y la importancia que ello tiene en relación con los derechos vinculados a la ecología); la diferente función que han ido desarrollando los derechos en sociedad (derechos exclusivamente frente al Estado y derechos también vinculantes en las relaciones entre particulares).

Por último, parece oportuno efectuar dos anotaciones. Por una parte, la historia de los derechos no parece poder liberarse de condicionantes ideológicos. El propio objeto de la historia de los derechos, que es la de los avatares de la dignidad humana y la de las luchas por el reconocimiento de sus exigencias, dificulta las perspectivas neutrales desde el punto de vista axiológico e ideológico.

Por otra, esa historia puede constituir un buen criterio para valorar la existencia o no de un progreso moral de la humanidad. Es cierto que la historia, y menos la de los derechos, nunca es lineal y unidireccional. Y también lo es que la historia de los derechos es casi siempre la historia de la lucha por los derechos. Posiblemente, una visión general de la misma permite, más allá de los avatares cotidianos, vislumbrar un avance en las exigencias de la dignidad humana y un perfeccionamiento en sus mecanismos de garantía. No obstante, en este ámbito, el peor enemigo del progreso de los derechos está constituido por el conformismo. En efecto, el día en que nos contentemos con la situación en la que se encuentran los derechos, será el día en que éstos pierdan su componente utópico y reivindicativo, y estaremos, por tanto, ante el fin de la historia de los derechos.

BIBLIOGRAFÍA

Asís, R. de., **Las paradojas de los derechos fundamentales como límites al Poder**. Debate, Madrid, 1992.

Bobbio, N., **El tiempo de los derechos**. Trad. cast. de R. de Asís. Sistema, Madrid, 1996.

Peces-Barba, G., **Sobre el puesto de la historia en el concepto de los derechos fundamentales**. En: Peces-Barba, G., **Escritos sobre derechos fundamentales**. Eudema, Madrid, 1988.

Peces-Barba, G. (ed.), **Derecho positivo de los derechos humanos**. Debate, Madrid, 1987.

Peces-Barba, G. (ed.), **Curso de Derechos Fundamentales**. BOE/Universidad Carlos III de Madrid, 1995.

Peces-Barba, G. / Fernández, E. (ed.), **Historia de los derechos fundamentales. Tomo I: Tránsito a la modernidad. Siglos XVI y XVII**. Dykinson, Madrid, 1998.

Pérez Luño, A. E., **Los derechos fundamentales**. Tecnos, Madrid, 1988.

Pérez Luño, A. E., **Las generaciones de derechos fundamentales**. Revista del Centro de Estudios Constitucionales, nº 10, 1991.

Prieto Sanchís, L., **Estudios sobre derechos fundamentales**. Debate, Madrid, 1990.

Prieto Sanchís, L., **Derechos fundamentales**. En: Garzón Valdés, E. / Laporta, F. J., (eds.), **El derecho y la justicia**. Trotta, Madrid, 1996.

Truyol Serra, A., **Los derechos humanos**. Tecnos, Madrid, 1984.

LOS DERECHOS HUMANOS EN LA ERA TECNOLÓGICA

Vittorio Frosini

*Catedrático de Filosofía del Derecho e Informática Jurídica
Universidad La Sapienza de Roma (Italia)*

EL PROGRESO TECNOLÓGICO: DE LA GUERRA A LA PAZ

En la experiencia social contemporánea la importancia adquirida por los descubrimientos científicos y por las innovaciones tecnológicas ha alcanzado un relieve que no tiene precedentes en el horizonte moral de la historia de la humanidad. Baste considerar el hecho, particularmente significativo, de la presencia de Ministros de investigación científica en gobiernos de países de civilización industrial avanzada. Se ha convertido así en una institución permanente la iniciativa que tomó Winston Churchill al escoger, en tiempos de guerra, a un hombre de ciencia, F. A. Lindemann, como responsable de la investigación científica. Una «política de la investigación», encaminada a promover, potenciar y dirigir los recursos intelectuales de un Estado en el campo de las ciencias forma ya parte esencial de la vida política y social por su directa influencia sobre los progresos económicos de la sociedad civil.

Esta dimensión tecnológica, que ha trascendido al plano político, ha encontrado un inmediato paralelismo en el campo militar, porque la guerra, con su condición de riesgo mortal para la colectividad, requiere la máxima concentración de energía. El progreso científico y tecnológico ha sido tradicionalmente portador de bienestar y de paz en el marco más amplio del progreso civil de la humanidad; sin embargo, se debe constatar que algunos de los inventos decisivos para la sociedad actual se han logrado gracias a la exaltación moral originada por el esfuerzo bélico y a la disponibilidad de un conjunto de recursos y de medios derivada de la situación de emergencia.

El inicio de la nueva época en la que vivimos puede fijarse, en efecto, en los últimos años de la Segunda Guerra Mundial, entre 1942 y 1945, cuando la relación

de fuerzas se desplazó de manera decisiva de las armas manejadas por el hombre, aún con la ayuda de instrumentos mecánicos (como en la utilización de armas de fuego de largo alcance y en el uso del instrumental propio de barcos y aviones), a las armas automatizadas, o sea, provistas de un mecanismo preparado para su auto-funcionamiento. Además, la potencia destructiva de estas armas ha aumentado hasta el punto de concentrar en una sola bomba la enorme energía que se puede desencadenar de la escisión nuclear. Con la creación de los primeros modelos de «inteligencia artificial» o con los de «sol artificial», de producción atómica, se abre un nuevo camino a recorrer para la sociedad humana.

La nueva dimensión abierta a la vida social y a la política nacional e internacional, la misma perspectiva en la que hoy se coloca el desarrollo de la humanidad al comienzo del siglo XXI aportan los signos distintivos de una radical transformación de la vida humana en todo el planeta. Estos signos componen el nuevo semblante de nuestra época e imprimen, por tanto, un nuevo carácter a la vida social, hasta el punto de que se puede hablar de una «mutación antropológica» como consecuencia del advenimiento de la era tecnológica.

ENERGÍA ATÓMICA, VUELOS ESPACIALES, AUTOMATIZACIÓN

Esta transformación ha seguido a tres avances tecnológicos decisivos, ligados al empleo de la energía atómica, a la conquista del espacio aéreo extraterrestre y a la automatización de las máquinas y de la información. Estos tres avances se relacionan entre sí no sólo por la naturaleza de una misma matriz histórica y por la convergencia de sus fines específicos de interés bélico, sino también por las conexiones entre los desarrollos aplicados a cada uno de ellos y por las consecuencias de carácter político y social que han tenido.

En 1942 un científico alemán, Warner von Braun, ideó el proyectil A4, que dio origen a las bombas teledirigidas, lanzadas sobre Gran Bretaña en 1944 y a las que se les llamó V2. Para lograr un control automático del vuelo, Konrad Zuse puso a punto un artefacto de cálculo automático, que representó una importante contribución a la concepción de la estructuración circuital de las calculadoras electrónicas.

Tras la guerra, von Braun es invitado a dirigir la producción de misiles americana y contribuye a la creación y lanzamiento de la primera astronave, que alcanzaría la superficie lunar. Incluso en los últimos años de la guerra ya señalados, Norbert Wiener, alejado de las persecuciones raciales de Europa y refugiado en el Massachussets Institute of Technology, partiendo de la investigación que dirigiría y que alcanzaría el éxito al desarrollar un sistema de puntería automática para las baterías antiaéreas, daba origen a la nueva ciencia de la cibernética, de la que se derivarían la robótica y la informática.

Y en el mismo año de 1942 es preparado y puesto en ejecución en los Estados Unidos el Proyecto Manhattan, que preveía una extraordinaria inversión económica para reunir a teóricos, expertos y técnicos en ciencias físicas y en ciencias milita-

res con el fin de avanzar en la construcción de la primera bomba atómica. Esta es experimentada el 17 de julio de 1945 en el desierto de Alamogordo, en Nuevo Mexico, y es arrojada el 6 de agosto siguiente sobre Hiroshima, seguida de otra más, el 9 de agosto, sobre Nagasaki.

El museo de Hiroshima conserva las pruebas del horror de aquel instante en el que se detuvo el corazón de la ciudad: en él se han conservado aquellos trozos de piedra en los que ha quedado estampada la silueta de un hombre que estaba allí sentado, como una marca de fuego trazada por un cuerpo desintegrado. Esta imagen trágica ha asumido el significado de un símbolo: con la explosión de la primera bomba atómica desaparece el viejo hombre y se cierra una fase de la historia humana.

A la vida en la sociedad de masas le ha correspondido una muerte de masas sobrevenida con fulminante rapidez; en otras épocas habrían sido necesarios ejércitos enteros y varios días de masacres sistemáticas para producir un estrago como el de Hiroshima. Bastó, en cambio, un avión venido de lejos y un hombre al mando del aparato: la muerte atómica es también una muerte automática, procede al exterminio con la misma rapidez que un ordenador procede en sus cálculos. Pero ese mismo episodio asume también otro significado: la silueta, que el destello atómico ha estampado sobre la piedra como si se tratara del negativo de una fotografía, no es la de un japonés, sino la de un hombre que rebasa los límites de las nacionalidades, que sólo es reconocible por su pertenencia al género humano. Desde entonces la guerra se ha convertido, en efecto, en un fenómeno de dimensión planetaria, puesto que los misiles de vuelo espacial con cabeza atómica, dirigidos por la inteligencia artificial de un ordenador incorporado, afectan ya a todos los Estados colindantes, todos ellos expuestos a la misma amenaza de una guerra y muerte total.

LA METAPOLÍTICA DE LA ERA PLANETARIA

También la energía destructiva generada por la bomba atómica ha pasado de instrumento de guerra a instrumento de progreso civil, comprobándose este cambio tanto en el campo de la misilística como en el campo de la automatización. En el plano de la producción de la nueva energía han surgido, sin embargo, nuevos peligros para la seguridad pública a causa de las fugas radiactivas en centrales nucleares o a consecuencia de la contaminación ocasionada por la evacuación de los residuos. El problema de la producción de energía a coste reducido o, en cualquier caso, sustitutiva de otras fuentes es, por ello, no sólo económico, como ocurría en un principio, sino también social y político, y ha dado lugar a debates en los que se han planteado los nuevos derechos colectivos, o «intereses difusos», a la defensa de la vida en las comunidades implicadas, además del derecho a la seguridad y a la propia calidad de vida.

También este hecho representa una novedad de gran relieve en la sociedad contemporánea en comparación con las formas de convivencia anteriores, y señala otro aspecto distinto de la sociedad tecnológica como convivencia de carácter pla-

netario. También poblaciones próximas o alejadas, pertenecientes a naciones sin centrales nucleares, pueden ser víctimas de las consecuencias de un desastre ecológico ocasionado por averías registradas en una central atómica situada en territorio extranjero o por la dispersión radiactiva de residuos a través de corrientes de agua.

Por tanto, el problema de la producción y del control de la energía atómica requiere una solución política en lo concerniente a las formas de producción y a su empleo para usos pacíficos. Sólo una política a nivel mundial puede afrontar de manera adecuada las cuestiones derivadas de la gestión de las centrales nucleares, que reclama una consideración de intereses y de recursos que sobrepasan el ámbito nacional. Se puede, por tanto, afirmar que la energía atómica, antes con su empleo para fines bélicos y después con su uso para fines pacíficos, ha abierto una brecha en la política tradicional, imponiendo la necesidad de una «metapolítica» para todo el género humano.

También los problemas relativos a los vuelos interplanetarios y a la regulación de las telecomunicaciones, que conectan todo el mundo con una red invisible como nunca había ocurrido hasta ahora, exigen formular una nueva concepción de la vida social del género humano que sobrepasa los límites tradicionales e impone el ejercicio de una metapolítica, entendida como la gestión a nivel mundial de los intereses e instrumentos de la era tecnológica.

PROGRESO TECNOLÓGICO Y PROGRESO MORAL

Un problema se presenta, sin embargo, a la consideración del sociólogo ante este panorama tan distinto de la sociedad humana: ¿ha seguido al progreso tecnológico y científico un progreso moral y social?, ¿o bien se ha evidenciado un distanciamiento, una «abertura de tijera», según la cual comenzando en un punto común las dos direcciones se alejan cada vez más una de otra? Se han levantado numerosas voces apoyando la idea de que la evolución en el campo de la técnica, que ha alterado considerablemente el medio ambiente que rodea al hombre, así como el entorno espacial al que éste ha accedido, ha provocado además una regresión moral, y también renombrados filósofos han tomado partido a favor de esas voces o han tratado de dirigir las.

Ninguno de los denunciantes estaría ciertamente dispuesto a renunciar a las ventajas materiales que la vituperada técnica les ofrece: desde aquellas relacionadas con la protección de la salud, como la radioscopia y el láser, hasta aquellas otras habituales en la vida doméstica, como el ascensor y el frigorífico. Aún menos sabrían renunciar a los descubrimientos derivados del progreso tecnológico, que han ampliado las posibilidades de transmitir y difundir las ideas propias, como los periódicos y libros impresos mediante procedimientos electrónicos. Sin embargo, a la cuestión propuesta se le debe dar una respuesta en términos generales, que es la siguiente: en la sociedad contemporánea el progreso moral y social viene marcado por el reconocimiento de los derechos humanos como nunca ocurrió en otras épocas.

Ciertamente, el progreso tecnológico puede ser portador de beneficios o de perjuicios, según como lo encauce la voluntad humana; ciertamente, ha dado origen a nuevas situaciones que han provocado la necesidad de nuevas elecciones y decisiones, en ocasiones incluso angustiosas, como en el caso de la ingeniería genética (el nacimiento de bebés-probeta, la modificación prenatal del sexo); ciertamente, tal progreso no debe ser considerado como un bien absoluto al que se subordinan o sacrifican todos los demás valores. El observador social debe, sin embargo, constatar que es precisamente en coincidencia histórica con la irrupción de la civilización tecnológica tras la Segunda Guerra Mundial, también en parte por una reacción de la conciencia humana ante los horrores que había presenciado, cuando la sociedad civil ha reivindicado avances decisivos en el plano del reconocimiento y de las garantías jurídicas de los derechos humanos en el marco planetario.

No haré una relación de los derechos humanos reconocidos hoy en día en los campos del Derecho interno y del Derecho internacional (vid. Frosini, 1982), sino que me limitaré a reiterar lo que mantuve: que en las eras precedentes a la tecnológica los derechos humanos eran en gran parte ignorados como tales. Se puede perfectamente afirmar que el conjunto de los derechos humanos actuales, proclamados por iniciativa legislativa, es mayor que el de los denominados «derechos naturales», proclamados por filósofos y juristas a lo largo de la historia. Se ha advertido que el número de inventos y descubrimientos logrados durante la segunda mitad de nuestro siglo es superior al alcanzado anteriormente por el progreso científico y tecnológico: la relación entre las dos magnitudes no puede ser casual.

Una y otra forma de progreso poseen una característica básica en común, que es su dimensión planetaria: nunca hasta ahora un derecho humano, como alguno de los proclamados por la Asamblea General de las Naciones Unidas, había sido recogido en los ordenamientos jurídicos de todos los Estados, al igual que nunca hasta ahora la ciencia había llegado a ser patrimonio de todos los pueblos en sus aplicaciones tecnológicas como en el caso de las telecomunicaciones.

Existe, no obstante, un aspecto crítico al que es importante aludir: el progreso, científico y tecnológico o moral y jurídico, no puede continuar siendo constante, unidireccional, irreversible. Esta ilusión, propia de los teóricos del siglo XVIII y del siglo XIX, de un progreso que camina con fuerza intrínseca, providencial o mecánica, al margen de la voluntad humana y de la matriz social, no puede y no debe caber en la conciencia cívica del hombre planetario. La experiencia nos ha enseñado que ocurren catástrofes y que son previsibles, lo que es de temer, incluso con el progreso de la civilización. Si la potencia bélica del III Reich hubiese triunfado en el conflicto mundial debido a la superioridad proporcionada por la bomba atómica, hoy no estaríamos hablando ciertamente de derechos humanos. Si un fanatismo destructivo, opuesto al desarrollo del bienestar material y a la libertad de investigación científica, predominase en la sociedad, como ocurriera en los inicios del medievo en Europa, una oleada de ignorancia y de superstición podría inundar la comunidad científica; un episodio de este género se presenció hace no muchos años en Camboya durante el régi-

men de los Khmer con la masacre sistemática de los intelectuales. Aun así, tampoco se puede encuadrar el progreso en el esquema de un principio orgánico de nacimiento, vida y muerte de la civilización, como sostuvo Ostwald Spengler en su obra capital **La decadencia de Occidente**; ni el optimismo dogmático ni el pesimismo radical sirven para comprender el valor del progreso.

LOS DERECHOS HUMANOS COMO INDICADORES DEL PROGRESO SOCIAL

El progreso moral de la sociedad humana se puede medir comparando -en el transcurso del tiempo o entre las distintas sociedades contemporáneas- la protección que el más fuerte presta al más débil ante las adversidades de la naturaleza y ante la desigualdad de las condiciones sociales. El progreso se alcanza cuando los libres reconocen el derecho a la libertad de los esclavos, cuando el hombre reconoce la igualdad de derechos de la mujer, cuando los sanos reconocen el derecho a la asistencia sanitaria de los disminuidos físicos y mentales y de los enfermos, cuando las mayorías reconocen los derechos de las minorías.

Este principio que acabamos de enunciar puede ser impugnado desde dos puntos de vista opuestos. El primero es el de aquéllos que niegan la validez de esta regla en su misma base y que conciben la moral como la ley del más fuerte, determinada por la selección natural o por la voluntad de poder, o bien atribuyen la superioridad del fuerte sobre el débil a una ley de la naturaleza derivada de los lazos de consanguinidad (familiares o raciales), o bien llegan a justificar el mantenimiento de las desigualdades sociales por motivos de carácter social, como la distribución de la riqueza o el mérito militar. El segundo punto de vista es el de aquéllos que defienden como regla moral el principio de igualdad, negando legitimidad ética a la diferencia entre socialmente fuertes y socialmente débiles, esto es, entre clases dirigentes y clases inferiores, por lo que toda cesión parcial de derechos serviría para mantener y no para combatir el prejuicio originario de una jerarquía social.

El sociólogo, al que le corresponde la función de destacar e interpretar los símbolos de los comportamientos sociales en la realidad efectiva, puede, sin embargo, asumir ese principio como indicador de las alteraciones de las relaciones sociales en un sentido progresivo. El desplazamiento de la correlación de fuerzas en una sociedad debe ser, empero, tomado en consideración no ya desde el punto de vista del comportamiento individual inspirado en sentimientos de compasión o en el cumplimiento de preceptos religiosos, sino desde el punto de vista de las transformaciones producidas en la morfología de la praxis social en conjunción con los modelos de comportamiento colectivo impuestos en sentido jurídico. No se trata, por tanto, de hacer una alabanza del altruismo, sino de analizar hasta qué punto influye un estímulo ético en el marco normativo de la ley.

Es de apreciar que se ha establecido una relación de influencia recíproca entre la práctica social y la ley positiva en el plano de los derechos humanos: las

nuevas condiciones de vida artificial han propiciado nuevos comportamientos, que han originado nuevos modelos legislativos, los cuales, a su vez, han favorecido la aceptación o difusión de los nuevos comportamientos. Piénsese en lo acontecido en el terreno del control de la natalidad con el recurso a nuevas técnicas anticonceptivas y de aborto clínico, que determinan la situación demográfica de las sociedades industriales avanzadas en relación con el reconocimiento de los derechos de la mujer.

DERECHOS HUMANOS DE LOS INDIVIDUOS Y DE LOS GRUPOS SOCIALES

Hay todavía una observación por hacer en relación con los derechos humanos reconocidos en la era tecnológica. Los anteriores «derechos naturales» invocados para el hombre y para el ciudadano se referían estrictamente al individuo, eran un reflejo de la libertad personal de cada individuo. También los nuevos derechos, por supuesto, confirman rotundamente esta regla de atribución, e incluso procuran pormenorizarla. Piénsese en el derecho a la intimidad, o *right to privacy*, que es no sólo el derecho a la protección de la esfera personal de intimidad, sino que hoy en día abarca también la posibilidad de disponer libremente del derecho a la propia imagen informática y, por tanto, de conocer los datos personales registrados y procesados electrónicamente por particulares o por la Administración. Incluso las nuevas formas de garantía reconocidas al individuo frente al propio Estado que le capacitan para recurrir ante tribunales internacionales de derechos humanos se corresponden con la noción tradicional de los derechos del hombre, que se remonta a épocas anteriores.

Una novedad de nuestro tiempo consiste, sin embargo, en que los derechos humanos se reconocen también a los grupos sociales. El ejemplo más evidente lo proporciona la punición del genocidio, considerado delito internacional, destinada a proteger a un grupo social en su globalidad; igualmente, la exigencia de protección se extiende del aspecto físico al moral o cultural (lengua, costumbres...) de los grupos sociales minoritarios en el ámbito nacional. También la nueva tutela jurídica concedida a los grupos representantes de los «intereses difusos» es una expresión de la nueva conciencia y sensibilidad que se desarrollan en el terreno jurídico: la protección del medio ambiente, que se reclama ante la amenaza de la contaminación industrial y que se lleva a cabo mediante una acción judicial que se promueve a iniciativa de un grupo social es, con todo, protección del hombre y no de la naturaleza en sí misma.

En el tránsito de los antiguos derechos naturales a los nuevos derechos humanos se ha evidenciado, pues, un cambio de perspectiva de 180 grados: los derechos racionales invocados por la filosofía se han transformado en derechos positivos incorporados a las leyes estatales y a los tratados internacionales; los derechos individuales ligados al status del ciudadano han ampliado su ámbito de referencia a las formaciones sociales; de los derechos comprendidos en un catálogo cerrado y ahis-

tórico se ha pasado a una concepción abierta y progresiva de los mismos para adecuarla a las nuevas necesidades del hombre creador del mundo tecnológico.

A la sociología del Derecho le corresponde, por tanto, una nueva tarea: debe ofrecer una contribución activa al desarrollo y a la consolidación de los derechos humanos, procediendo a la determinación y a la elaboración crítica de los derechos todavía «sin cuajar» en la práctica social y todavía no basados ni regulados en las leyes; éste es el terreno propio de la indagación sociológico-jurídica. Pero el sociólogo del Derecho no puede nunca olvidar que él mismo es también humano, que participa por ello en esta evolución de la conciencia colectiva que hemos descrito, que también tiene un derecho moral, el derecho al progreso humano en la sociedad, que debe reafirmar como postulado del trabajo intelectual que realiza profesionalmente.

BIBLIOGRAFÍA

Bisogno, P., **Prometeo e la politica de la ciencia**. Mondadori, Milano, 1982.

Cassese, A., **I diritti umani nel mondo contemporaneo**. Laterza, Bari, 1988.

Frosini, V., **L'uomo artificiale. Etica e diritto nell'era planetaria**. Spirali, Milano, 1982.

Frosini, V., **Informatica, diritto e società**. Giuffrè, Milano, 1988.

Resta, E. (ed.), **Diritto e trasformazione sociale**. Laterza, Bari, 1978.

DIGNIDAD Y DERECHOS HUMANOS

Eusebio Fernández
Catedrático de Filosofía del Derecho
Universidad Carlos III de Madrid

La referencia al valor de la dignidad humana es hoy muy frecuente en los ámbitos religioso, moral, político y jurídico. Ello no quiere decir que se trate de una idea propia del mundo contemporáneo (existen, sin duda, varias y variadas concepciones históricas en torno a la dignidad de los seres humanos), sino que el número de veces que se cita la dignidad humana para reforzar un determinado argumento favorable a una tesis religiosa, moral, política y jurídica ha aumentado de manera considerable. Incluso nuestras ideas sobre una vida feliz, honesta o virtuosa se consideran inviables si no representan un compromiso con la defensa del valor de la dignidad humana. Sin embargo, la frecuencia en el uso del concepto de dignidad humana o dignidad de la persona y la contundencia de los argumentos que la utilizan va acompañada de una patente imprecisión, hasta el punto de que se corre el riesgo de convertirla en una expresión casi vacía de contenido. El riesgo sin duda aumenta cuando nos damos cuenta de que, como ha señalado González Pérez, "en nombre de la dignidad se llegue a soluciones radicalmente contrarias sobre temas fundamentales tan de nuestros días como la admisibilidad de ciertas formas de provocación y manipulaciones genéticas, el aborto, la disponibilidad de órganos humanos, los experimentos médicos con personas y la eutanasia" (González Pérez, 1986, pp. 19-20).

Sin olvidar la importancia que tienen los condicionamientos culturales e históricos, aquí voy a entender la noción de dignidad humana como el valor de cada persona que clama por el respeto a su condición de ser humano, respeto que impide que su vida o su integridad sea sustituida por cualquier otro valor social. Además utilizaré el principio de la dignidad de la persona humana como fuente de los valores de autonomía, seguridad, libertad e igualdad, que son los valores que fundamentan los distintos tipos de derechos humanos. Opino, por un lado, que es muy difícil determinar con carácter general y omnicompreensivo cuándo se lesiona

la dignidad humana, y que ante los casos difíciles la discusión y la argumentación precisan ser contextualizadas y trasladadas a los hechos concretos. Por otro lado, también es necesario advertir que muchas referencias a las exigencias de la dignidad humana, si queremos darle contenido, reclamarán el de los derechos humanos fundamentales, ya que éstos han de verse como su medio de protección, es decir, como condiciones inexcusables de una vida digna.

Creo que no me sitúo lejos de Gregorio Peces-Barba cuando ha indicado, sobre la conexión entre la dignidad humana y los valores superiores de nuestro ordenamiento jurídico constitucional (art. 1.1 de la Constitución Española), que "la dignidad humana es el fundamento y la razón de la necesidad de los valores superiores, es la raíz última de todo, y tales valores son los caminos para hacer real y efectiva la dignidad humana" (Peces-Barba, 1984, pp. 85-86). También considero que es el espíritu de las referencias a la dignidad humana en la Declaración Universal de Derechos Humanos, cuando señala en el primero y quinto considerandos de su preámbulo:

"Considerando que la libertad, la justicia y la paz en el mundo tienen por base el reconocimiento de la dignidad intrínseca y de los derechos iguales e inalienables de todos los miembros de la familia humana ..."

"Considerando que los pueblos de las Naciones Unidas han reafirmado en la Carta su fe en los derechos fundamentales del hombre, en la dignidad y el valor de la persona humana y en la igualdad de derechos de los hombres y las mujeres y se han declarado resueltos a promover el progreso social y a elevar el nivel de vida dentro de un concepto más amplio de libertad".

Centrándonos ya en las dificultades teóricas de la utilización de la idea de dignidad humana, podemos hacernos las mismas preguntas que Norbert Hoerster se ha planteado al comienzo de su trabajo **Acerca del significado del principio de la dignidad humana**, refiriéndose al texto del artículo 1.1 de la Ley Fundamental de la República Federal de Alemania: "La dignidad de la persona es intangible". Son las siguientes: "¿Cómo ha de entenderse en particular este principio de la dignidad humana así formulado?. ¿Qué función cumple dentro del marco de la aplicación del derecho?" (Hoerster, 1992, p. 91).

Para Hoerster la interpretación constitucional habitual del principio de la dignidad humana, recogido en el citado artículo, "coincide, por lo que se refiere a su fundamentación y significado, casi totalmente con la concepción kantiana". Y, ¿cuál es la concepción kantiana de la dignidad humana?. La expresada en los textos que podemos encontrar en "**La fundamentación de la metafísica de las costumbres**" y en la "**Metafísica de las costumbres**", y de los cuales Hoerster cita los siguientes: la dignidad es el atributo "de un ser racional que no obedece a ninguna otra ley que la que él mismo se da"; "Por lo tanto, la autonomía es el fundamento de la dignidad de la naturaleza humana o de toda naturaleza racional"; "Cuando algo tiene un precio, en su lugar puede colocarse algo diferente como equivalente; en cambio, aquello que está por encima de todo precio y, por lo tanto, no tiene ningún equivalente,

posee dignidad", y "La persona no puede ser tratada (ni por otra persona ni por sí misma) meramente como un medio sino que tiene que ser en todo momento utilizada al mismo tiempo como fin; en ello consiste su dignidad".

El intento de Hoerster en este trabajo es el de analizar críticamente el contenido, alcance y función del principio de dignidad humana, preguntándose si cabe mayor precisión en cuanto al contenido de dicho principio y cuáles pueden ser las acciones o medidas más importantes que lesionan la dignidad humana y su grado de evidencia inmediata.

Los problemas aparecen inmediatamente si comparamos los conceptos de "dignidad de la persona" con los de "vida" o "integridad física de la persona" presuponiendo que en los tres casos se trata de conceptos descriptivos, valorativamente neutros. "Sin embargo, esta apariencia -señala- es engañosa: mientras que los conceptos "vida" e "integridad física" pueden manifiestamente ser determinados de una manera valorativamente neutra y, por lo tanto, es básicamente posible aplicar (no dictar) el correspondiente principio de protección sin llevar a cabo una propia valoración, esto no vale para el concepto o el principio de la dignidad humana".

La situación problemática en la que se encuentra el principio de dignidad humana, al presuponer un juicio de valor moral, arrastra la consecuencia de convertirle "en gran medida" en fórmula vacía. Al no tratarse de un concepto descriptivo sino valorativo, le faltan al concepto de dignidad humana criterios de aplicación intersubjetivos. Por tanto, las controversias que surgen a la hora de su aplicación se convierten, irremediablemente, en controversias de valoración ética.

Hoerster se refiere a un fallo del Tribunal Administrativo Federal sobre el "peep-show" (el tribunal sostuvo que la realización de un peep-show violaba la dignidad humana de las mujeres que actúan en ellos), donde se deja claro que el principio de dignidad humana puede llegar a "conferir una pseudoobjetiva legitimación aparente a valoraciones individuales, a menudo de un sello muy personal".

No creo que sea muy difícil encontrar casos similares entre los fallos de nuestros tribunales de justicia o pensar la facilidad o frecuencia con que dentro del ámbito del lenguaje ordinario, o más concretamente dentro del lenguaje político o religioso, se hace referencia a valoraciones o comportamientos "indignos", lo que muchas veces no es más que poner un disfraz en apariencia respetable a simples valoraciones y convicciones personales o tienen el marcado objetivo de criticar las opiniones o conductas del adversario.

En resumen, añade y concluye Hoerster, hay que manifestar "cuán vacía es necesariamente la fórmula de la dignidad humana: no es nada más y nada menos que el vehículo de una decisión moral sobre la admisibilidad o inadmisibilidad de formas posibles de la limitación de la autodeterminación individual. La dignidad humana no es - como parece sugerirlo el texto del artículo 1.1 de la L.F. - algo dado, cognoscible (como, por ejemplo, la vida humana), sobre lo que pudiera determinarse objetivamente cuáles acciones lo lesionan o protegen".

Las reflexiones efectuadas por N. Hoerster sobre el artículo 1.1 de la Ley Fundamental Alemana son de aplicación directa al análisis del concepto de dignidad humana, según aparece en el artículo 10.1 de nuestra Constitución. Con mayor razón aún si tenemos en cuenta, como tantas veces se ha puesto de manifiesto, la influencia, como fuente inspiradora, de los párrafos 1 y 2 del artículo 1 de la L. F.A. en el primer párrafo del artículo 10 de la Constitución española.

Recordemos unos y otro.

El artículo 1, párrafos 1 y 2, de la L.F.A. reza lo siguiente:

"1.1).-La dignidad del hombre es intangible. Respetarla y protegerla es obligación de todo poder público".

"1.2).-El pueblo alemán se identifica, por lo tanto, con los inviolables e inalienables derechos del hombre como fundamento de toda comunidad humana, de la paz y de la justicia en el mundo".

El artículo 10, párrafo 1, de la C.E. dice:

"La dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás son fundamento del orden político y de la paz social".

Creo que la tesis defendida por N. Hoerster cuenta con razones bastante plausibles a su favor, aunque también con puntos menos claros. El concepto de dignidad de la persona humana nunca va a tener la misma precisión que otros conceptos utilizados en los ámbitos ético, jurídico o político. Aunque, también hay que decirlo, ninguno de ellos se encuentra a salvo de la acusación de falta de determinación. Ello hace necesario que a la hora de buscar su contenido, alcance y función tengamos que referirnos necesariamente a la tradición cultural - de cultura moral, política o jurídica - dentro de la cual ha adquirido y mantiene su significado.

N. Hoerster tiene parte de razón cuando alude a cuán vaga es la fórmula del principio de la dignidad humana, a su falta de cognoscibilidad y a las dificultades para su objetiva determinación. Pero si tomamos como referencia las tradiciones culturales en las que se ha empleado el principio de la dignidad humana, entendido como valor de cada persona humana, las cosas se ponen más fáciles. Hasta el punto de que no creo que sea imposible hoy delimitar una serie de exigencias que nos ayuden a expresar básicamente el contenido y el alcance del principio de la dignidad humana. Un análisis de la historia y de la fundamentación de los derechos humanos fundamentales, vistas como el origen y evolución de esas exigencias de la dignidad humana, nos pueden ayudar en aquella tarea. De esta manera, a la pregunta kantiana de ¿cuándo o en qué casos la persona es tratada meramente como un medio?, podríamos contestar que cuando se atenta injustificadamente a su autonomía, a su seguridad, a su libertad o a su igualdad. De la misma forma que podríamos responder que se la trata como un fin a la persona humana, es decir, se le reconoce su dignidad, cuando se crean normas e instituciones que respetan y garantizan el ejercicio de los derechos humanos; esto es, como señala la Constitución española

en su artículo 10.1, de los derechos inviolables que son inherentes a la idea de la dignidad de la persona.

Los valores y exigencias morales y racionales que fundamentan éticamente los derechos humanos giran en torno a la idea de dignidad humana, idea básica y condición *sine qua non* para hablar de derechos fundamentales. De la idea de dignidad humana derivan unos valores que han de fundamentar los distintos derechos humanos. Estos valores son la autonomía, la seguridad, la libertad y la igualdad (Fernández, 1984, p. 120). Los derechos 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 e igualdad) 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 (Fernández, 1990, p. 60).

Así pues, la idea de dignidad humana como valor insustituible atribuido a cada persona precisa para su delimitación de otros valores como la autonomía, la seguridad, la libertad o la igualdad, valores que se encuentran recogidos en la actual noción de los derechos humanos fundamentales. Su comprensión no puede hacerse al margen de lo que representa la lucha histórica por los derechos humanos.

Exponer los derechos humanos como el reflejo de dignidad humana permite llegar a entender que esas creencias compartidas en derechos universales hoy son el resultado histórico de una determinada tradición cultural humanista que nos ayuda a dibujar su contenido, alcance y función. Todos los tipos de derechos humanos han de verse como la manifestación de las exigencias del valor insustituible de cada persona humana. Y podemos preguntarnos: ¿son exigencias variables históricamente o mantienen cierto núcleo permanente? la respuesta apropiada creo que es la siguiente: "la variabilidad histórica de los derechos humanos se detiene ante los derechos más básicos, como los derechos a la vida y a la integridad física y moral, pues sin un contenido invariable de las exigencias básicas que protegen sería superfluo hablar de derechos humanos fundamentales. A partir de ellas comienza a desarrollarse el tema de los derechos morales, antes no" (Fernández, 1990, p. 69).

Por consiguiente, se podría a su vez responder afirmativamente a la pregunta de si hay exigencias básicas irrenunciables, derivadas directa e inmediatamente del principio de dignidad humana. Con ello también habremos ya ganado un contenido mínimo, pero preciso, de dicho principio, puesto que asumir el valor de la dignidad humana equivale a reconocer el derecho de todos los seres humanos a un básico respeto por la vida y su integridad física y moral. Creo que esta idea no se encuentra alejada del concepto de dignidad humana utilizado en las sentencias del Tribunal Constitucional español. Valgan como muestra los siguientes textos:

"... la dignidad es un valor espiritual y moral inherente a la persona, que se

manifiesta singularmente en la autodeterminación consciente y responsable de la propia vida y que lleva la pretensión al respeto por parte de los demás " (STC 53/1985, F.J. 8); "... la dignidad ha de permanecer inalterada cualquiera que sea la situación en que la persona se encuentre ... constituyendo en consecuencia un *minimum* invulnerable que todo estatuto jurídico debe asegurar, de modo que, sean unas u otras las limitaciones que se impongan en el disfrute de los derechos individuales, no conlleven menosprecio para la estima en cuanto ser humano que merece la persona" (STC 120/1990, F.J. 4); "Indisolublemente relacionado con el derecho a la vida en su dimensión humana se encuentra el valor jurídico fundamental de la dignidad de la persona, reconocido en el artículo 10 como germen o núcleo de unos derechos que le son inherentes" (STC 53/1985, F. J. 3).

En definitiva, en la tradición humanista y liberal-democrática el respeto a la dignidad humana, al valor de cada persona humana, exige el reconocimiento *del derecho a tener derechos*. Tener a alguien por ser humano es lo mismo que reconocerle unos derechos básicos y fundamentales (Fernández, 1998, p. 109). Sin embargo, conviene insistir en el hecho de que al situar nuestra Constitución el principio de dignidad humana (art. 10.1) en un lugar especialmente significativo, ello supone la conversión de un valor moral en un valor jurídico. Por consiguiente, la interpretación correcta de dicho valor y la determinación adecuada de su alcance es tanto una cuestión de discusión moral como de argumentación jurídica.

BIBLIOGRAFÍA

Díaz Revorio, F. J., **Valores superiores e interpretación constitucional**. Centro de estudios políticos y constitucionales, Madrid, 1997.

Fernández García, E., **Teoría de la justicia y derechos humanos**. Debate, Madrid, 1984.

Fernández García, E., **Estudios de ética jurídica**. Debate, Madrid, 1990.

Fernández García, E., **A declaración de 1948. Dignidade humana e universalidade dos dereitos**. En: Otero Parga, M. (ed.), **Nove estudos sobre dereitos humanos. Ho 50 aniversario da declaración universal, 1948-1998**. Fundación A. Brañas, Santiago de Compostela, 1998.

González Pérez, J., **La dignidad de la persona**. Civitas, Madrid, 1986.

Hoerster, N., **Acerca del significado de dignidad humana**. En: Hoerster, N., **En defensa del positivismo jurídico**. Trad. cast. de J. Málem. Gedisa, Barcelona, 1992.

Peces-Barba, G., **Los valores superiores**. Tecnos, Madrid, 1984.

Santamaría Ibeas, J., **Los valores superiores en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional**. Universidad de Burgos / Dykinson, Madrid, 1997.

LIBERTAD Y DERECHOS HUMANOS

Alfonso Ruiz Miguel
Catedrático de Filosofía del Derecho
Universidad Autónoma de Madrid

“LIBERTAD”, UNA SUMA DE SIGNIFICADOS Y VALORES

La libertad es una de las aspiraciones humanas más poderosas y permanentes, sólo comparable a la igualdad o, probablemente en una medida inferior, a la paz, la seguridad o la fraternidad. El habitual y común acuerdo que recae sobre el valor ideológicamente positivo de la apelación a la libertad procede, sin lugar a dudas, de la reacción contra formas tan diversas de opresión como las sufridas históricamente por los seres humanos, pero a la vez, al menos en parte, encubre divergencias sustanciales sobre el significado y alcance de la palabra. La historia del pensamiento político está plagada de definiciones distintas de la libertad entre las que es ilusorio tratar de establecer un hilo común. Desde la invocación de Cicerón a la libertad como resultado de nuestra servidumbre hacia las leyes ("legum servi sumus ut liberi esse possimus") hasta la visión de Hegel de la historia universal como "progreso en la conciencia de la libertad [...] que debemos conocer en su necesidad", pasando por la propuesta de Montesquieu sobre la libertad como "el derecho a hacer lo que las leyes permiten", no es difícil ver cómo la misma palabra parece usarse en defensa de distintas y hasta opuestas ideas e ideales. Intentando hacer luz en esa variedad de nociones y de valoraciones, propongo recorrer un itinerario que presente las tres principales distinciones conceptuales, hoy ya clásicas, imprescindibles para mantener ideas claras en el uso del término "libertad". Ello permitirá plantear después algunas de las más importantes alternativas de carácter valorativo a propósito del papel de la libertad en una sociedad bien ordenada.

USO DESCRIPTIVO Y USO VALORATIVO

La distinción más general a propósito de la idea de libertad tiene que ver con su diferente uso en la comunicación, según sea descriptivo o valorativo. Seguramente, la noción más inmediata e intuitiva de la idea de libertad procede de su uso puramente descriptivo. Si preguntamos a un niño, o a alguien que no haya reflexionado mucho sobre el asunto, qué es la libertad, es muy probable que responda algo así como "Hacer lo que uno quiere". Ese significado general es el utilizado cuando hablamos del aire libre, del libre curso de un río o de la caída libre, con lo que indicamos la inexistencia de límites, cauces, obstáculos o constreñimientos a algo que ocurre de hecho, de manera natural. En cuanto este sentido descriptivo de la idea de libertad se refiere únicamente a las acciones humanas, como hicieron Hobbes o Bentham, se está aludiendo a la capacidad de acción sin limitaciones, capacidad que es compatible, desde luego, con utilizaciones loables de tal capacidad, pero también con usos odiosos, así como también triviales o poco trascendentes. En efecto, la actuación humana sin limitaciones puede dañar a otros o limitar su libertad de manera intolerable. Desde un punto de vista descriptivo, cualquier hombre es "libre" de matar, mentir o secuestrar a otros, pues, como advirtió Spinoza, la naturaleza "no prohíbe sino lo que nadie desea y nadie puede". Y como a la idea de "libertad" se le suele asociar un valor positivo, no es extraño que para cubrir aquel primer significado muy amplio y eminentemente descriptivo se hayan utilizado a veces denominaciones presuntamente menos comprometidas desde un punto de vista valorativo, como "licencia" o "arbitrio".

Kant hizo un uso claramente valorativo o normativo de la idea de libertad como capacidad de acción cuando la configuró como la esfera jurídicamente protegible en la que cada cual puede actuar sin impedimentos dentro del respeto a la correlativa libertad de los demás. La idea de libertad aparece así como una esfera de acción valiosa, que John Stuart Mill propugnó como un círculo impenetrable a la interferencia ajena, y respecto de la que ya no tiene sentido hablar de "libertad" de asesinar, robar o difamar, en tanto que acciones valorativa o normativamente inaceptables. No obstante, como habrá ocasión de ver enseguida, no resulta decidible sin más con fórmulas sencillas como las de Kant o Mill qué extensión deba atribuirse a la esfera de libertad valiosa o protegible. Por lo demás, aunque el uso valorativo de la idea de libertad sea el más habitual e interesante en la historia del pensamiento político y jurídico, eso no desmiente ni la importante teorización que muchos iusnaturalistas racionalistas hicieron del uso descriptivo, central para su configuración del estado de naturaleza como situación del más amplio derecho a la libertad, ni la relevancia de tal uso en la argumentación moral y jurídica, en particular a propósito de cuestiones como la implicación entre deber y poder o la existencia o inexistencia de un espacio jurídico vacío y de permisos débiles, junto a los permisos derivados de las normas vigentes (se volverá al final sobre esta distinción).

LIBERTAD NEGATIVA Y LIBERTAD POSITIVA

La segunda distinción a propósito de la libertad, que desde un famoso artículo de Isaiah Berlin suele formularse como contraste entre libertad negativa y libertad positiva, requiere hacer antes una aclaración terminológica. En ella, los adjetivos de “positivo” y “negativo” no aluden, al menos en principio, a una diferencia valorativa, de manera que la libertad positiva se considere buena y la negativa mala. La distinción, así, no coincide con la que se acaba de comentar entre el uso descriptivo y el valorativo, pues tanto la libertad positiva como la negativa pueden defenderse dentro de este último uso como tipos de libertad valiosos, sin que por lo demás falten autores que terminen prefiriendo a una o a otra hasta considerar no valiosa o, en todo caso, peligrosa, a la opuesta (sin ir más lejos, para Berlin los mayores riesgos están en la idea de libertad positiva). Por enunciarlo sencillamente, la diferencia entre libertad negativa y positiva alude, respectivamente, a la definición de la idea de libertad bien en términos de negación o ausencia de algo, o bien en términos de actividad y ejercicio de y para algo, que, aunque no la única, es la más neta diferenciación entre la libertad negativa como ausencia de impedimentos y la libertad positiva como expresión de la autonomía o independencia humana.

La libertad negativa —que, en cuanto concepto más inmediato e intuitivo, es el único que he utilizado hasta ahora para contrastar el uso descriptivo y el normativo de la idea de libertad— puede caracterizarse como la posibilidad de actuar o no sin ser impedido en ello, es decir, sin obstáculos o constreñimientos a la acción realizable. En tal significado, la idea de libertad se refiere a la acción, que es o no libre según esté o no impedida externamente, es decir, con independencia del propio individuo que actúa. En su uso social y político, que es el habitual, lo que impide tal forma de libertad es la coacción, sea de manera directa e inmediata (el policía que reprime la manifestación, la valla que obstaculiza el paso...) o sea de manera indirecta o mediata (la amenaza de sanción del código penal, la señal de tráfico que avisa de un peligro...). Tales impedimentos coactivos pueden ser fácticos o normativos, sin que nada excluya que unos y otros actúen con el mismo propósito, como el badén que refuerza la obligación de circular despacio. En todo caso, el uso más típico y expresivo de la idea de libertad negativa es el delimitado por las normas jurídicas, que en lo que no obligan o prohíben dejan una esfera de acciones lícitas o permitidas. Por ello, cabe configurar la libertad negativa o, quizá mejor, las libertades negativas como el ámbito de lo lícito o permitido, de modo que la mera existencia de una obligación o prohibición es, precisamente, un impedimento que limita o cercena la esfera de las libertades negativas. Tales libertades, también bajo el título de libertades civiles, son las que tradicionalmente ha defendido la tradición liberal para la esfera privada, siendo referidas sobre todo a los individuos. No obstante, el concepto también es aplicable a las colectividades, como las personas jurídicas (empresas, fundaciones y similares) e, incluso, a los Estados, a los que una larga tradición ha considerado a modo de individuos que, entre sí, tienen obligaciones y, a la vez, una cierta y usualmente muy amplia esfera de libertad negativa.

La libertad positiva, por su parte, se caracteriza por su apelación a la autonomía, esto es, a la capacidad de autorregularse o de obedecer a las reglas que uno se da a sí mismo. Alguien es libre en este nuevo sentido cuando se autodetermina personalmente, esto es, cuando es dueño de sí y puede controlar su vida y sus acciones por sí mismo. Obsérvese que aquí uno es libre no por ausencia de algo, sino por la presencia de una capacidad propia de decisión. Este último rasgo es la clave de la diferencia de la libertad positiva con la negativa, pues en tanto esta última califica a la *acción*, aquella reside esencialmente en la *decisión*, esto es, en el proceso de la voluntad que, por definición, es previo a la acción voluntaria. En su último extremo, la libertad positiva es tan diferenciable de la negativa que, conforme a su definición, se puede ser libre positivamente incluso bajo las mayores condiciones de privación de la capacidad de acción. Tal es el significado con el que Luis Cernuda pudo escribir: "Libertad no conozco, sino la libertad de estar preso en alguien / cuyo nombre no puedo oír sin escalofrío", o Henry Thoreau: "Bajo un gobierno que encarcela a alguien injustamente, el lugar que debe ocupar el justo es también la prisión [...] ésta es la única casa, en un Estado con esclavos, donde el hombre libre puede permanecer con honor". Este vínculo entre libertad positiva y autonomía de la voluntad presupone dos ideas relacionadas entre sí aunque diferenciables: por una parte, exige la presuposición de una voluntad libre y, por tanto, del libre albedrío, descartando el determinismo en materia moral; por otra parte, la libertad de la voluntad no sólo excluye la causalidad, sino también toda obediencia a leyes, incluidas las del azar, distintas a las de la razón. Pero si la libertad de la voluntad exige seguir los dictados de la razón, diferenciada de los deseos irracionales o incontrolados, la noción de libertad positiva presupone la escisión del yo en racional o verdadero y pasional o esclavo. Y de ahí que la libertad positiva no se pueda traducir a esfera de licitud y expresarse como permiso, sino que, por el contrario, sea plenamente compatible y más bien coincidente con el cumplimiento de alguna obligación o con el sometimiento a la necesidad, siempre que ésta sea racionalmente reconocida. Tal es el significado de la "libertad moral" para Rousseau, "que es la única que hace al hombre verdaderamente dueño de sí mismo; pues el impulso del mero apetito es esclavitud y la obediencia a la ley que cada uno se prescribe es libertad", un significado que fue desarrollado por Kant en su concepción de la autonomía moral, esencialmente ligada a la noción del imperativo categórico como criterio racional de la acción moral.

Desde un punto de vista estrictamente conceptual, la diferencia más llamativa entre la libertad negativa y la positiva es que, como se acaba de decir, la primera, en cuanto *libertad como opción*, se ejerce como facultad de hacer o no hacer, o de hacer esto o aquello, que configura la noción usual de permiso, de manera que es contradictoria con la noción de obligación o prohibición, a la vez que, en cambio, la libertad positiva, en cuanto *libertad como obediencia*, siendo ajena a tal idea de permiso o facultad, no sólo es compatible sino que se manifiesta como ejercicio de una obligación. En tal medida, si una y otra se refieren al individuo, su aplicabilidad conceptual es completamente independiente: así, mientras un alcohólico o un fumador ejercen su libertad negativa si pueden beber o fumar porque nadie se lo impide,

no serán libres positivamente en la medida en que tengan una compulsión para hacerlo que sitúe a su voluntad fuera de su control; y, a la inversa, una monja de clausura, un militar, una deportista o un músico, pueden limitar hasta el máximo su libertad negativa al decidir dedicar su vida a tales actividades, pero precisamente para ejercer su libertad positiva en obediencia a su plan de autorrealización.

En la noción de libertad positiva se han visto peligros de distinta índole. Inicialmente, el vínculo entre libertad positiva y obligación, aunque sea autoimpuesta, lleva aires de paradoja debido a que la idea de libertad suele asociarse intuitivamente a la capacidad de opción. Pero más desconcertante todavía puede resultar la capacidad para pasar de uno a otro concepto sin advertirlo debidamente, trastocando de paso la ordenación de las preferencias valorativas previas: así, a partir del valor positivo que suele atribuirse a la libertad como opción, no es difícil intentar minusvalorar tal capacidad de opción en aras de una idea de libertad como obligación, donde lo que se valora más son criterios como: el cómo, el orden o la verdad, pero no la posibilidad de optar por distintos cursos de acción. Tal es lo que puede ocurrir cuando se afirma que sólo somos verdaderamente libres no cuando tenemos la posibilidad de optar sino sólo cuando optamos por una sola de las posibilidades, precisamente porque sólo entonces actuamos bien o seguimos la ley moral. Un ejemplo clásico lo ofrece la Encíclica papal *Libertas*, de 1888, que para defender la idea de que no hay libertad para el error, afirmaba: "Si una desenfrenada licencia de palabra y de escritura se concediera a todos, no quedaría nada de sagrado e inviolado... De tal modo, mientras la verdad sería gradualmente oscurecida por las tinieblas, el promiscuo y multiforme error prevalecería fácilmente, como ocurre demasiado a menudo. Así pues, la licencia ganaría lo que la libertad terminaría por perder".

Pero, junto a las anteriores, seguramente la mayor fuente de perplejidad y de abuso conceptual y valorativo en la noción de libertad positiva es la ya advertida por el pensamiento liberal y, muy destacadamente dentro de él, por Isaiah Berlin: el riesgo de suplantación de la voluntad real de los individuos concretos por los dictados opresivos de un individuo o una minoría despótica que se presentan como expresión de una racionalidad a la que todos deben asentir libremente. Para llegar a ese extremo, sin embargo, hay que recorrer un largo camino. La libertad positiva, como la negativa, no sólo puede predicarse de los individuos que disponen de su voluntad y su acción, sino también de las colectividades. Más todavía, a diferencia en esto de la negativa, la idea de libertad positiva tiene su uso político más característico y relevante en su aplicación a las decisiones colectivas, que se consideran libres en la medida en que expresen la voluntad de todos o, al menos, de la mayoría de los asociados. De esta manera, es corriente y aceptable la afirmación de que la participación de los ciudadanos en las decisiones colectivas es una forma de ejercicio de la libertad. Si cada ciudadano ha tenido la oportunidad de participar en la adopción de las decisiones que le afectan, la obediencia posterior a tales decisiones puede considerarse manifestación de la libertad positiva, puesto que cada cual obedece una decisión adoptada bien directamente por él mismo, bien, al menos, con-

forme a un procedimiento aceptable para todos y en el que ha tenido la posibilidad de participar. Como puede verse, la libertad positiva se identifica así con el ideal democrático, mientras que, en contraste, la libertad negativa expresa más bien el ideal liberal.

Hasta aquí todavía nos hallamos lejos del peligro denunciado por Berlin. Incluso el autor que merece el título de descubridor de la diferencia entre libertad positiva y negativa, el liberal de principios del siglo XIX Benjamin Constant, aunque realzó a la segunda, la liberal, en cierto detrimento de la primera, la democrática, no dejó de proponer como necesaria una combinación de ambas libertades. Comparándolas bajo la denominación de libertad de los antiguos y de los modernos, vio la esencia de la primera en "la participación activa y continua en el poder colectivo [...para] el reparto del poder social entre todos los ciudadanos de una misma patria". En cambio, los modernos -en concreto, aclaremos, los burgueses que habían triunfado tras la Revolución francesa- tendrían por "objetivo [...] la seguridad en los disfrutes privados, y llaman libertad a las garantías concedidas por las instituciones a esos disfrutes". Para Constant la primera, que también llama libertad política, era ajena a toda idea de derechos individuales, hasta el punto de que la participación en las decisiones colectivas pagaba el precio de "la completa sumisión del individuo a la autoridad del conjunto" y, así, "el individuo, soberano casi siempre en los asuntos públicos, era un esclavo en todas las cuestiones privadas". No obstante, aunque Constant no deja de defender el derecho a la participación en elecciones, siquiera sea como ejercicio esporádico de la soberanía y hasta como forma de garantía de las libertades civiles, la decisiva y dominante era para él la libertad moderna, pues, como buen liberal, mostraba más preocupación por la pregunta "¿cómo se gobierna?" ("Lo que a nosotros nos importa no es que nuestros derechos no puedan ser violados por tal poder sin la anuencia de tal otro, sino que dicha violación le sea impedida a todos los poderes") que por la pregunta "¿quién gobierna?" ("La independencia individual es la primera necesidad de los modernos; por lo tanto no hay que exigir nunca su sacrificio para establecer la libertad política").

Pero para el liberal, el peligro de la libertad positiva comienza con la inversión de la anterior relación. El mismo Constant advirtió de que "la voluntad de todo un pueblo no puede hacer justo lo que es injusto". Y, ciertamente, si se extrema el criterio democrático, los únicos derechos que parecen quedar a salvo de la decisión de la mayoría son los que operan como condición esencial y necesaria para la propia democracia y, básicamente, el núcleo de la libertad de expresión, de reunión, de asociación y de voto. De ahí que la posibilidad de que el criterio democrático sea utilizado para la opresión de unas u otras minorías haya sido un primer temor del pensamiento liberal, poco tranquilizado con las palabras que el primero de los modernos defensores de la democracia, Rousseau, dejó escrito en **Del contrato social**: "cualquiera que rehuse obedecer la voluntad general será obligado por todo el cuerpo [social]: lo que no significa otra cosa sino que se le obligará a ser libre". Pero, naturalmente, ese temor se justifica de lleno cuando se sobrepasa el marco democrático, pues el abuso de la idea de libertad positiva se exagera en las concepciones

que, del autoritarismo al totalitarismo, hipostasian la voluntad popular, transfigurándola en espíritu del pueblo interpretado por un caudillo o una élite que impone sus dictatoriales decisiones como manifestaciones de la voluntad "racional", "superior" y "verdadera" de la colectividad, ya al margen de los deseos e intereses efectivamente expresados por los individuos que la componen.

Lo que el recorrido anterior por las diferencias entre la libertad negativa y la positiva muestra sobre todo es la posible tensión entre ambas, debida al contraste entre los conceptos y principios valorativos de los que una y otra proceden. Ciertamente, la democracia liberal se configura como una síntesis de ambos conceptos y principios, en la idea de que tan importante como quién gobierna es cómo se gobierna, lo que se expresa en la constitucionalización tanto de los derechos liberales como de los democráticos. Pero la diferenciación entre la libertad positiva y la negativa nos hace conscientes de que se trata de una síntesis, como tal variable en sus componentes y relativamente inestable desde un punto de vista histórico. No se olvide que los regímenes comunistas se definieron y defendieron como "democracias populares" para vivir ajenos al reconocimiento de los derechos civiles más básicos, a la vez que el sueño de algunos liberales extremistas es un Estado con un mínimo de intervención estatal, lo que bien podría ser mejor garantizado por un déspota que mediante el ejercicio periódico de las elecciones democráticas.

LIBERTAD COMO DERECHO Y COMO PODER

La tercera distinción importante que se ha de hacer a propósito de la idea de libertad parte de su acepción negativa como posibilidad de opción, diferenciando entre la posibilidad normativa o formal y la posibilidad o capacidad efectiva. En el primer sentido, decimos que somos libres porque no existe impedimento normativo, como cuando la Constitución reconoce el derecho a la libertad de expresión o a entrar y salir libremente del país. En el segundo, decimos que somos libres cuando podemos hacer material o fácticamente lo que deseamos, como hacer públicas nuestras opiniones en un medio de comunicación influyente o viajar al extranjero porque tenemos tiempo y dinero para ello. Aunque una cierta tradición ha llegado a consagrar esta distinción como contraste entre libertades formales y reales, una denominación más neutral, y preferible, es la que contrapone libertad como derecho y libertad como poder.

Detrás de esta distinción subyace una ya vieja disputa ideológica para la que, originariamente, en la tradición del pensamiento marxista, las libertades formales aparecían como medios de encubrimiento de una realidad social marcada por relaciones de dominación y explotación de una clase por otra, tradición en la que la verdadera libertad sólo puede existir si todas las personas pueden disfrutar efectivamente de los bienes que los derechos proclaman: por ejemplificarlo en una tajante frase de Stalin, "bajo el capitalismo no existen ni pueden existir verdaderas 'libertades' para los explotados, aunque sólo sea por el hecho de que los locales, las impre-

tas, los depósitos de papel, etc., necesarios para poner en práctica estas 'libertades', constituyen un privilegio de los explotadores". En agudo contraste con esa visión, la tradición liberal ha insistido en que la libertad es la mera posibilidad normativa, donde las normas deben ser socialmente eficaces pero no garantizar positivamente la realización efectiva o material de tal posibilidad: por ejemplificarlo en dos frases de Felix Oppenheim, "tal persona es libre de hacer o no hacer X si otro u otros no se lo impiden o no le castigan por ello"; "La mayor parte de la gente es incapaz, aunque sea libre de ello, de hacerse millonaria o ganar el premio Nobel. [...] Todos son socialmente 'libres de dormir bajo los puentes' o en casa, incluidos los que no tienen casa".

En realidad, ambos significados de la libertad, el normativo y el efectivo, pueden tener sentido en su contexto: así, tanto cabe decir que "X es jurídicamente libre de viajar al extranjero aunque no tiene dinero" como que "Z tiene mucha más libertad de movimiento que la mayoría de la gente porque dispone de una avioneta personal". Además, y esto es algo que han tendido a olvidar tanto la tradición marxista como la liberal, ambas formas son importantes, pues el poder o la capacidad efectiva sin el derecho es tan insatisfactorio e insuficiente como el derecho sin el poder efectivo: como vio bien Bobbio y enseña la experiencia de los regímenes fascistas y comunistas, cuando el Estado veda la libertad de expresión o retiene el pasaporte por razones políticas, eso puede afectar a los ciudadanos con independencia de sus medios económicos, aunque también es cierto que para quien vive en la miseria y la ignorancia la mera garantía de algunos de los derechos de libertad puede serle de escasa utilidad, pues un reparto muy desigualitario de los bienes materiales y culturales afecta gravemente incluso al ejercicio de las libertades básicas.

De todas formas, reconocer que ambas formas de libertad son necesarias no significa que una libertad como derecho sea siempre incompleta si no va acompañada de una correspondiente y total libertad como poder. En primer término, como ha mostrado Amartya Sen, hay algunos derechos de libertad, en especial los más vinculados a la organización democrática del poder, cuya garantía jurídico-política puede ser decisiva para evitar la irresponsabilidad política ante situaciones de miseria económica. En segundo lugar, existen libertades "baratas"- o, al menos manifestaciones baratas de ciertas libertades, como la de expresión, la de movimiento, la religiosa, la de reunión, etc.-, que basta que estén reconocidas y protegidas para que puedan ser ejercidas y satisfechas en sus niveles básicos. En tercer lugar, en fin, una cierta escasez de posibilidades y medios materiales, es decir, en la libertad efectiva, parece siempre en alguna medida inevitable en las libertades costosas, como la de expresión a través de prensa, la de movimiento al extranjero, etc., cuya realización efectiva total no sólo exigiría medios económicos abundantes sino también disponibilidad de tiempo ilimitada: téngase en cuenta que la *máxima* libertad como poder es una idea límite, sólo al alcance de alguien, literalmente, "omnipotente".

EL DERECHO GENERAL A LA LIBERTAD

Junto a las disensiones ideológicas que, como hemos visto, se solapan tras algunas de las disputas sobre los distintos conceptos de "libertad", quizá la discusión valorativa más relevante a propósito de la idea de libertad es la de si los seres humanos tienen un derecho general a la libertad. Este derecho, en el que se reconoce sobre todo una defensa de la noción de libertad negativa, puede ser defendido en tres planos distintos, con diferente significado y alcance en cada uno de ellos.

En el primer plano, que es el más general, la discusión versa sobre si debe darse prioridad a la libertad sobre otros valores, como la igualdad o la seguridad. Una tendencia dentro del pensamiento liberal, bien representada por Friedrich Hayek, ha sostenido la prioridad del derecho a la libertad negativa, por lo que ésta sólo se debería limitar en aras de la propia libertad. Frente a esta propuesta, otra tendencia también liberal, aunque compartida con el socialismo democrático, y bien reflejada por John Rawls, defiende que lo que se debe proteger no es tanto un derecho general a la libertad sin más cuanto un conjunto de *libertades básicas*, que salvaguarden la autonomía personal y política de todos los individuos. En el extremo de esta segunda posición, Ronald Dworkin ha negado que pueda defenderse aquel derecho general a la libertad, proponiendo como prioritario el derecho a la igual consideración y respeto, que incluiría las libertades fundamentales. No obstante, el propósito esencial de esta última formulación, que es evitar la conclusión de que exista un genuino contraste entre la libertad y la igualdad debidamente entendidas, puede resultar fallido si se tiene en cuenta que cuando se exige positivamente consideración y respeto sin más (por ejemplo, reconociendo los derechos de los homosexuales), lo que se exige es libertad como autonomía y no mera igualdad (la cual, como replicó Hart, se podría conseguir prohibiendo la práctica sexual tanto a homosexuales como a heterosexuales). Probablemente, los conflictos entre los grandes valores no son resolubles a través de una simple fórmula, salvo que bajo la apariencia de simplicidad se encubra la complejidad del conflicto. Una aguda consideración de Quine puede servir para mostrarlo también respecto al contraste general entre libertad negativa y seguridad: "La atadura del uniforme naval es un alivio porque le ahorra a uno la molestia de elegir todos los días cómo vestir. 'Liberación de las ataduras' suena al oído como un pleonasma, pero, aun así, las ataduras son una libertad de segundo orden: liberación de la decisión". Pero aunque la seguridad se presente ingeniosamente como libertad respecto de la decisión, ello no salva el conflicto de fondo entre aquélla y la libertad de acción.

El derecho general a la libertad se presenta con un significado diferente en un segundo plano, algo más concreto que el anterior, una vez aceptado que, junto a ciertos derechos de igualdad y de seguridad, la libertad relevante exige la garantía constitucional de ciertas libertades básicas, como las de opinión, reunión, asociación, participación política, de detenciones arbitrarias, etc. La pregunta central ahora es si, dentro de ese marco de libertades constitucionalmente garantizadas, no debe reservarse además una libertad de acción genéricamente protegida salvo que

haya razones suficientes para limitarla. Lo que aquí se plantea es si debe garantizarse un derecho general a la libertad, no entendido como prioritario respecto a la igualdad o la seguridad, sino como subsidiario en defecto de otro valor, es decir, como preferente en caso de que no haya razones de peso al menos equivalente para limitarlo. Este es el sentido en el que el artículo 19 de la Constitución argentina dice: "Las acciones privadas de los hombres que de ningún modo ofendan al orden y a la moral pública, ni perjudiquen a un tercero, están sólo reservadas a Dios, y exentas de la autoridad de los magistrados". Obsérvese que este tipo de restricciones constitucionales establecen un perímetro genérico de libertad de acción que puede llegar a impedir restricciones legales no suficientemente justificadas y que van más allá de las libertades clásicas específicamente garantizadas, por ejemplo en materia de libertad sexual o de libre disponibilidad de la propia vida. En tanto que este sentido del derecho general a la libertad parece aceptable en términos de valoración político-moral, es cuestión más dudosa si está o no jurídicamente reconocido, y en qué concretos términos, en una determinada Constitución, como pueda ser la española.

En fin, el derecho general a la libertad adquiere un significado todavía diferente, de menor exigencia que los anteriores, en un tercer plano, en el que se pregunta si debe considerarse lícito todo aquello que no está legalmente prohibido. En un sentido trivial resulta innegable que lo no prohibido está permitido, pero no porque los individuos sean libres de hacerlo o no, sino en el sentido meramente tautológico en el que "permitido" significa sólo, en sentido débil, que la acción en cuestión no está regulada mediante prohibición u obligación (y es aquí donde algunos autores han defendido que hay un "espacio jurídico vacío"). Para que "permitido" signifique también, en sentido fuerte, "normativamente libre" hay que considerar como vigente, aunque sea de modo implícito, una norma jurídica que establezca precisamente un derecho general a la libertad, ahora en el sentido de que si algo no está legalmente prohibido cualquier persona es libre de hacerlo, tal y como fue consagrado por el artículo 5 de la *Déclaration des droits de l'homme et du citoyen*, de 1789: "Todo lo que no está prohibido por la ley no puede ser impedido y nadie puede ser obligado a hacer lo que ella no ordena". En las Constituciones liberal-democráticas esa norma suele existir al menos para el ámbito penal y tributario, donde el principio de legalidad exige que cualquier pena o tributo sean establecidos mediante ley aprobada por el parlamento. Sin embargo, no siempre es clara e indisputada la existencia de tal norma constitucional para otros ámbitos, como el de las simples sanciones administrativas, al igual que tampoco está necesariamente dicho, aun cuando se proclame constitucionalmente al modo de la *Déclaration* francesa, que la referencia a la prohibición *legal* aluda a las leyes del parlamento y no simplemente a leyes en sentido genérico, esto es, a normas jurídicas de cualquier rango. En todo caso, parece que también este sentido del derecho general a la libertad es relevante y merece protección.

SOBRE LA "VERDADERA" LIBERTAD

Sin duda, la noción de libertad es capaz de suscitar muchas más preguntas y de generar muchas más perplejidades que las que aquí se han ido apuntando. Sin duda también, los conflictos fundamentales a los que cualquier concepción política ha de responder sobre el valor de la libertad giran en torno al equilibrio ideal de los tres conceptos básicos de libertad que he comentado: la libertad negativa, la libertad positiva y la libertad como poder; o, lo que es lo mismo, entre derechos liberales, derechos democráticos y derechos sociales. Por esa razón, reconocer la necesidad de algún tipo de equilibrio entre esos tres distintos focos ideológicos presupone aceptar que ninguno de los conceptos de libertad expresa algo semejante a la idea de la "verdadera" libertad. Porque por más que se atribuya una importancia central y prioritaria a la exigencia de la autonomía personal de los individuos, lograrla en su mayor y mejor medida para todos los individuos es una compleja tarea que no puede reducirse a la aplicación simplista de una sola de las nociones de libertad.

BIBLIOGRAFÍA

- Bentham, J., *Of Laws in General*. Ed. a cargo de H. L. A. Hart. The Atholone Press, Londres, 1970.
- Berlin, I., *Dos conceptos de libertad*. En: Berlin, I., *Cuatro ensayos sobre la libertad*. Alianza, Madrid, 1988.
- Bobbio, N., *Della libertà dei moderni comparata a quella dei posteri*. En: Bobbio, N., *Politica e cultura*. Einaudi, Turín, 1955.
- Bobbio, N., *Libertad*. En: Bobbio, N., *Igualdad y libertad*. Paidós, Barcelona, 1993.
- Constant, B., *Escritos políticos*. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1989.
- Dworkin, R., *Los derechos en serio*. Ariel, Barcelona, 1984.
- Dworkin, R., *Do We Have a Right to Pornography?*. En: Dworkin, R., *A Matter of Principle*. Clarendon Press, Oxford, 1985.
- Dworkin, R., *The Place of Liberty*. Iowa Law Review, nº 73, 1987.
- Dworkin, R., *Freedom's Law. The Moral Reading of the American Constitution*. Harvard University Press. Cambridge (Massachusetts), 1996.
- Hart, H. L. A., *Between Utility and Rights*. En: Hart, H. L. A., *Essays in Jurisprudence and Philosophy*. Clarendon Press, Oxford, 1983.
- Hayek, F. von, *Los fundamentos de la libertad*. Unión Editorial, Madrid, 1975.
- Hayek, F. von, *Derecho, legislación y libertad*. Unión Editorial, Madrid, 1982.
- Hegel, G. W. F., *Lecciones de filosofía de la historia universal*. Alianza, Madrid, 1974.
- Hobbes, T., *De cive. El ciudadano*. Debate, Madrid, 1993.
- Hobbes, T., *Leviathan*. Alianza, Madrid, 1989.
- Kant, I., *La metafísica de las costumbres*. Tecnos, Madrid, 1989.
- Mill, J. S., *Principios de economía política*. Fondo de Cultura Económica, México, 1951.
- Mill, J. S., *Sobre la libertad*. Alianza, Madrid, 1970.
- Montesquieu, C., *Del Espíritu de las Leyes*. Tecnos, Madrid, 1972.
- Oppenheim, F, *Libertad*. En: Bobbio, N. / Mateucci, N. / Pasquino, G., *Diccionario de política*. Siglo XXI, México, 1988.
- Quine, W. V., *Freedom*. En: *Quiddities. An Intermittently Philosophical Dictionary*. Harvard University Press, Cambridge (Massachusetts), 1987.
- Rawls, J., *Teoría de la justicia*. Fondo de Cultura Económica, México, 1979.
- Rawls, J., *El liberalismo político*. Crítica, Barcelona, 1996.
- Rousseau, J., J., *Del contrato social. Discursos*. Alianza, Madrid, 1980.

Sen, A., **¿Puede la democracia impedir las hambrunas?**. Claves de la razón práctica, n° 28, diciembre 1992.

Spinoza, B., **Tractatus politicus. Tratado político**. Alianza, Madrid, 1986.

Stalin, J., **Los fundamentos del leninismo**. Grijalbo, México, 1970.

Thoreau, H. **Desobediencia civil**. En: Thoreau, H., **Desobediencia civil y otros escritos**. Tecnos, Madrid, 1987.

IGUALDAD Y DERECHOS HUMANOS

Carlos Alarcón Cabrera
Profesor Titular de Filosofía del Derecho
Universidad de Huelva

El siglo que ahora acaba es el período de tiempo en el que más se ha avanzado hacia la igualdad humana, el valor jurídico al que tienden todos los derechos humanos sociales o de segunda generación. Este avance puede analizarse desde dos perspectivas: desde la perspectiva de la igualdad como punto de partida, como *igualdad de oportunidades*, y desde la perspectiva de la igualdad como punto de llegada, como *igualdad de resultados*.

A) Como punto de partida, la igualdad de oportunidades es la no discriminación de ningún individuo en el ejercicio y desarrollo de sus aptitudes de cara a su participación en el proceso productivo, la legislación, la cultura y, en general, cualquier faceta de la organización social.

B) Como punto de llegada, la igualdad de resultados es la consecuencia del conjunto de medidas a tomar por los poderes públicos para el logro de una semejante calidad de vida y de una igual satisfacción de las necesidades humanas básicas.

IGUALDAD FÍSICA E IGUALDAD JURÍDICA

Preliminarmente, resulta imprescindible una aclaración semántica: reivindicar la igualdad no significa aspirar a que los hombres *sean iguales*, sino a que los hombres *sean igualmente tratados*. Esta distinción no la hallamos con claridad en igualitaristas como Platón, quien al *corporalizar* al Estado defendía en **La República** una "comunidad de placeres y de penas entre todos los ciudadanos" en la que "todos se regocijaban con las mismas felicidades y se afligieron con las mismas desgracias", y atribuía a "la alegría y el dolor personales" la división de los Estados.

Además de irrealizable, el igualitarismo físico ha resultado con frecuencia

ideológicamente contraproducente. En las últimas décadas, el neoliberalismo ha utilizado presupuestos similares para justificar las desigualdades humanas en todos sus ámbitos. Para Friedman, por ejemplo, la desigualdad económica es tan legítima como la desigualdad puramente fisiológica, por lo que una distribución equitativa de los bienes resulta ser algo tan poco ético como la decisión de dar una mayor preparación intelectual a quienes están más limitados e impedir el desarrollo educativo pleno de quienes están más dotados (Friedman, 1982, pp. 194 ss.). Y en la misma línea Maurer ha llegado a afirmar que el derecho se convierte en injusticia si con la etiqueta de *democracia* o *socialismo* se dirige a la consecución del valor *antinatural* de la igualdad (Maurer, 1977, pp. 305 ss.).

Como las dos caras de la misma moneda, el igualitarismo físico radical y el neoliberalismo antiigualitarista coinciden en confundir la ley física con la ley ética. No es lo mismo corregir la talla, la fuerza, la inteligencia, la salud o el color de la piel que legislar un sistema fiscal progresivo, subvencionar instituciones para el provecho de los económicamente débiles o limitar la influencia de marcos ambientales perjudiciales para las tareas educativas en barrios marginales. Como ha destacado Pérez Luño, nadie juzga éticamente bueno o malo que una persona sea alta o baja, fuerte o débil, inteligente o torpe, pero sí que en una sociedad convivan seres humanos rebosantes de riqueza con otros necesitados de bienes primarios básicos (Pérez Luño, 1985, pp. 283 ss.). La defensa de la igualdad no implica ningún deseo de modificación física, sino una consolidada intención de que todo individuo reciba un trato que le posibilite unas mismas expectativas de realización. La realidad nos muestra una variada diversidad de rasgos humanos que nos diferencian, pero que a la vez deben representar el fundamento de un *tratamiento desigual* o *discriminación inversa*, en el caso de las diferencias relevantes, o de un *tratamiento semejante* o *no discriminación*, en el caso de las similitudes y las diferencias no relevantes.

IGUALDAD DE OPORTUNIDADES

La igualdad de oportunidades, la igualdad como *punto de partida*, ha sido definida *supra* como no discriminación de ningún individuo en el ejercicio y desarrollo de sus aptitudes de cara a su participación en cualquier faceta de la organización social. Combate así cualquier tipo de discriminación plasmada en la presencia de obstáculos arbitrarios para alcanzar posiciones sociales, y en particular para acceder con las mismas posibilidades a los procesos de producción y distribución de bienes materiales o inmateriales y de toma de decisiones con relevancia social.

La igualdad de oportunidades presupone entonces una categorización que garantiza a todos la oportunidad de competir para obtener ventajas sociales, de "aspirar a trabajos y recompensas" (vid. por ejemplo Haarscher, 1984, pp. 192 ss.; Tawney, 1979, pp. 100 ss.). En este sentido precisa y concreta la *igualdad formal* o *igualdad ante la ley* al proyectarla en su ámbito intersubjetivo, y entra en conexión con el valor de la *libertad* al reclamar la destrucción de trabas que dificulten el desarrollo humano.

En opinión de Dahrendorf, el reconocimiento de la igualdad de oportunidades es la consecuencia del derrumbamiento de las teorías que, con base en Platón o Aristóteles, propugnaban una estratificación social según la cual hay quienes están privilegiados por la naturaleza para una vida teórica de ocio (Dahrendorf, 1983, p. 165). Pero este progreso teórico no se completará hasta que la igualdad de oportunidades no entre en plena conjunción con la igualdad de resultados. La igualdad de oportunidades exige la inexistencia de circunstancias legales que entorpezcan el acceso a posiciones sociales, pero no impide en la práctica la influencia desigual de circunstancias *no explícitamente legales*, pero sí *implícitamente* amparadas en la ley, como la mayor riqueza patrimonial, que resulta determinante al permitir una despreocupación por otras tareas, o como el propio azar, que reparte injustamente beneficios y perjuicios. Incluso individuos con la misma capacidad y talento pueden tener de hecho desiguales posibilidades, lo que ha llevado a Rawls a subrayar que la igualdad de oportunidades no deja de ser “un sistema de libertad natural”, un sistema en el que una serie de factores moralmente arbitrarios pervierten la anhelada igualdad (Rawls, 1979, pp. 88 ss.).

La introducción de medidas que pudieran suprimir o ablandar la importancia del factor *dinero* o del factor *suerte* en el marco de un sistema meramente formal de igualdad de oportunidades tampoco es garantía de igualdad real. En la hipótesis más o menos utópica de paridad económica e intrascendencia del azar, sólo se conseguiría que quienes dispusieran de las mismas aptitudes dispusieran también de las mismas probabilidades de éxito. Estaríamos ante lo que Rawls denomina “un sistema de igualdad liberal”, en el que no contaría la situación socioeconómica previa, pero sí las aptitudes y la capacidad para usarlas, por lo que seguiría siendo un sistema moralmente arbitrario, tal como se evidencia si se piensa en que el influjo ambiental (familia, escuela, barrio...) es irremediable, por lo que el factor suerte continuaría pesando indirectamente (Rawls, 1979, pp. 94-96). La arbitrariedad ética derivaría no sólo de la incidencia directa de las aptitudes o capacidades como criterios de discriminación, sino también del conjunto de causas últimas que convergerían en ellos.

IGUALDAD DE RESULTADOS

Conceptualmente, la igualdad de oportunidades o igualdad como punto de partida representa un logro fundamental en la evolución de la teoría y la práctica jurídico-política. No obstante, factores como los citados en el anterior epígrafe desvirtúan su funcionalidad, y hacen necesario complementarla con la igualdad de resultados o igualdad como punto de llegada.

La igualdad de resultados, la igualdad como *punto de llegada*, ha sido definida *supra* como el producto de las decisiones de los poderes públicos que inciden en la consecución de una semejante calidad de vida para todos los individuos y una igual satisfacción de las necesidades humanas básicas. Viene así determinada por la

presencia de una regulación normativa que repercuta en una distribución proporcional de bienes materiales e inmateriales.

Según sea la naturaleza y estructura del conglomerado social, la igualdad de resultados exige un mayor o menor uso de herramientas jurídicas por parte de los poderes públicos. Desde el punto de vista constitucional, es de resaltar cómo la idea de que la igualdad formal y la igualdad de oportunidades no bastan para asegurar una igualdad real aparece claramente plasmada en la Constitución italiana de 1947, cuyo artículo 3.2 compromete al Estado en la “supresión de los obstáculos de orden económico y social que, limitando *de hecho* la libertad y la igualdad de los ciudadanos, impiden el pleno desarrollo de la persona humana”, y posteriormente en la Constitución portuguesa de 1976, cuyo artículo 81 c) también responsabiliza al Estado de la promoción de “la igualdad entre los ciudadanos a través de las transformaciones de las estructuras económico-sociales”. Heredera de ambas, la Constitución española de 1978 establece en su art. 9.2 que “corresponde a los poderes públicos promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean *reales y efectivos*”. Este precepto inyecta sentido social y político a la enunciación formal del principio de legalidad formulada en el párrafo primero del artículo. Tal como continúa afirmando el art. 9, los poderes públicos están obligados a “remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud y facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, social y cultural”.

¿Cuál es el camino hacia la igualdad de resultados?, ¿qué criterios deben seguir los poderes públicos para alcanzarla? El método más simple podría consistir en la repartición igualitaria de los bienes primarios, tal como imagina Rawls como presupuesto de la aplicación de sus dos *principios de justicia* (Rawls, 1979, pp. 84 ss.). Pero en la práctica no dejaría de ser una igualdad inicial que desembocaría a medio plazo en un sinfín de desigualdades, puesto que los poseedores diferirían entre sí por sus capacidades, necesidades, voluntad de trabajo, fortuna, poder, etc.

El supuesto *derecho igual* para todos fue rechazado abiertamente por Marx en su **Crítica al programa de Gotha**. Para Marx, la *igualdad en el trato* en la sociedad capitalista se contradice por dos razones: a) en primer lugar, porque tal igualdad no equivale sino a proporcionalidad por el trabajo prestado; se traduce simplemente en la concesión del mismo trato ante una misma cantidad de trabajo; b) en segundo lugar, porque, al apoyarse exclusivamente en el criterio del rendimiento, el *derecho igual* ignora las desiguales aptitudes de los individuos, algunos superiores y otros inferiores física o intelectualmente, y margina asimismo la desigualdad en las necesidades de los trabajadores, dependiente por ejemplo de las cargas familiares. En consecuencia, el *derecho igual* revierte en una acentuación de las desigualdades, que sólo se atenuarían por el contrario a través de un *derecho desigual* dependiente de las circunstancias sociales e históricas que reconociera para cada uno lo *equitativo*, y no se limitara a dar a todos por *igual*; es decir, que repartiera las cargas, los bienes y las ventajas *desigualmente, equitativamente*, para procurar una verdadera igualdad distributiva.

La crítica marxista a la igualdad *a priori* subrayó su ineficacia cuando no se traduce en una atención *desigual* a quienes de hecho son *desiguales*. El siguiente paso hacia la igualdad de resultados consiste por consiguiente en decidir los criterios de desarrollo del *derecho desigual* o *discriminación inversa*, en establecer cuándo existen diferencias fácticas suficientes para justificar un tratamiento diferente. En sentido estricto, parece que el único criterio coherente como factor determinante de la actuación jurídica desigual debe ser el criterio de las necesidades humanas. Laporta lo ha explicado señalando que de acuerdo con este criterio la existencia de una necesidad autoriza un tratamiento diferenciado consistente en la satisfacción de esa necesidad, por lo que una norma es equitativa si atiende a quien posee la necesidad y deja de atender a quien no la posee (Laporta, 1985, pp. 20-21). El criterio de la satisfacción de las necesidades es equiparable al *principio de compensación* de Rawls, en virtud del cual las desigualdades arbitrarias (menores dotes naturales, pertenencia a posiciones sociales desfavorecidas,...) han de ser compensadas para contribuir a la consecución de una sociedad más igualitaria (Rawls, 1979, p. 123).

No obstante, la concreción del campo de acción del criterio de la necesidad puede resultar problemática. No es fácil decidir las necesidades sobre las que ha de llevarse a cabo la compensación para obtener su satisfacción generalizada. La determinación del límite justo y exacto es cualitativa y cuantitativamente casi imposible, y además parcialmente ineficaz si no se tienen en cuenta factores como la distribución de la riqueza material existente en cada momento histórico o incluso el contexto cultural. En todo caso, sí es evidente que hay necesidades básicas mínimas respecto a las que existe un relativo consenso como la *salud*, la *alimentación* o la *vivienda*, y a medida que la sociedad se desarrolla también la *educación* o la *cultura*. Interpretar la igualdad como trato compensatorio para evitar equitativa y proporcionalmente tales carencias constituye sin lugar a dudas una clara aplicación práctica del criterio de la satisfacción de las necesidades, pudiendo llegar en ocasiones a provocar un desigual reparto de *bienes básicos* según el tipo de alimentación o vivienda adecuada o según la rama educativa o cultural preferida.

No deja de ser relevante la recepción del criterio de la necesidad como pauta jurídica que determina y concreta el principio de la igualdad material en las antiguas Constituciones de los países comunistas y en las todavía vigentes en el mundo occidental. Si en el primer caso las referencias constitucionales eran intrínsecas a la naturaleza del régimen político, en el segundo caso representan la evolución desde los derechos humanos de primera generación reconocidos en los abstencionistas Estados liberales de derecho hasta los derechos humanos de segunda generación reconocidos en los intervencionistas Estados sociales de derecho, cuyo principal objetivo no ha dejado nunca de ser la corrección de las desigualdades en la distribución de la renta y la implantación de sistemas de asistencia universal sanitaria, educativa, ocupacional, residencial, alimenticia, etc. destinados a la satisfacción de las correspondientes necesidades, consideradas objetivamente como básicas y prioritarias. En este sentido, puede por ejemplo citarse el reconocimiento explícito del derecho a una remuneración suficiente para satisfacer las necesidades más perentor-

rias (art. 10.1 de la Constitución austriaca, art. 45.2 de la Constitución irlandesa, art. 36.1 de la Constitución italiana, art. 45 de la Constitución turca y art. 35.1 de la Constitución española), del derecho al trato preferente y desigual a favor de los incapacitados y desposeídos (art. 75.2 de la Constitución danesa, art. 45.4 de la Constitución irlandesa, arts. 70 y 71 de la Constitución islandesa, art. 38.1 y 2 de la Constitución italiana y art. 71 de la Constitución portuguesa) y del derecho de todos a la salud, a una vivienda y a la seguridad social (arts. 63 a 65 de la Constitución portuguesa y arts. 43 y 47 de la Constitución española). Las referencias eran desde luego más homogéneas y uniformes en las Constituciones comunistas, que de modo prácticamente unánime proclamaban el derecho de *todos* a la educación, a la cultura, a la salud, a la asistencia social, a la vivienda y a una especial consideración en el supuesto de familias numerosas, incapacidad, invalidez, vejez y maternidad (arts. 25, 35, 36, 37 y 82 de la derogada Constitución de la República Democrática Alemana, arts. 37 y 43 de la derogada Constitución de la República Popular de Bulgaria, arts. 23, 24 y 26 de la derogada Constitución de la República Popular de Checoslovaquia, arts. 57 a 59 y 62 de la derogada Constitución de la República Popular de Hungría, arts. 70, 73 y 79 de la derogada Constitución de la República Popular de Polonia, arts. 20 y 23 de la derogada Constitución de la República Popular de Rumanía y arts. 35, 42 a 44 y 53 de la derogada Constitución de la Unión Soviética).

Ahora bien, ¿es la satisfacción de las necesidades el único parámetro para la consecución de la igualdad de resultados, de la igualdad como corrección de desigualdades, como punto de llegada? Aunque parece inobjetable que constituye el único criterio que elimina factores éticos arbitrarios, no es menos cierto que la experiencia práctica nos empuja a combinarlo con otros tipos de medidas de acción política y social. Ha de tenerse en cuenta que la finalidad última de la igualdad como valor jurídico es la evitación de las privaciones de necesidades básicas de *todos los individuos*, por lo que está en relación directa con el nivel de riqueza material de cada sociedad. No puede por tanto olvidarse la importancia de utilizar mecanismos jurídico-políticos que incentiven la productividad, aún a costa de un trato jurídico *desigual* no sólo dependiente de las *desiguales necesidades*, sino también de los *desiguales rendimientos y capacidades*.

Incluso en el propio ámbito de pensamiento marxista, sólo la fase superior y última de la sociedad comunista, en tanto que culminación de un ciclo evolutivo histórico, se habría de basar en el lema "de cada cual, según sus capacidades; a cada cual, según sus necesidades". Este principio no es en Marx la *causa*, sino la *consecuencia* de la transformación de la sociedad, de la transformación de las relaciones y la estructura de producción. Antes debe desaparecer "la subordinación esclavizadora de los individuos a la división del trabajo", convirtiéndose éste no sólo en medio de vida sino en primera necesidad vital, favoreciendo así el crecimiento de las fuerzas productivas hasta que "corran a chorro lleno los manantiales de la riqueza colectiva", y únicamente entonces pueda *reinar* el principio igualitario de la satisfacción de las necesidades (Marx, 1978, pp. 24 ss.). Esta tesis de Marx se ha refleja-

do claramente en textos constitucionales contemporáneos, como por ejemplo el Preámbulo de la derogada Constitución comunista de la República Popular de Checoslovaquia, que aclara que en la fase previa al comunismo “sólo se podrá vocear el lema del socialismo *de cada uno según sus capacidades, a cada uno según su trabajo*”, y hasta una etapa posterior no recibirá cada uno según sus necesidades: “... en un momento posterior de la evolución en que el trabajo se convertirá en la *primera necesidad vital* del hombre, nos proponemos llegar al impulso de las fuerzas productoras y a la multiplicación de las riquezas de la sociedad tales que sea posible satisfacer todas las *necesidades crecientes* de esta sociedad y del desarrollo general de *cada uno* de sus miembros. Entonces será posible abordar la puesta en práctica del principio supremo de la distribución, lema del comunismo: *de cada uno según sus capacidades, a cada uno según sus necesidades*”.

En particular, el criterio de la necesidad como determinante del *trato desigual* para la consecución de la igualdad de resultados puede combinarse en algunas situaciones con el criterio *cuantitativo* del rendimiento (*desigual* trato para *desiguales* rendimientos) y con el criterio *cualitativo* de la capacidad (*desigual* trato para *desiguales* capacidades).

El criterio del rendimiento está estrechamente relacionado con la aplicación de técnicas conductistas de control y modificación del comportamiento en el campo jurídico y económico. Distribuir desigualmente según el rendimiento es desde luego éticamente arbitrario y discrecional, pero puede llegar a estar justificado desde el punto de vista de la filosofía igualitarista si el incremento global de la productividad conlleva realmente beneficios para todos los individuos. En estos supuestos el criterio del rendimiento puede paradójicamente contribuir al avance de la igualdad de resultados al provocar indirectamente un aumento de las necesidades básicas satisfechas como consecuencia del alza del nivel general de riqueza social.

El criterio de la capacidad es aún más difícil de justificar, al hacer depender el trato desigual de circunstancias como la herencia genética o el entorno social, pero puede servir para ajustar el alcance conjunto de la aplicación de los criterios de la necesidad y el rendimiento. El principio “a cada uno según sus capacidades” sólo es compatible con el valor de la igualdad si se interpreta en sentido cualitativo, como trato *cualitativamente* (y no *cuantitativamente*) diferente. Distintas aptitudes físicas o intelectuales podrán capacitar desigualmente para la ocupación de los puestos sociales que las requieran, pero sin que ello suponga una atención *cuantitativamente* diferente, sino *cualitativamente* distinta.

IGUALDAD Y LIBERTAD

La igualdad de resultados o igualdad como punto de llegada reclama un trato desigual dependiente principalmente de las *necesidades humanas básicas*, pero también del *rendimiento productivo*, por su utilidad práctica para el crecimiento económico, y de los *atributos personales*, en tanto que contribuya a una distribución más eficaz de

los empleos. La conjunción de estos tres criterios es significativa porque explica la complementariedad entre la igualdad de resultados y la igualdad de oportunidades. La igualdad de resultados, que en rigor debería fundarse exclusivamente en la igual satisfacción de las necesidades humanas, gana en eficiencia si no se desconocen las diferencias en rendimientos y capacidades, diferencias asumidas en el marco de la igualdad de oportunidades. Y recíprocamente la igualdad de oportunidades se llena de contenido si combate las causas últimas de las posibilidades desiguales, frecuentemente dependientes de factores éticamente arbitrarios como la posición económica o el azar.

Muchos de los argumentos contra el igualitarismo se apoyan en la supuesta incompatibilidad entre los valores de la *libertad* y la *igualdad*. El neoliberalismo repite insistentemente que la igualdad impide el desarrollo natural de las sociedades y hace inviable la libertad, que existe una antítesis inevitable entre el ideal de la igualdad material y el ideal de la libertad personal, y que todos los intentos de construcción de sociedades igualitarias acaban irremisiblemente por provocar la destrucción de la libertad. El reduccionismo de la teoría política neoliberal sorprende especialmente porque incluso muchos de los propios liberales del siglo XIX consideraban que el objetivo fundamental de los pueblos democráticos debía ser la conjunción de la libertad y la igualdad humanas ("los hombres serán perfectamente libres porque serán iguales; y serán perfectamente iguales porque enteramente libres", decía por ejemplo un liberal como Tocqueville). Ciertamente, la libertad sin igualdad equivale exclusivamente a la libertad de los económicamente privilegiados, no a una libertad global, a una libertad de todos y para todos. El valor de la libertad se expande al abrirse al *otro*, a los demás, y así vincularse axiológicamente a la igualdad constituyendo el eje valorativo dual alrededor del cual giran los derechos humanos en los Estados sociales y democráticos de derecho (vid. Pérez Luño, 1985).

BIBLIOGRAFÍA

- Bobbio, N., **Eguaglianza ed egualitarismo**. *Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto*, nº 53, 1976.
- Broekman, J., **Justice as equilibrium**. *Law and Philosophy*, nº 5, 1986.
- Friedman, M., **Libertad de elegir**. Trad. cast. de C. Roche Pujol. Grijalbo, Barcelona, 1982.
- Haarscher, G., **The idea of Equality**. En: Dekkers, R. / Foriers, P. / Perelman, Ch. (eds.), *Lègalité*. Bruylant, Bruselas, 1984.
- Hayek, F. von, **Derecho, legislación y libertad**. Trad. cast. de L. Reig Albiol. Unión Editorial, Madrid, 1979.
- Hierro Sánchez-Pescador, L. **Las huellas de la desigualdad en la Constitución**. En: Mate, R (ed.), **Pensar la igualdad y la diferencia**. Fundación Argentaria/Visor Distribuciones, Madrid, 1995.
- Kuehnelt-Leddihn, E., **Libertad o igualdad. La disyuntiva de nuestro tiempo**. Trad. cast. de J. Vélez Cantarell. Rialp, Madrid, 1962.
- Laporta, F. J., **El principio de igualdad: introducción a su análisis**. *Sistema*, nº 67, 1985.
- Marx, K., **Crítica del programa de Gotha**. Trad. cast. De G. Muñoz. Materiales, Barcelona, 1978.
- Maurer, R., **El derecho y la polémica en la Historia Universal entre las ideologías de la igualdad y de la desigualdad**. *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, nº 17, 1977.
- Ollero Tassara, A., **Igualdad en la aplicación de la ley y precedente judicial**. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1989.
- Peces-Barba, G., **Los valores superiores**. Tecnos, Madrid, 1984.
- Pérez Luño, A. E., **El concepto de igualdad como fundamento de los derechos económicos, sociales y culturales**. *Anuario de Derechos Humanos*, nº 1, 1981.
- Pérez Luño, A. E., **Dimensiones de la igualdad material**. *Anuario de Derechos Humanos*, nº 3, 1985.
- Rawls, J., **Teoría de la justicia**. Trad. cast. de D. González Soler. Fondo de Cultura Económica, México, 1979.
- Rousseau, J. J., **Discurso sobre el origen y los fundamentos de la desigualdad entre los hombres**. Trad. cast. de M. Bustamante Ortiz. Península, Barcelona, 1976.
- Ruiz Miguel, A., **Equality before the Law and Precedent**. *Ratio Juris*, nº10, 1997.
- Sen, A., **Sobre la desigualdad económica**. Trad. cast. de I. Verdeja. Crítica, Barcelona, 1979.

Tawney, R. H., **Equality**. Allen and Unwin, Londres, 1979.

Tocqueville, A. de, **La democracia en América**. Trad. cast. de D. Sánchez de Aleu. Alianza, Madrid, 1980.

SOLIDARIDAD Y DERECHOS HUMANOS

Ernesto Vidal Gil
Catedrático de Filosofía del Derecho
Universidad de Valencia

INTRODUCCIÓN

Mientras que en el Derecho no hay lugar para la tolerancia, la solidaridad se traduce en los derechos y los deberes positivos que surgen de la ciudadanía plural activa y responsable y de una *concepción compartida de la justicia*. La solidaridad es una virtud pública vinculada con la justicia como especificación de la igualdad, que constituye un principio jurídico-político de las sociedades bien ordenadas. Por ello, urge *fundamentar y salvar* la solidaridad, y reconstruir un concepto *jurídico* consistente y coherente con las normas, valores y principios constitucionales.

Conviene distinguir entre la *solidaridad de los antiguos y de los modernos* y recordar a Vives, que en el **Socorro de los Pobres** vinculó la solidaridad a la satisfacción de las necesidades humanas, y a Condorcet, que propuso la positivización de la solidaridad en el art. 21 de la Constitución francesa de 1793; asimismo, las concepciones del socialismo reformista de De los Ríos, Blanc y Heller, y la recuperación democrática del *Bien común* de quienes comparten con A. Sen *la lucha contra las hambrunas, la pobreza y la exclusión* inherente al Estado social y democrático de Derecho, que integra la libertad política y la igualdad formal con la igualdad material y la solidaridad.

SOLIDARIDAD Y VOLUNTARIADO: LOS MODELOS DE SOLIDARIDAD

No es fácil reconstruir la solidaridad en el tiempo del pensamiento único y el fin de la historia. La *cultura de la conquista, del beneficio y del éxito* destruye el *Estado del Bienestar* y propugna un *darwinismo* donde la libertad no cuenta, la igualdad es contraproducente y la fraternidad es una debilidad imperdonable frente a las *Nuevas Tablas de la Ley* que sustentan la *geopolítica del caos*.

Hay cuatro modelos de solidaridad que remiten a dos bloques ideológicos. El primero, que comprende la solidaridad como *espectáculo y como campaña*, se sitúa en la *postmodernidad decadente*, proclama el fracaso de la Ilustración y el fin de la historia, sustenta una ética indolora y un individualismo extremo que se conmueve ante el sufrimiento y la catástrofe distantes pero es ciego e insensible frente a la exclusión social y define la solidaridad como un favor que se presta voluntariamente alimentado por aportaciones presuntamente gratuitas que no desinteresadas, obtenidas por medios en ocasiones indignos, exento de toda connotación jurídico-política de deber.

El segundo entiende la Solidaridad como *cooperación* y como *encuentro*, de y desde la *dualización* donde la insolidaridad con los pobres significa complicidad con la injusticia; tiene una dimensión estructural y política, muestra la invisibilidad de la pobreza, la marginación y la exclusión, requiere políticas sociales intervencionistas y garantes de los derechos y las necesidades, se impone jurídicamente y exige renunciar a los privilegios que para disfrutar del placer sereno y aristocrático excluyen, como Epicuro, a los esclavos del contrato. Frente al mercado, sustenta una ética de la gratuidad que surge del reconocimiento de los *no-sujetos* que Lévinas sitúa en la *orfandad, la viudedad y la extranjería* de quienes carecen de identidad y se definen por su *exterioridad* en las relaciones identificatorias de parentesco *consanguíneo* - el huérfano -, *contractual* - la viuda -, o de *pertenencia* lingüístico-cultural y política -el extranjero y el *hombre desnudo*; propugna el universalismo moral y acentúa la diferencia entre la *Parábola del Banquete* que excluye a los no invitados y la igualdad en la diferencia y la solidaridad, del *Sermón de la Montaña*, frente a la desfachatez ética del mercado, concretada en la injustificable *deuda externa y/o eterna* cuya condonación anticipada en el *Año Sabático y Jubilar* es un clamor, y recuerda la injusticia y los derechos de los *no-sujetos* que luchan con *la razón de los vencidos*. La *solidaridad anamnética* es una *memoria passionis* que exige reconocer los derechos no saldados. *Compasión* no significa una obra buena o una decisión generosa de quien da lo que le sobra, sino la necesidad de ser reconocido. Sin ella, el compasivo es un inmoral.

En *el tiempo de los derechos y de los deberes positivos* el reconocimiento adquiere una dimensión universal como toma de conciencia de la globalización, no desde el capital y del mercado, *sino del otro*, igual y diferente; ahí reside la clave para la construcción de los derechos y deberes de solidaridad desde la condición común de *Terrapatriotas* que escala los *peldaños del cosmopolitismo* y exige la conformación de un *ethos universalista* síntesis de *valores multinacionales y multiculturales* que haga posible *la comunicación intersubjetiva, la solidaridad y la paz*.

Es difícil conjugar esta concepción con la Ley del Voluntariado que opta por un modelo ecléctico de interés general que no social, ni vinculado al Estado social, a la lucha contra la pobreza y a la satisfacción de las necesidades básicas y radicales. También la Ley de Cooperación Internacional se decanta por los intereses geoestratégicos, políticos, económicos y comerciales conexos a la financiación de la deuda externa.

LA SOLIDARIDAD COMO DERECHO. CONCEPTO Y FUNDAMENTO DE LOS DERECHOS DE SOLIDARIDAD

La solidaridad es una conciencia conjunta de derechos y obligaciones o responsabilidades que partiría de la existencia de necesidades comunes, de similitudes que preceden a las diferencias sin pretender su allanamiento. Surge de la heterogeneidad, del reconocimiento de la diferencia asumiendo los intereses de grupo a través de una responsabilidad colectiva de contribuir, e incluso de actuar positivamente mediante la conjunción de esfuerzos y no a través de la mera reciprocidad. Frente a quienes la encuadran en el comunitarismo pre o posmoderno, comparto una concepción integradora de los derechos y del *Bien Común* que sin abdicar de su irrenunciable dimensión individual les sitúe en el contexto universal de la satisfacción de las necesidades y la escasez, y les confiera indisponibilidad frente al mercado, de modo que dejen de constituir apriorísticamente *triunfos frente a la mayoría ni estén sujetos por principio al regateo, al cálculo o al juego político.*

El concepto de solidaridad integra dos dimensiones mutuamente condicionantes: la ético-política como actitud que tiende a compartir e identificarse con las inquietudes o necesidades ajenas, y la jurídica que supone un compromiso de los poderes públicos por hacer efectiva la igualdad material; en su acepción jurídica *la solidaridad es el substrato de los derechos y deberes entre todos los miembros de la colectividad que dimanen de la igualdad en su dimensión material o sustancial.*

Aun admitiendo que como virtud moral, personal, se elige libremente y no puede ser impuesta, conviene superar la visión voluntarista y graciable por otra más acorde con la conexión de la solidaridad con la justicia a través de la igualdad que justifica los deberes de ayuda, de solidaridad de los poderes públicos y de los ciudadanos. Esas obligaciones garantizan la *condición efectiva de ciudadanía*, y como las obligaciones se correlacionan con derechos, es *absolutamente lógico, coherente, el recurso a la coacción para obtener su cumplimiento.* En otras palabras, la justificación de las obligaciones jurídicas de solidaridad.

Los derechos de solidaridad exigen la conjunción de esfuerzos y la sociabilidad como base de una *sociedad bien ordenada y de una concepción compartida de la justicia.* El reconocimiento desinteresado, cooperativo y no competitivo del otro y de su igualdad en la diferencia que posee un acentuado sentido del Bien común son buenas razones que justifican su existencia contra el prejuicio egoísta, la exclusión y las leyes del mercado.

La incoherencia entre su significado moral y jurídico procede del Digesto, donde el deudor es un rehén, como en las obligaciones co-reales (*co-reus*). Con razón se advierte que ningún Derecho ha estado más alejado de fórmulas de fraternidad y ha estado prácticamente referido a la protección de la propiedad. El Derecho Romano tiene su punto de gravedad en el derecho de obligaciones, donde no el sabio ni menos aún el pobre, sino el acreedor, es objeto de la protección jurídica.

LA SOLIDARIDAD EN EL DERECHO PRIVADO: EL ESTADO LIBERAL DE DERECHO

En el Derecho privado y el Estado liberal presuntamente abstencionista la solidaridad garantiza el cumplimiento de las obligaciones y la seguridad del tráfico que suprime la *pietas* por la eficiencia del mercado, donde es emblemática la transformación de las Cajas de Ahorros y Socorros y Montes de Piedad. La presunción de la no solidaridad surge en la Novela 99 de Justiniano, donde la piedad por el deudor, como reminiscencia del *officium pietatis*, cederá ante la eficiencia del mercado que suprime la *rescisión por lesión y el precio justo*, y sienta la regla general del *cobro de intereses que trata a los hermanos como extraños*. Ello desvela su función económica, refuerza al acreedor, admite la responsabilidad sin deuda que transforma la obligación causal en abstracta, constituye al *obligatus* en indefensión y conculca los principios de personalidad, tipicidad e imputación de la sanción. Con razón el *garantismo* rechaza la responsabilidad objetiva y/o sin culpa y exige revisar los *enunciados de responsabilidad objetiva y solidaria*.

El Derecho privado es incompetente para regular los deberes positivos cuya finalidad no es el intercambio entre sujetos abstractos presunta y formalmente iguales, sino redistribuir los recursos escasos mediante la discriminación inversa y garantizar los derechos a los sujetos individuales y/o colectivos que *no han nacido bien ni en el lugar y el momento* oportunos. Tampoco cabe aplicar el concepto técnico ideológico y político de la justicia conmutativa, que *implica simetría, igualdad formal y vinculación genética y funcional* de las prestaciones (art. 1124 del Código civil), sacralizando la exclusión y la heteromarginación. La solidaridad iusprivatista, excepto en el Derecho de familia, es incoherente con el Estado Social y Democrático de Derecho; de ahí la diferencia entre lo que significa como un valor y como derecho.

LA SOLIDARIDAD EN EL ESTADO SOCIAL Y DEMOCRÁTICO DE DERECHO

El Estado social exige el cumplimiento de los deberes positivos donde el Estado y el Derecho asumen funciones (positivas) de promoción y redistribución frente al mercado. La solidaridad pública y altruista supera la mentalidad de la *sociedad privada* y exige, en palabras de De los Ríos, *someter a la economía para liberar al hombre*. Distribuye los recursos escasos según las necesidades básicas y radicales que son una buena razón para fundamentar los derechos. El Estado social y democrático de Derecho define la solidaridad como un deber general positivo, exento de contraprestación recíproca, que exige un *do ut no des* y una causa de liberalidad que implica onerosidad. Su dimensión política supone una concepción de los derechos humanos como acciones positivas de los poderes públicos que justifican la adscripción de *obligaciones de hacer* y convierten en relevante el concepto de omisión. El Estado social podría ser reinterpretado como un aparato normativo jurídico que incorpora a sus normas la dimensión específicamente moral de los deberes positi-

vos, tanto particulares como generales, y en este sentido hace una apelación particularmente intensa a la ética.

LAS GENERACIONES DE DERECHOS Y LOS DERECHOS DE SOLIDARIDAD

Los derechos de la *tercera generación* tienen como principal valor de referencia a la solidaridad. Los nuevos derechos humanos se hallan anudados entre sí por su incidencia universal en la vida de todos los hombres y exigen para su realización la comunidad de esfuerzos y responsabilidades a escala planetaria. Sólo mediante un esfuerzo solidario de sinergia, de la cooperación y el sacrificio, voluntario y altruista, de los intereses egoístas será posible satisfacer plenamente las necesidades y aspiraciones globales comunes relativas a la paz, a la calidad de vida y a la libertad informática. Lo decisivo no es el mercado o el Estado, sino la responsabilidad personal y social, donde la solidaridad se opone a la concepción voluntarista y deficiente de los derechos de los que no son actualmente autoconscientes y libres como los niños o las futuras generaciones. De ahí su inalienabilidad.

LOS RASGOS ESPECÍFICOS DE LOS DERECHOS DE SOLIDARIDAD

Mientras en los derechos sociales el *sujeto* son los ciudadanos, se rigen por la reciprocidad -distributiva- y el *do ut des* y tienen un carácter asistencial, paternalista y pasivo, superado por el deber positivo de promover la igualdad real y efectiva y remover los obstáculos que la dificultan e impiden, en los de solidaridad *Todos* serán los titulares; así se justifica la imposición de prestaciones positivas generales y se distingue entre la universalidad del *punto de partida* y la del *punto de llegada* que exige la inclusión, el reconocimiento del otro y de su igualdad en la diferencia y la especificación que incide sobre quienes sufren la doble exclusión: la externa porque son extranjeros y la interna porque aun perteneciendo al grupo, son apartados de la distribución de bienes por alguno de los principios sucesivamente elegidos para tal adjudicación: el mercado, el mérito, la necesidad. Si no tenemos en cuenta estas peculiaridades, reproducimos las exclusiones internas del mundo antiguo: los sin-derechos, los sin-poder, los parados, los marginados. Que se sostenga frente a ello el mito de la exclusión justa (justificada al menos como inevitable, como exigida por las reglas de la racionalidad económica) contradice la noción misma de justicia.

Su estructura distingue la reciprocidad que es un requisito moral discutible que limita los derechos a los sujetos de deberes y la correlatividad que es un requisito conceptual indiscutible en los Derechos Humanos. En caso contrario, sólo serían titulares quienes pudieran serlo de los deberes recíprocos, de modo que, paradójicamente, los más necesitados quedarían excluidos, pues su vulnerabilidad les impediría corresponder recíprocamente.

Sujetos pasivos serán los poderes públicos, y destinatarios serán todos cuyos bienes básicos no estén garantizados, pues los derechos de solidaridad comprenden

necesidades, bienes e intereses generalizables y difusos de rango constitucional cuya fundamentación no se circunscribe a la protección de intereses individuales sino que se extiende a la protección de intereses sociales y colectivos. La titularidad se amplía a los sujetos colectivos, y la naturaleza jurídica se desplaza desde los derechos de defensa a los de participación, para cuya realización se hace indispensable la movilización de los poderes públicos.

SOLIDARIDAD, UNIVERSALIDAD Y ESCASEZ

La contradicción entre la universalidad y la globalización exige contextualizar, proteger y garantizar los derechos más allá de las fronteras. La corrección *positivista, temporal y realista* administra la escasez. Los derechos de solidaridad implican el *derecho a ser tratado como igual*, pero no el *derecho a igual tratamiento*, que anularía su impronta redistributiva e igualitaria. De ahí que sean tendencialmente universales y se plantee su sectorialización.

LOS DEBERES (POSITIVOS) DE SOLIDARIDAD

Frente al postulado tradicional del *naeminen laedere*, el Tribunal Supremo de los EE. UU introdujo en el caso del Buen Samaritano (1897) pautas de moralidad crítica en el Derecho positivo. Los deberes positivos generales se justifican en la protección de bienes valiosos en ámbitos específicos y notablemente deficitarios. Su contenido es una acción de asistencia al prójimo que requiere un sacrificio (quizá no tan) trivial. Su existencia no depende de la identidad del obligado ni de la del (o de los) destinatario(s) y tampoco es el resultado de algún tipo de relación contractual previa. A diferencia de los deberes genuinos cuyo incumplimiento perjudica a los destinatarios que tienen derecho a exigirlo, en los deberes positivos generales la situación es justo la inversa, pues su cumplimiento beneficia, pero nadie tiene derecho a exigirlo. Por eso, mientras los primeros son deberes perfectos, los segundos son deberes imperfectos. Frente al (presunto) abstencionismo del Estado liberal, el Estado Social y Democrático de Derecho deberá exigir -art. 2 de la Constitución italiana- el cumplimiento de los deberes imprescriptibles de solidaridad política, económica y social.

LOS DERECHOS Y DEBERES DE SOLIDARIDAD EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ESPAÑOL

El Preámbulo y los artículos 1.1, 9.1 y 9.2 de la Constitución postulan *valores formales* como la seguridad jurídica, que no es sólo individual sino social, y comprende las dimensiones materiales en el Estado de Derecho como *presupuesto* de la legalidad positiva que dimana de los derechos fundamentales y como *función* del

Derecho que asegura la realización de las libertades, de *valores materiales*, como la libertad o la igualdad material, y de *valores relacionales* como la solidaridad o la fraternidad que se refieren a los sujetos y a las formas de vida social.

Los arts. 10 y 14 excluyen las prácticas racistas y/o xenóforas. La Sentencia del Tribunal Constitucional 107/1984 advierte que los derechos imprescindibles para la garantía de la dignidad humana corresponden por imperativo constitucional a los extranjeros y excluye un tratamiento desigual en relación con los españoles, y la STC 214/1991, caso Friedman, amplía la legitimación activa para la protección y defensa del derecho al honor a las víctimas indirectas que invoquen un interés legítimo. Sin embargo inexplicablemente, la Constitución excluye del catálogo de derechos fundamentales el derecho de asilo, cuyo fundamento es la humanidad, la tolerancia y la solidaridad.

La protección de la vida y de la integridad física y moral (art.15) impone a los garantes deberes positivos no exentos de problemas. La abolición de la pena de muerte y el art. 25, que muestra la relación entre solidaridad, libertad y culpa, supera el retribucionismo y orienta el sistema penal hacia la reeducación y reintegración social como dos de las exigencias más importantes de la solidaridad social que excluyen la estigmatización de chivos expiatorios y la proyección de culpas. Incluso los derechos de la personalidad requieren la solidaridad, como en el caso de las libertades ideológicas religiosas y de culto del art. 16 y el derecho a la objeción de conciencia. *La Sentencia del Sermón de la Montaña* del Tribunal Constitución Alemán sobre la Ley del Censo de Población y la STC 254/1993 del *Buen samaritano* amparan el derecho de los ciudadanos a conocer los datos personales que les conciernen y se hallan registrados en sistemas informatizados administrativos. Especial interés merece el perfil solidario del derecho –personalísimo - a la intimidad garantizado en el art. 18 de la Constitución, que ha dejado de ser un valor al servicio exclusivo de los grupos privilegiados de la sociedad, para convertirse en una exigencia imprescindible para asegurar a los ciudadanos su capacidad de participar en la sociedad democrática.

Por su capacidad para introducir cambios indirectos en el sistema político económico y social, sobresale la regulación del derecho-deber a la educación como un derecho-función que crea derechos y *obligaciones correlativas y no recíprocas* cuyo fundamento es la solidaridad y se concretan en la escolarización de las minorías e inmigrantes; también destacan las dimensiones sociales y solidarias del derecho a sindicarse libremente y al ejercicio del derecho de huelga del art. 28.1 de la C.E.. El artículo 30. 3 establece un servicio civil para el cumplimiento de fines de interés general y regula los deberes de los ciudadanos en los casos de grave riesgo, catástrofe o calamidad.

LOS DERECHOS Y DEBERES DE SOLIDARIDAD EN LA CONSTITUCIÓN

La solidaridad interregional (arts. 2, 138, 139 y 156.2) excluye las discriminaciones injustificadas que vulnerarían la uniformidad de condiciones de vida. El art. 31 distingue entre la universalidad del punto de partida y del punto de llegada, que discrimina según los principios de *capacidad económica y progresividad*, y se completa con el art. 40, que asigna a los poderes públicos la distribución *más justa y equitativa de la renta regional y personal*. El art. 33 limita el derecho a la propiedad privada y a la herencia a su *función social* entendida como un criterio de valoración de las situaciones subjetivas en relación con los principios de solidaridad social, utilidad pública y bienestar social, que indican que el ejercicio de un poder conferido a un individuo ha de ser coordinado con las razones de intereses de la comunidad que son ajenos al propietario. El trasfondo axiológico del principio de la función social de la propiedad como expresión del valor fundamental de la solidaridad se advierte con nitidez en el plano normativo, en el que dicha idea se presenta en estrecha relación con las de interés general y bien común. Finalmente, los arts. 39-52 establecen los principios rectores de la política económica y social, fijan los deberes positivos de los poderes públicos y definen sus competencias como sujetos pasivos de los derechos de solidaridad.

LA SOLIDARIDAD COMO LÍMITE DEL EJERCICIO DE LOS DERECHOS: LA TEORÍA DEL ABUSO DEL DERECHO Y EL EJERCICIO ANTISOCIAL

La prohibición del *abuso del derecho y del ejercicio antisocial* postula la solidaridad como límite y criterio de interpretación y aplicación de las normas jurídicas. La Sentencia del Tribunal Supremo de 14 de febrero de 1944 quiebra el principio *naeminem laedit qui in suo iure utitur*, recoge la teoría de los *actos de emulación* y es una reacción contra el individualismo del Código para imbuir el Derecho del espíritu de solidaridad. La teoría del abuso de derecho adquiere una especial trascendencia como límite del contenido del derecho de informar. Esta extralimitación o abuso equivale a utilizar la libertad de información al margen de los límites constitucionalmente establecidos para ejercitar el derecho fundamental, que exige orientarse hacia el interés general.

LA SOLIDARIDAD INTERNACIONAL

El Preámbulo de la Constitución prevé el establecimiento de relaciones pacíficas y de cooperación entre todos los pueblos de la Tierra. El deber de solidaridad internacional proviene del *ius communicationis* y se concreta en la Resolución 688/1991 del Consejo de Seguridad de la ONU, que tasa los supuestos legítimos de la intervención de humanidad. La irrenunciabilidad de los Derechos humanos justificaría y exigiría la Intervención humanitaria de la Comunidad Internacional según el Cap.

VII de la Carta de la ONU. La constitución del Tribunal Internacional Penal permanente para juzgar a los responsables de los crímenes *de lesa humanidad* y de guerra, más allá de las fronteras y al margen del *domaine réservé*, extiende la globalización positiva de su universalización.

BIBLIOGRAFÍA

- De Lucas, J., **El concepto de solidaridad**. Fontamara, México, 1993.
- De Lucas, J., **La polémica sobre los deberes de solidaridad**. Revista del Centro de Estudios Constitucionales, n° 19, 1994.
- De Lucas, J., **La obligatoriedad de un servicio social y los deberes de solidaridad**. Cuadernos de Trabajo Social, n° 9, 1996.
- García Inda, A. **El Voluntariado como fundamento de los Derechos humanos**. Cuadernos de Trabajo Social, n°11, 1998.
- García Roca, J., **Solidaridad y Voluntariado**. Sal Terrae, Santander, 1994.
- González Amuchástegui, J., **Notas para la elaboración de un concepto de solidaridad como principio político**. Sistema, n°101, 1991.
- Laporta, F. J., **Entre el Derecho y la Moral**. Fontamara, México, 1993.
- Peces-Barba, G., **Humanitarismo y solidaridad social como valores en una sociedad avanzada**. En: **Derecho y derechos fundamentales**. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993.
- Peces-Barba, G., **Escasez y solidaridad: una reflexión desde los clásicos**. En: **Derechos sociales y positivismo jurídico**. Dykinson, Madrid, 1999.
- Pérez Luño, A. E., **Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución**. Tecnos, Madrid, 1984.
- Petrella, R., **El Bien Común. Elogio de la solidaridad**. Trad. cast. de M. Puig de la Bellacasa. Debate, Madrid, 1997.
- Sen, A., **¿Puede la democracia impedir las hambrunas?**. Claves de la razón práctica, n° 28, 1992.
- Van Parijs, P., **Más allá de la solidaridad. Los fundamentos éticos del Estado de bienestar y su superación**. En: Blázquez-Ruiz, F. J. (ed.), **10 Palabras Clave sobre racismo y xenofobia**. Verbo Divino, Pamplona, 1997.
- Zubero, I., **Las nuevas condiciones de la solidaridad**. Desclee de Brouwer, Bilbao, 1994.

LEGITIMIDAD Y DERECHOS HUMANOS

Juan Antonio García Amado
Catedrático de Filosofía del Derecho
Universidad de León

El concepto de legitimidad es uno de los conceptos centrales de la filosofía política. Tiene su correlato en la idea de obediencia política y se emparenta con el concepto de legitimación. La pregunta de base sería la siguiente: ¿qué hace que el poder político merezca la obediencia de los ciudadanos? Así planteada esta cuestión, admite aún respuesta en una doble clave. Podemos hacer referencia a los factores fácticos que determinan a los ciudadanos a obedecer, o podemos referirnos, en clave valorativa, a los caracteres que un orden político ha de poseer para que estimemos que la obediencia de los ciudadanos está racionalmente justificada, es moralmente debida. Aun cuando la terminología en estas cuestiones fluctúa en la doctrina, hablaremos de *legitimación* respecto del primer punto de vista y de *legitimidad* respecto del segundo. De modo que conviene diferenciar entre los mecanismos de legitimación del poder y los criterios que lo hacen legítimo. Lo primero es una cuestión empírica, propia de la sociología o la ciencia política; lo segundo es una cuestión crítica, propia de la filosofía.

No obstante, no podemos perder de vista que esa diferencia conceptual entre legitimación y legitimidad tiene un valor analítico, pero que ambos discursos tienden a confundirse en la práctica y en sus consecuencias. Todo discurso legitimatorio de un poder tenderá a presentarse en términos de justificación de su legitimidad, y toda doctrina sobre la legitimidad tendrá o pretenderá tener efectos legitimatorios sobre un determinado poder o tipo de poder, es decir, erigirse en ideología determinante de la conformación efectiva del poder político.

Todo poder político duradero y eficaz ha de asentarse en una creencia social compartida, en una ideología. En efecto, un sistema de poder y un sistema de normas jurídicas no pueden mantenerse ni ser eficaces duraderamente basándose únicamente en el empleo de la fuerza. Se requiere que los miembros de la respectiva sociedad vean en sus disposiciones algo más que ejercicio de la fuerza, que crean que se trata de normas que son jurídicas y que efectivamente obligan de modo dis-

tinto y superior a como obligaría un simple mandato de un gobernante arbitrario o la orden de un "capo" mafioso. No se quiere decir que se requiera el consentimiento para los contenidos de las normas, sino la fe que hace verlas como normas y no como mandatos arbitrarios.

Ciertamente el poder se alcanza en numerosas ocasiones por medios violentos o inmorales. Ahora bien, todo poder, para perpetuarse, ha de generar una ideología legitimadora, un sistema de creencias que hagan ver en sus normas la expresión de la racionalidad o la justicia o, cuando menos, una necesidad objetiva que conviene al grupo social. De lo contrario no se alcanzaría el grado mínimo de acuerdo necesario a la hora de identificar las normas aplicables y de obligación general. La soberanía de un poder no funciona sin la legitimidad, que mueve a la obediencia y permite la efectividad del poder y de sus normas. Otra cosa es el juicio que nos merezcan los argumentos con que este o aquel poder traten de legitimarse.

Cuando Max Weber introduce su famosa clasificación y distingue entre legitimación carismática, tradicional y racional está mostrando los atributos estructurales de tres modos en que el poder se muestra legítimo, tres tipos de ideologías legitimatorias. Cuando cultivadores de la filosofía política como Rawls o Habermas cifran la clave de la legitimidad del orden político en la idea de consenso racional entre seres libres e iguales en derechos, están proponiendo un modelo normativo de legitimidad, un patrón con el que medir la racionalidad y justificación de los sistemas políticos existentes o posibles.

En nuestros días crece incesantemente la convicción de que el respeto y garantía de los derechos humanos es la base incuestionable de la legitimidad del poder político. Pero a este punto se ha llegado a partir de toda una evolución de la filosofía política y de las formas políticas.

El Estado moderno se fue asentando históricamente sobre la base de una idea de legitimidad en la que juegan un papel central la consideración del valor del individuo y de sus derechos y, correlativamente, ciertos valores cuya realización se considera central para la realización de tales derechos y para la protección del individuo como tal. Hay una evolución en la doctrina de la legitimidad del Estado, esto es, de los mandatos o normas del Estado respaldados por la coacción institucionalizada, que es una evolución en los valores y derechos que se exige que el Estado garantice a los ciudadanos y que sirven para justificar la existencia del propio Estado. Podríamos esquematizar tal evolución del siguiente modo: al poder estatal se le exige, sucesivamente, que asegure la paz, la libertad y la justicia social. Veamos brevemente estos hitos.

a) Para el iusnaturalismo clásico la coacción que mediante el derecho se ejerce se justifica al servicio de la verdad, entendida como verdad trascendente, de fundamento religioso. El bien, la justicia, es cognoscible para el hombre, mediante la razón natural, que participa de la ley eterna que proviene de Dios. Es deber de todo gobernante velar porque se realice el modelo de sociedad y de conducta que de la verdad revelada y de la ley natural se desprende y es legítimo que para ello se

pueda recurrir a la fuerza, forzando al reticente o castigando al renuente o al descreído.

Perdida la homogeneidad religiosa a raíz de la Reforma, la doctrina se encuentra con la necesidad de hallar un nuevo fundamento, no religioso, para la justificación de la coacción estatal. Un buen ejemplo lo ofrece la filosofía de Hobbes, que cifra la razón de ser del poder político y de las normas que éste dicta en el mantenimiento de la *paz* y el orden. Es bien conocido cómo para Hobbes el hombre posee una naturaleza esencialmente dañina y egoísta (el hombre es un lobo para el hombre), por lo que, ante la propia inseguridad y el peligro para la vida que conllevaría la vida en "estado de naturaleza", los hombres habrían suscrito un "contrato social" mediante el cual acuerdan ceder toda su libertad, ponerla en manos de un soberano, a cambio de que éste les garantice la seguridad mediante la imposición coactiva de la paz y el orden social. La paz y la seguridad necesitan de normas, y éstas para ser efectivas han de imponerse por la fuerza del poder, al margen incluso de cuál sea su contenido de justicia o injusticia.

Hay en esta construcción una cierta paradoja, desde el momento en que vemos la violencia al servicio de la paz. Pero, para Hobbes, esa violencia se justificaría por servir a tal fin y sería violencia legítima, en cuanto consentida por los súbditos a raíz del mencionado contrato social.

Mas esa teoría tiene un grave inconveniente: supone que para obtener la paz y la seguridad los individuos han de renunciar plenamente a su libertad.

b) A ese inconveniente trata de dar salida la siguiente justificación del derecho como coactivo. En efecto, para Kant el derecho significa la condición bajo la cual el arbitrio de cada uno puede conciliarse con el arbitrio de los demás según una regla general de libertad. Se trata ahora de conciliar la *libertad* con la necesaria existencia de un orden social. La plena e irrestricta libertad de cada individuo, sin límite exterior alguno, pondría siempre en peligro la libertad de los demás. Si en uso de mi libertad puedo robar, matar o esclavizar a otros a mi antojo, la libertad de los otros sucumbe ante mi libertad. De ahí que en el pensamiento kantiano el derecho se justifique como garante de una libertad que para nadie es plena y sin límite, pero que es para todos igual y es la máxima posible en convivencia. El derecho sirve a la protección de la libertad porque garantiza la autonomía de cada uno frente a las intromisiones en ella de los otros. El derecho proporciona así seguridad, pero ya no como compensación a la renuncia a la libertad, como ocurría en Hobbes, sino seguridad en el disfrute de una libertad que no dañe gratuitamente a los otros. Sabido es como para Kant la autonomía, la libertad, es el atributo básico del ser humano y el constitutivo esencial de la dignidad del hombre, por lo que es suprema regla moral la que impone el respeto de esa dignidad, es decir, la que veda utilizar a un ser humano como instrumento del capricho o el arbitrio ajenos. Y a garantizar la efectividad de esa regla sirve precisamente el derecho y así se justifica el Estado. Frente al libre predominio de los más fuertes, que ocurriría si no hubiera derecho, la coacción jurídica sirve para salvaguardar el disfrute igual de la libertad por todos. El

derecho asegura la libertad, pero en el sentido de hacer compatible la libertad de cada uno con la libertad de los demás. La paradoja, en este caso, está en que la coacción, que parece la negación de la libertad, se presenta, sin embargo, al servicio de la libertad.

¿Qué problema surge entonces? Surge el problema de que esa igualdad que el derecho salvaguarda es una igualdad puramente formal, una simple igualdad ante el derecho. Las normas jurídicas rigen por igual para sujetos que no son iguales en cuanto a su posición social y a sus medios de vida. La autonomía individual queda protegida tanto para ricos como para pobres, por decirlo simplísimamente, pero en la práctica el margen de actuación y el campo de posibilidades de acción que tiene el rico es muy superior al que posee el pobre. Todos pueden por igual elegir dedicarse al arte o a la ciencia, todos ven aseguradas sus propiedades, etc., pero quien tiene hambre y carece de formación no posee de hecho más opción que la de buscar qué comer y no podrá de hecho dedicarse a lo que quisiera, sino a lo que en sus circunstancias puede. Teóricamente todos compiten en igualdad de condiciones formales, jurídicas; en la práctica las oportunidades son distintas para unos y otros. En otros términos, la libertad que el ordenamiento estatal asegura es una libertad negativa (la de no ser interferido en el ejercicio de la autonomía), no la libertad positiva (la de tener garantizadas las condiciones mínimas para competir con todos los demás en igualdad de oportunidades, la de obrar verdaderamente en condiciones materiales de libertad y no en estado de necesidad).

c) A este último problema trataron de dar respuesta aquellas doctrinas que ven la justificación del derecho y el Estado ya no sólo en la libertad, sino también en la *justicia social*, en la igualdad de oportunidades. Bajo este punto de vista el Estado no puede conformarse con ser árbitro del libre juego de los individuos en sociedad, sino que tiene que ser también medio para que todos posean unos mínimos vitales, para que todos puedan tener cubiertas sus necesidades básicas con un mínimo decoro y puedan así convivir sin miseria ni explotación. El derecho pasa a tener también una función distributiva de bienes y riquezas. Mediante el derecho se tendrá que asegurar que todos puedan tener una vivienda digna, una educación, una asistencia sanitaria, etc. Este cambio en las funciones del Estado y del derecho aconteció fundamentalmente por obra de los movimientos socialistas y socialdemócratas y dio lugar a la aparición del Estado social o Estado del bienestar.

El problema que aquí aparece es el siguiente: hasta qué punto un derecho puede conseguir estos fines sin dañar seriamente el núcleo básico de la libertad, esto es, la autonomía individual. Veámoslo con un ejemplo bien simple: la autonomía plena requiere que cada cual pueda hacer libre uso de sus bienes y sus propiedades; mas si el Estado ha de prestar los servicios mencionados y ha de redistribuir riqueza, tendrá que recurrir a los impuestos, y los impuestos significan detracción de una parte de la riqueza propiedad de los unos para destinarla a bienes al servicio de los otros o de todos. De ahí que existan aún hoy autores que propugnan el final del Estado social y la vuelta a un régimen de puro mercado y de libre ejercicio de la

autonomía, prescindiendo de todo intento de realizar la justicia social desde el Estado. Son los neoliberales o neolibertarios, al estilo de Hayek o Nozick.

Sobre ese trasfondo de valores y de la correspondiente garantía de derechos se legitima el Estado moderno hasta nuestros días. Pero en las últimas décadas la doctrina de la legitimidad se ha enriquecido con nuevos planteamientos que incorporan esos valores y derechos y les dan un nuevo fundamento o una nueva explicación. Dos ideas van a cobrar un papel central a tal propósito: razón práctica y consenso racional. Y sobre esa nueva base los derechos humanos, dotados de nuevo fundamento, se erigen en clave de la legitimidad del poder estatal. Veamos brevemente el contexto en el que surgen estas nuevas teorías para, seguidamente, sintetizar alguno de sus más importantes desarrollos.

La filosofía política, jurídica y moral de la primera mitad del presente siglo se moverá entre los extremos de un iusnaturalismo rancio, confesional y difícilmente compatible con los postulados del moderno Estado constitucional, democrático y pluralista, por un lado, y, por otro, de un positivismo que descrea de cualquier posibilidad de fundamentación racional de las opciones valorativas. Este positivismo aboca toda discusión sobre cuestiones de legitimidad o justicia al ámbito de lo puramente subjetivo y opinable, de las preferencias puramente personales, y se traduce en planteamientos relativistas, como el de Kelsen, o decisionistas, al estilo de Carl Schmitt. Pero a partir de mediados de siglo se produce un movimiento filosófico que se conoce como "rehabilitación de la razón práctica". Desde distintas ópticas se trata de fundamentar la posibilidad de racionalidad en materias de razón práctica, es decir, en aquellas cuestiones que tienen que ver con la justificación racional de cursos de acción y de normas. Se intenta mostrar que también en este campo es posible diferenciar entre tesis verdaderas o falsas, entre posturas que pueden tildarse de racionales o irracionales, con lo que, para nuestro tema, se pretende dar un fundamento objetivo a la pregunta sobre los caracteres que dotan de legitimidad al poder estatal y a sus normas. En síntesis, el planteamiento sería que Estado legítimo es aquél en que el ejercicio del poder es expresión de la voluntad libre de los ciudadanos, voluntad que se forma de acuerdo con unas reglas procedimentales que aseguran la ausencia de distorsión, manipulación o coacción, con lo que las normas que el Estado dicta y los ciudadanos obedecen son manifestación de un consenso que es fruto de un proceso decisorio garante de la imparcialidad y expresión del interés general. Y todo esto presupone y fundamenta al mismo tiempo los derechos humanos. Rousseau y Kant se dan la mano para sostener la soberanía popular y el valor de la autonomía individual como clave de la legitimidad del poder estatal, pero se les suma un nuevo elemento: la fundamentación de un procedimiento de diálogo en el seno social que asegura que la verdad en estos temas no es el resultado de una conciencia individual preclara, sino de una construcción intersubjetiva en condiciones de libertad e igualdad.

Estas doctrinas podríamos sintetizarlas con las siguientes notas:

a) Son doctrinas *dialógicas*: la fuente de verdad en las materias de razón prác-

tica es el diálogo, la argumentación intersubjetiva, el intercambio de razones entre sujetos que buscan el acuerdo que les permita coordinar sus acciones en sociedad.

b) Son doctrinas *consensualistas*: el criterio de lo correcto en estas materias es el consenso entre esos interlocutores sociales, que, al menos potencialmente, son todos los ciudadanos. Orden jurídico-político justo y legítimo es aquél que goce de ese consenso o acuerdo general.

c) Son doctrinas *formales* o *procedimentales*: no todo consenso fáctico es sinónimo de racionalidad, justicia o legitimidad. El consenso fáctico entre un grupo de personas puede ser el resultado de la manipulación, la coacción o la discriminación. De ahí que el consenso que sirve como criterio de verdad a esos efectos será sólo aquél que se alcance en el seno de una argumentación regida por el respeto de cierto procedimiento en el que determinadas reglas formales, que son reglas de la argumentación racional, garantizan la igual libertad y los iguales derechos argumentativos de todos los interlocutores reales o potenciales.

Bajo esas notas genéricas pueden agruparse doctrinas tan influyentes como las de Rawls o Habermas, entre otros. Veamos brevemente como se despliega tal doctrina en Habermas.

Para Habermas la existencia de sociedad, de orden social, es posible gracias a la comunicación lingüística. Al comunicarse, los sujetos salen de la "lógica egocéntrica" y adoptan una perspectiva intersubjetiva. Al comunicarnos buscamos el entendimiento con nuestro interlocutor, lo que significa que pretendemos ponernos de acuerdo. Por tanto, todo acto de habla tiene como "telos inmanente" la búsqueda del consenso. Cuando hablamos elevamos una "pretensión de validez" para lo que sostenemos y realizamos una oferta de entendimiento. Puede ocurrir que nuestro interlocutor esté de acuerdo de inmediato, con lo que ya se ha alcanzado el consenso. O puede ser que surja el desacuerdo. En este caso, cuando la acción comunicativa no genera el acuerdo inmediato, nos vemos abocados al "discurso", es decir, al intercambio de razones. Nuestra comunicación va avalada por razones que tenemos que explicitar en el discurso para tratar de conseguir el acuerdo. Es decir, argumentamos con arreglo a esa obligación inmanente a la acción comunicativa, la obligación de buscar un consenso que sea la base de la generación de expectativas fiables y de la consiguiente coordinación de nuestras acciones. Y esa argumentación, ese intercambio de razones, será racional cuando se respeten ciertas reglas que tienen su fundamento en cuanto son condiciones de posibilidad del entendimiento mismo, en cuanto las presuponemos siempre por el hecho mismo de optar por la comunicación en lugar de la violencia.

¿Cuáles son esas reglas de la argumentación racional que siempre presuponemos al comunicarnos? Robert Alexy, en su trabajo **Teoría del discurso y derechos humanos**, las sintetiza así:

1. Todo el que puede hablar puede tomar parte en el discurso
2. a. Todos pueden cuestionar cualquier afirmación.

b. Todos pueden introducir cualquier afirmación en el discurso.

c. Todos pueden exteriorizar sus criterios, deseos y necesidades.

3. Ningún hablante puede ser impedido de ejercer la salvaguardia de sus derechos fijados en (1) y (2), cuando dentro o fuera del discurso predomina la fuerza.

Estas reglas garantizan el derecho de cada uno a participar en el discurso, así como la libertad e igualdad en el discurso. Ellas ponen de manifiesto el carácter universalista de la teoría del discurso.

Una objeción evidente cabe imaginar al llegar a este punto: ¿acaso no usamos también la comunicación lingüística para mentir, manipular, amenazar, etc.? Y la respuesta de Habermas es que ciertamente así ocurre, pero en tales casos realizamos un uso parasitario del lenguaje, nos aprovechamos de los presupuestos de la acción comunicativa para llevar a cabo acciones estratégicas cuya lógica es egocéntrica, y que pretenden utilizar en el propio interés a los interlocutores en lugar de propiamente entenderse con ellos. Ese uso del lenguaje es parasitario por cuanto que si, por ejemplo, todos mintiéramos siempre y todos supiéramos siempre que todos mentimos, es decir, si no pudiéramos aplicar la presunción de verdad a los actos de habla de nuestros interlocutores, la comunicación lingüística se tornaría imposible por inútil: para qué hablar si no podemos fiarnos de lo que se nos dice. Por tanto, el mentiroso o manipulador es parásito porque se aprovecha de esas presuposiciones que todos aplicamos al comunicarnos. Si alguien puede mentir es porque la mentira no es la regla general y por tanto su mentira puede ser creída, es porque usa el lenguaje para lo contrario de lo que es su razón de ser y de existir, con lo que incurre en contradicción performativa y tenemos ahí la base para rechazar tal comportamiento por irracional, por mucho que estratégicamente le resulte rentable al individuo.

Esas reglas inmanentes a la comunicación, que damos por supuestas como válidas al comunicarnos y por el hecho mismo de comunicarnos, son reglas de carácter universal como consecuencia del carácter universal de la comunicación misma. Esto significa que la argumentación racional será aquella que tienda a un acuerdo potencialmente universal, con lo que el consenso racional es aquél que se da (o pretende darse) en torno a tesis universalizables. La razón argumentativa no conoce de relativismos personales ni culturales. Las reglas de la argumentación racional tienden a garantizar la imparcialidad (frente a la parcialidad del uso estratégico de la razón comunicativa), y por su carácter formal y procedimental no sirven para construir soluciones materiales o únicas respuestas correctas, sino para descartar soluciones por incorrectas o irracionales: aquéllas que no puedan alcanzar el consenso en esas condiciones procedimentales. Pongamos un ejemplo simple: nunca la tesis de que sea justa la esclavitud de una raza o un grupo podrá sostenerse como tesis racional, pues para ello sería necesario el acuerdo de los propios esclavos y tal acuerdo nunca surgiría de un discurso en el que los argumentantes partieran en perfecta igualdad y libertad. No cabe, pues, la legitimidad de un Estado esclavista.

La acción comunicativa puede tener lugar respecto del mundo exterior, en cuyo caso se realiza un acto de habla constataativo y se eleva una pretensión de verdad; respecto del mundo social, el mundo de las normas, en cuyo caso el acto de habla es regulativo y la pretensión es de rectitud (*Richtigkeit*); o respecto del mundo subjetivo, de nosotros mismos, con lo que el acto de habla es representativo y la pretensión es de veracidad. Aquí nos interesa el discurso sobre el mundo social, que es el discurso práctico (a diferencia del discurso sobre el mundo exterior, que es el discurso teórico). Las normas son necesarias como mecanismos de coordinación de las acciones en los casos en que el acuerdo no surge y es necesario poseer referencias decisorias. Pero la racionalidad argumentativa exige entonces que el contenido de las normas que cumplen tal función sea expresión de un consenso racional, en los términos antes explicados. Así pues, el criterio racional de validez normativa es el de la aceptabilidad por todos sobre la base de un procedimiento discursivo racional. Esto vale tanto para las normas morales como para las jurídicas. La necesidad del derecho se justifica como compensación de las debilidades de la moral autónoma. En ámbitos especialmente relevantes para la integración colectiva se necesitan normas respaldadas por mecanismos de sanción institucionalizada.

La época moderna supuso la separación entre derecho y moral, quedando la segunda remitida a la conciencia privada y siendo el derecho producto de la decisión pública. El derecho moderno es derecho positivo, puesto, legislado, con lo que se introduce una nueva dimensión de validez, la validez como legalidad. Con ello, dice Habermas, se introduce un nuevo eslabón en la cadena de fundamentación de la validez jurídica. La validez jurídica de las acciones se juzga desde las concretas normas, y la validez de éstas se determina desde otras normas del propio ordenamiento, en términos formales. Con ello, el problema de la validez del derecho en términos de racionalidad discursiva o práctica se remite al análisis de los caracteres básicos del ordenamiento jurídico, especialmente a sus normas superiores. La clave no está en los contenidos de las normas particulares, sino en los preceptos básicos del sistema jurídico, preceptos que han de asegurar que las normas se creen con arreglo a la racionalidad discursiva. Por tanto, orden racional y legítimo será aquél regido por procedimientos de producción normativa que aseguren que los contenidos normativos sean expresión imparcial del interés general, fruto de un consenso racional. En suma, orden jurídico-político dotado de legitimidad será el que instituya procedimientos que hagan que las normas que en él se produzcan expresen el acuerdo libre de los ciudadanos.

La plena realización de las reglas argumentativas inmanentes a la comunicación lingüística daría como resultado acuerdos perfectamente racionales y exentos de todo posible cuestionamiento, que serían expresión de una sociedad perfectamente libre, igualitaria y racional. Estaríamos ante lo que Habermas llama la situación ideal de diálogo. Es obvio que tal realización plena no es efectivamente alcanzable, pues como el propio Habermas resalta, los discursos reales se dan siempre dentro de un determinado horizonte cultural e histórico, y las condiciones de realización de esos presupuestos de racionalidad mejoran con el avance histórico (la modernidad habría supuesto un fundamental salto cualitativo a este efecto), pero nunca podremos tener

la seguridad de que se han realizado plenamente. Ahora bien, ese modelo ideal se constituye en modelo contrafáctico. En la medida en que podamos abstractamente anticipar sus caracteres básicos e ideales, estaremos proponiendo un patrón con el que medir la mayor o menor racionalidad de los discursos reales. Es un mecanismo de desdoblamiento similar al que se plantea en la doctrina de John Rawls cuando postula el modelo hipotético de la situación originaria y el velo de ignorancia: si podemos estar básicamente de acuerdo en lo que decidiríamos en esas condiciones ideales o hipotéticas en las que actuaríamos como sujetos plenamente racionales y desprendidos de cualquier prejuicio o planteamiento puramente egoísta y estratégico, estaremos anticipando un orden ideal que reconocemos como racional y que nos sirve para medir nuestros órdenes concretos e históricos.

Habermas, sobre esa base, nos dice que el Estado constitucional y democrático es la mejor plasmación hasta hoy posible de los presupuestos de la racionalidad comunicativa, por cuanto que significa la institucionalización de las reglas del discurso racional. En efecto, hemos dicho que esta racionalidad es procedimental y no material, pero hay ciertos contenidos materiales regulativos que son condición de posibilidad de los procedimientos discursivos racionales. Que todos hayan de poder participar en igualdad en la argumentación que conduce al acuerdo sobre el contenido de los mandatos estatales significa que todos han de tener asegurados ciertos derechos. Es decir, y según esto, sólo será legítimo el Estado regido por una constitución que asegure la soberanía popular y los derechos humanos. Por tanto, Estado dotado de legitimidad es aquél en que estén institucionalmente garantizados los siguientes tipos de derechos: a) derechos personales, como libertades personales básicas; b) derechos políticos y de ciudadanía, que aseguran los mecanismos de participación en las decisiones colectivas; c) garantías procesales de la protección judicial efectiva de los otros derechos; d) derechos sociales, que velen por la satisfacción de los mínimos vitales para que la condición de partícipe en el discurso pueda ser real y no meramente formal o nominal.

Un Estado con esas características se constituye como Estado legítimo y sus mandatos generan para los ciudadanos una obligación política de obediencia, en cuanto que sus normas son expresión imparcial del interés general. Pero esto no significa que tal racionalidad y legitimidad convierta a tales normas estatales en infalibles e indiscutibles. Se trata de un proceso abierto y en continuo perfeccionamiento, siempre expuesto a la crítica, que el propio sistema debe permitir. Y ahí es donde en la teoría de Habermas se legitima la desobediencia civil como uno de los motores de perfeccionamiento del sistema. La desobediencia civil es legítima y aceptable, desde esa ética comunicativa de base, siempre que cumpla con los siguientes caracteres: ha de ser desobediencia a normas puntuales y no cuestionamiento de las bases valorativas e institucionales del sistema; ha de tener carácter público y buscar la publicidad, la movilización de la opinión pública; el desobediente ha de asumir la sanción, lo que realza el valor moral de su acción; y, muy especialmente, el acto de desobediencia ha de justificarse en nombre de los mismos valores constitucionales básicos, buscando para los mismos una mejor realización que la que se da en la norma que se cuestiona.

BIBLIOGRAFÍA

- Alexy, R., **Teoría del discurso y derechos humanos**. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1995.
- Bobbio, N., **Estado, gobierno, sociedad. Contribución a una teoría general de la política**. Plaza y Janés, Barcelona, 1987.
- Díaz, E., **Estado de Derecho y sociedad democrática**. Taurus, Madrid, 9ª ed., 1998.
- García Amado, J.A., **La filosofía del derecho de Habermas y Luhmann**. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1997.
- García Pelayo, M., **Las transformaciones del Estado contemporáneo**. Alianza, Madrid, 1980.
- Garzón Valdés, E., **Derecho, ética y política**. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993.
- Habermas, J., **Conciencia moral y acción comunicativa**. Península, Barcelona, 1983.
- Habermas, J., **Teoría de la acción comunicativa**. Taurus, Madrid, 1987.
- Habermas, J., **Ensayos políticos**. Península, Barcelona, 1988.
- Habermas, J., **Teoría de la acción comunicativa. Complementos y estudios previos**. Cátedra, Madrid, 1989.
- Habermas, J., **El discurso filosófico de la modernidad**. Taurus, Madrid, 1989.
- Habermas, J., **Facticidad y validez**. Trotta, Madrid, 1998.
- Kriele, M., **Introducción a la teoría del Estado**, Depalma, Buenos Aires, 1980.
- Nino, C.S., **La constitución de la democracia deliberativa**. Gedisa, Barcelona, 1997.
- Peces-Barba, G., **Derecho y derechos fundamentales**. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993.
- Pérez Luño, A. E. **Derechos humanos, Estado de Derecho y Constitución**. Tecnos, Madrid, 1984.
- Rawls, J., **Teoría de la justicia**. Fondo de Cultura Económica, México, 1978
- Rawls, J., **El liberalismo político** Crítica, Barcelona, 1996.
- Zippelius, R., **Teoría general del Estado**. Porrúa, México, 1988.

DERECHOS HUMANOS Y ESTADO DE DERECHO

Elías Díaz

*Catedrático de Filosofía del Derecho
Universidad Autónoma de Madrid*

No todo Estado es Estado de Derecho. Por supuesto que todo Estado genera, crea, un Derecho, es decir produce normas jurídicas; y que, en mayor o menor medida, las utiliza, las aplica y se sirve de ellas para organizar y hacer funcionar el grupo social, para orientar políticas, así como para resolver conflictos concretos surgidos dentro de él. Difícilmente cabría imaginar hoy, y quizás en todo tiempo, un Estado sin Derecho, sin leyes, sin jueces, sin algo parecido a un sistema de legalidad, aunque los márgenes de arbitrariedad hayan tenido siempre una u otra efectiva y, en todo caso, negativa presencia. Pero, a pesar de ello, de esa constante (y advirtiendo, por otro lado, que el Derecho no se agota en el Derecho estatal), digamos enseguida que no todo Estado merece ser reconocido con este, sin duda, prestigioso rótulo cualificativo y legitimador que es - además de descriptivo- el Estado de Derecho: un Estado con Derecho (todos o casi todos) no es, sin más, un Estado de Derecho (sólo algunos). Este implica - en términos no exhaustivos- sometimiento del Estado al Derecho, a su propio Derecho, regulación y control de los poderes y actuaciones todas del Estado por medio de leyes, creadas éstas además -lo cual es decisivo- según determinados procedimientos de alguna abierta y libre participación popular, con respeto pues para derechos fundamentales concordes con tal organización institucional.

El Estado de Derecho, así básicamente concebido, es un tipo específico de Estado, un modelo organizativo que ha ido surgiendo y construyéndose en las condiciones históricas de la modernidad como respuesta a ciertas demandas, necesidades, intereses y exigencias de la vida real, de carácter socioeconómico y, unido a ello (como siempre ocurre), también de carácter ético y cultural. El Estado de Derecho, tanto en su (descriptiva) plasmación positiva como -relación no lineal ni mecánica- en su (prescriptiva) formulación ética, responde desde esa consideración histórica a concretas exigencias de certeza y aseguramiento de propiedades, y de su tráfico, así

como a protección de otras valiosas libertades (de religión, pensamiento, expresión, etc.) y a garantías de diversa especie que no pueden prescindir tampoco de una cierta referencia inicial a la igualdad.

Situado en esas coordenadas, básicamente liberales pero incoativamente democráticas, habría -creo- que evitar a toda costa su determinación e inmovilista reducción conservadora desde un elemental y simplista quiasmo que concluyera que, por tanto, esta clase de Estado no es sino un Estado de clase. Pero tampoco habría que desconocer, o que ocultar ideológicamente, esas históricas y reales dependencias de desigualdad respecto de sectores sociales - la referencia aquí a la burguesía como clase en ascenso es, desde luego, inevitable- especialmente interesados en su momento en tales construcciones (jurídico-políticas) y en tales concepciones (filosóficas y éticas). A mi juicio, sin embargo, la mejor dialéctica histórica, intransigente con esas desigualdades, y la propia lógica interna de la libertad y de la razón ilustrada en su fundamentación de los derechos humanos (vistos allí incluso como derechos naturales) han operado, y deben operar, hacia consecuentes propuestas de universalización: es decir, hacia la efectiva realización de esas exigencias, básicas para la teoría de la justicia - y para el Estado de Derecho -, que son la seguridad, la libertad y la igualdad.

El Estado de Derecho es, así, una invención, una construcción, un resultado histórico, una conquista más bien lenta y gradual (también dual, bifronte), hecha por gentes e individuos, sectores sociales, que, frente a poderes despóticos o ajenos, buscaban seguridad para sus personas, sus bienes y propiedades y que, a su vez, ampliando el espectro, exigen garantías y protección efectiva para otras manifestaciones de su libertad; y ello, en forma tanto de positiva intervención en los asuntos públicos como de negativa no interferencia de los demás. Se trata de lograr una mayor participación de los individuos y una mayor responsabilidad de los poderes. Pero es asimismo verdad que, por debajo y junto a esa directa defensa de la libertad, la seguridad y la propiedad, con frecuencia se alegan también - de manera más o menos explícita y/o condicionada- algunas básicas y potenciales razones de igualdad. Desde el Renacimiento, y siempre con algún tipo de precedentes, los Estados modernos, frente a los privilegiados fraccionamientos medievales y feudales, reclaman y logran asumir para sí la suprema y única soberanía (Maquiavelo, Bodino). Y es en ese marco donde van a manifestarse con fuerza y con diferentes prioridades dichas demandas y su reaseguramiento (Hobbes), reconocidas y pronto institucionalizadas a través precisamente de una coherente regulación jurídica y de un (auto) control efectivo de tales poderes públicos: Estado liberal, Locke, Declaraciones de derechos de 1689 en Inglaterra y de 1776 en América del Norte; influencia, asimismo, de la filosofía de la Ilustración y del mejor idealismo alemán (Kant como fundamento); en esas vías teórico-prácticas incidirá, con acento y potencialidades más democráticas, la revolución francesa (Enciclopedia, Rousseau) y, en concreto, la "Declaración de derechos del hombre y del ciudadano" de 1789.

Puede, por tanto, decirse que esta triple tradición nacional y cultural, siempre con interrelaciones complejas en su interior, aporta conceptos e ingredientes que, a

pesar de sus insuficiencias, permiten empezar a definir al Estado de Derecho (hechos y valores, legalidad y legitimidad) como la institucionalización jurídica de la democracia. La carga conservadora, restrictiva de la soberanía popular, que la fórmula liberal del *Rechtsstaat* posee, cuando se acuña y difunde en la Alemania del primer tercio del siglo XIX (A. Müller, T. Welcker, R. von Mohl), no iba a resultar incompatible con los elementos de mayor garantía y protección judicial del individuo y de sus derechos y libertades que están presentes en la institución anglosajona de la *rule of law*; ni -andando el tiempo- podría coherentemente oponerse a las influencias democráticas derivadas de manera muy principal de aquel texto de la revolución francesa: libertad, igualdad, fraternidad, *regne de la loi*, ley como expresión de la voluntad general, separación de poderes con predominio del legislativo, Estado constitucional, nueva legalidad versus vieja legitimidad, etc. Todo ello habría de hacer posible que, sobre esa base liberal pero debido principalmente a las luchas de importantes y mayoritarios sectores sociales de hecho allí excluidos, más el impulso de los movimientos sindicales y los partidos socialistas democráticos, es decir contando siempre con las fuerzas históricas más progresivas (siglos XIX y XX), aquella institucionalización jurídico-política se constituyera coherentemente en nuestro tiempo como Estado social y democrático de Derecho.

Vertebrando no sin conflictos ni contradicciones toda esa decisiva evolución histórica y esos diferentes (no indiferentes) modelos de Estado de Derecho, tenemos -ya se indicó antes- ciertos componentes, ciertos mecanismos, procedimientos, valores, que han sido y deben ser considerados como fundamentales, básicos, imprescindibles para que pueda en rigor hablarse, con aplicación a todas esas relacionadas situaciones, de un verdadero, pero no estático ni esencialista, Estado de Derecho. Tales necesarios caracteres generales (entendiendo siempre que el Estado de Derecho, como la democracia misma, es siempre una realidad de carácter procesual, perfectible y abierta en el tiempo) serían, a mi modo de ver, principalmente los cuatro siguientes:

a) Imperio de la ley, que impera sobre gobernantes y ciudadanos, pero precisando que -como ya se señalaba en el artículo 6 de la Declaración francesa de 1789- "la ley es la expresión de la voluntad general", es decir creada (pero no por debajo de unos mínimos) con libre participación y representación de los integrantes del grupo social. Es decir, imperio no de cualquier ley sino de aquéllas que son producto de la libre participación popular (con la Constitución en la cúspide).

b) División de poderes, legislativo, ejecutivo y judicial (no escisión ni confusión de ellos), con lógico predominio en última y más radical instancia del poder legislativo, primero constitucional y luego parlamentario, concretado en las correspondientes normas jurídicas. La institución que representa la soberanía popular es quien suministra legalidad y legitimidad a la institución que ejerce la acción gubernamental.

c) Fiscalización de la Administración: actuación según ley en todos los órdenes y niveles de ella (poder ejecutivo), así como consecuente y eficaz control por los

órganos competentes constitucionales y jurisdiccionales. Interdicción de la arbitrariedad y respeto estricto, pues, al principio de legalidad y a sus determinaciones e implicaciones por todos los funcionarios y servidores del Estado. Junto a ello, pero diferenciado, control político de los Gobiernos desde el Parlamento.

d) Protección de derechos y libertades fundamentales, garantías jurídicas (penales, procesales y de todo tipo) así como efectiva realización material de las exigencias éticas y políticas, públicas y privadas, que, especificadas y ampliadas en el tiempo como derechos económicos, sociales, culturales y de otra especie, constituyen la base para una real dignidad y progresiva igualdad entre todos los seres humanos. La protección de las libertades y los derechos fundamentales constituye la "razón de ser" del Estado de Derecho.

A todos incumbe ciertamente el Estado de Derecho, también a todos los ciudadanos exigiéndoles respeto hacia las libertades y los derechos de los demás así como consecuentes comportamientos en el marco siempre de los cauces institucionales y constitucionales entendidos de la manera más amplia y flexible posible. Pero, además de ello, debe enseguida señalarse que a quien en última y más decisoria instancia se dirige el Estado de Derecho es precisamente al propio Estado, a sus órganos y poderes, a sus representantes y gobernantes, obligándoles en cuanto tales a actuaciones en todo momento concordes con las normas jurídicas, con el imperio de la ley, con el principio de legalidad, en el más estricto sometimiento a dicho marco institucional y constitucional.

El Estado, señala Weber, es el monopolio legítimo de la violencia; para que sea tal (legítimo) ha de tratarse, por lo tanto, de una fuerza, de una coacción, de una violencia de ese modo producida y regulada en el Estado de Derecho. El Derecho es, implica, uso de la fuerza y, a su vez, regulación del uso de la fuerza. El Estado no puede, no debe, de ningún modo, responder al delito con el delito, a la violación de la ley por el delincuente con la violación de la ley por el gobernante o sus representantes: se convertiría así en un Estado delincuente. No puede, ni debe, cometer el gravísimo delito y el gravísimo error de combatir e intentar acabar con el terrorismo implantado por unas u otras bandas, mafias o asociaciones armadas cayendo en un correlativo terrorismo de Estado, ejercido o ayudado ilegalmente por las legítimas instituciones. Si tal hiciera, pondría en cuestión su propia legitimidad: por acogerse a la razón de la fuerza perdería la fuerza de la razón.

Bien firme y claro todo lo anterior, que es absolutamente básico y fundamental, precisamente la búsqueda de una mayor legitimación, adhesión y participación, pero también de una mayor legitimidad exige no inmovilizar con caracteres esencialistas el contenido de esos elementos, de esos requisitos, que configuran el Estado de Derecho: y, de manera muy especial, implica no aislar de la historia y de la realidad social esas demandas políticas y exigencias éticas que se concretan en los que llamamos derechos humanos fundamentales. En el fondo, de ahí deriva - sobre la base de "las luchas por las condiciones reales de la existencia"- toda esa evolución histórica que yo concreto aquí en estas tres grandes fórmulas o modelos, diferencia-

dos pero relacionados, del Estado liberal, social y democrático de Derecho. Se trata, en definitiva, de insistir y de avanzar en esa doble participación que es -a mi juicio- la mejor definición de la democracia y que, como proceso siempre abierto, acompaña asimismo a su institucionalización en el Estado de Derecho a lo largo de la historia: una, participación en las decisiones jurídico-políticas, lo que también implica participación en el tejido social; dos, participación en los resultados, medidos tanto en consecuencias más directamente económicas como en reconocimiento de derechos y libertades de muy diferente índole. Concorde con ello son esas cuatro, por tanto, las zonas preferentes a tomar aquí en consideración - Estado, Sociedad, Economía, Derecho (y derechos)-, con objeto de dilucidar sobre realidades y exigencias de esa doble participación.

Me parece oportuno hacer observar y resaltar que esta teoría y práctica de la democracia como doble participación, y su correlación con esos caracteres del Estado de Derecho, se vinculan profundamente, también en su génesis y formación histórica, a las mejores concepciones de la ética y de las ideas humanistas con raíces todas ellas en la filosofía de la modernidad y de la razón ilustrada. La ética es autonomía moral individual y consideración del ser humano como ser de fines, como fin en sí mismo. En el humanismo real es el hombre, los seres humanos, hombres y mujeres, quienes hacen, y deben hacer, la historia y quienes, a su vez, constituyen el objetivo, la finalidad de la historia: protagonismo, por lo tanto, en las decisiones y también en los resultados, en consonancia política con esa doble participación democrática y su institucionalización jurídica.

Es en este específico pero amplio contexto, como decimos, donde van precisamente a configurarse ésas que son categorías básicas del Estado de Derecho, ya enumeradas aquí. Siempre con un coherente contenido básico esencial, experimentarán no obstante variaciones importantes al hilo de los acontecimientos históricos y los conflictos humanos, las condiciones de "la producción y autorreproducción de la vida real". Y sobre unas y otras incidirán a su vez las reconstrucciones teóricas que operan desde las concepciones, paradigmas, proyectos o ideologías (adóptense los términos más propicios y menos unilaterales) que en estas páginas venimos clasificando, de manera más o menos convencional, no dogmática ni cerrada, bajo esos rótulos del Estado liberal, social y democrático de Derecho en correspondencia con las correlativas filosofías políticas de uno u otro carácter y significado.

A pesar de su más directa dependencia literal respecto del vocablo germánico "Rechtsstaat", y sin ruptura con éste ni con la anglosajona "Rule of Law", es -a mi juicio- en el texto de la Declaración francesa de 1789 donde (por supuesto que con no pocas insuficiencias históricas y problemas abiertos para la interpretación y el debate) mejor y más claramente se especificaban ya entonces esos requisitos y elementos básicos del Estado de Derecho. Lo tomo aquí, por lo tanto, como texto fundacional destacando tales caracteres. Así, de manera muy resumida, (a) el imperio de la ley como "expresión de la voluntad general" (art. 6) y como vía para la determinación de los límites entre las libertades y derechos de cada hombre (art. 4); (b) la

separación de poderes sin cuyo establecimiento - dice el art. 16- no puede propiamente hablarse de Constitución, de Estado constitucional; (c) la fiscalización del poder ejecutivo en cuanto que -señala el art. 19- "la sociedad tiene el derecho de pedir cuentas a todo agente público sobre su administración"; (d) el reconocimiento, declaración y garantía de los derechos del hombre y del ciudadano; con olvido no impremeditado de la igualdad en esta lista general, pero con presencia limitada en otros pasajes, establece así el art. 2: "estos derechos son la libertad, la propiedad, la seguridad y la resistencia a la opresión"; de ellos derivan libertades concretas y protecciones jurídicas que se diferencian y reafirman en el resto de los diecisiete artículos del texto: si "la garantía de los derechos no está asegurada" - vuelve el decisivo art. 16 - no hay Constitución, no hay Estado constitucional, no hay Estado de Derecho.

Desde ese contexto y en este proceso histórico, así firme y conflictivamente iniciado y proseguido, es en efecto en el que a lo largo del XIX y XX se van a ir configurando - no sin recaídas, retrocesos, distorsiones y más o menos arduas evoluciones - esas diferentes fases o modelos que, se considera, es necesario diferenciar al hablar hoy del Estado de Derecho. Aquí se hará tal narración sólo de manera muy resumida, a veces casi esquemática, destacando sus principales rasgos cualificadores en cada uno de esos mencionados sectores (Estado, Sociedad, Economía, Derecho), los cuales, interrelacionados, contribuirán a ilustrar sobre esa evolución histórica y sentido actual (también, posible futuro) del Estado de Derecho. Comenzaremos con el paradigma liberal para mostrar, ante las decisivas insuficiencias e inconsecuencias de éste, lo que fue después - bien entrado el siglo XX, aunque siempre con demandas y precedentes en el anterior- la necesaria construcción del Estado social. Sus problemas en nuestro tiempo -se habla incluso de crisis desde muy distintas, y hasta opuestas, perspectivas- exigen, sin duda, la formulación de alternativas de presente y futuro: la mía, la de muchos, discutible y abierta, no es la tan en boga doctrina neoliberal conservadora (liberista, por reducir todo el problema a libertad económica), sino más bien la que - confesémoslo, partiendo de perspectivas socialdemócratas- se propone intentar hacer cada vez más reales y para todos esas exigencias de la doble participación que caracterizan, como ya decíamos, a la democracia a la altura de nuestra época, planteada también a escala mundial y transnacional.

Éste es, pues, el mencionado -conclusivo- resumen de tal tipología del Estado de Derecho y del, inevitablemente abreviado, esquema de algunas de sus respectivas condiciones, circunstancias y principales implicaciones que - con aquellos elementos comunes- configurarían y responderían, a su vez, a diferentes concepciones generales, filosóficas y políticas:

(1) *Estado liberal de Derecho*, paradigma inicial del proceso con todo lo que ello todavía supondrá en su contra (baja participación democrática en los dos niveles de ella) y en su favor: principalmente, la básica organización del cuadro jurídico e institucional para una identificación legal-racional del Estado y para el reconocimiento y garantía de, hasta entonces, muy desprotegidos derechos y libertades. No se

ocultarán aquí sus deficiencias, al contrario se resaltarán, pero sin olvidar nunca su fundamental aportación como Estado de Derecho. En consonancia con ello se configurarían así los ya anunciados componentes y condicionantes de tal concepción:

a) Respecto del Estado, prevalencia de posiciones liberales recelosas e, incluso, directamente contrarias al sufragio universal, defensoras sin más (Guizot) del voto censitario para constituir las instituciones y los poderes de aquél. Tal Estado es, o aparenta ser, un Estado abstencionista, al menos en el mundo del trabajo y de la economía ("laissez faire, laissez passer..."), aunque siempre con un fuerte intervencionismo en pro de la propiedad. Tampoco sería para nada abstencionista en cuestiones de orden público y militar, con dura represión de huelgas, protestas y algarradas y, otra vez, con patriótico intervencionismo colonialista donde menester fuese para la defensa e imposición de esos propios intereses. Donde realmente puede decirse que tal Estado, en muy amplia medida, era de verdad abstencionista es en su despreocupación por derechos sociales, económicos y culturales vinculados a necesidades básicas de salud, enseñanza, vivienda, seguridad social, etc. para las grandes mayorías.

b) Sociedad individualista -con los pros y contras del individualismo- y elitista pues en el ámbito no institucional y no gubernamental es de muy baja participación. Sociedad no estamental pero rígidamente clasista, con muy reducida y difícil movilidad; en ese marco, ascenso y consolidación del poder de la burguesía, de sus derechos y preferentes libertades; imposición casi absoluta del contrato de trabajo individual y de la "libertad" de contratación: y en el margen, o muy cerca, oposición radical y enfrentamiento a veces violento por parte de los sectores obreros y de otros grupos sociales, movimientos sindicales y partidos políticos genéricamente socialistas.

c) Sacralización de la propiedad privada individual: "siendo la propiedad un derecho inviolable y sagrado", rezaba en efecto el art. 17 de la liberal Declaración francesa de 1789, positivizada después sin apenas límites en los Códigos civil y mercantil de Napoleón (seguidos por todos los del continente europeo), constituye aquélla la base del sistema de producción que va a pasar a identificarse como capitalismo. Economía competitiva, de libre mercado (con debates sobre proteccionismo), economía de bajos salarios, subconsumo, mera subsistencia y pobreza para amplios sectores sociales. Fuerte acumulación privada de capital, control y decisión muy minoritaria sobre las plusvalías, los excedentes y, en definitiva, sobre las inversiones y la dirección general de la economía.

d) Con todo, declaración y protección jurídica de libertades y derechos fundamentales, civiles y políticos (de pensamiento, expresión, religión, participación pública aunque así restringida, etc.), garantías de seguridad penal y procesal decisivas, sin duda, para todo lo que se estaba forjando y lo que vendría después. Todos éstos no eran sólo e inevitablemente derechos "de y para la burguesía", como simplificó a veces, de modo esencialista, algún radicalismo izquierdista. Precisamente las exigencias y presiones sociales para el cumplimiento efectivo del Estado de

Derecho y las potencialidades de realización igualitaria de tales derechos iban a coadyuvar muy coherentemente a la progresiva superación de tal clasista reduccionismo. Pero, mientras tanto, resultaba de todo punto evidente que, en ese marco social y estatal y bajo ese régimen económico y de propiedad, tal reconocimiento de derechos humanos fundamentales era, de hecho, profunda e injustamente desigual e insuficiente, excluyéndose sin más de su efectividad práctica y de su real participación a muy amplios sectores sociales cuando no, en otra ineludible universal dimensión, a enteros pueblos e innumerables gentes de nuestro planeta. Eran, pues, necesarios grandes cambios en todos estos condicionantes y en el propio Estado liberal a fin de que el Estado de Derecho y la incipiente democracia pudieran asumir eficazmente tales demandas de los menos favorecidos y avanzar así hacia una mayor generalización de esas exigencias (haciéndolas reales para todos) con la consecuente ampliación de ellas también al campo de los derechos económicos, sociales y culturales.

(2) *Estado social de Derecho*, como alternativa dual y gradual - con firme rechazo de las falsas salidas totalitarias impuestas por el comunismo burocrático y por las dictaduras fascistas- ante las graves crisis y las insostenibles carencias e insuficiencias del modelo liberal, patentes ya con toda claridad desde, al menos, los años de la primera guerra mundial, 1914-1918. Colaborarán en la construcción de aquél, proponiendo cambios, tanto algunos sectores más abiertos e inteligentes defensores de dicho orden económico (para su saneamiento y fortalecimiento) como otros - partidos socialdemócratas y movimientos sindicales- que se proponían una más progresiva y profunda transformación. John Maynard Keynes y Hermann Heller podrían ser respectivamente un buen símbolo de tal aproximación dual.

a) El Estado va a hacerse así decididamente intervencionista con objeto de poder atender y llevar a la práctica esas perentorias demandas sociales de mayor participación e igualdad real: sufragio universal (incluido ya el sufragio femenino), por un lado, amplio pacto social con compromiso por el Estado para políticas de bienestar, por otro, serán los dos principales componentes de ese indudable fortalecimiento de la legitimación y de la doble democrática participación.

La expansiva acción social de este Estado intervencionista, Estado de servicios -donde éstos se demandan cada vez mayores en cantidad, mejores en calidad y para más amplios sectores sociales-, va a suponer un protagonismo y una lógica preeminencia para las tareas y las funciones de la Administración, del poder ejecutivo. Éste, sin negar el Parlamento, se convierte de hecho y en no corta medida en poder legislador, y su otra actividad desborda, aunque no necesariamente contradiga, los propios cauces de las normas jurídicas. Desde las estrictas exigencias del Estado de Derecho, del principio de legalidad y del control y responsabilidad de la Administración, se suscitan así serias dudas y reservas ante el riesgo de que tales disposiciones jurídicas y acciones políticas y sociales puedan llegar a romper y hacer caso omiso del sistema parlamentario y constitucional. En el fondo, y con muy diferentes interpretaciones, orientaciones e, incluso, intenciones, éstos eran ya algunos de los problemas que aparecían en las polémicas de los años veinte y treinta con

Carl Schmitt, por un lado, y Hermann Heller, por otro. En buen acuerdo, por mi parte, con el segundo de ellos -"el Estado de Derecho, resuelto a sujetar a su imperio a la economía"-, yo aquí sólo insistiría en la ineludible necesidad de que las instituciones y los poderes públicos actúen hoy en esa doble coordinada dimensión: tanto en las exigencias del Estado social, receptivo ante tales u otras demandas de los ciudadanos, como en las coordenadas del Estado de Derecho, eficaz en el cumplimiento y desarrollo progresivo de la Constitución.

b) Sociedad de masas, con sus implicaciones buenas y menos buenas (depende también para quién), sociedad industrial, más tarde postindustrial, tecnológica y de servicios, desbordante sociedad de consumo, incluso de derroche y despilfarro, sociedad orgánica y corporativa: éstos son algunos de los rótulos utilizados por los sociólogos (Salvador Giner) para referirse a estas diferentes dimensiones entre las que se mueve el Estado social, con grave tendencia en nuestros días a la reducción del *Welfare State*, Estado del bienestar.

Las corporaciones económicas y profesionales, también las asociaciones patronales y sindicales, adquieren, junto a otras de diverso carácter, una mayor presencia y reconocimiento público, incluso oficial. La legislación se hace así pactada, concertada, con el propio Parlamento: con ello, aspecto positivo, se amplían los potenciales de legitimación y paz social pero, a su vez, aspecto negativo, se subordinan en ocasiones los intereses generales a los de las más fuertes corporaciones, con residuos casi de democracia orgánica. El resultado, se ha criticado, es así un Estado fuerte con los débiles y débil con los fuertes. No todo el mundo tiene, en efecto, el mismo peso, la misma fuerza, el mismo poder, en la mesa de la negociación: y prácticamente ninguno los no corporativizados, o los pertenecientes a débiles corporaciones. De la vieja desigualdad individualista liberal se puede así estar pasando o haber pasado a una -en cualquier caso no del todo equiparable- desigualdad grupal o corporativa, desde luego disfrutada o sufrida también en última instancia por individuos particulares.

c) La economía del modelo de Estado social, adviértase, no pretendía romper sin más con el modo capitalista de producción, aunque -en sus mejores manifestaciones, tendencias socialdemócratas y grupos de apoyo- tampoco renunciaba a reformas progresivas que transformasen realmente el sistema. Ello implica entender, desde luego, que "capitalismo" y "socialismo" no son esencias cerradas y absolutas, totalmente aisladas e incomunicadas entre sí, sino más bien momentos, partes o sectores de un siempre abierto e inacabable proceso histórico. En cualquier caso, en el Estado social la incorporación de las demandas de mayor igualdad, derechos y libertades, para los tradicionalmente menos favorecidos se pretendía hacer aceptando y trabajando dentro de los esquemas definitorios de tal modo de producción (principalmente acumulación privada y economía de mercado), si bien -como digo- introduciendo reformas, correcciones, regulaciones y redistribuciones compatibles con ellos y que, se pensaba, incluso hicieran más reales y asequibles a todos dichos mecanismos y aparatos.

Entre aquellas medidas correctoras tal vez se muestra como más relevante la

creación y potenciación de un sector público estatal operante en el campo de la producción, así como la de una más decidida acción de los poderes políticos para avanzar en esos objetivos de mejor redistribución. El Estado interviene en la economía, contribuyendo a regular el volumen de inversiones a través de políticas que exigen aumento del gasto público e ingresos fiscales para generar empleo, consumo, ahorro y, otra vez, inversión. El sector público aparece así como muy funcional, incluso como el más apropiado y dinámico, para dicho modo de producción (Keynes). Sus tensiones, su significado y estructura dual se mostrarán, sin embargo, en no insalvable contraste con quienes desde ahí pretenden no tanto la creciente e ilimitada reproducción ampliada del capital, sino más bien la consecución de una mayor y más decisiva participación real para, asimismo, las fuerzas del trabajo. En cualquier caso, el predominio, al lado de aquél, de poderosas formas de organización de carácter oligárquico o monopolista, especialmente a escala mundial con muy influyentes redes de agencias transnacionales, a pesar del mito del capitalismo competitivo y de la economía social de mercado, dificultarán y frenarán en amplia medida tales potencialidades de desarrollo progresivo y redistribución más igualitaria, nacional e internacional, de manera clara y explícita a partir ya de la gran crisis de los años setenta.

d) Se trataba, por de pronto, en el Estado social de Derecho de hacer más reales e iguales para todos esas libertades y esos derechos civiles y políticos mil veces proclamados por la democracia liberal; para ello, y además, se reclamaba implantar y hacer efectivos con carácter de universalidad los derechos sociales, económicos y culturales derivados de las necesidades básicas de la salud, la enseñanza, la vivienda, un régimen de prestaciones de seguridad y sistema público de pensiones, exigibles a fin de dar un muy diferente sentido y una mejor esperanza de vida real a millones y millones de seres humanos: éstas eran, específicamente desde la perspectiva de la izquierda, las principales metas a las que se debía aspirar y que darían mayor y mejor legitimidad y legitimación al Estado social. Y se trataba de hacerlo sin revoluciones, sin perturbaciones traumáticas y precipitadas, sino de manera gradual, integrando y procurando tales objetivos en el marco, transformado y democráticamente más regulado, de ese modo de producción de aparente libre mercado y de efectiva acumulación privada de los medios de producción.

Tal sistema, y el pacto social partidos-sindicatos que estaba en su base, funcionó con amplia vigencia y efectividad operativa, no sin altibajos y crisis coyunturales, durante buenos decenios en algunos de los países más desarrollados y especialmente tras la segunda guerra mundial hasta los años setenta aprovechando bien el ciclo expansivo de las economías occidentales en ese período. Así fueron posibles esas políticas redistributivas y de importantes servicios sociales y prestaciones de bienestar que han caracterizado las mejores e insuprimibles aportaciones del Estado social garantizadas como Estado de Derecho por leyes y tribunales. Pero, por un lado, los complejos procesos de descolonización, no sólo política sino también económica, a pesar de sus contradicciones y dificultades; por otro, los límites de la financiación de tales políticas sociales en el marco -no se olvide- del sistema capitalista, llevaron a la

situación que se ha denominado, por decirlo con James O'Connor, como "crisis fiscal del Estado", resumen muy abreviado de los actuales problemas del Estado del bienestar y del Estado social de Derecho. Ni la economía -se resalta y se reconoce, con unas u otras derivaciones- tiene posibilidades en ese marco, ni en ninguno -se remacha con acrítica contumacia por los neoliberales más conservadores-, para pretender financiar esas expansivas políticas sociales, ni el Estado puede, por tanto, comprometerse con garantías jurídicas, como Estado de Derecho, a proteger tales exigencias, demandas y derechos fundamentales (crisis de gobernabilidad).

¿Qué puede y debe hacer hoy el Estado de Derecho ante tan, sin duda, complicada situación? Por de pronto, una primitiva supuesta salida -en mi opinión cerrada salida- ya se viene imponiendo fácil y fácticamente desde hace tiempo: el símbolo es, claro está, la era Reagan-Thatcher que en modo alguno puede darse por acabada. Es la vuelta atrás, no, desde luego, absoluta y total pues produciría una deslegitimación imposible de soportar, pero sí un importante frenazo e incluso desmantelamiento de buena parte de esas políticas de bienestar social; o sea, la imposición de un muy conservador, disminuido, mínimo, "anoréxico" y muy desigual Estado neoliberal (línea Friedrich A. Hayek, Milton Friedman o Robert Nozick). No es en modo alguno esta apretada síntesis el lugar más adecuado para una buena crítica frente a los alegatos, circunstancias, intereses y condiciones de todo tipo, políticas, sociales, jurídicas, económicas o culturales (pues de todo eso se trata), que están detrás de esas y otras retorsiones y distorsiones a veces, sin más, reaccionarias que amenazan al Estado social. Ni expresa un simple juego de palabras decir que en ellas el Estado de Derecho se reduce a un Estado de derechos. Frente a esa reducción economicista del neoliberalismo conservador la propuesta que aquí se hace es precisamente a favor del que puede denominarse Estado democrático de Derecho. Estas páginas finales serán pues una sucinta exposición de aquél en cuanto alternativa -así lo veo yo- que, a partir y sobre la base fundamental del Estado social, asumiendo muchas de sus conquistas, pueda progresivamente contribuir a profundizar y hacer más real esa doble participación en que consiste la democracia y, también, el Estado de Derecho.

(3) *Estado democrático de Derecho*, como caracterización por tanto más válida -a mi juicio- para una posible solución de futuro, y actual, ante las dificultades y problemas que han ido localizándose en el imprescindible Estado social y, especialmente, en la reducción neoliberal del Estado de bienestar:

a) Se trataría en dicha propuesta del paso necesario desde un tipo de Estado en exceso obsesionado por un imposible e indiscriminado intervencionismo de alcance cuantitativo hacia un Estado de intervención mucho más cualitativa y selectiva: que éste, el Estado, por querer hacer demasiadas cosas no deje de ningún modo de hacer, y de hacer bien (sin corrupciones, chapuzas, ni despilfarros), aquello que -variable, en parte, según las condiciones históricas y sociales- le corresponde hacer en función de las metas, necesidades y obligaciones generales que nadie va a tener interés ni posibilidad de atender como él. Importancia, pues, del Estado, de las instituciones jurídico-políticas, frente a las evasivas liberales, por la

derecha, pero también frente a los voluntarismos libertarios, por la izquierda, aunque recuperando de éstos el énfasis en la sociedad civil. Se ha dicho, y es verdad, que el Estado (nacional, central) es hoy demasiado pequeño para las cosas grandes (ahí, la Unión Europea o la propia ONU) y demasiado grande para las cosas pequeñas (Comunidades Autónomas y Administración local en nuestra Constitución). Ese criterio cualitativo y selectivo es, pues, fundamental en más de un sentido para el buen funcionamiento en nuestro tiempo del Estado democrático de Derecho.

También de este modo, con atención muy prevalente hacia los verdaderos intereses generales (compuestos asimismo por legítimos intereses particulares), será más factible la superación de las actuales críticas de paternalismo dirigidas al Estado social sin para nada quedarnos por ello en el más acomodaticio y conservador "principio de subsidiariedad". Por lo tanto, no autocumplencia en una ética de la irresponsabilidad individual esperándolo todo del Papá-Estado, sino más bien libre autoexigencia personal para una ética del trabajo, del esfuerzo, del mérito, la capacidad, la intervención participativa y solidaria. Me parece que estos valores, estos principios, configuran una ética, una concepción del mundo, muy diferente -llámesela como se quiera, por ejemplo socialista democrática- a esa otra que deriva de la beatífica preeminencia de la acumulación privada del capital y de la exclusiva práctica de la individualista competitividad.

b) Se trataría, pues, de esforzarse por construir desde aquellos valores más democráticos una sociedad civil más vertebrada, más sólida y fuerte, con un tejido social más denso, de trama mejor ensamblada e interpenetrada, más ajustada (en las dos significaciones del término, organización y justicia), donde la presencia de las corporaciones económicas, profesionales, laborales, sea complementada y compensada con la de los nuevos movimientos sociales (ecologistas, feministas, antirracistas) o la de las plurales organizaciones no gubernamentales con su tan decisiva acción a través del voluntariado social. Pasar, ya se ha dicho, del corporativismo al cooperativismo, de una exclusiva ética de la competición (a veces totalmente incompetente) a una ética también de la colaboración. La calidad de vida y no tanto la cantidad de productos consumidos y destruidos (medio ambiente incluido) serían objetivos más concordantes con tal modelo de sociedad.

Mayor presencia e intervención, pues, de la sociedad civil pero operando ahora en toda su plural plenitud y no sólo en privilegiados sectores, estamentos o poderosas corporaciones; y, a su vez, imprescindible la acción que en el Estado de Derecho llevan a cabo las instituciones jurídico-políticas. Se trata de intentar superar las tendencias unilaterales de, por un lado, la socialdemocracia y el Estado social (que confió en exceso y casi en exclusiva en las instituciones) y de, por otro, los movimientos libertarios (siempre recelosos de éstas, esperándolo todo de una mitificada sociedad civil. En otros escritos míos -desde fructíferos desacuerdos y acuerdos con Claus Offe- he insistido en la necesidad actual y futura de una progresiva y abierta síntesis entre ambas: es decir, un entendimiento imprescindible y un nuevo pacto entre instituciones jurídico-políticas y organizaciones de la sociedad civil así comprendida. Y he denominado socialismo democrático a esa hipotética conjunción

y síntesis dialéctica (sin ser el final de la historia) de, por una parte, la socialdemocracia y el Estado social, y, por otra, los movimientos libertarios y la justa reivindicación de la sociedad civil.

c) En coherencia con todo lo anterior, en el campo de la economía, y de la producción, el necesario sector público de ella ya no sería sólo ni tan prioritariamente sector estatal (en cualquier caso con función selectiva y cualitativa) sino que asimismo actuaría y se configuraría a través de un más plural y dinámico sector social; y junto a ellos -economía mixta- está el espacio, que tiene y debe tener muy amplia presencia, del sector privado que opera más prevalentemente con los criterios y las instancias del libre mercado. Por supuesto, se me dirá, que no es nada fácil ensamblar todo ello en la práctica de manera armoniosa, justa y con funcionamiento eficaz; desde luego, pero nada es fácil y no sólo en el campo de la economía. Quien esto escribe queda, pues, abierto a todas las dudas y sugerencias, aunque también creo que en nuestros días economistas como entre otros John Kenneth Galbraith o Alec Nove, por poner algunos ejemplos concretos, han ayudado desde diferentes perspectivas a entender esto un poco mejor. A ellos, y a otros críticos, reenvío para el debate y la necesaria ampliación y precisión de estas páginas.

En el Estado democrático de Derecho el imperio de la ley no es, ni debe ser, en modo alguno reducible al mero reconocimiento de la iusnaturalista ley del mercado. Son muchos, por el contrario, los que más bien denuncian, y constatan, la dictadura y/o la anarquía del tal mercado. Así, en nuestros días -con la automática e inmediata movilidad de capitales en el ámbito transnacional- las economías especulativas, financieras y monetarias se hacen mucho más rentables, ahogando y destruyendo a muchas economías productivas y a los sectores sociales a ellas vinculadas. Se subraya también, por otro lado, que, a diferencia de la acumulación privada del capital (guiada, como es lógico, por fines de lucro, rentabilidad y crecientes tasas de beneficio, con riesgos en gran parte asumidos por el capital social), el Estado y el gasto público actúan en sectores que no generan ganancias ni, por tanto, acumulación, pero que son absolutamente necesarios (servicios, infraestructuras) para la cohesión del grupo social, y de ahí, entre otras cosas, la exigencia de una adecuada política fiscal.

En definitiva, el establecimiento de prioridades en la economía de un país (o de una unión de países), así como las concordes leyes de presupuestos, es algo que debe, pues, hacerse con criterios de racionalidad que no son sólo los de un reductivo análisis instrumental y los de las imposiciones del mercado, nacional y/o transnacional. El sector público y, dentro de él, el Estado -representante de intereses generales en los sistemas democráticos (otra cosa es que, pero dígame así, esto no se acepte)- debe, a mi juicio, cumplir por tanto esa triple imprescindible función: de producción (selectiva y cualitativa), de redistribución (proporcional y progresiva) y de regulación y organización (flexible y revisable) desde esa doble participación del grupo social que, téngase siempre en cuenta, es básica para la identificación de la democracia, del Estado de Derecho y, en consecuencia, para el Estado democrático de Derecho.

d) Las cosas se hacen, se han ido haciendo también mucho más complejas en

cuanto a los derechos fundamentales, a las exigencias éticas que en nuestros días, y en relación con la búsqueda de posibles alternativas políticas, deben encontrar reconocimiento legal y eficaz realización. Asumiendo, claro está, los derechos civiles y políticos (incorporados en el Estado liberal), así como los derechos socioeconómicos y culturales (objetivo prevalente, junto a aquellos, del Estado social), ahora son nuevos derechos -tercera generación- los que reclaman de un modo u otro su presencia: derechos de las minorías étnicas, derechos derivados de las diferencias sexuales, lingüísticas, de la marginación por diferentes causas, derechos de los inmigrantes, ancianos, niños, mujeres, derechos en relación con el medio ambiente, las generaciones futuras, la paz, el desarrollo económico de los pueblos, la demografía, las manipulaciones genéticas, las nuevas tecnologías, etc. en una lista todo menos que arbitraria, cerrada y exhaustiva.

¿En qué medida tales demandas, o algunas de ellas pues no son todas de idéntico alcance y significado, pueden ser asumidas por el Estado de Derecho de nuestro tiempo o del próximo futuro? Una vez más, el análisis concreto de la situación concreta, es decir el estudio serio de los problemas, y las decisiones democráticamente adoptadas podrán ponernos en vías para una correcta solución u orientación. No pocos autorizados juristas advierten en este sentido de la relación inversamente proporcional que pudiera darse entre extensión e intensidad a la hora de lograr hoy eficaz protección jurídica para unos u otros derechos fundamentales. Y tampoco están ausentes los avisos sobre condiciones objetivas (la escasez, por ejemplo) que impiden o dificultan sobremanera -con las inevitables consecuencias de frustración y deslegitimación- el completo reconocimiento de determinadas aspiraciones humanas o exigencias éticas como auténticos derechos subjetivos ejercitables con plenas garantías en el marco de un sistema jurídico avalado por la Constitución y los competentes tribunales de justicia, nacionales o internacionales. Todo ello es bien cierto, realista y razonable y habrá de ser tomado muy en consideración por los legisladores y por la propia sociedad si se quiere construir algo con responsabilidad. Pero el mundo no se acaba ni se cierra, tampoco el mundo jurídico, con los estrictos derechos subjetivos; las exigencias éticas asumidas en el ordenamiento pueden, por ejemplo, servir para orientar con fuerza, es decir con sólidas razones, la futura legislación que dará lugar, entonces sí, a nuevos estrictos derechos. Y mientras tanto pueden valer muy bien para interpretar de un modo u otro los actuales reconocidos derechos, o para orientar coherentemente unas u otras políticas sociales. Como se ve, todo menos que inútil tal presencia y su diferenciado reconocimiento en el ámbito jurídico-político.

Seguro, sin duda, que todas esas exigencias éticas u otras que podrían formularse (tampoco aquí puede cerrarse la historia), todas esas justas pretensiones y esperanzas humanas desgraciadamente no resultan hoy por hoy por completo susceptibles de su juridificación de manera plena y responsable como rigurosos derechos subjetivos en el marco actual del Estado de Derecho. Reconozcámoslo así, con sensatas dotes de realismo para las más complicadas y difíciles de ellas, a pesar de todas las buenas intenciones y voluntades que pudieran en su favor manifestarse.

Sin embargo, en modo alguno esas voluntades e intenciones, así como los valores y principios que las inspiran, carecen de sentido y trascendencia para la acción política y jurídica. En consecuencia, tales pretensiones y esperanzas no deben, por tanto, quedar fuera o al margen de los proyectos de futuro y de las transformaciones de todo tipo, desde económicas a culturales, que deben siempre impulsarse en el marco de una sociedad democrática para la necesaria construcción de un correlativo, aquí auspiciado, Estado democrático de Derecho. Y ello, no se olvide, porque la razón de ser del Estado de Derecho es ineludiblemente la protección y realización -abierta en el tiempo- de los derechos humanos.

BIBLIOGRAFÍA

Corcuera Atienza, J. / García Herrera, M. A. (ed.), **Derecho y economía en el Estado social**. Tecnos, Madrid, 1988.

Díaz, E., **Estado de Derecho y sociedad democrática**. Taurus, Madrid, 1998.

Luhmann, N., **Teoría política en el Estado de Bienestar**. Trad. cast. de F. Vallespín. Alianza, Madrid, 1993.

Peces-Barba, G. (ed.), **Curso de Derechos Fundamentales**. BOE/Universidad Carlos III de Madrid, 1995.

Pérez Luño, A. E., **Derechos humanos, Estado de Derecho y Constitución**. Tecnos, Madrid, 1984.

DERECHOS HUMANOS Y DEMOCRACIA

Pablo A. Bulcourf

*Profesor Investigador del Depto. de Ciencias Sociales
Universidad Nacional de Quilmes (Argentina)*

INTRODUCCIÓN

Hoy en día es común hablar de la democracia; tanto en los medios masivos de comunicación como en los discursos oficiales de los políticos, o en los estudios realizados por organismos internacionales, este vocablo aparece como una palabra mágica, cuyo contenido muchas veces se transforma en algo vacío.

No obstante, la aproximación al problema que realizaré no será sólo de tipo semántico, sino que pretendo estudiar la democracia como una construcción social, como una problemática multifacética producto de lo humano y productora, en algunos casos, de un tipo de sujeto político que la sustenta: el ciudadano.

La democracia ha sido estudiada muchas veces como una estricta cuestión de régimen político en su faceta electoral. Nuestra propuesta, si bien acepta esta condición como fundamental para la construcción de los procesos democráticos contemporáneos, intenta establecer, en una forma no sustantiva ni teleológica, las condiciones sociales que hacen propicias la ampliación de los horizontes de la democratización y la constitución de una ciudadanía plena y dinámica.

ASPECTOS TEÓRICOS SOBRE LA DEMOCRACIA

He tomado la concepción de *Teoría de la Democracia* en dos sentidos:

1) Por un lado hago referencia a un conjunto de postulados filosóficos sobre la *democracia*.

2) Y por otro al conjunto de proposiciones que conforman los cuerpos hipotéticos de los estudios empíricos sobre la *democracia* (Bulcourf, 1998).

A lo largo del desarrollo de la teoría socio-política en el siglo XX se ha constituido una marcada diferenciación entre los estudios sobre la democracia; estableciéndose una clara división entre teorías normativas o prescriptivas, y teorías empíricas o descriptivas (Sartori, 1990). La principal razón de esta bifurcación obedece a la adhesión de gran parte de la comunidad de politólogos a los cánones de la concepción neo-positivista de la ciencia prevaleciente en las décadas de los 50 y 60, especialmente en los EE.UU. Hoy en día, tras una revisión crítica de estos postulados, en parte realizada por muchos de sus partidarios a partir de mediados de los 70, es posible sostener la fuerte conexión entre los aspectos normativos y los empíricos, muchas veces mantenida sólo en forma implícita en las investigaciones.

Gran parte de las teorías empíricas clásicas han intentado estar desvinculadas de posiciones valorativas y construirse en base a la *realidad* sobre la que operan, sin posicionamientos previos a su *ingenuo* análisis. De esta forma se pretende ocultar la existencia de lo que Alvin Gouldner llamó *supuestos básicos subyacentes*, presentes también en la *Teoría de la democracia*. Esta concepción ligada a un inductivismo bastante primitivo pretende que la teoría sea construida pura y exclusivamente a partir de los *datos de la realidad*.

Tanto desde un plano crítico-reflexivo como desde la labor concreta de la investigación empírica es necesario elaborar marcos teóricos que nos permitan lograr lo que Sartori ha denominado una *fórmula* operativa, la cual trate de dar soluciones, por lo menos parciales, a la cuestión.

Por otro lado, toda teoría, lo haga manifiestamente o no, presenta tanto un plano ontológico como otro epistemológico-metodológico. El primero se remite a la naturaleza en sí del objeto a ser indagado, a su *status* como entidad, ya sea en un plano dado como *natural*, o como una *construcción de sentido*, en el caso de las ciencias histórico-sociales. Si realizamos un estudio histórico de la labor que han venido realizando los científicos sociales en este último siglo veremos la coexistencia de ambas direcciones y ciertas tendencias a corresponder una determinada concepción ontológica con ciertas posiciones epistemológicas. Así, por ejemplo, el conductismo ha privilegiado una visión neo-positivista y una estrategia de investigación de tipo cuantitativa y las teorías hermenéuticas han mantenido una posición relativista y subjetivista con una estrategia metodológica de tipo cualitativa.

Lo cierto es que en los últimos años, asistiendo a cierta sobre-crisis de las tradiciones teóricas prevalecientes en la ciencias sociales, ha aumentado el eclecticismo, permitiendo la conjunción de nuevas visiones, en las cuales se dan estrategias de análisis, combinadas muchas veces con resultados muy fructíferos. Por otro lado, la desaparición de estas barreras ha permitido un aumento de la autoreflexión por parte de los científicos sociales.

CONCEPCIONES SOBRE LA DEMOCRACIA

Anteriormente hemos hecho referencia, desde un punto de vista histórico, a que la problemática democrática guarda su origen en la cultura griega designando una forma de gobierno en la cual las decisiones políticas son tomadas por el pueblo. Etimológicamente *demokratia* proviene del griego *demos* (pueblo) y *kratia* (gobierno); unidos estos vocablos la democracia sería un *gobierno del pueblo*. Es necesario aclarar que en la concepción de pueblo griega sólo son considerados tales los ciudadanos: los hombres adultos libres, excluyéndose a las mujeres, los extranjeros y los esclavos. De esta forma la propia concepción de la naturaleza humana difería sustancialmente de la que podemos poseer a partir de la modernidad.

Por otro lado la vida política de los griegos, donde lo público y lo privado no representaban esferas diferenciadas, tenía como unidad política a la *polis*, la cual era una ciudad-estado de características territoriales, organizativas y demográficas muy diferentes al Estado-moderno. De esta forma la actividad política y sus decisiones se ejercían mediante una participación política directa. La *polis* era una comunidad autosuficiente y soberana, con una total igualdad política de los ciudadanos, lo que se manifestaba tanto en la *isonomía*, igualdad de los ciudadanos ante la ley, como en la *isegoría*, el derecho de participar y expresarse en la Asamblea. El *demos*, según Tucídides, es *autonomos* (se rige por sus propias leyes), es *autodiktos* (juridiccionalmente independiente) y es *autoteles* (se gobierna a sí mismo).

Durante el medioevo prevalece la visión teológico-religiosa, y centralmente una estructura política policéntrica basada en el sistema feu

burguesía como sector social dominante. Es Maquiavelo quien comienza a reflexionar la política de manera autónoma de otras esferas, centrandó su enfoque en: 1) El Estado moderno; 2) Las relaciones de poder y la condensación de éstas en torno a la lucha, conquista y mantenimiento del Estado; 3) Las capacidades de los actores políticos para adecuar sus recursos acordes a ciertas condiciones, otorgándole a la actividad política un carácter estratégico (aspecto estudiado bajo el concepto de *virtu*) y la introducción de la incertidumbre a las acciones humanas (*fortuna*).

Para Maquiavelo, los Estados modernos pueden ser de dos tipos: principados y repúblicas. De esta forma comienza a transmitirse una concepción de la organización en la cual la república es entendida como una forma de gobierno en la cual no hay una concentración de poder en una figura, sino que se encuentra disemina-

do en diversos grupos y representado en cuerpos colegiados (Bobbio, 1982). Esta tradición republicana entendida como equilibrio de poderes y organismos colegiados se transmitirá a la Inglaterra del siglo XVII y al siglo de las Luces, representada claramente con la Teoría de la División y Equilibrio de Poderes de Montesquieu, separando al mismo en las ramas ejecutiva, legislativa y judicial.

La contribución del iusnaturalismo, con la aportación de pensadores como Locke, Hobbes, Kant, Rousseau y otros, será fundamental para consagrar el concepto de sujeto político de la modernidad, y para trazar las barreras entre lo público y lo privado, asentando las bases teóricas de la sociedad capitalista. En términos generales podemos sostener que esta corriente de pensamiento aporta la visión de: 1) una concepción individualista del hombre, teniendo como principal atributo su razón, relacionándose entre ellos en gran medida por interés; 2) utilización, como recurso heurístico, de una situación ideal denominada *estado de naturaleza* para explicar las relaciones humanas fuera del encuadre constitutivo de la Sociedad; 3) ésta se produce mediante un acuerdo racional entre los individuos denominado *pacto, acuerdo o contrato*, dentro de los cuales se dan marcos normativos regulativos; 4) Las reglas que componen estos marcos regulativos comunes no pueden violar las características fundamentales de la naturaleza humana (Bulcourn, 1998). De esta forma comienza a construirse la visión moderna de los derechos individuales, los cuales ofrecen barreras tanto al Estado como a los otros individuos; entre estos derechos el derecho a la vida, la libertad de asociación, el derecho al ejercicio de la actividad profesional (principalmente al comercio) y el derecho a la propiedad privada serán los pilares ideológicos que sustentarán al liberalismo económico.

La tradición republicana se consagrará con la independencia de los EE.UU. dando paso a dos vertientes de la misma: el republicanismo conservador y el republicanismo democrático. Y es en la Inglaterra del siglo XIX en donde se produce una clara conjunción entre liberalismo, democracia y participación ciudadana mediante el recurso al sufragio para la elección de sus representantes. Con el utilitarismo de J. Bentham, J. Mill y posteriormente con J. S. Mill quedarán asentadas las bases de la democracia liberal moderna.

En el siglo XX el debate sobre la democracia tomará uno de sus ejes en el denominado elitismo democrático, circunscribiendo a la democracia al simple hecho electoral. El debate en torno a esta postura no sólo se llevará a cabo desde un ángulo filosófico, sino que será medular en las discusiones dentro de las investigaciones de la ciencia política, la cual comenzaba a fines del siglo XIX a afianzarse en las comunidades académicas, proceso que culminará definitivamente en los años 50.

Algunas de las principales teorías empíricas sólo se basan para demarcar la existencia de una *democracia* en algunos elementos procedimentales del proceso político, convirtiéndose en atributo necesario y suficiente para la *democracia*. Schumpeter sintetiza estos postulados de la siguiente manera: "la democracia es *aquel ordenamiento institucional para alcanzar decisiones en el cual los individuos adquieren poder de decisión merced a una lucha competitiva por el voto de la población*"

(Schumpeter, 1984). La posición de Schumpeter, teniendo de fondo una concepción elitista de la *democracia*, y económica en tanto iguala al proceso político con el *mercado*, intenta resumir sus características en un elemento, por cierto central, del régimen político: la forma de elección y sucesión de los ocupantes de los roles de poder (Pinto, 1995).

Con el proceso paulatino de universalización del sufragio, más allá de los retrocesos importantes en este siglo de la ola democratizadora, se han ido incorporando diferentes sectores sociales antes marginados a la vida política dentro de los cánones de la democracia liberal. La aparición de los partidos de masas y el accionar de los movimientos obreros han ido consagrando una serie de marcos jurídico-legales que han permitido una extensión de la ciudadanía política a otras esferas sociales que sirven de base y sustentan a la primera.

Como respuesta a la Gran Depresión de los años 30, y principalmente después de la Segunda Guerra Mundial, los Estados han desarrollado una serie de políticas públicas que tendieron a consagrar al denominado Estado del Bienestar acompañado por una serie de políticas económicas de corte keynesiano. Junto con una clara intervención en la relación capital-trabajo el Estado actuó como agente distribuidor de la renta secundaria, permitiendo una serie de beneficios sociales y culturales a un número cada vez mayor de personas, dándoles a estas medidas un status jurídico como un conjunto de derechos, denominados comúnmente *derechos sociales*.

Estos nuevos derechos colectivos sirvieron también como marco a un conjunto nuevo de prácticas políticas democráticas que permitieron formas de participación política más allá del momento meramente electoral. Muchos Estados incorporaron formas de participación política semi-directas como el plebiscito, el referéndum, la iniciativa popular, etc. De esta forma la conjunción de Estado del Bienestar con la democracia dio lugar a la denominada *democracia social*, la cual contempla tanto los aspectos electorales como institucionales junto a una serie de condicionantes sociales que permiten establecer las bases del ejercicio de una ciudadanía plena y una participación política más directa en la cosa pública.

Si bien en casi todos los países de Europa occidental y los EE.UU. predominó esta democracia social, en América latina la intervención estatal bajo la forma del Estado asistencialista osciló entre gobiernos nacional-populares y la supresión de éstos por parte de las dictaduras encaradas por los regímenes cívico-militares, haciendo éstos últimos de la violación sistemática sobre los derechos humanos una política de Estado.

A principios de la década de los 70 las políticas económicas de corte keynesiano comenzaron a perder efectividad para mantener el pleno empleo, que junto con la crisis del petróleo marcaron una creciente crisis fiscal. Esto dio lugar al desquebrajamiento del Estado del Bienestar y a un aumento significativo de las demandas sociales.

Por otro lado, el avance científico-tecnológico y la fuerte mercantilización de las relaciones sociales debilitaron las bases de la participación política tradicional.

En este contexto el trabajo asalariado moderno ha ido paulatinamente dejando de ser el eje estructurador de la vida social, debilitándose la fuerza de los sindicatos y los movimientos obreros. Bajo estas circunstancias muchos Estados tuvieron que implementar fuertes políticas de ajuste y establecer bases de una estructura salarial flexibilizada.

La democracia social se resquebrajó al desestructurarse uno de sus cimientos, el Estado del Bienestar, dando lugar a un cuestionamiento relevante de los derechos consagrados por el mismo. Por otro lado, los problemas del medio ambiente, el desarrollo sustentable, las nuevas tecnologías y la bioética han ampliado el horizonte de interrogantes a resolver por la democracia y la aparición de un conjunto nuevo de derechos que reclaman su articulación tanto jurídico-formal como real.

En el siguiente cuadro podemos observar resumidamente algunas de las características de las diferentes concepciones modernas de la democracia:

Tipo básico de democracia	Unidad política predominante	Procesos político-sociales	Tipo predominante de DD.HH.	Cosmovisión prevaleciente
Electoralista	Estado-nación	Existencia del libre mercado capitalista. Elecciones libres y periódicas.	Derechos de 1era. Generación (derechos civiles)	Liberalismo económico
Institucionalista	Estado-nación.	Existencia de diferentes instituciones sociales que regulan el poder político. División de poderes. Condiciones sociales que permiten igualdad y libertad en la esfera política. (indicadores de la poliarquía)	Derechos de la 2da. Generación (plenos derechos políticos)	Liberalismo político
Social	Estado nación. Vigencia del Estado benefactor	Condiciones socioeconómicas que permiten un desarrollo de la ciudadanía social (población con necesidades básicas satisfechas)	Derechos de la 3era. Generación (plenos derechos sociales)	Solidaridad social (Socialismo democrático. Regímenes nacional-populares. Democracia cristiana)
Post-social	Crisis del Estado-nación y del Estado Benefactor. Organizaciones supranacionales y bloques regionales	Crisis social, fragmentación y reestructuración Globalización Multiculturalismo y diferencias	Derechos de la 4ta. generación (multiculturalidad, medio ambiente, etc.)	Posmodernismo Universalismo democrático.

CONSIDERACIONES PARA UN ANÁLISIS AMPLIADO DE LOS PROCESOS DEMOCRÁTICOS

En términos generales, nuestra concepción *fuerte* de la democracia se inscribe en el siguiente programa:

1) La democracia posee como pilares los valores de la libertad y la igualdad. Un régimen democrático busca un diseño institucional que guarde la "*lógica de equivalencia*" entre libertad e igualdad. La libertad no se erige como un derecho abstracto, se estructura en base a las posibilidades reales para su ejercicio y en el conocimiento de las diferentes posibilidades de opción por parte de los ciudadanos. La igualdad presupone un "*piso societal*" de condiciones mínimas de subsistencia que permitan el despliegue de las potencialidades humanas. Este conjunto de necesidades básicas va variando de acuerdo al desarrollo material concreto por el que transita históricamente cada sociedad junto a determinadas pautas culturales.

2) En la democracia la sociedad política representa la estructuración de las aspiraciones de los ciudadanos y el reducto de la orientación de los objetivos de los actores políticos organizados.

3) La democracia, vista como un régimen político intraestatal, posee una esfera externa que la condiciona. Desde este ángulo es necesaria una democratización, si se quieren ampliar los procesos democráticos, de la *comunidad internacional*. La asimétrica distribución del poder a nivel internacional genera altos condicionamientos a la ampliación de la democratización hacia el interior de los Estados (Held, 1992).

4) Una condición de la existencia de un régimen democrático descansa en el principio moderno de la individualidad personal y en el respeto hacia los derechos que inviste la misma. Cuando hacemos referencia al individuo no queremos remitirnos solamente a éste en su faceta económica o desvincularlo de su situación histórica y posición social.

5) En las sociedades actuales la democracia no puede ser analizada desde el exterior de la "*organización social*". Esta presupone un grado de complejidad de los ámbitos e instituciones de la sociedad, los cuales son construidos por los *agentes* sociales mismos; de esta forma la "*riqueza*" de la sociedad civil es una garantía de la limitación del poder del Estado, dándose el principio de libertad negativa.

6) La condición de elecciones libres y periódicas presupone un ciudadano elector con capacidad de elegir y hacer representar sus intereses, sin por ello rechazar las decisiones de la mayoría. De esta forma los individuos se transforman en ciudadanos mediante la posesión de una "*conciencia nacional*"; este concepto puede ser entendido como la existencia de una *cultura política* centrada en los valores democráticos (*su contenido*), y una cierta homogeneización de éstos en la ciudadanía y la actitud activa de defenderlos en el caso de que el ejercicio de la democracia sea puesto en peligro (*fuerza de la cultura política*).

En la Modernidad, el fenómeno democrático se ubica a gran escala en refe-

rencia al Estado nacional. Es el proceso de creación de la "unidad política" moderna en donde se *condensan las relaciones de poder* tendientes a establecer metas comunes en una sociedad.

El factor estatal no debe ser estudiado como algo estático y desvinculado de lo social. En este sentido es necesario observar el proceso de construcción del Estado como un aspecto del proceso de construcción social.

La Modernidad presenta diferentes ámbitos institucionales en un continuo proceso de *radicalización* de sus postulados y *expansión* de sus características a todo el planeta:

1) El Capitalismo: entendiéndolo a éste como el proceso de acumulación del capital en el contexto de mercados competitivos de trabajo y productos, cuyo eje social se articula en base a una serie variada de conflictos entre grupos y clases sociales.

2) El industrialismo: consiste en el proceso de transformación constante de la naturaleza y desarrollo de un "entorno creado". Predominio de la máquina y la utilización de fuerzas inanimadas de energía. Se destacan la continua aplicación de los descubrimientos científicos en su faceta tecnológica, hasta el punto de hacer muy difícil la separación tradicional entre "ciencia plural" y "ciencia aplicada".

3) El poderío militar: sistemas de control de los medios de vigilancia en el contexto de la industrialización de la guerra. En este sentido el poder militar es visualizado como el aparato burocrático encargado de mantener la identidad territorial en la que se extiende la dimensión estatal.

4) Vigilancia: control de la información y supervisión social mediante mecanismos altamente sofisticados y alto grado de manipulación.

SUJETO POLÍTICO, CIUDADANÍA Y DERECHOS HUMANOS

En los últimos años ha habido una gran revalorización de los estudios sobre la acción social contextualizada, en el nivel general de la teoría social, y sobre la ciudadanía en el campo más específico de la teoría política tanto filosófica como empírica.

La democracia se sustenta en la persona humana como agente social constructor de su medio cultural y poseedor de los valores en los cuales se basan con fuerza los principios de sus instituciones políticas. De esta forma el sujeto político queda constituido como *ciudadano*, portando un doble sentido de esta ciudadanía: por un lado en los aspectos específicamente políticos, y por otro como parte de una sociedad civil, en la cual también se le reconocen sus derechos y su capacidad de manifestar su opinión y voluntad (Sain, 1998).

Históricamente la formalización en instituciones de la categoría de ciudadano conlleva al reconocimiento explícito de sus deberes y derechos, estatuidos, en la mayoría de los casos, mediante principios constitucionales. Los procesos de univer-

salización del sufragio y las elecciones libres y periódicas crean los ámbitos propicios para la expresión de la ciudadanía con su participación y toma de decisiones mediante las urnas.

El problema de la democracia no constituye solamente una cuestión académica y de conocimiento. También es un punto tanto de reflexión como de acción de quienes construyen sus vidas bajo el sentido de los valores que sustentan la libertad, la igualdad, la convivencia pacífica de las ideas, la capacidad de gobernarse colectivamente mediante las decisiones de las mayorías y el respeto de las minorías. La sociedad mundial debate el tipo y las posibilidades de la democracia, se cuestiona sobre quién es el portador de la ciudadanía, pero paradójicamente gran parte de la humanidad se encuentra en situaciones de extrema pobreza, sin ver posibilidades futuras de mejorar sus condiciones de vida. Nuestro desafío es seguir construyendo un mundo más democrático, más plural y diverso, pero también más justo.

BIBLIOGRAFÍA

Bobbio, N., **Democracia**. En: Bobbio, N. / Matteucci, N., **Diccionario de ciencia política**. Siglo XXI, México, 1982.

Bulcourf, P., **Democracia, democratización y procesos sociales**. Revista de Ciencias Sociales (Universidad de Quilmes), n° 7-8, 1998.

Dahl, R., **La democracia y sus críticos**. Paidós, Buenos Aires, 1991.

Held, D., **Modelos de democracia**. Alianza, Madrid, 1992.

Pinto, J. (ed.), **La democracia en el pensamiento contemporáneo**. Centro Editor de América Latina, Buenos Aires, 1994.

Sain, M. **Democracia y democratización. Actores, condiciones históricas y redefinición teórico-conceptual**. Cuadernos de Investigación (Universidad de Quilmes), n° 1, 1998.

Sartori, G., **Teoría de la democracia**. Alianza, Madrid, 1988.

Schumpeter, J., **Capitalismo, socialismo y democracia**. Folio, Barcelona, 1984.

DERECHOS HUMANOS Y DERECHOS SUBJETIVOS

Juan R. de Páramo Argüelles
Catedrático de Filosofía del Derecho
Universidad de Castilla-La Mancha

INTRODUCCIÓN

Es bien conocida la distinción entre el término "derecho" en sentido objetivo ("El Derecho español prohíbe el homicidio") y en sentido subjetivo ("Tengo derecho a reclamar el importe de la deuda"). El primer enunciado hace referencia a un conjunto de reglas o normas, mientras que el segundo se refiere a una facultad propia de ciertos sujetos.

Un derecho subjetivo es una pretensión o facultad atribuida a un sujeto o a una clase de sujetos frente a otro sujeto o clase de sujetos a quienes se les impone una prestación normativa correlativa. El contenido del derecho subjetivo sería el comportamiento que el titular del derecho puede exigir a otro sujeto. Esta exigencia es posible debido a la existencia de normas, las cuales pueden ser de distinto tipo y naturaleza. Incluso dentro del ámbito estrictamente jurídico puede haber derechos constitucionales -su fuente proviene directamente de la propia Constitución-, derechos legales y derechos contractuales: estos últimos provienen de los contratos o de actos semejantes de autonomía de la voluntad. Los derechos son, pues, pretensiones justificadas y relativas a normas o sistemas de normas.

El término *derecho* en sentido subjetivo juega un importante papel en los discursos normativos, especialmente en los morales y jurídicos. No existen razones convincentes para usar esta expresión de modo exclusivo en el ámbito del Derecho, aunque la teoría jurídica ha desarrollado ampliamente el contenido de este concepto. Los conceptos surgen de convenciones acerca de cómo clasificar los objetos de la realidad, convenciones que pueden variar y que están determinadas por necesidades humanas en el proceso de comunicación. La idea de que hay conceptos verdaderos y falsos presupone un esencialismo conceptual que ha sido la causa muchas

veces de notables confusiones. El uso amplio del concepto de *derecho* tiene las ventajas de no distorsionar expresiones y términos acreditados en el lenguaje moral y político. Para que tenga sentido hablar de *derechos* en el ámbito jurídico es necesario establecer las relaciones sistemáticas de esta expresión con otros componentes de los sistemas jurídicos, como, por ejemplo, sus reglas primarias y de adjudicación, así como con sus propios criterios de identificación de normas. El reconocimiento de los *derechos* exige un examen minucioso de un entramado complejo de relaciones normativas. ¿Qué razones hay para excluir el uso del concepto de *derecho* del discurso moral si se pueden establecer con cierta precisión sus relaciones sistemáticas con otros elementos de los sistemas normativos morales, como, por ejemplo, sus reglas y principios? Sólo si los derechos subjetivos se identificaran con *acciones procesales* la posición que se critica podría tener algún sentido, aunque no existen razones para tal identificación, sobre todo cuando ni siquiera los derechos subjetivos jurídicos son completamente reducidos a tales acciones. Una cosa es atribuir un derecho -para ello es suficiente la formulación de una norma- y otra cosa es disponer de los mecanismos adecuados para su protección. La garantía de un derecho no puede ser establecida por la misma norma que lo confiere. Hace falta otra norma que instituya mecanismos aptos para prevenir o remediar la transgresión de la primera norma. En los ordenamientos jurídicos modernos no todos los derechos están protegidos jurisdiccionalmente. La tutela jurisdiccional de los derechos presupone ciertos elementos que no siempre concurren. Existen derechos fundamentales cuyo contenido es una acción del Estado -los llamados derechos sociales- que están amparados en normas programáticas dirigidas al legislador con un contenido altamente indeterminado; de ellos no se pueden derivar obligaciones precisas por lo que respecta a los medios y tampoco están asegurados por garantías jurisdiccionales, aunque el tribunal constitucional puede anular las disposiciones que violen un derecho social. Mayores garantías existen en el caso de los derechos fundamentales cuyo contenido es una omisión o abstención del Estado, como sucede en el caso de los derechos de libertad.

Se ha dicho con frecuencia que los *derechos* morales, a diferencia de los jurídicos, carecen de un criterio preciso de identificación. En consecuencia, sería confuso usar el concepto de *derecho* moral para designar valoraciones ambiguas que no podemos identificar mediante un test de reconocimiento tan preciso como el jurídico. Creo que esta crítica no tiene en cuenta el reciente desarrollo analítico del concepto de *derecho* en sentido moral y es ciega frente a las críticas que se han dirigido contra la precisión y univocidad del lenguaje jurídico. El concepto de derecho en sentido jurídico es un concepto interpretativo, y no es ajeno al área de penumbra semántica que impide fijar con rigor a sus posibles titulares y a las circunstancias en que puede ser ejercido. Como Hart ha sostenido en alguna ocasión (1980), los derechos tienen un lugar firmemente establecido en los juicios morales ordinarios que los individuos privados hacen normalmente de sus conductas, y creo que éste podría ser un argumento de sentido común frente a los que estipulan una definición estricta de este concepto. En definitiva, si es posible conocer y describir los ordena-

mientos jurídico positivos, también será posible conocer y describir los distintos sistemas de moral positiva.

Los problemas que hacen referencia al concepto de *derecho* se sitúan tanto en un contexto de explicación como de justificación. No sólo las cuestiones analíticas tienen importancia -es decir, las cuestiones derivadas del análisis del concepto: su papel en el razonamiento práctico, su relación lógica con otros conceptos (deber, poder, sujeción, libertad, permiso...), su clasificación, etc.-; las cuestiones normativas -problemas que hacen referencia al fundamento de la posesión o rechazo de los *derechos* por individuos o grupos- influyen necesariamente en la delimitación del concepto. Si bien los problemas conceptuales se refieren a las condiciones de aplicabilidad del término *derecho*, las teorías normativas en las que se insertan los conceptos pueden también delimitar su ámbito de aplicación. El itinerario es de ajustes mutuos, un camino de ida y vuelta en equilibrio reflexivo. Pero no sólo la perspectiva normativa y analítica son importantes para el análisis de los derechos subjetivos, sino también el punto de vista empírico (Alexy, 1993). Los problemas relativos al seguimiento de los derechos subjetivos, la historia del concepto o la función social que desempeñan son importantes para la construcción de argumentos históricos y teleológicos. Ahora bien, si se parte sólo de enunciados empíricos, no es posible inferir nada con respecto al problema jurídico. Para ello es necesaria una referencia a enunciados normativos que posibilite tal inferencia.

La idea de los *derechos* en sentido subjetivo tiene gran importancia en la teoría moral y política. Una de las dificultades con la que se encuentra una teoría de los *derechos* ha consistido en el hecho de que la teoría del *derecho subjetivo* se ha formulado primordialmente en el ámbito jurídico de modo exclusivo, sin establecer explícitamente si la teoría jurídica puede servir de modelo para los *derechos no jurídicos* (Hart, 1973). Otras veces el análisis de los *derechos* de los sistemas jurídicos ha servido de modelo explicativo de los derechos en general, como por ejemplo lo han llevado a cabo Feinberg (1966) y Dworkin (1977). La cuestión sobre la unidad o pluralidad del concepto de *derecho* sigue abierta, siendo muy fructífero en este sentido el diálogo entre filósofos y juristas. Incluso, en algunas ocasiones se han tenido en cuenta ciertas distinciones jurídicas sobre diversos usos del concepto de *derecho* como base para la construcción de una teoría general de los derechos humanos relacionada con una concepción general de la moralidad (Waldrom, 1981).

La expresión *Derecho* no hace referencia directa y exclusiva a un sistema de normas - Derecho en sentido objetivo- sino a situaciones particulares en que se encuentra una persona o conjunto de personas en relación a un conjunto de normas determinado. Este tipo de situaciones particulares son de índole muy especial, y no siempre se resuelven verificando la aplicabilidad de una determinada norma que beneficia a su destinatario. Ihering pone el ejemplo de la protección aduanera: las leyes pueden introducir protecciones aduaneras que benefician a los fabricantes y a sus negocios, pero no por ello se puede decir sin más que les confieren derechos. La situación es de gran similitud con el derecho, pero lo que existe aquí es tan sólo una

especie de *efecto reflejo*. Precisamente, la cuestión de cuándo una norma jurídica confiere derechos subjetivos tiene importancia práctica, sobre todo desde el punto de vista procesal.

R. Alexy ha desarrollado una teoría de los derechos que por su importancia merece ser considerada de manera primordial (1993). Después de establecer una distinción entre el punto de vista normativo, empírico y analítico para estudiar los derechos, se centra en este último, subrayando la distinción entre norma y posición. Una norma es aquello que expresa un enunciado normativo (del tipo "a tiene frente al Estado el derecho a expresar libremente su opinión"): las normas pueden ser consideradas como cualificaciones de acciones o personas. La norma le sitúa a alguien en una posición determinada, y lo interesante respecto de los derechos es cuando esta posición no se reduce a ciertas propiedades sino a relaciones entre sujetos. Si se entiende a los derechos subjetivos como posiciones y relaciones jurídicas en este sentido, Alexy distingue entre (a) razones para los derechos subjetivos, (b) derechos subjetivos como posiciones y relaciones jurídicas y (c) la imposibilidad jurídica de los derechos subjetivos. Según Alexy, el hecho de no haber tenido en cuenta estas distinciones puede haber sido la causa de interminables polémicas acerca de la noción de derecho subjetivo.

Es Ihering quien formuló con precisión los términos de la polémica: "Dos son los elementos que constituyen el concepto del derecho, uno *substancial*, en el que reside el fin práctico del mismo, es decir, la utilidad, ventaja, ganancia, que ha de ser proporcionada por el derecho, y uno *formal* que se comporta con respecto a aquel fin meramente como medio, es decir, la *protección* del derecho, la *demanda*". Mientras que el propio Ihering se decantó por la teoría del *interés* ("los derechos son intereses jurídicamente protegidos"), las teorías de la *voluntad* encontraron en Windscheid su formulación clásica: el derecho subjetivo es "un poder de voluntad o una dominación de voluntad conferida por el orden jurídico". Como ha señalado Alexy, la discusión de estas teorías ha conducido a numerosas teorías intermedias, como por ejemplo la de Enneccerus / Nipperdey: "el derecho subjetivo es conceptualmente un poder jurídico que le es conferido al individuo por el orden jurídico; por su finalidad es un medio para la satisfacción de los intereses humanos", y la de G. Jellinek: "Por lo tanto, el derecho subjetivo es el poder de la voluntad humana dirigido a un bien o interés, reconocido y protegido por el orden jurídico". Según Jellinek, el error de las teorías anteriores ha consistido en su carácter parcial al destacar sólo uno de los dos elementos constitutivos de los derechos. Pero a Jellinek se le pueden imputar las deficiencias conjuntas de las dos teorías dominantes.

De modo que mientras Ihering centra su atención en el fin o interés que protege la norma que confiere un derecho, los defensores de la teoría de la voluntad sostienen que el elemento definidor de los derechos lo constituye el poder o facultad del titular del derecho sobre la posición que le es conferida por una norma y que se manifiesta en la autorización o permiso para exigir o demandar algo. Pero si atendemos a las distinciones de Alexy se puede observar cómo los enunciados sobre el

fin de los derechos son enunciados sobre razones para los derechos (1) y enunciados sobre la protección o la imposición de derechos (2) que no pueden identificarse, sin más, con enunciados sobre derechos en sentido estricto (3). Las relaciones entre estos enunciados es uno de los problemas centrales de la teoría de los derechos subjetivos. Mientras que entre (1) y (3) la relación es de fundamentación, la relación entre (2) y (3) es algo más compleja. La tesis según la cual sólo se puede hablar de un derecho subjetivo cuando existe una capacidad jurídica para su imposición es atrayente para quienes sostienen una concepción positivista del Derecho: "el derecho subjetivo en sentido específico es el poder jurídico para hacer valer el cumplimiento de un deber existente" (Kelsen, 1979, p. 269). Para esta definición basta con el concepto de *poder jurídico* (capacidad jurídica, competencia) conjuntamente con el concepto de *deber* a cuyo cumplimiento se refiere el poder jurídico para hacer superfluo el enunciado sobre derechos. Ya se verá más adelante que esta identificación entre los derechos y sus técnicas de protección ha sido un error muy frecuente en la doctrina jurídica, y que los enunciados sobre derechos no se pueden disolver en los distintos tipos de protección normativa que se dispensa a los derechos (Laporta, 1987, 1989).

No obstante, la disolución del concepto de *derecho subjetivo* en sentido estricto ha sido llevada a cabo por el realismo jurídico, especialmente por la escuela escandinava. Es A. Ross (1961) quien de modo directo analiza este concepto: el término *Tû-Tû* -título de su obra citada- simboliza en una tribu imaginaria la violación de un tabú, lo cual conlleva unas determinadas consecuencias, como el exorcismo de quien lo viola, pero es una expresión que no corresponde a la realidad; sólo se produce el hecho de la violación del tabú y sus consecuencias. De modo similar, el concepto *derecho subjetivo* simboliza una pretensión equivalente a la expresión *tû-tû* que tampoco corresponde a los hechos de la realidad. En las obligaciones que contraen las personas mediante un contrato se derivan ciertas consecuencias: el derecho subjetivo es un poder imaginario que tiene la función de reforzar la producción de esas consecuencias. No es más que una técnica o instrumento de representación de las directivas de conducta, que unifica y clarifica la correspondencia entre los supuestos de hecho y sus consecuencias jurídicas. Su uso evita desglosar y enumerar las facultades que tiene su titular.

BREVE REFERENCIA HISTÓRICA

La filosofía moral y jurídica siempre expresa algún punto de vista concreto sobre la sociedad. No obstante, cualquier concepción moral o jurídica concreta propone modelos racionales que tratan de analizar y fundamentar sus juicios y contenidos. Las filosofías morales y jurídicas son las articulaciones explícitas de la pretensión de racionalidad de las morales y concepciones jurídicas vigentes. Por ello es necesario, aunque sea brevemente, hacer algo de historia acerca del concepto de *derecho subjetivo*.

El sentido actual de este término no se concibe en la antigüedad. El *derecho subjetivo* implica la titularidad de poderes y facultades que a veces se manifiestan contra el Estado. La idea general de la subjetividad jurídica no está presente en la mentalidad jurídica de la antigüedad. Los sujetos se definen en función de su pertenencia a la colectividad, y sus situaciones jurídicas dependen de su incorporación a un determinado *status*. La idea de derecho (*ius*) no significa en Roma el poder del sujeto sobre las cosas y las personas, sino la situación jurídica o *status* atribuida a una persona en relación con otra o con una cosa, o los beneficios que recibe de la distribución de un bien.

En la Baja Edad Media se suscitó una curiosa controversia sobre la pobreza evangélica que puso de manifiesto algunos términos de la polémica, en cuya base existían los inicios de una profunda transformación social. Se discutía la compatibilidad de los votos de pobreza de la comunidad franciscana con la propiedad de bienes mundanos: los franciscanos tenían el uso de hecho de dichos bienes, cuya propiedad pertenecía a la Santa Sede. Pero una nueva constitución del papa Juan XXII va a poner en cuestión la licitud del uso de hecho de los bienes por la comunidad franciscana, argumentando que era imposible el uso sin propiedad de los bienes que se consumen. La intervención de G. de Occam introduce un nuevo punto de vista sobre la idea de derecho subjetivo: se abandona la concepción objetivista y externa del derecho como *id quod iustum est* y se sustituye por la acepción del derecho como poder del sujeto o *potestas*, estableciendo la distinción entre el poder para usar una cosa y el poder para reivindicarla como propia ante la jurisdicción; en este sentido, los franciscanos tienen el derecho de uso (*ius poli*) pero no el *ius fori*, ya que éste constituye el derecho de propiedad que es contrario a los votos de pobreza evangélica de los franciscanos. Para Occam el derecho subjetivo es un poder del sujeto y no un segmento del conjunto de derechos y cargas distribuidos por el poder. En sus palabras, "potestas humana principalis rem temporalem in iudicio vendicandi et omni modo, qui non est a iure naturali prohibitus, pertractandi". De modo que frente al racionalismo objetivista prevaleciente de Tomás de Aquino, la tendencia del nominalismo voluntarista promueve una subjetivación del concepto de derecho que anuncia el desarrollo posterior: el predominio del poder del sujeto sobre la norma externa vinculante.

La Escolástica española, heredera durante los siglos XVI y XVII de la teología y filosofía jurídica tomista, desarrolla dos grandes tendencias: la de la Orden de Santo Domingo, de la que formaban parte Francisco de Vitoria y Domingo de Soto, y la de la Orden de San Ignacio de Loyola, la Compañía de Jesús, a la que pertenecieron Francisco Suárez y Luis de Molina. La escolástica española asume la concepción subjetivista del derecho de Occam, y tanto Suárez (1971) como Molina y de Soto desarrollan de manera pormenorizada la concepción del derecho como poder o facultad, si bien haciéndola compatible con la prioridad del Derecho objetivo.

Durante los siglos XVII y XVIII se impone en Europa la concepción del iusnaturalismo racionalista, en oposición al iusnaturalismo teológico medieval, tendencia que logra formular de manera sistemática la concepción moderna del dere-

cho subjetivo que influirá tan poderosamente en la teoría de los derechos naturales y en la propia ciencia jurídica positivista del siglo XIX. La noción de contrato social es la herramienta conceptual que sirve para explicar y justificar la idea de los derechos naturales, y todos los autores que siguen este planteamiento, desde Hobbes a Kant, subrayan la primacía de los derechos subjetivos. El sentido de esta primacía dista de la concepción subjetiva de las libertades medievales: mientras que éstas últimas surgen del reconocimiento de situaciones concretas y particularizadas de poderes fácticos o de normas del 'buen derecho antiguo' a las que se da expresión jurídica solemne, los derechos subjetivos tienen su origen en un diseño apriorístico y racional para todos los súbditos. Los sujetos de las libertades son miembros de un grupo social concreto que media entre los súbditos y el poder central: se es titular de una libertad en calidad de noble, clérigo...o de natural de tal territorio, villa o ciudad. Los titulares de los derechos son los ciudadanos del Estado, sin que interfiere ningún poder intermedio. La historia política moderna es un proceso de apropiación de los cuerpos intermedios que interfieren las relaciones entre los individuos y el soberano. La doctrina del contrato social expresa de manera coherente el principio individualista de la filosofía política. La elaboración doctrinal del concepto de derecho subjetivo fue acompañada de su manifestación en los documentos jurídicos de las declaraciones de derechos y constituciones liberales. Su contenido fue modificado por la aportación del pensamiento socialista democrático, que sin negar la aportación valiosa del pensamiento liberal, puso de manifiesto sus limitaciones y alcance.

La revisión crítica vigente que desde perspectivas comunitaristas se somete al pensamiento liberal centra uno de sus objetivos en la idea de los derechos, especialmente en las doctrinas de los derechos humanos, entendidas como doctrinas individualistas o atomistas que surgen en el siglo XVII y XVIII caracterizadas por la defensa de unos criterios de justicia que establecen ciertos rasgos morales básicos de los individuos como superiores a cualquier exigencia social opuesta (Ruiz Miguel, 1992).

TEORÍA DEL DERECHO SUBJETIVO DE Kelsen

Kelsen construye su concepto de derecho subjetivo a partir de su modelo de Derecho objetivo, libre de elementos psicológicos, sociológicos y éticos. El derecho subjetivo es una noción que se deriva del concepto de *deber jurídico*, que deriva a su vez del concepto de *hecho ilícito* y éste del concepto de *sanción*, incluido en la propia definición de *norma jurídica*. Kelsen critica las teorías iusnaturalistas, la teoría de la voluntad y la del interés. Critica la teoría de la voluntad de Windscheid —esto es, el derecho subjetivo concebido como el poder o señorío de la voluntad conferido por el ordenamiento jurídico— al observar que en la mayoría de los casos se pueden tener derechos sin necesidad de querer e incluso desconociendo el objeto sobre el que recaen. Objetó la tesis de Ihering al sostener que no es posible identificar al derecho

subjetivo con un supuesto hecho psicológico, como sería el interés, ya que puede haber derechos subjetivos sin interés (propiedad sobre algo que me es indiferente) e intereses sin derecho. Para Kelsen, los enunciados que se refieren a derechos subjetivos son equivalentes a ciertos enunciados que versan sobre el derecho objetivo, ya que hablar en términos de derechos subjetivos no es más que describir la relación que tiene el ordenamiento jurídico con una persona determinada. Kelsen propone los siguientes usos del término en sentido jurídico:

(1) Derecho como equivalente a *no prohibido*, en el sentido de que no existe en el ordenamiento jurídico una norma que sancione la conducta de que se trate, ni tampoco una norma de competencia que autorice a prohibir la conducta en cuestión. El problema radica en si es posible deducir de la ausencia o invalidez de una norma que prohíbe cierta acción un derecho a ejecutarla. Porque Kelsen sostiene que toda acción tiene una solución normativa -ya sea permisiva o prohibitiva- en todo sistema jurídico positivo, ya que defiende el llamado *principio de clausura*, que establece que "todo lo que no está prohibido está permitido". Alchourrón y Bulygin (1974) han puesto de manifiesto los errores de la argumentación de Kelsen, ya que si se considera necesario el principio de clausura sólo puede ser interpretado como un enunciado analítico en el que la expresión "está permitido" es equivalente a "no prohibido", lo que hace que el enunciado sea tautológico y no sirva para llenar las lagunas normativas. Si el enunciado es contingente, - su verdad depende de que el legislador haya dictado de hecho una norma permisiva- entonces sí tiene relevancia y la expresión "tener un derecho" dependerá de la existencia de tal norma permisiva.

(2) Derecho como equivalente a *autorización*, en el sentido de que existen normas que permiten o autorizan las conductas de que se traten. Von Wright (1979) llama *permiso fuerte* al que depende de la existencia de una norma que autoriza cierto comportamiento, a diferencia del *permiso débil* que es equivalente a la simple ausencia de prohibición.

(3) Derecho como *correlativo* de una *obligación activa*, en el sentido de que tener un derecho tiene un significado equivalente al de otros enunciados que describen el deber jurídico de alguien. Para Kelsen alguien tiene un deber jurídico cuando hay una norma jurídica que dispone una sanción para la conducta opuesta; pero como a veces la conducta obligatoria tiene como destinatario a otra persona, la misma relación jurídica puede ser descrita subrayando la situación del beneficiario del deber jurídico: por eso se dice que los derechos subjetivos son simples *reflejos* de los deberes jurídicos.

(4) Derecho como *correlativo de obligaciones pasivas*, en el sentido de que es el reflejo de una obligación de no hacer. La importancia de este uso reside en que Kelsen lo menciona para hablar de la propiedad, uno de los derechos subjetivos más importantes del ámbito jurídico privado. Entre los derechos correlativos Kelsen distingue entre *relativos y absolutos*. Los primeros se correlacionan con el deber de una persona o de un conjunto de personas determinadas, mientras que los segundos son

reflejo de una obligación de todas las demás personas. En todo caso, los derechos establecen relaciones entre personas, y no entre personas y cosas. Kelsen critica fuertemente en este punto la clásica distinción que proviene de la dogmática jurídico-privada entre derechos personales y reales: el derecho de propiedad no establece ningún vínculo mágico entre un sujeto y una cosa, sino simplemente describe las obligaciones que todos tienen con respecto a su titular.

(5) Derecho como *acción procesal*, en el sentido de que tener un derecho, además de presuponer la existencia de una serie de obligaciones jurídicas, permite la posibilidad de recurrir a los órganos judiciales para exigir el cumplimiento de la obligación correlativa o para imponer la sanción prevista en el caso del incumplimiento de la obligación. Kelsen llama a este uso, sentido *técnico o estricto*, ya que no es reducible al concepto de deber jurídico como los anteriores. De modo que decir que alguien tiene un derecho en sentido *técnico* consiste en afirmar que su conducta es una de las condiciones que tiene una norma para que se aplique una sanción. Ahora bien, no todos los derechos subjetivos de un ordenamiento jurídico son reconducibles a este sentido.

(6) Derecho *político*, tanto en el sentido electoral como en el de las garantías constitucionales. El *derecho* en sentido político es análogo al derecho en sentido técnico o acción procesal, ya que su ejercicio implica poner en movimiento -cuando su titular se ve afectado- la maquinaria judicial para su protección. No obstante, los objetivos son distintos: en el caso del derecho político el propósito es obtener una sentencia que anule una norma que contradice otra de nivel superior, mientras que el derecho en sentido técnico tiene como finalidad obtener una sentencia que imponga una sanción a quien no cumplió con un deber jurídico.

LA TEORÍA DE HOHFELD

Kelsen podría situarse entre los partidarios de la teoría de la voluntad – aun teniendo en cuenta su crítica a Windscheid –, ya que parte del hecho de que la voluntad de los particulares es considerada por determinadas normas como condición de ciertos efectos jurídicos. En el ámbito anglosajón, la polémica se transforma de modo paralelo entre los partidarios de la teoría del *beneficiario* o del *interés* y los de la teoría de la *elección protegida*. Aunque, como se verá, la polémica se remonta a Bentham, la mayor parte de las modernas versiones sobre el concepto de *derecho* giran sobre el clásico modelo de clasificación establecido por Hohfeld, especialmente sobre la idea de los derechos como *pretensión* (“*claim*”), unida a la idea sobre la correlación entre deberes y obligaciones. Según Hohfeld el uso del término *derecho* se puede emplear en múltiples situaciones normativas, tanto jurídicas como morales. A la idea central de pretensión Hohfeld añade la de *privilegio*, *potestad* e *inmunitad*. El interés de su clasificación consiste en caracterizar a cada uno de estos conceptos por sus opuestos jurídicos -es decir, los conceptos que hacen referencia a la situación jurídica en que se encuentra una persona cuando no está en la situación

que el concepto en cuestión denota-, y por sus correlativos jurídicos -o sea, los conceptos que hacen referencia a la situación jurídica en que se encuentra aquella otra persona frente a quien tiene un derecho en los distintos sentidos expuestos-:

(1) *a* tiene una *pretensión* frente a *b* cuando *b* está en la situación correlativa de tener un *deber* frente a *a*. Cuando no se tiene esa pretensión la situación de *a* es de *no-derecho*.

(2) *a* tiene un *privilegio* frente a *b* cuando *b* está en la situación correlativa de *no-derecho* a cierta conducta. El opuesto a la situación de privilegio es la de *deber*.

(3) *a* tiene una *potestad jurídica* frente a *b* cuando puede modificar sus relaciones jurídicas. El sujeto *b* está en la situación correlativa de *sujeción* frente a *a*. El opuesto de la *potestad* es una situación de *incompetencia*.

(4) *a* tiene *inmunidad* frente a *b* cuando *b* está en la situación correlativa de *incompetencia* para alterar su status. A su vez, la inmunidad implica ausencia de *sujeción*, que es el concepto opuesto.

La idea general que Hohfeld subraya podría ser formulada del modo siguiente: decir que A tiene un derecho significa que B tiene una obligación activa o pasiva. Precisamente las teorías del interés sostienen que el elemento esencial para la existencia de un derecho es la protección o promoción -legal o moral- del interés de una persona contra otras o contra todo el mundo mediante la imposición de deberes, poderes o incompetencias con respecto a la parte favorecida. Si bien es cierto que en algunas ocasiones las obligaciones son tan generales que no pueden ser identificadas con facilidad, la idea principal consiste en decir que cualquier deber implica un derecho, es decir, que los derechos son deberes vistos desde otra perspectiva. La conexión lógica entre derechos y deberes ha sido formulada de muy distinta manera: algunas veces se ha hablado de que la existencia de uno de estos dos elementos es el fundamento de la existencia del otro (Austin, 1885; Kelsen, 1983), o se han definido uno en función del otro (Bentham, 1970; Dworkin, 1977), o se ha dicho que son las dos caras de una misma moneda (White, 1984). No obstante, a esta pretensión se han enfrentado diversas teorías y contraejemplos: se ha dicho que puede haber deberes sin derechos correlativos (Feinberg, 1980; Hart, 1973) o que la idea de los derechos implica un conjunto de problemas más complejo que la simple correlación con el concepto de deber, como hace Hart cuando critica las teorías sancionadoras y predictivas de la obligación jurídica (Hart, 1963). A pesar de este tipo de objeciones, la correlación conceptual entre derechos y deberes ha sido uno de los temas recurrentes de la teoría y filosofía jurídica (Lyons, 1970; Hierro, 1982; Stoljar, 1984).

¿En qué sentido puede afirmarse que los derechos derivan de normas, si las normas prescriben o exigen una determinada conducta? Benn y Peters (1963) sostienen que la respuesta puede encontrarse en la correlación de los derechos y deberes, ya que el derecho de A es el deber de B. Sin la posibilidad de un deber correlativo la atribución de un derecho a A no tendría sentido. Por su parte, Radin (1938) sostiene que es un error concebir a los derechos y deberes como dos cosas separadas aunque unidas una a la otra. El derecho de A y el deber de B no son ni siquiera

ra dos aspectos de la misma cosa: el deber de B es el derecho de A. Los dos términos son idénticos en aquello que buscan describir, con la forma activa y pasiva de indicar un acto. Brandt (1982) sostiene que las dos expresiones no significan lo mismo aunque existen dos hechos que inicialmente apoyan dicha correlación.

Los derechos implican deberes también en otro sentido. Si se afirma que el disfrute de los derechos está condicionado al cumplimiento de un deber nadie puede esperar que sus intereses puedan estar garantizados por el orden social, a menos que uno mismo reconozca y respete las correspondientes obligaciones hacia otros. En este caso la correlación entre derechos y deberes no es lógica sino moral. Los derechos y los deberes se atribuyen a las mismas personas y no son simplemente diferentes maneras de ver la misma relación normativa.

A. White, al igual que numerosos autores, ha criticado la tradicional tesis de la correlatividad entre derechos y deberes (White, 1984) remarcando la diferencia sobre todo en lo relativo al objeto de cada uno de ellos. White analiza qué significa que una persona tenga un derecho y al mismo tiempo un deber. Es posible que una persona que tenga el derecho a X tenga también el deber de X, como el derecho y el deber de denunciar un hecho delictivo. Pero el derecho a X no impone necesariamente a su titular un deber de X. Es una relación contingente, no necesaria. Existe otra posibilidad de relación: para Bentham, el hecho de que una persona tuviera el derecho de hacer X, implicaba que esa persona no tuviera el deber de no hacer X. Sin embargo, la ausencia del deber de no hacer X no es una condición suficiente del derecho de hacer X. Lo que tiene de cierto la tesis de la correlatividad es que la presencia de un deber de no hacer X implica la ausencia de un derecho de hacer X.

Ahora bien, defender la idea de que nuestros derechos dependen de nuestros deberes puede tener la consecuencia de la prioridad de los deberes sobre los derechos. Los deberes podrían tener no sólo prioridad lógica sino axiológica sobre los derechos. Laporta (1987) ha señalado este peligro, y sostiene que la idea que tenemos de los derechos es diferente. El lenguaje de los derechos suele llevar consigo la sugerencia de que el origen o fundamento de esas obligaciones que se hace gravitar en los demás es, precisamente, la previa existencia de mi derecho. Es decir, que los demás tienen algún deber u obligación con respecto a mí *porque* -en su doble sentido- yo tengo previamente un derecho.

El conjunto de teorías sobre el concepto de *derecho* se pueden agrupar hoy en dos grupos diferenciados, aunque las dos derivan de la idea general de la conexión correlativa *derecho/deber*: la teoría del *beneficiario* o del *interés* y la teoría de la *elección protegida*. Aunque estas dos teorías son dominantes en el área cultural anglosajona, la dogmática privatista continental ya había formulado en el siglo pasado dos teorías similares, como se ha visto, si bien con un sentido y alcance diferente. La teoría de la voluntad como explicación de la naturaleza de los derechos subjetivos venía a decir que tener derecho a X siempre implica una facultad de disponer, un poder o discreción del titular, aun cuando esta teoría, en el caso de los incapaces, tenía que recurrir a la noción de la representación. Para la teoría del interés, el titular de un

derecho siempre tiene un interés a proteger, que, normalmente, se traduce en la idea de beneficio - aun cuando éste fuera mediato o indirecto-. Claro está que no siempre es posible separar estos dos elementos -facultad discrecional y beneficio-, y en ocasiones se pueden ofrecer contraejemplos que ponen en tela de juicio la validez de ambas formulaciones: ¿donde está la discrecionalidad en el derecho a la educación?, ¿cómo explica la teoría del interés la enajenación o renuncia de los derechos? A pesar de estas críticas las dos teorías han puesto de manifiesto los dos elementos que siempre habrá que tener en cuenta cuando se habla de derechos: la discrecionalidad o poder del titular -que se puede manifestar bajo múltiples formas- y la idea de que existe cierto interés valioso en esa pretensión.

TEORÍA DEL INTERÉS O DEL BENEFICIARIO

La teoría del interés alemana o la teoría inglesa del beneficiario tienen la virtud de poner de manifiesto algo importante que tienden a olvidar las teorías de la voluntad: la dimensión de "bien", "satisfacción de interés" o "beneficio" para el titular que parece llevar consigo la noción de *derecho*. Ese "bien" no tiene por qué ser algo empíricamente constatable en todos los casos que se atribuyen derechos, ya que basta con que el sistema en cuestión considere que lo es aunque no lo experimente así el titular. Con la atribución de derechos los sistemas normativos atribuyen a ciertas situaciones o estados de cosas relativos a los individuos una especial consideración: los sistemas normativos buscan la satisfacción o la realización de algo en interés de la persona a la que se atribuyen (MacCormick, 1976).

La teoría del beneficiario de Bentham (1970) sostiene que tener un derecho es ser el beneficiario de la obligación de otro. Esta teoría ha sido fuertemente criticada, ya que el beneficiario de alguna conducta no tiene por qué coincidir con el titular del derecho que puede reclamarla. D. Lyons (1969) ha intentado reconstruir la teoría con su idea del beneficiario *cualeficado*. De acuerdo con Lyons, A es titular del derecho correlativo a la obligación de B si y sólo si se supone que se beneficiará por o del cumplimiento de la obligación de otro; sólo si es el directo y pretendido beneficiario de tal obligación. Esta teoría explica los derechos en términos de beneficios deseados: el beneficio resulta de un comportamiento hacia una persona. Los que "simplemente" se benefician del cumplimiento de la obligación de otro no son los titulares de los derechos. El esfuerzo de Lyons de unir derechos y obligaciones mediante el recurso del pretendido beneficio le lleva a aceptar que, en un acuerdo que involucra a una tercera parte, ésta puede adquirir derechos. Para criticar la teoría del beneficiario Hart propone el siguiente ejemplo (Hart, 1962): A le promete a B cuidar de su padre C durante la ausencia de B. Esto supone que, aunque B no es el supuesto directo beneficiario de la promesa de A, es el titular del derecho, y C, si bien es el directo beneficiado de la obligación de A, no tiene derecho a su cumplimiento. En opinión de Lyons el titular del derecho es B ya que una de las condiciones de una promesa válida y vinculante y, por tanto, una condición del derecho que

se deriva de la promesa, es que B desee realmente aquello que se le promete. Kearns sostiene (1975) que aunque se pruebe tal deseo no se sigue que el promitente busque algún beneficio para B, por lo que el argumento de Lyons carece de relevancia.

Haksar (1978) también ha criticado la idea de beneficio porque una persona puede tener un derecho sin desearlo. Si A se compromete a cuidar de la madre de B y éste le dice que no le importa que lo haga, A puede entender que B le está eximiendo del cumplimiento. Pero la razón final por la que no está obligado no será el hecho de que B no se beneficie de la obligación; por el contrario, saber que el cumplimiento de su obligación le resulta indiferente a B será relevante solamente si puede ser entendido como un acuerdo tácito mediante el cual se le exige de la obligación.

Raz (1984, 1988) sostiene que los derechos son el fundamento de los deberes, aunque no su correlato lógico. Para este autor, X tiene un derecho si un aspecto de su bienestar o interés es una razón suficiente para sostener que otra persona tiene un deber. Un individuo tiene capacidad para tener derechos si y solo si su bienestar es de fundamental valor o es una persona artificial (como por ejemplo, las corporaciones). Raz acepta que una explicación detallada de los derechos es en parte una explicación lingüística pero también depende parcialmente de argumentos políticos, legales y morales. El propósito de Raz consiste en ofrecer una noción central o núcleo común de todos los derechos que contribuya a explicar su papel en el razonamiento práctico. Para Raz los derechos son el fundamento de los deberes de otros, pero estos deberes pueden ser condicionales. Cuando la condición que activa el deber es la acción de alguna persona, y cuando el deber es la acción de alguna persona y está condicionado a tal acción porque es de interés del titular del derecho poder activar tal deber a su voluntad, entonces el derecho confiere un poder sobre la persona de cuyo comportamiento depende el deber. Raz también distingue entre derechos *núcleo* y derechos *derivados*; éstos son los que están fundamentados en otros. La relación entre los dos tipos es de justificación. La afirmación de que un derecho existe debe ser la conclusión de un razonamiento válido que implique la existencia de un derecho núcleo. Pero no todo derecho implicado de esta forma es un derecho derivado. Las premisas también deben dar una justificación para la existencia del derecho derivado. El derecho está basado en el interés que figura esencialmente en la justificación de la afirmación de que el derecho existe.

De acuerdo con la definición de Raz el discurso de los derechos indica una clase de fundamento para exigir una acción. Decir que una persona debe comportarse de cierta manera es afirmar una exigencia para la acción, pero sin indicar su fundamento. En cambio, afirmar que un individuo tiene un derecho es indicar un fundamento para requerir una acción: un aspecto del bienestar del individuo es un fundamento del deber de otra persona. De manera que el papel específico de los derechos en el razonamiento práctico es fundamentar deberes en los intereses de otras personas. Similar a la concepción de Raz es la de Hierro (1982), para quien tener un derecho es tener una necesidad sobre cuya satisfacción existen razones

suficientes para exigir en todo caso; consecuentemente tener un derecho es tener una necesidad que las normas del sistema jurídico exigen satisfacer en todo caso. Sobre esta premisa se distinguen varios tipos de derechos -discrecionales activos y no activos, obligatorios activos y no activos- cuyo elemento en común consiste en que alguien se encuentra obligado a hacer o no hacer algo en favor del titular del derecho. Esta clasificación no excluye tipos mixtos. Para Hierro los derechos implican siempre deberes correlativos; es decir, cuando no hay razones suficientes para imponer sobre nadie tales deberes, es que no hay razones suficientes para afirmar el derecho que con ellos se habría de satisfacer. Los derechos son, desde un punto de vista lógico y valorativo, anteriores a los deberes. Desde el punto de vista del razonamiento práctico esto significa que los derechos sirven como justificación de los deberes. Es más, nadie debería someterse a más deberes que los que exige la satisfacción de los derechos propios y ajenos (Mackie, 1984; Raz, 1984).

¿Pueden los grupos ser también titulares de derechos? Según Raz, los individuos no tienen derechos básicos a bienes colectivos, pues el deber del gobierno de alcanzar determinados bienes colectivos se fundamenta no sólo en un interés individual, sino en los intereses de todos los miembros de la comunidad. Generalmente los derechos colectivos son derechos a bienes colectivos. Además, son derechos de agentes colectivos. Estos derechos no son incompatibles con los derechos individuales, si bien pueden entrar en conflicto con ellos del mismo modo que las libertades políticas pueden colisionar con los derechos económicos y sociales. Por ejemplo, para MacDonald (1989) existen buenas razones para desear que en general los intereses de la comunidad sean protegidos por ésta y no a través del ejercicio individual del derecho de un miembro. Porque son los intereses de la comunidad los que están en juego, y no sólo el bienestar de un miembro determinado. El riesgo para los intereses de la comunidad aumenta si los miembros individuales ejercen los derechos por su propia iniciativa sin el acuerdo previo de la comunidad.

El problema radica en la aceptación o no de la titularidad colectiva. Hay autores que subrayan no el carácter colectivo de los bienes que protegen estos derechos sino la cuestión de quiénes son los titulares de tales derechos. Las consecuencias de considerar a entidades colectivas como titulares de los derechos por encima de los derechos individuales pueden ser negativas para el individualismo moral y han sido puestas de manifiesto por numerosos autores. La pertenencia a un grupo que es titular de ciertos derechos puede generar consecuencias perjudiciales para quienes no se integran; además, los individuos pueden ser considerados como medios para alcanzar fines colectivos, ya que es difícil hacer conciliar los derechos individuales y la utilidad social. También se ha dicho que los derechos colectivos son redundantes porque protegen únicamente los derechos individuales de sus miembros.

DERECHOS COMO PRETENSIÓN

Según Feinberg (1980) los derechos son pretensiones válidas *contra* alguien, pues implican el deber de otra persona de hacer o de abstenerse de actuar. Feinberg analiza los derechos como pretensiones válidas, aunque no es claro que utilice este término en el sentido de Hohfeld. Tener un derecho consiste en tener una pretensión *hacia* y *contra* alguien, reconocida jurídicamente por normas legales o, en el caso de los derechos morales, por los principios morales de una "conciencia ilustrada". Cuando existe un conjunto de razones basadas en reglas jurídicas o principios morales que justifiquen el que una persona sea capaz de tener o hacer X, entonces ese sujeto tiene una pretensión sin que esto implique tener un derecho. Para tener un derecho hace falta algo más. Feinberg distingue entre pretensiones *hacia* y pretensiones *contra* que corresponden a los diferentes aspectos de la validación de una pretensión completa. Una pretensión válida exige, pero no implica, una obligación sobre alguien para que actúe de tal manera que satisfaga al titular de la pretensión. Pero una pretensión válida *hacia* es sólo una parte de la justificación de una pretensión *contra*, ya que la última exige, por definición, que existan deberes asignables a individuos. Por consiguiente, la teoría de Feinberg exige dos elementos: una pretensión válida hacia algo y una pretensión válida contra alguien. Sin embargo, permite un sentido débil del término *derecho* que no implica deberes sobre otras personas porque la pretensión *hacia* no llega a ser practicable sobre una escala suficiente para generar una pretensión válida *contra*. La idea de que los derechos sean pretensiones válidas hace que los derechos morales y jurídicos se diferencien tan sólo por su fuente de producción. Mientras que los principios morales -razones últimas de justificación de las conductas- son los modos de producción de los derechos morales, las reglas y los principios jurídicos determinan la validez de los derechos jurídicos.

McCloskey ha defendido una versión particular de la idea del derecho como pretensión, diferenciando este concepto de la idea de *título*: los derechos son títulos (entitlements) para ciertas cosas; para hacer, tener o disfrutar de algo (1965, 1985). Su teoría subraya la idea de que las pretensiones derivan de los derechos, no los derechos de las pretensiones. El ejercicio de un derecho depende del *título* para llevarlo a cabo.

Los derechos como *pretensiones* pueden constituirse como el mejor punto de partida para el análisis conceptual de los derechos. Para los defensores de la teoría de la voluntad o elección -que se analizará a continuación- se subraya la importancia del papel que juega el titular del derecho en virtud del poder que tiene sobre el deber en cuestión. El control que un individuo X tiene sobre el deber de un individuo Y - desde exigirle una determinada conducta hasta liberarle de cualquier exigencia futura- hace que X sea el titular del derecho. Las razones por las que decimos que Y tiene un deber son las mismas por las que decimos que X puede renunciar a exigir la acción debida. No obstante, este esquema no sirve para explicar cómo fun-

cionan todos los derechos de los sistemas jurídicos, en los cuales podemos hablar sin ninguna dificultad de deberes de no actuar de cierta manera sin que exista una capacidad correlativa para liberar o renunciar a esa exigencia. El análisis alternativo de la teoría del interés consiste en decir que X tiene un derecho si Y tiene un deber de actuar activa o pasivamente de modo que su acción/omisión sea el interés de X. El interés del sujeto que se beneficia es el fundamento del deber correlativo, aunque aparte del titular del derecho puedan existir más sujetos beneficiados.

La primitiva teoría de Bentham sobre el beneficio o interés ha sido formulada de una manera más precisa por MacCormick (1976). En lugar de decir que X tiene un derecho siempre que se produzca un beneficio por la ejecución de un deber, o siempre que un deber esté impuesto a causa de su beneficio, se sugiere que X tiene un derecho -en el ámbito de un sistema moral o jurídico- siempre que la protección o incremento progresivo de algún interés de X se reconozca -por el sistema moral o jurídico- como una razón para imponer deberes y obligaciones sobre otros, sean o no impuestos de hecho. Tener un derecho significa tener una razón necesaria y suficiente para justificar la existencia de deberes, y esta razón se fundamenta en un aspecto de su bienestar o interés. El discurso de los derechos justifica la exigencia de acciones, la justificación de la existencia de deberes en interés de otros sujetos. Si bien los derechos justifican deberes, esto no quiere decir que todos los deberes deriven de derechos, sino que los derechos son prioritarios sobre algunos deberes y además tienen capacidad para generar nuevos deberes en razón del cambio de circunstancias.

Nino sostiene que en la caracterización de MacCormick el concepto de *derecho* deja de ser una noción puramente deóntica para constituirse, al menos parcialmente, en una noción valorativa: un elemento esencial de la caracterización es que el contenido del derecho sea un bien, algo valioso para la clase de los miembros a los que se adscribe el derecho. Asimismo sugiere que la idea de tratamiento no comprende la posibilidad de realizar acciones y se centra exclusivamente en el comportamiento de terceros. En su lugar propone expresiones más neutrales como "ventaja" o "satisfacción de interés". Con estas dos modificaciones Nino propone el siguiente concepto de *derecho*: "se adscribe a alguien el derecho moral de acceder a una situación S (que puede ser la posibilidad de realizar cierta acción o la de disponer de determinados recursos o la de verse librado de ciertas contingencias) cuando el individuo en cuestión pertenece a una clase C y se presupone que S implica normalmente para cada miembro de C un bien de tal importancia que debe facilitarse su acceso a S y es moralmente erróneo impedir tal acceso" (Nino, 1989, p. 39).

La posición de Laporta (1987) es similar a las anteriores de MacCormick y Nino. La noción de *derecho* implica la adscripción a todos y cada uno de los miembros individuales de una clase de una posición o situación considerada por el sistema normativo como un *bien*; tal estado de cosas constituye una razón fuerte para articular una protección normativa en su favor mediante la imposición de deberes y obligaciones o la atribución de poderes e inmunidades además de otras técnicas reclamatorias.

TEORÍAS DE LA VOLUNTAD

Los defensores de las teorías de la voluntad consideran que la característica unificadora de las normas que crean derechos consiste en que dichas normas protegen y respetan la voluntad de las personas por acción u omisión.

Hart (1962) sostiene que tener un derecho es tener una justificación moral para limitar la libertad de otro pues el titular del derecho puede determinar, mediante su elección, cómo debe comportarse otra persona. Hart critica la teoría del beneficiario haciendo especial hincapié en la correlación entre derechos y deberes. En su opinión ser el beneficiario de una obligación no es una condición necesaria para ser el titular de un derecho. Las más fuertes críticas a la teoría del beneficiario son aquéllas que, de un lado, acusan a esta teoría de redundante, ya que el concepto de derecho como correlativo de obligación se define sólo en términos del pretendido beneficiario de la obligación; y también presentan una explicación selectiva alternativa de las obligaciones. En opinión de Hart (1978) lo que distingue a las obligaciones civiles de las penales no es su contenido, sino la manera especial en que las normas civiles sitúan al individuo en relación con la ley. En lugar de las nociones utilitaristas de beneficio o presunto beneficio, es necesaria otra idea. Esta idea es la del exclusivo control otorgado por la ley sobre el deber de otra persona, de tal forma que en el área cubierta por ese deber el individuo es soberano. En cambio, una persona protegida solamente por la legislación penal no tiene poder para liberar a nadie de sus deberes.

Para criticar la identificación del beneficiario con el titular del derecho Hart se refiere a la situación moral que nace de una promesa, situación que ilustra con claridad que la noción de ser titular de un derecho y la de beneficiarse del cumplimiento de un deber no son idénticas. No obstante, Hart reconoce que la noción de elección individual no puede considerarse como una noción exhaustiva de *derecho* sino que es necesario recurrir a la idea de beneficio individual como complemento.

Haksar ha dirigido dos críticas principales a la teoría de Hart. Si el elemento esencial del derecho es la posibilidad de elección, no se explicarían los derechos obligatorios, como por ejemplo el derecho a la educación (1978). En este mismo sentido Stoljar (1984) ha sostenido que algunos derechos se consideran tan importantes que al exigir una protección rigurosa se excluye la posibilidad de renuncia a ellos. En relación a la segunda crítica, Haksar considera que de acuerdo con la teoría de la elección protegida no es posible que una misma obligación sea debida a diferentes personas, toda vez que en dicha teoría el titular del derecho posee una especie de soberanía sobre el deber correlativo, pues puede demandar su cumplimiento o extinguirlo. Haksar sugiere que si A o B tienen poderes de control sobre el deber de C, A puede exigir el cumplimiento del deber y entonces B no tendrá el poder de extinguirlo. Entiende que es un absurdo suponer que tanto A como B tienen un exclusivo poder de control sobre el mismo deber.

Respondiendo a una crítica de Hart que sostiene que no hay una teoría de

derechos que pueda dar una explicación satisfactoria de los derechos negativos y positivos, Haksar señala que su teoría sí es capaz de hacerlo. Si tengo derecho a la libertad de expresión puedo exigir que otros no me impidan ejercerlo, y si tratan de hacerlo puedo exigir que el Estado tome las acciones del caso para impedirles que interfieran con mi libertad. Del mismo modo, si tengo derecho a recibir alimentos puedo exigir tal prestación.

Kearns (1975) ha sostenido que no todas las obligaciones generan derechos y que el beneficiario real no es ni suficiente ni necesario para conferir derechos. Dicho beneficio tampoco es, como pensaba Bentham, el vínculo entre derechos y obligaciones. La propuesta de Kearns consiste en asociar los derechos y beneficios mediante un sistema normativo que produzca beneficios para sus miembros. La noción de beneficio no puede depender de la correlación entre derechos y obligaciones. El vínculo entre derechos que imponen obligaciones y los beneficios consiste sólo en que las obligaciones son elementos de un sistema normativo cuyas reglas se supone que son beneficiosas en su conjunto. Como no todas las obligaciones confieren derechos se sigue que el beneficio, real o presunto, no puede abarcar todo el análisis de los derechos. Si los derechos se restringen a los sistemas de normas, y éstas son empresas intencionadas y gobernadas por reglas dirigidas a ciertos fines, entonces hay razones para pensar que los derechos son esencialmente convencionales en el sentido de que no hay un vínculo natural entre los derechos que imponen obligaciones y sus fines asociados. Por el contrario, según Kearns los derechos son mejor entendidos en términos de reglas de segundo orden que identifican a aquellas personas que pueden hacer cumplir, alterar o extinguir la obligación de otro. La idea de Mill de que los derechos eran algo cuya posesión debía garantizar la sociedad puede señalar el camino del análisis de los derechos como algo distinto a la idea de beneficio. Hay un elemento que debe rescatarse: la defensa de los derechos. Kearns sugiere que los derechos están constituidos principalmente por la disponibilidad de mecanismos de refuerzo mediante el Derecho, la educación o la opinión -como sostenía Mill- o mediante normas de refuerzo de sistemas normativos no legales que incluyan reglas para alterar o eximir a otros de sus obligaciones. De esta forma alguien tiene un derecho si es el destinatario de una norma de segundo orden por la cual puede alterar o eximir a otro de su obligación, o en conexión con dicha obligación puede activar nuevas responsabilidades coactivas depositadas en otros.

Wellman desarrolla la idea de que los derechos son estructuras normativas complejas que incluyen varios de los elementos descritos por Hohfeld. La función de los derechos es la que los distingue de dicho grupo de elementos. Tal función consiste en brindar al titular libertad y control dentro de una esfera en la que sus decisiones o elecciones son respetadas. Sin embargo, si un derecho es un sistema de autonomía, sólo las personas que tienen capacidad para ejercerla podrán ser titulares de derechos, con lo que se excluye a los niños o incapaces mentales. Wellman opina que la función de los derechos es impedir y resolver conflictos, delimitando un área de elección dentro de la cual los deseos o pretensiones de una persona tendrán prioridad sobre los deseos o elecciones de otros. De modo que un derecho es

una esfera de decisión que es o debe ser respetada por los otros individuos y protegida por la sociedad. De la misma manera R.Dworkin (1989) también elabora un análisis de los derechos en virtud de los roles que juegan con respecto a otras consideraciones normativas. Los derechos son entendidos como triunfos sobre la justificación de decisiones políticas que establecen una meta para la comunidad considerada como un todo. El derecho a igual consideración y respeto es el derecho fundamental según Dworkin. Ahora bien, ni este derecho puede ser el único fundamento de todos los demás derechos, ni las metas colectivas tienen necesariamente que oponerse a ellos. Porque, precisamente, la efectiva realización de todos los derechos puede ser considerada como una meta colectiva.

La función que cumplen los derechos en el razonamiento práctico sólo tiene sentido dentro de estructuras normativas complejas. Una de las estructuras más características es el Derecho. El Derecho es un tipo peculiar de *sistema normativo institucional* -sistema de reglas identificado por reglas de reconocimiento y coercible por tribunales y operadores jurídicos-; los derechos legales son un tipo particular de los derechos institucionales: su existencia depende de grupos organizados de personas cuyos comportamientos tienen como marco de referencia conjuntos de reglas interrelacionados, reglas que confieren facultades y reglas que imponen deberes y obligaciones, pudiéndose dar el caso de tipos mixtos: este tipo de reglas determina las condiciones de existencia, las consecuencias jurídicas y el ámbito temporal de aplicación del conjunto de reglas de los sistemas jurídicos.

Sin embargo, al tomar como modelo al Derecho como ejemplo paradigmático de las reglas y acuerdos normativos, se corre el riesgo de no identificar como *derechos* a aquellos elementos del razonamiento práctico que no responden al modelo institucional (Raz, 1984 b). Por ello, en lugar de identificar a los derechos como puntos de referencia y resultados de la aplicación de determinadas reglas institucionales, se pueden identificar en razón de su función en el razonamiento práctico como razones últimas para la acción o la abstención. Tal sería en gran medida el sentido de los conceptos de Rawls, Dworkin o Nozick, quienes, aunque con diferente justificación y dentro del marco de teorías normativas diferentes, hablan de los derechos como algo que no está sujeto al regateo político ni al cálculo de intereses sociales (Rawls), o para quienes tomarse los derechos en serio supone preservarlos en todo caso frente a cualquier objetivo colectivo de la mayoría (Dworkin), o para quienes los derechos son restricciones laterales que se imponen en la persecución de objetivos colectivos y que no forman parte de esos objetivos (Nozick). La idea general consiste, pues, en reservar para el área y ámbito del ejercicio de los derechos un perímetro protector frente a las posibles violaciones basadas en otros intereses; es decir, los derechos vendrían a dibujar los límites de la deliberación práctica. Si la configuración de los derechos es negativa - y esta concepción característica del liberalismo conservador parece que exige un modelo conceptual más próximo a la teoría de la *elección* protegida -, los derechos tan sólo podrán ser violados por acción, ya que imponen deberes negativos, deberes de no actuar. Por el contrario, del modelo conceptual del *interés* o *beneficiario* podría desprenderse la idea de los derechos como

razones para exigir acciones positivas - aunque podría incluir también acciones negativas- y, por consiguiente, su violación podría venir dada por omisiones. En algunas ocasiones se ha insistido tanto en este punto, que se ha venido a decir que una defensa de los derechos como razones para exigir acciones positivas -y, por tanto, un abandono de las tesis conservadoras del Estado mínimo- exige una identificación conceptual entre acciones y omisiones (Nino, 1989).

Dworkin establece una distinción conceptual entre argumentos de *principio* y argumentos de *policy*. Mientras que los primeros se proponen establecer un derecho individual, los segundos se proponen un objetivo o meta colectiva. Dworkin define a los derechos políticos como finalidades políticas individualizadas, a diferencia de los objetivos políticos colectivos. Pero aparte de estas diferencias triviales, Dworkin establece una pormenorizada clasificación de los derechos en *absolutos y relativos, básicos o morales e institucionales, concretos y abstractos*, que le sirve de fundamento para mantener la idea de los derechos como triunfos políticos en manos de los individuos.

DERECHOS, VALORES Y DEBERES

Decir que alguien tiene un derecho sólo puede tener sentido dentro de un sistema normativo, si bien la idea de los derechos no es privativa de los sistemas jurídicos. Los enunciados que contienen el término *derecho* -y los enunciados deónticos similares- no describen simples hechos, sino que adscriben ciertas competencias y obligaciones derivadas de normas presupuestas. Si bien estas normas tienen una forma universal o general, las adscripciones de *derechos* se dirigen a individuos con expectativas de disfrutar algo valioso desde el punto de vista individual. Los *derechos* son, pues, razones morales para la acción que están por encima de objetivos políticos y sociales, son bienes o valores previos a las normas dictadas para protegerlos. El problema de la identificación de la especial fuerza normativa de los derechos se hace más agudo cuando existe conflicto entre los propios derechos. No hay que olvidar que algunos derechos suelen ser denominados *fundamentales* con el objeto de destacar su importancia decisiva. En el pensamiento jurídico moderno los derechos fundamentales son los que provienen de las normas "materialmente" fundamentales, las cuales, aunque no pertenecen a un documento constitucional son relativas a la materia constitucional. A esta categoría pertenecen las normas que confieren a los individuos derechos *contra* el Estado, los denominados *derechos públicos subjetivos*, los cuales tienen una mayor fuerza normativa que los simples derechos legales o contractuales.

El intento de construir y analizar un concepto de los *derechos* que sea ajeno a la teoría moral y política que desarrolla esas valoraciones prioritarias está condenada al fracaso. Al fin y al cabo, si la función que desempeña una teoría de la justicia consiste en justificar las instituciones y los acuerdos para la distribución de los beneficios y cargas dentro de un grupo social, los *derechos* entendidos como conceptos

normativos que dibujan los límites de la deliberación práctica, son, en definitiva, las condiciones y presupuestos de una teoría normativa de la justicia. (Rawls, 1971, 1980; Fernández, 1987; Peces Barba, 1984).

BIBLIOGRAFÍA

Alchourrón, C. / Bulygin, E. **Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales.** Astrea, Buenos Aires, 1974.

Alexy, R., **Teoría de los derechos fundamentales.** Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993.

Benn, S. I. / Peters, R. S., **Social Principles and the Democratic State.** Allen & Unwin, Londres, 1963.

Austin, J., **Lectures on Jurisprudence or the Philosophy of Positive Law.** Campbell, Londres, 1885.

Bentham, J., **Of Laws in General.** Ed. a cargo de H.L.A. Hart. Athlone, Londres, 1970.

Brandt, R., **Teoría ética.** Alianza, Madrid, 1982.

Dworkin, R., **Los derechos en serio.** Ariel, Barcelona, 1984.

Dworkin, R., **Rights as trumps.** En: Waldron, J. (ed.), **Theories of Rights.** OUP, Oxford, 1989.

Feinberg, J., **Rights, Justice and the Bonds of Liberty.** Princeton University Press, Princeton, 1980.

Haksar, V., **The Nature of Rights.** Archiv für Rechts-und Sozialphilosophie, n° 64, 1978.

Hart, H.L.A., **Derecho y Moral. Contribuciones a su análisis.** Depalma, Buenos Aires, 1962.

Hart, H.L.A., **El concepto de Derecho.** Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1963.

Hart, H.L.A., **Bentham on Legal Rights.** En: Hart, H.L.A., **Essays in Jurisprudence.** Clarendon Press, Oxford, 1973.

Hart, H.L.A., **Entre el principio de utilidad y los derechos humanos.** Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid, n° 58, 1980.

Hierro, L., **Derechos humanos o necesidades humanas.** Sistema, n° 46, 1982.

Kearns, Th., **Rights, Benefits and Normative System.** Archiv für Rechts-und Sozialphilosophie, n° 61, 1975.

Kelsen, H., **Teoría Pura del Derecho.** UNAM, México, 2ª ed., 1983.

Laporta, F. J., **Sobre el concepto de derechos humanos.** Doxa, n° 4, 1987.

Lyons, D., **Rights, Claims and Beneficiaries.** American Philosophical Quarterly, n° 6, 1969.

Lyons, D., **The Correlativity of Rights and Duties.** Nous, n° 4, 1970.

- MacClosey, H.J., **Rights**. *Philosophical Quarterly*, n° 15, 1965.
- MacCormick, N., **Children's Rights: A Test Case for Theories of Right**. *Archiv für Rechts-und Sozialphilosophie*, n° 62, 1976.
- MacCormick, N., **Rights in Legislation**. En: Hacker, P. / Raz, J. (eds.), **Law, Morality and Society**. Clarendon Press, Oxford, 1988.
- Mackie, J.L., **Can there be a right-based Moral theory?**. En: Waldron, J., **Theories of Rights**. OUP, Oxford, 1984.
- Nino, C.S., **Etica y derechos humanos**. Ariel, Barcelona, 1989.
- Páramo Argüelles, J. R. de, **El concepto de derecho: una introducción**. *Anuario de Derechos Humanos*, n° 4, 1986.
- Peces-Barba, G., **Derecho y derechos fundamentales**. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993.
- Radin, M., **A Restatement of Hohfeld**. *Harvard Law Review*, n° 51, 1938.
- Raz, J., **Legal Rights**. *Oxford Journal of Legal Studies*, n° 4, 1984a.
- Raz, J., **Hart on Moral Rights and Legal Duties**. *Oxford Journal of Legal Studies*, n° 4, 1984b.
- Raz, J., **Promises and obligations**. En: Hacker, P. / Raz, J. (eds.), **Law, Morality and Society**. Clarendon Press, Oxford, 1988a.
- Raz, J., **The Morality of Freedom**. Clarendon, Oxford, 1988b.
- Ross, A., **Tû-Tû**. Depalma, Buenos Aires, 1961.
- Rawls, J., **Teoría de la justicia**. Fondo de Cultura Económica, México, 1971.
- Ruiz Miguel, A., **Derechos humanos y comunitarismo. Aproximación a un debate**. *Doxa*, n° 12, 1992.
- Stoljar, S., **An Analysis of Rights**. MacMillan, Londres, 1984.
- Suárez, F., **De Legibus**. Ed. a cargo de L. Pereña . CSIC, Madrid, 1971.
- Wright, G. von, **Norma y Acción**. Tecnos, Madrid, 1970.
- White, A.R., **Rights**. Clarendon, Oxford, 1984.

LOS LÍMITES DE LOS DERECHOS HUMANOS

Rafael de Asís Roig
Catedrático de Filosofía del Derecho
Universidad de Jaén

El problema de los límites de los derechos suele plantearse exclusivamente en relación con su titularidad o su ejercicio. Sin embargo, como tendremos ocasión de ver, desde sus diferentes intentos de configuración conceptual, los derechos fundamentales aparecen con una serie de límites, pero además, existen otros límites que guardan relación con la propia proyección de los derechos o con la configuración jurídica que de éstos se haga. En este sentido, la voz "límites" deberá aludir a estas diferentes dimensiones.

LÍMITES DE LA APROXIMACIÓN A LOS DERECHOS

En este punto distinguiré entre límites en la aproximación fundamentadora y límites en la aproximación conceptual.

Ciertamente existen diversos criterios clasificatorios de las diferentes propuestas fundamentadoras de los derechos (Rodríguez Toubes, 1995), y en todo caso, conviene ser conscientes de que a partir de estas propuestas el catálogo de los derechos puede ser diferente, así como el alcance que se conceda a éstos dentro de un mismo catálogo. Así por ejemplo, si utilizamos la distinción entre fundamentaciones abstractas y fundamentaciones históricas (Prieto, 1990), veremos cómo normalmente las primeras tienden a limitar el catálogo de los derechos a los llamados individuales y políticos, mientras que las segundas incorporan además los derechos sociales. Si por el contrario utilizamos la distinción entre posiciones liberales y republicanas (Habermas, 1994), necesariamente no tenemos por qué establecer diferencias en el catálogo de los derechos, pero sí en su alcance. Así, para las primeras el significado de los derechos es previo y condiciona cualquier formulación jurídica, política y social, mientras que para las segundas en ocasiones ese significado depen-

de precisamente de la realización de un determinado tipo de discurso social, político y jurídico.

En lo que se refiere a los límites de la aproximación conceptual, surgen del análisis de los tres grandes modelos conceptuales de los derechos: iusnaturalista, positivista y dualista.

El primero de los planteamientos puede ser descrito (Nino, 1983) por la defensa de dos tesis: una ética y otra jurídica. Según la primera, existen principios morales y de justicia universalmente válidos y asequibles a la razón humana. La tesis jurídica supone afirmar que un sistema normativo o una norma no pueden ser calificados de "jurídicos" si contradicen aquellos principios morales o de justicia. Para este modelo de aproximación, los derechos se identificarían con los principios morales, por lo que la validez del Derecho se haría depender de su reconocimiento. Pero además los derechos existen independientemente de su reconocimiento por el Derecho positivo.

El positivismo se caracteriza (Bobbio, 1993) por mantener que sólo es Derecho el Derecho positivo. En este sentido, y en relación con los derechos, una aproximación positivista mantendría que para hablar de derechos fundamentales éstos tendrían que estar incorporados al Ordenamiento jurídico, y ésta sería la única exigencia. Así, en general, esta aproximación no se pronunciaría en el ámbito ético.

Pues bien, ambos planteamientos presentan problemas a la hora de abordar el estudio de los derechos. El iusnaturalismo, que en la historia de los derechos ha desempeñado un papel crucial, es irreal; no sirve para alcanzar un concepto integral de estas figuras (Peces-Barba y otros, 1995). Y lo mismo cabe decir del modelo positivista. La reducción del estudio de los derechos al plano exclusivamente jurídico presenta también problemas. Aunque desde el punto de vista jurídico es claro que difícilmente podrán negarse los postulados positivistas, conviene no separar de forma tajante Derecho y sociedad, pero sobre todo tener en cuenta también la justificación de los derechos.

Existe un tercer modelo de aproximación a los derechos mantenido por el dualismo, que supone una vía intermedia entre iusnaturalismo y positivismo. Para el dualismo, los derechos son instrumentos jurídicos que poseen un referente ético. Se trata de pretensiones morales justificadas que han sido incorporadas al Ordenamiento jurídico. Así, para el dualismo es imposible comprender los derechos sin hacer alusión a estas dos perspectivas.

La aproximación dualista no está exenta de problemas. Citaré dos de indudable importancia. El primero de ellos puede formularse con la pregunta: ¿Cuál es el plano que prima? Un defensor de la aproximación dualista mantendrá que no basta con la justificación ética sino que es necesaria la incorporación de la pretensión al Derecho. Al mismo tiempo señalará que no basta con la mera incorporación al Derecho, sino que es necesario que la pretensión posea una justificación ética. Esto significa que: a) sin justificación no hay derecho fundamental y, b) sin incorporación al Derecho no hay derecho fundamental. Así, por ejemplo, deberá afirmar que allí

donde el Derecho no reconoce derechos fundamentales los ciudadanos no los poseen, pero también que no es posible denominar como derecho fundamental a algo que, aun siendo reconocido como tal por un Ordenamiento jurídico, carezca de justificación moral.

El segundo problema del modelo dualista afecta a su virtualidad en el ámbito jurídico. En efecto, definir los derechos a través de dos perspectivas igualmente esenciales exige que exista coherencia entre ambas. Así, no cabe describir los derechos desde un planteamiento ético a través de una serie de valores y luego abandonarlos en el ámbito jurídico. Salvo, claro está, que los valores abandonados no sean propuestos como identificadores de los derechos fundamentales.

LÍMITES DE SU PROPIO CONCEPTO

El segundo tipo de límites hace referencia a la misma posibilidad de construir ética y jurídicamente los derechos fundamentales. En este sentido, pueden distinguirse unos límites formales y unos límites materiales.

Los límites formales hacen alusión a la necesidad de que toda pretensión con vocación de ser convertida en derecho fundamental debe ser susceptible de ser integrada en el Derecho, es decir, poder ser formulada y garantizada como derecho (perfecta o imperfectamente). En virtud de estos límites no cabría defender, por ejemplo, la existencia del derecho de resistencia (Peces-Barba y otros, 1995).

Los que denomino como límites materiales (Peces-Barba y otros, 1995) no hacen referencia a la eficacia del reconocimiento jurídico de los derechos, sino más bien a la posibilidad material de que a través de éste se satisfagan los bienes o necesidades que están detrás. El problema de la escasez sirve para caracterizar de forma general estos límites. Así, en virtud de los límites materiales no cabría defender la existencia de un derecho fundamental que no pudiese ser reconocido con eficacia a todos los ciudadanos por razón de la escasez.

Ahora bien, conviene detenerse, aunque sea brevemente, en este tipo de límites. En primer lugar, hay que aclarar que no son consecuencia de una nueva dimensión que trascienda la ética y la jurídica. Al contrario parece más bien que se trata de un criterio de indudable cariz ético, en el sentido de que no parece que debiera reconocerse como pretensión moral justificada algo que no fuese susceptible de generalización.

En segundo lugar, y esto es lo más importante, parece necesario determinar qué escasez es la que debe tomarse como referencia. En este sentido, el significado de la escasez como límite material de los derechos debe intentar ser completamente a-valorativo, es decir, ser expresión de la escasez natural. Así, por ejemplo, no podría ser considerado como derecho fundamental un supuesto derecho a que todos los individuos del mundo poseyeran en titularidad un cuadro auténtico de Goya. Es algo parecido, aunque no idéntico, a lo que ocurriría con un supuesto

derecho a no contraer nunca una enfermedad. Los límites materiales expresan así una limitación a determinadas demandas imposibles de satisfacer de forma generalizada debido a una escasez natural. Ahora bien, no cabe apelar a la escasez para hacer referencia a aquélla que se construye en virtud de una determinada opción valorativa o ideológica. Este sería el caso, por ejemplo, de negar que el derecho al trabajo sea considerado como fundamental debido a la escasez del trabajo. En este supuesto, se trata de una escasez que resulta, por ejemplo, de la mayor valoración de la libertad de empresa. Así, no estaríamos en este caso hablando de un límite material, sino en todo caso de un límite fruto de una jerarquización de los bienes en juego que normalmente aparece en lo que más adelante denominaremos como *plasmación jurídica*.

LÍMITES DE SU TITULARIDAD

Un tercer tipo de límites de los derechos se proyectan en su titularidad. Tradicionalmente los derechos fundamentales fueron presentados y configurados como universales. Sin embargo, esta característica ha desaparecido o, al menos, ha modificado su sentido.

Conviene señalar desde el principio que la ausencia o cambio de sentido de la universalidad no implica necesariamente la ausencia de justificación ética. La carencia de la nota de la universalidad no debe identificarse con la de la generalización. El problema, sin embargo, está presente en el examen de las razones de algunos de estos límites. Me referiré brevemente a cuatro.

El primero de ellos surge en el llamado proceso de especificación (Bobbio, 1991). Algunos derechos fundamentales afectan exclusivamente a ciertos colectivos (niños, mujeres, ancianos, minusválidos, etc...). La nota de la generalización permanece (pertenecen a todos los ancianos, todas las mujeres, etc...), y la especificación se relaciona con supuestas situaciones de desventaja respecto a determinados bienes que otros colectivos tienen satisfechos o protegidos a través de ciertos instrumentos.

El segundo de los límites se produce por la ocupación de determinados papeles jurídicos que implican la limitación en la titularidad de ciertos derechos. Es el caso, por ejemplo, de los jueces y la objeción de conciencia (De Asís, 1993), de los militares, etc... La generalización sigue estando presente y el problema de las razones de la limitación, que pueden ser ciertamente cuestionadas, disminuye con el carácter voluntario de la adopción de ese papel, salvo en el caso del cumplimiento del servicio militar.

El tercero de los límites se refiere a la distinción entre personas físicas y jurídicas. Aunque en principio no deben establecerse limitaciones entre ambos tipos de personas, existen algunos derechos que por razones obvias no pueden ser poseídos por las personas jurídicas (libertad personal, intimidad familiar, vida, integridad física, etc...). En este sentido, puede afirmarse que no hay distinción alguna en la

titularidad de los derechos en el caso de las personas jurídicas (más allá de los supuestos antes aludidos), sean éstas públicas o privadas, si bien en el caso de las primeras los derechos pueden no tener el mismo significado y alcance (esto es, puede ser más reducido).

El cuarto tipo de límites afecta a la distinción entre nacionales y extranjeros. Esta distinción no encuentra justificación alguna desde una teoría ética que se mueva en la idea de la generalización (De Lucas, 1992). No obstante, es evidente que la diferenciación se mantiene en el plano jurídico y que puede defenderse que la generalización se produce respecto a los nacionales. Ahora bien, coherentemente con esto habría que admitir que los derechos fundamentales no son derechos de las personas en general sino de los nacionales. La distinción entre nacional y extranjero debería aparecer siempre a la hora de caracterizar este tipo de instrumentos.

LÍMITES DE SU EJERCICIO

El problema de los límites del ejercicio de los derechos es ya un tema clásico. Aunque en un principio estos derechos fueron concebidos como absolutos, no parece que esta caracterización sirva en la actualidad; los derechos fundamentales son derechos limitados. Básicamente, estos límites están en el ejercicio de otro derecho o también en otros bienes constitucionales (Aguiar, 1993). Ciertamente surge en este punto el problema de si es posible o no llevar a cabo una estructuración jerárquica de los derechos que permita solucionar esta temática. El problema depende, claro está, de la perspectiva ideológica que se adopte en relación con los derechos, si bien es posible también afirmar que se trata de un problema a resolver en cada caso concreto.

Mención especial merecen en este punto dos límites al ejercicio de los derechos como son la prohibición de abuso de derecho y la exigencia de buena fe. El primero de ellos consiste en un uso excesivo del derecho que perjudica a terceros. Se trata en definitiva de un uso incorrecto del derecho y, por tanto, en una utilización de éste enfrentada al Ordenamiento jurídico o a su propio significado. Y lo mismo cabe decir en relación con la buena fe: la constatación de su ausencia invalida el ejercicio del derecho (Peces-Barba y otros, 1995).

LÍMITES DE SU PROYECCIÓN

A continuación me referiré, muy brevemente, a dos tipos de límites que se refieren a la proyección de los derechos y que hacen referencia a lo que podríamos denominar como proyección externa e interna de los derechos.

En relación con la proyección externa es posible aludir a un límite que se está convirtiendo ya en un clásico de los derechos y que se refiere al problema de su dimensión cultural. No cabe negar que los derechos fundamentales aparecen conectados a una determinada cultura y que es en ella donde cobran sentido. Así, en prin-

cipio puede parecer que los derechos fundamentales son sólo entendibles dentro de cierta cultura, si bien no hay que pasar por alto que se trata de una cultura que defiende la idea de tolerancia y pluralismo, por lo que, salvando una serie de contenidos irrenunciables, se abre a otras culturas.

Respecto a la proyección interna me referiré en primer lugar al valor de uno de los derechos fundamentales que puede servir como descriptor de su sentido. Se trata de la libertad ideológica y de conciencia (Prieto, 1990). A partir de ella se ha justificado, especialmente desde un punto de vista doctrinal, la posibilidad de desobedecer las normas jurídicas amparándose en motivos de conciencia. El problema de los límites incidiría precisamente en la fijación del alcance de esa desobediencia. Parece evidente que el Estado no va a permitir todo tipo de desobediencia. Existen una serie de obligaciones vinculadas a la supervivencia del Estado que difícilmente pueden ser integradas en esa perspectiva. Igualmente pueden proponerse la existencia de una serie de límites a esa desobediencia. Por ejemplo, en lo que atañe a su proyección en otros derechos fundamentales.

Pero también dentro de la proyección interna es importante aludir al problema de la determinación o indeterminación de los derechos (Habermas, 1998). En efecto, el reconocimiento de los derechos a través de normas jurídicas supone la necesidad de atribuir sentido a éstos. Los Ordenamientos jurídicos suelen atribuir esta tarea a diferentes órganos que son así los encargados de establecer el significado de los derechos en el Derecho. Pues bien, entran en juego aquí dos tipos de problemas estrechamente conectados y que repercuten en el alcance de los derechos. Por un lado surge el problema de la existencia o no de un núcleo de certeza que identifique el Derecho y que no pueda ser dejado a un lado por el intérprete (ya sea en una tarea normativa o aplicativa). Normalmente éste parece ser el significado que posee el llamado contenido esencial de los derechos, que ha sido considerado así como el límite de los límites (De Otto, 1988). No obstante, en relación con el contenido esencial puede seguir estando presente el problema sobre su determinación o indeterminación. En este punto, el alcance del derecho puede ser diferente según concibamos que, independientemente de la voluntad del órgano encargado de atribuir sentido al derecho, existe un significado de éste derivado ya sea de una determinada manera histórica de entenderlo o de cierta opción ideológica, o por el contrario se defiende que el derecho va a significar lo que estime dicho órgano sin límite alguno. Y en relación con ello, cobra sentido el segundo tipo de problemas que se refiere precisamente a quién debe ser el órgano encargado para decir la última palabra sobre el significado y alcance de los derechos. En este punto, las soluciones suelen ser de dos tipos. Por un lado, aquéllas que entienden que dicho órgano debe ser de tipo parlamentario, por otro aquéllas que entienden que debe ser un órgano judicial. Normalmente las primeras suelen manejar la existencia de contenidos indeterminados en los derechos y estiman que en esos casos el significado debe ser el que un órgano democrático estime como conveniente. Por el contrario, las segundas se mueven normalmente en el ámbito de la determinación de los derechos, asumiéndolos como contenidos oponibles frente a las decisiones democráticas.

LÍMITES DE SU PLASMACIÓN JURÍDICA

Es posible también referirse a una serie de límites que, aunque expresan ciertamente posicionamientos ideológicos sobre los derechos, pueden ser constatados mediante el examen del tratamiento jurídico de estas figuras. Me referiré así a tres límites que normalmente aparecen en la regulación jurídica de los derechos.

El primero de ellos tiene que ver con la primacía que suele darse a unos determinados derechos en detrimento de otros. En efecto, a pesar de que es común afirmar que los derechos son indivisibles y que es posible construir una visión integral de los mismos, los ordenamientos jurídicos suelen dar prioridad a los derechos individuales y civiles sobre los derechos económicos, sociales y culturales. Y ello es comprobable si se examinan los mecanismos de protección tanto directa como indirecta de los derechos.

El segundo de los límites tiene que ver también precisamente con esos mecanismos de protección de los derechos. Así, es una práctica común (no sin excepciones) en los ordenamientos jurídicos el diseñar estos mecanismos para resolver violaciones de los derechos llevadas a cabo por poderes públicos. En este sentido, los instrumentos de garantía de los derechos recogen una visión clásica, pero muy cuestionable de éstos, concibiéndolos exclusivamente como límites al poder público.

El tercer tipo de límites hace referencia a los que afectan a la proyección interna de los derechos y tiene que ver con la configuración de los derechos por parte de los órganos dotados de competencia para atribuirles significado y alcance en el Derecho. En efecto, como ya tuvimos ocasión de apuntar, uno de los rasgos característicos del funcionamiento de los derechos en el Derecho se traduce en la existencia en él de una serie de órganos que determinan su significado y alcance. Pues bien, qué duda cabe de que, en ocasiones, esa determinación puede ser controvertida. Un ejemplo de ello puede estar constituido por el derecho a la vida. En efecto, a la hora de plantearse el sentido de este derecho podremos hacerlo desde diferentes variantes. Así, por ejemplo, puede relacionarse con la idea de libertad negativa o puede concebirse como expresión de la libertad real o promocional. Desde el primer punto de vista, se trata de un derecho de disposición que exige la no intervención de ningún otro y por lo tanto conllevaría el derecho a disponer de la vida. Desde el segundo punto de vista, se trata de un derecho a exigir una determinada actuación de otros tendente a proteger un bien determinado, pero no de un derecho de disposición. Escoger una u otra opción por parte del intérprete del derecho puede llevar consigo, por tanto, la determinación de su extensión.

LÍMITES DE LOS SUJETOS OBLIGADOS

El último límite que vamos a mencionar aquí incide en una problemática similar a la tratada al final del punto anterior. En efecto, hablamos antes de la imposibilidad de acudir a los procedimientos específicos de protección de los derechos

cuando la presunta transgresión ha sido llevada a cabo por un particular. En este punto, la problemática gira en torno a la posibilidad o no de vincular la perspectiva obligacional de los derechos al ámbito privado (De Asís, 1992).

Cuando hablamos de perspectiva obligacional de los derechos podemos estar haciendo referencia a dos cosas. En primer lugar, a la situación jurídica correlativa que puede presentar todo derecho fundamental. En segundo lugar, a las obligaciones jurídicas que con carácter general exigen el respeto de los derechos fundamentales. El límite que estamos aquí tratando se refiere a este segundo punto.

La existencia de una obligación de respeto al ejercicio y disfrute de los derechos fundamentales cobra sentido con el simple reconocimiento jurídico de estas figuras. En virtud de éste existe la obligación de no transgredir los derechos fundamentales (obligación de no hacer). En este sentido, no parece haber limitación alguna en los sujetos obligados.

Ahora bien, cabe argumentar también en favor de la existencia de una obligación de favorecer el ejercicio y disfrute de los derechos (obligación de hacer). En relación con ella es donde puede aparecer la problemática de los límites, ya que normalmente, cuando se hace referencia a esta obligación, se está pensando exclusivamente en los poderes públicos y no en los ciudadanos.

Sin embargo, creo que estos límites son superables. Puede ocurrir, por ejemplo, que el ámbito en el que deban satisfacerse esos bienes y necesidades no esté en manos de los poderes públicos, por lo que sean los privados los que tengan que actuar en aras a su favorecimiento. Ciertamente el problema vuelve a presentarse como un asunto de elección entre valores o entre derechos. Pero puede argumentarse que si un determinado derecho necesita para su satisfacción de la actuación de los privados, las medidas para hacer esta efectiva estarían justificadas.

BIBLIOGRAFÍA

Aguiar de Luque, L., **Los límites de los derechos fundamentales**. Revista del Centro de Estudios Constitucionales, nº 15, 1993.

Asís Roig, R. de., **Las paradojas de los derechos fundamentales como límites al poder**. Debate, Madrid, 1992.

Asís Roig, R. de., **Juez y objeción de conciencia**. Sistema, nº 113, 1993.

Bobbio, N., **El tiempo de los derechos**. Trad. cast. de R. de Asís. Sistema, Madrid, 1991.

Bobbio, N., **El positivismo jurídico**. Trad. cast. de R. de Asís y A. Greppi. Debate, Madrid, 1993.

De Lucas, J., **Europa: ¿Convivir con la diferencia?: racismo, nacionalismo y derechos de las minorías**. Tecnos, Madrid, 1992.

De Otto, I., **La regulación del ejercicio de los derechos y libertades**. En: Martín-Retortillo, L. / De Otto, I., **Derechos fundamentales y Constitución**. Civitas, Madrid, 1988.

Habermas, J., **Derechos humanos y soberanía popular: las concepciones liberal y republicana**. Trad. cast. de J. González Amuchastegui. Derechos y Libertades, nº 3, 1994.

Habermas, J., **Facticidad y validez**. Trad. cast. de M. Jiménez Redondo. Trotta, Madrid, 1998.

Nino, C.S., **Introducción al análisis del Derecho**. Ariel, Barcelona, 1983.

Peces-Barba, G. y otros, **Curso de derechos fundamentales**. BOE/Universidad Carlos III, Madrid, 1995.

Prieto Sanchís, L., **Estudios sobre derechos fundamentales**. Debate, Madrid, 1990.

Rodríguez Toubes, J., **La razón de los derechos**. Tecnos, Madrid, 1995.

LA PROTECCIÓN ESTATAL DE LOS DERECHOS HUMANOS

Luis Prieto Sanchís
Catedrático de Filosofía del Derecho
Universidad de Castilla-La Mancha

Es una afirmación reiterada que un sistema de derechos fundamentales vale en la práctica lo que valen sus garantías, que la proclamación de las libertades en textos constitucionales o en documentos internacionales no pasa de ser una expresión de buenas intenciones, cuando no un ejercicio de la más vacía retórica, mientras no se acompaña de mecanismos de protección serios y rigurosos frente a todos y muy singularmente frente a los poderes públicos (Peces-Barba, 1973, p. 167; Pérez Luño, 1984, p. 65). Incluso cabe decir que, dado el papel central que desempeñan los derechos en la propia definición del Estado constitucional, el modelo de garantías no sólo determina la efectividad real de tales derechos, sino la existencia misma de la Constitución entendida como norma suprema que regula y limita el ejercicio del poder; y en este sentido sigue siendo acertada la afirmación del artículo 16 de la Declaración francesa de 1789: "Toda sociedad en la cual la garantía de los derechos no esté asegurada... no tiene Constitución". En suma, el carácter de la Constitución se perfila de forma decisiva en su catálogo de derechos y libertades y, a su vez, la virtualidad de éste se dirime básicamente en el capítulo de las garantías.

La Constitución española, al incorporar un amplísimo elenco de derechos y libertades encierra la cabal recuperación del primer constitucionalismo forjado a partir de la teoría de los derechos naturales y del contrato social; al menos en línea de principio y como se deduce de su art. 10.1, son las instituciones las que se ponen al servicio de los ciudadanos; es el poder quien recaba legitimidad de su respeto a los derechos, y no los derechos quienes se muestran fiduciarios del poder. Consecuentemente, el diseño de un riguroso sistema de garantías traduce la voluntad política de superar el modelo decimonónico de Constitución concebida como simple norma distribuidora de competencias u organizadora de los órganos estatales, para hacer de ella una norma material generadora de derechos y obligaciones inmediatamente exi-

gibles. De este modo, la Constitución española viene a sumarse sin reservas a lo que representa el rasgo definidor del constitucionalismo europeo de postguerra, que es el haber sabido combinar la capacidad normativa para imponerse sobre cualquier forma de ejercicio del poder con la asunción de un denso contenido sustantivo compuesto por valores, por principios de justicia y, sobre todo, por derechos fundamentales.

Aun cuando los modelos de protección pueden diferir en los distintos sistemas jurídicos, para que pueda hablarse de un auténtico régimen de derechos es preciso, al menos, que se brinde una garantía eficaz frente a cualesquiera actos del poder público, sean de naturaleza normativa o ejecutiva. En otras palabras, es en el modelo de protección donde se hace realidad o se desmiente en la práctica el pretendido carácter supremo e innegociable con que se postulan los derechos en la esfera de la filosofía política. En términos jurídico positivos, sólo cabe hablar de derechos fundamentales como derechos supremos cuando éstos aparecen garantizados frente a la discrecionalidad política o a las consideraciones de utilidad colectiva del legislador o del Gobierno.

En este sentido, no cabe duda que el rasgo más llamativo o singular de la concepción constitucional de los derechos reside en que su fuerza normativa pretende hacerse valer incluso frente a la mayoría democrática encarnada en el Parlamento. Seguramente con ello se expresa del modo más firme y consecuente la rehabilitación del principio de soberanía popular o, si se quiere, de la idea de poder constituyente y, por tanto, la afirmación de que el Estado, los concretos órganos estatales, encuentran una eficaz limitación externa en la Constitución y muy especialmente en los derechos individuales que la misma proclama. Sin embargo, la vinculación del legislador se desenvuelve a través de dos caminos diferentes, uno "positivo" que intenta preservar los derechos frente a su abstención o falta de diligencia a la hora de asegurar la efectividad de los mismos, y otro "negativo" que sanciona o depura sus eventuales extralimitaciones.

En efecto, una de las ideas que más obstinadamente han dificultado la eficacia de los derechos en la historia constitucional europea ha sido la relativa a su pretendida naturaleza programática o no plenamente normativa. Las solemnes declaraciones constitucionales - venía a sostenerse- tenían como único destinatario al legislador y no al ciudadano, de manera que, mientras aquél no efectuase el concreto desarrollo normativo de las libertades, éstas carecían de virtualidad práctica. Aun cuando con algunos titubeos iniciales, sin embargo muy pronto esta idea fue superada por la cultura constitucional española y desde los primeros años ochenta puede considerarse doctrina unánime que los derechos obtienen su eficacia desde y a partir de la Constitución, lo que significa, en pocas palabras, que pueden ser invocados por los ciudadanos y tutelados por los jueces sin necesidad de mediación legislativa, sin necesidad de que la ley diseñe un régimen jurídico detallado; como reconoció el Tribunal Constitucional, incluso la existencia de una remisión expresa al legislador "no tiene el significado de diferir la aplicación de los derechos fundamentales y libertades públicas hasta el momento en que se dicte una ley posterior, ya que en todo caso sus principios son de aplicación inmediata" (STC, 18/1981, de 8 de junio).

Pero la voluntad garantista frente al legislador se manifiesta ante todo en la llamada cláusula del "contenido esencial", que recoge el art. 53.1 de la Constitución siguiendo el precedente de la Ley Fundamental alemana: los derechos del Capítulo II -que son, en sustancia, los derechos civiles y políticos- pueden ser objeto de desarrollo y, por tanto, también de limitación legislativa siempre que no se lesione su "contenido esencial". Esta cautela constitucional, que ha dado lugar a numerosos debates doctrinales, representa sin duda un concepto jurídico indeterminado difícil de concretar en cada caso, pues a la postre es el Tribunal Constitucional quien determina con mejor o peor fortuna lo que de esencial tiene el contenido de cada derecho. Con todo, esta escurridiza noción ha dado pie al desarrollo de una interesantísima doctrina constitucional a propósito de las fuertes restricciones que pesan sobre el legislador cuando el objeto de su producción normativa son los derechos fundamentales o, como suele decirse, a propósito del "límite de los límites". Procurando simplificar: aunque la Constitución sólo exige expresamente que el Parlamento respete el contenido esencial, la práctica de estos veinte años añade una nueva condición, que apela directamente a una exigencia de argumentación racional, y que consiste en acreditar la razonabilidad o justificación de la medida limitadora del derecho, de manera que es el órgano jurisdiccional de control y no el legislador quien en esta materia tiene la última palabra a la hora de valorar en qué medida la interferencia normativa en el ámbito de las libertades es adecuada o proporcional o, por el contrario, constituye una extralimitación ilegítima. La idea, que se ha mostrado sumamente fecunda en la jurisprudencia relativa a la limitación de los derechos y a la frecuente colisión de los mismos con otros derechos o valores constitucionales, representa un baluarte formidable y aún no suficientemente explorado en orden a la plena judicialización del sistema de garantías de los derechos.

Porque, en efecto, si la Constitución incorporó de manera expresa la cláusula del contenido esencial, la práctica de estos años ha introducido una nueva exigencia que en cierto modo resulta parangonable a la técnica norteamericana de la *preferred position* de los derechos fundamentales. Desde la primera sentencia del Tribunal Constitucional en esta materia, se ha venido insistiendo como doctrina general en que la limitación de un derecho requiere dos condiciones: que en ningún caso -es decir, ni siquiera en el caso de que hubiera buenas razones o intereses colectivos- se puede lesionar el contenido esencial de un derecho; y que, además, la limitación ha de estar justificada en la preservación de algún bien o valor de importancia (Otto, 1988, pp. 95 ss.; Prieto, 1990, pp. 139 ss.), siendo el sacrificio del derecho una medida adecuada, proporcional y razonable a esa exigencia de preservación. Lo que, en definitiva, significa destruir o atenuar muy notablemente la presunción de legitimidad que con carácter general se reconoce a la ley, pues en materia de derechos fundamentales aquélla ha de estar en condiciones de acreditar o justificar su propia necesidad constitucional; algo que, por lo demás, tampoco puede hacerse mediante una sencilla operación subsuntiva, sino a través de un juicio de ponderación que corresponde efectuar al órgano jurisdiccional de control.

El riguroso modelo de garantías frente al legislador que venimos comentan-

do encuentra, no obstante, una excepción de cierta importancia. Me refiero al Capítulo III, rubricado "De los principios rectores de la política social y económica", donde se recogen una buena parte de los que se suelen denominar derechos económicos, sociales y culturales; según el art. 53.3, su respeto ha de informar la actuación de todos los poderes públicos, pero "sólo podrán ser alegados ante la Jurisdicción ordinaria de acuerdo con lo que dispongan las leyes que los desarrollen". No es ocasión de analizar las dificultades técnicas que presenta la garantía jurisdiccional de estos derechos, en su mayoría de naturaleza prestacional, ni las fórmulas ensayadas por el Tribunal Constitucional para articular algunas formas de protección. Baste decir que, en líneas generales, se trata de derechos (principios, si se prefiere) más de base legal que constitucional, esto es, dejados en muy buena medida a la disponibilidad legislativa. También aquí se muestra que el carácter de la Constitución está íntimamente unido a las garantías que brinda a los diferentes derechos (Prieto, 1998, pp. 69 ss.).

Como es lógico, las cautelas que pesan sobre el legislador se multiplican en relación con el Gobierno y, en general, con todas las Administraciones, que tradicionalmente han sido considerados como los poderes más amenazadores o menos proclives al ejercicio de las libertades. Tales cautelas se manifiestan, en primer lugar, mediante una consagración del principio de legalidad en materia de derechos que tal vez sea la más solemne y rotunda de las contenidas en la Constitución. A diferencia de otras expresiones habituales y menos vigorosas, como "la ley regulará..." o "...de acuerdo con la ley", el art. 53.1 garantiza que el ejercicio de los derechos y libertades del Capítulo II habrá de regularse "sólo por ley". De este modo, como es obvio, viene a impedirse que las decisiones primeras y fundamentales sobre el desarrollo de esos derechos corresponda a otro instrumento normativo que no sea la ley; y asimismo se impide la autodisposición sobre el rango, lo que significa que el Parlamento tampoco puede dictar una norma de deslegalización que atribuya al Gobierno la regulación de aspectos sustantivos en esta materia; y, desde esta perspectiva, la reserva de ley no representa únicamente un límite frente al poder ejecutivo, sino también una restricción al propio poder legislativo.

Pero la actividad más propia de la Administración no consiste en dictar normas generales o reglamentos, sino más bien en ejecutarlos. Aquí opera también el principio de legalidad, pero entendido ahora en sentido amplio o como principio de juridicidad (Otto, 1991, p. 157), esto es, como exigencia de actuación sometida al Derecho; algo que representa un elemento indispensable del Estado de Derecho y una defensa de la seguridad jurídica frente a la arbitrariedad. En este aspecto, la Constitución es bastante clara: la Administración actúa "con sometimiento pleno a la ley y al Derecho" (art. 103.1) y bajo el control de los Tribunales (art. 106.1). Sin embargo, también en este punto se han querido introducir especiales cautelas que pretenden separar o alejar el ejercicio de los derechos de las potestades administrativas y especialmente de su eventual discrecionalidad, confirmando a los jueces las competencias de control o fiscalización sobre la virtualidad jurídica de los derechos.

En efecto, el régimen de ejercicio de los derechos fundamentales admite básicamente dos modelos: el llamado preventivo, donde el poder y de modo habitual la Administración controla o vigila a priori el uso de la libertad, de manera que ésta queda "retenida" hasta que se concede el correspondiente permiso; y el denominado represivo, en el que los ciudadanos ejercen sin cortapisa sus derechos, pudiendo, eso sí, ser objeto de sanción -que en el Estado de Derecho sólo puede revestir la forma de sanción judicial o judicialmente revisable- cuando se hayan vulnerado otros derechos o valores constitucionales. No hace falta explicar que este segundo modelo es el característico de los sistemas más respetuosos con los derechos; y es también el que se deduce de la Constitución y de su normativa de desarrollo. A título de ejemplo: la detención gubernativa no puede prolongarse más allá de setentaydós horas, correspondiendo al juez a partir de ese momento la adopción de cualquier medida restrictiva de la libertad personal (art. 17); se excluye cualquier género de censura previa en materia de libertad de prensa o información, así como el secuestro administrativo de publicaciones (art. 20.2 y 5); las reuniones no requieren autorización previa y las que se celebren en lugares de tránsito público, así como las manifestaciones, tan sólo han de ser comunicadas a la Administración y, en la práctica, únicamente pueden ser prohibidas por resolución de la autoridad judicial (art. 21); el domicilio es inviolable y, salvo en caso de flagrante delito, la entrada o registro ha de contar con mandato judicial (art. 18.2); mandato judicial que es también indispensable para levantar el secreto de las comunicaciones (art. 18.3); y, en fin, la potestativa inscripción de cualquier género de asociación desempeña una función de mera publicidad y no de reconocimiento o concesión de licitud (art. 22.3).

Ciertamente, el modelo que acabamos de describir carecería de eficacia práctica si no se viese acompañado de fórmulas rigurosas de control jurisdiccional sobre cualquier clase de normas o actos lesivos para los derechos fundamentales. En este sentido, cabe decir que el derecho a obtener la tutela judicial de los derechos, que proclama el artículo 24 de la Constitución, representa el presupuesto de todo sistema de libertades. Es cierto que, dada la formulación constitucional de los derechos y, en general, de las normas sustantivas o materiales (valores, principios), que con frecuencia admiten una incuestionable discrecionalidad interpretativa, ello puede conducir a un cierto incremento del judicialismo en perjuicio de la tradicional autonomía política de los poderes ejecutivo y legislativo; y en estos últimos años no han faltado voces críticas en este sentido. Sin embargo, y aun cuando no procede detenerse en la polémica, no parece que el Estado de Derecho pueda arbitrar una fórmula de garantía más efectiva y vigorosa que la judicial. En otras palabras, la preservación de un modelo fuerte de derechos fundamentales y del propio régimen de supremacía constitucional no resulta compatible con la revitalización de la doctrina de los actos políticos o de cualquier otra inmunidad de poder frente al control jurisdiccional: el derecho a una tutela judicial efectiva se traduce, pues, en la articulación de vías procesales para combatir cualquier lesión de los mismos, aun cuando ello suponga la aplicación de normas sustantivas no siempre precisas y concluyentes al enjuiciamiento de actos o normas de los poderes públicos.

La plena judicialización del sistema de derechos culmina, como es lógico, en los mecanismos de garantía que el ordenamiento pone a disposición de sus titulares. En este sentido, y a diferencia de los demás derechos que sólo pueden hacerse valer a través del común derecho a la jurisdicción (art. 24), algunos derechos fundamentales -los que se juzgan más básicos o esenciales- gozan de particulares instrumentos que tratan de proporcionar una tutela más rápida y eficaz. De un lado, en efecto, el art. 53.2 establece un procedimiento preferente y sumario ante la jurisdicción ordinaria y al mismo tiempo un recurso de amparo constitucional en favor de los derechos reconocidos en la Sección 1ª del Capítulo II, así como de la igualdad del art. 14 y de la objeción de conciencia del art. 30. De otra parte, como veremos, algunos derechos disfrutaban de una protección singular y concreta.

El procedimiento preferente y sumario, a veces llamado amparo judicial, se considera paradójicamente desarrollado por una norma coetánea aunque ligeramente anterior a la Constitución, la Ley de Protección Jurisdiccional de los Derechos Fundamentales de 26 de diciembre de 1978, que establece reglas propias en los órdenes civil, penal y contencioso-administrativo. En síntesis, se trata de procesos especiales, urgentes y sumarios, en el sentido de que limitan su objeto a la comprobación de si se ha producido lesión de alguno de los derechos tutelados. A su vez, el recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional, pese a su nombre, no es propiamente un recurso sino un proceso diferenciado y distinto destinado exclusivamente a depurar la violación de derechos fundamentales producida por los poderes públicos; presenta, sin embargo, un marcado carácter subsidiario dado que, salvo el que pueda interponerse contra los actos de la Cortes Generales o Asambleas Legislativas de las Comunidades Autónomas, requiere el previo agotamiento de la vía judicial. En fin, el cuadro general de garantías jurisdiccionales se cierra con el posible recurso ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos cuando el derecho invocado sea alguno de los comprendidos en el Convenio de Roma.

Pero, junto a estas garantías que pudiéramos llamar generales, la Constitución y su normativa de desarrollo han arbitrado otros procedimientos destinados a la tutela particular de algunos derechos. Así sucede, por ejemplo, con la Ley Orgánica 6/1984, de protección de la libertad personal mediante el habeas corpus; con la Ley Orgánica 1/1982, de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen; con la Ley Orgánica 2/1984, reguladora del derecho de rectificación; con la Ley Orgánica 9/1983, a propósito de los derechos de reunión y manifestación, ya comentada.

La garantía judicial es, sin duda, la que permite definir en términos rigurosos el sistema de protección de los derechos fundamentales, pero no es la única. Una vez más recurriendo a la experiencia del Derecho comparado, el art. 54 estableció la figura del Defensor del Pueblo como alto comisionado de las Cortes Generales para la defensa de todos los derechos comprendidos en el Título I, esto es, también para los derechos sociales recogidos en el Capítulo III bajo la fórmula de "principios rectores". Y, consecuentemente, la propia Constitución le atribuye legitimación para interponer tanto el recurso de inconstitucionalidad como el de amparo (art. 162.1).

De acuerdo con la Ley Orgánica 3/1981, de 6 de abril, que vino a desarrollar la institución, el Defensor del Pueblo goza de plena autonomía y su función básica consiste en la supervisión de las Administraciones públicas, pudiendo recibir quejas de particulares sin restricción alguna: personas físicas y jurídicas, nacionales y extranjeras, menores, incapacitados, etc.; tales quejas dan lugar a todo un proceso de investigación en el curso del cual el Defensor dispone de amplias facultades para comprobar el funcionamiento del correspondiente organismo, pudiendo formular las advertencias y recomendaciones que estime oportunas, que deberán ser atendidas por la Administración.

Naturalmente, resulta imposible estudiar aquí con un mínimo detalle los distintos procedimientos de tutela. Tan sólo cabe subrayar que los jueces son, hoy como ayer, los guardianes naturales de las libertades que se presenten de verdad como constitucionales y que lo son, sobre todo, en el ejercicio ordinario de sus funciones. Al margen de las competencias que puedan atribuirse al Tribunal Constitucional, al margen de los saludables procedimientos especiales, como el "preferente y sumario" del art. 53.2, lo cierto es que la garantía de los derechos se ventila cotidianamente en todos los órdenes jurisdiccionales: cuando un juez de Instrucción practica las pruebas con observancia de las garantías procesales, cuando una Sala penal examina con la debida atención si se han respetado los derechos del imputado, cuando un magistrado de Trabajo fiscaliza la posible discriminación en un despido laboral, o cuando un Tribunal de lo contencioso-administrativo dictamina sobre un comportamiento arbitrario de los poderes públicos, están realmente actuando como jueces constitucionales de los derechos; es decir, están aplicando la Constitución como lo que es, una norma jurídica que reconoce derechos e impone obligaciones, la norma jurídica suprema más exactamente.

Esta configuración de la garantía judicial tiene consecuencias de primera magnitud y las críticas al excesivo judicialismo, que ya fueron mencionadas, cuando menos son una muestra palpable de lo que supone en nuestra tradición jurídica la decidida aplicación judicial de la Constitución. Y no se trata sólo de que la tutela jurisdiccional se extienda sin restricciones sobre la actuación de todos los poderes públicos, lo que ya de por sí sería importante cuando dicha tradición estaba acostumbrada a la inmunidad de ciertas parcelas de poder. Lo que ocurre es si cabe de mayor calado, y es que en la aplicación de las normas sustantivas de la Constitución y, sobre todo, de los derechos fundamentales, el juez raramente opera según el sencillo modelo subsuntivo, encajando el hecho en una sola norma, sino que, como ya se ha sugerido, viene llamado a ponderar valores en pugna, muchas veces vagos o imprecisos, que a priori ostentan una misma fuerza, pero que en el caso concreto alientan soluciones contradictorias ante las que el juez debe optar irremediablemente. Una opción que no es libre ni, mucho menos, arbitraria, pero donde el margen de lo discursivamente posible o de lo que suele llamarse discrecionalidad se incrementa de modo notable, y donde por eso mismo la mayor o menor plausibilidad o aceptación social del fallo depende en gran medida del propio razonamiento jurídico que lo sustente. Dicho de otro modo: la insuficiencia de la base argumenta-

tiva (enunciados constitucionales básicamente) ha de completarse con una adecuada argumentación (Alexy, 1978, pp. 272 ss.).

Quis custodiet custodes?, es la gran pregunta que cabe hacer una vez que el régimen constitucional ha depositado en los jueces toda la confianza y todas las facultades de control sobre los demás poderes. Una pregunta que obviamente no puede encontrar respuesta en la designación de un nuevo y distinto órgano de fiscalización, que por definición habría de ser de nuevo judicial; la realización del Estado de Derecho como Estado en el que todo poder queda sometido al Derecho mediante controles externos resulta siempre incompleto, y éste me parece un caso paradigmático (Ferrajoli, 1989, pp. 593 ss.). Pero ello no puede significar que la garantía judicial deba retroceder o abdicar de su función fiscalizadora, pues ése sería el peor camino, sino que constituye una llamada de atención para el refinamiento de su peculiar modo de operar, que es del que en último término recaba su legitimidad: son las llamadas virtudes formales y procedimentales (Cappelletti, 1984, pp. 63 ss.) como la independencia, la imparcialidad, la actuación tasada y a instancia de parte, la exigencia de contradicción y, sobre todo, la obligación de motivar o justificar las decisiones mediante un razonamiento que es sin duda jurídico, pero cuya aceptación requiere que lo sea también moral.

En resumen, la posición que ocupen los derechos fundamentales constituye un elemento clave, acaso el más esencial de todos, para la definición del sistema político en su conjunto; y es en el modelo de garantías de tales derechos donde se dirime no sólo la efectividad de los mismos, sino también el significado y verdadero alcance del Estado de Derecho. La tutela constitucional de los derechos y el establecimiento consiguiente de una garantía jurisdiccional firme y rigurosa, que no deje resquicios a ninguna esfera de inmunidad de poder, representa así la expresión normativa de una filosofía política que hace del carácter supremo de los derechos el fundamento de la legitimidad del poder y, por tanto, de su pretensión de obediencia. Este es, a mi juicio, el rasgo que mejor define al Estado de Derecho en su versión de Estado constitucional; una empresa de convivencia siempre incompleta y nunca totalmente satisfecha, pero cuya construcción comienza precisamente por el diseño de un marco jurídico en el que no quepa duda de que hay algunos derechos de las personas que valen más que cualesquiera intereses sociales, aunque éstos sean acordados por la mayoría parlamentaria o gubernamental.

BIBLIOGRAFÍA

Alexy, R. , **Teoría de la argumentación jurídica**. Trad. cast. de M. Atienza e I. Espejo. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1989.

Cappelletti, M., **Giudici legislatori?**. Giuffrè, Milano, 1984.

Ferrajoli, L., **Derecho y razón. Teoría del garantismo penal**. Trad. cast. de P. Andrés Ibáñez. Trotta, Madrid, 1995.

Otto, I. de, **La regulación del ejercicio de los derechos y libertades. La garantía de su contenido esencial en el art. 53.1 de la Constitución**. En: Martín-Retortillo, L. / de Otto, I., **Derechos fundamentales y Constitución**. Civitas, Madrid, 1988.

Otto, I. de, **Derecho Constitucional. Sistema de fuentes**. Ariel, Barcelona, 1991.

Peces-Barba, G., **Derechos fundamentales**. Universidad Complutense, Madrid, 1973.

Pérez-Luño, A.E., **Los derechos fundamentales**. Tecnos, Madrid, 6ª ed., 1995.

Prieto, L., **Estudios sobre derechos fundamentales**, Debate, Madrid, 1990.

Prieto, L., **Ley, principios, derechos**. Dykinson, Madrid, 1998.

LA PROTECCIÓN INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS

Ana Salado Osuna
Profesora de Derecho Internacional Público
Universidad de Sevilla

Por Sistema Internacional de Protección de los Derechos Humanos se entiende el conjunto normativo de Derecho Internacional integrado por normas convencionales (tratados internacionales), normas consuetudinarias y principios generales del Derecho Internacional, destinado a la *promoción* y a la *protección* de los derechos humanos.

EVOLUCIÓN HISTÓRICA

Este conjunto normativo tiene sus orígenes en 1945, con la internacionalización de los derechos humanos en la Carta de las Naciones Unidas (Preámbulo y artículos 1.3, 55.c, 56, 73 y 76). Los antecedentes próximos están en la influencia del constitucionalismo en el Orden Internacional y cristalizó ante la constatación de hechos que ocurrieron durante la Primera y, sobre todo, durante la Segunda Guerra Mundial, que pusieron en evidencia la insuficiencia de la protección nacional. De ahí que Naciones Unidas reaccionara enérgicamente contra la opresión del totalitarismo que había sido llevada hasta sus últimas consecuencias en la Segunda Guerra Mundial, pues en ella la humanidad se vio enfrentada a una guerra, casi total, en la que la negación de los derechos humanos fundamentales fue una política oficial. La internacionalización de los derechos humanos ha tenido importantes consecuencias jurídicas: en primer lugar, el trato que un Estado dé a las personas bajo su jurisdicción, incluido sus nacionales, puede ser regulado (y en la práctica es regulado) por el Derecho Internacional, por lo que esta materia ha dejado de ser de la competencia nacional exclusiva; en segundo lugar, el ser humano, en sí mismo considerado, es titular de derechos subjetivos en Derecho Internacional.

En Derecho Internacional tradicional (anterior a la Carta de las Naciones Unidas), el ser humano no era titular de derechos subjetivos, aunque algunos de sus derechos y obligaciones podían ser determinados por el Derecho Internacional, pues, como sostuvo la Corte Permanente de Justicia Internacional, los Estados podían adoptar normas internacionales que crearan derechos y obligaciones para los individuos (Opinión Consultiva de 1928, *Compétence des tribunaux de Dantzing*, Serie B, Núm. 15, pp. 17-18). De hecho, con anterioridad a la Carta existieron normas internacionales destinadas a proteger a determinados grupos de personas (esclavos, trabajadores, minorías, refugiados, combatientes...) y un importante paso en este sentido fue dado en época de la Sociedad de Naciones. Además, el Derecho Internacional clásico exigía que fuese respetado un estándar mínimo de justicia y civilización a los extranjeros: si los derechos de un extranjero eran lesionados, el Estado de su nacionalidad podía (y puede en la actualidad) exigir responsabilidad internacional al Estado autor del hecho internacionalmente ilícito.

La internacionalización de los derechos humanos ha tenido una tercera consecuencia jurídica: la emergencia de un nuevo sector del ordenamiento jurídico internacional, el *Derecho Internacional de los Derechos Humanos*. En su nacimiento ejerció influencia decisiva Naciones Unidas (Organización Universal), en su proceso de gestación y consolidación han influido, además de Naciones Unidas, la Organización de los Estados Americanos, creada en 1948, y el Consejo de Europa, creado en 1949 (Organizaciones Internacionales regionales). Con posterioridad también ha ejercido influencia la Organización para la Unidad Africana, creada en 1963, y en los últimos años se han sumado el Consejo de la Liga de Estados Árabes, creado en 1945, y la Comunidad de Estados Independientes, creada en 1993. Si las disposiciones de la Carta de las Naciones Unidas relativas a derechos humanos fueron el punto de partida para que emergiera un nuevo sector del ordenamiento jurídico internacional, los primeros pasos del proceso hay que situarlos: en *Naciones Unidas*, con la adopción de la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio, de 9 de diciembre de 1948, y la Declaración Universal de Derechos Humanos, de 10 de diciembre de 1948; en la *Organización de Estados Americanos*, con la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre, de 2 de mayo de 1948; y en el *Consejo de Europa*, con la adopción del Convenio Europeo de Derechos Humanos, de 4 de noviembre de 1950.

Pero el sufrimiento de las víctimas de la Segunda Guerra Mundial fue así mismo decisivo para el desarrollo progresivo de otro sector del ordenamiento jurídico internacional que tiene sus orígenes en el siglo XIX: el *Derecho Internacional Humanitario*. El desarrollo progresivo se produce con la adopción de los cuatro Convenios de Ginebra de 1949 destinados a proteger a las víctimas de los conflictos armados (combatientes puestos fuera de combate por herida, enfermedad, naufragio o por haber caído en poder del enemigo, así como personas civiles).

Dos sectores del ordenamiento jurídico internacional (Derecho Internacional Humanitario y Derecho Internacional de los Derechos Humanos) que durante años tuvieron un desarrollo separado se interrelacionan entre sí. Exponentes de la

interacción son: a) el artículo 3 común de los Convenios de Ginebra de 1949, que contiene un núcleo de derechos humanos fundamentales que tiene que ser respetado en toda circunstancia, como sostuvo la Corte Internacional de Justicia (Sentencia de 27 de junio de 1986, asunto sobre las *Actividades Militares y Paramilitares en y contra Nicaragua (Nicaragua contra Estados Unidos)*, *Recueil 1986*, pág. 220); b) las disposiciones de los tratados de derechos humanos de carácter general que prohíben que puedan ser suspendidos en ninguna circunstancia determinados derechos que reconocen, quedando prohibida la suspensión incluso en caso de guerra (artículo 4.2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, artículo 15.2 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, y artículo 27.2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos); c) el Primer Protocolo Adicional de 1977 a los Convenios de Ginebra de 1949, pues algunos de los derechos que reconoce tienen su fuente de inspiración en los tratados de derechos humanos y, en particular, en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; y d) el Estatuto de la Corte Penal Internacional, de 18 de julio de 1998, pues la nueva Corte Penal Internacional (cuando el tratado que la instituye entre en vigor) será competente para juzgar a los responsables de *crímenes de guerra* (violaciones de derechos humanos fundamentales cometidas en tiempo de conflicto armado), *crimen de genocidio* y *crímenes contra la humanidad*, con independencia de que estos últimos hayan sido cometidos en tiempo de paz o en tiempo de guerra.

DESARROLLO NORMATIVO

- *Plano Universal*. Las Naciones Unidas nacieron con el objeto de *facilitar la cooperación de las relaciones pacíficas y amistosas entre los pueblos*, a fin de lograr la consecución de unos Propósitos comunes, entre ellos "el desarrollo y estímulo del respeto a los derechos humanos y a las libertades fundamentales de todos, sin hacer distinción por motivos de raza, sexo, idioma o religión" (artículo 1.3). No obstante, la cuestión relativa a los derechos humanos, además de constituir un propósito de las Naciones Unidas, constituye a su vez un *factor estabilizador de paz*, pues la Carta establece en su artículo 55: "Con el propósito de crear las condiciones de estabilidad y de bienestar necesarias para las relaciones pacíficas y amistosas entre las naciones (...) la Organización promoverá: (...) el respeto universal a los derechos humanos y a las libertades fundamentales de todos, sin hacer distinción por motivos de raza, sexo, idioma o religión, y la efectividad de tales derechos y libertades". Por su parte los Estados Miembros, de conformidad con el artículo 56, se comprometen "a tomar medidas conjunta o separadamente, en cooperación con la Organización, para la realización de los propósitos consignados en el Artículo 55".

En más de los cincuenta años de vida de la Organización Mundial la materia relativa a los derechos humanos ha sido uno de los campos en que su actividad ha sido más intensa, uno de los temas respecto de los que la aplicación de las normas de la Carta ha tenido un desarrollo progresivo más grande, uno de los asuntos que ha provocado y provoca más controversia. La tarea no ha resultado fácil ante la

heterogeneidad jurídica, política, económica, social y cultural de los Estados Miembros de la Organización, pluralidad que ha traído consigo, además, diversas concepciones de los derechos humanos. Pero en una perspectiva histórica, la existencia de concepciones plurales de derechos humanos hay que valorarla en sentido positivo: de un lado, por haber contribuido a que se reconozcan derechos de distinta naturaleza, y, de otro, por haber posibilitado el debate sobre la universalidad e indivisibilidad de los derechos humanos.

Además de contener diversas disposiciones en materia de derechos humanos, la Carta de las Naciones Unidas reafirma en su Preámbulo "la fe en los derechos fundamentales del hombre, en la dignidad y el valor de la persona humana, en la igualdad de derechos de hombres y mujeres". Sin embargo, la Carta no contiene un catálogo de derechos humanos, pues sólo hace referencia a la no discriminación por "motivos de raza, sexo, idioma o religión", por lo que será el desarrollo normativo posterior el que precisará y concretará los derechos humanos fundamentales a los que se refiere el Preámbulo y las diversas disposiciones de la Carta. El desarrollo normativo en favor de los derechos humanos en Naciones Unidas tiene como punto de partida la Declaración Universal de Derechos Humanos, aprobada y proclamada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 10 de diciembre de 1948 (Resolución 217 (III)), "como ideal común por el que todos los pueblos y naciones deben esforzarse". La Declaración Universal fue el primer catálogo internacional de derechos humanos de carácter *universal* que vino a precisar qué se entiende por derechos humanos y libertades fundamentales a los que hace referencia en abstracto la Carta. De ahí que Carrillo Salcedo haya podido sostener que la Declaración Universal no debe considerarse como algo aislado sino como parte integrante de la Carta, a pesar de que formalmente fuese adoptada como una *Recomendación* de la Asamblea General (Carrillo Salcedo, 1993, pp. 167-180).

A partir de 1948, la Organización Mundial comienza a definir y desarrollar los derechos humanos en diversos instrumentos internacionales (convencionales y no convencionales), entre los que cabe citar por su significación la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados (1951) y la Convención para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial (1966). Pero casi dos décadas tuvieron que transcurrir para que fuesen adoptados instrumentos convencionales de carácter general que dieran concreción jurídica a los principios proclamados en la Declaración Universal. En 1966 fueron adoptados los Pactos Internacionales de Derechos Humanos (Pacto Internacional de Derechos Económicos y Sociales y Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos), abiertos a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General de las Naciones Unidas (Resolución 2200 A (XXI), de 16 de diciembre de 1966). Ambos Pactos, que entraron en vigor en 1976, dieron precisión jurídica a los derechos humanos y libertades fundamentales (a los que alude la Carta y precisó la Declaración Universal), y establecieron obligaciones jurídicas respecto de los Estados que deciden vincularse por los mismos. El lapso entre la Declaración Universal y los Pactos Internacionales (casi veinte años) fue debido, por un lado, al escaso interés de los Estados, puesto que los Estados partes en los

tratados de esta naturaleza no asumen obligaciones en su propio beneficio, sino en favor de toda persona bajo su jurisdicción con independencia de su nacionalidad; y de otro lado, al enfrentamiento ideológico: entre los años cuarenta y cincuenta, los Estados occidentales ponían el acento en los derechos civiles y políticos, y los Estados del bloque socialista lo ponían en los derechos económicos y sociales (ésta es la razón por la que se adoptaron dos Pactos distintos en lugar de uno como había sido proyectado). A partir de la década de los sesenta, durante la última fase del proceso de elaboración de los Pactos, una tercera concepción de los derechos humanos se puso de manifiesto: la de los derechos colectivos defendidos por los Estados afroasiáticos, en su mayoría surgidos del proceso descolonizador (Para satisfacer tales pretensiones se adoptó el artículo 1 común).

Sin embargo, el desarrollo normativo en favor de los derechos humanos en Naciones Unidas no quedó paralizado con la aprobación de los Pactos Internacionales, sólo que con posterioridad fueron adoptados instrumentos internacionales de distinta naturaleza y con distinto valor jurídico en los que se han definido con detalle algunos de los derechos proclamados y reconocidos en la Carta Internacional de Derechos Humanos (Declaración Universal y Pactos Internacionales). Entre los instrumentos convencionales cabe citar: Convención sobre todas las formas de discriminación contra la mujer (1979); Convención contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes (1984); Segundo Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos destinado a abolir la pena de muerte (1989); y Convención sobre Derechos del Niño (1989).

Los esfuerzos de las Naciones Unidas promoviendo el respeto universal de los derechos humanos, además de ser constatable en el importante número de tratados, declaraciones y conjunto de principios adoptados, también lo es en la actividad de los órganos competentes en materia de derechos humanos (Asamblea General, Consejo Económico y Social y Comisión de Derechos Humanos), quedando reflejada en sus Resoluciones. Es cierto que las mismas tienen formalmente valor de meras *recomendaciones*, pero delimitan unas pautas de comportamiento a seguir (sobre todo las de la Asamblea General en tanto que órgano plenario) y, en cuanto tal, no carecen de efectos jurídicos, pues los Estados que se aparten de ellas tienen que rendir cuentas ante la Organización. Este es el fundamento de los mecanismos de protección extraconvencionales instituidos por el Consejo Económico y Social (Procedimiento Público 1235 y Procedimiento Confidencial 1503, que se desarrollan en el seno de la Comisión de Derechos Humanos).

- *Plano Regional*. Dos Organizaciones Internacionales creadas pocos años después de las Naciones Unidas consagraron en sus Tratados Fundacionales a los derechos humanos como *Principios* de la Organización: la Organización de los Estados Americanos (1948) y el Consejo de Europa (1949).

* En el mismo momento de su creación (2 de mayo de 1948) la Organización de los Estados Americanos adoptó la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre, adelantándose en algunos meses a la Declaración Universal. A partir

de 1948, comenzaron a adoptarse diversos instrumentos de derechos humanos de carácter sectorial, y el 22 de noviembre de 1969 fue aprobada la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José), que entró en vigor el 18 de julio de 1978. La Convención Americana que contiene un catálogo de derechos civiles y políticos ha sido completada por un Protocolo Adicional sobre derechos económicos, sociales y culturales (Protocolo de San Salvador (1988), que no está en vigor). También ha sido completada por un segundo Protocolo Adicional, relativo a la abolición de la pena de muerte (1990; en vigor en 1991). Recientemente han sido adoptados otros tratados, entre ellos: Convención Interamericana para la prevención y la sanción de la tortura (1985) y Convención Interamericana sobre la desaparición forzada de personas (1994).

* En el Consejo de Europa el paso inicial fue decisivo, pues en una fecha tan temprana como 1950 fue adoptado el primer tratado de derechos humanos de carácter general, el Convenio Europeo de Derechos Humanos, aprobado y abierto a la firma y ratificación por el Comité de Ministros del Consejo de Europa el 4 de noviembre de 1950; entró en vigor el 3 de septiembre de 1953. Los derechos reconocidos en el Convenio son esencialmente derechos civiles y políticos, ya que los derechos económicos y sociales fueron reconocidos en un tratado distinto: la Carta Social Europea de 1961 (completada en 1988 y 1995 por dos Protocolos Adicionales, reformada por un Protocolo de Enmienda en 1991 y revisada en 1996). El catálogo de derechos reconocidos por el Convenio ha sido ampliado por cuatro Protocolos Adicionales de carácter facultativo (Protocolos I, IV, VI y VII, adoptados en 1952, 1963, 1983 y 1984 respectivamente). El Convenio Europeo de Derechos Humanos constituye la piedra angular del sistema de protección de derechos humanos en el Consejo de Europa, y ello sin perjuicio de otros tratados que han sido adoptados con posterioridad, entre ellos: Convenio Europeo sobre el estatuto legal de los trabajadores inmigrantes (1973), Convenio Europeo sobre el estatuto legal de los niños nacidos fuera del matrimonio (1975) y Convenio Europeo para la Prevención de la Tortura (1987).

* La contribución al desarrollo normativo de los derechos humanos también es constatable en otras Organizaciones Internacionales de ámbito regional: En la Organización para la Unidad Africana, el 26 de junio de 1981, fue adoptada la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos (Carta de Banjul), que entró en vigor el 21 de octubre de 1986. Este tratado reconoce derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales (estos últimos, en la mayoría de los supuestos, están reconocidos como derechos colectivos de los pueblos). En el Consejo de la Liga de Estados Árabes, el 15 de septiembre de 1994, fue adoptada la Carta Árabe de Derechos Humanos y, por último, en la Comunidad de Estados Independientes, el 26 de mayo de 1995, fue adoptado el Convenio de Derechos Humanos y Libertades Fundamentales. Estos dos últimos tratados también reconocen derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales, pues hasta la fecha ninguno de los dos ha entrado en vigor.

DESARROLLO INSTITUCIONAL

- *Plano Universal*. Desde que fueron creadas las Naciones Unidas, las violaciones de derechos humanos en muchos países se constató como una práctica habitual. No obstante, hasta 1967 el Consejo Económico y Social no autorizó a la Comisión de Derechos Humanos para que conociera de las violaciones que se estaban produciendo en los distintos Estados miembros de las Naciones Unidas. De este modo se instituyen *mecanismos extraconvencionales de protección* (Procedimiento Público, Resolución 1235 (XLII), de 16 de marzo de 1967 y, tres años después, Procedimiento Confidencial, Resolución 1503 (XLVIII), de 27 de mayo de 1970), que tienen su fundamento en los artículos 55 y 56 de la Carta y, como marco de referencia a efectos de interpretación, la Declaración Universal de Derechos Humanos, los Pactos Internacionales de Derechos Humanos, así como otros instrumentos tanto convencionales como no convencionales. El mecanismo instituido en 1967 (*Procedimiento Público*) ha sido desarrollado por la Comisión de Derechos Humanos a través de los *Procedimientos Públicos Especiales por Países y de los Procedimientos Públicos Especiales por Materias*.

Los Procedimientos extraconvencionales de protección constituyen un ejemplo de la acción de la Organización Mundial, pero reflejan a su vez una dramática realidad que Naciones Unidas no ha podido evitar: las violaciones masivas y sistemáticas de derechos humanos fundamentales. Ello motivó la decisión del Consejo de Seguridad de instituir Tribunales Penales Internacionales *ad hoc* para juzgar a los presuntos responsables de las violaciones de los derechos humanos cometidas en el territorio de la ex-Yugoslavia (1993) y de Ruanda (1994). En todo caso, la decisión del Consejo de Seguridad constituye la constatación de un cuadro de graves violaciones de derechos humanos que pone en peligro la paz y la seguridad internacionales determinada por el Consejo de Seguridad y, por ende, una respuesta institucionalizada de la comunidad internacional ante las violaciones masivas de derechos humanos, aunque hay que reconocer que en todos los supuestos de violaciones masivas y sistemáticas de derechos humanos la respuesta no es la misma.

El desarrollo institucional también es constatable en diversos tratados de derechos humanos adoptados en Naciones Unidas a través de distintos mecanismos: a) *Sistema de Informes Periódicos* que tienen por finalidad controlar la aplicación en Derecho interno de las obligaciones asumidas por los Estados Partes en el tratado en cuestión. Este mecanismo está previsto en nueve tratados, entre ellos: Convención para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial, Pactos Internacionales de Derechos Humanos, Convención contra la Tortura y Convención sobre Derechos del Niño; b) *Procedimiento de reclamaciones interestatales*, en virtud del cual un Estado Parte puede presentar un reclamación ante el órgano creado por el tratado cuando considere que otro Estado Parte no cumple sus obligaciones convencionales. Está instituido en la Convención para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial, en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y en la Convención contra la Tortura; c) *Procedimiento de quejas*

individuales, en virtud del cual cualquier persona que haya sido víctima de una violación puede denunciar al Estado causante de la misma, incluso a su propio Estado, ante el órgano internacional. Está previsto en la Convención para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial, en el Primer Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y en la Convención contra la Tortura. Cada uno de los tratados que instituyen mecanismos de protección crean un órgano internacional competente para conocer de los informes que los Estados Partes están obligados a presentar, de reclamaciones interestatales, de quejas individuales, según los casos (Entre dichos órganos hay que destacar al Comité de Derechos Humanos, instituido en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos); d) por último, dieciséis tratados de derechos humanos (entre los que no se encuentran los Pactos Internacionales de Derechos Humanos) prevén la posibilidad de que las controversias que surjan entre los Estados Partes acerca de la aplicación e interpretación del tratado pueda ser sometida al conocimiento y decisión de la Corte Internacional de Justicia. En este *mecanismo jurisdiccional* sólo los Estados tienen legitimación ante la Corte (artículo 34 del Estatuto de la Corte); sin embargo, el individuo víctima de la violación no tiene legitimación activa. Sí está legitimado pasivamente ante los Tribunales Penales Internacionales *ad hoc* y lo estará ante la Corte Penal Internacional.

El desarrollo institucional en Naciones Unidas no es satisfactorio, y en un intento de paliarlo la Asamblea General en su Resolución 48/141, de 20 de diciembre de 1993, instituyó el *Alto Comisionado para los Derechos Humanos*. La idea, aunque venía de décadas pasadas, tuvo un impulso definitivo en la Conferencia Mundial sobre Derechos Humanos celebrada en Viena del 5 al 14 de junio de 1993, pues la *Declaración y Programa de Acción*, adoptada en dicha Conferencia, recomendó a la Asamblea General que "estudiase con carácter prioritario la cuestión de la creación de un cargo de Alto Comisionado para los Derechos Humanos".

Las Naciones Unidas continúan teniendo grandes retos en materia de derechos humanos, siendo uno de los más importantes reforzar los medios tendentes a impedir violaciones masivas y sistemáticas de los mismos. Para su consecución, es necesaria una reflexión sobre las causas profundas y enraizadas que provocan estas situaciones y adoptar las medidas pacíficas necesarias a fin de eliminarlas, sin olvidar el respeto a los principios de integridad territorial e igualdad soberana de los Estados, así como la pluralidad de los mismos, pluralidad que ha sido puesta de manifiesto en la Conferencia Mundial de Derechos Humanos de Viena de 1993. Esto no quiere decir que las diversidades, ya sean culturales, sociales, económicas, políticas o jurídicas, puedan ser utilizadas como argumentos para justificar la inobservancia de los derechos humanos, porque como queda reflejado en la Parte I de la Declaración y en el Programa de Acción de la Conferencia Mundial de Derechos Humanos, "todos los derechos humanos son universales, indivisibles e interdependientes y están relacionados entre sí. La comunidad internacional debe tratar los derechos humanos de forma global y de manera justa y equitativa, en pie de igualdad y dándoles a todos el mismo peso. Debe tenerse en cuenta la importancia de las

particularidades nacionales y regionales, así como de los diversos patrimonios históricos, culturales y religiosos, *pero los Estados tienen el deber, sean cuales fueren sus sistemas políticos, económicos y culturales, de promover y proteger todos los derechos humanos y las libertades fundamentales*".

- *Plano Regional*. Es donde ha habido un mayor desarrollo institucional y, en concreto, en el Consejo de Europa y en la Organización de los Estados Americanos, pues en tratados adoptados en ambas Organizaciones Internacionales han sido instituidos Tribunales Internacionales de Derechos Humanos.

* El Convenio Europeo de Derechos Humanos de 1950 instituyó un mecanismo jurisdiccional para garantizar la efectividad de los derechos reconocidos. Con tal finalidad, reconoció a todo Estado Parte facultad para demandar a otro Estado parte, ante la Comisión Europea de Derechos Humanos, cuando el demandante considere que el demandado ha incumplido sus obligaciones convencionales (artículo 24). También reconocía a los particulares que se consideraran víctima de una violación facultad para demandar al Estado causante de la misma ante la Comisión (artículo 25). Si la Comisión declaraba la demanda admisible, una vez finalizado el procedimiento que tenía que desarrollarse ante ésta, el caso podía ser sometido al conocimiento y decisión del Tribunal Europeo de Derechos Humanos por las partes legitimadas (Comisión y Estados Partes). Cuando un caso era sometido al Tribunal, éste decidía mediante sentencia motivada acerca de si los hechos probados (por la Comisión) constituían una violación o no del Convenio atribuible al Estado demandado. En el supuesto de que el caso no fuese sometido al Tribunal, sería decidido por el Comité de Ministros del Consejo de Europa. El procedimiento era *complejo*, ya que siempre intervenían dos órganos (Comisión/Tribunal o Comisión/Comité de Ministros), y presentaba como *anomalías*: a) que un órgano político (Comité de Ministros) fuese competente para decidir sobre violaciones de derechos humanos, sobre todo, porque el Estado demandado en el Comité de Ministros era juez y parte; y b) que el particular no estuviese legitimado activamente ante el Tribunal. Pero las quiebras del sistema, que no le restaron eficacia de modo que comenzó a funcionar a partir de la entrada en vigor del Convenio (1953), han desaparecido al entrar en vigor el 1 de noviembre de 1998 el Protocolo de Enmienda XI, que ha modificado el anterior mecanismo de protección. En el mecanismo vigente, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos es el *único órgano competente* para conocer de violaciones de derechos humanos (desaparece la Comisión, y el Comité de Ministros deja de tener competencias decisorias), tiene *jurisdicción obligatoria* (el anterior Tribunal tenía jurisdicción facultativa), tanto para conocer de demandas interestatales como individuales, con lo que se *legitima activamente al particular*.

* Por su parte, la Organización de los Estados Americanos atribuyó en 1966 a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos competencias para conocer de violaciones de derechos humanos (tanto respecto de casos individuales como de situaciones generales) que se produjeran en el territorio de cualquier Estado Miembro de la Organización, siendo el marco jurídico de referencia la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre. Este mecanismo de garantía conti-

núa vigente. Sin embargo, tras entrar en vigor la Convención Americana sobre Derechos Humanos en 1978, reconoce a los Estados Partes en la Convención Americana facultad para presentar una reclamación contra otro Estado Parte ante la Comisión Interamericana, siempre que ambos Estados tengan aceptada la competencia de la Comisión, que es facultativa. También reconoce a los particulares y a las Organizaciones no gubernamentales facultad para presentar una queja ante la Comisión Interamericana denunciando la violación de los derechos reconocidos en la Convención; no exige que la denuncia sea presentada por la víctima, por lo que instituye una "actio popularis". Si la Comisión Interamericana considera la denuncia admisible, será sustanciado un procedimiento ante ella y, finalizado el mismo, puede ser presentada una demanda (por la Comisión o los Estados) ante la Corte Interamericana para que decida mediante sentencia motivada si los hechos probados son constitutivos o no de una violación de la Convención Americana atribuible al Estado demandado. El mecanismo instituido en la Convención Americana se inspiró en el regulado en el Convenio Europeo de Derechos Humanos de 1950, por lo que presentaba ciertas similitudes procesales, las cuales en su mayor parte han desaparecido con la reforma del Convenio Europeo. Pero en todo caso puede afirmarse en la actualidad que en ambos sistemas (europeo y americano) son Tribunales Internacionales de Justicia los que deciden sobre las alegadas violaciones de derechos humanos imputables a los Estados partes en los respectivos tratados.

* La Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos también prevé la posibilidad de que sean presentadas reclamaciones interestatales y quejas individuales ante la Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos, órgano instituido por este tratado para la promoción y protección de los derechos humanos. Por su parte, la Carta Árabe de Derechos Humanos crea un Comité de Expertos sobre Derechos Humanos, pero el único mecanismo de control que instituye es el Sistema de Informes Periódicos. Por último, el Convenio de Derechos Humanos y Libertades Fundamentales prevé el sistema de reclamaciones interestatales y de quejas individuales, siendo competente para conocer de las mismas la Comisión de Derechos Humanos que fue creada en 1993, dos años antes de adoptarse la Carta correspondiente.

BIBLIOGRAFÍA

Boutros-Ghali, B., **Introducción**. En: **The United Nations and Human Rights, 1945-1995**. Department of Public Information of United Nations, New York, 1995.

Buergenthal, T. / Norris, R. / Shelton, D., **La Protección de los Derechos Humanos en las Américas**. Instituto Interamericano de Derechos Humanos / Cívitas, Madrid, 1994.

Buergenthal, T. / Shelton, D., **Protecting Human Rights in the Americas: Cases and Materials**. International Institute of Human Rights / N.P. Engel, Colonia / Estrasburgo / Arlington, 1995.

Carrillo Salcedo, J.A., **Algunas reflexiones sobre el valor jurídico de la Declaración Universal de Derechos Humanos**. En: **Libro Homenaje al Profesor Díez de Velasco**. Tecnos, Madrid, 1993.

Carrillo Salcedo, J.A., **Soberanía de los Estados y Derechos Humanos en Derecho Internacional contemporáneo**. Tecnos, Madrid, 1995.

Carrillo Salcedo, J.A., **Dignidad frente a barbarie. La Declaración Universal de Derechos Humanos, cincuenta años después**. Mínima Trotta, Madrid, 1999.

Corral Salvador, C. / González Rivas, J. J., **Código Internacional de Derechos Humanos**. Constitución y Leyes, Madrid, 1997.

Gros Espiell, H., **Estudios sobre Derechos Humanos II**. Instituto Interamericano de Derechos Humanos / Cívitas, Madrid, 1988.

Harris, D.J. / O'Boyle, H. / Warbrick, C., **Law of the European Convention on Human Rights**. Butterworths, Londres / Dublín / Edimburgo, 1995.

Meron, T., **Human Rights Law-Making in the United Nations. A Critique of Instruments and Processes**. Oxford University Press, Oxford, 1986.

Nikken, P., **La protección internacional de los Derechos Humanos: Su desarrollo progresivo**. Instituto Interamericano de Derechos Humanos / Cívitas, Madrid, 1987.

Piza, R. / Trejos, G., **Derecho Internacional de los Derechos Humanos: La Convención Americana**. Juricentro, San José de Costa Rica, 1989.

Salado Osuna, A., **El Protocolo de Enmienda número 11 al Convenio Europeo de Derechos Humanos**. Revista de Instituciones Europeas, nº 21, 1994.

Salado Osuna, A., **Estudio preliminar**. En: **Textos básicos de Naciones Unidas relativos a Derechos Humanos**. Universidad de Sevilla, Sevilla, 1997.

Salado Osuna, A., **El Sistema Interamericano de Protección de Derechos Humanos**. Minerva, Sevilla, 1999.

Sánchez Rodríguez, L. I. / González Vega, J., **Derechos Humanos. Textos Internacionales**. Tecnos, Madrid, 1991.

Velu, J. / Ergec, R., **La Convention Européenne des Droits de l'Homme**. Bruylant, Bruxelles, 1990.

GARANTISMO Y DERECHOS HUMANOS

Marina Gascón Abellán
Catedrática de Filosofía del Derecho
Universidad de Castilla-La Mancha

GARANTISMO EN GENERAL

Garantizar significa afianzar, proteger, tutelar algo, y cuando en el contexto jurídico se habla de "garantismo" ese "algo" que se tutela son derechos subjetivos o bienes individuales. Podría decirse pues, en una primera aproximación, que un derecho garantista establece instrumentos para la defensa de los derechos de los individuos frente a su eventual agresión por parte de otros individuos y (sobre todo) por parte del poder estatal. Estos instrumentos jurídicos son las garantías, esto es, límites y vínculos al poder a fin de maximizar la realización de los derechos y minimizar sus amenazas. El garantismo se vincula así al concepto de "Estado de derecho", en cuanto modelo jurídico encaminado a limitar y evitar la arbitrariedad del poder estatal.

GARANTISMO PENAL

Aunque cabría hablar de distintas clases de garantismo en función del tipo de derechos a cuya protección se orientan las garantías, histórica y culturalmente el garantismo ha surgido como una teoría y una práctica jurídica encaminadas a defender los derechos de libertad. Por ser el poder punitivo del Estado el que más claramente restringe o amenaza la libertad personal, el garantismo liberal se ha desarrollado prevalentemente como garantismo penal. Este ha sido -y sigue siendo- el campo emblemático del garantismo.

El garantismo penal representa la base de la filosofía liberal que arranca de la Ilustración jurídica y que -comprometida con la defensa de la libertad- expresa la necesidad de minimizar la violencia ejercida por ese "terrible poder" (del que habla-

ba Montesquieu) que es el poder punitivo del Estado: las garantías (penales y procesales) son justamente las técnicas para hacer efectiva esa exigencia de reducción de la violencia y la potestad punitiva. Las garantías penales (desde la taxatividad y materialidad en la descripción de los hechos punibles y la exigencia de lesividad y culpabilidad, hasta la utilidad y humanidad de los castigos) afectan a la configuración legal del delito y tienden a reducir la esfera de lo que el poder legislativo puede sancionar (la esfera de los delitos) y la afflictividad de las penas. Las garantías procesales (desde las netamente procesales de la contradictoriedad, la paridad entre acusación y defensa, la separación entre acusación y juez, la presunción de inocencia, la carga acusatoria de la prueba, la oralidad y la publicidad, hasta las orgánicas de la independencia interna y externa de la magistratura y el principio del juez natural), afectan a la comprobación judicial del hecho punible y van encaminadas a reducir al máximo, y al límite anular, los márgenes de arbitrio del juez. El garantismo penal se vincula pues a una filosofía política que impulsa el proyecto de un "derecho penal mínimo", y en esta medida se presenta como la única justificación racional del derecho penal, como alternativa a las tesis abolicionistas: la intervención punitiva estatal (el derecho penal) sólo estará justificada si permite, de facto, reducir la violencia en la sociedad; pero no sólo la violencia de los delitos (cosa que podría lograrse igualmente con los sistemas policiales desregulados o con la venganza privada), sino también la violencia de las reacciones frente a los delitos. Pero, nótese: si permite "de facto". Frente a las doctrinas alternativas de justificación de la pena (retribucionistas o utilitaristas), que proporcionan justificaciones generales y *a priori* (o sea, de cualquier derecho penal, con independencia de su contenido), la justificación que proporciona el garantismo es sólo contingente y *a posteriori* (o sea, de un concreto derecho penal y condicionada a la efectiva satisfacción de las garantías -penales y procesales- que permiten reducir la violencia punitiva). Y esto es algo que no carece de consecuencias: el garantismo no se presenta sólo como un modelo de legitimación o justificación sino también de deslegitimación o crítica de las instituciones y prácticas jurídicas vigentes.

GARANTISMO Y CONSTITUCIONALISMO: LA TEORÍA GENERAL DEL GARANTISMO COMO TEORÍA DEL ESTADO CONSTITUCIONAL DE DERECHO

En cuanto esquema de protección de bienes y derechos, el garantismo se presta a ser extendido a todo el ámbito de derechos de la persona, y no solamente a los directamente afectados por el poder punitivo estatal. Por eso, más allá del garantismo penal, cabe hablar de una teoría "general" del garantismo, cuyo referente ineludible es la obra de L. Ferrajoli: **Derecho y Razón**. En la medida en que las constituciones positivizan derechos fundamentales y hacen de ellos un vínculo frente al poder estatal, esta teoría general es la teoría del derecho propia del Estado constitucional de derecho; es decir, la que inspira y promueve "la construcción de las paredes maestras del Estado de derecho que tienen por fundamento y fin la tutela de las libertades del individuo frente a las variadas formas de ejercicio arbitrario del

poder" (Bobbio, 1989, p. 13). Por eso el garantismo no es simple legalismo; o, si se quiere, no es compatible con la falta de limitación jurídica del poder legislativo, pues la mera sujeción del juez a la ley puede convivir con las políticas más autoritarias y antigarantistas.

Sobre las huellas del garantismo penal, Ferrajoli entiende que la expresión "garantismo" puede ser usada bajo tres acepciones: como doctrina de filosofía política, como modelo de derecho (y de política) y como teoría jurídica (1989, pp. 851 ss.). Es más, estos tres paradigmas constituyen otras tantas generalizaciones de la filosofía política, el modelo de derecho y la teoría jurídica del garantismo penal.

A) La filosofía política. El modelo de derecho y de política.

El garantismo se presenta, en primer lugar, como la base de una filosofía política que, frente a las concepciones éticas absolutas o totales del Estado, exige -parafraseando a Luhmann- doctrinas políticas heteropoyéticas, no autorreferenciales: el Estado y el derecho no son en sí mismos éticamente valiosos, sino que requieren una justificación externa.

Es, en efecto, propia del garantismo la concepción artificial del Estado y del derecho y natural de los individuos y de sus derechos. Es decir, lo que es "natural", en cuanto "previo" y "prioritario", son los individuos y sus derechos, necesidades e intereses; mientras que el Estado (y el derecho) es sólo un artificio, una convención que estará justificada o legitimada en la medida en que se oriente a proteger esos derechos y bienes individuales. Por ello, la doctrina de filosofía política del garantismo, la que hace posible un enjuiciamiento externo del Estado y del derecho fundado en los individuos y en la sociedad y no en instancias trascendentes a éstos, es el contractualismo, en cuanto instrumento de tutela de los derechos fundamentales (Fernández, 1984, pp. 127 ss.); es decir, la doctrina de la democracia sustancial, que, más allá de establecer *quién* decide, determina *qué* es obligado decidir o qué es lo que ninguna mayoría, por aplastante que sea, puede decidir. Más exactamente, la doctrina de filosofía política del garantismo es el modelo del contractualismo burgués lockeano y no el rousseauiano de la omnipotencia de la voluntad general, que ha sido el fundamento de la democracia formal o política que resuelve solamente el problema de quién decide. El modelo de legitimación del garantismo es pues coincidente con el modelo democrático del Estado constitucional de derecho: el Estado y el derecho se conciben como artificios o instrumentos para la tutela de los derechos (vitales) de los individuos. Por lo demás, ya en sus orígenes ilustrados, el garantismo se caracterizó precisamente por ser un esquema político fundado sobre derechos individuales y en el que, por consiguiente, las instituciones políticas y jurídicas se justifican no sólo como "males necesarios" sino también como instrumentos al servicio de aquellos derechos.

Así pues, frente a algunas teorizaciones de gran predicamento en los últimos tiempos que ven en el derecho una obra colectiva y cooperativa -y que parecen asumir implícitamente una gran confianza en la bondad del poder o de la anomia-, el garantismo arranca de la idea -presente ya en Locke y en Montesquieu- de que del

poder hay que esperar siempre un potencial abuso que es preciso neutralizar con el establecimiento de un sistema de garantías, de límites y vínculos al poder para la tutela de los derechos. El garantismo se opone así al autoritarismo en política y al decisionismo en derecho, propugnando, frente al primero, la democracia sustancial y, frente al segundo, el principio de legalidad; en definitiva, el gobierno *sub leges* y *per leges*.

Consecuencia de la filosofía política del garantismo es, en efecto, un cierto modelo normativo de derecho basado en el sometimiento a la ley de todos los poderes estatales: el derecho como sistema de garantías. El concepto garantista de orden jurídico es pues, de nuevo, coincidente con la ideología del Estado de derecho: el derecho es un sistema de límites y vínculos al poder político (las garantías) para la protección de bienes e intereses. Cuál sea el concreto modelo garantista de legalidad es algo que dependerá de cada sector del ordenamiento a la vista de los bienes e intereses que deban ser tutelados. Así, junto al garantismo penal, es posible construir también un garantismo administrativo, internacional, civil, laboral, etc. En todo caso, es evidente que el garantismo está siempre abierto a la construcción de sistemas de legalidad para la protección de nuevos y parcialmente distintos derechos constitucionales. En suma, el garantismo, en cuanto teoría general, no impone aún un sistema de legalidad concreto, pero sí un modelo general: el propio del Estado de derecho que concibe a éste como una red de garantías de bienes y derechos; es decir, de un Estado que "positiviza" los derechos vitales del individuo convirtiendo su respeto y realización efectiva en un "vínculo" al poder político.

Por otra parte, el garantismo exige también una cierta visión de la política en general y de la democracia en particular: la acción política es legítima en la medida en que contribuya a garantizar los bienes y valores que, según el modelo normativo vigente, deban ser perseguidos. Muy simplemente, de la misma manera que el Estado debe ser concebido como un instrumento para la garantía de los derechos, también la política ha de ser asumida como un instrumento para la actuación del derecho, y no al contrario. En concreto, con referencia a la democracia, el concepto de la política propio del garantismo exige distinguir entre su *dimensión formal* o principio de la mayoría (condiciones de legitimidad formal aseguradas por el respeto a los principios de la democracia política: "quién" y "cómo" se manda) y su *dimensión sustancial* (condiciones de validez aseguradas por la observancia de los derechos fundamentales: "qué" se debe satisfacer -derechos sociales- o preservar -derechos de libertad- más allá de la voluntad de la mayoría). Es esta dimensión sustancial de la democracia el único significado de la misma compatible con el garantismo. Y ello porque la democracia "formal" o "política", es decir la que se identifica con la regla de la mayoría, constituye una amenaza para el garantismo, pues la falta de vínculos y límites jurídicos a la mayoría entraña siempre un riesgo de sacrificio de los derechos e intereses sustanciales de los ciudadanos como individuos. Como afirma Bobbio, la lucha por el garantismo ha sido siempre una lucha de la minoría.

B) *La teoría jurídica. El modelo de juez y de jurista.*

El garantismo no sólo constituye la base de una filosofía política (o de legitimación/deslegitimación externa o moral), sino que, en la medida en que las constituciones vigentes positivizan los derechos o garantías, constituye también la base de una teoría jurídica crítica (o de legitimación/deslegitimación interna o jurídica).

A diferencia del Estado de derecho legislativo, en el Estado constitucional de derecho no sólo el "ser" sino también el "deber ser" de las normas se halla positivizado. La constitución incorpora límites y vínculos a la producción jurídica que son de dos tipos: por un lado, los que condicionan la *vigencia* o legitimidad formal de las normas y actos de poder (o sea, el "ser" del derecho), indicando los órganos con competencia normativa y los procedimientos para su ejercicio; por otro, los que condicionan su *validez* o legitimidad sustancial (o sea, el "deber ser" del derecho), estableciendo el modelo axiológico (el catálogo de derechos y valores de justicia) que debe informar la legislación. Esto significa que las normas jurídicas, y particularmente las leyes, ya no sólo deberán respetar los requisitos formales que condicionan su "vigencia" o "existencia", sino que habrán de ser también congruentes con los principios y valores constitucionales que son morales y jurídicos a un tiempo y que condicionan su "validez" (Prieto, 1997, pp. 49-50). El corolario de todo ello resulta evidente: una ley vigente o eficaz no es, sólo por eso, válida. En consecuencia, la presunción de regularidad que hay que atribuir a los actos del poder (a la ley vigente) por obvias razones de certeza y funcionalidad no puede entenderse como absoluta, sino sólo como relativa, y por tanto cede ante un juicio contrario de invalidez.

De lo anterior se desprenden importantísimas consecuencias para el modelo de juez y de jurista: el garantismo reclama de ambos el desempeño de una función crítica y valorativa en relación con la ley orientada a evitar su eficacia precaria en el ordenamiento. En otras palabras, en contraste con un malentendido positivismo legalista y -en los ordenamientos democráticos- con la concepción jacobina y puramente política de la democracia, que alientan actitudes dogmáticas y contemplativas frente al derecho vigente, la perspectiva garantista "invita a la duda, estimula el espíritu crítico y la incertidumbre permanente sobre la validez de las leyes y de sus aplicaciones" (Ferrajoli, 1989, p.853).

La juridificación de una ética que se erige en criterio de validez reclama, en efecto, del juez una actitud crítica hacia la ley: crítica de la ley vigente o eficaz pero inválida (por ejemplo, porque contradice un principio de justicia material consagrado en la constitución); y crítica del derecho inefectivo pero válido (por ejemplo, porque el legislador no ha puesto en marcha las medidas necesarias para la realización efectiva de los derechos sociales). Corresponde al juez, en suma, denunciar las irreductibles antinomias entre ley y constitución, promoviendo su anulación, y denunciar las lagunas, promoviendo su integración.

Es evidente que, tanto en un caso como en otro, se está confiriendo al juez un gran poder dispositivo (el poder de censura de las leyes) que contradice la lógica garantista de estricta sumisión a la ley: se trasmuta el "principio de legalidad", tal y

como ha sido tradicionalmente entendido por el positivismo europeo (vinculación del juez al derecho, pero sobre todo a la ley), en "principio de constitucionalidad" (vinculación del juez a los derechos y a la justicia consagrados en la constitución, y sólo ulteriormente a la ley). Pero en la perspectiva garantista ello es consecuencia aporética de la positivación del "deber ser" de las normas, o sea de la constitucionalización de los derechos; aunque, desde luego, es sobre todo consecuencia de una mala legislación, pues una legislación adecuada (precisa y unívoca, sin antinomias ni lagunas) estrecha los márgenes de discrecionalidad judicial y evita el ejercicio de un poder de disposición por parte del juez.

Con todo, lo realmente grave para el garantismo no son las deficiencias e insuficiencias de la ley (vaguedad, ambigüedad, antinomias, lagunas), sino un cierto escepticismo sobre las posibilidades de la razón jurídica para superarlas. Un injustificable e inaceptable escepticismo que, presente en muchas de las actuales teorizaciones de la descodificación, desregulación y deslegalización, y apoyado en una suerte de falacia naturalista o determinista, entiende que "nuestros sistemas jurídicos son como son porque no podrían ser de otro modo". En fin, una crisis de la razón jurídica que "se proyecta en la función judicial minando su legitimidad en la misma medida en que parece aumentar, precariamente, su poder discrecional y su carácter central" (Ferrajoli, 1989, p.920).

Es contra este escepticismo contra lo que el garantismo se revela, argumentando que "nada hay de necesario en la ineficacia de los derechos y en la violación sistemática de las reglas por parte de los titulares de los poderes públicos" y haciendo una llamada a la confianza en la razón jurídica, a esa *artificial reason* que erigió el paradigma teórico del Estado de derecho, si es que no se quiere abdicar de la certeza y de la protección de los derechos. Precisamente por ello, el proyecto garantista lanza un reto a la razón jurídica: la construcción de una nueva ciencia de la legislación que relance el papel de la ley y que reinstaure una legalidad garantista.

El garantismo reclama, en efecto, de la ciencia jurídica una función de crítica del derecho positivo vigente: corresponde a la ciencia jurídica, como discurso de la dogmática, una crítica interna, jurídica o de *iure condito* dirigida -como en el caso de los jueces- a los aspectos de ineffectividad e invalidez de las leyes; pero corresponde también a la ciencia jurídica, como discurso meta-jurídico de la teoría del derecho, una crítica externa, política o de *iure condendo* dirigida a analizar los modelos teórico-políticos fundamentales y a denunciar la divergencia entre éstos y las (imperfectas) regulaciones constitucionales que a ellos se remiten. La ciencia jurídica garantista ve entonces redimensionadas sus funciones y su responsabilidad. Lo primero, porque no debe limitarse a dar cuenta del derecho vigente, sino que debe también explicitar (y denunciar) el derecho inválido vigente y la ineffectividad del derecho válido. Lo segundo, porque no puede dejar de hacer esta crítica, ya que la alternativa no es la mera constatación del hecho, sino su implícita legitimación y justificación.

El garantismo abre así la ciencia jurídica (sea como discurso jurídico doctrinal, sea como discurso meta-jurídico) a la ciencia de la legislación (constitucional u ordinaria); es decir a la "ciencia constitucional" y a la "ciencia política". L. Gianformaggio lo ha expresado con rotundidad: "la ciencia del derecho termina siendo ciencia de la legislación, de la Administración, de la jurisdicción: guía, conocimiento y crítica de praxis aplicativas del deber ser en los distintos niveles"(1993, p. 37). Ello resulta aún más claro si se tiene en cuenta, además, que la democracia sustancial, que es el único significado de la democracia compatible con el garantismo, se levanta sobre un modelo de justicia en constante cambio para la incorporación de derechos vitales siempre nuevos. Y es que la noción de "bien" o "derecho vital" es "histórica" y no natural, ético-valorativa y no empírico-descriptiva. Por ello, es el propio proyecto garantista de democracia social, que consiste en la expansión de los derechos de los ciudadanos y, consiguientemente, en la elaboración de nuevas técnicas garantistas para asegurar su efectividad, el que "exige de la ciencia del derecho una imaginación jurídica no menor que la desarrollada por el pensamiento reformador ilustrado en materia de derechos de libertad" (Ferrajoli, 1989, p. 866).

CONCLUSIÓN

El garantismo constituye, en suma, una completa filosofía jurídica comprometida con la defensa de los derechos que incluye tesis metodológicas, conceptuales y axiológicas sugeridas o defendidas ya en otras filosofías del derecho, si bien su presentación ofrece novedades importantes respecto a ellas. La tesis metodológica fundamental apela a la conocida distinción entre "ser" y "deber ser", pero, a diferencia del positivismo tradicional, el garantismo lleva esta dicotomía a la esfera misma del derecho positivo: no sólo se enfrenta un "deber ser" moral a un "ser" jurídico, sino también un "deber ser" jurídico a la realidad o efectividad del mismo. La tesis conceptual acoge una idea también arraigada en el positivismo, cual es la de las fuentes sociales del derecho: los sistemas jurídicos y las instituciones en general no son frutos naturales dotados de alguna justificación independiente, sino artificios humanos al servicio de fines más o menos valiosos. Finalmente, como teoría de la justicia, el garantismo propone un ambicioso modelo llamado a culminar el proyecto emancipador que arranca de la Ilustración; pero un modelo que, al estar ya anunciado en la Constitución, compromete no sólo al legislador, sino también al juez y al jurista. Es más, justamente por esa continuidad entre la normativa constitucional y la filosofía moral y política en que descansa, la función del jurista (del dogmático, pero sobre todo del teórico del derecho) no se limita a la crítica interna de la praxis institucional, sino que comprende también la crítica externa de la misma y de la propia constitución.

En esto último reside la aportación fundamental del garantismo. Su propuesta de jurista (de jurista teórico pero también de juez) es conceptualmente positivista pero funcionalmente iusnaturalista. Es positivista porque circunscribe el objeto de

su conocimiento al derecho positivo, sin concesiones a ninguna metafísica. Pero, salvando las evidentes distancias, cabe decir que es iusnaturalista o que tiene una dimensión "filosófica" porque desempeña una función crítica: crítica interna de la ley, de los reglamentos, de los actos administrativos y de las sentencias, por cuanto, en el mejor de los casos, sólo parcialmente dan cumplimiento a la preceptiva constitucional; y crítica externa, por cuanto la propia Constitución no representa sino una aproximación al proyecto emancipador garantista, siempre inconcluso.

BIBLIOGRAFÍA

Fernández, E., **El contractualismo clásico (siglos XVII y XVIII) y los derechos naturales**. En: Fernández, E., *Teoría de la Justicia y Derechos humanos*. Debate, Madrid, 1984.

Ferrajoli, L., **Derecho y razón. Teoría del garantismo penal**. Trad. cast. de P. Andrés Ibáñez, A. Ruiz Miguel, J.C. Bayón, J. Terradillos y R. Cantarero, Trotta, Madrid, 1995.

Gianformaggio, L. (ed.), **Le ragioni del garantismo. Discutendo con Luigi Ferrajoli**. Giappichelli, Turín, 1993.

Prieto, L., **Constitucionalismo y positivismo**. Fontamara, México, 1997.

SEGURIDAD PÚBLICA Y DERECHOS HUMANOS

Marcelo Sain
Profesor Titular de Ciencias Sociales
Universidad de Quilmes (Argentina)

LA DEMOCRACIA Y LA SEGURIDAD PÚBLICA

En un contexto democrático, la “seguridad pública” es la situación política y social en la que las personas tienen legal y efectivamente garantizado el goce pleno de sus derechos a defender y a ser protegidos en su vida, su libertad, su integridad y bienestar personal, su honor, su propiedad, su igualdad de oportunidades y su efectiva participación en la organización política, económica y social, así como en su igualdad ante la ley y su independencia ante los poderes del Estado, y a obtener el pleno resguardo de la totalidad de los derechos y garantías emanadas del Estado de derecho.

La “democracia” no se restringe exclusivamente a la vigencia y regularización institucional de elecciones libres basadas en el sufragio universal como medio específico para la designación de las autoridades gubernamentales, sino que también supone, con igual peso, el ejercicio pleno de la ciudadanía con relación a los derechos y libertades civiles, políticas y sociales modernos, vale decir, una ciudadanía asentada sobre la base de la participación político-social autónoma de los ciudadanos en el proceso de gobierno y en los asuntos colectivos. Ahora bien, la efectivización de estos atributos implica el desarrollo de ciertas condiciones político-sociales tales como la existencia de un Estado con capacidad para garantizar los derechos y libertades civiles, políticas y sociales a lo largo de todo su territorio y de toda la sociedad, así como la vigencia de condiciones sociales, económicas y culturales que, de alguna manera, no obstruyan y/o permitan la concreción de la democracia política, del ejercicio de la ciudadanía y de la participación política autónoma. En palabras de Przeworski, “la ciudadanía se puede ejercer de forma plena sólo cuando el sistema normativo está guiado por criterios universales, cuando impera el estado de derecho, cuando los poderes públicos están dispuestos a proteger los derechos y son

capaces de hacerlo, y cuando todas las personas gozan ciertos prerequisites sociales y económicos; sólo un Estado efectivo puede generar las condiciones que aseguran la realización universal de la ciudadanía (Przeworski, 1998, p. 62).

Si bien el funcionamiento pleno de la democracia requiere como condición necesaria las limitaciones institucionales típicas del Estado democrático-liberal de derecho, también es cierto que dicha condición institucional configura una instancia insuficiente para el desarrollo integral del proceso democrático. Éste se asienta central y esencialmente en el ejercicio cotidiano de la ciudadanía y de la participación política del “demos” en los asuntos públicos. En este sentido, el eje fundante del sistema democrático pasa por la relación articulada entre los actores sociales y el Estado, al mismo tiempo que la persona se convierte en agente histórico a través del ejercicio pleno de la ciudadanía y de su intervención permanente en los asuntos colectivos.

En sintonía con esta perspectiva, David Held resalta que la democracia se basa en el “principio de autonomía” por el cual “las personas deben ser libres e iguales en la determinación de las condiciones de su propia vida”, lo que sólo es posible si ello resulta de un proceso de doble democratización que suponga la “transformación interdependiente” del Estado y de la sociedad civil. Y esto no sólo conlleva la protección institucional frente al uso arbitrario del poder coactivo del Estado y la participación de los ciudadanos en la determinación de las condiciones de su asociación, sino también la conformación de un conjunto de condiciones sociales y económicas que posibiliten dicha autodeterminación. Sin más, ello requiere de (I) la existencia de un gobierno limitado, esto es, de un gobierno que funcione en el marco de una estructura de poder legalmente circunscrita y que sea objeto de una efectiva *accountability* vertical y horizontal; y (II) la creación de las mejores circunstancias para que todos los seres humanos desarrollen su naturaleza y expresen sus distintas cualidades y la expansión de las oportunidades económicas para maximizar los recursos disponibles (Held, 1998).

Pues bien, según Held, la democracia únicamente puede ser conceptualizada y abordada a partir de la consideración de las condiciones históricas que inciden y/o determinan de alguna manera su funcionamiento concreto debido a que “el significado pleno de un principio no puede especificarse independientemente de las condiciones de su aplicación” (Held, 1987, p. 328). Esto significa que, si bien no hay democracia sin actores sociales, tampoco la hay si dichos actores no están en condiciones reales de proyectarse activa y autónomamente en la vida política de la sociedad.

LA SEGURIDAD PÚBLICA EN SENTIDO GENERAL

Así, en un sentido general, la “seguridad pública” implica la situación política y social en la que las personas pueden determinar, en forma libre e igual, las condiciones sociales y políticas de sus propias vidas. Ello significa que en una situación

de seguridad pública, las personas están legal y socialmente capacitadas para gozar plenamente de sus derechos, interpretando a éstos no solamente como principios o garantías formales sino también como prácticas sociales.

En este marco, el concepto de “derecho” y, por ende, el de “ciudadanía” adquiere un significado particular, un significado sociológico y no meramente formal. En democracia, como indica Held, “los derechos garantizan que se podrá actuar sin interferencias arbitrarias o injustas”, es decir, “los derechos definen las esferas legítimas de acción (o inacción) independiente”. En sus propias palabras: “los derechos son un fenómeno público o social porque circunscriben redes de relaciones entre el individuo, el portador de derechos, y las demás personas, o la comunidad y sus representantes. Los derechos son facultades garantizadas dentro de las limitaciones que impone la comunidad, que habilita la acción –pues crea los espacios en que puede desarrollarse- y la restringe –pues especifica los límites de la acción independiente para que no cercene ni viole la libertad de los demás-. Forman el marco «habilitante» y «restrictivo» de la acción. De este modo, los derechos tienen una dimensión estructural, y al mismo tiempo impone deberes. Además, por cuanto se orientan a especificar la capacidad de las personas para disfrutar de una gama de libertades no sólo en principio sino también en la práctica, los derechos deben ser formales y concretos a la vez” (Held, 1998, p. 191).

Es decir, dado que toda norma y/o procedimiento político-social sólo se expresa y se actualiza a través de, y en, las acciones y prácticas políticas y sociales de los sujetos - individuos o grupos- que las producen y reproducen por medio de sus orientaciones y acciones, la eficacia de los derechos civiles, sociales y políticos típicos de una ciudadanía integral moderna no se limita, ni mucho menos, a su expresión puramente formal, sino que está basada en la vigencia de los mismos en la práctica, todo lo cual está condicionado, de distinta manera e intensidad, por los factores sociales, económicos y culturales que enmarcan el escenario del proceso democrático.

La condición institucional necesaria para efectivizar, en consecuencia, una situación de seguridad pública en la que los derechos de las personas queden formal y efectivamente garantizados, está dada por la capacidad de los poderes y las instituciones del Estado para regular eficazmente las actividades de protección de los derechos y obligaciones habilitantes de las personas.

Ahora bien, si en un contexto democrático, el principio de autonomía, tal como fue definido, configura el eje estructurante de la seguridad pública, la “inseguridad” debe ser entendida como aquellas situaciones en la que ciertos factores políticos y sociales vulneran o cercenan, de alguna manera, aquel principio, esto es, impiden que las personas puedan determinar sus condiciones de vida. Más precisamente, ello implica, como lo indica Held, situaciones en las que se afecta la participación de las personas en la vida pública.

Frente a ello, se impone la obligación estatal de proteger los derechos de las personas, evitando el daño y/o reparando la situación de seguridad. El otro lado del

principio de autonomía es la obligación de proteger a los vulnerables y de evitar cualquier daño posible. Este «otro lado» es el principio de la intervención pública para moldear y delimitar la autonomía. La interferencia social o política contra la autonomía individual sólo se puede justificar cuando un acto (o una omisión), intencionado o no, «daña o perjudica a los demás»; es decir, cuando disminuye o erosiona su posibilidad legal de compartir la autonomía dentro del contexto de la comunidad. El único fin que justifica la interferencia contra la autonomía es la reparación o prevención del daño (Held, 1998).

En este marco, la protección estatal se estructura sobre la base de dos funciones básicas, a saber, la prevención y la conjuración de situaciones de peligros que entrañen daños contra las personas. En efecto, la función protectora que desarrolla el Estado se orienta, en primer término, a evitar y prevenir peligros, riesgos, amenazas y perturbaciones a partir de las cuales las personas vean afectadas negativamente, restringidas, cercenadas o limitadas las posibilidades de participar en la determinación de las condiciones de sus propias vidas. No obstante, en caso de que ciertos peligros se materialicen, la intervención estatal debe implicar concretamente la conjuración de los mismos y la reparación de las condiciones que permiten a las personas gozar de sus derechos.

Dentro de esta orientación, Villagómez Cebrián indica que la seguridad pública hace referencia al conjunto de relaciones articuladas entre las personas y la sociedad en función de alcanzar una situación signada tanto por la plena vigencia de los derechos ciudadanos y por el normal funcionamiento de los poderes públicos como por la prevención y/o conjuración de situaciones de peligro o riesgo (Villagómez Cebrián, 1997, p. 150).

De este modo, la seguridad pública no constituye una cláusula abierta que admite cualquier modalidad de participación ciudadana o de intervención estatal, sino que configura un "estado de normalidad cívica" que deriva y se fundamenta exclusivamente en lo establecido en la Constitución y en las leyes vigentes y, cuando se materialicen ciertos peligros, en el ejercicio efectivo de la función protectora del Estado, conforme al marco jurídico. Se trata, entonces, de una situación normativizada, es decir, una situación previamente legalizada, en cuyo marco la noción de "peligro" daría cuenta exclusivamente tanto de conductas vulneratorias o alteradoras de dicha situación normativizada como de hechos que obstruyeran el ejercicio pleno de los derechos de las personas y que también están normativizados. En el sentido señalado, peligro es toda conducta o hecho que contraviene una disposición normativa y, con ello, cercena alguna libertad ciudadana fundamental.

Ahora bien, debe considerarse que tales peligros podrían originarse en dos situaciones típicas: por un lado, como consecuencia de la ausencia de oportunidades económicas y sociales que permitan maximizar la disponibilidad de recursos a los fines de que las personas no atraviesen por necesidades básicas insatisfechas y, en consecuencia, ello obstruya el goce pleno de sus derechos y la posibilidad efectiva de intervenir en los asuntos públicos; por otro lado, como resultado de la pro-

ducción de hechos y comportamientos delictivos o ilícitos que vulneren o cercenen la posibilidad de las personas de hacer un uso libre de sus derechos.

LA SEGURIDAD PÚBLICA EN SENTIDO RESTRINGIDO Y LA LABOR DE LA POLICÍA EN LA DEMOCRACIA

Algunos autores y corrientes teóricas han delimitado –o restringido- el concepto de seguridad pública a esta última dimensión, es decir, a la situación de vigencia plena de los derechos y libertades humanas frente a hechos o conductas ilícitas y, por ende, en referencia directa a la actividad protectora del Estado a través de la justicia penal y del accionar policial. En este sentido, la seguridad pública supone una situación de paz y tranquilidad pública susceptible de ser vulnerada a través de comportamientos delictivos tanto individuales como colectivos, razón por la cual las actividades protectoras del Estado son, en esencia, las de prevención y represión de delitos. Este aspecto resulta importante en las sociedades contemporáneas, dado que en él se inscribe una de las cuestiones más importantes de la actualidad como lo es la organización y labor de la policía en la democracia.

El funcionamiento de la policía se inscribe dentro de la función básica del Estado orientada a la protección de los derechos y libertades de las personas. Dicha función es ejercida por los poderes públicos a través de diversas modalidades e instancias, esto es, mediante un amplio espectro de instituciones y políticas públicas, de las cuales las instituciones y políticas criminales y de prevención de delitos constituyen apenas algunas de ellas. Éstas, en efecto, se ubican en el ámbito de la seguridad pública y conllevan la posibilidad de ejercicio del poder coactivo del Estado, es decir, el poder de constreñir, impedir, sustituir y/o castigar, según lo expresado por Norberto Bobbio, a los efectos de proteger y resguardar los derechos de las personas y garantizar la plena vigencia de los instituciones democráticas de gobierno (Bobbio, 1980).

Pues bien, dentro de esta esfera se sitúa el funcionamiento de las fuerzas policiales, lo que indica que la especificidad de la intervención protectora del Estado por vía de la policía está dada por el hecho de que dicha intervención se orienta fundamentalmente al mantenimiento de la seguridad pública y a la prevención y/o represión de delitos, siempre dentro del marco del respeto del conjunto de derechos que debe proteger. En este sentido, la función policial implica el ejercicio de un servicio de protección a los derechos de las personas frente a eventos o actos que supongan la vulneración de la situación de seguridad pública. No obstante, la policía no solamente posee como misión institucional fundamental proteger el libre ejercicio de los derechos de las personas sino que, además, está legalmente obligada a cumplir con esa misión, sea en forma disuasiva o directamente coactiva, respetando y adecuando siempre su actuación a la legalidad que enmarca esos mismos derechos y de la que derivan el conjunto de normas de actuación policial. Esto significa que, en un estado democrático de derecho, esta actuación está regida, siempre y en todo

momento, por el principio de legalidad. En palabras de Barcelona Llop, “los derechos y libertades se sitúan en el corazón mismo de la actividad policial, que no sólo debe protegerlos frente a agresiones, sino que debe ser ella misma protectora de unos y otras, lo que significa que en ningún momento la policía puede vulnerarlos (Barcelona Llop, 1997, p. 233).

Por lo tanto, el principio de legalidad ata la función y la actuación policial a la misión institucional de proteger el uso libre de los derechos, asentando dicha misión en las tareas de prevención y/o conjuración de hechos que vulneren la situación de seguridad general, al mismo tiempo que constriñe dicha función y actuación a la legalidad vigente, procurando impedir que las mismas supongan tanto extralimitaciones y abusos como la directa comisión de delitos por parte del personal policial.

En suma, en un estado democrático de derecho, la policía debe “hacer cumplir la ley” -según la expresión anglosajona- pero debe hacerlo con absoluto respeto al ordenamiento jurídico vigente. La especificidad de la labor policial y, en particular, la posibilidad de actuar por medio del uso de la fuerza, puede dar lugar a actuaciones cuyos efectos inmediatos afecten a derechos y libertades fundamentales. Pero dicha afectación nunca puede implicar la supresión de la facultad garantizada por el o los derechos a ser protegidos, sino apenas su restricción temporal y acotada en el ámbito de sus proyecciones, y ello sólo puede producirse legítimamente cuando el ordenamiento legal y reglamentario contempla, permite y regula específicamente las funciones y la actuación de la policía. En definitiva, en un sistema democrático, no es concebible ninguna otra alternativa conceptual o institucional.

Ahora bien, si la protección ciudadana frente a ilícitos y delitos determina el eje funcional de la policía, la prevención y represión de dichos actos configuran las misiones básicas de la misma. Vale decir, la dicotomía prevención-represión marca el horizonte funcional de las labores policiales dentro de un estado democrático de derecho. La intervención policial es de carácter preventivo cuando la misma apunta fundamentalmente a evitar o abortar la decisión de cometer un delito, impidiendo la realización de hechos o actos que implicarían la comisión de un delito, esto es, de una “conducta típica, antijurídica y culpable”, por medio de un conjunto de actuaciones predelictuales de diversa índole. A su vez, la intervención policial es represiva cuando supone la constatación de una infracción penal ya ocurrida o en curso -incluyendo los actos calificados como tentativa de delito-, la averiguación del delito, el aseguramiento de los presuntos delincuentes y la participación en el proceso de investigación criminal del mismo.

En efecto, según Curbet, las funciones principales de las policías en las sociedades modernas están definidas en torno al fenómeno de la delincuencia, ya sea a través de la prevención como de la represión de delitos. Sin embargo, Curbet indica también que, por extensión, a las policías le corresponde el mantenimiento del orden y las libertades públicas, la aplicación de las leyes y el control de la circulación vehicular (Curbet, 1983; Bossard, 1983). El mantenimiento del orden público y

el control de la circulación suponen una serie de actividades diferentes de la prevención y represión, tales como la instrucción y educación pública, la intervención en incendios, catástrofes, manifestaciones o problemas demográficos, etc. A su vez, la aplicación de las leyes implica, en verdad, actividades inscritas en la prevención o represión ciudadana. Por lo tanto, las funciones institucionales básicas de la policía, siempre subordinadas al gobierno administrativo y/o a las autoridades judiciales competentes, consisten en (I) el mantenimiento de la situación de seguridad pública, (II) la prevención de delitos y (III) la participación en la investigación criminal.

Ahora bien, como la actividad represiva es una atribución jurisdiccional penal, la participación de la policía en la investigación criminal depende del poder judicial, según los diferentes criterios y/o sistemas institucionales imperantes, se materializa por medio de una policía judicial o a través de una policía administrativa que desempeña tareas en función judicial. Las otras funciones, es decir, las de mantenimiento de la situación de seguridad pública y la de prevención, se inscriben dentro del marco de las facultades administrativas del Estado y, por ende, son generalmente desarrolladas por la policía administrativa.

En este marco funcional, un aspecto importante para la vida institucional policial está dado por la necesidad, en el contexto de un estado democrático de derecho, de acotar y regular legalmente el carácter discrecional de la actividad policial en las circunstancias concretas en las que la policía debe intervenir en el cumplimiento de sus funciones. Al respecto, Sesín sostiene apropiadamente que la "discrecionalidad" en el ámbito de la administración pública estaría acorde con un ordenamiento jurídico republicano si la misma no implica coartar los derechos y las libertades de las personas o si solamente está referida a ámbitos en los que existan reservas legales o reglamentarias. A su vez, dicho autor especifica que el ejercicio de las "atribuciones legítimamente discrecionales" es siempre susceptible de control, dado que dicho control no recae sobre la norma jurídica que le sirve de sustento a esas atribuciones sino sobre la utilización que se hizo de la libertad administrativa conferida al organismo y a sus funcionarios. Vale decir que, para Sesín, no hay actos discrecionales al margen del derecho, en razón de lo cual nunca el ordenamiento jurídico puede conferirle al órgano administrativo -en nuestro caso, a las policías- la libertad absoluta para obrar o no obrar, o para impedir el control de sus actividades (Sesín, 1994, pp. 196-199).

Ahora bien, las actividades policiales, en tanto labores inscritas en la seguridad pública y, por ende, en la función estatal básica de protección de los derechos y garantías de las personas, están -y deben estarlo siempre- estrictamente regidas por el principio de legalidad. En consecuencia, los márgenes de discrecionalidad que pueden conllevar las actividades policiales no deben asimilarse a las "potestades administrativas discrecionales", dado que resulta inadmisibles que los cuerpos policiales y los agentes encargados de estas labores dispongan de la posibilidad de optar o elegir entre distintas alternativas de actuación, lo que ciertamente configura una característica básica de las potestades administrativas discrecionales. Tanto la legis-

lación como las políticas seguidas por los gobiernos y las instrucciones concretas formuladas por la conducción de los organismos policiales pueden, en determinados casos, otorgar a los agentes policiales un cierto "margen de apreciación" en función de determinar las circunstancias concretas que han de ser tenidas en cuenta en cada actuación, pero dicha actuación nunca podría dejar de estar regida por el principio de legalidad ni supondría potestades administrativas discrecionales.

Lo cierto es que los márgenes de apreciación policial nunca se hallan totalmente explicitados en las normas que regulan la actuación policial, ya que éstas no pueden reflejar o dar cuenta de la diversidad de situaciones y circunstancias concretas en las que debe actuar la policía. De este modo, la apreciación policial se manifiesta en los dos momentos básicos de toda intervención, a saber, (i) cuando la policía constata e identifica la concurrencia de un evento -o conjunto de hechos o conductas- cuya inminencia o producción puede entrañar o entraña efectos dañinos contra otras personas, y, en consecuencia, decide intervenir; y (ii) cuando debe decidir el momento de intervenir y elegir la forma y los medios materiales a ser utilizados para efectivizar la intervención.

No obstante, en todo ordenamiento legal democrático, el alcance y la intensidad de la intervención policial y, particularmente, de la apreciación policial se debe hallar directa o indirectamente normativizados a través de un conjunto de modalidades regulatorias mediante las cuales es posible reducir ex-ante el ejercicio efectivo de la apreciación policial. En un sentido general, la reducción y regulación de la apreciación policial se puede obtener mediante el establecimiento de un conjunto de principios y procedimientos básicos que regulen la actuación policial en determinadas circunstancias, con independencia de su ámbito de actuación territorial, de su especificidad funcional y de su dependencia orgánica, y siempre apuntando a garantizar la protección de los derechos y deberes ciudadanos. En definitiva, se trata de principios jurídicos e institucionales que sirven de instancia vinculante de la actuación policial al principio de legalidad y cuya operatividad, en consecuencia, supone que el margen de apreciación policial está siempre jurídica e institucionalmente pautado. Siguiendo a Villagómez Cebrián, deben distinguirse los siguientes principios de actuación policial (Villagómez Cebrián, 1997, pp. 196-199):

a) El principio de oportunidad por medio del cual se debe determinar cuándo la policía debe intervenir a los efectos de evitar una amenaza o un peligro concreto, teniendo siempre en cuenta las personas involucradas en el hecho y las circunstancias de tiempo y lugar del mismo. La oportunidad de intervención policial depende de la constatación de una situación objetiva de peligro, cuyas particularidades indicarán al personal policial la innecesariedad de su intervención o, en su caso, la necesidad de intervenir así como también los perjuicios o daños que acarrearía su prescindencia o su participación preventiva o conjurativa.

b) El principio de congruencia a través del cual se establece el necesario equilibrio y adecuación que debe existir entre la situación objetiva de peligro que origina la intervención policial y el tipo de intervención a llevar a cabo -preventiva,

disuasiva y/o mediante el uso efectivo de la fuerza- y los medios empleados en la misma.

c) El principio de proporcionalidad por medio del cual se determina el necesario equilibrio y adecuación que debe existir entre la magnitud o gravedad de la situación objetiva de peligro que origina la intervención policial y la intensidad de la intervención efectivizada y, particularmente, del uso de los medios empleados en la misma, garantizándose una necesaria gradualidad y correspondencia entre tal situación y la intervención policial misma.

En suma, estos principios configuran preceptos regulatorios de toda actuación policial y, en definitiva, permiten establecer cuándo, cómo, con qué medios y con qué intensidad debe actuar la policía frente a una situación objetiva de peligro cuya existencia y continuidad supondría la violación de los derechos de las personas. En razón de ello, constituyen elementos normativos y funcionales básicos para adecuar en todo sentido la actuación policial concreta al principio general de legalidad.

Pues bien, otra modalidad de regulación y reducción de la apreciación policial viene dada por la necesidad de ajustar el desempeño funcional de la policía dentro del marco de políticas, directivas e instrucciones de servicios expresamente formuladas por las distintas instancias gubernamentales y/o policiales encargadas del gobierno institucional y de la conducción operativa de los cuerpos policiales. Estas políticas, directivas e instrucciones deben contener el conjunto de orientaciones generales y mandatos específicos de actuación para la policía, alrededor de los cuales ésta estructura su planeamiento, su logística, sus medios materiales y sus lineamientos operativos. Y, en ese sentido, configuran una forma de actualización y operacionalización de las prescripciones legales a las circunstancias puntuales en cuyo marco las policías deben cumplir con sus labores, lo que implica una instancia vinculante que constriñe toda forma de intervención policial concreta a la legalidad vigente, a los principios básicos de actuación y a las orientaciones político-institucionales generales formuladas por el gobierno. Por el contrario, la ausencia de orientaciones, directivas e instrucciones de servicio expresamente formuladas por las autoridades gubernamentales y/o policiales habilitaría un amplio espacio de autonomía funcional de la policía y, en ese marco, se ampliarían sustantivamente los márgenes de apreciación policial.

Todo lo aquí afirmado indica que la seguridad pública es siempre seguridad de la comunidad, dado que presupone una situación política y social en la que la comunidad tiene garantizado el goce pleno de sus derechos civiles, políticos y sociales. Ello convierte a la comunidad en el sujeto fundamental de la seguridad pública, y al mismo tiempo le impone al Estado, o puntualmente a su gobierno, el deber de promover y garantizar la igualdad de oportunidades y la efectiva participación comunitaria en la elaboración, implementación y control de las políticas de seguridad pública, así como en todos los asuntos referidos a la misma.

En este marco, la seguridad pública debe suponer la acción coordinada y la

interacción permanente entre la comunidad con sus diferentes organizaciones y las instituciones estatales encargadas de garantizar la preservación de la situación de seguridad general, esto es, debe implicar el accionar conjunto de la comunidad y del Estado. Para ello, resulta imprescindible que la intervención comunitaria en el sistema de seguridad pública cuente con un conjunto de mecanismos e instancias de participación institucional orientadas a garantizar un eficaz control ciudadano acerca de la legalidad y la eficacia del sistema de seguridad pública y, en particular, de la actuación de la policía, así como también a viabilizar la participación directa de la comunidad en la formulación e implementación de políticas de seguridad públicas. La situación de seguridad pública debe ser, así, co-producida entre la comunidad y el Estado.

En lo atinente a la relación entre las policías y la comunidad, vale indicar que dichas policías no podrían desempeñar sus funciones eficazmente y en el marco del estado de derecho, particularmente aquellas funciones de prevención del delito, sin el apoyo y la intervención activa de la población a la que debe prestar sus servicios. Ello requiere que la comunidad conozca y comprenda la finalidad y las funciones de la policía y del sistema de seguridad pública en general, siempre en el marco de una concepción colectiva que ubique e interprete a la policía como parte constitutiva de la comunidad y que se asiente en un respeto estricto a la ley de parte de la comunidad en general, con lo cual se completaría el círculo institucional de control del funcionamiento del sistema de seguridad y policial.

BIBLIOGRAFÍA

Barcelona Llop, Javier, **Policía y Constitución**. Tecnos, Madrid, 1997.

Bobbio, Norberto, **Contribución a la teoría del derecho**. Fernando Torres Editor, Valencia, 1980.

Bossard, André, **Las funciones policiales**. En: Rico, J. M. (ed.), **Policía y sociedad democrática**. Alianza Universidad, Madrid, 1983.

Domínguez Vial, Andrés, **El Estado democrático de derecho y el poder de Policía**. Pena y Estado, nº 3, 1998.

Held, David, **La democracia y el orden global. Del Estado moderno al gobierno cosmopolita**. Paidós, Buenos Aires, 1998.

Held, David, **Modelos de democracia**. Alianza Universidad, Madrid, 1987.

Przeworski, Adam (ed.), **Democracia sustentable**, Paidós, Buenos Aires, 1998.

Sesín, Domingo J., **Administración pública. Actividad reglada, discrecional y técnica**. Depalma, Buenos Aires, 1994.

Villagómez Cebrián, Alfonso, **Las fuerzas y cuerpos de seguridad: del orden público a la seguridad ciudadana**. Ara Solís, Galicia, 1997.

Zaffaroni, Eugenio R., **Manual de derecho penal. Parte General**. Ediar, Buenos Aires, 1997.

EL DERECHO A LA VIDA

Juan J. Mora Molina

*Profesor Asociado de Filosofía del Derecho
Universidad Pablo de Olavide*

INTRODUCCIÓN

La inmensa mayoría de los actuales derechos, que son susceptibles de imputarse al genero humano, toman como elemento pilar para el desarrollo de su arquitectura un hecho indiscutible: la existencia vital de los sujetos individuales y de las singularidades colectivas. Pero, más allá de su positivación en las distintas Constituciones nacionales (Fioravanti, 1998, pp. 127ss) o a través de su mera declaración en Tratados Internacionales (Cassese, 1993, pp. 234ss), éste es un punto de vista complejo y controvertido. Sin embargo, desde él deberemos hacer frente a problemáticas tradicionales y novísimas tales como el aborto, la eutanasia, la eugenesia, la clonación, la fecundación in vitro, la maternidad de alquiler, la ingeniería genética, etc. (Puigpelat Martí, 1998, pp. 35ss). Posicionarnos ante las mismas con rigor científico implica dejar aparte el claro-oscuro mundo de las opiniones, sobre todo si nos sentimos tentados a contemplar dos de las excepciones al polisémico “derecho a la vida”: la guerra justa y la pena de muerte.

Por ello, no es la vida –en su configuración como concepto indeterminado- la que tiene que ocupar estas líneas. Desde esa óptica, la vida lo es todo y, a la vez, nada, ya que echa sus raíces en una construcción simbólica de lo real. Y lo real recala en lo cultural, como conjunto de sujetos que profesan y comparten creencias, valores y prácticas comunes (Gadamer, 1997). Parece, a causa de esta consideración, más aconsejable cifrar en cada vida humana -como fenómeno irrepetible- el principio sustentador y fundamento final de toda ideología y/o sistema moral, ético o religioso, cualesquiera que éstos sean (Boladeras Cucurella, 1998, pp. 49ss).

Así pues, nos centraremos en los sujetos y no en las burdas abstracciones teóricas -ahistóricas y descontextualizadas- de los mismos, propias de un racionalismo pretérito y caduco. El derecho a la vida, en consecuencia, jurídicamente ha de ser

estipulado como punto de partida y de llegada para la determinación de aquellos bienes y actuaciones básicos y fundamentales; pero, además, no deberemos relegar al ostracismo la consideración axiológica de aquél como pauta-guía correctora para el diseño de modelos políticos, sociales, económicos (Díaz, 1998, p. 53) y culturales.

VIDA COMO DESCRIPCIÓN Y VALORACIÓN

A primera vista, el mantenimiento de la vida humana –al igual que la biodiversidad que le rodea- parece descubrirse antropológicamente a resultas de principio material de actuación en todas las culturas (Azpitarte, 1990, p. 11; Albuquerque, 1992, p. 22). Nos topamos con la radicalidad de la existencia. No obstante, una cultura siempre significa una cosmovisión, o sea, un imaginario simbólico particular. Claro está que, entonces, nos encontramos compelidos a precisar que, cuando hablamos aquí y ahora de “derecho a la vida”, nos asomamos a su concepción desde un prisma valorativo específico, pleno de presunciones y prejuicios que universalizamos con extrema facilidad.

Hermenéuticamente –y asumo el condicionamiento histórico-cultural desde el que me pronuncio- hemos de ser conscientes de que el término “vida” designa un acontecimiento procesual, cuya valoración incide sobremanera en las normas jurídicas que se dictan para su protección en cada ordenamiento; con lo cual, la intencionalidad que demuestran las normas emanadas de la voluntad legisladora a este respecto suponen un finalismo jurídico (pues se intentan salvaguardar bienes así reputados). En épocas pasadas –como Tihamér Tóth reseña en su célebre obra **Eugenesia y cristianismo** - y en los Estados confesionales de nuestros días también se imprimieron y todavía se alimentan, respectivamente, otros finalismos moral-religiosos análogos (Van Ess, 1987, pp. 63-70).

Afortunadamente, la tardía defensa de la pluralidad y el respeto a la diferencia nutren la esperanza de una causa final más amplia: a saber, se trata del *derecho a ser* -en virtud del yo y de la comunidad- como fundamento ontológico-moderno del derecho a la vida y de sus excepciones. Recogiendo en esta dirección la interpretación que hace Gianni Vattimo tanto de Nietzsche como de Heidegger en su obra **Las aventuras de la diferencia**, no existe una “abstracción total” de lo que la vida representa, sino que nuestras convicciones culturales elevan el derecho que gozamos frente a la existencia. Y nuestro mundo en particular, sumido unidireccionalmente en la “era de la técnica”, muestra estar falto de un fundamento absoluto; pero si éste fuese localizable, parece que habría de ser, en definitiva, inmanente a la actividad técnico-científica, como desde otra atalaya también apostillara J. Habermas en **Ciencia y Técnica como “ideología”**. Más aún, como muy bien supo atisbar Ortega y Gasset en **Ideas y Creencias**: “somos lo que creamos”. De cualquier forma, no cabe deducir de esta argumentación relativismo alguno o posmodernismo escéptico e irracionalista, puesto que no toda forma cultural goza de igual valoración. De hecho, algunas han de ser superadas en pos de la universalidad, si no *de los dere-*

chos, sí, al menos, *en* los derechos. Aquí deberemos inhibirnos a favor de una ética de mínimos (Charlesworth, 1996, pp. 196ss).

Se ha de postular, por otro lado, que cualquier ordenamiento jurídico no se halle carente de un eficaz sistema ético-moral orientador y limitador del ámbito de autonomía de los agentes jurídicos, políticos, sociales y económicos en relación a los diferentes contextos vitales de los ciudadanos sobre los que impera; en caso contrario, podría haber lugar a arbitrariedades y desmanes de difícil o imposible reparación, como la historia no ha dejado de mostrarnos (Goldhagen, 1998). Los grandes atentados contra la vida en todo momento han venido precedidos por la expansión de variables psico-sociales que han dirigido los actos de las masas, los cuales norma alguna pudo evitar; todo lo contrario, los consolidó por reacción (Bauman, 1997, pp. 1-39; Arendt, 1999).

La vida en sí misma encarna lo radicalmente fáctico: la existencia. Y ésta se explicita para el ser humano, desde Aristotéles, en la sociedad, la comunidad, el grupo o el Estado. A partir del advenimiento de la Modernidad en Occidente, la existencia humana –al amparo de la complejidad estatal– constituye un escenario progresivo sobre el que aplicar deberes y ejercer derechos de naturaleza pública y/o privada (Ferrajoli, 1999, pp. 97ss).

No obstante, ¿qué es la vida? ¿Estamos en condiciones de sintetizar una explicación siquiera aproximativa? Declaremos, en primer lugar, que no podemos constatar exclusivamente una única respuesta para dichas preguntas. Sólo, con seguridad, nos encontramos en disposición de establecer el hecho de que la vida es una sucesión indefinida de acontecimientos. Si nos acercásemos a diversos paradigmas científicos que toman a aquélla como objeto material de estudio, seríamos capaces de observar que la incertidumbre resulta asombrosa: desde la inteligencia artificial hasta los umbrales del ADN los niveles de autoregulación, de reproducción y evolución parecen infinitos. El fallecido astrónomo Carl Sagan reconocía en su famoso artículo al respecto en la **Enciclopedia Británica** (1992, p. 985) que no existe una definición generalmente aceptada de lo que la vida es. Y, es más, compartimos la circunstancia de que si la vida asegura por su dinámica interna su continua transformación, entonces toda posible definición ha de ser necesariamente provisional. Pero, en verdad, nos parece más apropiada la postura de N. Blázquez, quien opina que la vida no es conceptualizable sino sólo descriptible (1980, pp. 109ss).

La vida, por consiguiente, se presenta como un hecho inacabado, un *factum* procesual (esto es, un *dato descriptivo*). Internamente, a partir del triunfo del modelo darwiniano frente a la vetusta Historia Natural, sugiere hallarse ausente de toda teleología y todo esencialismo. Esto es, *la vida misma* (“*life itself*”), como complejo sistema de interacción entre organismos vivientes de acuerdo a unos principios que rigen su existencia (Franklin, 1995, p. 1.347). Con gran dificultad cabe situarnos en el error de pensar en un fundamento pleno –y menos único– para la misma. Pero, de hecho, como la mente del ser humano parece funcionar mejor por oposición estructural, la concepción de la muerte sirve para tasar cuál habría de ser ese fundamen-

to. Como demuestra P. Carse en su ya clásica obra **Muerte y existencia. Una historia de la mortalidad humana**, las divergencias interculturales e intraculturales sobre este aspecto se multiplican con enorme simplicidad desde el polo de la trascendencia hasta el materialismo vulgar. Deviene, pues, trabajo estéril intentar delimitar un fundamento transcultural exclusivo para enumerar qué atributos ha de tener la existencia, de modo que puede ser denominada "vida" y, por lo tanto, protegida.

Antes bien, si con anterioridad hemos apuntado la concurrencia del finalismo a la hora de proyectar una norma jurídica (guiada por la intencionalidad), todo *para qué* precisa un *cómo* a fin de ejecutarse. El derecho parece delinearse a modo de causa eficiente, que tiende a desvelarse bajo la imagen de núcleo básico procedimental desde el que amparar los bienes estipulados en cada ordenamiento de acuerdo a una amalgama de valores culturales ponderados (o sea, *vida como dato valorativo*).

¿DERECHO A LA VIDA: A QUÉ VIDA?

Llegados hasta este punto, la vida, desde el plano puramente descriptivo, representa algo dado (*objetivo*), significando el momento fundacional de la *existencia individual*. Ahora bien, en lo tocante al ser humano, para que pase a estipularse como bien de merecida protección, la vida debe transitar hacia la *autónoma viabilidad*. Este requisito recogido en nuestro Código Civil apunta un comportamiento atávico: independencia gradual de cuidados paternos e incorporación a la colectividad. En suma, la existencia viable –gracias a la autonomía para una supervivencia fisiológica autárquica desde el alumbramiento– comporta la categoría de *sujeto de derecho*, con todos los beneficios que ello comporta. Ya no sólo se *existe* sino que también se es: o lo que es igual, somos reconocidos como miembros de una comunidad en la que desarrollar a futuro derechos y obligaciones. Pasamos de la mera entidad hasta la atribución de *ser sujeto*.

Esta construcción teórica supone el argumento más simple y fuerte de las ejecuciones del devenir de la potencia al acto con la finalidad última de la protección del *nasciturus* como *ficción de ser*. El reconocimiento de la actualidad de un ser humano implica, además, que no se tiene derecho exclusivamente a *ser* desde un instante posterior a la mera resistencia ultrauterina; por el contrario, el germen de los futuros sujetos debe gozar, a su vez, de protección como sujetos potenciales portadores de derechos. Tomemos por caso la Sentencia del Tribunal Constitucional español, de 11 de abril de 1985, donde se expresa la posibilidad de reconocer tales derechos a quien todavía no es, pero que comienza a disfrutar de aliento orgánico (Martínez-Fresneda, 1998, pp. 35-36).

Pero, claro está, las condiciones para ser sujeto de derecho y el mantenimiento de tal status depende de elementos estimativos sobre el hombre y el acontecer de su existencia, desde el nacimiento hasta la muerte. Y, como apuntó Alexis de Tocqueville en *L'ancien Régime et la Révolution*, se trata distintivamente de un proceso social de relaciones de poder, que termina por coordinar los elementos jurí-

dicos precisos para su implementación (Arendt, 1998, pp. 26-28). Desgraciadamente, contamos con una pléyade de ejemplos históricos donde se muestra cuán variables pueden llegar a transformarse los proyectos de "ser humano". No nos quepa la menor duda de que si los nazis hubieran ganado la Segunda Guerra Mundial, las tesis eugenistas que vertebraron el Proyecto Albatros o el Plan T-4 servirían de punta de lanza para el diseño de todo tipo de políticas, cuyos límites materiales serían muy distintos a los que hoy estipulamos justos (Binding / Hoche, 1920). Incluso se hablaría de derechos humanos de forma muy desigual. O el parangón ofrecido por el padre de la eugenesia Francis Galton (Álvarez, 1985; Galton, 1988; Soutullo, 1997) y su discípulo Karl Pearson (Thuillier, 1984, pp. 774ss); o las aberrantes leyes que comenzaron a promulgarse en EE.UU. a partir de 1907 en el estado de Indiana (Rose, 1983, pp. 76ss); ... Estos derechos se resuelven en procesos históricos y no proceden esencialmente.

Ser humano no garantiza en nada la supervivencia en una colectividad sino la pertenencia a la misma. El hecho de nacer hoy día concede derechos en nuestra sociedad, pero el decurso de la existencia puede arrebatarlos. *Tener ser* en una comunidad conlleva *el reconocimiento de derechos y obligaciones* en el seno de la misma. Ahora bien, esos derechos pueden encontrarse limitados externamente, por lo que el derecho a la vida se llega a contemplar como no-absoluto. Es un mito pensar lo contrario. Parangón de esto lo podemos delimitar en el texto constitucional español (art. 15), al no eliminar totalmente la pena de muerte. Las garantías que asisten a tener derecho a la vida juegan el papel de procurar no que los sujetos sean intocables, sino que sean desprovistos de su existencia vital mediante un procedimiento objetivo. O sea, que eliminar la vida humana no constituya un paso sin trabas. La vida de los demás, por tanto, adquiere valor negativa y no positivamente en razón de las garantías previstas para que un sujeto deje de ser. Un razonamiento bifronte sin duda: resulta, al menos, paradójico que la pena de muerte sirva para implementar esta argumentación, mientras que para casos de eutanasia sea utilizada para preservar valores humanos que se tienden a proteger como bienes inconmensurables.

Dentro de una misma sociedad o cultura es posible que coexistan corrientes opuestas sobre el valor de la vida y sus atributos. Pensemos en la particularidad de que singularmente una misma persona pueda defender la aplicación de la pena capital y que, en cambio, sea contraria al aborto. La vida o es tomada como sagrada, o es sometida a desacralización (Esser, 1984). Sería más correcto, empero, propugnar que la vida es algo *cuasi-sagrado*. Es decir, nos topamos con el dilema de proteger jurídicamente la vida biológica o la calidad de vida de los sujetos de derecho en virtud de valoraciones muy disímiles, en la mayoría de las ocasiones de carácter visceral y no-reflexivo. En realidad, hemos de ser conscientes de que la alegoría de la protección absoluta de la vida biológica (tanto en su principio como al final) sólo pudo tener lugar cuando tanto la biología como la medicina no dispusieron de medios para alterar el nacimiento o muerte de los sujetos. Actuaba la naturaleza y no el hombre, el cual no debería marchar en contra de lo natural.

Proclamar un fundamento radical para la cobertura y defensa de derechos ha sido instrumentalizado a lo largo de la historia para impedir el origen y desarrollo de otros por parte de los grupos dominantes, causando así más perjuicio que beneficio a los afectados. Por ejemplo, en los casos de suicidio o eutanasia, impedir que un sujeto consciente y libre de vicios en su voluntad pueda disponer de su propia vida llegaría a implicar el menosprecio del propio individuo. Y esto es cierto. Pero, ¿persistir en la existencia constituye una obligación moral categórica para los seres racionales? En este particular, la oposición kantiana al suicidio, desde nuestro punto de vista, no es atribuible formalmente a la conciencia del imperativo categórico, de modo que a un ser racional le esté vedado dejar de disfrutar del “reino de los fines”, sino que emana de la concepción pietista que Kant (como individuo) profesó, de la cual no logró nunca evadirse por completo. Lo contrario comprometería a confundir la condición con el condicionante, puesto que vivir no se impone como deber moral. Si esto fuera así la tan proclamada *revolución copernicana moral* de Kant se embarcaría en la más inmaculada de las normatividades, despreciando el escalón evaluativo por parte de los sujetos. Por ello, el ejercicio de la autonomía moral responde a la exigencia de la evaluación subjetiva y no de la heteronomía de deberes de raíz teleológico-metafísica (Mora Molina, 1997). “Vida”, como calidad y evaluación, se sostiene en el pilar de la libertad individual sin tutelajes ni paternalismos en virtud de creencias ajenas a los sujetos racionales. Si la heteronomía del deber de seguir existiendo se impone sobre la autonomía individual, entonces deberemos hacer frente a la *falacia vitalista* (Mora Molina, 1994).

TRIDIMENSIONALIDAD DEL TÉRMINO “VIDA”

Asimismo, la vida no es un bien a partir de su actualización humana, sino también en un sentido más amplio, pues trasciende al hombre, que simplemente denota un *modo de ser*. Afirmar que la vida en su conjunto posee derechos implica autoconcedernos como género esos mismos derechos. El obstáculo se alza cuando penetramos en el complejo universo de la vida desde una visión groseramente antropocéntrica; lo cual no es óbice para que la naturaleza sea utilizada con objetivos humanos, aunque presume una relación asimétrica naturaleza-hombre. La meta se focaliza en una complementariedad entre la existencia humana, responsable y libre como epifenómeno de la vida misma, y la biodiversidad circundante. En caso de no garantizar el mantenimiento de ésta, ponemos en peligro la continuidad de la supervivencia del género humano en una amenaza hoy civilizatoria. Algunos autores abogan por un *objetivismo jurídico* que sea útil para asegurar la vida humana mediante la pervivencia de la propia naturaleza.

Al hilo de lo expuesto, la interrogante vertebradora la identificaremos con el cuestionamiento de si *tener derecho a la vida* se constituye con *tener derechos en la vida* y *tener derechos sobre la vida*.

Como expusimos al principio, dadas las condiciones bajo las que se propaga la vida humana, ésta necesita ser contemplada desde un punto de vista jánico: por un lado, la esfera que corresponde a la individualidad, a la singularidad; por otro, el nivel que se circunscribe a la colectividad. En realidad, nos afirmamos individuos por contraposición al resto y, de análoga forma, concretamos nuestra identidad en resistencia a otras. A causa de estos motivos, la noción "vida" ha de ser abordada desde diversos prismas, atendiendo al estrato de la misma que deseemos analizar. Es más, la palabra "vida" –concernida al ser humano– adolece de polisemia y vaguedad gracias a sus distintas acepciones. Quizás, por ello, cabría definirla triádicamente en un lineamiento de orden dialéctico: como *hecho* (= tener derecho a), como *valor* fundamental (= tener derecho *en*) y como *límite* a la regulación de la existencia intersubjetiva en el seno de los distintos planos de convivencia del género humano (= tener derecho sobre). Pasemos indicativamente a abordar tales dimensiones.

1.- El elemento fáctico de la vida humana termina concretándose en realizaciones particulares de existencia cultural dotadas de dispares contenidos, cuya frontera queda indicada en la no-eliminación del dato objetivo, esto es, de la vida misma y, por ende, también de los modelos culturales. La *vida misma* evoluciona hacia la consciencia y se organiza culturalmente. Por tanto, la vida como hecho no ha de contemplarse sino a modo de un denominador común material con múltiples traducciones civilizacionales.

2.- Sobre las creencias no se puede llegar a acuerdo, sólo en torno a las ideas. Consecuentemente, la sacralidad o no de la vida (su status de inviolabilidad) se encontrarán en relación directamente proporcional a quien la vislumbre y considere en un momento histórico específico en unas coordenadas culturales acotadas. La historia recoge para nosotros variopintos paradigmas acerca de este punto. Valgan de muestra la prueba de que la trayectoria de buena parte de las grandes religiones no han supuesto –desde nuestro ángulo de actualidad– un dechado de virtudes a este respecto. La moraleja que se desprende de dichos extractos históricos conviene al hecho de que la racionalidad ideológica que se aplique al vocablo "vida" corresponde a una cosmovisión relegada a un tipo-ideal de aproximación al mundo (Engelhardt, 1995, pp. 31ss). Parece fuera de toda discusión que, en dependencia de las creencias que se detentan sobre la vida y la sociedad, se armará un corpus normativo para determinar garantías a la luz de los valores que le inyecten aquéllas. Si la vida –como dato objetivo– no fuera dotada de valor, entonces no podría hablarse de ella como bien jurídico. He aquí precisamente el punto de inflexión: *la vida humana es un bien, porque está dotada de valor*. La gran consecución de la Modernidad y de la Ilustración radica en el apostillamiento incesante de ese carácter constitutivo. Y un atributo –a saber, creciente generalización de la capacidad jurídica allende toda discriminación– que se proyecta históricamente desde el ámbito privado hacia el público, reclama el signo de dicho valor: igualdad ante la ley y exigencia de deberes positivos por parte del Estado para conservar la vida como un bien jurídicamente amparado. Pero, al contemplarse varios parámetros culturales, los valores no

son universales; por lo cual, como expresa S. Huntington en **El choque de civilizaciones**, Occidente debe aprender la lección de que su *Weltanschauung* es única aunque no universal (1997, p. 21).

3.- El fantasma del riesgo civilizatorio tiene ahora la opción de ocupar el papel de imaginario disuasorio para contrabalancear las ambiciones de un progreso y/o hegemonía culturales incontrolados. Ciertamente, los derechos fundamentales de carácter social que se acopien en cualquier Constitución poseen *legitimidad toto orbe*. En efecto, vivimos en la civilización de las averías, en **La civilización del riesgo** (título de la conocida obra de U. Beck), donde el derecho al medio ambiente y, sobre todo, el derecho a la salud se ven gravemente perjudicados a través de terceros países. Resultados: accidentes nucleares, lluvias ácidas, mareas negras, etcétera. Si, como hemos reflejado más arriba, la vida humana es un bien al ser valorada, de igual forma todo aquello que esté relacionado íntimamente con la continuación de la supervivencia de la especie goza condignamente de la misma valoración.

Así pues, considerando estos tres aspectos de la vida, ésta se desnuda como algo más que el *derecho* al yo sin restricciones. El pensamiento liberal clásico en este terreno tiene que ser superado. En efecto, trascendiendo todas las determinaciones culturales de las que somos tributarios, sería deseable acotar un *minimum* indispensable para el desarrollo de las múltiples identidades que jalonan nuestro planeta: derecho a un medio ambiente saludable, actividad económica sostenida, vida digna, autodeterminación individual, respeto recíproco, implementación de la justicia distributiva para la satisfacción de necesidades, etcétera. El contenido de dicho *minimum* variará, por supuesto, en virtud del proyecto de acción (= ideología) que culturalmente lo exprese. Ciertamente, se trata de un problema de consenso desde una doble mirilla: intra e extraculturalmente; con lo cual, parece razonable sostener que el derecho a la vida, como cualquier otro derecho derivado de ese *minimum* consensuado, se sustente en una lucha por su vigencia, observancia y mantenimiento en diferentes demarcaciones geopolíticas.

EL DERECHO A LA VIDA EN LA ERA DE LA BIOTECNOLOGÍA

Debido a los incesantes avances en ingeniería genética, los mecanismos más recónditos de la vida están quedando al descubierto. El ser humano empieza a tener en sus manos la posibilidad de manejar a su antojo la *vida misma*. A partir del descubrimiento del ADN, la concepción de la vida ha sufrido una auténtica convulsión. Gracias a la dotación genética de los sujetos, estamos actualmente en condiciones de establecer de manera diáfana una prospectiva tanto sobre los individuos como en torno al género.

Debemos apreciar el retorno de ideas que nunca murieron totalmente (Neuhaus, 1988, pp. 15ss). Me estoy refiriendo al *eugenismo*. Los geneticistas no aplican ya sus técnicas para mejora de la raza (concepto éste, por otro lado, inexistente científicamente); no se trata de mejorar el género humano sino de *salvarlo*

(Vukowich, 1971). Este eugenismo evoca una doctrina moral o filosófica militante en pos de un objetivo: la nueva eugenesia.

En epígrafes anteriores se ha señalado cómo la concepción de la vida, su valor y sus atributos han dependido del ideario de los grupos dominantes, el cual ha sido generalizado con pretensiones de veracidad plena. La invasión de la intimidad genética para muchos científicos comienza a estipularse a resultas de un mal necesario no sólo para los ya existentes sino también para los *nascituri*. Los nuevos eugenistas proclaman un credo que se funda en una imperiosa intervención en el patrimonio genético de la humanidad. Si ésta se retrasa más, entonces el hombre como especie se encontrará condenado a la extinción biológica a causa de los mecanismos de la selección natural. Para evitar dicha bomba de tiempo se sugiere restringir la libertad reproductiva de padres de potenciales niños tarados. Mas no hemos de confundir esta sugerencia con el aborto. En efecto, si bien podemos localizar una práctica eugenésica voluntaria para interrumpir la gestación de un ser (excepción al derecho a la vida del *nasciturus* recogida por muchos Ordenamientos penales), no lo es menos que ahora la gestación no tiene lugar. Y no puede identificarse un aborto sin aquélla. ¿Cómo se puede entonces constreñir la libertad de reproducción? Pues bien, estamos haciendo referencia al *Consejo Genético* para los particulares y al *Cribado genético* para poblaciones (Gafo, 1992, pp. 58ss). Un detallado estudio, hoy voluntario, de las dotaciones genéticas de los *futuribles* padres pondrá de manifiesto las posibilidades de engendrar descendencia apta y sana (Schramm, 1997, p. 204). Recaerá en la responsabilidad, racionalmente ejercida, de los procreadores optar por dar a luz un ser humano que suponga un trastorno social en diversos órdenes. No obstante, de momento no puede constatarse paternalismo estatal *directo* a fin de intentar eliminar gestaciones con tales características. Pero, *de momento*, ya que los derechos pueden mover sus limitaciones externas e internas en virtud de cómo se vaya estructurando históricamente el Ordenamiento donde se hallen incluidos. Además, las pautas de justicia social son susceptibles de fáciles alteraciones con consecuencias imprevisibles. Esta aseveración puede ser parangonada mediante los dos argumentos que ofreció el juez Holmes a favor de la esterilización: uno, el *bienestar de la mayoría*; y dos, el razonamiento de la *conveniencia*. Ambos de entidad utilitarista vienen a respaldar el hecho de que, como señala R. Baker en **Eugenics and Human Rights**, "sería mejor para todo el mundo que la sociedad pudiese prevenir que los que manifiestamente están incapacitados propaguen su estirpe". Ahora bien, no nos sumerjamos en el descuido de asimilar por analogía un enfermo infeccioso a un portador de tara genética, ya que el primero existe independientemente de su enfermedad, mientras que el segundo no. ¿Bajo qué medidas podrían ponerse en práctica los argumentos de Holmes para ese último? La única respuesta posible radica en la eliminación de toda la progenie. En suma, se nos protegería de nuestra propia enfermedad a costa de nuestra existencia.

No obstante, resta por resolver un punto espinoso: ¿qué genotipo será considerado adecuado? ¿Se podrán esbozar criterios realmente científicos y asépticos? Fijémonos en la eventualidad de que los nuevos eugenistas pusieran enormes tra-

bas para el libre y natural advenimiento de las generaciones futuras (Lepicard, 1992, pp. 331ss). Ello supone que la humanidad presente estará sometida a una creciente presión para sortear embarazos no deseados políticamente. La biotecnología, y más concretamente la ingeniería genética, vienen adquiriendo posiciones privilegiadas para encauzar políticas sociales (Thillier, 1981, p. 233; Grace, 1998, pp. 257ss). Llegados a este punto hemos de señalar que los sucesivos derechos a la intimidad que se irán proclamando en un futuro cercano habrán de ponderarse fríamente en relación a actuales derechos fundamentales frente a la *biocracia*. En conclusión, el derecho a la vida y el derecho a la intimidad genética tendrán que ser necesariamente considerados como las dos caras de una misma moneda.

BIBLIOGRAFÍA

- Alburquerque, E., **Bioética. Una apuesta por la vida**. Editorial CCS, Madrid, 1992.
- Álvarez Peláez, R., **Sir Francis Galton, padre de la eugenesia**. CSIC, Madrid, 1985.
- Arendt, H., **Los orígenes del totalitarismo. 1. Antisemitismo**. Trad. cast. de G. Solana. Alianza Editorial, Madrid, 1998.
- Arendt, H., **Eichmann en Jerusalén. Un estudio sobre la banalidad del mal**. Trad. cast. de C. Ribalta. Lumen, Barcelona, 1999.
- Bauman, Z., **Modernidad y Holocausto**. Trad. cast. A. Mendoza. Sequitur, Toledo, 1998.
- Binding, K., / Hoche, A., **Permitting the destruction of unworthy life. Its extend and form**. *Issues in Law & Medicine*, nº 2, 1992.
- Blázquez, N., **Los derechos del hombre**. BAC, Madrid, 1980.
- Boladeras Cucurella, M., **Bioética. Síntesis**, Madrid, 1998.
- Cassese, A., **Los derechos humanos en el mundo contemporáneo**. Trad. cast. de A. Pentimalli Melacrino y B. Ribera de Madariaga. Ariel, Barcelona, 1993.
- Charlesworth, M., **La bioética en una sociedad liberal**. Trad. cast. de M. González y Language Consultancy Systems, S.L. Cambridge University Press, Cambridge, 1996.
- Díaz, E., **Estado de derecho y sociedad democrática**. Taurus, Madrid, 1998.
- Engelhardt, H. T., **Los fundamentos de la bioética**. Trad. cast. de I. Arias et al. Paidós, Barcelona, 1995.
- Eser, A., **Entre la "santidad" y la "calidad" de la vida**. Trad. cast. de P. Laurenzo. *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 1984.
- Ferrajoli, L., **Derechos y garantías. La ley del más débil**. Trad. cast. de P. Andrés Ibáñez y A. Greppi. Trotta, Madrid, 1999.
- Fioravanti, M., **Los derechos fundamentales. Apuntes de historia de las constituciones**. Trad. cast. de M. Martínez Neira. Trotta, Madrid, 1998.
- Franklin, S., **Life**. En: *Encyclopedia of Bioethics (revised edition)*. Vol. III. Simon & Schuster MacMillan, New York, 1995.
- Gadamer, H.- G., **Verdad y Método**. Trad. cast. de A. Agud Aparicio y R. De Agapito. Sigueme, Salamanca, 1997.
- Gafo, J., **Problemas éticos de la manipulación genética**. BAC, Madrid, 1992.
- Galton, F., **Herencia y eugenesia**. Trad. cast. de R. Álvarez Pelaez. Alianza, Madrid, 1988.

- Goldhaden, D.J., **Los verdugos voluntarios de Hitler. Los alemanes corrientes y el holocausto.** Trad. cast. de J. Fibla. Taurus, Madrid, 1998.
- Grace, E. S., **La biotecnología al desnudo. Promesas y realidades.** Trad. cast. de D. Sempau. Anagrama, Barcelona, 1998.
- Huntington, S., **El choque de civilizaciones.** Trad. cast. de J. P. Tosaus Abadía. Paidós, Barcelona, 1997.
- López Azpitarte, E., **Ética y vida. Desafíos actuales.** San Pablo, Madrid, 1990.
- Lepicard, E., **L'eugénique. Une certaine idée de l'homme.** *Etudes*, octubre 1992.
- Martínez-Fresneda, G., **El derecho a la vida.** *Iuris*, n° 21, 1998.
- Mora Molina, J. J., **La falacia vitalista. Un error a desterrar de la concepción médico-sanitaria de la vida.** *Sesiones para la salud*, n° 9, 1994.
- Mora Molina, J. J., **La eutanasia en los Países Bajos. Razones para un mito.** Tesis Doctoral. Biblioteca de la Universidad de Huelva, 1997.
- Neuhaus, R. J., **The return of eugenics.** *Commentary*, n° 85, 1988.
- Puigpelat Martí, F., **Bioética y valores constitucionales.** En: Casado, M^a., **Bioética, derecho y sociedad.** Trotta, Madrid, 1998.
- Rose, S. (ed.), **Historia y relaciones sociales de la genética.** Trad. cast. de M. Hernández y L. Vilageliu. Fontalba, Barcelona, 1983.
- Sagan, C., **Life.** En: *Encyclopaedia Britannica*, 15^a ed., 1992.
- Schramm, F. R., **Eugenia, Eugenética e o espectro do eugenismo: considerações atuais sobre biotecnociência e bioética.** *Bioética*, n° 5, 1997.
- Thuillier, P., **La génétique et le pouvier. Ou les rêves "fous" d'un prix Nobel.** *La Recherche*, n° 119, 1981.
- Thuillier, P., **La tentación de la eugenesia.** *Mundo científico*, n° 4, 1984.
- Van Ess, J., **Sunnitas y Shiítas: estado, derecho y culto.** En: Küng, H., **El cristianismo y las grandes religiones.** Trad. cast. de J. M. Bra Navalpotrovo y R. Godoy. Libros Europa, Madrid, 1987.
- Vukowich, W. T., **The dawning of the brave new world –legal, ethical, and social issues of eugenics.** *Law Forum*, n° 2, 1971.

EL DERECHO A LA INTIMIDAD

Luis García-San Miguel
Catedrático de Filosofía del Derecho
Universidad de Alcalá de Henares

DEFINICIÓN DE INTIMIDAD

La intimidad se define tradicionalmente como el derecho a estar solo, el derecho a la soledad, *the right to be alone*.

Sin embargo, esta definición no parece cubrir todo lo que actualmente consideramos incluido en el ámbito del derecho a la intimidad. Pensamos por ejemplo que nuestra intimidad viene agredida por escuchas telefónicas, fotografías tomadas a distancia con teleobjetivo y uso indebido de datos informáticos, pese a que nada de ello comporta la presencia física de otras personas. Por consiguiente, aunque en muchos casos estemos literalmente *solos*, nuestra intimidad puede resultar dañada por actos que se realizan a distancia y, a menudo, sin que el interesado sea inmediatamente consciente de los mismos.

Por ello, algunos autores propusieron definiciones diferentes. Por ejemplo, Fried definió la intimidad como "control sobre la información que nos concierne", y Parker como "control sobre cuándo y quién puede percibir diferentes aspectos de nuestra persona". Estas dos definiciones no difieren en lo sustancial: ambas se refieren a la posibilidad de que otras personas conozcan ciertos datos (acciones, características, objetos) que nos pertenecen. La diferencia está en que, mientras el primer autor habla de *información*, el segundo lo hace de *percepción u observación*. *Información* tiene un sentido más amplio, en la medida en que puede obtenerse secretamente o a distancia, como ocurre cuando alguien conoce nuestra cuenta bancaria o un informe médico. En cambio, *percepción u observación* tiene un sentido más restringido en la medida en que ha de ejercitarse sobre nuestra persona y no sobre papeles y otros objetos relativos a la misma. Pero, en uno y otro caso, se trata del conocimiento que alguien obtiene de nosotros directa o indirectamente (vid. Leiser, 1981).

La intimidad es, por tanto, el derecho a no ser conocidos, en ciertos aspectos, por los demás. Es un derecho al secreto, a que los demás no sepan lo que somos o lo que hacemos, lo que otorga al derecho un cierto carácter antipático, pues hay quien piensa que la gente ha de presentarse ante los demás tal como es, sin ocultar ni deformar su verdadera imagen. Conviene, por tanto, no perder de vista que la intimidad es un derecho discutido y discutible, a diferencia de otros derechos como el voto o la libertad de expresión. Esto nos lleva a preguntarnos por las razones que pudieran alegarse en su favor.

FUNDAMENTO Y JUSTIFICACIÓN DEL DERECHO A LA INTIMIDAD

¿Por qué tenemos derecho a la intimidad, a no ser conocidos en ciertos aspectos por los demás? Una respuesta detenida a esta pregunta exigiría una consideración previa, de carácter general, acerca del modo como puede justificarse un derecho, lo que, a su vez, nos conduciría a los problemas centrales de la filosofía moral.

Sin llegar tan lejos ahora, diremos resumidamente que, a nuestro juicio, un derecho (como las normas que lo reconocen) se justifica por su utilidad, o, dicho de otro modo, por su capacidad para promover ciertos bienes básicos para los ciudadanos: la libertad, la igualdad, la seguridad y otros semejantes. Desde esta perspectiva pudiera justificarse la intimidad como un medio para promover la libertad individual, aquello que Benjamin Constant llamó «el goce pacífico y la independencia privada». A eso mismo se refirió John Stuart Mill, en *On Liberty*, cuando escribió que «la única libertad que merece este nombre es la de buscar nuestro propio bien a nuestra propia manera».

Nuestra Constitución habla (art. 10) del «libre desarrollo de la personalidad». Trataremos de mostrar cómo el derecho a la intimidad contribuye a la posibilidad de elegir lo que uno puede hacer con su vida.

a) En nuestra vida de relación tratamos de presentarnos de cierta manera, o, como suele decirse, de construir nuestra propia imagen. No cabe duda de que en ello puede haber mucho de ficción y hasta de engaño. En la amistad, en el amor, en los negocios, en la cátedra, ocultamos los aspectos desagradables de nuestra persona y presentamos el lado positivo, o al menos lo que consideramos como tal. Sabemos muy poco de la psicología humana y nos conocemos mal a nosotros mismos para decir cuál pudiera ser nuestra *real* personalidad. Pero ¿hay una personalidad real? ¿No nos vemos siempre a través de cierto prisma subjetivo, propio o ajeno? En cualquier caso, todos queremos controlar nuestra apariencia, lo que sólo se consigue si podemos ocultarnos o mostrarnos cuando queremos, si podemos mostrar u ocultar determinada faceta de nuestra personalidad, y eso sólo es posible, a su vez, si controlamos el conocimiento que los demás obtienen de nosotros. Esta es una manifestación de nuestra libertad personal, al ejercer la cual construimos nuestra vida de relación en el amor, en la amistad, en el trabajo.

b) Las decisiones que afectan a nuestra propia vida (a la carrera, al matrimonio, a la diversión) quedan afectadas por las miradas ajenas. Sartre dice que la mirada del otro nos esclaviza y en esa frase hay algo más que una metáfora. Cuando alguien nos mira nos juzga y, cuando nos juzga, en cierta medida, nos domina. En el orden puramente individual esto no nos afecta apenas, pero la mirada ajena (y el juicio que lleva consigo) pueden resultar opresivos. Es difícil sustraerse al peso de lo que llamamos *opinión pública*, y no hay que olvidar que esa opinión se forma, en buena medida, a través de lo que los medios difunden.

Es posible que individuos particularmente fuertes sean capaces de enfrentarse a la opinión pública, pero la mayoría se doblega y, en cualquier caso, caben pocas dudas de que la autonomía personal queda afectada cuando los demás nos juzgan. Una forma de evitar ese juicio es que no sepan lo que hacemos.

c) Hay ocasiones en que la mirada ajena llega a resultar paralizante. Como señala Fried, algunas acciones sólo resultan posibles cuando se realizan en la más estricta soledad. De esta índole son los actos que tienen que ver con el aseo personal, con el amor (tanto en el plano psicológico como en el sexual) y con el diálogo entre amigos. Todo el mundo sabe que, en estas ocasiones, nuestra actitud cambia radicalmente si nos sentimos observados. La mera realización de estos actos incluso puede resultar imposible bajo la mirada ajena.

d) La soledad parece, por lo demás, indispensable para relajar la tensión que la presencia de los demás produce inevitablemente. Quien ha trabajado en contacto con el público o ha escuchado un largo discurso sabe lo difícil que resulta mantener por mucho tiempo la atención. La soledad puede ser una forma de descanso.

e) Cabría quizás añadir a lo anterior que posiblemente el sentido de la libertad personal sea, si no indispensable, si al menos conveniente para el ejercicio de la libertad política.

Ciertamente caben dudas al respecto, pues, a veces, nos encontramos con personas dotadas de un gran sentido de la autonomía personal, sumisas sin embargo al poder establecido. Pero quizá, en la mayoría de las ocasiones, quien es libre en su vida personal aspira también a serlo en el Estado. No conviene olvidar el comienzo de 1984 de Orwell, donde el Gran Hermano aparece, por todas partes, sobre una inscripción que dice: «El Gran Hermano te está vigilando». En cualquier caso, todo parece indicar que el ejercicio de la libertad política, por ejemplo a través del voto, requiere una cierta soledad.

A estos argumentos cabe ciertamente oponer otros de sentido opuesto:

A a) cabe oponer que, a fin de cuentas, el hombre no ha de construir su propia imagen ante los demás, con todo lo que eso comporta de engaño y ficción. Habrá quien piense que todos hemos de presentarnos como lo que somos, que la veracidad y la sinceridad han de primar sobre la mentira, y que una manera de asegurar esta primacía es permitir que los demás sepan lo que hacemos y lo que somos.

A b) cabe oponer que el argumento de la autonomía moral suele esgrimirse

para *tapar* lo que es indebido, lo que choca con las normas socialmente admitidas. ¿No contienen esas normas una antigua sabiduría avalada por la experiencia, tal como reconocía el propio Mill?

A *c*) cabe oponerle: cierto que algunos actos de nuestra vida parecen requerir la soledad, pero ¿no hay en este secretismo algo de ancestral? Los habitantes de **Un mundo feliz** de Huxley realizaban muchos de aquellos actos en común. ¿Por qué no va a llegar un día en que la gente no tenga que ocultarse para realizar lo que hoy está protegido por el velo del secreto?

A *d*) cabe oponer que, aun reconociendo que el hombre necesita estar solo, en ocasiones esa necesidad no tiene por qué dar origen a un derecho fundamental. El ciudadano puede satisfacerla retirándose del grupo cuando lo desee.

A *e*) cabe oponer, finalmente, que la intimidad no tiene que ver con la libertad política y que, en todo caso, basta con garantizar el secreto del voto, sin necesidad de extender más allá el secretismo de la vida personal.

El debate se centra, en definitiva, en torno al mayor o menor valor que se conceda a la intimidad. En tanto la Constitución la reconozca como derecho fundamental, el jurista habrá de definir los contornos del mismo y señalar su contenido, esto es, ofrecer criterios para identificar qué acciones, propiedades o situaciones tienen el carácter de íntimas. De ello tratamos a continuación.

CONTENIDO DEL DERECHO A LA INTIMIDAD

El problema del contenido del derecho a la intimidad es de gran trascendencia práctica y plantea dificultades derivadas especialmente de los frecuentes conflictos con otros derechos. Resulta complicado delimitar clara y precisamente los contornos de cada derecho, hasta dónde puede llegar el informador en su intento (legítimo, a veces) de penetrar en la vida de los particulares y dónde debe detenerse.

Tres sistemas suelen proponerse para trazar los límites de la intimidad. Los denominaré *subjetivo, espacial y objetivo*.

El sistema *subjetivo* parte de la distinción entre lo que, en la terminología anglosajona, suele llamarse *public officials* y *public persons*, por un lado, y *private persons*, por el otro. Traduciríamos estas expresiones por *cargo público, persona pública* y *persona privada*, respectivamente. Entre los dos primeros conceptos existe una clara diferencia que, a veces, suele pasarse por alto, englobándose en el concepto de *persona pública*.

El *public official* es el servidor del Estado, esto es, quien ocupa un puesto político o trata de ocuparlo ejerciendo la actividad política (y para algunos también la funcional). En cambio, la *public figure* es la de quien tiene capacidad para influir en los asuntos públicos, como pudiera ser el caso del famoso o de quien, ocasionalmente, encabeza un movimiento de protesta. Conviene tener en cuenta que el hecho

de que alguien ejerza influencia en la opinión pública depende de su posibilidad de acceso a los medios de comunicación.

Según el criterio *espacial*, las conductas, objetos y situaciones íntimos serían aquéllos que se realizan o sitúan en el interior de la vivienda y de otros espacios cuyo uso se atribuye en exclusiva (aunque sea por tiempo limitado) al individuo, como pudieran ser el reservado de un restaurante o una cabina telefónica. A ellos se equipararían objetos como el teléfono y la carta, igualmente delimitados físicamente. Privado sería todo lo que el individuo realiza en su casa (las relaciones con la familia y amigos, la vida sexual, el aseo), la conversación telefónica, la carta y la reunión en un reservado. En cambio, tendría el carácter público todo lo que sucede en el espacio abierto y de uso común: en la calle, en un parque o en una playa. Una misma acción (hablar, comer) tendría uno u otro carácter según el lugar en que se realizara. El lema de este criterio sería: *la casa para el ciudadano y la calle para el periodista*.

En tercer lugar, el criterio objetivo se basa en la distinción no entre personas, sino entre conductas. Conducta pública sería la que la persona realiza al servicio de los demás (tenga o no éxito en ello), como la actividad del ministro en el ejercicio de su cargo o la del banquero, el obispo, el profesor y el portero de la finca. Privado sería todo aquello que la persona realiza para satisfacer las necesidades propias: la comida, el vestido, el aseo, la relación entre amigos y con la pareja, etc. El parámetro determinante es el de que la actividad realizada satisfaga necesidades *ajenas o propias*.

Estos tres criterios de delimitación del derecho a la intimidad deben en todo caso ajustarse a los siguientes tres principios: a) libertad de información en lo relativo a actividades realizadas con la función de servir a terceros; b) restricción de la libertad de expresión e información en lo relativo a la satisfacción de las necesidades propias; c) libertad de información en lo relativo a las conductas privadas de trascendencia pública.

Más allá del plano de los principios, conviene resaltar que el derecho a la intimidad se regula en la ley de 1982 sobre la defensa del honor, la intimidad y la propia imagen, que se ocupa de la escucha telefónica y de la fotografía directa o indirecta, pero que no alude a las publicaciones periódicas. Sin embargo, la ley contiene dos principios importantes que, flexiblemente interpretados, pudieran servir de criterios orientadores en lo relativo a esta última materia.

El primero de los principios se establece en el art. 7.7, a tenor del cual no podrán publicarse informaciones relativas a la vida privada de una persona cuando la difamen o la hagan desmerecer a los ojos de los demás. El segundo se establece en el art. 8, que autoriza la publicación de datos relativos a la intimidad cuando "predomine un interés histórico, científico o cultural relevante". Se trata de un supuesto excepcional que abarca informaciones de *interés público* que prevalecen sobre el interés individual de resguardar la vida privada.

Estos dos principios no definen la *vida privada* ni el *interés público*, por lo que

ha sido la jurisprudencia constitucional la que ha perfilado los contornos de la intimidad tratando de resolver sus conflictos con las libertades de expresión e información.

BIBLIOGRAFÍA

García San Miguel, L. (ed.), **Estudios sobre el derecho a la intimidad**. Tecnos, Madrid, 1992.

Leiser, B. M., **Values in conflict, Liberty and the rule of Law**. Mac Millan, New York, 1981.

Muñoz Machado, S., **Libertad de prensa y procesos por difamación**. Ariel, Barcelona, 1987.

Salvador Coderch, D. (ed.), **El mercado de las ideas**. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1990.

EL DERECHO A LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN

Modesto Saavedra López
Catedrático de Filosofía del Derecho
Universidad de Granada

PRECISIONES TERMINOLÓGICAS. COMPLEJIDAD DEL DERECHO A LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN

Se suele incluir la libertad de expresión entre las libertades del pensamiento, junto a la libertad de opinión, la libertad religiosa y la libertad de enseñanza. Las libertades del pensamiento tienen como finalidad garantizar la autonomía espiritual de la persona, y se distinguen unas de otras según el ámbito de actividad mental protegido. Así, por una parte tenemos la libertad de opinión (y de conciencia), concebida como el derecho a no ser molestado ni discriminado por adoptar determinadas ideas o creencias, y, por otra, la libertad de manifestar y comunicar tales ideas o creencias. Esta última libertad se manifiesta como libertad de cultos en el plano religioso, como libertad de enseñanza en el plano educativo, como libertad de la ciencia y del arte, y como libertad de expresión en el plano general de la comunicación pública. La libertad de expresión recibe a su vez denominaciones distintas en función de las técnicas utilizadas para ejercerla: libertad de palabra, libertad de prensa e imprenta, libertad de radiodifusión y de televisión, etc.

Así pues, en términos generales, la *libertad de expresión* es el derecho que tiene el individuo a difundir públicamente, por cualquier medio y ante cualquier auditorio, cualquier contenido simbólico. Puede ejercerse verbalmente, en una reunión, concentración o manifestación; por escrito, a través de libros, periódicos, carteles o panfletos; utilizando ondas radioeléctricas o impulsos eléctricos (radio, televisión, internet); a través de imágenes proyectadas en una pantalla, o del sonido registrado en discos y cintas magnéticas; mediante la acción dramática y la utilización de símbolos, etc.

De todas estas formas de libertad de expresión, la más importante por su alcance social ha sido históricamente, sin duda, *la libertad de prensa*. La libertad de

prensa, en sentido amplio, afecta a cualquier tipo de impreso, pero en sentido restringido la expresión se ha venido empleando cada vez más para designar sólo a la prensa periódica, reservándose la fórmula "libertad de imprenta" para aludir a la prensa no periódica. Actualmente, junto a la libertad de prensa hay que hablar de la "libertad de la radio y de la televisión", aunque, como veremos después, el derecho a utilizar libremente estos medios adquiere, por sus características técnicas y por su alcance y relevancia social, unas connotaciones peculiares que no tiene el derecho a expresarse a través de otros medios.

Debido a la evolución experimentada por los medios de comunicación desde la protección de la libertad de prensa en las primeras declaraciones de derechos y, especialmente, a la complejidad de la actividad informativa como un proceso institucionalmente organizado y compartido entre distintos actores, se habla actualmente de *libertad de información*, que es un concepto que engloba y amplía el de libertad de prensa.

La libertad de información, en sentido restringido, es una especie de la libertad de expresión, y se refiere al derecho a difundir mensajes noticiosos a través de los medios de información. Pero, por otro lado, el concepto de libertad de información recoge también un aspecto insuficientemente reflejado en los de libertad de expresión y de prensa: la libertad de informarse. Pues con el concepto de libertad de información se pretende abarcar no sólo la emisión, sino también la recepción del contenido significativo. Así, en un sentido amplio la libertad de información afecta a toda esa serie de actividades que son necesarias para que la información (entendida ésta también en sentido amplio, y no sólo en el sentido de información noticiosa) alcance al público receptor: desde la recogida y la confección de la noticia (o de cualquier otro mensaje) hasta su recepción, desde la organización institucional de la actividad empresarial hasta la transmisión y la distribución del mensaje. La libertad de información se despliega, así, en multitud de libertades parciales, cuya protección a través del derecho es algo complejo e incluso contradictorio. La protección de esas libertades afecta a distintos aspectos de la organización, la financiación, el acceso a los medios, la actividad periodística, la relación laboral de los periodistas con su empresa, y así sucesivamente. Todos ellos están relacionados entre sí, y es necesario tenerlos todos en cuenta sin excepción a la hora de apreciar el alcance de la libertad de información.

En definitiva, la libertad de expresión es multifacética y se puede ejercer de distintas maneras, de una forma que puede ser simple pero también bastante compleja, como corresponde a la complejidad del proceso de información en la actualidad. La libertad de expresión afecta a la manifestación y difusión de datos, acontecimientos, ideas y opiniones, y eso es algo que puede hacerse de manera inmediata, y también a través de distintas mediaciones o "medios de difusión". Estos medios convierten la manifestación de datos, acontecimientos, ideas y opiniones en un proceso, un proceso que puede verse afectado tanto por la estructura organizativa de los medios como por la actividad y situación personal de los profesionales que actúan en ellos. Por consiguiente, la libertad de expresión (e información) exige la protección jurídica de todos los momentos de ese proceso.

FUNDAMENTO DEL DERECHO A LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN

Ahora bien, la regulación jurídica de todos esos momentos del proceso de la libertad de expresión (especialmente el modo de su protección y al alcance de sus límites) será distinta según cómo se conciba el fundamento de dicha libertad.

De acuerdo con su sentido histórico y de acuerdo también con la interpretación filosófica que se da de él en la actualidad, el fundamento del derecho a la libertad de expresión ha de verse en la necesidad de proteger la autonomía de las personas, tanto individual como colectiva. En última instancia, como en el caso de todos los derechos fundamentales, es la dignidad de la persona la base que sirve de fundamento último a la protección jurídica de la libertad de expresión. La dignidad exige el respeto de la integridad, de la identidad y de las aspiraciones personales de cada uno. Exige, como explicó Kant, considerar a la persona como fin y no como medio, no instrumentalizarla ni hacerla objeto de la voluntad y de los deseos de los otros. Y exige además, en un momento en que los hombres ya se han liberado de la tutela histórica de los poderes políticos y religiosos, en un momento en que según el mismo Kant han llegado a su mayoría de edad y son capaces de pensar por sí mismos, respetar la libertad de cada uno para enjuiciar y decidir lo que conviene mejor a la satisfacción de sus necesidades y a la realización de sus intereses.

Esa es la razón por la que se reconoce la libertad religiosa y de conciencia como la primera, históricamente, de las libertades del pensamiento: porque, aun cuando los que detentan el poder están convencidos de poseer también la verdad, toleran y aceptan a aquéllos que no la comparten por respeto a su propia autonomía, es decir, por respeto a la capacidad que tienen de autodeterminarse y de escoger la clase de vida que quieren llevar. La autonomía, basada en la dignidad, es lo que constituye el fundamento de la libertad de conciencia.

Y, como corolario de ésta, también constituye el fundamento de la libertad de expresión. Así se vio también desde el primer momento, como es el caso, por ejemplo, de la defensa que John Milton hizo de la libertad de prensa en su obra **Areopagítica** en 1644: para llegar a la verdad (hoy diríamos, para llegar a lo que cada uno cree que es la verdad), es preciso escuchar y debatir, manifestar las propias opiniones y dejarse aleccionar por los demás, en un "proceso autocorrectivo" en el que, si no se ponen trabas, las luces de la reflexión y de la discusión pública acabarán desplazando las tinieblas de la ignorancia, de la superstición y del error. Para que el individuo pueda ejercer racionalmente su autonomía, es preciso que alimente su conciencia con la información y con la crítica que sólo puede ejercerse en el espacio público, en un ámbito irrestricto donde la difusión del conocimiento y de las ideas no encuentre obstáculo alguno procedente de la autoridad establecida.

Y, sobre todo, la libertad de expresión es imprescindible para llegar a la "verdad colectiva", es decir, a una opinión pública mediante la que la sociedad ejerce su autonomía política y que constituye la base de legitimidad de la acción del gobierno. Esta pretensión se ha mantenido totalmente viva hasta hoy. No tanto la creencia

en las bondades de una opinión pública cuyo carácter ilustrado hace tiempo que desapareció conceptualmente, pero sí la creencia en las virtualidades de la libertad de expresión para controlar, mediante la denuncia y la crítica política, los posibles abusos de los que ejercen el poder gubernativo. Es decir, no tanto la creencia en la opinión pública como en la publicidad, o sea, en una esfera pública en la que la libertad de expresión e información se haya institucionalizado de tal forma que los ciudadanos puedan ejercer, de manera informada y responsable, el control de los poderes públicos. No otra cosa es lo que corresponde a las exigencias de la soberanía popular y al significado de "cuarto poder" con la que se conoce a la prensa desde comienzos del siglo XIX.

A este fundamento del derecho a la libertad de expresión hay que referir el alcance y las modalidades de su ejercicio, en él hay que basar la regulación jurídica de su protección y a él hay que mirar para enjuiciar la legitimidad de los límites que se le pueden imponer legalmente.

SENTIDO NEGATIVO Y ALCANCE INSTITUCIONAL DEL DERECHO A LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN

En efecto, el derecho a la libertad de expresión tiene un sentido primeramente negativo, pero no se agota en él. La libertad en sentido negativo consiste para el individuo en verse libre de la intervención de poderes ajenos, de tal forma que pueda decidir según su propio criterio. Al Estado le corresponde según eso la obligación de *dejar* que el individuo actúe. Éste verá protegida su libertad de expresión cuando pueda ejercer su derecho a expresarse como un derecho subjetivo (o más bien como una serie de derechos subjetivos: a hablar, a escribir, a fundar y poseer la propiedad de un periódico, a emitir por radio y televisión y a financiar la empresa correspondiente como desee...), sin que el Estado pueda hacer otra cosa que regular administrativamente, en caso necesario, las condiciones de ejercicio del derecho, cuya titularidad pertenece en todo caso al individuo.

Pero la libertad de expresión tiene también un sentido positivo, como condición necesaria para participar en un proceso de debate y deliberación en el que se encauza y se controla democráticamente el poder. Al Estado le corresponde según eso *hacer* que el individuo actúe, es decir, promover las condiciones para que se produzca estructuralmente una esfera pública potente y equilibrada, en la que se desarrolle un debate vigoroso y ninguna voz relevante se vea silenciada por falta de medios. En este sentido, la libertad de expresión podrá quedar protegida de una manera institucional, no necesariamente como protección de un derecho subjetivo individual, siempre que el Estado organice las instituciones de los medios de comunicación social de tal forma que se garantice su independencia respecto del Gobierno, el pluralismo interno, la representatividad social y el derecho de acceso. Esto es lo que ha ocurrido normalmente en el caso de la radio y la televisión en Europa. Efectivamente, por razones tecnológicas y económicas, y por su impacto

social, la radiodifusión (y después la televisión) ha sido regulada desde el principio como servicio público de titularidad estatal y concesión administrativa a organizadores privados, aunque no siempre de acuerdo con el espíritu democrático que debía inspirarla. En la actualidad, y debido sobre todo al cambio de las condiciones tecnológicas de emisión, el servicio público de la radio y la televisión ha sido cuestionado en la mayoría de los países democráticos, pero en cualquier caso el derecho subjetivo a la libertad de expresión (sobre todo el derecho subjetivo a la libertad de empresa en el campo de la información) tiene un alcance institucional del que se derivan determinadas restricciones a la libre iniciativa económica individual, a fin de que el proceso de formación de la opinión pública sea libre e igualitario, o sea, a fin de que no quede dominado por unas cuantas corporaciones económicas y no queden excluidas de él las voces socialmente relevantes.

LOS LÍMITES DEL DERECHO A LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN

Obviamente, el derecho a la libertad de expresión no es absoluto, sino que tiene que estar limitado en razón de la existencia de otros derechos e intereses fundamentales. Por eso las expresiones "cualquier medio", "cualquier auditorio", "cualquier contenido simbólico", con que lo hemos definido al principio, han de entenderse de manera genérica y aproximada. Efectivamente, no todos los medios están jurídicamente a la libre disposición del sujeto que quiera expresarse, ni en todos los casos el público es libremente accesible desde el punto de vista legal, ni puede comunicarse siempre lo que el sujeto emisor quiera.

Pero las limitaciones que pueden legítimamente imponerse a este derecho debido a esos otros derechos e intereses básicos de los ciudadanos han de distinguirse cuidadosamente de las restricciones que recibía la expresión pública del pensamiento y de la opinión en el ordenamiento jurídico de los Estados del Antiguo Régimen. Puesto que en ellos el individuo era considerado como un ser necesitado de tutela, había que protegerlo, incluso contra sí mismo, de la ignorancia, de la mentira y del error. El férreo control de la información, de las ideas en general, y de las opiniones políticas en particular, principalmente a través del mecanismo de la censura previa, mantenían a salvo la ortodoxia respecto a lo que se tenía por bueno y verdadero.

Desde la época del liberalismo, en cambio, al estar el individuo dotado de independencia y de autonomía, deja de justificarse la tutela de la autoridad y las restricciones a la difusión del pensamiento y la opinión por razones de ortodoxia moral, política y científica. Más aún: la autonomía personal y política exigen precisamente que se proteja el proceso de comunicación entre los individuos, a fin de que puedan intercambiarse críticamente las ideas y las opiniones, que hacen que el individuo pueda formarse su propia conciencia y decidir de manera independiente y responsable. Ahora las limitaciones que puede recibir el derecho a expresarse públicamente no se justifican por la necesidad de defender el dogma, sino sólo por la

necesidad de defender la misma autonomía personal y política de los ciudadanos, que es la razón de justificación de la existencia del derecho a la libertad de expresión.

Este es el sentido de las limitaciones que las Constituciones democráticas pueden imponer legítimamente al derecho a la libertad de expresión: los derechos fundamentales de los demás, concretamente, los derechos fundamentales que pueden ser vulnerados por el ejercicio de tal libertad. En primer lugar, el derecho de los demás a expresarse también libremente. De ahí el carácter institucional del derecho, que ya se ha mencionado, y las limitaciones estructurales que de él se derivan, sobre todo en el campo de las facultades derivadas del derecho de propiedad. A veces es preciso limitar el derecho de algunos a expresarse a fin de garantizar el derecho de otros a informar y a manifestar su opinión, e indirectamente el derecho de todos a informarse a partir de una pluralidad suficiente de fuentes de distinto origen. El derecho de rectificación y de réplica, los límites a la propiedad de medios de información y a que el propietario ejerza un control absoluto sobre el contenido de la publicación, pueden tener su justificación en este principio.

Y, en segundo lugar, aquellas condiciones, protegidas como derechos, que constituyen presupuestos imprescindibles para que el individuo pueda mantener su integridad y desarrollar su personalidad sin tener que soportar las coacciones o lesiones procedentes de actos ajenos. Especialmente la seguridad individual y colectiva, la dignidad personal, el honor, la intimidad, la propia imagen, y la protección que en el campo de la moralidad convencional merece la infancia y la juventud.

Aunque la colisión entre el derecho a la libertad de expresión y otros derechos e intereses colectivos no siempre tiene una solución clara, y los límites han de ser ponderados y modulados por la jurisprudencia de los tribunales de justicia, las restricciones que no tengan su razón de ser en la protección de bienes de este tipo habrán de verse como un abuso de la sociedad o del Estado, como una intromisión ilegítima del poder en la esfera de la autonomía individual, para la que ni las mayorías ni la Administración están dotadas de competencia alguna. Así, con base en una filosofía política liberal no podrán ponerse límites a la libertad de expresión en razón de las características personales o de la adscripción religiosa, ideológica o política del sujeto que pretende expresarse, ni en razón de las opiniones morales y políticas sustentadas, ni siquiera en razón de los estándares convencionales de la moralidad y del buen gusto cuando no está en juego la protección de la juventud y de la infancia. Concretamente, ese subproducto de la libertad de expresión conocida con el nombre de "tebasura" no es controlable directamente mediante límites legales gestionados por la Administración o por los jueces. El control de calidad de lo expresable públicamente, que sin duda es algo deseable desde el punto de vista de la función democrática de los medios de comunicación social, no se puede lograr en ningún caso interviniendo sobre el contenido sino, todo lo más, estableciendo las condiciones estructurales y organizativas que hagan que los medios sean fieles a la misión de servicio público que les corresponde según el propio concepto de la libertad de expresión e información.

LOS OBSTÁCULOS A LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN

La misión de servicio público que les corresponde a los medios no puede identificarse con la noción administrativa de servicio público. La libertad de expresarse por cualquier medio debe ser considerada antes un derecho del sujeto que una concesión del Estado. Pero han de tenerse en cuenta los fines del derecho (al servicio, como ya se ha dicho, de una esfera pública vigorosa, libre y representativa) para apreciar cómo debe ser regulado por la ley ordinaria. Y también han de tenerse en cuenta esos fines para apreciar cuáles son los obstáculos que impiden un correcto ejercicio de la libertad de expresión.

Los enemigos típicos de la libertad de expresión son la censura, el monopolio y el mercado. No todos ellos tienen la misma importancia ni operan de la misma forma, pero todos impiden, cada uno de manera específica, que el público pueda ejercer libremente el intercambio comunicativo que es imprescindible para generar una esfera pública con las características ya mencionadas.

El enemigo más conspicuo de la libertad de expresión es la censura. De acuerdo con el sentido negativo que corresponde a este tipo de libertad, las primeras batallas de los liberales se dirigieron contra ella. En 1695 se produjo en Inglaterra la abolición del sistema de licencia estatal que había regido hasta entonces para la prensa. A finales del siglo XVIII la libertad de expresión queda plasmada en las primeras Constituciones y Declaraciones de Derechos, desde el art. 12 de la Declaración de Derechos del Estado de Virginia de 1776, a la primera enmienda de la Constitución de los Estados Unidos de América, añadida en 1791, y el art. 11 de la Declaración francesa de Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789. Estas medidas liberalizadoras no fueron una conquista permanente. Antes bien, a lo largo de los siglos XIX y XX se producen distintos avatares que señalan un constante forcejeo entre la prensa y el Estado. No obstante, la historia de esas luchas atestigua la conquista progresiva y sólida de un espacio legal de libertad para los ciudadanos en lo que se refiere a la difusión social de información, ideas y opiniones por cualquier medio, sin un control previo por parte del Estado de lo que está o no está permitido difundir.

Pero no todo está ganado para la libertad de expresión con la prohibición de la censura. La historia social de la libertad de prensa atestigua que, de forma paralela a su emancipación del Estado, se ha producido una sumisión de la prensa y, en general, de los medios de comunicación al poder económico, que pone a su vez en grave peligro la libertad de expresión. Los obstáculos para la libertad de expresión procedentes de la sumisión de la prensa al poder económico no tienen una naturaleza jurídica. Es decir, desde el punto de vista jurídico formal, el derecho a la libertad de expresión puede estar garantizado legalmente, y sin embargo puede que, por razones económicas, no todo el mundo sea capaz de hacer uso de su libertad de expresarse y de su derecho a informarse.

En el caso del monopolio esto es evidente. Aunque las leyes permitan a cualquier ciudadano fundar un periódico, o una emisora de radio o de televisión, la

libertad queda reducida a la nada, de hecho, cuando no se posee el capital para competir con quienes ya poseen el dominio del mercado en un determinado ámbito geográfico. La posesión de medios económicos necesarios para realizar grandes inversiones y hacer así accesible y rentable el producto, cercena la libertad de muchos, que ven cómo el "mercado de las ideas" es acaparado por aquéllos que pueden hacer uso del derecho de propiedad en este ámbito. Y, como ocurre en todos los sectores de la economía capitalista, la tendencia a la concentración de la propiedad y a la interconexión empresarial desaloja del mercado a los más débiles y unifica o hace más homogéneo el producto resultante, con la consiguiente pérdida del valor democrático de la opinión pública, insuficientemente pluralista y representativa.

Teóricamente, la monopolización del mercado no es difícil de combatir si se arbitran las medidas legislativas que impidan altas cotas de concentración e interconexión de la propiedad, y se vigila el mercado de capitales para mantener diversificada la estructura de los medios de comunicación, tanto a nivel estatal como regional y local. Sin embargo, en la práctica, como ocurre en muchos otros sectores económicos, la necesidad de garantizar la viabilidad y la competitividad de las empresas en una economía globalizada hace que lo que es una exigencia del sentido filosófico-político de la libertad de expresión quede marginada en favor de la continuidad en la producción, aunque las cualidades políticas del producto (lo que se expresa a través de los medios) queden decisivamente deterioradas. La absorción de la libertad de expresión por la libertad de empresa produce tales consecuencias.

Como también quedan deterioradas las cualidades público-políticas del producto debido al tercer obstáculo con el que tropieza la libertad de expresión: el mercado, especialmente el mercado publicitario.

El mercado es, evidentemente, un factor regulativo de la actividad de los medios de comunicación social que, en principio, actúa en un sentido democrático. Efectivamente, el mercado tiende a ajustar la oferta a la demanda y hace que los medios satisfagan las expectativas de la audiencia, sacando al espacio público aquellos temas sobre los que ésta está interesada e ignorando aquellos otros que no son valorados por ella. El mercado adapta los medios a las exigencias de la sociedad, impidiendo la selección elitista o paternalista de la información, ideas y opiniones en función de si merecen o no ser expresadas y debatidas en público. El quiosco de prensa se asemeja, en este sentido, a la urna en la que los ciudadanos eligen con su voto a los grupos con los que mejor se sienten representados o identificados.

Sin embargo, hay otros aspectos del mercado que arrojan serias dudas sobre la realidad y efectividad de esa imagen, sobre todo en el caso del mercado de la radio y de la televisión, que son los medios de comunicación de mayor y más fácil consumo. En primer lugar, la inducción artificial y manipuladora de la demanda debido al afán de lucro de las empresas, que hace que no sean los medios los que se adapten a las demandas sociales, sino justamente al revés, las demandas sociales las que se adapten a las exigencias de los medios. En segundo lugar, la homogeneización del producto para adaptarlo al "máximo común divisor" de la audiencia, que

asegura la venta y el consumo masivos a costa de suprimir lo que sólo cubre los intereses de las distintas minorías sociales. En tercer lugar, la degradación del producto desde el punto de vista de sus cualidades informativas y formativas de la opinión pública, ya que las empresas buscan a toda costa aumentar las cuotas de audiencia para vender más caros los espacios publicitarios, y eso lo consiguen sobre todo buscando el impacto y ofreciendo aquellos productos cuyas características suscitan de forma más inmediata el interés del público como espectador y consumidor que busca satisfacción en el acto mismo del consumo.

En este sentido, la prensa amarilla de comienzos de siglo (que por supuesto no ha desaparecido de la escena) tiene su correlato en la telebasura de finales de siglo, y es tan difícil de combatir como aquélla. Sus consecuencias son la despolitización de la esfera pública, la trivialización de la información y de la opinión, la espectacularización de la política, la intromisión en la intimidad de los personajes públicos, la emisión de lo atractivo e impactante en detrimento de lo realmente interesante, etc.

¿Cómo eludir este obstáculo? La necesidad de combatir la comercialización de la libertad de expresión no puede satisfacerse suprimiendo el mercado de la publicidad y sustituyéndolo por una financiación estatal de los medios, sino completando el mercado con medios públicos bien dotados y eficientes, y al mismo tiempo lo suficientemente independientes de los poderes públicos como para que el contenido de lo expresado a través de ellos no refleje los intereses partidistas de los gobernantes de turno. Igualmente, la necesidad de contrarrestar los efectos negativos de la comercialización para la esfera pública debe llevar al desarrollo de una política institucional que utilice los resortes financieros (mediante subvenciones y ayudas a grupos minoritarios que quieran ejercer su libertad de expresión, por ejemplo), culturales (promocionando programas específicos de reconocidos valores morales y estéticos) y educativos (tendientes a educar a la audiencia en el uso y consumo de los medios) para diversificar la demanda y elevar su nivel de exigencias, y, en definitiva, para hacer que la libertad de expresión siga siendo fiel a las finalidades políticas que llevaron a su protección privilegiada desde la época de la Ilustración.

BIBLIOGRAFÍA

- Ansuátegui, F. J., **Orígenes doctrinales de la libertad de expresión**. Universidad Carlos III de Madrid/BOE, Madrid, 1994.
- Bastida, F. J., **La libertad de antena. El derecho a crear televisión**. Ariel, Barcelona, 1990.
- Bonete Perales, E. (ed.), **Ética de la comunicación audiovisual. Materiales para una "ética mediática"**. Tecnos, Madrid, 1999.
- Dahlgren, P., **Television and the Public Sphere. Citizenship, Democracy and the Media**. Sage, Londres, 1995.
- Fiss, O., **La ironía de la libertad de expresión**. Gedisa, Barcelona, 1999.
- Freixes Sanjuán, F., **Libertades informativas e integración europea**. Colex, Madrid, 1996.
- Habermas, J., **Historia y crítica de la opinión pública. La transformación estructural de la vida pública**. Ed. Gustavo Gili, Barcelona, 1994.
- Hofmann-Riem, W., **Libertad de comunicación y de medios**. En: Benda, E. (coord.), **Manual de Derecho Constitucional**. IVAP / Marcial Pons, Madrid, 1996.
- Keane, J., **The Media and Democracy**. Polity Press, Cambridge, 1991.
- Lichtenberg, J. (ed.), **Democracy and the Mass Media**. Cambridge University Press, Cambridge, 1990.
- McQuail, D., **Introducción a la teoría de la comunicación de masas**. Paidós, Barcelona, 1991.
- Pérez Tornero, J. M., **El desafío educativo de la televisión. Para comprender y usar el medio**. Paidós, Barcelona, 1994.
- Postman, N., **Divertirse hasta morir. El discurso público en la era del "show business"**. Eds. de la Tempestad, Barcelona, 1991.
- Saavedra, M., **La libertad de expresión en el Estado de Derecho. Entre la utopía y la realidad**. Ariel, Barcelona, 1987.
- Sartori, G., **Homo videns. La sociedad teledirigida**. Taurus, Madrid, 1998
- Sánchez González, S., **La libertad de expresión**. Marcial Pons, Madrid, 1992.
- Solozábal Echevarría, J. J., **La libertad de expresión desde la teoría de los derechos fundamentales**. En: **Los derechos fundamentales y las libertades públicas**. Ministerio de Justicia, Madrid, 1992.
- Soriano, R., **Las libertades públicas. Significado, fundamentos y estatuto jurídico**. Tecnos, Madrid, 1990.
- Sunstein, C., **Democracy and the Problem of Free Speech**. The Free Press, Nueva York, 1993.
- Waluchow, W. J. (ed.), **Free Expression. Essays in Law and Philosophy**. Clarendon Press, Oxford, 1994.

LOS DERECHOS SOCIALES

Benito de Castro Cid
Catedrático de Filosofía del Derecho
Universidad Nacional de Educación a Distancia

La voz *derechos sociales* abre la puerta de la reflexión a un amplio y variado horizonte de cuestiones difíciles. Sin embargo, el espacio asignado a esta nota sólo permite una referencia muy sintética a algunas de esas cuestiones, por lo que limitaré, mi exposición a estos cinco puntos representativos: 1. Denominación; 2. Historia; 3. Delimitación conceptual; 4. Naturaleza jurídica; 5. Posibilidades de realización.

DENOMINACIÓN

Cuando se intenta llegar a un cierto conocimiento fundamentado de lo que son y significan en la actualidad los derechos sociales es necesario comenzar por la identificación del objeto o realidad que ese nombre designa. ¿Cuáles son los derechos a los que se está haciendo referencia cuando se utiliza la expresión "derechos sociales"?

Para averiguarlo, puede recurrirse a estas cuatro vías complementarias de determinación: la denominación o denominaciones con que suelen ser designados (a), el contexto histórico de su nacimiento (b), sus rasgos diferenciales más acusados (c) y la enumeración individualizada (d).

a) Hasta el momento, la designación de este grupo de derechos viene realizándose mediante alguno de estos tres nombres: "derechos sociales", "derechos económicos y sociales" y "derechos económicos, sociales y culturales".

El término *derechos sociales* es sin duda el preferido de la doctrina, siendo asumido también ocasionalmente por algunos documentos de reconocimiento (por ejemplo, por la Carta Social Europea de 1961, en su única referencia genérica a estos derechos dentro del Preámbulo). Pero esa preferencia no ha impedido que muchos

estudiosos de la materia sigan utilizando también con frecuencia el nombre *derechos económicos y sociales* o el de *derechos económicos, sociales y culturales*. Por otra parte, este último ha logrado un predominio casi absoluto dentro del campo de la positivación jurídiconormativa, gracias al ejemplo de la Declaración Universal de 1948 (art. 22), los Pactos Internacionales de 1966, en especial el de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, o la Convención Americana sobre Derechos Humanos (capítulo III de su Parte I). Así que, desde la perspectiva del nombre, parece razonable concluir que cualquiera de las tres denominaciones constituye una buena clave de acceso a la identificación de este grupo de derechos. La concurrencia de las tres contribuye, no obstante, a una localización más rápida y a una identificación más completa. Por eso, manteniéndonos en el nivel puramente semántico, podemos afirmar que son derechos sociales todos aquéllos que son designados también con los nombres *derechos económicos y sociales* o *derechos económicos, sociales y culturales*.

b) Atendiendo al contexto histórico de su nacimiento, se suele identificar a los derechos sociales como aquéllos que comenzaron a ser incorporados a los textos constitucionales tras producirse la crisis de los civiles y políticos. En consecuencia, entendiéndose que estos últimos son los "derechos de la primera generación", aquéllos son definidos como "los derechos de la segunda generación". Pero esta conclusión (aunque tiene un considerable apoyo en la propia historia de la positivación de los derechos) debe ser doblemente matizada. En primer lugar, porque no puede ignorarse que la preocupación por algunos de los problemas que vinieron a resolver los nuevos derechos estuvo ya presente en los momentos iniciales de la historia de los derechos humanos. Y, en segundo lugar, porque varios de los derechos incorporados al reconocimiento constitucional durante esta segunda fase muestran una profunda coincidencia estructural y funcional con los viejos derechos civiles y políticos (por lo que podría resultar poco coherente enclaustrarlos en un grupo o "generación" distinta).

c) Suelen ser identificados también los derechos sociales mediante la referencia a alguna de las notas o caracteres que han marcado su existencia, bien en el ámbito de los rasgos externos, bien en el de los rasgos internos. Así, el itinerario de los rasgos externos recoge como caracteres identificadores de estos derechos el momento de su nacimiento (siglo XIX) o la identidad de los titulares de los mismos (trabajadores y grupos humanos). Y, a su vez, el itinerario de los rasgos internos discurre por la consideración del contenido (económico y asistencial), de la posición en que coloca a los titulares (crédito frente a la sociedad y el Estado) y del principio o valor fundamentador (la igualdad). Pero ambos itinerarios conducen a resultados parcialmente contradictorios con el sentido propio de cada uno de los derechos.

d) Puede seguirse, finalmente, en el proceso de identificación de los derechos sociales, el camino de la enumeración individualizada, a pesar del evidente riesgo de provisionalidad que esta vía comporta. Y, así, siguiendo el rastro de la Declaración Universal (1948), de la Carta Social Europea (1961), y del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (1966), puede establecerse que el grupo de los derechos sociales está formado prioritariamente por los siguientes

derechos: a la huelga, a sindicarse, a la seguridad social, a la protección de la salud, a un salario adecuado y conveniente, a igual salario por trabajo igual, al descanso, a vacaciones retribuidas, al trabajo y a la libre elección del mismo, a la seguridad e higiene en el trabajo, a protección contra el desempleo, a negociación colectiva, a la gratuidad de la educación primaria, a la igualdad de oportunidades educativas, a la formación y orientación profesional, a emplear el propio idioma, a la libre investigación, a participar en la vida cultural, científica y artística, a una mejora continua de las condiciones de existencia o a disfrutar de servicios sociales adecuados.

HISTORIA

Resulta patente que la historia del nacimiento y progresivo desarrollo de los derechos sociales se ha escrito en dos ámbitos muy estrechamente relacionados: el de la doctrina jurídicopolítica y el de la incorporación a los ordenamientos jurídicos (estatales o supraestatales).

Dentro del primero, influyó sobre todo la profunda transformación de los principios que venían determinando la filosofía política desde las revoluciones liberales de las postrimerías del siglo XVIII. La grave crisis interna del modelo liberal del Estado de Derecho transformó radicalmente la clave de interpretación de las funciones que corresponde desempeñar a la organización estatal dentro de los sistemas de relaciones sociales. Y, por este camino, la doctrina fue tomando conciencia de la necesidad de que el Estado abandonase su propia neutralidad social para intervenir de forma positiva en la lucha por el disfrute general e igualitario de los derechos fundamentales tradicionales y por la conquista de nuevas cotas de bienestar por parte de todos los ciudadanos.

Así, los derechos sociales, como derechos surgidos en el sistema de relaciones característico de la civilización industrial avanzada, fueron asumiendo el peculiar destino teórico y práctico de ayudar a los individuos a liberarse de la inferioridad real en que les iba colocando esa misma civilización y a conseguir una auténtica y efectiva igualdad real, contribuyendo a la transformación de la idea que se tenía sobre la función de los derechos fundamentales dentro de la organización de las relaciones individuo-Estado.

El desencanto por la impotencia de la simple autonomía individual, junto con la toma de conciencia de la necesidad de luchar por la conquista de una igualdad cada vez mayor y más real, fue, pues, uno de los principales factores que contribuyeron a transformar las actitudes doctrinales en el sentido de entender que el ejercicio de los derechos "tradicionales" debía experimentar una progresiva socialización y que resultaba imprescindible abrir paso a unos derechos de nueva configuración.

A su vez, dentro de la línea de reconocimiento en los ordenamientos jurídicos, la evolución histórica da pie a lecturas contrapuestas, de modo que la propia determinación del momento en que puede considerarse realizada la incorporación de los derechos sociales a los textos jurídicos positivos ha desembocado en tres

fechas diferentes (última década del siglo XVIII, mitad del siglo XIX y segunda década del siglo XX) que merece la pena considerar.

Parece, en primer lugar, justificada la afirmación de que la formulación más antigua de los derechos sociales se encuentra ya en la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano que fue incluida en el proyecto de Constitución republicana de 24 de Junio de 1793. En efecto, esa Constitución incorporaba (a través de los artículos 17, 21 y 22) varios principios de signo marcadamente económico o social, de modo que puede entenderse que en estas referencias, no sólo está presente una intensa preocupación social, sino que están también ya nuclearmente contenidos derechos tan representativos como el derecho al trabajo, el derecho a la asistencia pública y el derecho a la educación.

Sin embargo, desde otra forma distinta de valorar la historia, se ha expuesto también la tesis de que la aparición de los derechos sociales debe situarse en el siglo XIX, destacando como fecha decisiva el año 1848. Este año presencié, en efecto, la violenta explosión, no sólo de proyectos más o menos teóricos (como el aprobado por la Asamblea Nacional Constituyente de Frankfurt, reunida en la iglesia de San Pablo), sino también de un importante texto constitucional (la Constitución francesa de la Segunda República), que, aprobado el 4 de noviembre bajo la presión de las revueltas obreras, estuvo en vigor hasta el 1 de diciembre de 1851.

Pero ha de reconocerse, al mismo tiempo, que, si bien no sería del todo exacta la afirmación de que, antes de la Constitución de Weimar, la historia del constitucionalismo social es la historia de un vacío, sí parece innegable que, hasta la llegada del siglo XX, no fue posible asistir a la constitucionalización formal y expresa de los derechos sociales. En efecto, la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos o "Constitución de Querétaro", de 1917, y la Constitución del Reich Alemán o "Constitución de Weimar", de 1919, son los primeros documentos en que se formula un reconocimiento explícito, amplio y detallado, a nivel constitucional, de esos derechos. Y, en esa medida, puede establecerse la tesis de que la atención de la legislación constitucional a los derechos sociales como una realidad peculiarmente diferenciada de los derechos civiles y políticos ha sido una conquista muy reciente del siglo XX.

Ésta es, por lo demás, la tesis que cuenta en la actualidad con un mayor respaldo. Ahora bien, en mi opinión, puede sostenerse también cualquiera de las otras dos, siempre que se matice adecuadamente el sentido y el alcance que se le pretende dar en cada caso. En efecto, si bien es cierto que los derechos sociales no llegaron a adquirir carta de plena ciudadanía constitucional hasta la segunda década del siglo XX, no lo es menos que estos derechos (o, al menos, los principios organizativos que ellos encarnan) estuvieron ya directamente presentes en algunos textos constitucionales anteriores (aunque varios de esos textos, es obligado reconocerlo, no llegaron a entrar en vigor).

Un punto es, sin embargo, indiscutible: la importancia del siglo XX para la historia del reconocimiento de los derechos sociales ha sido decisiva y única, tal

como demuestra la siguiente secuencia de sus momentos estelares: 1917 (Constitución mexicana), 1919 (Constitución alemana), 1931 (Constitución española), 1936 (Constitución de la URSS), 1948 (Declaración Universal), 1961 (Carta Social Europea), 1966 (Pacto Internacional) y 1969 (Convención Americana).

DELIMITACIÓN CONCEPTUAL

La problemática teórica que plantean los derechos sociales no termina en la identificación de la realidad a que se está haciendo referencia cuando se pronuncia ese nombre o en la aclaración de su propia historia como categoría jurídicopolítica de la modernidad. Lo más importante para la teoría de estos derechos es, sin duda, la determinación de qué son o en qué consisten, dentro de la categoría general de los derechos humanos. Es decir, lo más importante, para el punto de vista teórico, es su delimitación conceptual.

Ahora bien, cuando los estudiosos de los derechos sociales han intentado esa delimitación, han chocado con notables dificultades. Así, la pretensión de establecerla mediante la identificación con su rasgo predominante y definitorio ha desembocado en una diversidad de conceptos difícilmente conciliables. Mientras que unos los definen como los derechos de los trabajadores [1], otros los ven como los derechos colectivos [2], otros como los derechos de contenido económico [3], otros como los derechos de crédito (frente a la sociedad y el Estado) [4] y otros como los derechos de igualdad [5]. Y todas estas caracterizaciones tropiezan con alguna contraindicación importante.

Así, la definición de los derechos sociales como derechos propios de la clase de los trabajadores asalariados [1] obligaría a excluir de este grupo a todos aquellos derechos que (como el derecho a la asistencia sanitaria o el derecho a la educación) son de titularidad universal, correspondiendo, por tanto, a todos los miembros de la sociedad, no sólo a los trabajadores.

A su vez, si son definidos como derechos colectivos (o propios de los grupos) [2], terminan convirtiéndose en una categoría científica prácticamente vacía, puesto que, en su gran mayoría, los derechos sociales, al igual que los civiles y políticos, tienen como titular inmediato a cada miembro del grupo en cuanto individuo, no al grupo en cuanto tal.

Del mismo modo, si se les identifica como derechos de contenido económico [3], se puede producir la paradoja de que no podrían ser considerados como "sociales" el derecho de huelga, el derecho a un medio ambiente sano, el derecho a sindicarse o el derecho a la educación, mientras que sí deberían serlo otros que, en su genuino sentido original, contradicen directamente su sentido originario (como el derecho de propiedad o el derecho de libertad de comercio y de empresa).

Y, si son definidos como posibilidades o poderes de exigir del Estado determinadas prestaciones positivas [4], habría que dejar fuera de sus fronteras a dere-

chos tan significados en la historia de los derechos sociales como los ya mencionados derecho a sindicarse o derecho de huelga.

Finalmente, tampoco parece admisible la identificación de los derechos sociales como "los derechos de igualdad" [5]. Al menos, por dos razones. En primer lugar, porque la mayoría de los llamados derechos sociales se orientan prioritariamente hacia la garantía de los intereses vitales básicos vinculados a la propia subsistencia individual, afectando sólo de manera tangencial a la igualación de las condiciones de vida. En segundo lugar, porque la atribución exclusiva de la lucha por la igualdad a los derechos sociales conduciría a una flagrante deformación histórica, ya que la influencia del principio de la igualdad en el proceso de reconocimiento de los derechos humanos no ha sido exclusiva de la fase de superación de las libertades individuales, sino que estuvo presente ya (como se ha visto) en la propia etapa inicial de la revolución francesa.

Así pues, la delimitación conceptual de los derechos sociales tendrá que saltar por encima de las connotaciones restrictivas que tiene la referencia a cada uno de los rasgos que han sido o son considerados predominantes y definitorios, pero, muy probablemente, sin prescindir de ellos, porque tales rasgos forman parte en alguna medida de la estructura pluridimensional de los derechos sociales. En efecto, puede comprobarse, por ejemplo, cómo muchos de esos derechos tienen un manifiesto contenido económico, del mismo modo que otros muchos colocan al sujeto titular en posición de poder exigir algún tipo de intervención activa del Estado. Pero puede comprobarse también que, fuera del grupo de los derechos sociales, existen derechos fundamentales que tienen un contenido económico o que implican la intervención activa de la organización estatal. En consecuencia, sin prescindir totalmente de la aportación clarificadora de los diversos rasgos aislados, es preciso buscar la delimitación conceptual de los derechos sociales en la profundidad de su propio modo de ser (o naturaleza).

NATURALEZA JURÍDICA

Hay dos preguntas que resumen adecuadamente el problema teórico de la naturaleza jurídica de los derechos sociales: ¿son o no son derechos en sentido fuerte?, ¿reúnen los caracteres esenciales de los derechos humanos propiamente dichos?

Ante la primera pregunta, la doctrina especializada ha formulado tres diferentes respuestas. Así, [1] se ha afirmado que las disposiciones jurídicas relativas al reconocimiento de los llamados "derechos sociales" no han llegado a tener casi nunca el carácter de verdaderas normas, manteniéndose, por el contrario, en su inmensa mayoría en el nivel de los simples "principios programáticos". Consecuentemente, los propios derechos sociales no pueden ser considerados tampoco como verdaderos derechos, ya que ni otorgan genuinos poderes jurídicos a sus titulares ni son, por tanto, jurisdiccionalmente defendibles.

Pero se ha sostenido también [2] que las disposiciones (intraestatales o supraestatales) en que son reconocidos estos derechos son con frecuencia verdaderas normas jurídicas dotadas de aplicabilidad directa. Así pues, los derechos proclamados en esas disposiciones poseen la mayor parte de los elementos estructurales de los derechos subjetivos, siendo casi siempre derechos en sentido fuerte.

Parece, por otra parte, según opinan otros muchos autores, [3] que sería arriesgado adoptar incondicionalmente alguna de las dos posiciones anteriores. En efecto, existen varias razones que avalan y/o contradicen la plausibilidad de la tesis negadora y de la tesis afirmativa. Por un lado, nos encontramos con que algunos derechos sociales han sido proclamados y regulados ya por los correspondientes ordenamientos jurídicos de tal modo que son jurídicamente eficaces, por ser jurisdiccionalmente defendibles. Así, el derecho de sindicación, el derecho de huelga, el derecho al descanso en el trabajo, el derecho a vacaciones retribuidas o el derecho a la educación. Pero, al mismo tiempo, hay otros derechos sociales que no han alcanzado todavía esa deseable posición, de suerte que resulta obligado reconocer que tales derechos están aún en la fase de simples pretensiones (para los ciudadanos) y de meros objetivos políticos (para el Estado o las organizaciones supraestatales).

Así pues, la propia situación real de los derechos y de las correspondientes normas de reconocimiento en los respectivos ordenamientos jurídicos empujan hacia la aceptación de la tesis de que no cabe una única respuesta uniforme, sino que es imprescindible llegar a planteamientos diferenciados. Y, así, es relativamente frecuente que los autores maticen sus conclusiones en el sentido de que algunos de los derechos sociales (y algunas de las disposiciones que reconocen/proclaman esos derechos) sí reúnen los rasgos que permiten afirmar su carácter plena y simplemente jurídico, mientras que otros y otras están aún lejos de poseerlos.

Del mismo modo, ante la pregunta acerca de si los derechos sociales reúnen o no los caracteres esenciales de los "derechos humanos" propiamente dichos, la doctrina se ha polarizado en dos respuestas antagónicas: la afirmativa y la negativa.

La doctrina afirmativa entiende que estos derechos son derechos humanos con el mismo fundamento y en el mismo sentido profundo en que lo son los civiles y políticos, puesto que ambos grupos de derechos tienen su radicación en la dignidad humana y están llamados a actuar como mecanismos de satisfacción de las exigencias de esa dignidad dentro de la organización social. De ahí que tropiecen con similares dificultades en su proceso de realización, por lo que en ambos supuestos resulta imprescindible que los Estados y las organizaciones supraestatales adopten medidas efectivas encaminadas a su protección. Y las varias diferencias que existen entre ambos grupos de derechos, al ser achacables al simple desfase generacional, han de ser consideradas como irrelevantes y radicalmente pasajeras.

Por contra, la posición negadora argumenta que los derechos incluidos en este grupo no poseen los elementos básicos de los derechos humanos propiamente dichos. En primer lugar, porque se le reconocen a los individuos, no en su calidad de hombres, sino en cuanto seres situados en unas determinadas circunstancias exis-

tenciales dentro de la comunidad política, careciendo, por tanto, de la universalidad constitutiva a todos los derechos humanos propiamente dichos. En segundo lugar, porque no pueden ser entendidos tampoco como exigencias que brotan directamente de la profundidad de la naturaleza humana, sino sólo como simples aspiraciones o deseos razonables de los ciudadanos en orden a la consecución de cotas cada vez más elevadas de autorealización y felicidad. Y, en esa medida, la organización social no deberá ni podrá asumirlos como condicionamientos inexcusables; sólo estará obligada a tomarlos en consideración como meros principios orientadores de sus actuaciones, dentro del marco de posibilidades reales que determinen en cada caso factores tan aleatorios como la disponibilidad de recursos, el desarrollo científico y técnico o la colaboración internacional. Incluso llega a afirmarse en ocasiones que ni siquiera es posible que los derechos sociales lleguen a tener el genuino carácter de derechos humanos, puesto que resulta a menudo inviable conciliar su existencia con la de otros varios derechos ya consolidados que tienen su raíz en el principio esencial de la libertad.

Paralelamente, dada la inoperancia generalizada de las disposiciones (tanto estatales como supraestatales) relativas al reconocimiento de los derechos sociales, se concluye que tales disposiciones no llegan a ser casi nunca verdaderas normas jurídicas aplicables, sino simples "principios programáticos" con eficacia éticopolítica meramente directiva.

En todo caso, no puede olvidarse que el rasgo definitorio de los derechos sociales en cuanto derechos humanos es la autonomía de su validez respecto del reconocimiento que de ellos han hecho los documentos históricos. Antes y después de cualquier reconocimiento por parte de las legislaciones positivas, estos derechos han de ser entendidos como posibilidades de acción que corresponden a los sujetos humanos por el simple título de su modo de ser humano. En efecto, en su sentido más propio, los derechos sociales (al igual que los derechos civiles y políticos) no son las posiciones jurídicas históricamente consolidadas, ni las disposiciones concretas que plasman su recepción en los ordenamientos jurídicos, sino aquellas exigencias o aspiraciones de los individuos, en su calidad de hombres que viven en sociedad, que se imponen a la razón como atribuciones que no pueden faltar en ningún ordenamiento jurídico. La peculiar validez o fuerza que les corresponde en cuanto derechos básicos que la organización social debe a los sujetos proviene de su dimensión ideal, reside en esa dimensión ideal y es anterior a su hipotético (aunque debido) reconocimiento por los ordenamientos jurídicos históricos.

Y, consecuentemente, aunque es exigible que los derechos sociales lleguen a ser siempre derechos dentro de los cauces de institucionalización jurídica de los ordenamientos positivos, este aspecto no es el decisivo para fijar el alcance de su propia naturaleza, puesto que el vigor y eficacia que tienen atribuidos no les corresponden por reunir de hecho los rasgos técnicos característicos de los "derechos subjetivos", sino por ser "derechos humanos".

POSIBILIDADES DE REALIZACIÓN

Dentro de la amplia problemática que los derechos sociales plantean en la actualidad a la teoría general de los derechos humanos, el aspecto que mayor interés y preocupación despierta es sin duda el de las dificultades con que tropieza su disfrute real por parte de los ciudadanos, debido a su limitada ejercitabilidad jurídica y a su directa dependencia de los recursos económicos disponibles.

En su dimensión estrictamente jurídica, la debilidad de los derechos sociales es notoria, tanto en el ámbito del orden jurídico supraestatal como en el de los ordenamientos jurídicos estatales.

Así, dentro del primero, es obligado reconocer que existe un grave déficit de respaldo institucional. En efecto, a pesar de que tales derechos han sido reconocidos desde hace tiempo mediante solemnes proclamaciones formales, ni siquiera han logrado todavía el débil respaldo de los mecanismos de protección jurisdiccional que amparan el ejercicio de los derechos civiles y políticos.

Y, dentro del segundo, la posición de los derechos sociales se mantiene aún en un estado muy precario de consolidación. Por una parte, porque persisten las reticencias a incluir su proclamación dentro del articulado relativo a los derechos o libertades fundamentales. Por otra, porque se les escamotea casi siempre la correspondiente protección jurisdiccional. Así, puede comprobarse cómo en ocasiones tales derechos han sido excluidos de los textos constitucionales o bien han sido sometidos a un tratamiento claramente devaluador.

A su vez, la directa dependencia de la disponibilidad de recursos económicos hace que el disfrute efectivo de los derechos sociales se presente como un objetivo difícilmente alcanzable. Se ha llegado a un punto en que, tras la toma de conciencia de que, si no existe una organización social y económica capaz de posibilitar su efectividad, el reconocimiento estatal o internacional de los derechos sociales actúa en el vacío, se está aceptando ya como un mal inevitable la imposibilidad de que esa efectividad se vea libre a corto plazo de los grandes obstáculos que la bloquean en la actualidad. Entre ellos, el imparable crecimiento de las necesidades, la galopante escasez de recursos y la creciente impotencia de la acción estatal.

En efecto, las ingentes dificultades con que se han venido encontrando tradicionalmente los Estados en relación con la cobertura de las necesidades amparadas por los derechos sociales están siendo agravadas en la actualidad por las nuevas circunstancias de deflación económica, explosión del desempleo y envejecimiento de las poblaciones. Y, por otra parte, la propia capacidad de maniobra de los Estados está siendo reducida incesantemente por los procesos de globalización, de tal modo que la mayoría de los factores que condicionan la realización efectiva de los derechos sociales sigue una dinámica controlada por centros de decisión independientes del propio Estado. ¿Qué pueden hacer los Estados cuando el crecimiento económico sostenido, la previsibilidad de los mercados financieros, la estabilidad de precios, las posibilidades de ocupación, la normalidad del comercio internacional, la dispo-

nibilidad de materias primas, el desarrollo tecnológico, etc., dependen casi siempre de fuerzas o poderes (nacionales o transnacionales) que escapan casi totalmente a su control?

Consecuentemente, en cuanto afecta a las posibilidades de realización de los derechos sociales, está cundiendo el desánimo hasta el punto de que muchos estudiosos hayan comenzado a hablar ya abiertamente de ciertas soluciones que no son tales, sino descarnado desmantelamiento de los derechos sociales. Así, la tesis de que no deben ser tratados en ningún caso como verdaderos derechos o las propuestas de recortar el número de prestaciones, rebajar el nivel de cobertura o reducir el número de beneficiarios titulares.

Ahora bien, dado que estas "soluciones" son manifiestamente indeseables, la única salida que le queda al ideario de los derechos sociales es agarrarse desesperadamente a la fe ética y política en tales derechos para, desde ahí, luchar por su progresiva realización social. Y, para ello, nada mejor que promover una constante y sincera colaboración internacional, a fin de asegurar la disponibilidad generalizada de todos aquellos recursos económicos que resulten indispensables para el disfrute de los derechos.

BIBLIOGRAFÍA

Agnati, A. (ed.), **Diritti economici, sociali e culturali nella prospettiva di un nuovo Stato sociale**. Cedam, Padova, 1990.

Bea Pérez, E., **Los derechos sociales ante la crisis del Estado del Bienestar**. Anuario de Filosofía del Derecho, nº 10, 1993.

Bossuyt, M., **La distinction juridique entre les droits civils et politiques, et les droits é conomiques, sociaux et culturels**. *Revue des Droits de l'Homme*, nº 8, 1975.

Brunner, G., **Die Problematik sozialer Grundrechte**. J. C. B. Mohr, Tübingen, 1971.

Bourdeau, G., **Les droits é conomiques et sociaux**. En: **Les libertés publiques**. LGDJ, Paris, 1972.

Cascajo Castro, J. L., **La tutela constitucional de los derecho sociales**. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1988.

Contreras Pelaez, F. J., **Los derechos sociales: teoría e ideología**. Tecnos, Madrid, 1994.

De Calan, P./ Maroselli, J., **Pour/contre les libertés sociales et é conomiques**. Berger Levrault, Nancy, 1967.

De Castro Cid, B., **Los derechos sociales: análisis sistemático**. En: **Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Para una integración histórica y doctrinal de los Derechos Humanos**. Universidad de Murcia, Murcia, 1981.

De Castro Cid, B., **Delimitación de los derechos económicos, sociales y culturales**. En: **Problemas de la Ciencia Jurídica, Tomo I**. Universidade de Santiago de Compostela, Santiago de Compostela, 1991.

De Castro Cid, B., **Los derechos económicos, sociales y culturales. Análisis a la luz de la teoría general de los derechos humanos**. Universidad de León, León, 1993.

De Castro Cid, B., **Estado social y crisis de los derechos económicos, sociales y culturales**. *Derechos y Libertades*, nº 6, 1998.

Friedman, K. V., **Legitimation of Social Rights and the Western Welfare State. A Weberian Perspective**. The University of North Carolina Press, Carolina del Norte, 1981.

Ganji, M., **The realization of Economic, Social and Cultural Rights: Problems, Policies, Progress**. United Nations, Nueva York, 1975.

Hernekamp, K., **Soziale Grundrechte**. Walter de Gruyter, Berlín/Nueva York.

Martínez de Pisón, J., **Políticas de bienestar. Un estudio sobre los derechos sociales**. Tecnos / Universidad de La Rioja, Madrid, 1998.

Pérez Luño, A. E., **El concepto de igualdad como fundamento de los derechos económicos, sociales y culturales**. Anuario de Derechos Humanos, nº 1, 1981.

Pérez Luño, A. E., **La evolución del Estado social y la transformación de los derechos fundamentales**. En: Olivas, E. (ed.), **Problemas de legitimación en el Estado social**. Trotta, Madrid, 1991.

Pérez Luño, A. E. , **Los derechos sociales y sus críticos**. En: Theotonio, V./ Prieto, F., **Los derechos económicosociales y la crisis del Estado de bienestar**. Etea, Córdoba, 1996.

Prieto Sanchís, L., **Los derechos sociales y el principio de igualdad sustancial**, *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, nº 2, 1989.

Ruiz Miguel, A., **Derechos liberales y derechos sociales**. *Doxa*, nº 15-16, 1993.

Schneider, P., **Droits sociaux et doctrines des droits de l'homme**. *Archives de Philosophie du Droit*, nº 12, 1967.

Tomandl, T., **Der Einbau sozialer Grundrechte in das positive Recht**. J. C. B. Mohr, Tübingen, 1967.

LOS DERECHOS ECOLÓGICOS

Fernando León Jiménez
Juez de Primera Instancia
Juzgado de Baena (España)

La consagración del derecho *al* medio ambiente supone el reconocimiento jurídico explícito de la necesidad humana radical de un entorno natural saludable y equilibrado para el mantenimiento de la supervivencia humana en condiciones de dignidad. Es *explícito* porque el reconocimiento implícito de la dependencia humana del entorno siempre ha existido, si bien actualmente la amenaza al equilibrio del medio es tan intensa que ha sido preciso no sólo un reconocimiento expreso, sino el planteamiento del debate más allá del marco de la ética. Y es esta circunstancia, en definitiva, que supone un riesgo grave e inminente para la vida humana sobre la Tierra, la que ha obligado a plantear que la conservación y restauración del medio son *necesidades primarias* para la sociedad mundial que merecen tutela jurídica desde la "categoría jurídica privilegiada" de los derechos humanos.

La ineludible vinculación del medio a la salud y bienestar humanos determinan que la expresión "derecho *al* medio ambiente" devenga incorrecta si se utiliza de forma independiente. Realmente, el reconocimiento del derecho a una realidad física que ya poseemos, e incluso que disponemos en contra de nuestra voluntad misma en cuanto que nos rodea y se integra con el ser humano como un elemento más de la realidad que nos define desde fuera, no tiene sentido: la finalidad de declarar y garantizar derechos se predica, inevitablemente, de lo que es susceptible de perderse o, en su caso, de no alcanzarse. De ahí, que para usar con propiedad la expresión sea preciso adjetivarla de alguna manera: derecho a un medio ambiente "salubre", "adecuado para la salud", o como refiere nuestro mismo texto constitucional, "adecuado para el desarrollo de la persona" (art. 45.1 de la Constitución Española; Pérez Luño, 1986, p. 453). El hábito doctrinal de utilizar la expresión sin adjetivos nace de la comodidad y sentido implícito que en sí mismo incorpora; si a ello se suma que suele usarse en un contexto de discusión o exposición muy concretos, huelga decir que su significado y alcance quedan perfectamente perfilados sin necesidad de

extenderse en la expresión. No obstante, algunos autores prefieren usar en cursiva el término “*al*” para indicar que a sabiendas se utiliza el término abreviado y en pureza incorrecto; ésta parece la solución intermedia más acertada, toda vez que combina equilibradamente la comodidad de uso de la expresión y el reconocimiento y aviso para navegantes de su inexactitud. En la exposición que sigue abordamos los perfiles y rasgos más originales de este derecho dentro del contexto de debate de los derechos humanos. A la vez, nos detendremos breve y puntualmente en cómo han sido configurado en el art. 45 C.E. (que consagra el derecho *al* ambiente) cada uno de estos rasgos, y qué sentido tienen desde una perspectiva ecologista. Con ello podremos adivinar no sólo la esencia y fundamento axiológico de este derecho, sino también la proyección que ha encontrado en nuestra Constitución, conocimiento que puede redundar en la aplicación práctica del mismo.

El rasgo más original de este derecho humano es que trata de incorporar al Planeta como factor relevante dentro del contexto de debate de los derechos humanos, y como vértice que ejerce contrapeso frente a la visión radicalmente antropocéntrica inherente a cualquier planteamiento clásico sobre los derechos humanos. En este sentido, el nuevo significado que este derecho humano trata de incorporar al “núcleo semántico duro” de los derechos humanos puede sintetizarse en la idea de que “el Planeta es un *ser* que se autorregula según sus propias leyes naturales, y sus reglas de funcionamiento tienen prioridad sobre las humanas, de tal manera que si el hombre no cumple con las reglas del Planeta será eliminado: la ética pura del Planeta es la de las leyes de la bioquímica” (Lovelock, 1992, p. 175). No es tanto que el hombre pueda acabar con su actitud con cualquier género de equilibrio planetario, sino con aquél equilibrio imprescindible para garantizar condiciones de vida humana suficientes. Es dentro de este entendimiento donde hay que considerar al Planeta como un factor que merece una consideración central dentro de cualquier planteamiento o construcción sobre los derechos humanos en general, o respecto al derecho humano *al* ambiente en particular, y que obliga a considerar que la necesidad de protección del equilibrio planetario no es más que una denominación peculiar y particularizada de la necesidad humana de supervivencia. De esta forma, tutelar el Planeta es la mejor manera de tutelar a los seres humanos, circunstancia que convierte en irrelevante el debate sobre los derechos del Planeta, ya que de una u otra manera (esto es: por fuerza) éstos deben ser tutelados para garantizar la vida del hombre como especie que no sobrevive sin el entorno. Decir que el Planeta tiene tal o cual derecho es una manera, otra más, de afirmar que tenemos ese mismo derecho, sea cual sea la formulación lingüística en la que se concrete.

Este entendimiento se proyecta inicialmente sobre una imprescindible reformulación de las bases de la teoría democrática moderna. Dentro del conjunto de valores que conforman un concepto mínimo de democracia, es necesario incluir en un lugar privilegiado la prohibición de atentar, aunque se respeten las reglas democráticas básicas, contra la naturaleza de una manera tan firme que comprometa la supervivencia humana sobre la Tierra. Esta regla se alza como un límite material a la regla formal de legitimación de decisiones por el simple juego de las mayorías. Así, cualquier decisión

que pueda comprometer las bases biológicas que sustentan la vida humana debe considerarse no sólo antiecológica sino *antidemocrática* (Serrano Moreno, 1993).

Igualmente, es inherente a cualquier reflexión sobre el derecho humano *al* ambiente el de redefinir las relaciones entre economía y ecología. Así, nuestro mismo texto constitucional establece que “los poderes públicos velarán por la utilización racional de los recursos naturales” (art. 45.2 C.E.), utilización que se desplegará en sus más rotundos efectos dentro de una estructura económica concreta, que viene definida por unas reglas y metas determinadas. Desde un entendimiento del derecho humano *al* ambiente pacífico y comúnmente admitido por los diferentes sectores de doctrina ecologista que han analizado el problema desde este prisma jurídico, se admite que estas relaciones deben redefinirse a la luz del concepto de *desarrollo sostenible* (Riechmann, 1994, pp. 11-35).

El *principio de sostenibilidad* es la fórmula jurídica en la que se concreta el contenido de este concepto de carácter marcadamente ecológico. Este principio, componente nuclear de cualquier contenido mínimo del derecho humano *al* medio ambiente, gravita sobre dos conceptos de suyo amplios e interpretables desde múltiples perspectivas.

Por una parte, la idea de *desarrollo*. Desde el paradigma ecológico, *desarrollarse no es solamente crecer económicamente*. Indudablemente, es indispensable gozar de un mínimo económico existencial que permita una vida digna. Pero una vez satisfechos los niveles vitales mínimos, hay que evitar la ilusión de crecer sin límite, que se traduce en saqueos ambientales insostenibles y agresiones indirectas sobre el mismo ser personal (Roszak, 1985, p. 84).

Es imprescindible afirmar que todo desarrollo debe ser *humano*. Ello implica una concepción equilibrada del consumo, que debe ser selectivo y suficiente pero no superfluo o derrochador, favorecedor de la “calidad de vida” y la autorrealización personal por encima del mero “nivel de vida” (Martín Mateo, 1991, pp. 1446-1449). Este criterio, al menos formalmente, es el acogido por nuestra Constitución, que establece la idea de “calidad de vida” humana como criterio orientador para la utilización de los recursos naturales y la protección del medio (art. 45.2 C.E.).

Por otra parte, la idea de *sostenibilidad*. La sostenibilidad *stricto sensu* puede destilarse en un postulado ético-político elemental: *la economía es un subsistema de la ecología y debe subordinarse a sus leyes y a las reglas de funcionamiento del ecosistema*. De esta manera, la ciencia ecológica cumplirá la función moral y política de indicar los *límites naturales máximos* que el desarrollo no debe rebasar, y apuntará las reglas precisas que conforman la lógica del mundo natural a la que debe someterse la actividad económica humana (Schumacher, 1994, pp. 33-40).

La “racionalidad ambiental” proclamada en este precepto constitucional debe incluir aún un rasgo más. Éste no es otro que la adopción de la visión totalizadora, integral e interdependiente como el rasgo metodológico esencial que hay que trasladar desde la ecología a la ciencia jurídica y política. Así, la política y el derecho deberán tener siempre presente la variable ambiental aunque aparentemente no

quede implicada de forma directa en algunos contextos de acción. Los datos provenientes de la ecología y las ciencias en general serán parte del contenido del derecho al ambiente, e incluso parte esencial del mismo; y estos datos inevitablemente son el resultado final de una metodología que incluye como eje central la visión interdependiente de todos los sistemas naturales terrestres y, a mayores, de todas las realidades y ciencias, sean naturales o sociales (Odum, 1980). Este nuevo entendimiento obliga, de suyo, a que el tratamiento de los problemas ambientales *no pueda ser unidimensional*: no puede ser objeto de tratamiento de una única ciencia o, en el contexto de acción jurídico, de una rama especializada del derecho. Lo realmente necesario es que las disciplinas y normas jurídicas de cualquier clase incluyan entre sus fundamentos *la variable ecologista como una piedra angular*. La asimilación de este postulado nos llevaría paradójicamente a *la desaparición del Derecho Ambiental* como tal (que es el encargado de desarrollar infraconstitucionalmente el contenido del derecho al ambiente), y ello por asimilación de sus contenidos en las diferentes ramas del Derecho: "Para entonces -ha escrito el profesor Rodríguez Ramos- el art. 45 de la Constitución podría también ser *absorbido* por una nueva versión del art. 1.1. que rezara así: España se constituye en un Estado social, democrático y *ambiental* de Derecho" (Rodríguez Ramos, 1995, p. 78).

La expresión jurídica "*indispensable solidaridad colectiva*", recogida en el segundo punto del art. 45 C.E, debe interpretarse en el sentido de que sin la colaboración de *cada ser humano* no será posible solucionar el grave problema ecológico actual ni superar las radicales desigualdades sociales y el hambre de millones de personas en todo el Planeta. No es suficiente, por tanto, una estructura jurídica de protección de este derecho humano; es preciso acudir a imperativos éticos de común aceptación para que la conservación del medio devenga en realidad vigente. En el actual contexto social y valorativo, esta colaboración colectiva exige un hondo cambio personal. Principalmente, hay que sustituir los fines radicalmente consumistas y profundamente egoístas inherentes al sistema de mercado, por un paradigma de austeridad y fraternidad.

Dentro de este contexto, no puede eludirse la existencia de una responsabilidad ética cualificada de la *comunidad científica*. Esta dispone de los conocimientos y herramientas necesarios para acercarnos a un fin catastrófico o, por contra, colaborar con la recuperación ambiental (Ruiz de la Peña, 1985, p. 127). Los científicos deberían elaborar o incluir cláusulas en sus códigos deontológicos que prohíban el uso de sus conocimientos si tienen constancia de que se destinarán a proyectos que de alguna forma se traducirán en daños ecológicos graves. Entre los científicos, es imprescindible que los *ecólogos* jueguen un papel destacado. Deben cumplir una función activa en la promoción de las actitudes ecologistas; su faceta científica y la político-protectora deben confundirse, colaborando con datos científicos a apoyar las ideas ecologistas (Ashby, 1981, p. 184).

No es posible que desaparezca la crisis ecológica actual si antes no se ha superado el problema de la pobreza generalizada que sufren multitud de naciones del Planeta. En estos países es inevitable que se esquilmen los recursos naturales: por

una parte, la precariedad vital y la necesidad inmediata de medios de supervivencia les obligan a consumir cualquier cosa que les permita subsistir, aunque sean recursos naturales no renovables; por otra parte, tampoco es extraño que estas materias primas que constituyen sus tesoros naturales sean el único instrumento de cambio válido con los países industrializados que les permite obtener alguna rentabilidad. Asimismo, y como complemento necesario de esta visión, en el marco de la ayuda a estos países pobres no debe tolerarse la subordinación del *derecho al desarrollo* de los pueblos pobres a los intereses económicos de los países que prestan la "ayuda". Lo contrario debe considerarse inmoral y antiecológico. *Inmoral* porque es abiertamente inhumano, al multiplicar la pobreza que pretende corregir. Y *antiecológico*, porque al dirigir a los países subdesarrollados hacia una más intensa pobreza, éstos se ven obligados a depredar con más intensidad los recursos naturales para poder seguir subsistiendo (Schneider, 1995).

Igualmente, es obligado prestar una atención especial dentro del marco de la solidaridad con estas naciones a la *ayuda tecnológica* suministrada para superar la pobreza. De ninguna manera ésta pueda ser una tecnología intensiva en capital y baja en mano de obra, que incorpore tecnología avanzada y exija conocimientos superiores para su uso productivo. Hay que recurrir a la denominada *tecnología intermedia*. Este género de ayuda tecnológica favorece el crecimiento económico necesario para superar la pobreza, es accesible a todos, no excluye el trabajo humano, no es un producto culturalmente uniforme ni marginador de la cultura y ecológicamente es impecable. No agrade al entorno porque simplemente no puede hacerlo: al precisar de éste e integrarse con el mismo para su propio desenvolvimiento, se une con él de una manera integralmente ecológica. Es, en definitiva, la única que puede colaborar en la superación de la crisis económica de los países subdesarrollados sin situar en jaque su equilibrio ecológico (Schumacher, 1994, pp. 170-181).

El art. 45 C.E. dedica de manera exclusiva su último apartado a la proclamación del deber del Estado de establecer un sistema legal de sanciones penales y administrativas, así como de resarcimiento de daños, para los que violen los derechos proclamados en los apartados anteriores del mismo precepto, que construyen constitucionalmente el contenido del derecho *al* ambiente. Es imprescindible asimilar la idea de que el Derecho, especialmente en su faceta *represora*, "no tiene capacidad bastante para solucionar por sí mismo la crisis ambiental, siendo este mandato más bien el fruto de la presión ecologista de la época de redacción del texto constitucional que una aportación original y necesaria" (Alzaga, 1978, p. 226). No obstante, esta rama del Derecho que trata de construir un blindaje legal eficaz en torno al derecho humano al ambiente, debe cumplir una función de colaboración esencial para contribuir a combatir atinadamente la crisis ambiental, para lo cual debe incorporar algunos cambios en sus esquemas clásicos.

Inicialmente, el moderno Derecho Ambiental debe dar cabida al *principio de preferencia de la prevención*. Este principio impone la obligación de crear instrumentos jurídicos y económicos efectivos que corrijan los posibles riesgos antes de que se traduzcan en daño ambiental, entre los cuáles encontrarán un lugar privilegiado las

ofertas de incentivos fiscales y financieros a los potenciales agentes contaminantes (Domingo, 1991, p. 6). Y esta prioridad preventiva debe tener una proyección no sólo presente, sino futura. Así, es necesario asumir el principio *in dubio pro natura*, que exige “la renuncia a los proyectos sobre los que existen dudas razonables de viabilidad ambiental” (Salvia, 1993, p. 66).

Por otra parte, tampoco hay que obviar la eficacia preventiva general y especial del derecho sancionador. Desde este área legal, es fundamental el mantenimiento de sanciones que, dentro de la proporcionalidad que debe ser inherente a toda norma penal, sean *elevadas*, tanto si se trata de sanciones de naturaleza pecuniaria como privativas de libertad.

En el ámbito de la *responsabilidad civil* es preciso acometer algunas revisiones para atender a las necesidades de protección de este derecho humano. Es obligado subrayar la importancia dentro de este contexto de la idea de *reparación* de los daños ambientales imprudentemente causados, que generalmente queda soslayada en beneficio de los aspectos meramente indemnizatorios. Es preciso adoptar la regla general de *responsabilidad civil objetiva* de las empresas potencialmente contaminantes, siendo ésta una exigencia urgente en aquellos supuestos en los que el riesgo potencial es muy intenso y el posible daño muy grave. Esta nueva regla se traduciría en la necesidad de constituir *seguros ambientales* para las empresas más importantes y con un mayor riesgo de generar un intenso daño ambiental. Esta no es una regla preventiva en sentido estricto, pero obliga a la entidad aseguradora a exigir al asegurado el cumplimiento de unos estándares de seguridad adecuados y, en todo caso, forma parte del tejido de previsiones serenamente construidas para paliar los efectos de un posible desastre ambiental (Cabanillas, 1994, p. 153).

Algunos autores incluso han querido trasladar estas ideas sobre la responsabilidad civil al ámbito de la prevención ambiental antes referido. Así, por ejemplo, Agustín Domingo ha avanzado lo que denomina *principio de probabilidad suficiente*: los tribunales podrían obligar a una determinada empresa a realizar las reparaciones necesarias para corregir algún punto o elemento de la misma sobre el que existe convicción suficiente de que puede producir un daño ambiental (Domingo, 1991, pp. 17-18). Se trataría, en definitiva, de una suerte de “interdicto de obra ruinosa ambiental”.

Comprobada la situación ecológica actual, es necesario operar cambios fundamentales en el ámbito del derecho y la política, actuándose con flexibilidad y sin los férreos anclajes dogmáticos que impiden la evolución del derecho hacia manifestaciones totalmente nuevas y eficaces en el tratamiento de la crisis ambiental. Y esta flexibilidad en los planteamientos jurídicos actuales, que facilitan el tránsito hacia una nueva forma de derecho más ecologizada y planetaria, debe hacerse especialmente patente en el contexto de estudio, configuración e interpretación de los derechos humanos, que deben incorporar el derecho *al* ambiente como un derecho que no puede faltar en cualquier catálogo de derechos humanos: “Los nuevos derechos fundamentales del futuro -ha escrito el profesor Soriano- exigirán nuevos plan-

teamientos doctrinales y probablemente expresiones y categorías que definan su propia naturaleza" (Soriano, 1999).

BIBLIOGRAFÍA

Alzaga, O. (ed.), **La Constitución española de 1978 (Comentario sistemático)**. Tecnos, Madrid, 1978.

Ashby, E., **Reconciliar al hombre con la naturaleza**. Blume, Barcelona, 1981.

Cabanillas Sánchez, A., **La responsabilidad civil por daños al Medio ambiente**. En: Pezzi Ceretto, M. (ed.), **I Congreso Nacional de Derecho Ambiental**. B.O.E., Sevilla, 1994.

Domingo, A., **Ecología y solidaridad. De la ebriedad tecnológica a la sociedad ecológica**. Sal Terrae, Madrid, 1991.

Lovelock, J., **Gaia. Una ciencia para curar el Planeta**. Integral, Barcelona, 1992.

Martín Mateo, R., **La calidad de vida como valor jurídico**. En: Martín Mateo, R. (ed.), **Estudios sobre la Constitución española. Homenaje al profesor Eduardo García de Enterría**. Civitas, Madrid, 1991.

Odum, E., **Ecología: el vínculo entre las ciencias naturales y las ciencias sociales**. Cecsca, Barcelona, 1980.

Pérez Luño, A. E., **Estado de Derecho, Derechos Humanos y Constitución**. Tecnos, Madrid, 1984.

Piaget, J., **Problemas generales de la investigación interdisciplinaria y mecanismos comunes**. En: Piaget, J. (ed.), **Tendencias de la investigación en las ciencias sociales**. Alianza, Madrid, 1976.

Riechmann, J., **Desarrollo sostenible: la lucha por la interpretación**. En: Damboarena, J. J. (ed.), **De la economía a la ecología**, Trotta, Madrid, 1994.

Rodríguez Ramos, L., **Protección penal del medio ambiente**. En: Pezzi Ceretto, M. (ed.), **I Congreso de Derecho ambiental**. B.O.E., Sevilla, 1995.

Roszak, T., **Persona/Planeta. Hacia un nuevo paradigma ecológico**. Kairós, Barcelona, 1985.

Ruiz de la Peña, J. L., **Ecología y teología**. En: Pikaza, X. (ed.), **El desafío ecológico. Ecología y humanismo**. Universidad Pontificia, Salamanca, 1985.

Salvia, F., **Gli strumenti giuridici della tutela ambientale**. Rivista Giurídica dell'ambiente, nº 2, 1993.

Schneider, B., **El escándalo y la vergüenza de la pobreza y el subdesarrollo**. Círculo de Lectores, Barcelona, 1995.

Schumacher, E. F., **Lo pequeño es hermoso**. Tursen / Hermann Blume, Madrid, 1994.

Serrano Moreno, J. L., **Ecología, Estado de Derecho y Democracia**. Anuario de Filosofía del Derecho, nº 10, 1993.

Soriano Díaz, R., **Valores jurídicos y derechos fundamentales**. M.A.D., Sevilla, 1999.

EL DERECHO DE AUTODETERMINACIÓN

José I. Lacasta Zabalza
Catedrático de Filosofía del Derecho
Universidad de Zaragoza

En un sentido amplio, de conformidad textual con la Resolución 2.625 (XXV) aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 24 de octubre de 1970: “todos los pueblos tienen el derecho de determinar libremente, sin injerencia externa, su condición política, y de proseguir su desarrollo económico, social y cultural, y todo Estado tiene el deber de respetar este derecho de conformidad con las disposiciones de la Carta”. En principio, el *derecho de autodeterminación* es, pues, la capacidad jurídica que detenta un sujeto colectivo, un “pueblo”, para decidir plena y libremente sobre su “condición política”. O, como reza literalmente el artículo 1.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de Nueva York (19 de noviembre de 1966): “Todos los pueblos tienen el derecho de libre determinación. En virtud de ese derecho establecen libremente su condición política y proveen asimismo a su desarrollo económico, social y cultural”.

Históricamente, este derecho ha pasado por diferentes fases de actualización e interpretación. Un momento decisivo para sus primeros pasos culturales, minuciosamente estudiado por Charles Taylor, se sitúa en el proceso de independencia de los Estados Unidos de América con respecto a la “nación inglesa” de Europa. Allí nació la idea moderna por la que toda “nación” tiene derecho a autodeterminarse “para obtener la autonomía del gobierno del pueblo que la compone” (Taylor, 1999, pp. 89-90). Una nueva dimensión del ideal de la libertad exige la separación de la colonia americana de la metrópoli inglesa para fundar una nación y autogobernarse.

La Revolución francesa también colaboró de modo concluyente en la elaboración del ideal autodeterminante, por la búsqueda de la autonomía política nacional, la formación de una administración democrática y una progresiva participación popular de la “nación” en la adopción de resoluciones políticas y jurídicas. Como ha sabido verlo Javier Villanueva, el artículo 2 de la Declaración de los Derechos del

Hombre y del Ciudadano, que instaura el “derecho a la resistencia contra la opresión”, sobre todo en su formulación constitucional de 1793 (artículo 35), al ser pensado como un “derecho-deber” de “insurrección” del “pueblo” contra todo gobierno que viole sus derechos e incurra en actividades tiránicas, precede con su propuesta de autoafirmación de ese “pueblo” contra el orden injusto, con la democracia como condición *sine qua non*, a la perspectiva misma de la autodeterminación. Pues, sin condiciones democráticas, ni siquiera puede ponerse en movimiento el ejercicio de ese derecho autodeterminante o de cualquier otro derecho (Villanueva, 1991, pp. 249-253). El “derecho a la insurrección” es anterior al “derecho de autodeterminación”. También lo son otras propuestas jurídicas revolucionarias y francesas, como la de la “unión voluntaria” de la población bajo un mismo régimen (lo que aconteció en octubre de 1790, mediante la incorporación voluntaria de Alsacia a Francia). Otro tanto ocurre con la renuncia del poder revolucionario francés a las guerras de conquista de otros pueblos (22 de mayo de 1790 y textos constitucionales de 1791 y 1793). Que cada pueblo “es absolutamente el señor de su casa” constituye un principio del Derecho de Gentes del mismo período revolucionario, en esa versión de la diplomacia gala y de Carnot, que tiene ya un color claramente autodeterminante, pese a su completa torcedura posterior a manos de Napoleón Bonaparte y del nuevo orden internacional por él promovido.

Varias aspiraciones jurídicas iguales y similares fomentaron los movimientos revolucionarios de 1848 en Europa. Desde entonces hasta fines del siglo XIX hay un itinerario abierto por las nuevas naciones que aspiran a instituir su propio Estado. Es el caso del alumbramiento de Noruega o el de la unificación nacional italiana. Precisamente, uno de los teóricos de esa unidad de Italia va a ser el autor de importantes reflexiones iusfilosóficas de posterior repercusión autodeterminante. Se trata de Pascuale Stanislao Mancini (1817-1888). Junto a un interesante Derecho Internacional de inspiración kantiana que rechaza el uso de las armas y la fuerza para la resolución de los conflictos entre los diversos países, Mancini formula una teoría bastante desarrollada de la “nación” y de la “nacionalidad”, que le llevó a proponer el “sacrosanto derecho de las nacionalidades a constituirse libremente”. Filosofía liberal, pero contenedora a la vez de algunos aspectos problemáticos que van a resurgir, de manera negativa, en otros pensadores nacionalistas. Su visión naturalista y étnica de la “nación” como “comunidad de raza” es asaz conflictiva. Si bien Mancini introduce otros muchos elementos más racionales, y muy equilibrados, como cuando exige una necesaria “conciencia social” de querida pertenencia a la “nación” por parte de la gente habitante del territorio en cuestión (Villanueva, 1991, pp. 135-146).

Más moderno y cercano a las tareas intelectuales de hoy resulta el pensamiento federalista del catalán Francesc Pi i Margall (1824-1902), Presidente de la Primera República española. Personaje que, cosa rara entre los liberales españoles de su tiempo, critica la falta de igualdad jurídica entre mujeres y hombres en la legislación positiva, y que fue consecuente partidario de considerar los problemas de la relación entre el individuo y el Estado, los derechos individuales y los colectivos, desde su

irrenunciable *individualismo*. Porque, decía Pi en su interesantísimo escrito **Las luchas de nuestros días**, esa tensión entre lo individual y lo colectivo ha de resolverse “sin menoscabar la personalidad de nadie, puesto que la libertad es la primera condición de la vida humana” (Lacasta-Zabalza, 1984, pp. 246-259). En cuanto a **Las nacionalidades**, que así se titula ya su famoso libro editado en 1876 tras la derrota republicana, Pi no cree que las “naciones” occidentales puedan definirse mediante “las fronteras naturales”, ni por la “identidad de lengua”, mucho menos por el “criterio de las razas” ni por “el criterio histórico”. Tampoco admite Pi la solución de una “combinación de criterios” entre todos los críticamente expuestos. El asunto no consiste en invocar el “principio de las nacionalidades” en un sentido abstracto, pues bien que lo hacía esos años Prusia que, sin embargo, conquistó militarmente el territorio danés de Schleswig-Holstein y no se desprendía de su posesión ilegítima de una parte de Polonia. El proyecto de Pi i Margall, modernísimo y muy racional, exige previamente el “abandono de la fuerza” y la primacía del derecho en el orden europeo. La labor de “reconstituir las naciones” solamente puede hacerse desde dos atalayas jurídicas: a) contra los poderes extraños que dominan a un pueblo existe el “derecho eterno” de rebelarse; por eso “deben abandonar la tierra de Polonia austríacos, prusianos y rusos” b) porque sobre todo -y aquí aletea la plenitud de la fórmula autodeterminante- los “pueblos deben de ser dueños de sí mismos”. Todo ello exige, en esas palabras de 1876 del tribuno republicano español, un nuevo sistema jurídico mundial; “un poder internacional” con “un orden de intereses superior al de los nacionales”, con sus “leyes especiales, tribunales para aplicarlos y un poder para ejecutar los fallos”. Así sería posible que ese nuevo “poder” fuera el que “dejara intacta la autonomía de las naciones” (Pi y Margall, 1986, pp. 71-79).

En esta misma segunda mitad del siglo XIX -y a su término- se producen en Europa varios fenómenos que explican el florecimiento de las exigencias de autogobierno de muy diversos nacionalismos. Junto a la industrialización y al crecimiento capitalista, las grandes ciudades crecen con emigrantes venidos del campo, el Estado se moderniza, se generaliza -en diversa medida según los países- la enseñanza y se combate el analfabetismo hasta entonces dominante, se desarrollan los medios de comunicación (la prensa) y aumenta la maquinaria burocrática del funcionariado. El Estado tiene como modelo el de “una sola nación, una lengua y un territorio”. La nación única se identifica con el Estado que se convierte así en el denominado *Estado-nación*. Y eso ocurre desde Alemania hasta España, pasando por la rusificación forzosa del más que étnicamente abigarrado Estado zarista. En esa época, Bismarck intentó germanizar el territorio alemán y abolir todo vestigio cultural danés, lituano o polaco. Para su programa germanizador no dudó en emplear la fuerza y los métodos coactivos. En España, tras el golpe militar de Pavía que puso fin desde 1874 a los proyectos federales, el sistema de la Restauración borbónica capitaneado por Cánovas del Castillo otorgó amplios vuelos estatales a una *uniformización* que pretendía acabar con los regímenes jurídicos especiales (los Fueros) y eliminar o relegar a un plano social subalterno las lenguas diferentes del castellano (vasco y catalán, primordialmente). Para ello, el poder central español empleó

medidas administrativas y coercitivas. Coerción que alcanzó el paroxismo y la más completa irracionalidad en la Dictadura de Primo de Rivera y bajo el mandato del general Franco; regímenes que emitieron medidas legales de persecución -hasta en el ámbito privado- de los idiomas distintos del oficial (Lacasta-Zabalza, 1998, pp. 115-136).

Hay un nítido lazo causal y eficiente entre esos programas uniformizadores de los Estados y la resistencia en su seno de los nacionalismos que se oponen a la desaparición de sus naciones. En el tránsito hacia el siglo XX ya son perceptibles políticamente los movimientos nacionalistas (y varios de sus primeros pensadores) de Irlanda, Alsacia y los daneses en Alemania, flamencos, catalanes y vascos. La obra intelectual de personas tan dispares ideológicamente como el vasco de Navarra Arturo Campión y el irlandés James Connolly es bien expresiva de esa toma de conciencia nacionalista entre un siglo que muere y el recién advenido.

En Europa central y oriental todavía son mayores entonces las contradicciones nacionales. Finlandia, Polonia, Hungría, Serbia, Bulgaria, Rumanía, Letonia, el conflicto checo, Georgia, Armenia y un largo etcétera de otras tantas "naciones sin historia" (como las llamó en esas fechas el estudioso austro-marxista Otto Bauer), son paradigmas de unidades políticas mal selladas, a través de la ocupación militar del territorio, del despotismo y contra la voluntad de gran parte de las étnicamente variopintas poblaciones de los Estados imperiales a los que pertenecen (Villanueva, 1987, pp. 11-80).

La transcripción exacta del "*derecho completo a la autodeterminación de todas las naciones*" ya se había efectuado en el siglo XIX. En concreto, a favor de esa misma redacción se pronunció el Congreso de la Segunda Internacional Socialista, celebrado en Londres en 1896. Pero la dimensión práctica y no retórica de ese derecho se alcanzó como resultado de la Primera Guerra Mundial, al socaire de la descomposición de los grandes Imperios de Austria, Alemania, Rusia y Turquía, cuando el 28 de junio de 1919 se suscribe en Versalles el Pacto de la Sociedad de Naciones, cuyo artículo 10 esboza un nuevo ordenamiento internacional que defiende la "integridad territorial y la independencia política" de los Estados miembros de esa Sociedad. Tiempo de autodeterminaciones nacionales en el seno de las derrotadas geografías imperiales, cuyo espíritu revelan como pocos el pensamiento de Woodrow Wilson y el de V. I. Lenin.

Woodrow Wilson (1826-1824), presidente demócrata de los EEUU, redactó sus famosos 14 puntos que sometió al Congreso de ese país el 8 de enero de 1918. Se convirtieron en 27 puntos y fueron las bases para el acuerdo de paz que se impuso entre los dos bandos contendientes en la Primera Guerra Mundial. Allí se hablaba del "derecho de los pueblos a disponer de sí mismos" en determinados conflictos territoriales. Ese texto wilsoniano no constituía, empero, una teoría jurídica universal ni acabada de la autodeterminación de los pueblos. Son ideas vagas, imprecisas, de escasa definición, pero que tuvieron la virtud de levantar esperanzas entre las naciones que deseaban su autogobierno, su propio Estado y su independencia de los

antiguos Imperios resquebrajados. Además, esos puntos de Wilson disfrutaron de la simpatía de una opinión pública europea hastiada de la guerra y deseosa de emprender una fase pacífica de construcción territorial de las identidades nacionales antes sojuzgadas por las potencias militarmente perdedoras (Villanueva, 1991, pp. 315-328).

El pensamiento revolucionario de Lenin (1870-1924) es producto de esas circunstancias mundiales y del derribo del sistema zarista por la Revolución de Octubre de 1917. La vieja "cárcel de pueblos" de los zares quiere ser emancipada por Lenin y los suyos. El ideario de Lenin, bien poco democrático en lo tocante a las garantías jurídicas y las libertades democráticas, es, no obstante, proclive a acabar con la preponderancia del chauvinismo "gran ruso" y eslavo sobre la inmensa heterogeneidad de los demás pueblos europeos y asiáticos de la nueva URSS. Veintitrés millones de kilómetros cuadrados medía aproximadamente el territorio soviético, de Europa a las fronteras marítimas con el Japón, que albergaba en su seno a más de doscientas comunidades étnicas y sus lenguas correspondientes. Eslavos y turcos, alemanes, caucásicos, ugro-fineses, esquimales, mongoles y otros grupos de razas asiáticas, acompañaban a más de trece millones de judíos y a una poderosa cultura islámica que comprendía, al mismo tiempo, a naciones tan diversas entre sí como los tártaros de Crimea y los iraníes de los alrededores de la actual India. Resumidamente, el proyecto *multinacional* de Lenin se sustenta en un *derecho de autodeterminación de los pueblos* que posee dos líneas principales: a) el "sujeto" de dicho derecho no se delimita -lo que recuerda a Pi i Margall- por una serie de rasgos apriorísticos (espacio geográfico ocupado, historia, raza, lengua y otros), sino por la conciencia nacional de su disconformidad con el Estado al que pertenece un pueblo; b) esa conciencia se plasma en una voluntad nacional libremente expresada, que manifiesta cuál va ser su situación, incluida la posibilidad de "separación" del régimen estatal del que era parte para constituir un "Estado propio". En suma, el movimiento popular nacionalista de resistencia es el indicador, en cada caso y lugar, de los contornos y peso del "sujeto" autodeterminante (H. Villanueva, 1991, pp. 95-134). Por tanto, Lenin construye una teoría *universalista* del "derecho de autodeterminación" para todo movimiento político que demuestra "que siente ser otra nación".

Pese a lo que dijeron sus Constituciones y leyes, el régimen soviético no siguió esa senda de la "autodeterminación" o de la "unión voluntaria" de sus pueblos. No resolvió adecuadamente los problemas de su multinacionalidad y predominó allí, durante muchos años, el carácter eslavo y rusificador por encima de las demás nacionalidades sojuzgadas. Al derrumbarse la URSS, el caos y desorganización institucional de las nacionalidades antes soldadas autocráticamente ha puesto de relieve los gravísimos defectos de esa unión nacional ficticia.

Pero cuando el "derecho de autodeterminación" cobra un auge impredecible es durante el "proceso de descolonización" y a resultas del fin de la Segunda Guerra Mundial. La independencia de las colonias y los "derechos de los pueblos" son dos aspectos, político y jurídico, de una nueva reestructuración del mundo, cuya intencionalidad queda recogida en el artículo 1.2 de la Carta de las Naciones Unidas de

San Francisco el 26 de junio de 1945. Dicho artículo y apartado sobre cuáles son los Propósitos de las Naciones Unidas reza así: “Fomentar entre las naciones relaciones de amistad basadas en el respeto al principio de la igualdad de derechos y al de *la libre determinación de los pueblos*, y tomar otras medidas adecuadas para fortalecer la paz universal”. Los años cincuenta, y hasta finales de los sesenta, conocen una eferescencia sin límites de las “luchas de liberación nacional” en las que la “autodeterminación de los pueblos”, de la mano de las viejas ideas de Lenin o de las nuevas de Frantz Fanon, inundan el llamado Tercer Mundo. Esa “autodeterminación” parece el insoslayable eslabón de la cadena que conduce, como lo ve autocrítico y lúcido Régis Debray, nada menos que a un ultraoptimista “socialismo mundial”, a despecho de los EEUU, en los que las “Panteras Negras” se enfrentaban al poder blanco, y de la burocrática URSS, entonces empeñada en las excursiones de sus satélites a la Luna (Debray, 1996, p. 57).

Nuestro mundo ha caminado por muy otros derroteros, pero no deja de ser curioso ese destino intercontinental de un “derecho de autodeterminación” que tiene tan profundas raíces culturales occidentales. *Filosóficamente*, no es ninguna hipótesis artificial situar la configuración de la autodeterminación entre varias reflexiones de Immanuel Kant (1724-1804) y Ernest Renan (1823-1892).

Con respecto a Kant, la idea autoderminante es deudora suya en dos planos: a) Su meta de la paz mundial o “paz perpetua”, donde el derecho sustituye a la guerra, en el contexto de una federación de naciones libres, puede verse bien presente en Mancini, Pi i Margall o en Castelaio, que es el intelectual más prominente del nacionalismo gallego; b) Hay una traslación constante -a veces expresa, como en los escritos de Mancini- del ideal kantiano de la autonomía individual, en tanto que verdadero fundamento de la libertad de elección humana, a la decisión colectiva de los pueblos autónomos que se emancipan. Según ha reflexionado Isaiah Berlin, que Kant sea un filósofo “cosmopolita y universalista” no ha de cegarnos de tal manera como para no ver el aire de familia de su autonomía del individuo, que no inclina su libre decisión ante los poderes heterónomos o impuestos, y de los derechos de los pueblos a su autogobierno, como una y la misma “libertad frente a la coerción, frente a la determinación de algo que uno no puede controlar” (Berlin, 1998, pp. 333-354).

Lo peor de algunos “nacionalismos” (“su superioridad respecto a la *nación* de los otros”, escribe Berlin), no ha de obnubilarnos tanto como para no concluir que la “autodeterminación” tiene estructuras profundamente *racionales*. Los problemas de los “nacionalismos” no pueden reducirse a las *pasiones* que desencadenan, positivas y negativas. Ni a concluir que todos los nacionalismos y nacionalistas son igualmente perversos y peligrosos. Que hay nacionalistas universalistas nos lo demuestran muchos ejemplos como el del gallego Castelaio, a quien le parecía insuficiente el “internacionalismo” de los socialistas y prefería, por más democrático y amplio, el concepto de “universalismo”. Castelaio también compartía expresamente la filosofía del Derecho Internacional de Pi i Margall, tan próxima a la de Kant y Mancini, consistente en una federación de naciones que rechazase las guerras en favor del

derecho, y en medio de la contienda civil española, en 1937, describía su ideario autodeterminante como si una serie de “pueblos diferenciados acordaran unirse voluntariamente para constituir una *nueva Soberanía de España*”, la racional y propia “de un Estado plurinacional” (Castelao, 1976, p. 70). Pueblos que deciden *voluntariamente* y que son tan libres, según lo señalara certeramente Isaiah Berlin, como el individuo autónomo de la filosofía de Immanuel Kant.

Castelao no es el único pensador que reflexionó acerca del carácter positivo de la “autodeterminación” en la plurinacional España. El dirigente republicano Manuel Azaña, en 1930 y en el proceso constituyente de 1931, prefería ese baremo autodeterminador para medir la “voluntad democrática” de Cataluña expresada sin obstáculos; y lo prefería frente a los argumentos “unitaristas” e “historicistas” que barajaban otros políticos e intelectuales como Ramón Menéndez Pidal (Lacasta-Zabalza, 1998, pp. 27-29). Ese derecho fue también una bandera de la izquierda antifranquista para Cataluña, Galicia y Euskadi. Después de la Constitución de 1978, retomaron ese derecho de autodeterminación los nacionalismos periféricos; en particular, el vasco, que, salvo excepciones, se había inclinado antes de la vigencia de la norma constitucional por la consigna de “independencia” (Lacasta-Zabalza, 1998, pp. 281-285).

Estas proposiciones de Castelao, Azaña, de la izquierda antifranquista y de los nacionalismos catalán, vasco y gallego, tienen que ver mucho, más de manera implícita que explícita, con la teorización de Ernest Renan. La filosofía de Renan, independientemente de su carácter cambiante y poliédrico, de sus muchos tintes conservadores, sobrepasa al propio autor por su moraleja *voluntarista* del ejercicio de los derechos nacionales. Alsacia era germánica cultural y hasta étnicamente, pero *quería* ser francesa y *no quería* ser alemana desde la Revolución de 1789. Eso es lo importante para Renan. Por lo tanto: a) el “derecho de autodeterminación” pertenece a los vivos y no a los muertos; b) no se puede disponer de las naciones sin tener su *consentimiento*; c) ese derecho es de los habitantes de carne y hueso de la nación en litigio; d) “el voto de las naciones” es el único criterio legítimo para saber lo que desean, porque una nación es “un plebiscito de todos los días” y no una geografía particular (Villanueva, 1991, pp. 229-234).

No es de extrañar que a los partidarios de la *España una* sin discusión desde la noche de los tiempos, de Cánovas del Castillo al pensamiento jurídico franquista de Rodrigo Fernández Carvajal y Luis Legaz Lacambra, les disgustase profundamente el “voluntarismo” de Renan. Aunque éste, significativamente, también ha sido muy criticado por los detractores del “derecho de autodeterminación” posteriores a la Constitución de 1978 (Lacasta-Zabalza, 1998, pp. 150-152).

Casi en el siglo XXI, el “derecho de autodeterminación” oscila entre poderosas corrientes en su contra y a su favor. La partición sangrienta de la antigua Yugoslavia y las democráticas soluciones de Quebec o de Chekia y Eslovaquia son circunstancias bien disímiles entre las que se debate el ideal autodeterminante.

Entre los fenómenos adversos a esta idea hay una cuantiosa ofensiva intelectual que niega la misma existencia de los “sujetos colectivos”; y hasta el concepto de

“pueblo” o “nación”. El origen de esta actitud parece estar en el *liberalismo procedimental* norteamericano y en ciertas obras de John Rawls y Ronald Dworkin (Taylor, 1999, pp. 161-163). A quienes creen que los derechos son una especie de “cartas de triunfo” de los ciudadanos individualmente considerados (o en diálogo con los jueces), lógicamente les sobran los intereses colectivos. Este talante procedimental ha hecho furor en España, donde se ha llegado a caricaturizar la falta de realidad física de los “sujetos colectivos”, cuyo cuerpo solamente puede verse en banderas y símbolos. Xavier Rubert de Ventós ha refutado *ad absurdum* estos argumentos anti-colectivos. Al sostener este filósofo catalán que es absurdo que no se recuerde que el *holocausto* o exterminio de colectivos enteros, compuestos de *individualísimas* personas, se hizo contra quienes colectivamente eran acusados “de ser judío, gitano o republicano” (Rubert de Ventós, 1999, p. 41). *Jurídicamente*, todavía es más absurdo que se pierda de vista que en nuestro sistema legal -como heredero que es de la Revolución Francesa-, sin construcciones de “sujetos colectivos”, no existen los derechos individuales. Como sin poder constituyente no hay Constitución que valga. Así, la Constitución española de 1978 arranca en su artículo 1 de “España” y en el 1.2 del “pueblo español”, en quien reside la *colectivísima* “soberanía nacional” y de quien “emanan todos los poderes del Estado”. El Preámbulo, desde su primera línea, se refiere a la “Nación española” y después a “los pueblos de España”, para en su artículo 2 referirse a “las nacionalidades y regiones que la integran” (a la española Nación). Y para finalizar, “Navarra”, en la Disposición Transitoria Cuarta de la misma Constitución, es titular del derecho de “incorporación al régimen autonómico vasco”.

El “derecho de autodeterminación” también ha sufrido un artificioso proceso de “balcanización”. Hasta se le ha llegado a hacer responsable de lo ocurrido en Yugoslavia, cuando lo que allí se ha demostrado es que la “autodeterminación” no puede quedarse únicamente en su dimensión territorial o amojonamiento del lugar donde reside el monolítico “sujeto” que toma la decisión. Ese derecho no es una panacea y, al autorizado decir de Javier Villanueva sobre esa experiencia balcánica, si no se reconoce la “bilateralidad” (que hay dos partes como mínimo en la operación) no se arregla nada y puede empeorarse todo. El respeto por “los otros” ha cedido el paso a una acumulación de desconfianzas entre comunidades. El principio de “personalidad”, que cada cual se autoidentifica nacionalmente como desea, ha sido arrojado en saco roto. Amén de la entrada en la guerra como el peor medio para dirimir los conflictos políticos civiles. Pese a la justa solidaridad que han suscitado las víctimas de la población civil balcánica, también ha asomado un *cinismo* bastante explícito por parte de las potencias occidentales, de la OTAN y los EEUU. Alemania y los Estados europeos se precipitaron irresponsablemente al sancionar la desintegración yugoslava y apoyar a Eslovenia y Croacia, como ya lo criticara en su día el historiador E. P. Thompson, para, últimamente, desencadenar una guerra en Kosovo que ha tenido como consecuencia acelerar la represión del poder serbio sobre la población albanesa y su éxodo masivo. Es más, parece que el objetivo final sea la preservación de las fronteras actuales, cuando no se ha tenido en cuenta que

la población albanesa es del 90% aproximadamente, cuando no se ha defendido no ya la legítima (aunque geopolíticamente inconveniente) "autodeterminación" de los kosovares, sino ni siquiera su "autonomía" agredida -desde hace muchos años- por el actual poder serbio (Villanueva, 1994).

Si unos fenómenos enturbian la universalidad del "derecho de autodeterminación", otros, como el proceso de Quebec, jurídicamente lo esclarecen. Proceso que es un rotundo mentís a quienes sostienen que la autodeterminación únicamente es válida para las colonias (cuando media "agua salada" con la vieja metrópoli). Porque Quebec no es ninguna colonia. Su planteamiento pacífico, institucional, judicial, también es un desmentido a quienes asocian con desmesura autodeterminación y guerra. El proyecto de "soberanía-asociación" de Quebec en relación con Canadá fue derrotado -el 30 de octubre de 1995- por un estrecho margen de 52.448 votos partidarios del "no". Pero de un censo de 4.755.000 electores, el 93% acudieron a votar. Lo que revela un altísimo índice de participación democrática y la validez de los *métodos plebiscitarios* sobre estos asuntos, que son la sustancia del ideal jurídico autodeterminante. Así, el 29 de agosto de 1998, el Tribunal Supremo de Canadá emitió un interesantísimo dictamen a propósito de una consulta del Gobierno canadiense sobre los límites de la "secesión" de Quebec. El Tribunal Supremo admite el "derecho de autodeterminación interno" o "derecho de un pueblo a disponer de sí mismo" para Quebec, en el mismo sentido que el ya aquí citado artículo 1.1 del Pacto de Nueva York de 1966 o el artículo 55 de la Carta de las Naciones Unidas. Pero niega el "derecho a la autodeterminación externa" o "derecho de secesión unilateral" de Quebec porque no se dan las "circunstancias excepcionales" que exige la legislación internacional para esos casos (ser "un pueblo colonizado u oprimido"), y porque Quebec, en todo caso, está vinculado al "federalismo, la democracia, el constitucionalismo y la primacía del Derecho", que son derechos y obligaciones del conjunto de la ciudadanía del actual Canadá.

BIBLIOGRAFÍA

Alvarez Dorronsoro, I., **Quebec: autodeterminación, democracia y derechos de las minorías**. Página Abierta, n° 92, 1999.

Berlin, I., **El sentido de la realidad (Sobre las ideas y su historia)**. Ed. a cargo de H. Hardy. Taurus, Madrid, 1998.

Castelao, A, **Sempre en Galiza**. Akal, Madrid, 1976.

Debray, R., **Loués soient nos seigneurs (Une éducation politique)**. Gallimard, Paris, 1996.

Lacasta-Zabalza, J. I., **Hegel en España**. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1984.

Lacasta-Zabalza, J. I., **España uniforme (El pluralismo enteco y desmemoriado de la sociedad española y de su conciencia nacional e intelectual)**. Institución Príncipe de Viana/Gobierno de Navarra/Editorial Pamiela, Pamplona, 1998.

Pi y Margall, F., **Las nacionalidades**. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1986.

Rubert de Ventós, X., **De la identidad a la independencia: la nueva transición**. Anagrama, Barcelona, 1999.

Taylor, Ch., **Acercar las soledades (Federalismo y nacionalismo en Canadá)**. Hirugarren Prentsa/Tercera Prensa, San Sebastián, 1999.

Villanueva, J., **Lenin y las naciones**. Revolución, Madrid, 1987.

Villanueva, J., **Diccionario crítico de la Autodeterminación**. Hirugarren Prentsa/Tercera Prensa, San Sebastián, 1991.

Villanueva, J., **Puentes rotos sobre el Drina (Conflictos nacionales en ex-Yugoslavia)**. Hirugarren Prentsa/Tercera prensa, San Sebastián, 1994.

LOS DERECHOS DE LAS MINORÍAS

Ramón L. Soriano Díaz
Catedrático de Filosofía del Derecho
Universidad Pablo de Olavide

LAS MINORÍAS: EL COMPLEJO PROBLEMA DE SU DEFINICIÓN

La definición de las minorías no es pacífica porque la diversidad es grande respecto a la concreción de los elementos de la definición. ¿Es minoría una mayoría social dominada por la minoría dominante dentro del Estado? ¿Son minorías los emigrantes o los colectivos sociales precarios, como los disminuidos psíquicos? Minorías hay para todos los gustos -podríamos decir-, e incluso para algunos son minorías ciertas mayorías sociales, como la mayoría negra sudafricana dominada por la minoría blanca. En la doctrina hay que andar, pues, con cautela, porque hay opiniones encontradas. Distinta es la cuestión en el terreno de la legislación, donde las minorías aparecen diseñadas y reguladas con términos y requisitos determinados. La determinación legal del concepto de minorías no sólo obedece a las necesarias claridad y concreción de los términos legales, sino a la oposición de los poderes públicos estatales a abrir demasiado el reconocimiento de las minorías (reconocimiento que es obra de la presión social, y no de la concesión graciosa desde el poder) y a conceder en consecuencia un corto status jurídico a las minorías reconocidas legalmente.

La amplia doctrina sobre el concepto de minoría suele fijar la atención en una serie de datos: fines, orígenes y vínculo. Así, D. Canciani y S. de la Pierre (1993, pp. 251-253) subrayan los elementos: fines comunes sociales, comunes orígenes y raíces y status supraordenado (status de identidad de la minoría por encima de los status particulares de los miembros de la minoría). Las minorías se aproximan a los elementos de la definición de las comunidades como categorías de agrupación social contrarias a las sociedades (categorías clásicas desde los estudios de F. Tönnies). En general, las minorías, como las comunidades de la tradición sociológica, presentan los siguientes rasgos: fines comunes del colectivo (que afectan al colectivo como

tal), relación integrativa al margen de criterios de cálculo o beneficio, rasgos caracterológicos de identidad en una común tradición. Consecuencia de la naturaleza de estos fines, relación y caracteres es el interclasismo de los miembros de la minoría, puesto que en el colectivo cabe todo tipo de clases y status sociales, subordinados a la prioridad del vínculo que a todos une a las señas de identidad del colectivo.

En mi definición de minorías entran como elementos: minoría numérica (salvo excepciones), inferioridad o dependencia, rasgos comunes identificatorios. Son elementos de carácter objetivo. Algunos autores añaden otros datos, como la solidaridad del colectivo minoritario o la percepción del mismo como diferente; datos subjetivos que no considero conveniente incluir en la definición; hay minorías consideradas objetivamente como tales, en las que pueden faltar estos datos subjetivos. Definiría a la minoría como un colectivo, frecuentemente de escasas dimensiones, definido por rasgos culturales innegociables - raza, lengua, religión, tradiciones, etc. - que se encuentra en una situación grave de dependencia respecto a una estructura de poder, estatal o supraestatal.

Mi definición de minorías es ciertamente amplia, porque la diversidad aconseja precaución y no incurrir en las estrecheces de una definición estricta, para no dejar fuera a colectivos que la doctrina y la opinión pública incluyen entre las minorías; de lo contrario se toma la parte por el todo, como cuando se dice que las minorías son colectivos que pugnan contra el Estado, o que pretenden un determinado objetivo, pues hay minorías que no se enfrentan al Estado o que persiguen objetivos distintos a los enunciados por el autor.

Una cuestión, que desvela la problematicidad de la definición de las minorías, es el dato numérico. ¿Son minorías las mayorías dominadas y las minorías dominantes? ¿Ambas, una de ellas o ninguna?. Depende de lo que entendamos por minoría, y de la importancia que concedamos a los elementos de la definición. Si consideramos que el número no es un dato relevante, y que sí lo es la relación de dependencia de quienes forman parte de la minoría, lógicamente incluiremos a la mayoría dominada y excluirémos a la minoría dominante en la definición de minoría. Diremos que eran una minoría hasta hace muy poco tiempo los negros mayoritarios de Sudáfrica y no lo eran los escasos blancos dominantes.

De acuerdo con la definición dada el número es excepcional y no lo es la situación de dependencia, por lo que son minorías las mayorías sociales dominadas y no las minorías dominantes, porque lo que importa en el concepto de minoría no es el número de quienes sufren la situación de dependencia respecto a la estructura dominante, sino la misma situación de dependencia. Una minoría es esencialmente un colectivo -ya sea minoritario o mayoritario socialmente- dependiente dotado de rasgos culturales propios innegociables. La inferioridad numérica -así como los sentimientos y percepciones intragrupales- son cualidades de menor entidad y no elementos relevantes de la definición de minoría. Precisamente por dicha situación de dependencia la minoría presiona para obtener el reconocimiento de un status, que les dote de derechos y garantías en un doble sentido: autonomía como colectivo con

un patrimonio cultural propio y prestaciones y derechos para alcanzar el nivel medio de los ciudadanos del Estado. Cada minoría interpelará al Estado dominante en esta doble orientación del status según sus características: las minorías nacionales insistirán en la autonomía; las minorías étnicas insistirán en los derechos a la igualdad.

LAS MINORÍAS: UNA APROXIMACIÓN A SU TIPOLOGÍA

Difícil papeleta es hacer una clasificación de las minorías. Voy a enunciar e intentar definir las minorías más relevantes, las que presentan un mayor reto para los poderes públicos y el tratamiento jurídico. Tendremos ocasión de ver en el siguiente epígrafe la conexión tipo de minorías-tipo de derechos, puesto que cada clase de minoría presenta sus peculiares reivindicaciones jurídicas. De ahí la importancia de la tipología de las minorías como dato previo para la fijación de los derechos.

1. Las minorías nacionales están constituidas por colectivos y comunidades asentadas en un territorio estatal o fronterizo, identificadas por un patrimonio cultural propio e innegociable (raza, lengua, religión, tradiciones, etc.) en una situación de grave dependencia política respecto a una estructura de poder dominante externo. Son minorías de esta clase los vascos en España, las poblaciones aborígenes en tantos países, los francófonos en Quebec, los lapones en el norte de Europa.

En el grupo de las minorías nacionales caben varios subgrupos, según que se trate de una minoría: a) localizada dentro del territorio de un Estado, b) adyacente al territorio de un Estado y formada por una de las comunidades o culturas de dicho Estado, y c) repartida en los territorios de varios Estados, manteniendo la pretensión de constituir una comunidad y un Estado nuevo. Las comunidades indias peruanas, los pueblos de la antigua Yugoslavia y el pueblo kurdo son, respectivamente, ejemplos de las tres clases de minorías nacionales citadas.

2. Las minorías étnicas o emigradas están formadas por los contingentes de personas erradicadas de sus países de origen, que emigran a otros países voluntariamente o impelidas por circunstancias adversas, esparcidas normalmente por el territorio del país receptor, que persiguen más el reconocimiento de los derechos a la igualdad y a la diferenciación cultural que los derechos a la autonomía.

Entre las minorías nacionales y las minorías étnicas o emigradas se encuentran en un punto medio los refugiados y los emigrantes forzosos, con reivindicaciones específicas que les pueden aproximar a las minorías nacionales, especialmente si forman un colectivo amplio y no integrado en la cultura del país receptor, pretendiendo mantener su identidad cultural.

3. Las minorías sociales son los colectivos de ciudadanos oriundos del Estado en situación precaria en el disfrute de sus derechos y condiciones de vida. Reciben diversas denominaciones, como la de "grupos sociales diferenciados". Son

minorías sociales los incapacitados, los pobres, los internos de instituciones penitenciarias, etc. Algunos no incluyen a estos colectivos dentro del concepto de minoría, por no responder a los tipos tradicionales. No obstante, creo que son un tipo de minorías porque responden a los requisitos citados en la definición del primer epígrafe, aunque minorías que presentan un plantel de problemas muy diferente al de las otras minorías citadas.

LAS MINORÍAS Y LOS DERECHOS DE LAS MINORÍAS

Los derechos de las minorías se correlacionan con los tipos de minorías. No es posible una clasificación para toda clase de minoría, pues cada minoría presenta sus reivindicaciones peculiares de derechos. No todas las minorías necesitan los mismos derechos, el mismo tratamiento jurídico, porque sus necesidades y situaciones difieren. No están en el mismo lugar los negros y los indios en USA; los inmigrantes europeos orientan sus reivindicaciones hacia la posesión de los mismos derechos de los nacionales de los Estados, donde residen; las poblaciones aborígenes de los antiguos Estados colonizadores reivindican el reconocimiento particular y diferenciado de sus culturas y sus sistemas de vida.

Voy a presentar una tipología de carácter general, y a continuación estableceré algunos nexos entre tipos de minorías, diseñadas en el epígrafe anterior, y tipos de derechos, objeto del presente epígrafe. Como hice con la definición de minoría, intentaré abarcar todos los derechos reivindicados por las minorías, huyendo de las estrecheces de otros autores que han destacado una u otra clase de derechos, según la propia fijación del concepto de minoría y del tipo de minoría objeto de su consideración.

Grosso modo, los derechos de las minorías admitirían una primera clasificación muy generalista: a) derechos de autonomía como tales minorías, b) derechos de diferenciación cultural, y c) derechos a la igualdad. Los derechos de autonomía y diferenciación hacen referencia a los derechos singulares que distingue a la minoría de la mayoría social. Los derechos a la igualdad de las minorías hacen referencia a la igualdad de las minorías con las mayorías sociales en el disfrute de toda clase de derechos. Son derechos aparentemente divergentes, pues los primeros pretenden una separación respecto a la normativa de la mayoría social y los segundos una aproximación al status de esta mayoría. La contradicción (sólo aparente) vendría dada por la pregunta: ¿cómo pretenden los derechos de los demás quienes desean separarse de ellos? Sin embargo, la contradicción no existe si ambos objetivos - a la diferencia y a la igualdad - operan en distintos planos. Aparte de que, como ya sabemos, las minorías son diversas, y unas pueden preferir la diferenciación y otras la igualdad. Los emigrantes europeos quieren poseer los derechos políticos de los nacionales del Estado, es decir, ser iguales a ellos, pero los indios del Canadá prefieren que se les reconozca su autonomía política, es decir, ser diferentes a la mayoría del Estado y a sus estructuras políticas. Cada una de estas clases de derechos de las minorías admiten una diferenciación interna.

1. Los derechos de autonomía presentan un carácter acusadamente político; representan las exigencias más fuertes de las minorías, puesto que no van en la línea de la integración, como corresponde a los derechos a la igualdad, sino de la separación respecto a las estructuras políticas del Estado. Pueden ser distribuidos de la siguiente manera: a) derecho de representación especial en los organismos e instituciones del Estado, b) derecho a un sistema jurídico propio (normas, instituciones, autoridades jurídicas propias), c) derecho de autogobierno.

Los derechos de tipo a) presentan varios problemas: del lado del sujeto activo de la elección, si todos o sólo los miembros de la minoría pueden elegir al representante especial; del lado del sujeto pasivo de la elección, si todos o sólo miembros de la minoría pueden ser elegidos representante especial. La representación especial, en cuanto supone una corrección de la regla de la generalidad, pues se trata de representantes específicos para las minorías, entra de lleno en el tema controvertido de la discriminación positiva y su justificación; como ya he planteado en otra ocasión, esta discriminación se justifica si confluyen tres circunstancias: a) la presencia de una minoría histórica y gravemente vejada, b) la imposibilidad material de la minoría de salir por sus propios medios de la situación precaria que padece, y c) el propósito de igualación de la situación de la minoría a la disfrutada por la mayoría social.

Los derechos de tipo b) presentan el problema de su eficacia, puesto que el simple reconocimiento jurídico estatal no basta, si no hay normas de desarrollo del reconocimiento, si este reconocimiento es incompatible con las normas del Estado, y si los poderes públicos estatales obstruyen la eficacia de las normas garantistas. Esta triple vía impide la eficacia del reconocimiento de un sistema normativo propio de las minorías. Hay que resaltar, porque la historia se reitera, la demagogia de los Gobiernos estableciendo estrictas categorías jurídicas para atender a las reclamaciones de las minorías y reconocerles sus derechos, como cuando se exigen especiales requisitos de pureza étnica para el disfrute de derechos, con lo que numerosos miembros de las etnias, no tan puros como los legalmente exigidos, quedan excluidos del reconocimiento. La legislación de Brasil respecto a los indios es un ejemplo de esta demagogia.

Los derechos del tipo c) son los más difíciles de conseguir, porque más que derechos son contra-derechos hacia la independencia política, que exige un gran poder de presión de la minoría hasta el punto de que se le reconozca el autogobierno.

2. Los derechos de diferenciación cultural se refieren a las prácticas de la propia cultura, que para el ejerciente constituyen señas de identidad, a través de las cuales se identifica como miembro del grupo; tales prácticas culturales exigen el reconocimiento de derechos por la organización política dominante: derechos a festividades religiosas propias, a normas laborales y educativas de excepción, al reconocimiento de propias asociaciones, a usos y costumbres propios, etc. Algunos autores llaman a estos derechos de diferenciación "derechos étnicos", que es una expre-

sión apropiada en la medida que son derechos que recaban las etnias minoritarias emigradas. Pero es una expresión ciertamente vaga, que puede confundirse con otros derechos de las minorías.

3. Los derechos a la igualdad contemplan todos los puntos en los que la universalización y eficacia de los derechos del Estado flaquean cuando se aplican a las minorías. Podemos hablar así, en un plano general, de derechos de igualdad referidos a las libertades y a los derechos sociales; tanto unas como otros son derechos precarios referidos a las minorías, que no pueden acceder a ellos en las mismas condiciones que la mayoría social. Así, las minorías étnicas o emigradas no disfrutaban de las libertades políticas de la mayoría social, pero tampoco de los derechos sociales de esta mayoría: al trabajo, a la vivienda, a la sanidad, etc.

LOS DERECHOS DE LAS MINORÍAS: PUNTOS DE JUSTIFICACIÓN

Indico a continuación los criterios de justificación que me parecen más consistentes para defender un plantel de derechos singulares y propios de las minorías.

1. *La eficacia de los derechos de las minorías.* El reforzamiento de los precarios derechos individuales de las minorías, de los derechos que les corresponden como personas o ciudadanos. Los derechos de todos no son accesibles a estas minorías; son derechos formales en la misma medida que Marx llamaba formales a las libertades en el siglo XIX: son derechos que están en la letra muerta de la ley que beneficia a unos pocos (en el caso de Marx) o a la mayoría (en la relación minorías/ciudadanos del Estado). También las minorías tienen derecho como los ricos a "vivir debajo de un puente", aunque sólo en el caso de aquéllas es una necesidad además de un derecho. No tiene igual protección el derecho a la tutela judicial de un ciudadano común y de un indio americano, especialmente cuando la justicia es lenta, costosa y discriminatoria.

El problema de un déficit en el reconocimiento y protección de los derechos de ciertos individuos es debido a su pertenencia a grupos minoritarios. Uno no nace como individuo aislado, sino perteneciendo a ciertos grupos y colectivos sociales. En virtud de esta pertenencia disfruta ya de un determinado crédito de derechos reales y de garantías de protección.

El reconocimiento de los derechos de las minorías no es un privilegio, sino una necesidad, porque sin el reconocimiento diferenciado y la intensificación de su protección los derechos de las minorías, que son los mismos de la mayoría en gran parte, carecerían de eficacia, y dejarían de ser derechos (para las minorías). Los derechos de las minorías no son ni más ni menos que los derechos de la mayoría, que, al tener un reconocimiento diferenciado, gozarían de un apoyo para la eficacia que no necesitan los derechos de la mayoría.

Es más: si en algún tratamiento puntual los derechos de la minoría entrañan un menoscabo para alguien de la mayoría, éste sería irrelevante comparado con el

beneficio obtenido por la minoría y su acercamiento a un plano de igualdad con la mayoría. La igualdad resultante es mucho mayor que el puntual déficit de igualdad en algún caso y para algún miembro de la mayoría, que disfruta en general de una situación privilegiada comparada con la de la minoría

El reconocimiento de los derechos de las minorías es un apoyo para la eficacia de uno de los derechos más importantes, como es el derecho a la igualdad, derecho-testimonio del resto de los derechos, pues si este derecho no es real, los demás derechos dejan de existir; por esta razón algunos piensan que la igualdad no es sino una extensión de la libertad. En la práctica el reconocimiento universal de los derechos, sin más especificaciones, supone un detrimento para la eficacia de los derechos de las minorías, porque sociológicamente la mayoría dominante atenderá a la garantía de los derechos de sus miembros, especialmente cuando la demanda social es superior a la oferta de las administraciones, aun cuando todos - mayoría y minoría - tengan formalmente las mismas oportunidades y expectativas (de empleo, de educación, de sanidad, etc.).

Así, el derecho a la caza, universal e igual para todos en una sociedad capitalista, no puede ser ejercido por los pueblos autóctonos, si no se elaboran normas especiales que al menos circunscriban el ejercicio de este derecho dentro de territorios acotados como reservas. He puesto un ejemplo de un derecho tradicional de estos pueblos y un *modus vivendi* entrañado en sus culturas, con lo que quiero subrayar que un derecho liberal, como es el derecho a la igualdad ante la ley, queda muy reforzado mediante el reconocimiento del derecho de las minorías. El derecho de minorías hace posible y real un derecho liberal de carácter universal.

2. *La especificidad de ciertos derechos de las minorías.* Algunos derechos de las minorías son derechos propios de las mismas como colectivo, no de las personas que las constituyen. Tales como el derecho general a la identidad como cultura o el derecho más concreto a la conservación del propio sistema de derecho. Sólo en un plano muy amplio podría decirse que tales derechos son derechos de todas las personas. Supondría desconocer unas categorías jurídicas convenientes y necesarias para cualificar los status de ciertos colectivos.

En la doctrina jurídica algunos han considerado que no es necesaria esta categoría jurídica, este plano de la titularidad de los derechos y de la subjetividad jurídica, porque basta con los derechos de las personas consagradas en las constituciones contemporáneas y porque las minorías no pretenden otros derechos distintos a los que las constituciones conceden a las personas. Entre nosotros E. Fernández (1994, p. 299) es partidario de esta idea; no le gusta - asegura - el nombre "derechos de las minorías", porque podría indicar "derechos especiales para personas especiales", al margen de la idea de los derechos fundamentales como derechos de todos los seres humanos. La opinión de E. Fernández tiene sentido en la medida que buena parte de los derechos de las minorías no son distintos a los derechos de la mayoría, es decir, al resto de los ciudadanos del Estado: son a modo de una determinación o concreción de los mismos. Pero la identificación sin más no es una fórmula acertada. Hay dere-

chos de las minorías específicos que no coinciden con los derechos de la mayoría.

3. *La compensación de la expoliación de los derechos de las minorías.* El reconocimiento de los derechos de las minorías comportaría una suerte de compensación de la marginación de los derechos autóctonos perpetrada por el derecho pretendidamente perfecto del poder dominante. El derecho perfecto y absorbente es un problema histórico permanente, esgrimido desde una posición de poder. Derechos perfectos han sido el derecho romano en distintas épocas de la historia de Occidente, el derecho natural racionalista en los siglos XVII y XVIII, el derecho liberal de las potencias colonizadoras en los siglos XIX y XX. El derecho perfecto era un derecho universal y extensible a todos los pueblos; los pueblos conquistados, ignorantes y salvajes, deberían abandonar el derecho autóctono para adoptar el nuevo derecho del conquistador. Todavía en nuestro siglo autores liberales sostienen esta concepción del derecho perfecto reductor de la vigencia de los derechos autóctonos, que entre los liberales del siglo XIX (Mill y otros) era una constante.

Los liberales en el siglo XIX y en parte del XX no comprendieron la riqueza de la diversidad cultural, y que los derechos autóctonos eran valiosos y razonables en su medio social; no hubo una comprensión del valor de los derechos propios de los pueblos colonizados, ni de los derechos de las minorías nacionales dentro de los poderosos Estados multinacionales. En este sentido el reconocimiento de los derechos de las minorías, especialmente de las minorías nacionales y de las mayorías colonizadas, tendría visos de una especie de compensación y restitución de unos derechos que nunca debieron ser marginados y expoliados con la imposición de la fuerza y el argumento de una concepción universalista e imperialista del derecho de las metrópolis colonizadoras, servida en ocasiones por liberales que pensaban que tal derecho era la expresión del derecho perfecto.

4. *La insuficiencia del liberalismo para la defensa de los derechos de las minorías.* El liberalismo occidental de nuestro siglo ha sido ciego para los derechos de las minorías por entender que el reconocimiento universal de los derechos los haría extensibles a todos los rincones. El liberalismo de marcados acentos sociales tras la segunda guerra mundial creía que los derechos de las minorías obtendrían la debida protección en el marco del constitucionalismo de los Estados democráticos europeos; la literatura jurídica de posguerra muestra la convicción de que el universalismo de los derechos sería seguido prontamente de una aplicación general de los mismos, y que no sería necesario (todo lo contrario: inconveniente) hacer salvedades con los derechos de ciertos grupos. La historia ha demostrado después que esta convicción era errónea.

Hoy es clara la insuficiencia del reconocimiento universal de los derechos y su protección constitucional para la garantía de los derechos de las minorías. Jean De Munck (1992, p. 147) afirma la insuficiencia del liberalismo clásico basado en la neutralidad del Estado para el reconocimiento de los derechos de las minorías como tales, porque el Estado parte de una lógica binaria Estado-individuo, que escapa al reconocimiento de los derechos de las minorías como colectivo. La idea de Munck

es una idea generalizada, incluso sostenida por liberales que quieren corregir el liberalismo con la atención a las peculiaridades de grupos y minorías (lista cada vez más extensa).

La insuficiencia del liberalismo frente a los derechos de las minorías se basa en los siguientes datos: a) la neutralidad del Estado es un concepto insuficiente, que tiene que ser suplantado por el concepto de cooperación estatal, para que se den las condiciones materiales necesarias para el ejercicio de los derechos por los miembros que componen las minorías como individuos, y b) las minorías como colectivo exigen derechos (el derecho a la propia identidad sería el primero) no contemplados en la lógica liberal individualista cifrada en la autonomía del individuo y sus derechos. Ambos pilares del liberalismo - la neutralidad del Estado y la autonomía del individuo - no se acomodan a la defensa de los derechos de las minorías.

LOS DERECHOS DE LAS MINORÍAS: LÍMITES

W. Kymlicka trata de defender los derechos de las minorías dentro del marco del liberalismo. Lo dice expresamente: "he defendido el derecho de las minorías nacionales a mantenerse como sociedades culturalmente distintas, pero sólo si, y en la medida en que, estas minorías nacionales se gobiernen siguiendo los principios liberales" (1996, p. 213). Por ello coloca dos límites a estos derechos de las minorías: la libertad interna de los miembros del grupo y la igualdad externa en el tratamiento dispensado a los grupos. Es decir: que el reconocimiento de los derechos no entrañe una supresión de las libertades individuales de cada miembro del grupo (discriminación de la mujer, supresión de la libertad religiosa, del derecho a la educación, etc.), ni tampoco discrimine a otros grupos, porque el reconocimiento suponga un privilegio para determinado grupo frente a los demás. Creo que es fácil aceptar el segundo límite de Kymlicka, pero no tanto el primero.

Asegura W. Kymlicka que se justifica la restricción de ciertas prácticas culturales en beneficio de la libertad de todos. Pero el problema tiene, a mi juicio, más amplias perspectivas y un mayor calado, porque el concepto de libertad puede estar en algún caso predeterminado, en la medida que no todos entendemos lo mismo por libertad, ni poseemos la misma sensibilidad para lo que significa libertad (distancia en el conocimiento y en la práctica). La pregunta difícil (en la que al parecer no repara Kymlicka) es la siguiente: ¿Qué hacer cuando en el grupo las personas, cuya libertad se limita, aceptan la restricción, o no se dan cuenta de ella, o no valoran el hecho como restricción? El supuesto, además de real, es frecuente, dado que las minorías se autoprotegen con una fe enorme en sus tradiciones y valores culturales, de cuyo patrimonio forman parte las restricciones (algunas) a la libertad (tal como nosotros la entendemos). ¿Qué hacer cuando lo que nosotros llamamos falta de libertad los miembros de la minoría lo llaman normas de la respetada cultura propia? ¿Qué hacer, en una palabra, en el caso de que el reprimido (según el observador externo) no se sienta tal internamente?

Si la respuesta es a favor de la libertad y contra la restricción, entramos en el difícil capítulo del paternalismo y sus límites. Si es a favor del respeto a la tradición liberal, entramos en el capítulo aún más difícil de la justificación de una ausencia objetiva de libertad no acompañada de una pérdida subjetiva de la misma.

En la incompatibilidad entre los derechos liberales (de los que forman parte las libertades y derechos fundamentales occidentales) y los derechos de las minorías pueden producirse contrastes entre prejuicios liberales y sensibilidades de las minorías.

Desde el lado liberal el prejuicio viene de una interpretación monolítica de los valores jurídicos y los derechos, no admitiendo y discriminando las formas de comprensión y valoración de los mismos por las minorías. Este desajuste se puede hacer visible en toda clase de derechos. La participación política puede ser entendida de diversa manera por los occidentales y los pueblos indios, y todas ellas igualmente valiosas y razonables en sus ámbitos. La pena de azote que aplican algunas poblaciones indias es una degradación para los occidentales, pero la pena de privación de libertad de los occidentales es la máxima degradación para los indios. Del lado liberal (lado que representa a las sociedades dominantes) se puede incurrir en prejuicios que discriminen y hasta falseen (con buenas o malas intenciones) el valor y la aceptación de determinadas prácticas denominadas no liberales (por los liberales, obviamente).

Desde el lado de las minorías se pueden encontrar distintas sensibilidades respecto a los derechos liberales; sensibilidades distintas de las que se intuyen equivocadamente por los liberales y que justifican unas prácticas que aquéllos no aceptan. ¿Se siente realmente discriminada la mujer india en su situación tan distinta a la de la mujer de los países avanzados? ¿Consideran los indios que los criterios de la edad y el parentesco no deben servir de criterios distributivos de las funciones sociales y la ocupación de cargos? ¿Ven las minorías los intentos de liberalización de los occidentales como buenas y razonables medidas emancipadoras o como una suerte de imposición e imperialismo ideológico de personas extrañas, que no comprenden su cultura, e incluso atacan contra ella?

Preguntas difíciles de contestar, por lo que hay que valorar las prácticas no liberales en función de dos criterios: a) el daño objetivo y real producido por la práctica en concreto a la dignidad de las personas, y b) la sensibilidad que realmente tales prácticas despiertan en las personas afectadas. De la ponderación de ambos aspectos -daño y sensibilidad- derivaría el criterio valorativo razonable dentro del doble respeto a la persona y a su cultura. Así, v. gr., la prohibición de vestir el shador en las escuelas públicas puede afectar negativamente a la sensibilidad de la persona, sin producir daño alguno el uso de esta prenda, mientras que la práctica de la escisión de las niñas, aunque esté en consonancia con una cultura y sea sentida por la niña como razonable o conveniente, sin embargo produce un daño objetivo, pues afecta a la integridad física. He aquí dos ejemplos de prácticas culturales árabes de muy distinta naturaleza en función de los efectos.

BIBLIOGRAFÍA

- Avineri, S. / Shalit, A. de, **Communitarianism and Individualism**. Oxford University Press, Oxford / Nueva York, 1992.
- Barcellona, P., **Postmodernidad y Comunidad. El regreso de la vinculación social**. Trotta, Madrid, 1992.
- Berlin, I., **El fuste torcido de la Humanidad**. Península, Barcelona, 1995.
- Canciani, D. / De la Pierre, S., **Le ragioni di Babele. Le etnie tra vecchi nazionalismi e nuove identità**. Franco-Angeli, Milán, 1993.
- Cohn-Bendit, D. / Schmid, Th., **Heimat Babylon. Das Wagnis der multikulturellen Demokratie**. Hoffmann und Campe Verlag, Hamburgo, 1993.
- Costa-Lascoux, J. / Weil, P., **Logiques d'États et immigrations**. Kimé, París, 1992.
- Kymlicka, W., **Ciudadanía multicultural**. Paidós, Barcelona, 1995.
- Lucas, J. de, **El desafío de las fronteras**. Temas de Hoy, Madrid, 1994.
- Munck, J. de, **Les minorités en Europe**. En: Lenoble. J. / Dewandre, N. (eds.), **L'Europe au soir du siècle**. Éditions Esprit, París, 1992.
- Prieto, L., **Tolerancia y Minorías**. Universidad de Castilla-La Mancha, Cuenca, 1996.
- Rosenblum, N.L. (ed.), **Liberalism and the moral life**. Harvard University Press, Cambridge (Massachussets), 1991.
- Sauca, J.M. (ed.), **Derecho de las minorías y de los grupos diferenciados**. Escuela Libre, Madrid, 1994.
- Schnapper, D., **La communauté des citoyens**. Gallimard, Mesnil-sur-L'Estrée, 1994.
- Sobrevilla, D. (ed.), **Filosofía de la Cultura**. Trotta, Madrid, 1998.
- Taylor, Ch., **Multiculturalism and the politics of recognition**. Princeton University Press, Princeton, 1992.
- Taylor, Ch., **La ética de la autenticidad**, Paidós, Barcelona, 1994.
- Walzer, M., **Tratado sobre la tolerancia**. Paidós, Barcelona, 1998.
- Zincone, G., **Da sudditi a cittadini**. Il Mulino, Bolonia, 1992.

