

JESÚS BALLESTEROS  
(editor)

# DERECHOS HUMANOS

## CONCEPTO, FUNDAMENTOS, SUJETOS

  
tecnos

341.481  
D431dm

Diseño de cubierta: J. M. Domínguez y J. Sánchez Cuenca

Impresión de cubierta: Gráficas Molina

F. # 1461

CIDH  
14696

Reservados todos los derechos. De conformidad con lo dispuesto en los artículos 534 bis a) y siguientes del Código Penal vigente, podrán ser castigados con penas de multa y privación de libertad quienes sin la preceptiva autorización reprodujeran o plagieren, en todo o en parte, una obra literaria, artística o científica fijada en cualquier tipo de soporte.

© JESÚS BALLESTEROS, MARÍA JOSÉ ANÓN ROIG, ÁNGELA APARISI MIRALLES, EMILIA BEA, MERCEDES CARRERAS, ENCARNACIÓN FERNÁNDEZ, JOSÉ GARCÍA ANÓN, CRISTINA GARCÍA PASCUAL, JAVIER DE LUCAS, BLANCA MARTÍNEZ DE VALLEJO, ANTONIO-LUIS MARTÍNEZ PUJALTE, AUGUST MONZON I ARAZO, JOSÉ MARÍA ROJO SANZ y ERNESTO J. VIDAL GIL, 1992

© EDITORIAL TECNOS, S.A., 1992

Telémaco, 43 - 28027 Madrid

ISBN: 84-309-2131-1

Depósito Legal: M. 5297-1992

Printed in Spain. Impreso en España por Egraf, S.A. Pol. Industrial de Vallecas, Luis I. Madrid.

## ÍNDICE

INTRODUCCIÓN, por Jesús Ballesteros ..... Pág. 9

### PRIMERA PARTE

#### DERECHOS HUMANOS: CONCEPTO Y FUNDAMENTOS

ALGUNOS EQUÍVOCOS SOBRE EL CONCEPTO Y FUNDAMENTACIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS, por Javier de Lucas .....	13
LOS DERECHOS HUMANOS COMO DERECHOS SUBJETIVOS, Por Ernesto J. Vidal Gil .....	23
LOS DERECHOS HUMANOS COMO DERECHOS FUNDAMENTALES. DEL ANÁLISIS DEL CARÁCTER FUNDAMENTAL DE LOS DERECHOS HUMANOS A LA DISTINCIÓN CONCEPTUAL, por Blanca Martínez de Vallejo Fuster .....	42
LOS DERECHOS HUMANOS COMO DERECHOS MORALES: APROXIMACIÓN A UNAS TEORÍAS CON PROBLEMAS DE CONCEPTO, FUNDAMENTO Y VALIDEZ, por José García Añón .....	61
LOS DERECHOS HUMANOS COMO DERECHOS INALIENABLES, por Antonio-Luis Martínez Pujalte .....	86
FUNDAMENTACIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS Y NECESIDADES BÁSICAS, por María José Añón Roig .....	100
DERECHOS HUMANOS Y DIÁLOGO INTERCULTURAL, por August Monzon i Arazo ...	116

### SEGUNDA PARTE

#### SUJETOS DE LOS DERECHOS HUMANOS

LOS DERECHOS DE LOS NUEVOS POBRES, por Jesús Ballesteros .....	137
LOS DERECHOS DE LAS MUJERES, por Encarnación Fernández .....	144
LOS DERECHOS DE LAS MINORÍAS NACIONALES: SU PROTECCIÓN INTERNACIONAL, CON ESPECIAL REFERENCIA AL MARCO EUROPEO, por Emilia Bea ....	163
LOS DERECHOS DEL NIÑO: DE LA DECLARACIÓN DE 1959 A LA CONVENCIÓN DE 1989, por Mercedes Carreras .....	185
LOS DERECHOS DE LAS FUTURAS GENERACIONES, por José María Rojo Sanz .....	193

### APÉNDICES

LA FUNCIÓN DEL JUEZ EN LA CREACIÓN Y PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS, por Cristina García Pascual .....	213
LOS DERECHOS HUMANOS EN LA DECLARACIÓN DE INDEPENDENCIA AMERICANA DE 1776, por Ángela Aparisi Miralles .....	224

## INTRODUCCIÓN

El presente libro ha sido escrito en los tres últimos años por catorce profesores del Departamento de Filosofía del Derecho, Moral y Política de la Universitat de Valencia, todos ellos pertenecientes a su Sección de Derecho. Se trata, por tanto, de un libro realizado desde la Teoría y la Filosofía del Derecho.

En el tratamiento del tema destaca el pluralismo: cabe, en efecto, percibir el debate interno, pero también una nota común a todos los autores: el repudio del fundamentalismo, lo que puede ser dicho, a su vez, al menos de dos maneras: todos parten del carácter subordinado de las ideas en relación con las personas, o bien todos ellos consideran que no cabe Racionalidad alguna de la Historia que se coloque por encima de la racionalidad de las historias individuales. Lo que, en definitiva, no deja de ser una obviedad, ya que el momento histórico exige ante todo no absolutizar cualquier institución u organismo que retrase la efectividad de iguales derechos para todos los habitantes del planeta.

El libro está dividido en dos partes. La primera de ellas se abre con un artículo sobre los equívocos en torno al concepto y fundamentos de los derechos, al que siguen artículos destinados al análisis del concepto del derecho desde una cuádruple perspectiva: como derechos subjetivos, como derechos fundamentales, como derechos morales y como derechos inalienables.

Los dos últimos artículos de esta primera parte se dedican al estudio de las relaciones entre derechos humanos y necesidades básicas, y entre derechos humanos y diálogo intercultural.

Lo que unifica todas las situaciones de los sujetos de derecho analizadas en la segunda parte es el tratarse de grupos de personas necesitadas de una protección o tutela especial, aunque varíe la amenaza que hace necesaria esa protección, que puede ser el economicismo en el caso de los nuevos pobres, el sexismo en el caso de las mujeres, el etnocentrismo y el racismo en el caso de las minorías, la violencia doméstica en el caso de los niños, la violencia ecológica en el caso de las futuras generaciones.

En apéndices se incluyen un trabajo sobre la función del juez en la aplicación y garantía de los derechos humanos, y otro sobre la Declaración de Independencia de los Estados Unidos.

Deseo finalmente expresar mi agradecimiento al director de Tecnos, Francisco Bobillo, y a Pilar Lagarma, por el interés mostrado en la publicación de este libro, al mismo tiempo que por la paciencia desarrollada en la espera del mismo.

JESÚS BALLESTEROS

*Valencia, 10 de diciembre de 1991*

PRIMERA PARTE

DERECHOS HUMANOS:  
CONCEPTO Y FUNDAMENTOS

## ALGUNOS EQUÍVOCOS SOBRE EL CONCEPTO Y FUNDAMENTACIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS

JAVIER DE LUCAS

La primera parte de este libro, como explica el profesor Ballesteros, recoge algunos trabajos relativos al problema del concepto y la fundamentación de los derechos humanos. Lo cierto es que, aunque resultaría no ya deseable sino necesario que estas cuestiones hubieran alcanzado un status pacífico en la doctrina, se trata de problemas abiertos y respecto a los que continúa produciéndose una de esas disputas doctrinales de las que no se sabe si aportan más luces que sombras sobre algo que, por previo, debería ser más que claro. Que algunos lo consideren una disputa en gran medida terminológica, no cierra el debate, sino todo lo contrario. Buena prueba de lo que digo es la literatura científica surgida en torno a las tesis de lo que conocemos como derechos morales, y de la que encontramos algunos notables ejemplos en nuestro país y en algunos representantes argentinos de la Filosofía del Derecho de inspiración analítica y utilitarista, y que subyace a algunas de las aportaciones del presente libro.

El debate en torno a los derechos morales no es de ayer. No trato de resolverlo, pues, en unas pocas páginas (aunque hay quien entiende que pudiera ocupar tan sólo unas líneas: las necesarias para hacer ver que se trata sólo de un prejuicio lingüístico). En lo que sigue, intentaré únicamente mostrar, en primer lugar: I) la relación entre los problemas de concepto y fundamentación, de donde deriva la dificultad de abordarlos por separado. Ante esa dificultad caben dos planteamientos: optar por una solución monista (una misma respuesta a las cuestiones de concepto y fundamento) como lo hacen las teorías iusnaturalistas o iuspositivistas-legalistas extremas, o aceptar que, pese a las dificultades, se impone distinguir esos dos problemas, y en ese caso adoptar una solución dualista. II) En segundo lugar, y habida cuenta de los problemas a sortear por la solución dualista, y, asimismo, de las irresolubles dificultades de la respuesta iusnaturalista *tout court*, examinaré la tesis de los derechos morales en la medida en que parece constituir una versión depurada de la solución monista, desprovista de los problemas que afectan a la versión iusnaturalista. Tras ese examen, concluiré: III) que la teoría de los derechos morales tiene un alcance engañoso: a) inicialmente se mantiene como tal solución monista, pero b) en casi todos sus representantes aparece formulada de hecho como respuesta al problema conceptual: ¿qué son los derechos humanos?, ¿qué significa tener derecho a X?, cuando, en realidad, c) es tan sólo una teoría relativa al fundamento de los derechos y ni aun así constituye tal fundamento, pues se remite a otra instancia: las necesidades, los bienes básicos, los valores. Por supuesto, el alcance de esta reflexión es limitado: una simple ojeada a la bibliografía existente sobre el concepto y fundamentación de los derechos humanos es suficiente para desanimar a quien pretenda formular aportaciones originales al respecto. Desde luego, no es esa la intención de estas líneas, que se proponen tan sólo una reflexión crítica sobre el *status quaestionis*, con especial referencia al debate doctrinal en nuestro país.

## I

Para abordar con mayor concreción el problema, parece conveniente plantear con cierto detenimiento una reflexión previa, acerca de la posibilidad de dar respuesta con independencia absoluta a los problemas de concepto y fundamentación. En efecto, no es infrecuente que, cuando se formulan una y otra cuestión, se tienda a separarlas, manteniendo la primera, por así decirlo, en el terreno más estricto de lo que se ha llamado <sup>1</sup> «teoría de los derechos», es decir, el plano analítico, mientras el problema de la fundamentación aparecería como cuestión estrictamente filosófica (según algunos, en realidad, metajurídica) y por ello objeto de estudio de la «Filosofía de los derechos» o, en todo caso, de lo que la tradición anglosajona considera «Jurisprudencia censoria» o normativa. Una posición que, llevada al extremo, conduce a adoptar, lisa y llanamente, un punto de vista escéptico sobre ese modo de abordar la cuestión que lleva a calificar todo esfuerzo de fundamentación como «una empresa desesperada» <sup>2</sup>. Según esto, sería posible discutir sobre el problema conceptual, sobre la posibilidad y tipos de definición de «derechos» y sobre las dificultades terminológicas que todo ello encierra, sin necesidad de plantearse la cuestión de su fundamento, o, mejor, manteniendo esto último extramuros de una, en mi opinión, más que dudosa fortaleza conceptual.

Considero que dicho punto de partida entraña algunos riesgos entre los que no es el menor el de contribuir a mantener una ausencia de distinción entre los conceptos de derechos humanos (o «derechos» sin más) y derechos fundamentales, al que podemos añadir el peligro de pensar que se puede ofrecer un concepto de derechos que pudieran compartir todas las posiciones doctrinales que tratan de dar cuenta de la fundamentación, con independencia de su posición al respecto.

Sin duda, el ejemplo más claro de esta postura que sostiene la inexistencia de conexión necesaria entre ambos problemas y por ello la posibilidad de un tratamiento independiente de una y otra cuestión, concepción que en cierto sentido podríamos considerar característica de un acercamiento «analítico» al problema, es la teoría dualista <sup>3</sup>, tal y como la viene proponiendo entre nosotros el profesor Peces-Barba,

<sup>1</sup> Cfr., p. ej., PECES-BARBA (1983), donde insiste en la diferenciación entre Teoría de los derechos fundamentales y Filosofía de los derechos fundamentales, que ya se encuentra en su clásico trabajo de 1978. Véase asimismo su toma de posición acerca del problema de la relación entre historicidad y concepto de derechos en PECES-BARBA (1987) y de nuevo sobre la fundamentación en PECES-BARBA (1989), donde repropones la idea de la libertad igualitaria como clave del fundamento —desde luego, ético— de unos derechos de los que no cabe hablar sino refiriéndose a una «realidad integrable en el Derecho positivo».

<sup>2</sup> BOBBIO (1988). Esta posición de BOBBIO es quizá el paradigma del punto de vista positivista/normativista sobre el problema. En cierto modo, puede ser calificada, con BULYGIN (1987), como una toma de posición «realista»: se trataría de reconocer que en este terreno no hay apoyo sólido y que la pretensión contraria es incluso, «políticamente sospechosa, pues tiende a crear una falsa sensación de seguridad».

<sup>3</sup> Sobre la definición de la posición «dualista», caracterizada en principio como un criterio metodológico, resulta necesario hacer alguna precisión. Efectivamente, hay que distinguir de un lado la concepción dualista estrictamente metodológica que se limita (aunque no es poco) a poner de relieve la necesidad de distinguir la dimensión jurídica —inevitablemente jurídico-positiva— de los derechos humanos, de las posibilidades de justificación de los mismos, que no son sólo (aunque sí primordialmente) de carácter ético y, de otro lado, lo que podríamos calificar como «dualismo ontológico», el que critica VERNENGO cuando se refiere a las tesis de quienes sostienen la concepción de los derechos morales [VERNENGO (1989), pp. 327 ss., praes. 342-/42]. Respecto a este último, creo que VERNENGO tiene razón al denunciar la prolongación del dualismo metafísico de raigambre platónica en autores que tratan de mantener esa ambivalencia de los derechos: a la par, instituciones jurídico-positivas «imperfectas» y valores universa-

desde luego no sin matizaciones: en efecto, elegir esta concepción es, para Peces-Barba, sobre todo un criterio metodológico, detrás del cual pueden aparecer muy diferentes respuestas conceptuales al problema de los derechos y no menos diferentes propuestas de respuesta a la interrogante relativa a la justificación o fundamentación de los mismos, pero lo que constituye el núcleo de esa posición es su rechazo tanto de las concepciones que ofrecen una respuesta monista a los dos problemas de concepto y fundamentación como de las que descartan ocuparse de ello por considerarlo una tarea estéril. En particular, la concepción dualista se sitúa en manifiesta oposición (así, el propio Peces-Barba, o Prieto Sanchís) a aquellas tesis doctrinales que nos proponen la noción de «derechos morales» (concepto éste que, en el sentir de tales críticas <sup>4</sup>, tendría todos los inconvenientes del iusnaturalismo, sin aportar ninguna novedosa ventaja).

Por su parte, Pérez Luño <sup>5</sup> separa también las cuestiones de concepto y fundamentación: por esa razón, propone a su vez a) una *fundamentación* de carácter iusnaturalista, pues «los derechos humanos responden a instancias o valores éticos anteriores al derecho positivo», y en ese sentido muestra su cercanía a las tesis de los «derechos morales» que, según argumenta convincentemente, serían sobre todo «una denominación nueva para aludir a las exigencias éticas implícitas en la noción de los derechos humanos tal y como tradicionalmente han sido entendidos desde la óptica iusnaturalista», y por ello encuentra equiparables las nociones de «derechos humanos», «derechos naturales» y «derechos morales». Al mismo tiempo, ofrece b) un *concepto* de los derechos diverso de esta fundamentación: los derechos humanos serían «una categoría histórica que tan sólo puede ser predicada con sentido en un contexto determinado» <sup>6</sup>, o, como los define en otro lugar, un conjunto de facultades e instituciones que, en cada momento histórico, concretan unas exigencias o valores fundamentales <sup>7</sup>. Por tanto, aunque pueda parecer sorprendente, considero que de esa forma las tesis de la mencionada concepción dualista de Peces-Barba (fundamentación ética, que combina con un concepto histórico de los derechos humanos) convergen no poco con las de Pérez Luño (concepto histórico de los derechos y fundamentación próxima al iusnaturalismo, si bien es cierto que muy matizadamente), aun partiendo de diferentes posiciones. En cualquier caso, convendría dejar señaladas ya, como lo hace entre otros Laporta, algunas observaciones elementales sobre el lugar de la historia en la justificación de los derechos: a) Es evidente que el recurso a la Historia resulta imprescindible para explicar la génesis y el desarrollo de los derechos humanos, para comprender de qué hablamos cuando nos referimos en cada momento a los derechos, por qué y cuándo aparecen: y ello no significa necesariamente, como se ha indicado con acierto <sup>8</sup>, que se mantenga una

les, sobre todo por cuanto de ese modo, en realidad lo que aparece es la tesis clásica de la concepción iusnaturalista de los derechos humanos. Sin embargo, parece claro que no todos los defensores de la teoría de los derechos morales son acreedores de esa etiqueta de dualismo ontológico y, por consiguiente, de iusnaturalismo. Explícitamente VERNENGO reconoce que no sería así en el caso de la construcción de LAPORTA, y desde luego E. FERNÁNDEZ y A. RUIZ MIGUEL rechazan expresamente, por su parte, las razones de tal calificación.

<sup>4</sup> Así, PECES-BARBA (1987 y 1989) o PRIETO SANCHÍS (1988 y 1989), donde se reiteran los argumentos contra las tesis sostenidas entre nosotros por E. FERNÁNDEZ (1984, 1987 y 1989) y que aparecen también tras el riguroso e interesante análisis de LAPORTA (1987). Vid. también LAPORTA (1989) y RUIZ MIGUEL (1989).

<sup>5</sup> PÉREZ LUÑO (1984 y 1987). Las citas textuales corresponden a este último trabajo.

<sup>6</sup> PÉREZ LUÑO (1987).

<sup>7</sup> Cfr. PÉREZ LUÑO (1984), p. 51.

<sup>8</sup> PÉREZ LUÑO (1987), p. 56.

concepción lineal de la Historia, sino sólo, entre otras consecuencias de interés, que, por ejemplo, pueden surgir nuevos derechos en respuesta a nuevas necesidades. b) Asimismo, parece claro que el concepto de derechos humanos pertenece —como tantos otros: el de Estado— a la categoría de los conceptos históricos, con lo que todo ello implica: por ejemplo, que sólo tiene sentido hablar de ellos desde lo que se ha llamado (Peces-Barba) el «tránsito a la modernidad» y que, como escribe Pérez Luño, «ese contexto genético otorga [...] unos perfiles ideológicos definidos». c) Finalmente, y en punto a la argumentación dirigida a proporcionar justificación o fundamento de los derechos, la Historia no puede ser razón justificativa, como argumenta ejemplarmente el mismo Laporta<sup>9</sup>: en primer lugar, «la validez de los enunciados se determina por argumentación racional [...] el hecho de que se presenten en un momento histórico no añade nada a esa argumentación»; además, resulta difícil cohesionar postulados morales y concepciones necesarias de la historia —pesimistas u optimistas—; finalmente, la historia no es un criterio, sino un *totum revolutum*, respecto al cual no cabe más que un conocimiento *ex post*. Por ello no cabe sino descartar (y así lo hacen Peces-Barba<sup>10</sup> y Pérez Luño<sup>11</sup>) la fundamentación «historicista».

## II

Seguramente la concepción dualista se nos muestra como la más útil, en el caso de que se pudiera solventar el problema que he tratado de destacar más arriba, como intentaré justificar después. Sin embargo, y a los efectos de mi argumentación, lo que me parece más interesante es mostrar cómo se plantea la cuestión de la relación entre concepto y fundamento de los derechos en algunos de los representantes más significativos de la mencionada teoría de los «derechos morales», entre los que me referiré, por seguir en el contexto español, a las tesis de E. Fernández y F. Laporta. Efectivamente, como indiqué antes, tal teoría parece proporcionar una respuesta que evita la artificial separación entre las cuestiones de concepto y fundamentación de los derechos humanos. Sin embargo, en mi opinión, nos proporciona un ejemplo relevante de cómo se nos propone primordialmente como una respuesta dirigida aparentemente al problema conceptual, relativa al qué son los «derechos humanos» y, por tanto, distinta del problema de la justificación (aunque siempre en perfecta coherencia con ella), cuando en realidad es una teoría sólo acerca de esta segunda cuestión y no de la primera. En mi opinión, E. Fernández advierte bien el problema cuando escribe que el suyo es un intento de reunir fundamentación ética de los derechos humanos y concepto de los mismos como derechos morales. El inconveniente es que no se comprende bien qué hay de concepto y qué de fundamentación, precisamente porque el calificativo de «morales», según E. Fernández, trata de mostrar que el fundamento de los mismos es un fundamento ético, previo a lo jurídico (fundamento ético que, en realidad, como admite el propio autor, remite a las necesidades) de donde podríamos deducir que la expresión «derechos morales»

<sup>9</sup> LAPORTA (1987), pp. 75-76.

<sup>10</sup> PECES-BARBA (1987), p. 220, que prefiere hablar de «fundamentación positivista», aunque, en realidad, acepta la fundamentación ética con tal de mantener que en ese plano no cabe hablar de derechos, sino de valores morales: sólo cuando esa moralidad se incorpora al Derecho positivo podría hablarse de derechos fundamentales.

<sup>11</sup> Difícilmente podría ser de otra manera en quien entiende que la positivación de los derechos es un acto declarativo y no constitutivo: cfr. PÉREZ LUÑO (1984 y 1987).

no supondría en realidad una respuesta al problema del concepto. A ello responde E. Fernández<sup>12</sup> con un argumento de gran interés, que podemos encontrar en otros defensores de los *moral rights* como Nino, Laporta o Ruiz Miguel<sup>13</sup>: si nos planteamos qué quiere decir la afirmación «tengo derecho a X», parece posible contestar que esa expresión no se reduce a ámbitos jurídicos y que, hablando con propiedad, «tiene un claro e irrenunciable origen y componente moral». Por esa razón niegan que la expresión tenga carácter confundiente: los derechos humanos «son tales por su carácter moral, siendo accidental el reconocimiento jurídico para su concepto», y, por lo demás, desde el punto de vista pragmático de la defensa de los derechos ésta les parece la posición más eficaz<sup>14</sup>. Sin embargo, el problema se mantiene en tanto que los partidarios de la teoría de los derechos morales adopten el punto de vista estrictamente analítico en aras del rigor científico, reconociendo que desde las exigencias de la lógica resulta posible admitir que la cuestión conceptual es un problema previo y, por consiguiente, centrándose aparentemente en ese único tema, todo ello aunque expresamente se advierta a menudo (si bien luego no se sepa o se pueda respetar tal exigencia), que ese trabajo de deslinde, por más que sea útil y aun imprescindible, se revela un auténtico castigo de Sísifo por las dificultades que conlleva: estamos aquí, una vez más, ante un problema circular, aunque con ello no quiero decir que se trate tan sólo de un problema terminológico en el sentido impreciso (y, por ello, peyorativo) de la palabra, puesto que las consecuencias de utilizar una u otra acepción son de cierta importancia práctica (sería un problema semántico en el sentido estricto de ese término).

En definitiva, el problema podría describirse en estos términos: cuando quienes se ocupan de la cuestión conceptual tratan de responder a la pregunta ¿qué significa tener derecho a X? ofreciendo la noción de derechos morales, casi nunca ofrecen una respuesta en el plano conceptual, sino que las más de las veces formulan propuestas que deberían situarse en el de la justificación, es decir, proporcionan una tesis fundamentadora de los derechos, y no un concepto de derechos en cuanto tal. Trataré de explicarlo aludiendo precisamente a la construcción de Laporta que me parece uno de los intentos más acabados de evitar esa confusión aun reconociendo lo esencial de la teoría de los derechos morales.

El trabajo de F. Laporta<sup>15</sup>, que constituye un punto inevitable de referencia, comienza precisamente por poner de relieve la dificultad de delimitación de los problemas de concepto y fundamentación, pero en definitiva, y en aras del rigor científico, adopta una consideración específica del problema conceptual para el que propone como respuesta la noción de derechos morales. Su reflexión sobre el concepto de derechos humanos como *moral rights*, se apoya, entre otros argumentos básicos, en la distinción (en línea con la crítica de McCormick a buena parte de los planteamientos habituales) entre «derechos» y «técnicas de protección»: los derechos serían, por expresarlo de alguna manera, entidades «prenormativas», mientras que las facultades de ejecución o renuncia a los derechos, los «poderes» atribuidos

<sup>12</sup> *Ibid.*, p. 158.

<sup>13</sup> Cfr. FERNÁNDEZ (1989), p. 158. Vid. también PÁRAMO (1987), LAPORTA (1987) y RUIZ MIGUEL (1989).

<sup>14</sup> RUIZ MIGUEL (1989), pp. 322 y 325.

<sup>15</sup> Me referiré, salvo mención expresa, a LAPORTA (1987). Con posterioridad [LAPORTA (1989)] ha vuelto sobre el tema para precisar el sentido y alcance de los esfuerzos de fundamentación de los derechos, a propósito de lo cual recuerda la necesidad de separar los planos de la reflexión sobre derechos humanos y la relativa a los derechos fundamentales. Como se verá más adelante, habrá oportunidad de comentar este segundo trabajo.

por el Derecho positivo, existirían sólo después de que existan los derechos, no serían el elemento constitutivo de los mismos. El punto de partida puede encontrarse en la tesis que señala —la cita es del propio Laporta— que en todo sistema normativo «no sólo pueden darse relaciones lógico-deductivas, sino que aparecen también relaciones justificatorias o instrumentales que pertenecen al mundo del razonamiento práctico y son imposibles de aprehender en los lazos formales del razonamiento lógico-deductivo»<sup>16</sup>. Por mi parte, trataré de mostrar cómo, precisamente, la respuesta de los *moral rights* esconde, tras su equívoco, la pista certera, como apuntan, entre otros, Atienza y Ruiz Manero cuando en su comentario de las tesis de Laporta escriben: «[...] a su concepción de los derechos como entidades pre-normativas podría acusársele de confundir los derechos con el fundamento de los mismos»<sup>17</sup>. Efectivamente, Laporta sale al paso de esta crítica a su propia concepción indicando que quien la formula ignora una precisión básica: para él los derechos (morales) son entidades pre-normativas pero que forman parte del sistema jurídico, concretamente como «razones intrasistemáticas» (razones que forman parte del sistema jurídico y que sirven como argumento para la existencia de los derechos legales), mientras que el fundamento de los derechos (legales) sería siempre un problema de «justificación extrasistemática» de los mismos. En el fondo, siempre según Laporta, el problema derivaría del prejuicio «legalista» que radica en entender que sólo tiene sentido la expresión «tener un derecho» cuando existe una técnica de protección que consiste en poner en manos del titular un dispositivo institucional de coacción, lo que, sin embargo, no sería sostenible desde un punto de vista empírico ni aun para los sistemas que llamamos jurídicos. Por lo demás, se trataría de constatar simplemente que al igual que no hay correlación *necesaria* entre obligaciones morales y obligaciones legales o jurídicas, tampoco la hay entre derechos morales y derechos legales, afirmación de la que derivan dos consecuencias del mayor interés:

a) Sostener la tesis de los derechos morales no significaría necesariamente adoptar posiciones iusnaturalistas: no es así, desde luego, en la construcción de Laporta: no se trata ni de la existencia de «otro» orden jurídico, ni de la tesis de la necesaria intersección entre Derecho y Moral que es uno de los puntos básicos de la doctrina del Derecho natural<sup>18</sup>.

b) Sostener la tesis de los derechos morales significaría sólo (pero no es poco) que junto al orden jurídico positivo existe un orden moral y que a uno y otro corresponden derechos: lo que llamamos habitualmente derechos humanos pertenecerían a este ámbito de la moralidad: serían *derechos morales*, o, lo que es lo mismo, violarlos sería violar derechos y por eso su desconocimiento «justifica acciones como la desobediencia a las leyes y la resistencia a la opresión jurídico-positiva».

Pues bien, entiendo que hay una contradicción entre argumentar que los derechos (morales) son elementos intrasistemáticos del sistema normativo jurídico y afirmar que, al igual que las obligaciones morales, pertenecen al ámbito de la moralidad y *no tienen una necesaria correlación en derechos legales, esto es, en el sistema normativo*. O sea: decir que los derechos (morales) son algo que está «más allá de las normas [...] y constituyen la razón para articular una protección mediante normas» significa, en mi opinión, que la noción de derechos morales *no pertenece al sistema normativo jurídico hasta tanto los derechos morales no son incorporados al sis-*

<sup>16</sup> LAPORTA (1987), p. 29.

<sup>17</sup> ATIENZA/RUIZ MANERO (1987), p. 69.

<sup>18</sup> En el mismo sentido, cfr. las afirmaciones de E. FERNÁNDEZ (1989), y A. RUIZ MIGUEL (1989).

*tema normativo jurídico como razones que justifican la existencia de los derechos legales*, pero debe advertirse que esa incorporación no es 1) necesaria (los derechos morales pueden continuar en el ámbito exclusivamente moral, como razones para la acción) y, por consiguiente, 2) no es razón suficiente que nos permita calificar a los derechos morales como elementos del sistema normativo: los derechos morales, en definitiva, no son tales derechos, sino que ofrecen razones para justificar la exigencia de un reconocimiento normativo determinado: para fundamentar los derechos (los derechos fundamentales)<sup>19</sup>.

### III

En otras palabras: lo que sucede es que los derechos morales serían, como ha visto bien Laporta, «razones para la acción», especialmente pertinentes en el ámbito de la praxis moral, jurídica y política, es decir, fundamentan juicios de justicia o legitimidad y/o apoyan la adopción de respuestas concretas para materializar esas exigencias (ésta es la verdad que encierra el tópico tan repetido de que los derechos humanos constituyen la concreción de la idea de justicia en nuestra conciencia colectiva, en nuestro horizonte cultural), porque, como advierte el propio Laporta en otro lugar, «si los enunciados jurídicos que reconocen u otorgan derechos humanos son vinculantes ello se debe a que son conclusiones de un razonamiento práctico cuyas premisas prácticas o valorativas son extrajurídicas»<sup>20</sup>. Eso es tanto como reconocer que el lugar de la teoría de los derechos morales en relación con los derechos humanos es el de la justificación o fundamento de los derechos (tanto si nos referimos a los derechos humanos en general, como, *a fortiori*, si se trata de los derechos fundamentales), y no constituyen una respuesta al problema conceptual, a la pregunta ¿qué son los derechos?, sino a la pregunta ¿por qué debe aceptarse que tengo un derecho?, o, mejor, ¿por qué está justificado exigir del Derecho una respuesta normativa? Por lo demás, si se me permite la expresión, en realidad la teoría de los derechos morales ni siquiera ofrece una respuesta al problema de la justificación, pues constituye un circunloquio, un rodeo que remite, en la mayoría de los casos, bien a una respuesta antropológica iusnaturalista, bien a una axiología, bien, lo que quizá es hoy la posición más interesante, a una variante de la solución «antropológica» basada en la noción de las necesidades humanas. Efectivamente, como se ha indicado por Anón<sup>21</sup> entre otros, serían las necesidades, y no los derechos morales lo que proporcionaría, en todo caso, las razones, los argumentos que apoyarían una respuesta jurídico-normativa (y no otra) a determinadas exigencias que se pretenden justificadas, una respuesta jurídico-normativa a las demandas que afirman que es justo reclamar algo, una justificación de por qué tiene fundamento racional

<sup>19</sup> En otras palabras: el problema es el mismo que plantea la invocación de las necesidades como derechos, mejor, como fundamento de los mismos, según hemos tratado de mostrar en DE LUCAS/ANÓN (1990), aunque con ventaja para el recurso a las necesidades.

<sup>20</sup> LAPORTA (1989), p. 205. En este trabajo, en el que se realiza un brillante análisis acerca de qué tipo de enunciados morales pueden proporcionar fundamentación de enunciados jurídicos y, más concretamente, de derechos fundamentales, lo que entre otras cosas supone una precisión del carácter vinculante de los enunciados jurídicos relativos a derechos fundamentales así como una distinción entre enunciados morales que sirvan para el objetivo de fundamentación/justificación, hay una premisa que no conviene olvidar, y es que, como advierte el autor, se está hablando de derechos fundamentales, *dentro del orden jurídico*, y no de derechos humanos en general. Es decir, el recurso final a los derechos morales es un recurso para ofrecer un fundamento de los Derechos positivos.

<sup>21</sup> ANÓN (1990).

pretender que el Derecho adopte —en cuanto sistema normativo y con las técnicas que ello supone— una respuesta a tales demandas: una respuesta, pues, que no consiste tan sólo en técnicas de protección (normas secundarias), sino en establecimiento de derechos positivos (normas primarias). Por esa razón, la propuesta de los derechos morales como concepto de derechos humanos no es, en mi opinión, operativa: no ofrece más de lo que podemos conseguir por otras vías que, sin embargo, evitan una confusión que no sólo es conceptual, sino también metodológica. Otra cosa sería afirmar que en orden a proporcionar las relaciones de justificación propias del ámbito del razonamiento práctico que son imprescindibles para cualquier intento de fundamentación, el recurso a la noción de derechos morales pueda tener, como en mi opinión la tiene, una gran utilidad, sin que ello comporte que los derechos morales sean el auténtico fundamento: en realidad tal fundamento está más allá, y nos lo proporcionarían criterios como los de bienes básicos o necesidades a los que precisamente remite la noción de derechos morales, entre otras razones por las inequívocas limitaciones de la propia teoría de los derechos morales<sup>22</sup>.

## BIBLIOGRAFÍA

- ATIENZA/RUIZ MANERO (1987): «A propósito del concepto de derechos humanos de F. Laporta», *Doxa*, 4.
- AÑÓN (1991): «Fundamentación de los derechos humanos y necesidades básicas», en BALLESTEROS (ed.) y varios autores, *Derechos humanos*, Tecnos, Madrid.
- BALLESTEROS/DE LUCAS (1989): «Sobre los límites del principio de disidencia», en MUGUERZA y varios autores, *El fundamento de los derechos humanos*, Debate, Madrid.
- BOBBIO (1988): *El problema de la guerra y las vías para la paz*, Gedisa, Madrid.
- BULYGIN (1987): «Sobre el estatuto ontológico de los derechos humanos», *Doxa*, 4.
- FERNÁNDEZ (1984): *Teoría de la justicia y derechos humanos*, Debate, Madrid.
- (1989): «Acotaciones de un supuesto iusnaturalista a las hipótesis de J. Muguerza sobre los derechos humanos», en MUGUERZA (1989), cit.
- LAPORTA (1987): «Sobre el concepto de derechos humanos», *Doxa*, 4.
- (1989): «Sobre la fundamentación de enunciados jurídicos de los derechos humanos», en MUGUERZA (1989), cit.
- DE LUCAS/AÑÓN (1989): «Necesidades, razones, derechos», *Doxa*, 7.
- MUGUERZA (1989): «La alternativa del disenso», en MUGUERZA, *El fundamento de los derechos humanos*, Debate, Madrid.
- NINO (1989): *Ética y derechos humanos*, Ariel, Barcelona.
- (1990): «Sobre los derechos morales», *Doxa*, 7.
- PÁRAMO (1989): «Bienestar, derechos y autonomía», en MUGUERZA (1989), cit.
- PECES-BARBA (1983): *Derechos fundamentales*, Universidad Complutense, Madrid.
- (1987): «Sobre el puesto de la Historia en los derechos fundamentales», *Anuario de Derechos Humanos*, 4.
- (1988): *Escritos sobre los derechos fundamentales*, Eudema, Madrid.
- (1989): «Sobre el fundamento de los derechos humanos», en MUGUERZA (1989), cit.
- PÉREZ LUÑO (1984): *Derechos humanos, Estado de Derecho y Constitución*, Tecnos, Madrid (hay 2.ª ed., 1986).
- (1987): «Concepto y concepción de los derechos humanos», *Doxa*, 4.
- (1989): «Sobre los valores fundadores de los derechos humanos», en MUGUERZA (1989), cit.
- (1988): *Los derechos fundamentales*, Tecnos, Madrid.

- PRIETO SANCHÍS (1987): «Ideología liberal y fundamentación iusnaturalista de los derechos humanos. Observaciones críticas», *Anuario de Derechos Humanos*, 4.
- RUIZ MIGUEL (1989): «Los derechos humanos como derechos morales: entre el problema verbal y la denominación confusa», en MUGUERZA (1989), cit.
- (1990): «Los derechos humanos como derechos morales», *Anuario de Derechos Humanos*, 6.
- VERNENGO (1989): «Los derechos humanos y sus fundamentos éticos», en MUGUERZA (1989), cit.
- (1990): «Enfoques escépticos de los derechos humanos», *Anuario de Derechos Humanos*, 6.

<sup>22</sup> En este sentido recojo la crítica de PRIETO SANCHÍS (1987) a la dimensión liberal-individualista de la teoría de los derechos morales. Efectivamente, como sostiene RUIZ MIGUEL en sintonía con las tesis de MUGUERZA (1989), resulta difícil dejar de admitir que la moralidad tiene su raíz en el individuo que se ve llamado a disentir, en la moral crítica o moral abierta, como se prefiera, pero creo que eso no resuelve la objeción del lastre ideológico denunciado en la teoría de los derechos morales, y así lo hemos tratado de argumentar en otro lugar [BALLESTEROS/DE LUCAS (1989)].

## LOS DERECHOS HUMANOS COMO DERECHOS SUBJETIVOS

ERNESTO J. VIDAL GIL

### I

Frente a lo que hace algún tiempo se consideraba la tesis dominante, parece que, en la actualidad, la fundamentación de los derechos humanos no es una empresa desesperada<sup>1</sup>. Si así fuera, no se entenderían los valiosos y recientes estudios sobre el tema en el ámbito de nuestra comunidad científica, cuyo punto de partida común es precisamente la búsqueda del fundamento y la constatación de la incapacidad del Derecho positivo para dar un fundamento convincente de los derechos humanos. Debemos destacar las propuestas en torno a una fundamentación ética de los derechos humanos que realizan los profesores Muguerza<sup>2</sup> y Rodríguez Paniagua<sup>3</sup>; la de Pérez Luño en torno a la ética intersubjetiva<sup>4</sup>; el fundamento ético-racional de Eusebio Fernández<sup>5</sup> en torno a la idea de los derechos morales, y la comprensión de los derechos humanos como derechos morales que postula A. Ruiz Miguel<sup>6</sup>; la crítica al modelo de fundamentación iusnaturalista liberal de Luis Prieto<sup>7</sup>; el modelo de fundamentación dualista de Peces-Barba<sup>8</sup>; las sugerentes propuestas de Jesús Ballesteros de un modelo de fundamentación ético-religioso<sup>9</sup>, y de Javier de Lucas en torno al reconocimiento del sujeto como persona moral<sup>10</sup>, y, finalmente, la remisión del tema a la teoría de las necesidades que propone M.<sup>a</sup> José Añón<sup>11</sup>.

<sup>1</sup> Cfr. N. BOBBIO, «L'illusion du fondement absolu», en *Le fondement des droits de l'homme*, Actas del Convenio del Institut International de Philosophie (L'Aquila, 14-19 de septiembre de 1964), Firenze, 1966, pp. 3 ss.

<sup>2</sup> Cfr. J. MUGUERZA, «La alternativa del disenso (En torno a la fundamentación ética de los derechos humanos)», en J. MUGUERZA y otros, *El fundamento de los derechos humanos*, ed. a cargo de G. Peces-Barba, Debate, Madrid, 1989, pp. 19-56. El volumen recoge una serie de valiosos trabajos de profesores del Área de Filosofía del Derecho Moral y Política con motivo de un encuentro que tuvo lugar en Madrid los días 19 y 20 de abril de 1988 promovido por la Fundación Taner y el Instituto de Filosofía del CSIC sobre el problema de la fundamentación de los derechos humanos, al que remitimos en su totalidad.

<sup>3</sup> Cfr. J. M. RODRÍGUEZ PANIAGUA, «El artículo 10.1 de la Constitución española y la fundamentación ética de los derechos humanos», en *Lecciones de Derecho natural como introducción al Derecho*, 3.<sup>a</sup> ed., Universidad Complutense, Madrid, 1988, pp. 205 ss.

<sup>4</sup> Cfr. A. E. PÉREZ LUÑO, *Derechos humanos, Estado de Derecho y Constitución*, 2.<sup>a</sup> ed., Tecnos, Madrid, 1986, pp. 132-187.

<sup>5</sup> Cfr. E. FERNÁNDEZ, *Teoría de la justicia y derechos humanos*, Debate, Madrid, 1984, pp. 77-127, especialmente pp. 104 ss. Vid. también «Anotaciones de un supuesto iusnaturalista a las hipótesis de Javier Muguerza sobre la fundamentación ética de los derechos humanos», en J. Muguerza y otros, *El fundamento de los derechos humanos*, cit., pp. 155-163.

<sup>6</sup> Cfr. A. RUIZ MIGUEL «Los derechos humanos como derechos morales», *ADH*, 6/1990, pp. 149-160.

<sup>7</sup> Cfr. L. PRIETO SANCHÍS, «Ideología liberal y fundamentación iusnaturalista de los derechos humanos. Observaciones críticas», *Anuario de Derechos Humanos*, núm. 4, 1987, cit., pp. 292-321.

<sup>8</sup> Cfr. G. PECES-BARBA, *Derechos fundamentales*, Universidad Complutense, Madrid, cap. I.

<sup>9</sup> Cfr. J. BALLESTEROS, *Sobre el sentido del Derecho*, 2.<sup>a</sup> ed., Tecnos, Madrid, 1986, pp. 110-119.

<sup>10</sup> Cfr. J. DE LUCAS y J. BALLESTEROS, «Sobre los límites del principio de disidencia», en J. Muguerza y otros, *El fundamento de los derechos humanos*, cit., pp. 81-87.

<sup>11</sup> Cfr. M. J. AÑÓN ROIG, *Teoría de las necesidades y su proyección en Teoría de Derechos. Especial*

La recuperación de la filosofía moral en el ámbito de nuestra comunidad científica está produciendo en este punto resultados significativos. Tampoco, por consiguiente, parece que pueda hablarse con propiedad de la «ilusión del fundamento absoluto» de los derechos humanos<sup>12</sup>, sino que, por el contrario, parece que, cuando menos, hay un fundamento en el que basar los derechos humanos, sea absoluto o no. Por ello, quizás también rectificando en parte algo de lo que hasta ahora constituía una tesis comúnmente aceptada, nuestra tarea deba orientarse hacia los problemas que suscitan tanto el fundamento como la protección de los derechos humanos, puesto que ambos constituyen una unidad inescindible<sup>13</sup>. Del mismo modo parece que hoy en día preguntarse por el problema del fundamento de los derechos humanos exige, a la vez, preguntarse por su concepto<sup>14</sup>.

Otro de los resultados significativos que la recuperación de la filosofía moral y política antes aludida está produciendo consiste en el acuerdo existente en la comunidad científica en torno a la idea de que el Derecho positivo es insuficiente; que no agota la fundamentación de los derechos humanos<sup>15</sup>, aunque sí, diría yo, el concepto. Por ello son particularmente intensos los problemas que inmediatamente surgen en este punto en torno a la idea de la conexión/separación/confusión entre Derecho y Moral en materia del concepto y fundamentación de los derechos humanos<sup>16</sup>. De ahí las aportaciones también recientes que se han dado en nuestra comunidad científica al respecto<sup>17</sup>. Que el Derecho positivo no agota la fundamentación de los derechos humanos es algo que no merece mayor discusión. Baste señalar al respecto que de otro modo sería imposible hablar de derechos humanos allí donde no los reconociera el ordenamiento jurídico positivo<sup>18</sup>. Que los derechos humanos consistan

*atención al modelo de Agnes Heller*. Se trata de una excelente tesis doctoral que, dirigida por J. de Lucas, ha merecido el premio de investigación en Ciencias Sociales que concede el CEC y cuya publicación es inminente. Vid. además, en este mismo volumen, su trabajo sobre «Fundamentación de los derechos humanos y necesidades básicas». Vid. también «El sentido de las necesidades en la obra de Agnes Heller», *Sistema*, núm. 96, mayo de 1990, pp. 103-137, y, finalmente, vid. J. DE LUCAS y M. J. AÑÓN, «Necesidades, razones, derechos», *Doxa*, núm. 7/1989, pp. 55/83. Sobre el mismo tema, vid. L. HIERRO, «¿Derechos humanos o necesidades humanas? Problemas de un concepto», *Sistema*, núm. 46, enero de 1982, pp. 45-61.

<sup>12</sup> Cfr. N. BOBBIO, «L'illusion du fondement absolu», cit., pp. 9 ss.

<sup>13</sup> Cfr. N. BOBBIO, «Presente y porvenir de los derechos humanos», *Anuario de Derechos Humanos*, núm. 1, Instituto de Derechos Humanos, Universidad Complutense, Madrid, 1981, pp. 9 ss.

<sup>14</sup> Cfr. F. LAPORTA, «Sobre el concepto de derechos humanos», *Doxa*, 4/1987, pp. 23-45. En la misma línea, el muy reciente y denso trabajo de L. PRIETO SANCHÍS, *Estudios sobre derechos fundamentales*, Debate, Madrid, 1990, que significativamente comienza abordando el problema de la relación entre el concepto y fundamento de los derechos humanos. Finalmente, y en la misma línea, cfr. J. DE LUCAS, «Nota sobre el concepto y la fundamentación de los derechos humanos (A propósito de la utilidad del concepto de derechos morales)», en este mismo volumen.

<sup>15</sup> Cfr. E. BULYGIN, «Sobre el status ontológico de los derechos humanos», *Doxa*, 4/1987, cit., pp. 79-84.

<sup>16</sup> Cfr. F. LAPORTA, «Sobre el concepto de derechos humanos. Respuesta a Pérez Luño, Atienza y Ruiz Manero», *Doxa*, 4/1987, pp. 71-78.

<sup>17</sup> Una aportación novedosa al tema, por cuanto pone de manifiesto la relación entre ambos problemas, el del concepto y el fundamento, desde la perspectiva de la crítica a la idea de los derechos morales, es la que propone J. DE LUCAS, en este mismo volumen, «Nota sobre el concepto y la fundamentación de los derechos humanos (A propósito de la utilidad del concepto de derechos morales)». Vid. también J. BETEGÓN y J. R. DE PÁRAMO, *Derecho y Moral. Ensayos analíticos*, Ariel, Barcelona, 1990; F. LAPORTA, «Ética y Derecho en el pensamiento contemporáneo», en V. CAMPS, *Historia de la ética*, vol. 3, *La ética contemporánea*, Crítica, Barcelona, 1989, pp. 221-295, y, finalmente, el número monográfico 28/1988 de los *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, dedicado al tema «Derecho y Moral».

<sup>18</sup> Cfr. F. LAPORTA, «Sobre el concepto de derechos humanos. Respuesta a Pérez Luño, Atienza y Ruiz Manero», cit., p. 74 y «Sobre la fundamentación de enunciados jurídicos de derechos humanos», en J. MUGUERZA y otros, *El fundamento de los derechos humanos*, cit., pp. 203-208.

única y exclusivamente en una propuesta moral puede implicar el riesgo de reducirlos a la inoperancia, aun teniendo en cuenta la diferencia existente entre la fuerza prescriptiva y la eficacia de una proposición sobre la que advierte Ruiz Miguel<sup>19</sup>. Por lo que en este punto creo que la tesis llamada del «fundamento dual de los derechos humanos» que mantiene Peces-Barba merece mi adhesión. De un lado, los derechos humanos son exigencias éticas; de otro, sólo son derecho en la medida en que forman parte de un ordenamiento jurídico-positivo. Dicha fundamentación permite además conservar el equilibrio adecuado entre Derecho y Moral, sin invadir sus respectivos ámbitos de influencia, manteniendo el carácter de derecho válido aunque injusto de aquellas disposiciones que conculquen los derechos humanos en un ordenamiento jurídico determinado. Ahora bien, lo que no parece tan claro es que se pueda hablar en este punto de derechos humanos (extrapositivos) con igual intensidad que tiene la expresión «derechos humanos» (positivizados). Por ello, y por el momento, parecería quizás más correcto referirnos a aquéllos con el término «exigencias éticas» y reservar el concepto «Derecho» únicamente para los supuestos en los que dichas exigencias éticas formen parte de un ordenamiento jurídico.

La concepción de los derechos humanos como derechos morales que el pensamiento anglosajón ha exportado a todo el orbe, y que en nuestra doctrina ha encontrado una notable acogida, ha complicado considerablemente el problema de la fundamentación y del concepto de los derechos humanos<sup>20</sup>.

Hay, en primer lugar, una cuestión terminológica que creo importante<sup>21</sup>. En inglés, «right» significa tanto la idea de lo que es correcto en sentido ético y moral, como la idea de lo que conocemos como derecho (subjeto). Y puede significar también lo que es correcto legalmente según la acepción de «derecho» como recto, como lo opuesto a torcido. De ahí que la expresión «legal right» se traduzca como derecho legal, pero pueda significar también aquello que es legalmente correcto o, finalmente, lo justo legal. La ambigüedad de dicha expresión es manifiesta si pensamos que comprende tanto el sentido usual de «derecho legal», «derecho subjetivo», como la idea de lo justo legal que nos podría llevar hasta el formalismo ético o concepción legalista de la justicia que identifica lo justo con lo que ordena el texto legal<sup>22</sup>. Por otro lado, «moral right» puede significar la acepción usual de derecho moral, ya de por sí ambigua; pero también lo que es moralmente correcto, lo justo moral, que nos llevaría a la llamada concepción sustancial de la justicia. Pues bien, si tomamos sólo el sentido usual, podríamos decir que mientras «legal right» es un pleonismo, una redundancia, pues no puede haber derecho (subjeto) que no sea legal, «moral right» es una expresión particularmente ambigua que puede llegar hasta la contradicción, puesto que la calificación de algo como Derecho (positivo) es independiente de su valor moral de modo que puede haber un Derecho positivo que sea inmoral o, por el contrario, puede haber Derecho positivo que traduzca exigen-

<sup>19</sup> Cfr. A. RUIZ MIGUEL, «Los derechos humanos como derechos morales», *Anuario de Derechos Humanos*, núm. 6/1990, pp. 149-160.

<sup>20</sup> Cfr. G. PECES-BARBA, «Sobre el puesto de la historia en el concepto de los derechos fundamentales», en *Anuario de Derechos Humanos*, cit., núm. 4, pp. 219-258. Sobre la noción de derechos morales, cfr. C. S. NINO, *Ética y derechos humanos*, Buenos Aires, Paidós, 1984, pp. 21-49. Cfr. también «Sobre los derechos morales», *Doxa*, 7/1989, pp. 311-327. Vid. en este volumen el trabajo de J. GARCÍA ANÓN, «Los derechos humanos como derechos morales: Una aproximación a unas teorías con problemas de concepto fundamento y validez».

<sup>21</sup> Cfr. R. VERNENGO, «Los derechos humanos como razones morales justificatorias», *Doxa*, 7/1990, pp. 275-299.

<sup>22</sup> Cfr. N. BOBBIO, «Formalismo jurídico y formalismo ético», en *Contribución a la teoría del Derecho*, ed. a cargo de Alfonso RUIZ MIGUEL, Fdo. Torres Ed., Valencia, 1980, pp. 105-119.

cias éticas como en el supuesto que nos ocupa, por más que conceptualmente constituyan supuestos distintos, ya que la exigencia moral, por intensa que sea, no constituirá derecho en tanto no forme parte del ordenamiento jurídico, y, en el supuesto de que así sea, se dirá que en ese punto existe una conexión contingente y no necesaria entre ambos órdenes normativos.

Por donde pueden reaparecer problemas que creíamos superados, entre los que destaca sobremanera la confusión entre derecho y moral a través de un doble proceso de legalización de la moral y de moralización del derecho. Ciertamente el ordenamiento jurídico participa de lo que se ha dado en llamar la «open texture»<sup>23</sup>, y también es verdad que las concepciones del ordenamiento jurídico desde el dogma de la plenitud y de la autosuficiencia están más que superadas por cuanto que el ordenamiento jurídico no se integra sólo por normas, sino también por principios<sup>24</sup>, pero de ahí a afirmar que cualquier exigencia ética o aspiración moral, por valiosa y respetable que sea, constituye derecho sin más e, incluso, se impone como «triumfos frente a la mayoría» sobre los derechos legales, media un trecho cuya observancia nos llevaría a admitir la libre y autónoma creación judicial del derecho<sup>25</sup>. Una cosa es reconocer la textura abierta del ordenamiento jurídico, y otra muy distinta, prescindir de cuanto significa la misma idea de ordenamiento y la norma de reconocimiento. Creo, por el contrario, que sólo aquellas proposiciones que superen el test de reconocimiento son susceptibles de ser reconocidas como derecho.

Decía antes que la tesis de los derechos morales ha tenido un notable eco en nuestra comunidad científica, en cuyo seno se han realizado valiosos intentos de fundamentación de los derechos humanos como derechos morales. Así, los estudios de Eusebio Fernández y Pérez Luño, que confluyen en una fundamentación iusnaturalista (deontológica, abierta y crítica) en la línea de lo que para Bobbio constituye el iusnaturalismo moderado, y la revisión crítica que merecen dichas posiciones por parte de Peces-Barba. Últimamente, también Laporta ha abordado el problema, distanciándose de la fundamentación iusnaturalista<sup>26</sup>.

Eusebio Fernández se muestra partidario de lo que llama «fundamentación ética», que se manifiesta «en torno a exigencias que consideramos imprescindibles como condiciones inexcusables de una vida digna, es decir, de exigencias derivadas de la dignidad humana», punto en el que los derechos humanos se definen como derechos morales, «es decir, como exigencias éticas y derechos que los hombres tienen por el hecho de ser hombres»<sup>27</sup>.

<sup>23</sup> Cfr. H. L. A. HART, *El concepto de Derecho*, 2.<sup>a</sup> ed., trad. castellana de Genaro R. Carrió, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1968, pp. 155-169. Sobre HART, cfr. J. R. DE PÁRAMO, *H. L. A. Hart y la teoría analítica del Derecho*, CEC, Madrid, pp. 335 ss., y su «Entrevista a H. L. A. Hart», *Doxa*, 5/1988, pp. 339 ss. Vid., por fin, E. FERNÁNDEZ, *Teoría de la justicia y derechos humanos*, cit., pp. 65 ss.

<sup>24</sup> Cfr. R. DWORKIN, *Los derechos en serio*, trad. castellana de M. Guastavino, Ariel, Barcelona, 1984. Sobre Dworkin, vid. A. CALSAMIGLIA, «Por qué es importante Dworkin», *Doxa*, 2/1985, pp. 159 ss., y L. PRIETO, «Teoría del Derecho y Filosofía política en R. Dworkin», *REDC*, 14/1985, pp. 353 ss.

<sup>25</sup> Cfr. G. PECES-BARBA, «La creación judicial del Derecho desde la perspectiva del ordenamiento jurídico», *Poder Judicial*, núm. 6/1983, pp. 17 ss. Vid. también A. RUIZ MIGUEL, «Sobre la creación judicial del Derecho», *Poder Judicial*, núm. 16, pp. 47-55; G. R. CARRIÓ, *Notas sobre Derecho y lenguaje*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1976, pp. 79 ss., y L. PRIETO, *Ideología e interpretación jurídica*, Tecnos, Madrid, 1987, en su integridad; I. DE OTTO, *Derecho constitucional. Sistema de fuentes*, Barcelona, 1987, cap. XIII, pp. 284-302, y, finalmente, C. GARCÍA PASCUAL y E. J. VIDAL GIL, «Creación judicial del Derecho», *La Sociología frente a los retos del siglo XXI*, San Sebastián, septiembre de 1989, pp. 111 ss.

<sup>26</sup> Cfr. F. LAPORTA, *Sobre el concepto de Derechos humanos*, cit., y «Sobre la fundamentación de enunciados jurídicos de derechos humanos», en J. MUGUERZA y otros, *El fundamento de los derechos humanos*, cit., pp. 203-208.

<sup>27</sup> Cfr. E. FERNÁNDEZ, *Teoría de la justicia y derechos humanos*, cit., pp. 109.

La identidad de los derechos humanos y derechos morales queda claramente establecida en el pensamiento de E. Fernández cuando dice: «con el término “derechos morales” pretendo describir la síntesis entre los derechos humanos entendidos como exigencias éticas o valores y los derechos humanos entendidos paralelamente como derechos. El calificativo “morales” aplicado a derechos comporta tanto la idea de la fundamentación ética como una limitación en el número y contenido de los derechos que podemos comprender dentro del concepto de los derechos humanos. Según esto, sólo los derechos morales, o lo que equivale a decir los derechos que tienen que ver más estrechamente con la idea de la dignidad humana, pueden ser comprendidos como derechos humanos fundamentales»<sup>28</sup>.

En el mismo sentido, Pérez Luño, tras declarar su acuerdo con los modelos de Eusebio Fernández y Peces-Barba, apunta: «si con la expresión “derechos morales” se quiere significar la confluencia entre las exigencias o valores éticos y las normas jurídicas, lo único que se hace en el fondo es afirmar uno de los principales rasgos definitorios del iusnaturalismo [...] por tanto, cualquier intento de cifrar la fundamentación de los derechos humanos en un orden de valores anterior al derecho positivo, es decir, preliminar o básico respecto a éste, se sitúa, consciente o inconscientemente, en una perspectiva iusnaturalista»<sup>29</sup>. Entre nosotros, Laporta ha puesto de manifiesto la correlación que se mantiene en el pensamiento de Finnis entre derechos humanos, derechos naturales y derechos morales. En Finnis, pues, «estos derechos son, sin más, la expresión moderna de unas demandas morales con perfecta autonomía conceptual y real respeto de las normas positivas. Son, como acostumbra a formularlos la tradición inglesa desde hace más de un siglo, derechos en sentido moral, *moral rights*, derechos morales. Una conceptualización que suele extrañar bastante a todos aquellos juristas que se han dejado llevar rutinariamente por la simple morfología de la palabra “derechos”, a la que atribuyen instintivamente, casi sacramentalmente, como única referencia posible la normatividad legal positiva (Derecho). La lengua inglesa, por el contrario, ha facilitado la disolución de ese engaño lingüístico al usar el término “*right*”, cuya vinculación morfológica con Derecho (*law*) no existe, y que, sin embargo, es idéntico a la palabra que esa lengua utiliza para designar la adecuación moral (*right*)»<sup>30</sup>.

Por donde cabe apuntar las críticas que el profesor Peces-Barba realiza del modelo de fundamentación que sostienen los profesores E. Fernández y Pérez Luño cuando fundamentan los derechos humanos en derechos morales y remiten el tema, en última instancia, a una posición iusnaturalista. Para Peces-Barba en ese punto, pese a las evidentes coincidencias existentes entre dichos modelos de fundamentación y la tesis dualista que sustenta, «se vuelven a unir términos como “derecho” y “moral”, cuya distinción, que no superación, constituyó uno de los progresos más evidentes de la modernidad. No me cabe duda —prosigue— que esa terminología nos vuelve al iusnaturalismo y le serían de aplicación todas las observaciones críticas que el propio profesor Fernández hace al analizar aquel modelo. Utilizar el término “derecho” para realidades morales sin inclusión en el derecho positivo, sin constituir normas válidas, es puro iusnaturalismo»<sup>31</sup>. En un trabajo conjunto con J. de Lucas ya manifestamos nuestras críticas en torno a la idea de derechos morales, su-

<sup>28</sup> Cfr. E. FERNÁNDEZ, *Teoría de la justicia y derechos humanos*, cit., pp. 103 ss.

<sup>29</sup> Cfr. A. E. PÉREZ LUÑO, *Derechos humanos, Estado de Derecho y Constitución*, cit., pp. 179 ss.

<sup>30</sup> Cfr. F. LAPORTA, «John Finnis y los derechos humanos», *Anuario de Derechos Humanos*, cit., núm. 4/1987, pp. 705-717.

<sup>31</sup> Cfr. G. PECES-BARBA, «Sobre el puesto de la historia en el concepto de los derechos fundamentales», cit., pp. 221-222.

brayando cómo a través de este concepto se corre el riesgo de reintroducir en el seno del ordenamiento jurídico la confusión entre moral y derecho a la que antes aludimos<sup>32</sup>.

También en este punto cabe anotar la posición de Nino, para quien los derechos individuales (derechos humanos individuales) «son los derechos morales que los hombres tienen [...] por el hecho de ser hombres. El hecho de que los derechos individuales sean derechos morales no excluye por supuesto que su reconocimiento efectivo prevea derechos jurídicos paralelos, pero la existencia de los derechos individuales en tanto derechos morales no está condicionada a su reconocimiento a través de ciertas normas jurídicas ya que ellas incluyen precisamente pretensiones de que se establezcan normas jurídicas prescribiendo medios de protección de derechos en cuestión»<sup>33</sup>.

Eugenio Bulygin ha criticado justamente esta posición de Nino<sup>34</sup>. Por mi parte, tampoco creo que los derechos morales se agoten en la identificación con el iusnaturalismo. La insistencia en este concepto por parte de autores claramente no iusnaturalistas, como por ejemplo Laporta, me induce a pensar que hay algo más, y a buscar una fundamentación de los derechos morales que elude la identificación iusnaturalista.

Quizás una vía de solución para el problema consista en la concepción de los derechos morales como pretensión, como *claim*, como exigencia, derecho en sentido fuerte de tener derecho. Sería algo semejante a lo que postula Hart cuando dice que es el derecho de cada hombre a tener derechos lo que justifica la existencia de los derechos<sup>35</sup>. Ahora bien, en la medida en que es sólo moral, no es Derecho positivo; de ahí la necesidad de establecer puentes entre moral y derecho y de situar precisamente el concepto de los derechos humanos como el punto de intersección entre uno y otro ámbito<sup>36</sup>, en donde es importante traer a colación la posición de Feinberg: «prefiero caracterizar a los derechos como reclamaciones válidas más que como reclamaciones justificadas, porque sospecho que la justificación es una cualificación demasiado amplia. La validez como yo la entiendo es una justificación de tipo peculiar y restringido, textualmente la justificación dentro de un sistema de reglas. Un hombre tiene un derecho moral cuando tiene una reclamación cuyo reconocimiento viene exigido no (necesariamente) por normas jurídicas, sino por principios morales, los principios de una conciencia ilustrada. En conclusión: tener un derecho es tener una reclamación contra alguien cuyo reconocimiento como válida tiene exigida por algún cuerpo de normas dominantes o de principios morales»<sup>37</sup>.

En tanto constituyen reclamaciones válidas, es decir, en tanto en cuanto no se positivizan, los derechos morales cumplen la función de constituir la legitimidad crí-

<sup>32</sup> Cfr. J. DE LUCAS y E. VIDAL, «El catálogo de derechos en la Constitución española de 1978: ¿Una lista cerrada?», en *Introducción a los derechos fundamentales. X Jornadas del Estudio de la Dirección General del Servicio Jurídico del Estado*, Ministerio de Justicia, Secretaría General de Publicaciones, vol. I, Madrid, 1988, pp. 627 ss.

<sup>33</sup> Cfr. C. S. NINO, *Introducción al análisis del Derecho*, 3.ª ed., cap. VII, «La valoración moral del Derecho», Ariel, Barcelona, 1987, pp. 417 ss. Vid. también *Ética y derechos humanos*, cit., pp. 34 ss., y «Sobre los derechos morales», *Doxa*, 7/1990, pp. 311-325.

<sup>34</sup> Cfr. E. BULYGIN, «Sobre el *status* ontológico de los derechos humanos», cit., pp. 79 ss.

<sup>35</sup> Cfr. H. L. A. HART, «¿Hay derechos naturales?», en *Derecho y moral. Contribuciones a su análisis*, trad. y nota preliminar de Genaro R. Carrió, Depalma, Buenos Aires, 1962, pp. 65-91.

<sup>36</sup> Cfr. G. PECES-BARBA, «Nuevas reflexiones sobre la teoría democrática de la justicia. Los derechos fundamentales entre la moral y la política», *ADH*, núm. 2/1982, pp. 332-345.

<sup>37</sup> Cfr. L. HIERRO, «Derechos humanos o necesidades humanas. Problemas de un concepto», cit., p. 55, a través de quien tomo la cita.

tica del orden jurídico positivo. En cuanto positivos, la moralidad que aportan se funde en el Derecho positivo, y la legitimidad crítica que aportan se transforma en legitimidad legalizada. Así vistos, los derechos morales son algo más que exigencias éticas propias y exclusivas del iusnaturalismo. Son títulos que permiten ejercer derechos. De modo que, frente a la concepción iusnaturalista que distingue dos tipos de Derecho, el natural y el positivo, y afirma la superioridad del Derecho natural sobre el positivo<sup>38</sup>, los derechos morales no serían Derecho natural, aunque tampoco serían Derecho positivo, al menos en el sentido fuerte del término. No serían Derecho natural porque forman parte del ordenamiento jurídico, porque son derechos, esto es, algo más que meras exigencias éticas; pero tampoco serían Derecho positivo en tanto no estén positivizados y cuenten con el recurso de la coacción institucionalizada. En este sentido, se manifiesta Laporta: «los derechos serían algo que, por así decirlo, están antes que las acciones, pretensiones o exigencias, antes que los poderes normativos, antes que las libertades normativas y antes que las inmunidades de *status*. Se entienden mejor cuando se les conciben como el título que subyace a todas estas técnicas de protección y a otras más, cuando se les nombra como el justificante de la puesta en marcha de tales técnicas. Seguro que cuando usamos la noción de derecho no estamos haciendo referencia a ciertas normas primarias o secundarias de un cierto sistema normativo, sino a la razón que se presenta como la justificación de la existencia de tales normas»<sup>39</sup>.

Los derechos humanos —entendidos, pues, en su doble dimensión de derechos morales y derechos jurídicos— responden desde la consideración que aquéllos tienen como títulos que justifican la existencia y protección de los derechos legales al principio de legitimidad que justifica el título y hace posible el ejercicio justo del derecho. Por consiguiente, no puedo más que discrepar con Nino cuando dice que «la existencia de los derechos individuales en tanto derechos morales no está condicionada a su reconocimiento a través de ciertas normas jurídicas»<sup>40</sup>, sino que precisamente el reconocimiento y la transformación de los derechos morales en derechos legales dan lugar a la fusión entre legitimidad crítica y legitimidad legalizada confiéndoles plena efectividad. El reconocimiento de los derechos morales, su positivización en definitiva, «perfecciona los derechos fundamentales y completa su producción. Si permanecen en el primer estadio, están sin terminar; no sirven para los objetivos de organización de la vida social ni para expresar la forma moderna del reconocimiento social de la dignidad humana, ni pueden ser garantizados ante los Tribunales, que no pueden basarse en ellos sin apoyatura legal»<sup>41</sup>. Y, por el contrario, comparto su intuición acerca de la pretensión de reconocimiento en el Derecho positivo que los derechos humanos/derechos morales comportan; en definitiva, la noción de título no es más que eso.

Así las cosas, si no tenemos en cuenta estas observaciones, y en particular la consideración de los derechos humanos como derechos morales, es decir, como derechos y como «títulos» que permiten y hacen posible el ejercicio de los derechos legales, no hay otra salida que llevar el problema de los derechos morales al iusnaturalismo.

En esta línea se manifiesta Pérez Luño en lo que constituye el núcleo de las observaciones que formula a Laporta: «la impronta iusnaturalista se refleja también en

<sup>38</sup> Cfr. N. BOBBIO, *Iusnaturalismo e positivismo giuridico*, Ed. di Comunità, Milano, 1965, pp. 127 ss.

<sup>39</sup> Cfr. F. LAPORTA, «Sobre el concepto de derechos humanos», cit., pp. 27-28.

<sup>40</sup> Cfr. C. S. NINO, *Introducción al análisis del Derecho*, cit., pp. 418 ss.

<sup>41</sup> Cfr. G. PECES-BARBA, «Sobre el puesto de la historia en el concepto de los derechos fundamentales», cit., p. 241.

la propia definición explicativa de los derechos humanos propuesta por el ponente que los concibe como bienes morales de todos los seres humanos que entrañan razones fuertes para ser protegidos normativamente. Planteamiento que incide en uno de los postulados centrales de la teoría iusnaturalista de los derechos humanos para la cual la positivización de estos derechos por el ordenamiento jurídico es un acto declarativo y no constitutivo.» Y concluye su tesis afirmando categóricamente: «a mi entender, la teoría de los derechos morales supone una denominación nueva para aludir a las exigencias éticas implícitas en la noción de derechos humanos tal como tradicionalmente han sido entendidos desde la óptica iusnaturalista»<sup>42</sup>, punto en el desde perspectivas opuestas coincide la afirmación de Pérez Luño con las críticas de Peces-Barba a la noción de derechos morales como derechos naturales.

Creo que cabe una solución para obviar el problema, que consiste en considerar que los derechos morales, que frente a la concepción iusnaturalista son derechos pero, por carecer de positivación, son derechos en sentido débil, situados en una zona intermedia entre el derecho y la moral en la que a modo de cuerpos secantes comparten un ámbito común. Creo que no son principios, al menos al modo como los entienden Dworkin o el iusnaturalismo, por cuanto que los principios son verdaderas, propias y auténticas normas jurídicas, incluso algo más que normas. Son normas que constituyen principios y participan de todos y cada uno de los caracteres propios de las normas que integran el ordenamiento jurídico, y en particular de la jerarquía, coacción y eficacia que les son propias<sup>43</sup>.

Una posible vía para fijar su naturaleza jurídica podría consistir en la recuperación de la vieja tesis de la obligación natural. Si con Hohfeld<sup>44</sup> podemos establecer que tener un derecho implica alguna de las modalidades activas (derecho subjetivo, libertad, potestad e inmunidad) y otras tantas modalidades pasivas (deber, no derecho, incompetencia y sujeción), el concepto de derechos humanos como derechos morales no cabe en ninguna de las categorías. De ahí nuestra propuesta de configuración del derecho moral como el presupuesto no de una obligación civil o de un deber jurídico, sino de una obligación natural y de un deber moral, de modo que se salvara el riesgo, sobre el que advierte Ruiz Miguel, de confundir la correlatividad y la reciprocidad entre derechos y deberes<sup>45</sup>. Es decir, los derechos morales serían derechos desprovistos de acción. Frente a la concepción iusnaturalista, serán derechos, pues formarían parte del ordenamiento jurídico y, frente a la tesis positivista, serán derechos desprovistos de acción, lo que no impide la realización de determinadas prestaciones a cargo de los poderes públicos<sup>46</sup>. En este punto cabe recordar la advertencia que formula Laporta, a la que antes hemos aludido, sobre la confusión

<sup>42</sup> Cfr. A. E. PÉREZ LUÑO, «Concepto y concepción de los derechos humanos (Anotaciones a la ponencia de Francisco Laporta)», cit., p. 52.

<sup>43</sup> Cfr. G. PECES-BARBA, *Los valores superiores*, Tecnos, Madrid, 1984, pp. 89 ss.; L. PRIETO, «Los valores superiores del ordenamiento y el Tribunal Constitucional», *Poder Judicial*, 11/1984, pp. 80 ss.; E. GARCÍA DE ENTERRÍA, *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, Civitas, Madrid, 1981, pp. 39-105; I. DE OTTO, *Derecho constitucional. Sistema de fuentes*, cit., caps. I, II y III, pp. 11-49, y J. DE LUCAS y E. VIDAL, «Los principios básicos en la Constitución: El Título I», en *Estudios sobre la Constitución española de 1978*, Valencia, 1980, pp. 11 ss.; «¿Hay principios constitucionales?», en *Jornadas de Estudio sobre el Título Preliminar de la Constitución*, Ministerio de Justicia, Madrid, 1988, vol. V, pp. 3.323 ss.

<sup>44</sup> Cfr. W. N. HOHFELD, *Conceptos jurídicos fundamentales*, trad. y nota preliminar de Genaro R. Carrió, CEDAL, Buenos Aires, 1968. Sobre Hohfeld, cfr. M. ATIENZA, «Una clasificación de los derechos humanos», *ADH*, 4/1987, pp. 33 ss.

<sup>45</sup> Cfr. A. RUIZ MIGUEL, «Los derechos humanos como derechos morales», cit., p. 153.

<sup>46</sup> Cfr. J. M. RODRÍGUEZ PANIAGUA, «Los derechos humanos como obligación», *Persona y Derecho*, vol. 22/1990, pp. 234-240.

existente entre el concepto de derecho y la adscripción de técnicas de protección normativa, «que ha podido ser la causa de que se haya extendido tanto la idea de que los derechos son componentes privativos de los sistemas jurídicos que no aparecen en otros sistemas normativos [...], en particular, los sistemas jurídicos disponen de mecanismos como las acciones procesales y el reforzamiento institucional de sus normas que pueden haber alimentado la sugestión de que sólo puede hablarse de derechos cuando se dispone de los mecanismos necesarios para poner en marcha el aparato institucional de la fuerza»<sup>47</sup>. En el mismo sentido se manifiesta Atienza cuando advierte que «en materia de derechos humanos podemos distinguir distintas situaciones: desde derechos que son exigibles ante un tribunal hasta derechos simplemente morales»<sup>48</sup>. Y en materia de clasificación de los derechos humanos, mediante las categorías de Hohfeld, añade: «esta clasificación de los derechos humanos que se basa en la estructura de la relación que permite hablar de que alguien tiene un derecho (en sentido amplio) frente a otro, es independiente de la protección de que pueden gozar tales derechos. Ello puede ser una ventaja en cuanto que permite analizar de la misma manera los derechos que pueden exigirse ante un Tribunal y aquellos que no pasan de ser “derechos morales”; y cuando se habla de “derechos humanos” parece que se está haciendo referencia a ambas situaciones»<sup>49</sup>. También en esta línea cabe anotar la posición de R. Paniagua cuando señala el carácter de obligación moral que revisten los derechos humanos (derechos sociales) frente a los poderes públicos, si bien ésta «no es jurídicamente exigible ni por los particulares ni por otro ningún poder u órgano público»<sup>50</sup>, punto éste en el que se podría conectar dicha tesis con lo que MacCormick describe como obligaciones voluntarias, esto es, aquellas que derivan de las promesas y contratos frente a las obediencias, cuya incidencia está determinada por la ley penal<sup>51</sup>.

Así pues, parece no haber mayor dificultad en asignar el correlato de la obligación natural a los derechos morales si pensamos que «lo característico de la obligación natural es que, aun no pudiendo ser coactivamente exigida, es, sin embargo susceptible de producir efectos jurídicos»<sup>52</sup>. Ciertamente es que no son coactivamente exigibles las obligaciones que dimanarían de tales derechos morales como de las obligaciones naturales, en cuyo caso serían derechos legales y entrarían en alguna de las modalidades de Hohfeld, pero no es menos cierto que engendran deberes morales y producen efectos jurídicos, en la medida en que influyen y condicionan el ordenamiento jurídico político a través del ejercicio de la legitimidad crítica y el de la legitimidad legalizada.

Se me puede reprochar que la tesis de la obligación natural queda adscrita al derecho patrimonial. Pero no es menos cierto que lo que históricamente ha sido de un modo no tiene por qué seguir siendo así en lo sucesivo, y que, de la misma manera que en materia de los derechos subjetivos se ha roto con el paradigma de la patrimonialidad de los derechos a través del modelo del derecho de propiedad<sup>53</sup>, también

<sup>47</sup> Cfr. F. LAPORTA, «Sobre el concepto de derechos humanos», cit., p. 28.

<sup>48</sup> Cfr. M. ATIENZA, *Introducción al Derecho*, Barcanova, Barcelona, 1985, p. 168.

<sup>49</sup> Cfr. M. ATIENZA, «Una clasificación de los derechos humanos», cit., pp. 41-42.

<sup>50</sup> Cfr. J. M. RODRÍGUEZ PANIAGUA, «Los derechos humanos como obligación», *Persona y Derecho*, vol. 22, 1990, p. 239.

<sup>51</sup> Cfr. N. MACCORMICK, «Obligaciones voluntarias», en *Derecho legal y socialdemocracia. Ensayos sobre filosofía jurídica y política*, trad., de M.<sup>a</sup> D. González Soler, Tecnos, Madrid, 1990, pp. 155-170.

<sup>52</sup> Cfr. L. DIEZ-PICAZO, *Fundamentos del Derecho civil patrimonial*, Tecnos, Madrid, 1970, pp. 331 ss.

<sup>53</sup> Cfr. J. BALLESTEROS, «Los derechos humanos como derechos subjetivos», en *Postmodernidad: Decadencia o resistencia*, Tecnos, Madrid, 1989, pp. 54 ss.

en el tema de la obligación natural como en el de tantas otras instituciones de nuestro Derecho civil se está produciendo un proceso de despatrimonialización del Derecho civil, que extiende su protección no sólo a los derechos patrimoniales, sino también a los bienes o derechos de la personalidad. En lo que a la obligación natural se refiere, constatamos la existencia de un proceso de transformación por cuya merced, sin perder su significación originaria de obligación natural, está adquiriendo con mayor insistencia un carácter nuevo de obligación moral. Así sucede no sólo en el ámbito de la doctrina que afirma la identidad de obligación natural como vínculo de tipo moral, y como justa causa de atribución de derechos, sino también en el de la legislación, en donde debemos destacar la amplitud con que aparece regulada en el Derecho civil italiano, que «enlaza su noción con la de los deberes morales y sociales y con la de los demás deberes para los cuales la ley no concede acción», y la concreción del Código Civil portugués, cuando en su artículo 402 declara que «la obligación es natural cuando se funda en un mero deber de orden moral o social cuyo cumplimiento no es exigible jurídicamente»<sup>54</sup>.

En definitiva, y en lo que al fundamento de los derechos humanos se refiere, propondría las siguientes conclusiones:

1. Se trata de una cuestión necesaria y urgente que va unida inescindiblemente al problema de su concepto.
2. Que el Derecho positivo no puede agotar la fundamentación de los derechos humanos, aunque sí el concepto.
3. Que asumiría la tesis del fundamento dual. Los derechos humanos son exigencias éticas, que sólo se transforman en Derecho positivo mediante su positivización e inclusión en un ordenamiento jurídico vigente.
4. Por lo que al tema de la fundamentación de los derechos humanos como derechos morales, la distinción entre derechos civiles y obligaciones civiles, de un lado, y derechos morales y obligaciones naturales/morales, de otro, constituye una posible alternativa que permite eludir la objeción iusnaturalista y mantener el carácter jurídico-moral de tales derechos morales.

## II

Señalábamos al principio cómo el tema de la fundamentación estaba inescindiblemente unido al tema del concepto de los derechos humanos. Y, si concluíamos la primera parte del trabajo asumiendo la fundamentación dualista por medio de la cual los derechos humanos sólo son derechos en cuanto están positivizados y forman parte del ordenamiento jurídico que les confiere existencia y validez, aquí partiremos de la afirmación de que los derechos humanos en tanto Derecho no pueden ser más que derechos subjetivos, sobre lo que también recientemente ha advertido —sin tanta rotundidad como la que aquí se mantiene— Ignacio Ara<sup>55</sup>.

Nunca desde su origen han conocido la filosofía y la ciencia del Derecho conceptos que permanezcan tan unidos. Uno y otro, derechos humanos y derechos subjetivos, son conceptos propios de la modernidad. En nuestra doctrina se ha señalado el

<sup>54</sup> Cfr. J. CASTÁN TOBEÑAS, *Derecho Civil de España, común y foral*, t. III, vol. I, Reus, Madrid, 1983, pp. 115 ss.

<sup>55</sup> Cfr. I. ARA PINILLA, *Las transformaciones de los derechos humanos*, Tecnos, Madrid, 1990, pp. 32-53.

tema con acierto desde mi punto de vista apuntando como la idea del tránsito a la modernidad comporta el concepto de los derechos fundamentales. Así, dirá el profesor Peces-Barba: «la aparición del concepto de derechos fundamentales se producirá en la historia a partir del tránsito a la Modernidad. Cuando en estudios históricos actuales hable de los derechos fundamentales en la Edad Antigua o en la Edad Media, se está utilizando impropriamente esta palabra. Las ideas de dignidad, libertad y de igualdad se encuentran en la historia antes del Renacimiento, pero no se formularán como derechos hasta el mundo moderno»<sup>56</sup>.

Antes de este evento hay ciertamente argumentos que permiten la fundamentación; así, en el pensamiento griego, curiosamente en torno a lo que conocemos como escuelas menores o pensamientos de segunda fila, algunos sofistas humanistas, epicúreos y estoicos; en Roma, también con los estoicos y, sobre todo, con la proclamación de la dignidad universal del hombre que hará el cristianismo. No así sucede con la filosofía dominante, que enturbia sus principios con la supremacía del Estado y de lo colectivo sobre lo individual y, sobre todo, con la aceptación de la esclavitud como principio de organización de la sociedad. Estas ideas van perfilando lo que más tarde constituirán verdaderos derechos y dan lugar a Declaraciones de Derechos en las que, como señala E. Díaz, hay «una cierta protección jurídica de algunos derechos considerados como fundamentales, apareciendo así como procedente de las modernas Declaraciones de derechos: podrían citarse, p. ej., en España el Decreto de Alfonso IX a las Cortes de León, de 1188, o más claramente, por su mayor amplitud de contenido y mayores garantías concedidas, la Magna Carta del Rey Juan II de Inglaterra de 1215. Constituyen estos textos legales medievales concesiones otorgadas por los soberanos: son formalmente decretos y cartas otorgadas que emanan unilateralmente de la voluntad de los monarcas sin intervención alguna del pueblo»<sup>57</sup>.

Entre nosotros, y por lo que a la comprensión del derecho subjetivo se refiere, Díez-Picazo, siguiendo a Villey, señala cómo «el concepto de derecho subjetivo implica una doble problemática: por una parte, encierra una propuesta de un orden social dado a un problema sociopolítico; por otra, constituye una cuestión de estricta técnica jurídica»<sup>58</sup>. Considero acertado este punto de vista que permite distinguir entre la concepción del derecho subjetivo como técnica, como soporte de lo que constituirán los derechos humanos, y el derecho subjetivo como respuesta a una cuestión política, lo que nos permitirá configurar, como veremos más adelante, el derecho subjetivo simplemente como un medio, como la forma de los derechos humanos, y salvar las objeciones que en este punto se les formulan. Pues bien, veremos uno y otro problema por separado.

Visto el concepto de derecho subjetivo como una cuestión de estricta técnica jurídica, constituye una innovación sin precedentes en el universo jurídico, pues permite distinguir entre las técnicas de protección de los derechos y el Derecho mismo, que se configura como una situación de poder al servicio del individuo. Hasta tal punto esto es así, que, como bien advierte Villey, «el derecho subjetivo abre la vía moderna»<sup>59</sup>. Lo que entre otras cosas, a cada cual más importante, supone la ruptu-

<sup>56</sup> Cfr. G. PECES-BARBA, *Tránsito a la modernidad y derechos fundamentales*, Mezquita, Madrid, 1982.

<sup>57</sup> Cfr. E. DÍAZ, *Estado de Derecho y sociedad democrática*, Edicusa, Madrid, 1972, p. 23.

<sup>58</sup> Cfr. L. DÍEZ-PICAZO, *Derecho civil. Introducción y derecho de la persona*, texto multicopiado, Valencia, 1969, pp. 211 ss. La razón de utilizar esta edición es que, en mi opinión, desarrolla con mayor amplitud que otras posteriores el problema del derecho subjetivo.

<sup>59</sup> Cfr. M. VILLEY, «La formation de la pensée juridique moderne», en *Histoire de la Philosophie du Droit*, Montchrestien, París, 1968, pp. 203 ss.

ra con el mundo medieval y paso del llamado *ordo ordinatus* al *ordo ordinans*. Creo, por ello, que en la historiografía jurídica se puede situar el paso del período medieval al moderno a partir de la idea del derecho subjetivo. En resumen, y como ha puesto de manifiesto Rodríguez Paniagua, «la idea de lo suyo o de lo que corresponde a cada uno, con la que se quiere identificar este concepto de derecho subjetivo, está vista por el Derecho romano y por Santo Tomás de Aquino desde la perspectiva de la regla objetiva del Derecho, desde el Derecho en sentido objetivo: como el resultado de la atribución de las cosas efectuadas por el derecho, pero esas cosas no están vistas como derechos. El derecho de cada uno es una fracción sobre las cosas y no un poder sobre las cosas, “es el lote que corresponde”, “el resultado de la justificación”, “cosas que se poseen justamente”, “la parte justa, lo que es justo”»<sup>60</sup>.

El nominalismo de Occam sustentará definitivamente las bases para afrontar el derecho como manifestación de poder libre, no vinculada, del nuevo poder que se afirma en la modernidad, no otorgado sino construido precisamente por los individuos por y para sus fines aislada e individualmente considerados, al cual servirá el Derecho en adelante al margen de otras consideraciones religiosas, políticas o filosóficas. Frente a un orden natural, objetivo y que sirve a lo general, se yergue un orden artificial, subjetivo, cuyo norte es lo particular. No en vano Bobbio contraponen un modelo «artificial» frente a un modelo natural, el aristotélico-tomista<sup>61</sup>. Este orden llega de consuno con el concepto de derecho subjetivo. Estamos nada menos que asistiendo al tránsito del iusnaturalismo al positivismo jurídico; el Derecho no lo será en adelante por ser justo, sino por ser derecho; el Derecho se identificará con la coacción y se distinguirá en adelante de la moral y la religión. No en vano el primer derecho que se reivindica será el derecho de libertad religiosa que romperá con el viejo principio medieval *cuius regio eius religio* y pondrá fin a las guerras de religión<sup>62</sup>. El tránsito al positivismo jurídico, pues, se inicia en Occam con el Derecho subjetivo, pasa por Marsilio de Padua a través de la vinculación del Derecho con la soberanía popular y de su concepción como mandato provisto de sanción, y culmina en Hobbes con la secularización de la figura del soberano absoluto como origen y fuente del Derecho<sup>63</sup>.

He dicho anteriormente que el derecho subjetivo sirve a los intereses del individuo. Nada sustancial en definitiva; tan sólo un medio, una concepción formal-instrumental, a la que se refiere Rodríguez Paniagua cuando dice que el derecho subjetivo «es una creación del ordenamiento jurídico positivo y como tal existe. No se trata de una entidad más o menos metafísica, ni siquiera en el sentido de una cualidad (real) inherente a una entidad (la voluntad humana), sino simplemente de una relación entre una persona (individual o colectiva) y un orden jurídico creada por el propio orden jurídico, de una condición para el funcionamiento de una parte o fracción del orden jurídico»<sup>64</sup>. El derecho subjetivo, pues, constituye poderes, define facultades, otorga potestades y confiere inmunidades; unifica técnicamente distintas

<sup>60</sup> Cfr. J. M. RODRÍGUEZ PANIAGUA, *Ley y Derecho. Interpretación e integración de la Ley*, Tecnos, Madrid, 1976, pp. 52 ss.

<sup>61</sup> Cfr. N. BOBBIO y M. BOVERO, *Società e Stato nella filosofia politica moderna*, Il Saggiatore, Milano, 1979, pp. 7-98.

<sup>62</sup> Cfr. E. GÓMEZ ARBOLEYA, *Historia de la estructura y del pensamiento social*, IEP, Madrid, 1976, cap. III, pp. 109 ss.

<sup>63</sup> Cfr. M. VILLEY, «La genèse du droit subjectif chez Guillaume d'Occam», *Archives du Philosophie du Droit et Sociologie Juridique*, IX/1964, pp. 98-127.

<sup>64</sup> Cfr. J. M. RODRÍGUEZ PANIAGUA, «El derecho subjetivo», en *Ley Derecho. Interpretación e integración de la ley*, cit., p. 65.

situaciones, las agrupa y les confiere un tratamiento unitario, sin que ello implique un pronunciamiento sobre el derecho en cuestión. Quiero con ello subrayar que una cosa es la materia de la regulación (propiedad, libertad de expresión, herencia, intimidad u honor, educación, etc.) y otra la forma por la que se asigna a esta materia el concepto de constituir un derecho subjetivo y dar lugar a las situaciones antes señaladas. Sobre este punto ha insistido con agudeza Atienza, al señalar cómo, en la clasificación que del derecho subjetivo realiza Hohfeld, las dos primeras modalidades activas y sus correlativas pasivas (derecho/deber, libertad/no derecho) surgen a consecuencia de la existencia de normas de comportamiento, es decir, de normas que establecen que ciertas conductas son obligatorias, prohibidas, permitidas o facultativas. Por el contrario, las dos últimas modalidades activas y sus correlativas pasivas (potestad/sujeción, e inmunidad/incompetencia) surgen como consecuencia de (o, si se prefiere, presuponen) la existencia de normas que establecen quiénes, en qué condiciones, etc., pueden realizar actos que tengan efectos jurídicos sobre otros (en sentido amplio, actos normativos, actos creadores de normas)<sup>65</sup>. Creo que este planteamiento es novedoso y útil a la vez, por cuanto permite extender la eficacia del derecho subjetivo no sólo a las normas de conducta, sino también a las normas de organización, y con ello superar la identificación del derecho subjetivo con los derechos de libertad, exclusivamente negativos y típicos del Estado liberal de Derecho y de lo que se ha venido en llamar de capitalismo liberal, para situarlos en el ámbito del Estado del bienestar o del capitalismo organizado<sup>66</sup>. Ello además permite configurar más adecuadamente los derechos fundamentales no sólo como se desprende del propio texto de Atienza, sino como advierte también, al respecto y entre otros, Peces-Barba, reconociendo además la existencia de deberes fundamentales sin que necesariamente exista entre éstos una relación de correlatividad<sup>67</sup>.

El segundo de los temas a tratar es el de la concepción de los derechos subjetivos como un problema de índole sociopolítica. El derecho (subjetivo) deja de ser expresión de la justicia, y del orden instituido; deja de ser *participatio*, asignación de lo que a cada cual le corresponde según el orden previamente conformado, para constituir y definir el poder del individuo, de ese individuo que poco a poco se va liberando de ataduras religiosas y políticas, que deja de ser parte de un todo (el hombre como ser social por naturaleza, la primacía del bien común sobre el bien particular, la condena de la utilidad personal como fin del derecho) para afirmarse como un fin en sí mismo. En definitiva, el derecho subjetivo surge con el tránsito a la secularización y al mundo moderno, que implica la primacía del individualismo sobre el holismo y las concepciones totalitarias<sup>68</sup>, siendo a la vez *conditio sine qua non* de la constitución del régimen democrático que se asienta sobre los poderes y libertades del individuo y se opone a las concepciones orgánicas, totales y globalizantes que, afirmando la superioridad del todo sobre las partes, someten al individuo a la consecución de fines superiores<sup>69</sup>. Por donde el derecho subjetivo se encuentra y sirve de soporte al concepto de derechos humanos que es propio de la modernidad y que cristaliza en las Declaraciones de derechos, siendo ésta una de las tesis fundamentales que sustenta el profesor Peces-Barba, para quien «sin organización económica

<sup>65</sup> Cfr. M. ATIENZA, «Una clasificación de los derechos humanos», cit., p. 35.

<sup>66</sup> Cfr. B. DE SOUSA SANTOS, «La transición postmoderna: Derecho y política», *Doxa*, 6/1989, pp. 223-263.

<sup>67</sup> Cfr. G. PECES-BARBA, voz «Diritti e doveri fondamentali», cit.

<sup>68</sup> Cfr. K. POPPER, *La sociedad abierta y sus enemigos*, trad. de E. Loedel, Paidós, Buenos Aires, 1967.

<sup>69</sup> Cfr. N. BOBBIO, *Il futuro della democrazia*, Einaudi, Torino, 1985, pp. 8 ss.

capitalista, sin cultura secularizada, individualista y racionalista, sin el Estado soberano moderno que pretende el monopolio en el uso de la fuerza legislativa, sin la idea de un derecho abstracto y de unos derechos subjetivos, no es posible plantear esos problemas de la dignidad del hombre, de su libertad e igualdad desde la idea de los derechos humanos que es una idea moderna que sólo se explica en el contexto del mundo, con esas características señaladas, con su influencia y con su derecho a partir de la modernidad»<sup>70</sup>, punto éste en donde tiene lugar la síntesis entre moral y derecho y la concepción de éste como un conjunto de reglas primarias y secundarias.

La vinculación entre los derechos humanos entendidos de este modo, como expresión de la cultura filosófica cultural, política y económica del mundo moderno y los derechos subjetivos como técnica de articulación jurídica de aquéllos llevará paradójicamente a su ideologización y será objeto de no pocas críticas, cuyo elemento común será poner de manifiesto la ideologización de los derechos humanos al servicio de los intereses de la burguesía liberal y del economicismo. Recientemente Jesús Ballesteros ha incidido en este punto, advirtiendo cómo «la limitación ideológica de la libertad de los modernos va unida a la elevación de la propiedad privada como capacidad de disposición exclusiva e ilimitada de los objetos a fundamentos y modelo de los derechos humanos con las siguientes consecuencias: a) en lo referente a la tipología de los derechos, equiparación entre proyectos y recursos, lo que implica la dificultad de reconocimiento de la justicia distributiva; b) en lo referente al sujeto de derechos, equiparación entre el no poseedor de mercancías y el menor de edad, y c) en lo referente a las notas de los derechos, su carácter fundamentalmente alienable (pese a las proclamas retóricas en contrario) y antiecológico»<sup>71</sup>. En el mismo sentido cabe señalar a Hierro, cuando advierte que «el pensamiento jurídico contemporáneo ha desarrollado con lujo de detalles un determinado concepto de derecho subjetivo, apto al mismo tiempo para fundamentar la técnica jurídica del liberalismo económico y para fundamentar ciertos derechos humanos, pero inadecuado para fundamentar filosóficamente y para desarrollar técnicamente otros derechos humanos»<sup>72</sup>. Así, las críticas incidirán en el aspecto material de la cuestión denunciando cómo los derechos humanos no son más que la expresión de los intereses de la burguesía hasta el punto de convertir el derecho de propiedad en el modelo del concepto de derecho. En definitiva, estas críticas confluirán en la de Marx cuando, en la cuestión judía, proclama que los derechos del hombre son «los derechos del miembro de la sociedad burguesa, es decir, del hombre egoísta, del hombre separado del hombre y de la comunidad»<sup>73</sup>. Críticas, finalmente, a la noción de derechos humanos entendidos como derechos subjetivos, como elemento de disolución del orden social y de las autoridades del Estado, en donde confluyen autores progresistas —Bentham— y conservadores —Burke—; ahora bien, con una diferencia importante que a menudo pasa inadvertida y que ha puesto de manifiesto Atienza: a diferencia de la crítica de Marx y, añadiría yo, la de Burke, que si bien en sentido opuesto comparten un claro cariz ideológico, la crítica de Bentham es tan sólo metodológica<sup>74</sup>.

<sup>70</sup> Cfr. G. PECES-BARBA, «Sobre el fundamento de los derechos humanos. Un problema de Moral y Derecho», en J. MUGUERZA y otros, *El fundamento de los derechos humanos*, cit., pp. 265-277.

<sup>71</sup> Cfr. J. BALLESTEROS, «Los derechos humanos como derechos subjetivos», en *Postmodernidad: Decadencia o resistencia*, cit., pp. 56 ss.

<sup>72</sup> Cfr. L. HIERRO, «Derechos humanos o necesidades humanas. Problemas de un concepto», cit., p. 46.

<sup>73</sup> Cfr. M. ATIENZA, *Marx y los derechos humanos*, Mezquita, Madrid, 1983.

<sup>74</sup> Cfr. M. ATIENZA, *Introducción al Derecho*, cit., pp. 130 ss.

Así entendidos los derechos humanos, cumplirán una función ideológica clara: la de ocultar la realidad mediante la proclamación de unas libertades formales que en nada tienen que ver con la realidad política y social circundante. Rodríguez Paniagua ha subrayado este punto cuando pone de manifiesto cómo en la primera frase de la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano («los hombres nacen y permanecen libres e iguales en derechos»), «lo que primero suena y que todo el mundo capta es la proclamación de la libertad y de la igualdad: esto a todo el mundo gusta; la coletilla “en derechos” queda en penumbra y, sin embargo, es la que determina el sentido de la igualdad reconocida»<sup>75</sup>.

Críticas que, a su vez, han tenido respuesta en un sector de la doctrina que denuncia cómo en este punto no parece del todo lícito aislar históricamente una concepción de los derechos humanos que en todo caso no es más que la respuesta histórica a un momento dado de la historia: la Edad Moderna. De modo que, si bien es cierto que la fusión derechos humanos/derechos subjetivos sirvió *ab initio* a los intereses de la burguesía y al modelo capitalista liberal, no es menos cierto que hoy en día, junto a la concepción liberal de los derechos humanos, está comúnmente admitida la llamada concepción socialista de los derechos humanos, y que una y otra convergen en el Estado social y democrático de Derechos, como elementos no de opresión, sino de transformación de las estructuras y de liberación de los hombres y los pueblos, en un proceso que corre parejo a la evolución del Derecho en las sociedades contemporáneas desde la llamada función garantista-represiva propia de las sociedades liberales hacia la función promocional; desde el Estado (liberal) de Derecho hasta el Estado social y democrático de Derecho<sup>76</sup>. Así, la insistencia en el «modelo democrático de libertad» como superación y afirmación dialéctica a la vez del modelo liberal de libertad y del modelo socialista de libertad<sup>77</sup>. Es importante en este punto hacer referencia a lo que se ha llamado «derechos de la tercera generación» o derechos de la solidaridad, en donde debemos citar la aportación de Ballesteros, para quien «los derechos de solidaridad» poseen un carácter más originario y radical que algunos de los considerados derechos de la primera generación (la libertad de los modernos) o de la segunda (derechos de igualdad y promoción), y de J. de Lucas, en torno a la reconstrucción del concepto de solidaridad y su articulación con el de diferencia<sup>78</sup>.

También en esta línea se manifiestan las críticas que en la actualidad se dirigen a la identificación de los derechos humanos/derechos subjetivos que se dirigen contra las tesis de Windscheid y Savigny, que, como es sabido, construyen el concepto de

<sup>75</sup> Cfr. J. M. RODRÍGUEZ PANIAGUA, «Las ideas (Derecho constitucional) y derechos humanos en la Revolución norteamericana y en la francesa», en *Historia del pensamiento jurídico*, 6.ª ed., Universidad Complutense, Madrid, 1988, vol. I, pp. 275-298.

<sup>76</sup> Cfr. E. BEA, «Los derechos humanos», en J. DE LUCAS y otros, *Lecciones de introducción al Derecho*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1990, pp. 221-238. Sobre el tema del Estado social y democrático de Derecho, cfr. J. BALLESTEROS, «Los principios básicos de la Constitución (I), El Estado social y democrático de Derecho», en *Estudios sobre la Constitución española de 1978*, cit., pp. 37 ss.; E. BEA, «Derecho y Estado», en J. DE LUCAS y otros, *Lecciones de introducción al Derecho*, cit., pp. 78-92; el ya clásico de E. DIAZ, *Estado de Derecho y sociedad democrática*, 8.ª ed. rev., Taurus, Madrid, 1981; y, finalmente, A. E. PÉREZ LUÑO, «Sobre el Estado de Derecho y su significación constitucional», *Sistema*, núm. 57, nov. 83, pp. 51-76.

<sup>77</sup> Cfr. G. PECES-BARBA, «Sobre el fundamento de los derechos humanos. Un problema de Moral y Derecho», cit., pp. 270 ss.

<sup>78</sup> Cfr. J. BALLESTEROS, *Postmodernidad: Decadencia o resistencia*, cit., pp. 151 ss. Vid. J. DE LUCAS, *Solidaridad: elementos para la reconstrucción del concepto*, en prensa, y voz «Solidarité», en *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, LGDJ, Paris, 1988.

derecho subjetivo en torno a la idea de la potestad o señorío de la voluntad impartido por el ordenamiento jurídico, confiriéndole un claro soporte patrimonial y dejando, en consecuencia, al margen de la titularidad, goce y disfrute de los derechos a los incapaces y a los que carecen de bienes.

Por lo que al primer punto se refiere, los derechos de los incapaces, y en particular los derechos de los niños, constituyen el soporte de la crítica de MacCormick a las teorías voluntaristas. Desde la evidencia del derecho moral y legal de todo niño a ser alimentado, cuidado y, si es posible, querido hasta que llegue a ser capaz de cuidarse por sí mismo; frente a la tesis de Hart, para quien dada la falta de correlación existente entre derecho y deber, los niños tienen deberes pero no derechos y, partiendo del principio que dice que un tener «derecho legal o moral equivale a un poder legal o moral de renuncia o de exigencia de deberes», poder del que obviamente carecen los niños, puesto que, si carecen del poder, carecerán de aquello de lo que el poder trae su causa, es decir, del derecho correspondiente, MacCormick afirma «la insostenibilidad de la teoría de la voluntad en todas sus formas»<sup>79</sup>. En mi opinión, sólo ve un lado de la teoría voluntarista, precisamente aquel que quiere criticar. Si no hay voluntad, si no hay poder de decisión, evidentemente no hay derecho; por ello rechaza los instrumentos técnicos de que la tesis voluntarista se vale para suplir la falta de voluntad de los incapaces, en este caso de los niños. Así, rechaza la representación y la tutela de los menores e incapaces: «quien rechaza la teoría voluntarista, como yo hago, puede afirmar, como afirmo yo, que tales disposiciones legales son deseables porque protegen y fomentan los derechos de los niños. Considerar tales poderes como constitutivos de derechos (como hace la teoría voluntarista) significa cerrar la posibilidad de fundamentarlos sobre la base de que protegen derechos que, de otro lado, podrían estar inermes y por tanto, en mi opinión, confundir el derecho sustantivo con disposiciones adjetivas para remediar situaciones de emergencia. Hacer del brocardo *ubi remedium ibi ius* una verdad analítica es muestra de un anglocentrismo excesivo»<sup>80</sup>. Mi acuerdo con MacCormick en el tema que nos ocupa se agotaría en este punto. No hay necesidad de abandonar la teoría voluntarista como parece sugerir MacCormick para afirmar que, porque los niños tienen derecho, hay remedios legales, esto es *ubi ius ibi remedium*, o, lo que es igual, que el reconocimiento del derecho justifica la previsión del remedio. ¿Qué otra cosa significa la tesis acerca del carácter de los derechos como títulos? MacCormick parece en este punto confundir correlatividad con reciprocidad, sobre cuya distinción ha advertido certeramente Ruiz Miguel: «la idea de la correlatividad entre derechos y deberes no debe confundirse con la de reciprocidad en los derechos y deberes. Esta idea de reciprocidad alude al pretendido requisito moral de que la atribución de derechos se limite a quienes pueden ser sujetos de deberes y, por tanto, pueden corresponder recíprocamente en favor de los derechos de otros. Así, en esta especie de *do ut des*, nadie podría tener derechos si no tuviera también deberes correspondientes en situaciones similares. Según este requisito, por ejemplo, los animales no podrían tener derechos porque no son susceptibles de corresponder manteniendo ningún deber; y es dudoso que no debiera ocurrir lo mismo con los incapaces profundos e incurables. Sin embargo, la falta de reciprocidad no niega la

<sup>79</sup> Cfr. N. MACCORMICK, «Los derechos de los niños: Una prueba de fuego para las teorías de los derechos», trad. castellana de Mercedes Carreras y Antonio L. Martínez Pujalte, *AFD*, t. V/1988, pp. 293-305; ahora también en *Derecho legal y socialdemocracia*, trad. de L. González Soler, Tecnos, Madrid, 1990, pp. 129 ss.

<sup>80</sup> Cfr. N. MACCORMICK, «Los derechos de los niños: Una prueba de fuego para las teorías de los derechos», cit., p. 297.

correlatividad, pues esta última es un requisito lógico que sólo exige que los titulares de derechos (por ejemplo, los animales y su pretendido derecho a no ser maltratados) puedan disfrutar de ellos porque una norma imponga a otro —ahora sí, necesariamente un ser humano— deberes correlativos. En suma, mientras que la reciprocidad es un requisito moral discutible, la correlatividad es un requisito conceptual indiscutible de los derechos humanos»<sup>81</sup>. Tampoco queda demasiado clara la diferencia entre renuncia y pérdida de los derechos. Mientras que la renuncia de derechos es una pérdida voluntaria que sólo se admite salvo en perjuicio de terceros, y aquí tendría un grave inconveniente la renuncia por parte de los padres a los deberes para con los niños, deberes que surgen precisamente del derecho de los niños que por representación ostentan bien los padres o un tercero, la pérdida de la patria potestad o de la tutela tienen un carácter de sanción que, como bien dice MacCormick, no es renuncia y acarrea una serie de responsabilidades a los padres.

Por otro lado, MacCormick identifica voluntad y discrecionalidad lo que no parece del todo acertado en el ámbito del Derecho, y menos aún en el del Derecho de familia. Porque precisamente es éste el sector del Derecho privado, caracterizado por un carácter mercadamente ético-jurídico y tuitivo, que le lleva a limitar la discrecionalidad del poder. Así, los derechos de los niños, los derechos que el niño no puede ejercer por sí mismo, tienen el carácter técnico de potestades. o de inmunidades, lo que quiere decir que su ejercicio no es libre, sino debido; que no es arbitrario, sino tasado, precisamente porque se trata de un derecho que no se ejerce *nomine proprio*, sino en interés ajeno. También en el ámbito del Derecho público se distingue entre discrecionalidad y arbitrariedad, observando cómo la discrecionalidad nunca es, en un Estado de Derecho, discrecional, sino tasada, esto es, conforme a la Ley<sup>82</sup> y, como ésta, es una «potestad» que implica un ejercicio no libre, sino debido.

Creo, en definitiva, que las objeciones de MacCormick a la tesis voluntarista prefiguran un supuesto que, como tal, no existe en la realidad. No se olvide que la voluntad no viene referida tanto al sujeto cuanto al ordenamiento jurídico, como antes he dicho. Con lo que caen de suyo las objeciones en este punto, a las que más adelante me referiré, y las que se formulan sobre el problema del abuso de derecho, pues es difícil imaginar cómo la ley puede sancionar el propio abuso de sí misma. Pero es que, además, el modelo de MacCormick casaría mejor con el modelo de la modernidad en crisis o capitalismo desorganizado al que se refiere de Sousa Santos<sup>83</sup> y con el paradigma de la hipersubjetivización y absolutización del derecho conforme a una voluntad libérrima y arbitraria que señalan Lombardi Vallauri y Cotta<sup>84</sup>, o en la línea de inspiración Nietzscheana que Ballesteros ha denunciado justamente como la pérdida del sentido del derecho<sup>85</sup>.

Las críticas a MacCormick muestran que, en realidad, los modelos de funda-

<sup>81</sup> Cfr. A. RUIZ MIGUEL, «Los derechos humanos como derechos morales», *Anuario de Derechos Humanos*, núm. 6/1990, pp. 149-160.

<sup>82</sup> Cfr. E. GARCÍA DE ENTERRÍA y T. R. FERNÁNDEZ, *Curso de Derecho administrativo*, 5.ª ed., Civitas, Madrid, 1989, t. I, cap. VIII, pp. 440 ss.

<sup>83</sup> Cfr. «La transición postmoderna: Derecho y política», cit., pp. 233 ss.

<sup>84</sup> Cfr. L. DI LOMBARDI VALLAURI, «Abortismo libertario e sadismo» e «Il soggetto assoluto e i suoi diritti nell'universo sadista», ahora en *Terre, Vita e Pensiero*, Milano, 1989, pp. 43-90 y 91-111, respectivamente; y S. COTTA, «Absolutisation du droit subjectif et disparition de la responsabilité», *Archives de Philosophie du Droit*, núm. 22/1977, pp. 23-31.

<sup>85</sup> Cfr. J. BALLESTEROS, «Nietzsche: La ética del desarraigo y del juego», en *Sobre el sentido del Derecho*, 2.ª ed., Tecnos, Madrid, 1986, pp. 157-191.

mentación del derecho subjetivo, tanto en la teoría de la voluntad como en la del interés, no están tan alejadas como pareciera y confluyen en la afirmación de los derechos como necesidades básicas sobre los que recientemente ha advertido M.ª J. Anón<sup>86</sup>. El proceso de convergencia de una y otra tesis ha sido puesto de manifiesto, entre nosotros, por Hierro cuando dice que «la teoría de la voluntad ha tenido que admitir la ficción de que la voluntad se suple por la representación (en el caso de niños, incapaces, personas colectivas), y con ello estaba dando la razón a la teoría del interés. Ésta, por su parte, ha tenido que admitir que el interés es supuesto, objetivado, para poder explicar los numerosos casos en que los titulares de derechos no tienen el más mínimo interés en ellos, o en su contenido, incluso hasta desprenderse, por enajenación o renuncia de su derecho»<sup>87</sup>.

Precisamente en el proceso de objetivación del interés surge la idea de las necesidades como alternativa de fundamentación de los derechos humanos, en este caso, como derechos subjetivos. Así, para MacCormick, los derechos se fundamentan en las necesidades con independencia de cualesquiera otras ventajas o perjuicios que de ello se deriven en términos de utilidad o cualesquiera otros. Pero dicha concepción de los derechos en términos de necesidades le lleva a distinguir entre los derechos morales y los derechos legales, en términos similares a los que en la primera parte del trabajo he mantenido. Si la fórmula general establece que «el reconocimiento de un derecho a una clase de seres parece requerir de los siguientes presupuestos: para la clase en cuestión (los niños) hay algún acto u omisión (los actos y omisiones implicados en el cuidado, la educación y el amor) cuya realización, en el caso de todos y cada uno de los miembros de esa clase, está destinada a satisfacer o proteger alguna necesidad, interés o deseo de cada uno; y, en segundo lugar, la satisfacción de esa necesidad, interés o deseo es de tal importancia que sería incorrecto denegarla a cualquiera de ellos, independientemente de las ulteriores ventajas que se puedan derivan»<sup>88</sup> y «dado que la satisfacción de necesidades, intereses y deseos en una parte del bien del individuo, pero es discutible que constituye todo el bien»<sup>89</sup>, se hace necesario distinguir dos formulaciones del principio según se trate de derechos morales o legales. Por lo que a los primeros se refiere, la fórmula de MacCormick sería la siguiente: «reconocer a todos los miembros de la clase C un derecho a un trato T significa que presuponer que T, es, en circunstancias normales, un bien para todos los miembros de C, y un bien de tal importancia que sería injusto denegarlo o retirárselo a cualquier miembro de C». Por lo que a los derechos legales se refiere, «si un derecho a T es conferido por la ley a todos los miembros de C, la ley está protegiendo de antemano los intereses de todos y cada uno de los miembros de C sobre la base de que T es un bien para los miembros de C; y la ley tiene el efecto de declarar ilegal el retirar T de cualquier miembro de C»<sup>90</sup>. En efecto, MacCormick distingue entre derechos morales y legales sobre la base de los distintos efectos que

<sup>86</sup> Sobre ello, vid. la excelente tesis doctoral (premio nacional de Sociología) de M.ª J. Anón (director, J. de Lucas), *Teorías sobre las necesidades y su proyección en Teoría de Derechos: Especial atención al modelo de A. Heller*, de inminente publicación. Vid. también J. DE LUCAS y M.ª J. ANÓN, «Necesidades, razones, derechos», *Doxa*, 7/1990, pp. 55-83, con artículos sobre el tema de NINO, y otros a los que nos remitimos; y, finalmente, M.ª J. ANÓN, «El sentido de las necesidades en la obra de Agnes Heller», *Sistema*, núm. 96/1990, pp. 103-137; también de ANÓN, y en esta misma obra, cfr. su trabajo sobre «Fundamentación de los derechos humanos y necesidades básicas».

<sup>87</sup> Cfr. L. HIERRO, «¿Derechos humanos o necesidades humanas? Problemas de un concepto», cit., p. 47.

<sup>88</sup> Cfr. N. MACCORMICK, *ibíd.*, pp. 298.

<sup>89</sup> *Ibíd.*, p. 299.

<sup>90</sup> *Ibíd.*, p. 300.

se producen al retirar T: la declaración de injusticia, en el primer caso; la de ilegalidad, en el segundo. En el primer caso habría derecho pero no deber (jurídico) ni, por consiguiente, acción para reclamar su cumplimiento, mientras que en el segundo caso habría derecho y deber; por consiguiente, medios de reforzamiento institucional para el cumplimiento o incumplimiento, por donde volvemos a la tesis de la concepción del derecho moral como generador de obligaciones naturales. En este sentido apunta Hierro: «cuando afirmamos que algo debe ser hecho en favor de alguien —sin que implique que tiene derecho a ello— queremos probablemente decir que es bueno hacerle tal cosa, pero que no sería malo dejar de hacerlo [...] sin embargo, cuando que algo debe hacerse en favor de alguien porque tiene derecho a ello, queremos probablemente decir que es bueno hacerle tal cosa, y que sería malo dejar de hacerlo. O sea, que se trata de una necesidad, interés o deseo de sujeto ante la cual se obra bien si y sólo si se la satisface»<sup>91</sup>. Por donde concluimos con el mismo Hierro afirmando que «tener un derecho es tener una necesidad cuya satisfacción hay razones suficientes para exigir en todo caso; consecuentemente, tener un derecho es, jurídicamente hablando, tener una necesidad que las normas del sistema jurídico exigen satisfacer en todo caso»<sup>92</sup>.

Quedarían por ver las críticas que se les formulan a los derechos humanos entendidos como derechos subjetivos, por cuanto las notas de los primeros —universalidad, absolutividad, inalienabilidad— mal se adecuan con el carácter, concreto, relativo y disponible de éstos. Hace ya algunos años que, entre nosotros, Rodríguez Paniagua anticipó el problema subrayando cómo «nuestros derechos nacen ya esencialmente relativos y limitados porque, si no son así, no parece que se puedan llamar derechos», «los derechos del hombre (¿de quién iban a ser si no?) son esencialmente limitados, recortados, adaptados a las necesidades de la convivencia social», «por eso mismo no puede parecer sino problemático hallar derechos subjetivos en los casos que se trate de derechos reconocidos a nivel simplemente constitucional; porque la limitación o precisión de esos derechos a ese nivel no podrá ser en general más que muy escasa»<sup>93</sup>. Puntos éstos que han sido objeto de un desarrollo reciente en los valiosos trabajos de Laporta y Pérez Luño que han provocado un intenso debate en el que ahora no podemos entrar<sup>94</sup>. En consecuencia, parece que las notas definitorias de los derechos humanos están siendo sometidas a la revisión que se impone por su consideración como derechos subjetivos, y no al revés. En donde tiene especial relieve la dimensión de inalienabilidad<sup>95</sup>. Creo que puede ser contradictorio afirmar que el hombre es titular de derechos y que carece de su plena disponibilidad. Titularidad y plena disponibilidad son términos correlativos, por lo que no tiene sentido que el beneficiario se inmunicie mediante la renuncia. Piénsese, además, que en nuestro ordenamiento jurídico, siguiendo lo que es una tradición común, se prohíbe la renuncia en perjuicio de terceros, pero no en perjuicio propio.

<sup>91</sup> Cfr. L. HIERRO, «¿Derechos humanos o necesidades humanas? Problemas de un concepto», cit., pp. 53-54.

<sup>92</sup> Cfr. ibíd., p. 57.

<sup>93</sup> Cfr. J. M. RODRÍGUEZ PANIAGUA, *Ley y Derecho. Interpretación e integración de la Ley*, cit., p. 64.

<sup>94</sup> Cfr. F. LAPORTA, «Sobre el concepto de derechos humanos», y A. E. PÉREZ LUÑO, «Concepto y concepción de los derechos humanos», *Doxa*, 4/1987, pp. 23-47 y 47-66, respectivamente.

<sup>95</sup> Sobre la inalienabilidad, cfr. J. BALLESTEROS «Los derechos humanos como derechos inalienables», en *Postmodernidad: Decadencia o resistencia*, cit., pp. 146 ss., y el trabajo de A. L. MARTÍNEZ PUJALTE, «Los derechos humanos como derechos inalienables», en este volumen.

No desconozco las críticas que se han vertido sobre este punto; así, las de Cotta<sup>96</sup>, que apuntan a una disolución del binomio derecho-deber y a una absolutización del derecho subjetivo que entrañaría la satisfacción del propio derecho sin tener en cuenta la simetría ni la paridad ontológica de los sujetos; pero creo que en todo caso son riesgos necesarios a asumir si es que no se quiere reemplazar el principio liberal por el paternalismo<sup>97</sup>. En el caso de que estos derechos quedaran incluidos en el coto vedado, estaríamos ante una situación no tanto de inalienabilidad, cuanto de inmunidad respecto de sus propios sujetos, los cuales en ningún caso perderían el poder que sobre ellos tienen<sup>98</sup>, que en definitiva es lo que configura y define el derecho subjetivo.

<sup>96</sup> Cfr. S. COTTA, «L'attuale ambiguità dei diritti fondamentali», *Rivista di Diritto Civile*, 1977 (I), pp. 225-242, y «Absolutisation du droit subjectif et disparition de la responsabilité», cit.

<sup>97</sup> Sobre el paternalismo, cfr. el número monográfico de *Doxa*, 5/1988, con artículos de GARZÓN VALDÉS, DIETERLEN, CAMPS, ATIENZA y DE LUCAS, pp. 155 ss.

<sup>98</sup> Cfr. E. GARZÓN VALDÉS, «Representación y democracia» y «Sobre el coto vedado», cits.

LOS DERECHOS HUMANOS  
COMO DERECHOS FUNDAMENTALES.  
DEL ANÁLISIS DEL CARÁCTER FUNDAMENTAL  
DE LOS DERECHOS HUMANOS  
A LA DISTINCIÓN CONCEPTUAL

BLANCA MARTÍNEZ DE VALLEJO FUSTER

## I. INTRODUCCIÓN

Una reflexión sobre los derechos humanos no puede, hoy en día, dejar de plantear su relación con «los derechos fundamentales».

Frecuentemente, los términos «derechos humanos» y «derechos fundamentales» son utilizados por parte de la doctrina como sinónimos. No obstante, nuestro empeño consiste en averiguar si es posible su delimitación, si está justificada y si resulta adecuada al uso lingüístico y jurídico y, en este sentido, el alcance de ambas expresiones.<sup>1</sup> Para este propósito nos serviremos de definiciones explicativas que «... propugnen cómo deben ser utilizados los términos en un determinado contexto para alcanzar la mayor dosis de precisión y sentido»<sup>2</sup>, porque son las que mayor interés ofrecen en este trabajo.

Sin embargo, en cualquier análisis conceptual de los derechos humanos parece obligatoria la consideración de una serie de objeciones<sup>3</sup> que van a constituir un pri-

<sup>1</sup> Se ha dicho que entre las vías de acceso a la delimitación conceptual de los derechos humanos, el análisis lógico —tendente a establecer la comprensión, intensión o connotación de los derechos humanos a partir de sus notas constitutivas— reviste un especial interés. Partiendo de esta premisa, nuestro estudio se basará en definiciones nominales que eluciden el significado de los términos en función de su uso en el lenguaje y, dentro de esta gran categoría, nos decantamos por las de tipo explicativo en la medida en que evitan la arbitrariedad de las estipulativas sin caer en la imposible exhaustividad de las lexicales. No obstante, trataremos de aunar esos presupuestos lógico-analíticos con los planteamientos histórico-empíricos tan presentes en estas cuestiones. Sobre este tema puede consultarse: A. E. PÉREZ LUÑO, «El Derecho natural como problema. Ensayo de análisis de lenguaje», *Filosofía y Derecho*, tomo II, «Homenaje a Corts Grau», 1977, pp. 190 ss.; id., *Derechos humanos, Estado de Derecho y Constitución*, Tecnos, Madrid, 1984, pp. 26 ss.; M. ATIENZA, *Introducción al Derecho*, Barcanova, Barcelona, 1985, pp. 3 ss.; id., «La clasificación de los derechos humanos en la Constitución española de 1978», *ADH*, núm. 4; A. E. PÉREZ LUÑO, «Concepto y concepción de los derechos humanos (Acotaciones a la ponencia de Francisco Laporta)», *Doxa*, 4, Alicante, 1987, pp. 47 ss.; F. LAPORTA, «Respuesta a Pérez Luño, Atienza y Ruiz Manero», *Doxa*, 4, Alicante, 1987.

<sup>2</sup> A. E. PÉREZ LUÑO, «Concepto y concepción...», cit., p. 50.

<sup>3</sup> Para Bobbio los derechos humanos son una expresión vaga; se trata de derechos históricamente relativos y heterogéneos de los que no es posible dar una noción clara. Cfr. N. BOBBIO «Sobre el fundamento de los derechos del hombre», en *El problema de la guerra y las vías de la paz*, Gedisa, Barcelona, 1982, pp. 117 ss., o en N. BOBBIO, G. PONTARA y B. VECA, «¿Hay derechos fundamentales?», en *Crisis de la democracia*, Ariel, Barcelona, 1985, pp. 85 ss. Sin embargo, nos situamos en la línea de quienes, sin llegar a posturas tan escépticas, constatan la evidente dificultad con que se tropieza dado el abuso lingüístico que de ellos se ha hecho: De este modo, Peces-Barba alude al pluralismo de denominaciones y significados en el que subyace una polémica fundamental que la concepción dualista parece superar: la del iusnaturalismo-positivismo. Cfr. G. PECES-BARBA, *Derechos fundamentales. I Teoría general*, Guadia-

na, Madrid, 1973, pp. 53 ss. Por su parte, Eusebio Fernández pone el acento en la necesidad de un lenguaje riguroso ante la vaguedad e imprecisión que rodean a las definiciones de derechos humanos. Ver E. FERNÁNDEZ, *Teoría de la justicia y derechos humanos*, Debate, Madrid, 1984, pp. 77 ss. Manuel Atienza realiza un repaso por las diversas objeciones que han recibido estos derechos; así, su ambigüedad, vaguedad intensional y extensional, o su emotividad, lo que le lleva a puntualizar que estamos ante un concepto difícil. Ver M. ATIENZA, *Introducción al Derecho*, Barcanova, Barcelona, 1985, pp. 165 ss. Asimismo, Prieto Sanchís señala que: «El problema es que esa noción se utiliza tal vez con excesiva frecuencia y en los más variados contextos, lo que perjudica su precisión y claridad conceptual; diríase que los derechos humanos son hoy un concepto tan difundido como difuso. [...] se han convertido en uno de los terrenos más fértiles de la demagogia y de la insustancialidad teórica.» Cfr. L. PRIETO SANCHÍS, *Estudios sobre derechos fundamentales*, Debate, Madrid, 1990, pp. 19 ss. A su vez, Cassese alude a las dificultades de llegar a acuerdos a nivel internacional sobre una materia —los derechos humanos— de por sí tan intrincada, problemática y llena de facetas. Cfr. A. CASSESE, *Los derechos humanos en el mundo contemporáneo*, Ariel, Barcelona, 1991, pp. 61 ss. Con posterioridad, Peces-Barba reitera su crítica al abuso al que desde discursos ideológicos han sido sometidos estos derechos para enmascarar otro tipo de consideraciones que han conducido a equívocos serios y zonas de confusión, y puntualiza que uno de los equívocos que más daño ha producido a esta causa es el de su concepto. Cfr. G. PECES-BARBA, *Escritos sobre derechos fundamentales*, Eudema, Madrid, 1988, pp. 215 ss. Podríamos seguir añadiendo a esta lista un largo etcétera, aunque nos parece que las citas mencionadas dan muestra sobrada de los que tratamos de señalar.

mer obstáculo. La ambigüedad, vaguedad conceptual y significación heterogénea de que se les acusa han desembocado en una descalificación global última, «paradigma de equivocidad»<sup>4</sup>, de la cual resulta casi imposible desprenderse. Esta situación se ha generalizado de tal forma que actualmente es difícil e incluso comprometido aventurarse a ofrecer una respuesta unánime a una pregunta aparentemente tan «sencilla»<sup>5</sup>: ¿qué son los derechos humanos?

Ante la ausencia de una «fórmula magistral», y la multitud de intentos conceptuales, parece que se impone la elección de uno de ellos de acuerdo con las exigencias que impone el empleo de un lenguaje riguroso. Este criterio, junto a la necesidad de no incurrir en la confusión de los planos descriptivo y prescriptivo, más los aspectos arriba comentados, delimitan a grandes rasgos las coordenadas que enmarcan y deberán servir de punto de partida a estas líneas<sup>6</sup>. Se trataría, pues, de localizar no tanto un concepto «mágico» de derechos humanos capaz por sí mismo de distinguirlos de cualquier noción afín, como de, a través de un análisis jurídico-lingüístico (principalmente semántico y pragmático) de una propuesta conceptual de derechos fundamentales, precisar por la vía de sus elementos mínimos

<sup>4</sup> Consideramos que esta expresión, utilizada por Pérez Luño, resulta muy apropiada para dar cuenta del alcance del problema. Cfr. A. E. PÉREZ LUÑO, *Derechos humanos...*, cit., p. 25.

<sup>5</sup> «Sencilla» en cuanto a la facilidad con que se formula, pero de enorme complejidad en su trasfondo. Entre los numerosos problemas que plantea, destaca la dificultad que se deriva del intento de su deslinde de otra cuestión «aparentemente sencilla»: ¿por qué los derechos humanos?, y la comprobación, una vez más, de cómo la relación entre el concepto y el fundamento sigue siendo uno de los mayores caballos de batalla doctrinales. Al respecto, nos remitimos a lo expuesto por J. DE LUCAS en «Nota sobre el concepto y la fundamentación de los derechos humanos (a propósito de la polémica de los derechos morales)», *Doxa*, 9, 2, 1991. Por su parte, Prieto Sanchís no sólo alude a la carencia de un significado técnico-jurídico preciso de los mismos, sino también a la imposibilidad de mantener un significado jurídico plenamente autónomo. Cfr. en L. PRIETO SANCHÍS, *Estudios sobre...*, cit., p. 18. Finalmente, Pérez Luño hace hincapié en la dificultad que entraña esta interrogante por la propia imprecisión de la misma. Cfr. A. E. PÉREZ LUÑO, *Derechos humanos...*, cit., pp. 25 ss.

<sup>6</sup> Nos situamos en la línea de lo señalado por Bentham y seguida por Pérez Luño, Cfr. J. BENTHAM, «Anarchical Fallacies: being an examination of the Declarations of Rights issued during the French Revolution», en *Works*, ed. Bowring, New York, 1962, vol. II, pp. 489 ss., y A. E. PÉREZ LUÑO, *Derechos humanos...*, cit., pp. 26 ss. Prieto Sanchís asume perfectamente en su último libro la necesaria distinción entre estos dos planos al situar su propuesta de fundamentación en el prescriptivo y moverse en terrenos descriptivos para la elucidación conceptual. Cfr. L. PRIETO SANCHÍS, *Estudios...*, cit., pp. 17 ss.

esenciales sus contornos, en aras de su posterior delimitación de los derechos humanos.

Antes de seguir adelante, es conveniente puntualizar que el doble marco jurídico-lingüístico desde el que enfrentamos este estudio permitirá dar respuestas satisfactorias a dos cuestiones urgentes: la *viabilidad* y la *utilidad* de la distinción entre derechos humanos y derechos fundamentales. Es decir, ¿puede sostenerse esa distinción?, y, en caso afirmativo, ¿debe sostenerse? Ello requiere, sin duda alguna, *dilucidar el sentido mismo de la distinción*. Explicitar si se trata de una opción meramente terminológico-conceptual sin trascendencia jurídico-política alguna<sup>7</sup> o si, por el contrario, la alusión expresa a alguna de estas dos fórmulas depara algún tipo de consecuencia jurídico-positiva al situar el debate sobre estos derechos en distintos planos.

En principio, el análisis del *carácter fundamental* de los derechos parece ser el mejor camino hacia el verdadero sentido de la distinción al conducir de una forma mediata al núcleo central del problema. Sin embargo, es evidente que, en la actualidad, y desde la perspectiva descriptiva que la lectura y contraste de los textos internacionales e internos ofrece, no se infiere que los derechos humanos posean un contenido diferente del de los derechos fundamentales<sup>8</sup>. ¿Dónde radica, pues, el elemento capaz de sostener y aconsejar dicha diferenciación? ¿Se puede y debe buscar el matiz distintivo entre sus notas tradicionales o, por el contrario, la pista más segura nos la proporciona, en estos momentos, su tutela reforzada? ¿Sigue siendo el carácter fundamental de los derechos humanos a partir de sus notas tradicionales un atributo de identificación de los derechos acogidos en su rótulo, o una acepción de fundamentalidad ajustada a la realidad de estos derechos, lo que pone verdaderamente en evidencia es una diferenciación interna según el grado de concreción positiva alcanzado? ¿Estamos, en definitiva, ante un término tan ambiguo que resulta inviable dilucidar una acepción que no sea ambivalente? Resulta incuestionable la repercusión de las consecuencias de adoptar una u otra respuesta, tanto en aras de una mayor aproximación hacia «una teoría general de los derechos fundamentales»<sup>9</sup>, como por la importancia que una clara distinción conceptual reviste en la práctica. Conviene, pues, averiguar si existen «razones fuertes» que apoyen la viabilidad y sobre todo, insistimos, la utilidad de sostener esta diferenciación.

La distinción más unánimemente recogida reserva la expresión «derechos humanos» para los derechos humanos positivados a nivel internacional (las Declaraciones

<sup>7</sup> Con frecuencia se ha señalado que precisamente uno de los riesgos que tienen que solventar las posiciones dualistas es la confusión entre derechos humanos y derechos fundamentales. Pues bien, en nuestra opinión, desde estas posiciones dualistas se contribuye, en líneas generales, a sostener esta primera posición. Cfr. J. DE LUCAS en «Nota sobre el concepto...», cit. Por su parte, el llamado «iusnaturalismo crítico» por el que opta Pérez Luño creemos que responde más a la segunda alternativa. Cfr. A. E. PÉREZ LUÑO, *Los derechos fundamentales*, Tecnos, Madrid, 1984, pp. 46 ss., o íd., «Concepto y concepción de los...», cit., p. 54.

<sup>8</sup> En la línea de algo señalado con anterioridad por Prieto Sanchís cuando postula que en la Constitución española de 1978, en los *civil rights* ingleses o en los textos internacionales sobre derechos humanos, no se protegen cosas diferentes. Cfr. L. PRIETO SANCHÍS, en *Estudios sobre...*, cit., p. 96. De esta manera, los llamados «derechos fundamentales» sólo supondrían un mayor grado de concreción jurídico-positiva, «... la fase más avanzada del proceso de positivación [...] proceso que tendría su punto intermedio de conexión en los derechos humanos». En este sentido, ver la hipótesis de la evolución de los derechos humanos en A. E. PÉREZ LUÑO, *Los derechos fundamentales*, cit., pp. 43 ss.

<sup>9</sup> Son muchos los autores que abogan desde hace tiempo por la elaboración de una auténtica «teoría de los derechos fundamentales», bien de forma explícita (tal es el caso, por ejemplo, de G. Peces-Barba) o con su colaboración implícita (la cita aquí sería, en nuestra opinión, muy numerosa, pero pueden verse las aportaciones, entre otros, de A. E. Pérez Luño, L. Prieto Sanchís, E. Fernández o F. Laporta).

y Convenios Internacionales), junto a aquellas exigencias básicas que, rodeadas de determinadas condiciones y relacionadas con la dignidad, igualdad y libertad de la persona, no han alcanzado un estatuto jurídico-positivo. A su vez, restringe el término «derechos fundamentales» para los derechos humanos positivados a nivel interno, es decir, los derechos humanos garantizados por los ordenamientos jurídico-positivos estatales. De esta manera el criterio distintivo se basaría en el diferente grado de concreción positiva de estas dos categorías<sup>10</sup>. Pero la diferenciación lingüística, a la que parece inducir el diferente grado de concreción positiva, ¿se acompaña realmente de algún tipo de consecuencias jurídicas?

Partiendo de esta distinción terminológica, vamos a iniciar el estudio del carácter fundamental de los derechos humanos en el ámbito jurídico constitucional español<sup>11</sup> para, a continuación, observar su posible generalización a otros ordenamientos jurídicos y poder precisar, en último lugar, si tal significado «interno»<sup>12</sup> es predicable también de los derechos humanos en el ámbito internacional. Por ello, y tras una somera referencia a la acepción tradicional predominante, expondremos la que, formulada desde posiciones dualistas, a nuestro juicio, ofrece en la actualidad las posibilidades más interesantes por postular una noción de fundamentalidad que merece la pena ser discutida tanto por constituir el más reciente intento de superar las distintas acepciones, como por su utilidad en función de los planteamientos iniciales para obtener respuestas más plausibles.

De esta manera, el problema giraría alrededor de dos interrogantes: ¿a qué responde en nuestros días la nota de fundamentalidad?, ¿permite su acepción actual dotar de autonomía y especificidad a los derechos que bajo ella se contemplan con respecto al enunciado genérico de derechos humanos?, es decir, ¿los derechos fundamentales están respecto a los derechos humanos en relación de especie-género?

## II. SOBRE LA NOCIÓN DE FUNDAMENTALIDAD

### 1. LAS NOTAS TRADICIONALES DE LOS DERECHOS HUMANOS: DE SU ACEPCIÓN TRADICIONAL A SU SIGNIFICACIÓN ACTUAL

Como resulta lamentablemente frecuente en el discurso jurídico, la fundamentalidad de los derechos es un término de gran complejidad, dadas las diferentes interpretaciones doctrinales que sobre él se han vertido y su utilización heterogénea. Sin embargo, la ausencia de unidad de criterio en su concreción conceptual no convierte en una empresa desesperada la búsqueda de su significación actual.

<sup>10</sup> Se ha dicho que los derechos humanos —sobre la base de este criterio distintivo— son el conjunto de facultades e instituciones que, en cada momento histórico, concretan las exigencias de la dignidad, la libertad y la igualdad humanas, las cuales deben ser reconocidas positivamente por los ordenamientos jurídicos a nivel nacional e internacional. Los derechos fundamentales son aquellos derechos humanos garantizados por el ordenamiento jurídico-positivo, en la mayor parte de los casos en su normativa constitucional, y que suelen gozar de una tutela reforzada. Cfr. A. E. PÉREZ LUÑO, *Los derechos fundamentales*, cit., p. 46.

<sup>11</sup> Este enfoque de estudio tiene su razón de ser en la tesis que sostiene que las dificultades de delimitación conceptual de los derechos humanos presentan un distinto cariz cuando su estudio se enfrenta dentro del marco de un determinado sistema jurídico, señalada —entre otros— por el profesor Prieto Sanchís. Cfr. L. PRIETO SANCHÍS, *Estudios sobre...*, cit., pp. 75 ss.

<sup>12</sup> «Interno» no como intrínseco, sino por venir referido a normas jurídico-positivas internas.

Hablar de derechos fundamentales en nuestro marco cultural requiere, cuando menos, partir del dato histórico que marca su reconocimiento jurídico constitucional y señalar que cualquier análisis lingüístico de la Constitución española pone de manifiesto la falta de uniformidad de sus enunciados, así como la heterogeneidad de los derechos en ella acogidos y, en definitiva, la ausencia de una definición clara y expresa del término «derechos fundamentales»<sup>13</sup>. No es éste el lugar de entrar en las causas que motivaron esta omisión y que produjeron el maremágnum de plasmación normativa de que adolece nuestra Carta Magna en cuanto al tratamiento de los derechos fundamentales, pero sí parece necesario dejar constancia de ello.

Dicho esto, conviene reconducir el tema hacia senderos más fructíferos como pueden ser las notas que tradicionalmente han dotado de significado al carácter fundamental de los derechos humanos, aunque, desde este segundo esbozo descriptivo, tampoco se llegue a resultados muy positivos, como muy bien se ha señalado<sup>14</sup>, pues los rasgos de universales, inalienables y absolutos —tesis de origen iusnaturalista— que han delimitado desde sus inicios el carácter fundamental de los derechos humanos constituyen hoy en día un problema, en la medida en que no resulta factible sostener estos enunciados respecto a los derechos humanos positivados a nivel interno y, sólo con grandes reservas, a los consagrados a nivel internacional.

I. La nota de universalidad, en cuanto referida a las personas implicadas en la relación jurídica que nace de un derecho fundamental, alude tanto a los titulares del derecho, como a los sujetos obligados. La universalidad, entendida como cualidad del titular de un derecho y que hace referencia a la cualidad «ser humano» —entendida como requisito necesario y suficiente para gozar del derecho— parece difícilmente predicable de unos derechos que, *a priori*, han sido limitados al ámbito de aplicación de un ordenamiento jurídico determinado. Si el acento de la universalidad se fija no tanto en su acepción de cualidad, como en el de la *condición* por la que todo sujeto bajo la jurisdicción de un Estado pueda gozar del ejercicio de los derechos, todavía resulta más difícil de mantener dada la fuerte tendencia hacia la

<sup>13</sup> Como muy certeramente han puesto de manifiesto autores como Atienza o posteriormente Bañó León, el concepto de derecho fundamental no tiene un significado unitario en nuestra norma fundamental, pues agrupa varias categorías técnico-jurídicas. Cfr. M. ATIENZA, «La clasificación de los derechos fundamentales en la Constitución española de 1978», *ADH*, núm. 4 y J. M. BAÑÓ LEÓN, «La distinción entre derecho fundamental y garantía institucional en la Constitución española», *REDC*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid. Por su parte, De Otto señala cómo a los defectos sistemáticos —dispersión de los derechos en títulos distintos y acumulación de normas heterogéneas— de que adolece nuestra Carta Magna hay que añadir una compleja estructura del título I, en el que las diversas normas se agrupan a los efectos de las diferentes modalidades de protección jurisdiccional y legal. Cfr. I. DE OTTO, *Derecho constitucional. Sistema de fuentes*, Ariel, Barcelona, 1987. Todas estas razones le llevan a Martín-Retortillo a proponer la limitación de la expresión «derechos fundamentales» a los de la sección primera, opinión que no podemos, sin embargo, compartir por las graves repercusiones jurídicas que conllevaría. Cfr. L. MARTÍN-RETORTILLO, «Régimen constitucional de los derechos fundamentales», en *Derechos fundamentales y Constitución*. En ocasiones, este tipo de razonamiento conduce —como en el caso del profesor Prieto— a rechazar el camino del análisis lingüístico de la Constitución española a la hora de elucidar un concepto jurídico de los derechos fundamentales en nuestro sistema jurídico. Cfr. L. PRIETO SANCHÍS, en *Estudios...*, cit., pp. 75 ss.

<sup>14</sup> Cfr. A. E. PÉREZ LUÑO, «Concepto y concepción...», cit., pp. 53 ss., donde pone seriamente en duda que el significado de los derechos humanos pueda hallarse por la vía —citamos textualmente— «... de sus pretendidas notas de universalidad, absolutismo e inalienabilidad», alertando sobre los peligros que encierra una descontextualización de los derechos humanos a la que conduciría su configuración como universales, absolutos e inalienables al prescindir de la experiencia y de la historia. Cfr. también el preciso estudio que lleva a cabo L. PRIETO SANCHÍS, en *Estudios sobre...*, cit., pp. 80 ss.

especificación<sup>15</sup>. En este sentido, una interpretación literal de nuestro propio texto constitucional puede añadir argumentos a favor de esta tesis al mostrar que ni los derechos son disfrutados por todos, ni los bienes protegidos por los derechos fundamentales interesan de igual forma a todos los ciudadanos<sup>16</sup>. Asimismo, la universalidad de los derechos fundamentales queda descartada si con ella se alude a los sujetos obligados por los derechos fundamentales, pues no existe en el plano jurídico «un deber de solidaridad universal»<sup>17</sup>. En definitiva, no parece que este rasgo dote de contenido específico alguno al carácter fundamental de los derechos humanos recogidos en la Constitución española de 1978.

Pero la universalidad puede venir referida no tanto al sujeto de la relación, como al objeto protegido por los derechos, y aquí adquiere «cierto»<sup>18</sup> sentido si con ella se alude a la existencia de puntos comunes en torno a los derechos humanos dentro de la comunidad internacional. Estamos entonces ante la homogeneización relativa del catálogo y de las conductas en materia de derechos humanos como meta a aspirar, alcanzable a través de diversos caminos; ante ese esfuerzo de unificación gradual, lento y difícil, señalado por Cassese, los derechos humanos se configuran así como *tendencialmente* universales. Una universalidad relativa, al venir referida a los mínimos que se han logrado establecer entre la comunidad internacional y los Estados respecto a determinados derechos humanos, aunque se presenten como tendencialmente válidos para todos los Estados del mundo. Pero ¿cabe esa loable aspiración a la vista de los distintos conceptos filosóficos de los derechos humanos, las diferentes concepciones culturales y religiosas, los muy diversos enfoques político internos sobre el tema, la variada perspectiva interna de jerarquización de los derechos humanos —a pesar de su necesaria interdependencia—, así como la desigual caracterización que los Estados realizan al concebir los derechos humanos específicos?<sup>19</sup>

<sup>15</sup> N. BOBBIO, «Derechos del hombre y filosofía de la historia», *ADH*, núm. 5, p. 37, y A. CASSESE, *Los derechos humanos en el...*, cit., pp. 75 ss.

<sup>16</sup> Cfr. L. PRIETO SANCHÍS, *Estudios sobre...*, cit., pp. 81 ss.

<sup>17</sup> Nos situamos plenamente en la línea argumentativa sostenida por L. PRIETO SANCHÍS, en *Estudio sobre...*, cit., p. 82.

<sup>18</sup> «Cierto», el encomillado obedece a nuestra desconfianza ante la universalidad mítica por la que aboga Cassese, dado que, en este terreno, y a nuestro juicio, dicha universalidad vendría —en todo caso— caracterizada por un contenido relativo, de dudosas intencionalidades estatales latentes y de débil demostrabilidad en la práctica; en la que no sería difícil descubrir viejas reivindicaciones de fundamentación iusnaturalista, lo cual, a su vez, no parecería tan irreal en la medida en que se ajustase al iusnaturalismo crítico, histórico y abierto a las necesidades humanas que postula Pérez Luño. Por otra parte, Peces-Barba ha expresado de una forma clara y concisa, a través de sólo dos líneas, toda la peligrosa incertidumbre que rodea esa posible tendencia a la universalidad sobre los derechos humanos al manifestar que: «Su potencia y su atractivo les impulsan hacia una expresión generalizada a través del mundo, y en esa vocación positiva llevan también las mayores posibilidades de frustración y de manipulación.» Cfr. en G. PECES-BARBA, *Escritos sobre derechos fundamentales*, cit., p. 220. Cfr., también, A. CASSESE, *Los derechos humanos en el mundo...*, cit., pp. 58 y 75, o A. E. PÉREZ LUÑO, *Los derechos fundamentales*, cit., p. 41, y especialmente íd., *Derechos humanos...*, cit., pp. 125 ss., o incluso N. BOBBIO, «Derechos del hombre y filosofía de la historia», *ADH*, núm. 5.

<sup>19</sup> Llegados a este punto, parece necesario recabar nuestra atención en una distinción que no debe pasar por alto: internacionalización no significa universalidad de los derechos humanos. Es evidente que, junto a los procesos de positivación y el más reciente de especificación, estamos inmersos en una época de creciente internacionalización de los derechos, pero ello no debe confundirse con el supuesto carácter universal de los mismos. Vid. al respecto la posición de Peces-Barba en *Escritos sobre derechos fundamentales*, cit. sobre la relación, evolución y estado actual de los procesos de positivación (pp. 241 ss.), generalización (pp. 249 ss.) e internalización (pp. 259 y ss.). Vid., también A. MONZÓN y E. BEA en estas mismas páginas.

Para Cassese, dado lo infructuoso de otros caminos, la tendencia a la unificación en temas cruciales por parte de los Estados no es contradictoria con la indiscutible tendencia hacia la regionalización y especificación, en la medida en que contempla estas situaciones como parte de un proceso que trata de llegar a la universalidad por la vía indirecta. Indudablemente si la regionalización se contempla como la elaboración de tratados y mecanismos de control regionales (Europa, América Latina y África) —cuya expansión contribuye al proceso de universalización— y no como la creación de compartimentos estancos, y a su vez la sectorialización («especificación» en otros autores) consistiera realmente en que la Comunidad Internacional pusiese su foco de atención en problemas o categorías de individuos específicas con el fin de facilitar la celebración de acuerdos entre los Estados, podríamos afirmar que estamos inmersos en un período de creciente tendencia a la universalidad.

Lo que ocurre es que no está tan claro que esta visión del panorama internacional obedezca verdaderamente a una «política de pequeños pasos», como señala Cassese, ni que su punto de vista sea compartido de forma generalizada desde todos los sectores. En definitiva, no estamos seguros de que la propuesta de Cassese de universalidad de los derechos humanos en el sentido de homogeneización (hoy por hoy relativa, pero para él alcanzable) dé muestra veraz de las intenciones que subyacen en las acciones.

En esta línea, quizás, y aunque nuestra posición sea un tanto escéptica, cabría cuestionarse si la universalidad como sinónimo de fundamentalidad —presente entre los rasgos de los derechos humanos— implica dotar al término de una distinta acepción que, como vamos viendo, posee en su plasmación positiva interna, lo que no haría sino añadir una razón más para su delimitación.

II. En cuanto al carácter absoluto de los derechos fundamentales, otra de las notas tradicionales a través de la cual se ha querido perfilar el carácter fundamental de estos derechos, identificándola con la supremacía y prioridad absoluta de los mismos frente a cualquier interés colectivo, es evidente que hoy en día no puede sostenerse. La presencia de límites en las normas fundamentales que los recogen y la doble vía de limitación<sup>20</sup> que en estos momentos presentan la convierten en una nota inviable. En todo caso, se podría sostener la supremacía de los derechos fundamentales frente a decisiones políticas que, aun siendo legítimas, no tratasen de preservar valores recogidos en la Constitución<sup>21</sup>, aunque este supuesto resulte difícil de localizar. A estos datos podemos añadir la dispar configuración con que el legislador constituyente dotó a los derechos fundamentales en nuestra norma fundamental, derivada no sólo de la postergación formal de los llamados derechos sociales, sino también de las formas heterogéneas que se utilizaron para su reconocimiento<sup>22</sup>, así como las diferentes técnicas de organización jurídica que se han utilizado

<sup>20</sup> A. E. PÉREZ LUÑO, en «Concepto y concepción de...», cit., pp. 54 ss., ya señaló que, junto a las cláusulas externas limitadoras o suspensivas de derechos, no se puede desconocer la necesidad acuciante que existe de hacer compatible la aplicación práctica de los distintos derechos humanos. En la misma línea, no puede desconocerse, parafraseando a Prieto, que, junto a la protección del derecho ajeno, se añaden otros variados conceptos de protección del orden social. Cfr. L. PRIETO SANCHÍS, *Estudios sobre...*, cit., p. 85.

<sup>21</sup> Conforme al argumento sostenido por L. PRIETO SANCHÍS, en *Estudios sobre...*, cit., pp. 83 ss.

<sup>22</sup> Ambas notas han sido claramente señaladas en el estudio realizado por Prieto Sanchís en su última obra. Cfr. L. PRIETO SANCHÍS, *Estudios sobre...*, cit.

con los derechos civiles y políticos y los derechos sociales<sup>23</sup>. En definitiva, consideramos que el juego de la articulación jurídico-positiva de los derechos sociales, económicos y culturales, junto a las tradicionales libertades públicas, ha cerrado las puertas al carácter absoluto de los derechos humanos mantenido por un sector doctrinal durante años, haciendo del mismo una nota vacía de contenido, a nivel tanto interno como internacional<sup>24</sup>.

III. Restaría, en último lugar, pasar revista a la tercera nota que tradicionalmente ha respondido al interrogante sobre la fundamentalidad de los derechos: el carácter inalienable de los mismos. De todas las interpretaciones posibles que sobre ella se han escrito, parece que la más adecuada en esta exposición es aquella que se traduce en la imposibilidad de disposición de los mismos por parte de su titular, abarcando tanto la disposición física como jurídica. En este sentido, y situando el problema dentro de nuestro contexto, resulta muy difícil mantener esta imposibilidad de disposición. El examen pormenorizado de la situación de los derechos, la observancia de la realidad jurídico-práctica y la, a nuestro juicio, necesaria interdependencia entre las tres citadas notas conducen cuando menos a plantear serias dudas sobre la autosuficiencia de esta nota para dotar de contenido al carácter fundamental de los derechos. De esta manera, en un primer paso, hemos intentado demostrar que —actualmente y desde un plano teórico y descriptivo— estamos frente a unos derechos que han perdido la absolutidad y universalidad que, en un momento dado, de ellos se predicaron. La ausencia de esas dos notas creemos que es un buen argumento en contra de la inalienabilidad de los mismos<sup>25</sup>. Si los derechos fundamentales no son de todos los hombres por el mero hecho de ser hombres, es decir, no basta ser «humanos» para gozar de un derecho fundamental, ni estar bajo la jurisdicción de un Estado determinado para gozar de un derecho reconocido al disminuido mental (pues evidentemente se ha de estar incluido en ese estado excepcional de la existencia humana); si admitimos junto a Prieto Sanchís que determinados objetivos vitales para algunas personas tienen tanta importancia como los objetivos básicos del conjunto de los individuos y que no existe un deber jurídico general de solidaridad; que el panorama internacional no ofrece hoy en día cobertura suficiente a la universalidad de los mismos, y finalmente admitimos la presencia de límites internos y externos a su ejercicio, no podemos por más que reconocer que cual-

<sup>23</sup> Siguiendo la línea de lo señalado por Peces-Barba en *Escritos sobre derechos fundamentales*, cit.

<sup>24</sup> En cuanto al carácter no absoluto de los derechos humanos, puede verse, entre otros muchos: N. BOBBIO, G. PONTARA y B. VECCA, «¿Hay derechos fundamentales?», cit.; A. E. PÉREZ LUÑO, «Concepto y concepción...», cit.; M. ATIENZA, *Introducción...*, cit., p. 170; M. ATIENZA y J. RUIZ MANERO, «A propósito del concepto de derechos humanos de Francisco Laporta», *Doxa*, 4, Alicante, 1987; G. PECES-BARBA, *Derechos fundamentales...*, cit., pp. 133 ss.; A. CASSESE, *Los derechos humanos en...*, cit., pp. 71 ss.; L. PRIETO SANCHÍS, *Estudios sobre...*, cit., pp. 85 ss., 185 ss. y 247 ss.; J. DE LUCAS, «Individualismo y economicismo como paradigmas de la modernidad (A propósito de *Postmodernidad: Decadencia o resistencia*, de J. Ballesteros)», *Doxa*, núm. 6, p. 297; J. BALLESTEROS, «Razones a favor de una postmodernidad alternativa (Respuesta a Javier de Lucas)», *Doxa*, núm. 6, p. 305. Aunque la doctrina mayoritaria es unánime en el reconocimiento del carácter relativo de los derechos humanos, no faltan voces que reivindican el carácter absoluto de los mismos. Véanse, por ejemplo, F. LAPORTA, «Sobre el concepto de derechos humanos», *Doxa*, 4, Alicante, 1987, o E. FERNÁNDEZ, que reconoce el carácter relativo de estos derechos, pero excepcionando el derecho a la vida. Cfr. E. FERNÁNDEZ, *Teoría de la justicia...*, cit., p. 118; A. RUIZ MIGUEL, «Los derechos humanos como derechos morales», *ADH*, núm. 6, pp. 149 ss.

<sup>25</sup> Puede verse una posición contraria a la aquí apuntada —en la que precisamente la consideración de los derechos como inalienables conduce a su calificación de no absolutos— en J. BALLESTEROS, «Razones a favor de una postmodernidad alternativa (Respuesta a Javier de Lucas)», cit., pp. 305 ss.

quier planteamiento sobre la configuración de los derechos humanos como inalienables no pasa de plantear un gran interrogante: ¿sobre qué clase de criterios teórico-prácticos se basa la posible defensa de dicha tesis?

En todo caso, cabría variar el recorrido en busca de razones que avalasen la inalienabilidad de determinados derechos que parecen estar por encima de cualquier otro por su referencia a bienes universalmente valiosos, como el derecho a la vida. Pero muchas y variadas situaciones de hecho (huelgas de hambre, aborto, eutanasia, etc.) demuestran continuamente las dificultades argumentativas con que se tropieza si se escoge este camino. Por otra parte, la donación de órganos en vida o *post mortem*, las nuevas técnicas de inseminación artificial, o los avances de la ingeniería genética, son realidades que no pueden dejarse a un lado, pues el ignorarlas implicaría un rechazo a fondo —y, a nuestro modo de ver, injustificado— del progreso; otra cosa bien distinta es su control ético-jurídico. En este sentido, y desde un punto de vista objetivo, parece que los únicos límites al ejercicio de los derechos vienen impuestos por la necesidad de hacer posible el juego de todos los derechos fundamentales. Cualquier otra clase de límites proviene seguramente de la conciencia individual, como centro de la moral autónoma señalado por Henkel<sup>26</sup>, en el que no dudamos que cualquier argumento es, en principio, valioso. Llegados a este punto, conviene señalar que existen fundamentaciones a favor de la inalienabilidad de los derechos<sup>27</sup>, del mismo modo que contamos con buenas argumentaciones en contra de dicha posibilidad<sup>28</sup>. Lo que aquí tratamos de sostener es que actualmente resulta muy difícil mantener una línea argumentativa favorable a la inalienabilidad de los mismos si se tienen en cuenta las siguientes consideraciones: En primer lugar, que cualquier respuesta a la cuestión de la inalienabilidad de los derechos no puede desconocer la triple dimensión que requiere su estudio: la distinción entre el plano descriptivo (y, aun dentro de este, es posible diferenciar dos niveles, el jurídico-positivo y el fáctico), el prescriptivo y el de la conciencia individual. La observancia de las distintas respuestas que ofrecen estos planos pone de manifiesto la imposibilidad de una solución unitaria situando a la inalienabilidad de los derechos entre los puntos más conflictivos de cualquier ensayo sobre sus notas. En segundo lugar, y aun admitiendo que en determinados derechos el planteamiento del problema pueda adquirir un cariz muy distinto, tropezamos con las dificultades de su generalización. Lo que lleva a reconocer que, hoy en día, mientras nuestro discurso de partida no se sitúe en un plano exclusivamente prescriptivo, la inalienabilidad de los derechos es dudosamente predicable de todos y cada uno de los derechos humanos. En tercer lugar, y éste nos parece un argumento decisivo, conviene señalar que la necesaria presencia de límites a la disponibilidad de los derechos no es, a nuestro parecer, equivalente a la imposibilidad de disponer. Además, como ha señalado De Lucas, el configurar a los derechos como inalienables imposibilita cualquier preferencia entre los mismos e implica el automático rechazo de las numerosas situaciones en que se produce la renuncia de un derecho en aras de la fe, la patria u otros bienes. Por último, y a nuestro modo de ver, existe una interdependencia entre las tres notas tradicionales

<sup>26</sup> Puede resultar al respecto de interés consultar la relación del derecho con las tres esferas de la moral: moral autónoma, ética superior y moral social, señalada por Henkel. Vid. H. HENKEL, *Introducción a la filosofía del Derecho*, trad. E. Gimbernat Ordeig, Taurus, Madrid, 1968.

<sup>27</sup> Puede verse en este sentido la formulada por Ballesteros. Vid. J. BALLESTEROS, *Postmodernidad: Decadencia o resistencia*, Tecnos, Madrid, 1989, o en *id.*, «Razones a favor de una postmodernidad alternativa (Respuesta a Javier de Lucas)», *cit.*, p. 305.

<sup>28</sup> Tal es la mantenida por De Lucas en «Individualismo y economicismo como paradigmas de la modernidad (A propósito de *Postmodernidad: Decadencia o resistencia*, de J. Ballesteros)», *cit.*, pp. 296 ss.

y, si no obtenemos razones fuertes que avalen el carácter absoluto y universal de los derechos, ¿cómo sostener la pretendida inalienabilidad? En definitiva, parece que las razones enumeradas impiden la consideración de la inalienabilidad como condición básica para la identificación del carácter fundamental de los derechos.

## 2. LA TESIS DE LA FUNDAMENTALIDAD COMO RESISTENCIA: DE LAS NOTAS TRADICIONALES AL DIFERENTE GRADO DE CONCRECIÓN POSITIVA

Finalmente, este análisis del carácter fundamental de los derechos elaborado por la vía del repaso de las notas que históricamente han configurado la noción de fundamentalidad, no quedaría completo si careciese de una mención expresa a una reciente propuesta<sup>29</sup>, elaborada en relación con el marco jurídico español.

Esta tesis toma como punto de partida la ausencia de cualquier rasgo distintivo de concreta operatividad jurídica entre las notas tradicionalmente atribuibles a los derechos humanos o en su estructura formal. De tal forma que estos datos no permiten atribuir a un derecho el calificativo de fundamental frente a otro tipo de derechos no considerados como fundamentales. Tras esa comprobación, se afirma que la fundamentalidad es un atributo de los derechos humanos que da muestra del grado de resistencia de los mismos, no como un rasgo indeleble que unos derechos ostenten y otros no, pero tampoco como etiqueta absoluta que se tiene o no se tiene —dado que no hay derechos ilimitados—, sino como un concepto relativo o gradual que equivale a su fortaleza. Para estos autores, el carácter fundamental de los derechos humanos, desde la perspectiva del Derecho positivo, se traduce jurídicamente en el concepto de *resistencia* o de su especial fortaleza, particularmente frente a las decisiones de los órganos políticos.

Desde esta posición se llega claramente a establecer una escala de fundamentalidad con arreglo a las distintas formas de tutela o garantías que se han utilizado para la concreción positiva de los derechos. De esta manera, el diferente grado de concreción de las normas como medida que sirve para establecer la distinta resistencia de los derechos tiene una doble utilidad, ya que, si bien conduce a la elaboración de un mínimo denominador común (el reconocimiento constitucional de los derechos y la vinculación de todos los poderes públicos), también es cierto que proporciona la única clasificación operativa en nuestro ordenamiento jurídico en lo relativo a interpretación y aplicación de los derechos fundamentales.

Así pues, la constitucionalización de los derechos, sin ser esencial, es la única característica que a la luz de las prescripciones del Derecho positivo español les dota de un significado propio y peculiar por permitir su protección plena y al mismo tiempo configurarlos como verdaderas obligaciones estatales. Pero ¿qué significa esta configuración de los derechos como obligaciones estatales? Supone ni más ni menos que a través de la Constitución se configuran como límites frente al poder del Estado y que su fuente originaria radica en el titular del poder constituyente, el pueblo. Es

<sup>29</sup> La propuesta ha sido formulada por Prieto Sanchís en su última obra: *Estudios sobre derechos fundamentales*. Sin embargo, conviene señalar que las páginas de dicho libro sobrepasan con creces el mero análisis —como el de estas líneas— del carácter fundamental de los derechos al encaminarse, entre otros objetivos, a la elaboración de un concepto jurídico de los derechos fundamentales. No obstante, expondremos, sin ánimo de ser exhaustivos, las ideas que, en nuestra opinión, perfilan su propuesta, tratando de que el rigor científico que en ella se ofrece no quede desfigurado en el resumen que realicemos de su tesis. Vid. L. PRIETO SANCHÍS, *Estudios sobre derechos fundamentales*, *cit.*

evidente que estas consideraciones conllevan importantes consecuencias prácticas, a nivel tanto jurídico<sup>30</sup>, como teórico conceptual<sup>31</sup>.

A continuación parece interesante que examinemos de forma más pormenorizada tanto las principales críticas que, desde distintas posiciones, podrían esgrimirse en contra de dicha tesis, como las posibles réplicas al respecto.

#### A) Argumentos en contra

Tres son principalmente, en nuestro parecer, las críticas que podrían devaluar esta línea argumentativa. Trataremos de exponerlas brevemente:

1. La *incoherencia* que resulta de sostener que fundamentalidad = resistencia y al mismo tiempo que *derechos humanos* = *derechos fundamentales*. Esta disonancia probablemente tiene su origen en un intento de salvaguardarse de la falacia positivista y, a la vez, ofrecer una noción de fundamentalidad capaz de sostenerse en cualquiera de los planos en los que actúe (aunque, en nuestra opinión, no se consigue, y ahí está precisamente el error, en su pretensión de generalidad) o, aún peor, en la inexcusable omisión del plano internacional. En realidad, como veremos a continuación, la vinculación entre fundamentalidad y resistencia sólo ofrece respuestas en el plano interno, ya que los resultados obtenidos no parece que sean generalizables en modo alguno.

2. La *identificación reductiva entre derechos fundamentales y técnicas de protección*. Sin duda alguna, ésta podría constituir una importante brecha de ataque, pues llevaría a considerar que sólo existen derechos fundamentales si se cumple la condición de su protección a través de normas jurídico-positivas; lo que podría conducir hacia un positivismo extremo que, hoy por hoy, parece que obtendría pocos adeptos.

3. La *identificación entre derechos fundamentales y derechos constitucionales*. Esta afirmación a que conduce la tesis expuesta encuentra serios problemas (apuntados con anterioridad) cuando en el plano interno se postula su generalización, pues, si bien es verdad que en ocasiones conduce a esta identificación, paradójicamente también pone al descubierto su falta de consonancia con el panorama que presentan otros derechos nacionales. Por supuesto, si se trata de extender al internacional, la insuficiencia de esta acepción de fundamentalidad —que no su inutilidad— es obvia.

<sup>30</sup> De esta manera podemos extraer las siguientes conclusiones: Los derechos fundamentales obligan a todos los poderes públicos, y en particular al legislativo, por lo que la mediación que debe efectuar no se configura ni como necesaria ni como imprescindible para la efectiva vigencia de los mismos y, aunque pueda dificultar su ejercicio el que se trate de mandatos constitucionales que requieran expresamente un desarrollo legal, en ningún caso pueda impedirlo. Al atribuir también a los jueces esta aplicación directa de las normas relativas a derechos fundamentales, se da entrada tanto al criterio cronológico, que afecta a las leyes anteriores a la Constitución, como al jerárquico, para las leyes posteriores, constituyéndose en criterios hermenéuticos preferentes favorables para la efectividad de los derechos. Por último, cabe señalar que, lógicamente, en todo caso el ciudadano puede obtener la tutela judicial de sus derechos no sólo cuando se haya vulnerado su contenido esencial, sino también cuando éstos no hayan obtenido desarrollo legal (para los que lo requieran).

<sup>31</sup> Por esta vía el autor llega a proponer un concepto jurídico de derechos fundamentales (basado en su consideración de derechos con amparo normativo constitucional, y su vinculación a todos los poderes públicos), el de derechos constitucionales. No obstante, en nuestra opinión, esta tesis sólo se sostiene —dadas las dificultades de generalización con que tropieza— si se considera la constitucionalización de los derechos como una de las posibles articulaciones de los derechos fundamentales, indiscutiblemente la más acabada.

#### B) Argumentos a favor

1. Creemos que puede superarse el primer obstáculo reconduciendo el significado del carácter fundamental de los derechos humanos. De esta manera nos vemos obligados a acudir o bien a otra noción de fundamentalidad distinta, o bien a la tradicional que se descartó con anterioridad por su insuficiencia, o bien, finalmente, a la que nos parece que proporciona un resultado más certero: una noción ambivalente más amplia y al mismo tiempo específica; es decir, utilizable sólo dentro del contexto de derechos humanos, a través del desdoblamiento del significado del término. Esta tesis, que en principio puede parecer una temeridad, no es tal, si se tiene en cuenta que el Derecho ha hecho suyas determinadas expresiones con el objeto de que en su utilización en contextos jurídicos adquieran un peculiar cariz, dotándolas de un uso diferente del que de ellas se hace en el lenguaje corriente. Por ejemplo, la palabra «fuente» —da sobradas muestras de lo que tratamos de señalar— tiene muy diverso significado según se utilice dentro o fuera de un contexto jurídico.

2. Ante la segunda acusación, es de destacar que esta concepción huye de las posturas que identifican la existencia de derechos fundamentales con la de determinadas técnicas de protección al constatar la diversidad de técnicas con que pueden ser reconocidos por el Derecho positivo. Realmente, una correcta interpretación de la concepción dualista —que en su día preconizó Peces-Barba y que en estos momentos se debate— no puede en modo alguno conducir a la afirmación de la confusión entre derechos fundamentales y sus técnicas de protección. Y esto es así porque, sin duda alguna, la presencia de dos momentos clave en esta tesis —la Filosofía de los derechos fundamentales, en la que se configuran como valores, y el Derecho de los derechos fundamentales en la que se produce la inserción de esos valores en normas jurídico-positivas— salva cualquier ataque de enfoque positivista siempre que se interprete en la categoría precisa, no tanto como derechos humanos, cuanto como derechos fundamentales, de acuerdo con la distinción que hemos elaborado<sup>32</sup>. Además, la posibilidad de salvar este escollo es clara si se atiende a la doble acepción del carácter fundamental de los derechos: por una parte, la comprobación de que el sistema contemple la articulación jurídica de determinados valores para que se pueda predicar el carácter básico de los derechos y, por otra, su misión de esclarecer el alcance y significado de los derechos en el ordenamiento jurídico concreto de que se trate a través de las técnicas de protección y reconocimiento de los mismos. Por tanto, las ventajas de admitir la doble acepción de la noción de fundamentalidad superan con creces los inconvenientes que produce su interpretación estricta.

3. Éste parece, en principio, el obstáculo más difícil de esquivar. No obstante,

<sup>32</sup> Ya Pérez Luño en su momento hizo hincapié en que la distinción de niveles de la concepción dualista conduce a salvar el peligro positivista al considerar a los derechos fundamentales como «... una categoría descriptiva de los derechos humanos en el ordenamiento jurídico». Los derechos no tienen un carácter constitutivo sino declarativo del reconocimiento de unos valores previos. Por tanto, siempre que se sitúe el debate en el plano de los derechos fundamentales, hay que tener claro conforme a esta interpretación —que compartimos— que los derechos humanos permanecen en un plano distinto como lo que son, «... una categoría previa legitimadora e informadora de los derechos fundamentales». El único gran obstáculo lo sigue constituyendo la utilización indistinta por parte de los autores dualistas de las expresiones «derechos humanos» y «derechos fundamentales». En definitiva, nos parece que las razones expuestas abogan una vez más por la distinción de las denominaciones. Puede consultarse A. E. PÉREZ LUÑO, *Los derechos fundamentales*, cit., pp. 47 ss., y G. PECES-BARBA, *Derechos fundamentales I. Teoría general*, cit., pp. 51 ss.

se ha dicho <sup>33</sup> que no es tal, si se tiene en cuenta que cuanto se dice de los derechos en España puede extenderse a otras naciones del entorno cultural por dos razones: porque suelen estar constitucionalizados y porque, de no estarlo, perderían parte de su resistencia frente al legislador, pero no necesariamente toda ella. Sin embargo, la identificación en el orden jurídico constitucional español de resistencia = constitucionalidad, en nuestra opinión, sigue provocando problemas —en cuanto a su generalización a otros Derechos nacionales— al presentarse como un planteamiento de mínimos, dado que el reconocimiento constitucional y la vinculación de todos los poderes públicos constituyen el grado mínimo que debería cumplir todo derecho que aspirase al calificativo de fundamental en nuestro ordenamiento jurídico. De esta manera, si, en una primera aproximación, no parece descabellada la identificación entre derecho fundamental y derecho constitucional si se considera que el grado de resistencia de los derechos es un aspecto más de su constitucionalización y que acudir a él para dotar de contenido a la noción de fundamentalidad conduce de forma mediata al dato de que si tienen un grado determinado de resistencia o una especial fortaleza es precisamente porque son derechos constitucionales, también es cierto que existen razones de orden jurídico práctico que pueden cuestionar la utilidad de toda tesis que desemboque en dicha identificación. Su incapacidad para hacerse extensible a otros ordenamientos jurídicos, la línea confusa marcada por el Tribunal Constitucional, que, si por una parte se abstiene de elaborar una noción material de derechos fundamentales, por otra establece una distinción entre derecho fundamental y derecho constitucional <sup>34</sup> y, finalmente, el «fuer-te» obstáculo que, en nuestra opinión, supone esta identificación para las nuevas generaciones de derechos dadas las dificultades prácticas de cualquier reforma esencial de la Constitución, son argumentos que no pueden desconocerse en una valoración última de esta tesis.

### III. UNA PROPUESTA SOBRE EL CARÁCTER FUNDAMENTAL DE LOS DERECHOS

Tradicionalmente, el carácter fundamental de los derechos humanos obedece, como hemos examinado, a una serie de notas que de ellos se predicaron en un momento determinado. Esta acepción creemos que se tradujo en el uso indistinto tanto de las expresiones como de los contenidos, aunque paradójicamente no se correspondiese con la realidad. Buena prueba de ello la encontramos en la disonancia entre los textos positivos y la realidad jurídico-práctica o en la dificultad de mantener los estrictos enunciados que desde posiciones iusnaturalistas extremas se postulaban de estos derechos porque finalmente terminaban por trasladar su estudio de un plano descriptivo al prescriptivo.

En un momento posterior, y desde posiciones positivistas, se llega a la identificación de la fundamentalidad de los derechos humanos con las técnicas de protección de los mismos. De esta manera adquieren una especial relevancia los derechos humanos positivados a nivel interno y se descuida totalmente la importante trascendencia que les otorga su reconocimiento internacional. Por tanto, nos parece que la única acepción que ha sido capaz de sostenerse a través de los años es aquella que

<sup>33</sup> Prieto Sanchís parece interpretar que, por ejemplo, en Gran Bretaña también lo están a su manera. Cfr. L. PRIETO SANCHÍS, en *Estudios...*, cit., p. 106.

<sup>34</sup> STC 160/1987, de 27 de octubre.

postula a través de la expresión «fundamentales» el carácter básico de ellos, como traducción jurídica de los valores de dignidad, libertad, igualdad y, por supuesto, solidaridad, pero puntualizando que no creemos que se trate de un catálogo de valores cerrado dado que su presencia no ha sido siempre, ni probablemente lo será en un futuro, de la misma intensidad <sup>35</sup>. No obstante, hemos visto también cómo últimamente, desde posiciones dualistas, se ofrece una demarcación de fundamentalidad que consideramos no puede desconocerse no sólo porque se ajusta verazmente a la realidad jurídica española, sino porque ofrece importantes consecuencias terminológico-conceptuales y jurídicas.

Por todo ello, la argumentación que pretendemos esbozar recoge el dualismo metodológico <sup>36</sup>, al distinguir entre el carácter fundamental de los derechos —en cuanto carácter básico de los mismos, es decir, en lo que hace referencia a la articulación de determinados valores— y el enunciado derechos fundamentales —en la medida en que con ello se alude a los derechos humanos positivados a nivel interno.

Para su desarrollo, nos parece oportuno recurrir, con fines explicativos, a la teoría de los conjuntos <sup>37</sup> creada por George Cantor <sup>38</sup>. Partiendo de los más importantes tópicos de dicha teoría, trataremos de garantizar la comprensión de los conceptos, con la finalidad de, a lo largo de la exposición, conseguir las pautas suficientes que permitan llegar a una vía que, a su vez, aporte alguna luz sobre el problema planteado.

Las relaciones y las nociones básicas de la teoría de conjuntos son utilizadas con profusión en el lenguaje ordinario. Así, cuando se enumeran las personas que constituyen una determinada asociación o club; al distinguir entre animales vertebrados e invertebrados; entre animales y plantas; o al afirmar que los españoles son europeos y los argentinos no lo son; o incluso, por qué no, al distinguir entre los derechos fundamentales españoles y los derechos contemplados en el Convenio Europeo de Derechos Humanos o en la Declaración Universal de Derechos Humanos.

La noción de conjunto, como colectivo de determinados elementos, y la noción de elemento, como parte integrante de un conjunto, son conceptos primarios, inter-

<sup>35</sup> En este sentido resulta interesante observar cómo Peces-Barba, uno de los siete miembros que contribuyó a la elaboración (en su primera fase) de nuestra Carta Magna, aboga en la actualidad por un planteamiento y desarrollo de esa nueva dimensión que supone el componente solidario, el gran ausente en el artículo 1.1 de la CE. Cfr. G. PECES-BARBA, *Escritos sobre...*, cit., pp. 211, 212 y 225. A este respecto, puede resultar interesante consultar el examen realizado, en su momento, por J. DE LUCAS y E. VIDAL, en «Los principios básicos de la Constitución (II): el Título I», en *Estudios sobre la Constitución española de 1978*, Facultad de Derecho, Universidad de Valencia, 1980, pp. 46 ss.

<sup>36</sup> Nos situamos en la línea del dualismo metodológico señalado por De Lucas en estas mismas páginas. Cfr. J. DE LUCAS, «Algunos equívocos en torno al concepto y fundamentación de los derechos humanos».

<sup>37</sup> Si bien inicialmente la teoría de los conjuntos no fue aceptada de forma general, como todas las grandes teorías científicas, acabó por imponerse. George Cantor fue el primero en destacar la importancia de la noción de conjunto en las matemáticas. Desde entonces, tanto el lenguaje como las nociones conjuntistas se extendieron por todos los dominios de esta ciencia. Hoy en día, la teoría de los conjuntos se constituye en la base y el fundamento del edificio matemático, a la vez que constituye el instrumento unificador del mismo.

<sup>38</sup> Matemático ruso. Nacido en San Petersburgo, murió en Halle (Alemania). Fue doctor en Filosofía por la Universidad de Berlín. Fundamentalmente conocido, a pesar de sus numerosas obras, por su tratado *Teoría de conjuntos*, con el que provocó un cambio total en los estudios de matemáticas, obligando con su obra a un examen crítico de los hasta entonces fundamentos científicos y estableciendo las bases del álgebra y de las matemáticas modernas. Sus trabajos originaron gran número de discusiones entre matemáticos y filósofos de la época, razón que ayudó a que, ante la oposición de los científicos oficiales y a pesar de su bagaje, no obtuviese la cátedra de Berlín.

relacionados, que no se definen, que no parecen necesitar de aclaración posterior alguna y que, sin embargo, prácticamente todo el mundo entiende de forma, se diría, casi intuitiva.

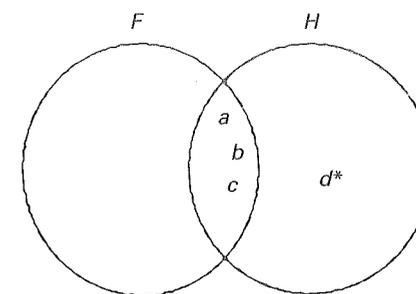
Si a estos datos le añadimos la posibilidad de construir relaciones sobre las que podemos razonar de forma lógica, parece evidente que estas dos nociones pueden constituir un instrumento muy útil de trabajo, incluso en nuestro campo de estudio.

Definir un conjunto consiste en indicar un criterio que permite decidir si un elemento pertenece o no a dicho conjunto. Los conjuntos se definen por extensión —cuando se enumeran todos sus elementos— o por comprensión —cuando se indica la propiedad que caracteriza a sus elementos—. Para nuestros fines parece más útil la definición por extensión, ya que nos obliga a sacar a la luz todos los elementos.

Los conjuntos los representamos por letras mayúsculas, al igual que los subconjuntos (conjuntos de elementos que forman parte de otro conjunto); los elementos, a su vez, por minúsculas. De esta forma, la separación de cada uno de los componentes (elementos) de los conceptos de derechos humanos y derechos fundamentales (conjuntos) nos servirá para diferenciar los elementos comunes de los que sólo son específicos y veremos si por estos últimos es posible la distinción de los términos. Se enunciaría de la siguiente manera: los dos adjetivos de los derechos (que son los que permiten la posible distinción en la medida en que se utilizan como adjetivos calificativos, ya que los sustantivos son los mismos, pues en ambos casos hablamos de derechos) en cuestión nos permiten hablar de dos conjuntos. Los elementos de ambos conjuntos facilitan la comprobación de la afinidad de ambas expresiones sobre la base de un criterio material que viene marcado por los contenidos de los conceptos.

Partiendo de las dos definiciones seleccionadas en páginas anteriores, denominemos *H* al conjunto formado por el concepto de derechos humanos y *F* al formado por la noción de derechos fundamentales. A continuación, y de acuerdo con las definiciones escogidas, establecemos que: el conjunto formado por el concepto derechos humanos, *H* = normas jurídico-positivas (en la medida en que cada vez más el núcleo fundamental de la regulación en el ámbito internacional de los derechos humanos se realiza a través de normas jurídico-positivas) + carácter fundamental + titular + exigencias, y a su vez el conjunto formado por la noción derechos fundamentales, *F* = normas jurídico-positivas + carácter fundamental + titular. Seguidamente realizamos una correspondencia entre las partes de las definiciones como elementos de los nuevos conjuntos *H* y *F* simbolizándolo como sigue: normas jurídico-positivas = *a*, el carácter fundamental = *b*, titular = *c*, y exigencias <sup>39</sup> = *d*\*. Así, resulta que, conforme a las definiciones de partida: *H* es un conjunto formado por los elementos (*a*, *b*, *c*, *d*\*), y *F* es otro conjunto en el que (*a*, *b*, *c*) son sus elementos.

<sup>39</sup> Conviene aclarar lo que pretendemos indicar con el término «exigencias». Nos referimos, siguiendo las propuestas conceptuales de Pérez Luño, a aquellas exigencias básicas relacionadas con la libertad, igualdad y dignidad de la persona, las más radicalmente vinculadas al sistema de necesidades humanas y que, debiendo ser objeto de positivación, aún no han alcanzado el estatuto jurídico positivo. Por ello, nuestra posición hay que situarla en la línea de quienes postulan la utilidad de la teoría de las necesidades en relación con los derechos humanos sin que la consideración de que las necesidades constituyan buenas razones para fundamentar los derechos nos lleve a la identificación derechos-necesidades básicas. Ver, a este respecto, la línea argumentativa que sostienen J. DE LUCAS y M. J. AÑÓN, en «Necesidades, razones y derechos», *Doxa*, núm. 7, Alicante, 1990, pp. 55 ss. Vid. también A. E. PÉREZ LUÑO, *Los derechos fundamentales*, cit., pp. 43 ss.



Se trataría de averiguar si estamos ante la presencia de dos conjuntos idénticos, de dos conjuntos disjuntos o de conjuntos distintos cuya intersección sería la formada por los elementos comunes. El elemento *d*\* lo caracterizamos como un elemento «débil» en el sentido de que se trataría de un elemento en potencia, capaz de manifestarse en cualquier momento pero cuya presencia *activa* <sup>40</sup> no es condición *sine qua non* para la existencia del conjunto *H*, pudiendo ocurrir que en ocasiones se encuentre en estado latente, en otras en plena actividad, y sin por ello descartar la posibilidad de que algún día entremos en una fase —que en estos momentos parece utópica— en que desaparezca como tal elemento ante la conversión de todas las exigencias en normas jurídico-positivas. De esta manera, cuando no se den los elementos mínimos que definen el conjunto *H* —que, por lo expuesto líneas arriba y a los efectos de no complicar demasiado este estudio, los reducimos (insistimos sólo a efectos de este análisis) a los elementos *a*, *b*, *c*— no estaríamos ante el conjunto *H*.

A simple vista parece que el conjunto *F* carecería de elementos que lo diferenciaran del conjunto *H* (a excepción del elemento latente aludido). Pero, llegado a este punto, no puede omitirse por haber sido comprobado líneas más arriba que, en la actualidad, la fundamentalidad de los derechos posee un carácter ambivalente que recoge: de su significado tradicional, su carácter de «básicos» y, de su significa-

<sup>40</sup> Este término, «activa», requiere también una aclaración posterior. Con él pretendemos indicar, por una parte, la posibilidad futura de positivación de las exigencias que no han alcanzado todavía esa fase; por otra, insistir en que siempre puede ser una puerta abierta a nuevas generaciones de derechos. Para explicarlo de una forma más sencilla: tratemos de contemplar la situación imaginaria de que es posible delimitar claramente el proceso de formación de un derecho humano. En una primera fase surgiría la necesidad humana radical, a continuación se produciría la exigencia básica, y un tercer momento sería el de su positivación (que, a su vez, atraviesa diferentes etapas). Puede ocurrir, y de hecho sucede, que esta tercera etapa no sea paralela a la aparición e intensidad que la exigencia requería. ¿Qué tendríamos aquí? Conforme a la tesis propuesta, estaríamos ante esas exigencias que hemos incluido en el concepto de derechos humanos y expresamente dejado fuera del de derechos fundamentales, ya que nuestro principal punto diferenciador se basa en el distinto grado de positivación alcanzado. En la medida en que esas exigencias alcanzasen dicho grado se desconectaría la actividad de la exigencia, aunque, a nuestro modo de ver, siempre habría un piloto encendido para futuras exigencias. Es decir, su actividad termina en el momento de su positivación y queda en estado latente hasta la aparición de nuevas exigencias generadas a través del proceso arriba indicado. De esta forma, la expresión «derechos fundamentales» nunca contiene esas exigencias, pues sólo abarca la última fase del proceso, mientras que la expresión «derechos humanos» las contiene forzadamente al contemplar las dos últimas fases de dicho proceso. Obviamente, esto es así porque nuestro análisis toma como punto de partida una situación genérica: la diversidad de derechos humanos y fundamentales y en modo alguno trata de ahondar en la confrontación específica entre un derecho fundamental y un derecho humano que, consideramos, conduciría —en no pocas ocasiones— a la exclusión de los elementos *a* o *d*\*, dado que o se está en fase de exigencia o en la de positivación y, en este último caso, la exigencia de un derecho concreto desaparece.

ción más reciente, el concepto de «resistencia». Por tanto, esta situación —que en lo referente a los derechos fundamentales en España han puesto de manifiesto las últimas investigaciones sobre el tema y que, en su momento y en principio, hemos valorado positivamente— hay que trasladarla a los conjuntos inicialmente esbozados. Parece que la única forma posible es admitir: en primer lugar, que el elemento  $b$  inicial tiene un significado preciso argumentable en los dos conjuntos  $H$  y  $F$  y que remite al carácter básico de estos derechos (descartada la mención a las notas tradicionales). En segundo lugar, que junto al elemento  $b$ , en el conjunto  $F$ , existe otro elemento al que, para señalar su afinidad al elemento  $b$  y al mismo tiempo su singularidad, denominaremos  $b'$ . De esta manera, observamos que existe una propiedad = «significado del carácter fundamental de los derechos» que puede ser predicada como característica de ambos elementos ( $b, b'$ ) y que se presenta como un criterio para definir un nuevo conjunto que los encierre, en este caso por comprensión. Parece razonable que, puesto que estos dos elementos poseen una interrelación esencial —en cuanto que son dos significados distintos de una misma expresión: el carácter fundamental de los derechos—, formen a su vez parte de un conjunto al que denominamos  $B$ . Posteriormente observamos que este conjunto  $B$  es parte de  $F$  porque todo elemento de  $B$  está incluido en  $F$  (hemos visto que está formado por los elementos  $b, b'$ ), por lo que será denominado subconjunto  $B$  de  $F$ . Indudablemente, si la presencia de este nuevo dato (el subconjunto  $B$  de  $F$ ) que aparece no se da a la vez en ambos conjuntos (el  $H$  y el  $F$ ), tendremos que reconocer que las fórmulas iniciales no son del todo correctas, y requieren una precisión posterior. De tal modo que descomponiendo los conjuntos por sus elementos actuales obtenemos las siguientes fórmulas:  $H = (a, b, c, d^*)$  y  $F = (a, b, b', c)$ .

El último paso consiste en hallar la denominación adecuada para el subconjunto  $B$ . Vistos los elementos que lo integran y la propiedad que lo caracteriza, parece que la más adecuada remite a: carácter fundamental. No obstante, observamos que el subconjunto  $B =$  carácter fundamental, obedece a la misma denominación terminológico-lingüística señalada inicialmente para el elemento  $b$  presente en  $F$  y en  $H$ , pero está claro que uno es un elemento, y el otro, un subconjunto formado por dos elementos, uno de los cuales, ( $b$ ) coincide con el elemento ( $b$ ) de  $H$ . Por tanto, aquí hay que detenerse y señalar que esto sólo puede ser posible si existe una ambigüedad lingüística, es decir, se han denominado igualmente datos que no se corresponden exactamente con la realidad. De esta manera, si  $b =$  carácter fundamental pero, a su vez,  $B = (b, b')$ , sólo manteniendo el significado preciso adjudicado a ( $b$ ) es posible salir de esta encrucijada. Sobre esta base, sólo considerando que  $b =$  básicos, y  $b' =$  resistencia (aunamos así las dos interpretaciones que, en principio, parecen más «fuertes», una por tradición y la otra por ser la más reciente y próxima a la realidad española), se soluciona el dilema, pues de esta forma el elemento  $b$  —presente en el conjunto  $H$ — no perdería la caracterización inicial de fundamentalidad, pero sí concretaríamos su significado preciso.

Finalmente, se trataría de averiguar si el subconjunto  $B$  se da en su plenitud en ambos conjuntos, en cuyo caso no sólo la fórmula inicial es incorrecta, sino que esta afirmación conduciría a sostener la identificación de los conjuntos  $H$  y  $F$ ; es decir, estaríamos ante dos conjuntos iguales que constarían de los mismos elementos<sup>41</sup>.

<sup>41</sup> No obstante, consideramos que, llegados a este punto, y sin seguir avanzando en nuestro análisis, podría ya sostenerse la diferenciación entre ambos conjuntos sobre la base del elemento latente  $d^*$ , que, como hemos visto, no figura en el conjunto  $F$ . A pesar de lo cual, parece muy interesante —dado el carácter débil con que lo hemos dotado— seguir adelante con nuestra investigación, ignorando de momento la presencia de este elemento. Sin embargo, conviene aclarar que «las exigencias», según nuestra

Si, *a sensu contrario*, en  $F$  se da ( $b, b'$ ) y en  $H$  sólo se da  $b$ , tendríamos que reconocer que no serían conjuntos disjuntos porque tendrían elementos comunes, pero tampoco serían conjuntos iguales. Parece que en esta última situación estaríamos ante dos conjuntos distintos  $H$  y  $F$ , cuya *intersección* resulta de enorme interés dilucidar.

Se trataría de demostrar:

1) En primer lugar, que la fórmula  $B = (b, b')$  es correcta. En principio no parece haber ningún obstáculo a que un término posea un significado ambivalente, y es la idea a la que hemos tratado de llegar: la necesidad de sostener una acepción ambivalente de fundamentalidad que permita utilizar esa noción en ambos planos (interno e internacional)<sup>42</sup>.

2) En segundo lugar, que  $B = (b, b')$  se da sólo en el conjunto  $F$ . Lo cual no es difícil si se admite la tesis de que la acepción más correcta, hoy en día, del carácter fundamental de los derechos humanos positivados a nivel interno la ofrece sin duda alguna la vinculación fundamentalidad - resistencia (cuya formulación más acabada obedece al profesor Prieto Sanchís) y que esta acepción; por su identificación entre derechos fundamentales y derechos constitucionales, superados los problemas de su generalización interna, sirve al mismo tiempo para diferenciarlos de los derechos humanos positivados a nivel internacional. El problema de la determinación de un conjunto es averiguar si nombrado un conjunto, un elemento pertenece o no a tal conjunto. Un conjunto estará bien determinado cuando sin ambigüedad se conozca si un elemento arbitrario pertenece o no al conjunto. En este sentido, la resistencia de los derechos cumple todos los requisitos para excluir al elemento  $b'$  del conjunto  $H$  lo que le permite constituirse en un argumento «fuerte» en aras de la distinción entre las denominaciones derechos humanos y derechos fundamentales.

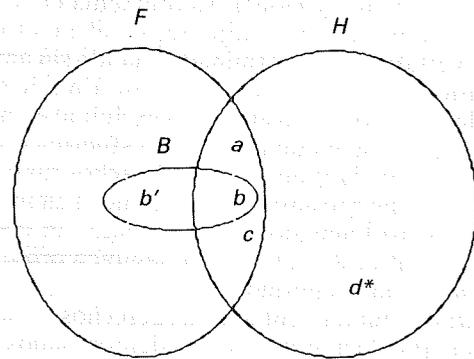
3) En tercer y último lugar restaría recordar que el elemento  $b$  si que está presente en el conjunto  $H$  pero teniendo en cuenta que, no obstante lo dicho en el punto anterior, este elemento está obviamente también presente en el conjunto  $F$ , puesto que los contenidos son los mismos.

En definitiva, el carácter fundamental de los derechos —en cuanto carácter básico de los mismos como articulación jurídica de determinados valores— es predicable tanto de los derechos humanos positivados en el plano interno, como de los consagrados a nivel jurídico internacional. Ahora bien, cuando se hace referencia al enunciado «derechos fundamentales», creemos que se debe precisar que con ello se alude a algo más específico: a la concreción positiva de los derechos humanos en normas jurídico-internas. De tal manera que en el ámbito interno la expresión «fundamentales» posee un carácter ambivalente y esa doble acepción permite al mismo tiempo: por una parte, la identificación de los contenidos y, por otra, la distinción por la vía de su grado de positivación y, por tanto, su delimitación no sólo espacial,

propuesta, entrarían dentro del espacio que ocupa el problema conceptual sobre derechos humanos. Por tanto, admitimos la necesidad de mantener la diferencia de los dos problemas: concepto y justificación.

<sup>42</sup> Parece conveniente detenerse en un tema que, consideramos, merece la máxima atención: la posible confusión entre derechos humanos y derechos internacionales. El que situemos el problema conceptual entre los dos planos (interno e internacional) no debe inducir en modo alguno a pensar en esta identificación. Y ello es así porque partimos de unas definiciones que la excluyen, dado que, si bien es cierto que en la denominación «derechos humanos» incluimos tanto convenios, como declaraciones y pactos de alcance internacional (no nos parece que sea éste el lugar de entrar en la —dudosa para muchos— calificación jurídica de las dos primeras categorías), también hay que observar que, junto a éstas, damos entrada a todas aquellas exigencias que no han adquirido todavía un rango jurídico-positivo, y es precisamente en estas últimas donde tendrían cabida exigencias que deben ser reconocidas tanto a nivel nacional como internacional.

sino temporal. Lo que conduce finalmente a señalar que no sólo es viable la distinción, sino a todas luces, y a nuestro parecer, de gran utilidad, ya que esta línea de argumentación nos ha llevado a considerar que la ambivalencia sólo es predicable del término fundamental, en un discurso jurídico sobre derechos humanos situado dentro de un contexto jurídico-positivo interno, es decir, en la categoría de los derechos fundamentales. Por el contrario, en la categoría de los derechos humanos el carácter fundamental de los mismos no es, a nuestro modo de ver, ambivalente y la ambigüedad que ha existido en torno a ellos en la labor interpretativa doctrinal no es predicable del carácter fundamental de los mismos dado que este adjetivo tiene un significado preciso —en la medida en que con él se hace referencia al carácter básico de estos derechos, es decir, a la traducción normativa de determinados valores— que debe recuperar tanto por sus consecuencias lingüístico-conceptuales como jurídicas. Pero esta precisión no supone resguardar los valores en «una urna impenetrable de cristal», sino sencillamente dotarlos de un significado concreto, elucidado por el peso del pasado, las perspectivas del presente y las posibilidades que depara el futuro y, en palabras de un sector doctrinal, no olvidar nunca que estamos ante unos «derechos contextualizados».



Este diagrama vendría a ser la transcripción gráfica de la propuesta sobre el carácter fundamental de los derechos a la que ha conducido la línea argumentativa seguida.

## LOS DERECHOS HUMANOS COMO DERECHOS MORALES: APROXIMACIÓN A UNAS TEORÍAS CON PROBLEMAS DE CONCEPTO, FUNDAMENTO Y VALIDEZ

JOSÉ GARCÍA AÑÓN

En los últimos tiempos han surgido unas teorías de los derechos humanos que los definen a partir del concepto de derechos morales (*moral rights*). Dicho concepto, cuya traducción castellana resulta chirriante <sup>1</sup>, proviene de la tradición anglosajona y con él se definen los derechos en contraposición a los derechos jurídico-positivos (*legal or institutional rights*), consistiendo la justicia en respetar los *moral rights* de los demás individuos de la sociedad. Así, los derechos humanos como *derechos morales* serían aquellas exigencias éticas, bienes, valores, razones o principios morales de especial importancia de las que gozan todos los seres humanos por el solo hecho de serlo, de tal forma que pueden suponer una exigencia o demanda frente al resto de la sociedad; y tienen la pretensión de ser incorporados al ordenamiento jurídico como derechos jurídico-positivos si no estuvieran ya en él. Partimos de una definición provisional conscientes de que no es omnicompreensiva de todos los aspectos; pero que nos puede servir como instrumento para plantear nuestro estudio.

La tesis que voy a sostener en el presente estudio es que, aunque las teorías que definen los derechos humanos como derechos morales presentan una variedad de problemas de los que voy a tratar (p. ej., la confusión concepto-fundamento), suponen el enfoque de otros desde una perspectiva que solventa las carencias y complicaciones que podrían surgir con su omisión (p. ej., la diferenciación concepto-validez).

Me centraré en algunos de los problemas que suscitan las diferentes concepciones de derechos morales, y si a ellos se les ha dado alguna solución por parte de los autores que sustentan tales teorías.

### I. PROBLEMAS DE CONCEPTO

*We might ask, what is meant by an abuse of terms; and whether a man is not at liberty to employ terms in any way which enables him to deliver himself of his own ideas the most intelligibly; to bring home to the minds of others, in the greatest completeness, the impression which exists in his own? [J. S. Mill] <sup>2</sup>.*

<sup>1</sup> En el presente estudio utilizaré indistintamente la expresión original anglosajona y la mayoritariamente aceptada traducción castellana como «derechos morales». Sigo así la indicación del profesor C. S. Nino en una carta que tuvo la amabilidad de remitirme. Sin embargo, aunque no estoy completamente seguro de que ésta sea la traducción más rigurosa, confieso que no he encontrado ninguna otra que pueda sustituirla adecuadamente.

<sup>2</sup> Cfr. J. S. MILL, «Review of George Cornwall Lewis' *Use and Abuse of Political Terms*», *Tait's Edinburgh Magazine*, vol. I, april-september 1832, reproducido en C.C. Street, *Individualism and Individuality in the Philosophy of J. S. Mill*, Morehouse, Milwaukee, 1926, pp. 121-136.

## 1. LA CONFUSIÓN DEL CONCEPTO Y EL FUNDAMENTO

Las críticas que se hacen a los derechos morales en relación a la confusión entre el concepto y el fundamento se centran: a) metodológicamente, en incurrir en la falacia naturalista; b) sistemáticamente, en ser consideradas como teorías monistas y, por consiguiente, c) en sostener presupuestos iusnaturalistas. Trataré de argumentar que, si bien son teorías monistas, ello no desmerece su cometido, ya que intentan recuperar la conexión entre el derecho y la moral; que el método utilizado no incurrir en la falacia naturalista; y que algunos de los presupuestos iusnaturalistas de los que parten surgen de la consideración histórica que tuvieron en su origen las declaraciones de derechos humanos. Para terminar argumentaré que las posturas críticas de los derechos morales manifiestan un prejuicio que les lleva a confundir el concepto de derecho con su validez.

A) *La falacia naturalista*

Un problema que podría plantear la fundamentación de los *moral rights* es el de utilizar un método que nos llevase a la «falacia naturalista»<sup>3</sup>. Esta primera crítica la podemos observar en Bentham, que dice que de esta forma se formulan los derechos humanos en términos descriptivos, pero con función prescriptiva. «A juicio de Bentham —tal como explica Pérez Luño— existe una confusión entre realidad y deseo.

Las buenas razones para desear que existan los derechos del hombre no son derechos, las necesidades no son los remedios, el hambre no es el pan (*But reasons for wishing there were such things as rights, are not rights —a reason for wishing that a certain right were established, is not that right, want is not supply—, hunger is not bread*)<sup>4</sup>. La falacia más común en el lenguaje de los derechos humanos consiste en la confusión entre los niveles descriptivo y prescriptivo. [...] Resulta evidente, para Bentham, la contradicción que existe entre la realidad práctica y esas supuestas facultades de libertad e igualdad que aparecen formuladas en términos descriptivos, como un hecho, cuando no constituyen más que objetivos situados en el plano del «deber ser»<sup>5</sup>.

Por tanto, al considerar los derechos humanos como derechos morales se incurriría en la falacia naturalista, al hacer desprender de las necesidades, bienes o intereses (proposiciones de hecho) consecuencias jurídicas o morales (proposiciones valorativas). Como dice Searle, «no se puede definir una palabra valorativa en términos de las descriptivas, pues si ello fuera posible no se podría emplear ya la palabra valorativa para prescribir, sino sólo para describir. Dicho todavía de otro modo, todo intento de derivar un *debe* de un *es* ha de ser pérdida de tiempo, pues todo lo que podría mostrar, supuesto caso que lo lograra, sería que el *es* no es un verdadero *es*, sino un *debe* disfrazado o, en todo caso, que el *debe* no era un verdadero *debe*, sino un *es* solapado»<sup>6</sup>.

<sup>3</sup> Puede verse la formulación del problema en D. HUME, *A Treatise on Human Nature* (1793), Libro III, parte I, sección I (trad. castellana de F. Duque, Editora Nacional, Madrid, 1977, pp. 671-690).

<sup>4</sup> J. BENTHAM, «Anarchical Fallacies: being an examination of the Declarations of Rights issued during the French Revolution», en *The Works of Jeremy Bentham*, ed. J. Bowring, William Tait, Edinburg, vol. II, p. 501, y vol. III, p. 221.

<sup>5</sup> A. E. PÉREZ LUÑO, *Derechos humanos, Estado de Derecho y Constitución*, Tecnos, Madrid, 1986 (1.ª ed., 1984), p. 27.

<sup>6</sup> Así lo expresa J. R. SEARLE, al describir el punto de vista de sus oponentes en «How to derive

Sin embargo, el problema de la «falacia naturalista» con relación a los derechos morales no es tal. Las necesidades, los bienes o los intereses de los que hablan las teorías de los derechos morales no sólo encierran aspectos descriptivos, sino valorativos: son necesidades que se tienen en cuenta en la medida en que recogen valores del ser humano que deben ser protegidos para que éste pueda desarrollarse como tal. No son hechos en el sentido estricto del término, sino que encierran valoraciones morales. Searle lo explica diciendo que si a un hecho le añadimos una institución, de tal manera que genere hechos institucionales, nos da como consecuencia que este hecho produce una obligación. Esto es así porque junto al hecho se han añadido unas «reglas constitutivas» (en el lenguaje de Kant) a las que está sometido el hecho y que comportan obligaciones, compromisos y responsabilidades. De esto se desprende que hay proposiciones que son al mismo tiempo descriptivas y valorativas<sup>7</sup>. El *debe* está contenido en el *es*<sup>8</sup>. Cuando decimos que «las necesidades fundamentales del ser humano deben ser respetadas» tendríamos que preguntarnos por qué «deben ser respetadas»; qué razón hace que algo que podría calificarse de término fáctico se convierte en prescriptivo, esto es, tiene la posibilidad de obligar a otros. La razón es que estamos estableciendo una cierta protección moral o jurídica porque dichas condiciones tienen un valor tal que merecen un tratamiento especial. Este tipo de «hechos» (p. ej., las necesidades) no son simplemente hechos naturales que nosotros descubrimos (como preconizan; p. ej., las teorías del derecho natural) ni artefactos inventados provenientes de nuestra creación intelectual o consensuada (como dirían las teorías contractualistas), sino que son hechos que nosotros consideramos valiosos por unas determinadas «razones», que podemos llamar «razones morales»<sup>9</sup> y que, por tanto, tenemos que considerar estos «hechos» como prescripciones<sup>10</sup>. Por ejemplo, las necesidades humanas básicas tendrían por sí mismas un elemento *intrínseco* que las haría ser dignas de protección<sup>11</sup>. Por tanto, sí que podemos hablar y hacer que se sigan de proposiciones valorativas consecuencias valorativas. Consiguientemente, no caeríamos en la «falacia naturalista»<sup>12</sup>.

*Ought from Is» en Theories of Ethics*, ed. P. Foot, Oxford University Press, London, 1967 (traducción castellana por M. Arbolí, Fondo de Cultura Económica, Madrid, 1974, p. 164; las citas posteriores seguirán esta edición). Según la teoría de las «buenas razones» de W. D. HUDSON, las conclusiones morales o evaluativas no se siguen lógicamente de premisas sobre cuestiones naturales o hechos empíricos. Sin embargo, algunos hechos justifican o son «buenas razones» para conclusiones morales: aquellos que se refieren a los efectos de una acción sobre la felicidad y el sufrimiento. Vid. su *Modern Moral Philosophy*, 1970, citado por A. QUINTON, *Utilitarian Ethics*, Duckworth, London, 1989, p. VIII.

<sup>7</sup> Cfr. J. R. SEARLE, *op. cit.*, pp. 167-169.

<sup>8</sup> Desde un punto de vista ontológico, *deber ser* y *ser* no son incompatibles; aunque desde un punto de vista empírico sí. Vid. J. BALLESTEROS, *Sobre el sentido del Derecho*, Tecnos, Madrid, 1984, pp. 85-90.

<sup>9</sup> Vid. este concepto desarrollado en F. J. LAPORTA, «Sobre el concepto de derechos humanos», *Doxa*, 4, 1987, pp. 30 ss.

<sup>10</sup> Una postura crítica puede encontrarse en J. DE LUCAS y M.ª J. ANÓN, «Necesidades, razones, derechos», *Doxa*, 7, pp. 70-71, 74-75 y 80-81. Siguiendo a G. THOMSON, argumentan que las necesidades pueden constituir razones, pero no «razones concluyentes». Esto es, que el paso a su satisfacción no puede explicarse de forma prescriptiva. Las necesidades serían razones *prima facie* para la acción.

<sup>11</sup> Sin embargo, hay que señalar que sobre esta cuestión existe un amplio debate doctrinal y no hay acuerdo sobre el carácter normativo de las necesidades. Entre quienes discuten este carácter normativo están R. FITZGERALD, «The Ambiguity and Rhetoric of Need», en *Human Needs and Politics*, Siney, Pergamon, y P. SPRINGBORG, *The Problems of Human Needs and the Critique of Civilisation*, George Allen and Unwin, 1981. Para un análisis de las diversas teorías sobre las necesidades y los problemas que plantea su relación con los derechos, vid. la tesis doctoral de M.ª J. ANÓN, *Teorías sobre las necesidades y su proyección en teoría de derechos. Especial atención al modelo de Agnes Heller*, Universidad de Valencia, julio 1988, en prensa.

<sup>12</sup> La solución a la crítica de que no se pueden deducir proposiciones éticas de proposiciones no-éticas

B) *¿Teorías monistas o dualistas?*

Se critica a las teorías de los derechos morales que parecen unas teorías monistas, ya que dan una misma respuesta a cuestiones de concepto y fundamento, aunque al final sean tan sólo unas teorías relativas al fundamento que se remiten a valores de otras teorías: necesidades, bienes básicos, intereses...<sup>13</sup>

Las teorías de los *moral rights* surgen como unas teorías que pretenden explicar el concepto de justicia y, por tanto, de lo que significa el concepto de derecho. El punto de partida a considerar es si se pueden configurar como unas teorías monistas o dualistas. Esto es, si el concepto de derecho y su fundamento tienen una explicación común o diferenciada.

Desde mi punto de vista, si hemos de realizar una adscripción según la distinción apuntada, tendremos que decir que las teorías de los derechos humanos como derechos morales son unas teorías monistas<sup>14</sup>. El concepto se define con referencia a los bienes o necesidades del ser humano que son dignos de ser protegidos, y que pueden ser exigidos al resto de la sociedad por esa razón. Por tanto, en el concepto podríamos encontrar los siguientes elementos; a) el sujeto a que se refieren los *moral rights* es el ser humano; b) lo que podríamos llamar el objeto protegible serían aquellos bienes o necesidades del ser humano, sin los cuales podría causársele un perjuicio para su desarrollo; c) el contenido sería la exigencia de esta protección que se hace a la sociedad o a la comunidad en donde el sujeto se encuentra. Sin estos elementos sería difícil construir un concepto de *moral rights*, ya que su exigencia proviene o tiene su razón de ser en el propio concepto de necesidades, bienes o intereses fundamentales. Por lo que la protección y exigencia de esos bienes o necesidades fundamentales del ser humano resultan como elementos definitorios del concepto de *moral rights* como derechos humanos.

El fundamento de los *derechos morales*, el carácter que le proporciona especial importancia y, por tanto, le hace merecedor de la característica de proteccionabilidad, elemento que no puede separarse del contenido del concepto, es el de la existencia de unas necesidades o bienes básicos fundamentales. Serían aquellos bienes o necesidades básicas para el desarrollo del ser humano que se encuentran en el propio subsuelo de su existencia como formas básicas de realizarse el mismo<sup>15</sup>.

Por consiguiente, las teorías de los derechos morales habría que considerarlas como monistas en la medida en que concepto y fundamento vienen definidos a partir de bienes, intereses o necesidades humanas básicas. Como veremos más adelante, esta consideración, que subrayaría la conexión entre el derecho y la moral, tiene además la ventaja de que no reduce el concepto de derecho a su validez, proporci-

se puede subsanar —como hemos visto— introduciendo definiciones éticas en términos no-éticos. Sin embargo, las críticas de los intuicionistas (G. E. MOORE, J. LAIRD...) van más allá: los valores son irreducibles a no-valores. Este interesante análisis puede verse en W. K. FRANKENA, «La falacia naturalista», en *Theories of Ethics*, cit., p. 84.

<sup>13</sup> Cfr. J. DE LUCAS, «Nota sobre el concepto y la fundamentación de los derechos humanos (a propósito de la polémica sobre los derechos morales)», *Doxa*, 9, 2, 1991. Vid. también en este mismo volumen.

<sup>14</sup> M. J. ANÓN afirma que «alguna nota o algún criterio que se da en la justificación tendrá que darse también en el concepto, si se quiere definir los derechos coherentemente con su fundamento», aunque piensa que las necesidades básicas tienen su lugar en el terreno de la fundamentación y no del concepto; vid. «Fundamentación de los derechos humanos y necesidades básicas», en este vol.

<sup>15</sup> J. S. MILL, *Utilitarianism*, Chapt. V. *Collected Works* (a partir de ahora CW), *Essays on Ethics Religion and Society*, vol. X, University of Toronto Press/Routledge & Kegan Paul, p. 251 (trad. castellana de E. Guisán, Alianza Madrid 1984, p. 119); Cfr. J. FINNIS, «Which indicate the basic forms of human flourishing» en *Natural Law and Natural Rights*, Clarendon Press, Oxford, 1984, p. 23.

nando una visión completa de los derechos, incluso en aquellas situaciones en las que no estén reconocidos por el ordenamiento jurídico o hayan sido reconocidos defectuosamente<sup>16</sup>.

C) *Las teorías de los derechos morales son unas teorías iusnaturalistas*

Ésta es la principal crítica a estos autores por considerar a los derechos como preinstitucionales<sup>17</sup>, ya que resulta ser iusnaturalista cualquier postura que defina los derechos independientemente de instituciones jurídicas, e incluso antes de que estén éstas definidas. Igualmente, esta calificación también les viene al no separar convenientemente el derecho de la moral<sup>18</sup>. Sin embargo, estas aseveraciones son matizadas en el sentido de que se trataría de un «iusnaturalismo atípico»<sup>19</sup> o de una «fundamentación iusnaturalista de tipo deontológico»<sup>20</sup> ya que su justificación en

<sup>16</sup> E. FERNÁNDEZ, «Acotaciones de un supuesto iusnaturalista a las hipótesis de Javier Muguerza sobre la fundamentación ética de los derechos humanos», en AA. VV., *El fundamento de los derechos humanos*, Debate, Madrid, 1989, p. 157.

<sup>17</sup> Cfr. R. DWORKIN, *Taking Rights Seriously*, Duckworth, London, 1978 (trad. castellana de M. Guastavino, Ariel, Barcelona, 1984, pp. 38 y 267; vid. tb. p. 268). Vid. J. FEINBERG, *Social Philosophy*, Prentice-Hall, Englewood Cliffs, 1973, p. 84; D. LYONS, «Utility and Rights», *NOMOS XXIV Ethics, Economics and the Law*, New York University Press, 1982, pp. 108-109; G. E. PANICHAS, «The Structure of Basic Human Rights», *Law and Philosophy*, vol. 4, n.º 3, 1985, pp. 343-375 (trad. castellana M. Gascón en *Anuario de Derechos Humanos*, n.º 7, 1990, pp. 113-114 y 136; las citas se hacen por la traducción castellana). Vid. E. FERNÁNDEZ, *Teoría de la justicia y derechos humanos*, Debate, Madrid, 1984, pp. 107 y 221, y *La obediencia al derecho*, Cívitas, Madrid, 1987, pp. 173 y 176-177; C. S. NINO, *Introducción al análisis del derecho*, 3.ª ed., Ariel, Barcelona, 1987, pp. 196-197, y *Ética y derechos humanos*, Ariel, Barcelona, 1989, cap. I. En ocasiones, a estos derechos que la gente tiene independientemente de la ley o la costumbre se les llama *ideal rights*: vid. D. MILLER, *Social Justice*, Clarendon Press, Oxford, p. 66, y el comentario de T. CAMPBELL en *The Left and Rights. A Conceptual Analysis of the Idea of Socialist Rights*, Routledge & Kegan Paul, London, 1983, pp. 16-17 y 23. Con relación a las críticas, vid., entre otros, las de G. PECES-BARBA, *Escritos sobre los derechos fundamentales*, Eudema, Madrid, 1988, p. 230, y *Los valores superiores*, Tecnos, Madrid, 1984, p. 110; L. PRIETO, «Teoría del derecho y filosofía política en Ronald Dworkin», *Revista Española de Derecho Constitucional*, año V, 14, mayo-agosto 1985, pp. 353-377; vid. tb. «Ideología liberal y fundamentación iusnaturalista de los derechos humanos. Observaciones críticas», *Anuario de Derechos Humanos*, 4, Madrid, 1987, p. 301.

<sup>18</sup> «Hablar de derechos humanos al igual que de derechos morales, como se hace, supone ampliar el sentido de lo jurídico identificándolo con la moralidad, sin distinguir ambos momentos y sin reservar el concepto a las normas válidas. Por supuesto que los derechos fundamentales son la cristalización histórica de una concepción moral que sitúa como eje la dignidad del hombre y los valores de libertad e igualdad como cauces para alcanzarla. Pero es igualmente cierto que no se puede emplear el término Derecho con propiedad, ni hablar de derechos humanos ni de derechos fundamentales, si esa moralidad no forma parte del derecho positivo.» Cfr. G. PECES-BARBA, *Escritos sobre los derechos fundamentales*, cit., p. 234. «Si con la expresión "derechos morales" se quiere significar la confluencia entre las exigencias o valores éticos y las normas jurídicas, lo único que se hace, en el fondo, es afirmar uno de los principales rasgos definitorios del iusnaturalismo.» Cfr. A. E. PÉREZ LUÑO, *op. cit.*, p. 179. Vid. este tema tratado por E. J. VIDAL GIL en este mismo volumen con el título «Los derechos humanos como derechos subjetivos».

<sup>19</sup> Cfr. L. PRIETO SANCHÍS, «Teoría del derecho y filosofía política en Ronald Dworkin», *op. cit.*, p. 355; A. PINTORE, *Norme e principi. Una critica a Dworkin*, Giuffrè, Milano, 1982, p. 71; M. PORRAS DEL CORRAL, *Derecho, igualdad y dignidad. En torno al pensamiento de R. Dworkin*, Universidad de Córdoba, 1989, p. 125.

<sup>20</sup> Cfr. E. FERNÁNDEZ, *La obediencia al derecho*, *op. cit.*, pp. 178-179; A. E. PÉREZ LUÑO, *Derechos humanos, Estado de Derecho y Constitución*, cit., pp. 177 ss., y *Los Derechos fundamentales*, Tecnos, Madrid, 1984, pp. 48 ss. Esta fundamentación iusnaturalista se referiría a aquellos valores a los que habría que aspirar como una fundamentación de tipo ideal o crítico. Se trataría de un iusnaturalismo en

general no suele basarse en la naturaleza humana, sino en otras razones. En realidad, lo que pretenden estos autores es enfatizar que la existencia de los derechos no depende de decisiones comunitarias, de prácticas sociales o de la legislación existente<sup>21</sup> para evitar reducir el concepto de derechos humanos a una época histórica, a una sociedad concreta o a un ordenamiento jurídico, subrayando su carácter universal. Este tipo de iusnaturalismo sería el que Sumner califica de «derecho natural en sentido amplio»<sup>22</sup> o que podríamos denominar «iusnaturalismo débil» y que no sería incompatible (a primera vista) con el concepto de derechos morales, a diferencia del iusnaturalismo que hemos calificado de «ontológico».

Podemos cifrar el origen de la reducción de los derechos morales al iusnaturalismo no en el momento histórico en el que se produjeron las declaraciones de derechos humanos impregnadas de un iusnaturalismo de corte racionalista, sino en los posteriores desarrollos doctrinales críticos de algunos autores, entre ellos Bentham<sup>23</sup>, que no diferenciaron convenientemente derechos naturales y derechos morales. Es clara la influencia iusnaturalista de las declaraciones de derechos humanos del XVIII<sup>24</sup>, las rémoras de estas concepciones y los intentos de superación de estos inconvenientes, siendo las teorías de los derechos morales una muestra de ello. Por ello no habría que mostrar escándalo ante la aparición de concepciones que intentan superar los problemas de las anteriores, sobre todo en cuestiones ontológicas y epistemológicas<sup>25</sup>, y que no se enmarcarían sino en el devenir de un desarrollo de la historia de las ideas.

Se ha discutido si la oposición de Bentham a los derechos naturales le lleva también a negar los derechos morales<sup>26</sup>. Independientemente de que Bentham estuvie-

sentido débil frente al iusnaturalismo ontológico, en sentido fuerte, en el que la justicia que preconiza es lo que «debe ser». Este iusnaturalismo débil estaría conectado con la idea de moral crítica frente a la de moral positiva. Vid., p. ej., F. POLLOCK, *A First Book of Jurisprudence, for Students of the Common Law*, MacMillan & Co., London, 1896, pp. 12-13.

<sup>21</sup> R. G. FREY, «Act-Utilitarianism, Consequentialism, and Moral Rights», en *Utility and Rights*, Basil Blackwell, Oxford, 1985, p. 63.

<sup>22</sup> Vid., por ejemplo, L. W. SUMNER, *The Moral Foundation of Rights*, Oxford, Clarendon Press, 1989, p. 140. La versión de SUMNER de los derechos morales la adopta de MILL y nos dice que alguien tiene un derecho moral sólo en el caso de que su posesión del correspondiente derecho convencional esté moralmente justificada. Vid. p. 142.

<sup>23</sup> Conocida es su crítica en varios de sus escritos. Entre ellos podemos destacar «View of a Complete Code of Law» y «Pannomial Fragments», en *The Works of Jeremy Bentham*, cit., vol. III, y «Supply Without Burden», en *Jeremy Bentham's Economic Writings*, 3 vols., ed. W. Stark, George Allen & Unwin, London, 1952-1954, vol. I.

<sup>24</sup> «Cualquier intento de cifrar la fundamentación de los derechos humanos en un orden de valores anterior al derecho positivo, es decir, preliminar y básico respecto a éste, se sitúa, consciente o inconscientemente, en una perspectiva iusnaturalista. Lo cual, lejos de ser una rémora teórica, permite insertar el fundamento de los derechos humanos en el contexto histórico-doctrinal en que se produjo su génesis y ulterior desenvolvimiento.» Cfr. A. E. PÉREZ LUÑO, *Derechos humanos, Estado de Derecho y Constitución*, cit., p. 179.

<sup>25</sup> Cfr. J. FEINBERG, *Social Philosophy*, cit., p. 85.

<sup>26</sup> Entre los autores que piensan que Bentham no se opone a los derechos morales, vid. L. W. SUMNER, en «Rights Denaturalized», en *Utility and Rights*, cit., recopilada en el cap. IV de *The Moral Foundation of Rights*, cit. Vid. tb. cap. V; H. L. A. HART, «Natural Rights: Bentham and John Stuart Mill», en *Essays on Bentham: Studies in Jurisprudence and Political Theory*, Chapt. IV, Clarendon Press, Oxford, 1982 (trad. cast. de J. R. de Páramo, *Anuario de Derechos Humanos*, 3, Universidad Complutense, Madrid, 1985, pp. 137-161; las citas posteriores seguirán esta edición), y M. A. EL SHAKANKIRI, *La philosophie juridique de Jeremy Bentham*, R. Pichon y R. Durand-Auzias, Paris, 1970, pp. 241-254. La postura contraria puede verse, entre otros, en R. G. FREY, «Act-Utilitarianism, Consequentialism, and Moral Rights», cit., y D. LYONS, «Mill's Theory of Justice», en A. I. Goldman y J. Kim (eds.), *Values and Morals*, D. Reidel, Dordrecht (Holland), 1978, pp. 1-20.

se o no a favor de los mismos, lo que es claro es que Bentham no diferenciaba los derechos morales de los derechos naturales, como hacía Mill, y esta postura es la que puede explicar la aparente negación de los mismos<sup>27</sup>. La cuestión a dilucidar es que, si Bentham y Mill compartían una teoría moral consecuencialista y una concepción de lo que son los derechos como intereses protegidos, no se entiende por qué tenían una actitud diferente hacia los derechos morales<sup>28</sup>. Es más, en principio, las intenciones de fundamentar las llamadas reglas de la justicia en la «utilidad general» parecen ser las mismas, al igual que los paralelismos con la versión de Mill de los derechos morales<sup>29</sup>.

Una primera respuesta a la no aceptación de los derechos morales por Bentham puede encontrarse en el hecho de que Bentham, a diferencia de Mill, nunca distinguió entre derechos morales y derechos naturales, o entre los dos sentidos en que puede ser entendido un derecho como natural, según hemos explicado anteriormente. Como los derechos naturales en sentido fuerte hacen referencia a una teoría de los derechos naturales ontológica, la aceptación de su existencia está fuera del planteamiento de cualquier consecuencialista. Sin embargo, lo que llamaríamos «derechos naturales en sentido amplio», que corresponderían a una teoría de los derechos naturales deontológica o crítica, no sería incompatible con un esquema consecuencialista (como el que propugna, p. ej., Mill). Por lo que, con esta interpretación, podrían caber en una teoría consecuencialista tanto los derechos morales como los derechos naturales. Por esto, cabría pensar que el rechazo de Bentham tanto a los derechos naturales como a los derechos morales se enmarcaría en el contexto jurídico y político de su tiempo, y en ese sentido se entendería como un rechazo de la «retórica política» de las declaraciones de derechos. El rechazo de Bentham de este tipo de derechos naturales le llevó a rechazar la idea de derecho natural en cualquier sentido y, por consiguiente, la propia idea de derecho moral. En cambio, posteriormente, en la época de Mill, ya había disminuido bastante la tendencia retórica del iusnaturalismo racionalista y «había menos peligro en que la rehabilitación de la noción de derecho moral ayudara y apoyara al enemigo. De esta forma Mill podría admitir explícitamente lo que (en su análisis) Bentham al menos admitía implícitamente, esto es, que los individuos tienen tales derechos»<sup>30</sup>.

En segundo lugar, y en conexión con la anterior, habría que apuntar que, aunque Mill y Bentham compartían una teoría de los derechos como intereses protegidos (*benefit theory*), podríamos decir que no existe la misma identidad en el desarrollo de la misma y en su conexión con la moral. Para Bentham los derechos no son factores morales independientes, sino que son considerados como hechos que contribuyen a determinar la utilidad de un estado de cosas determinado. En cambio,

<sup>27</sup> Voy a seguir en esta argumentación a L. W. SUMNER, en *The Moral Foundation of Rights*, cit., pp. 139-140.

<sup>28</sup> Un intento de resolver esta cuestión puede verse en H. L. A. HART, «Natural Rights: Bentham and John Stuart Mill», *op. cit.*

<sup>29</sup> SUMNER apoya su argumentación citando dos textos de J. BENTHAM: «Supply Without Burden», en *Jeremy Bentham's Economic Writings*, cit., vol. I, 336 n. y «Pannomial Fragments», en *The Works of Jeremy Bentham*, cit., vol. III, p. 218.

<sup>30</sup> Cfr. L. W. SUMNER, *The Moral Foundation of Rights*, cit., p. 140. J. AUSTIN distingue dos tipos de derechos naturales: los que provienen de la ley divina y los «que se dan en todos o en la mayoría de los sistemas positivos [morales], y que existirían como *derechos morales* aunque no hubieran emanado del gobierno». Cfr. *Lectures on Jurisprudence and the Philosophy of Positive Law*, vol. II, ed. R. Campbell, John Murray, London, 1869 (3.<sup>a</sup> ed.), lecture XXXII, p. 592, Vid. tb. lecture V, vol. I, p. 179 (en la edición de 1832, *The Province of Jurisprudence Determined and the Uses of the Study of Jurisprudence*, John Murray, London, es la p. 135), y lecture XLIII, vol. II, pp. 753-754.

para Mill existe una conexión entre derechos y utilidad por medio de la justicia, con lo cual los derechos adquieren cierta independencia del cálculo utilitarista<sup>31</sup>.

A estas razones habría que añadir que la crítica de Bentham era predominantemente metodológica, ya que consideraba defectuoso el procedimiento deductivo y abstracto utilizado en las declaraciones de derechos humanos porque pensaba que el *test* de la experiencia era el único que podía determinar o no el carácter de su *utilidad*<sup>32</sup>.

Llegados a este punto, puede ser útil analizar las coincidencias y diferencias que encontramos entre lo que sería una teoría de los derechos naturales y las llamadas teorías de los derechos morales (para simplificar, en ellas vamos a incluir tan sólo las teorías contractualistas, las consecuencialistas y las propias iusnaturalistas), que recogen concepciones muy diferentes del concepto de derecho. De esta forma podremos comprobar cómo algunos requisitos de una teoría de derecho natural coinciden con algunos elementos de otras teorías de los derechos morales; pero otros hacen imposible su identidad. Con ello llegaremos a la conclusión de que el concepto de derecho moral no forma parte de una teoría autónoma y diferenciada de derechos, sino que es un elemento que intenta explicar el concepto y la función del derecho en cualquier teoría. Es decir, lo que trataríamos es de demostrar que los derechos morales son compatibles con estructuras iusnaturalistas, contractualistas y consecuencialistas (aunque habría que decir que en cualquiera de estos esquemas funcionan no exentos de problemas).

Según las teorías de los derechos naturales, «los derechos morales son los productos de un sistema de reglas morales naturales, de tal forma que los derechos morales son derechos naturales»<sup>33</sup>. Consideramos una teoría de los derechos naturales aquella teoría moral que satisface las cuatro condiciones siguientes: 1) contiene algunos derechos, 2) trata sus derechos como moralmente básicos, 3) conecta la posesión de sus derechos con la posesión de alguna propiedad moral natural, y 4) acepta alguna forma de epistemología moral realista.

La primera condición, que es conceptual, coincidiría en las teorías de los derechos morales: las teorías de los derechos naturales tienen que emplear alguna concepción de derecho, lo cual no quiere decir que empleen la misma. De lo que se trata es de subrayar la preponderancia de los derechos sobre otros elementos de la estructura normativa. En el mismo sentido las teorías de los derechos morales subrayan la

<sup>31</sup> Vid., entre otros, B. PASTORE, «Diritti e paradigma utilitarista: rileggendo J. Bentham e J. S. Mill», *RIFD*, 1988, pp. 74-107. En este sentido, vid. H. L. A. HART, «Natural Rights: Bentham and John Stuart Mill», *ADH*, p. 148: «Ahora bien, en lugar de desaprobarnos, como Bentham hace, el sentido dado a la noción de un derecho no jurídico al considerarlo como una fuente de confusión, Mill considera este concepto como un elemento esencial de su teoría de la justicia en la medida en que es diferente del resto de la moralidad, ya que una acción injusta se distingue de las acciones que son moralmente incorrectas por el hecho de que infringe el derecho moral de algún individuo "identificado".»

<sup>32</sup> Vid. el apartado sobre la falacia naturalista en el presente estudio. También M. A. EL SHAKANKIRI, *La philosophie juridique de Jeremy Bentham*, cit., pp. 227-230. En el mismo sentido puede verse A. S. PRINGLE-PATTISON, *The Philosophical Radicals and other Essays with chapters reprinted on the Philosophy of Religion in Kant and Hegel*, Blackwood & Sons, London/Edinburgh, 1907, p. 14. El autor prosigue su argumentación con un fragmento de L. STEPHEN, *The English Utilitarians*, Duckworth, London, 1900: «The Rights of man doctrine confuses a primary logical canon with a statement of fact...»

<sup>33</sup> Cfr. L. W. SUMNER, *The Moral Foundation of Rights*, cit., p. 92. «Una teoría de los derechos naturales es cualquier teoría moral que asigna algún conjunto de derechos básicos a los individuos en virtud de la posesión de alguna propiedad natural y que trata la existencia de estos derechos como una realidad fáctica.» Cfr. «Rights Denaturalized», *op. cit.*, p. 26.

primacía de los derechos, frente por ejemplo a los deberes, o a otros medios de protección normativa<sup>34</sup>.

La segunda condición se refiere al fundamento: trata a los derechos como moralmente básicos y lo hace si todos sus principios básicos o categorías morales fundamentales son derechos. Esta condición requiere que una teoría de los derechos naturales sea una teoría basada en derechos (*right-based theory*), ya que afirma la existencia de derechos morales y toma esta categoría moral como básica derivando otras categorías morales, si las hay, de ella<sup>35</sup>. Este requisito, por ejemplo, no sería cumplido por las teorías consecuencialistas, que habría que considerar *goal-based theories*, pero sí por las teorías contractualistas.

El tercer requisito se refiere a que una teoría de los derechos naturales debe asignar sus derechos básicos a los individuos en virtud de su posesión de alguna propiedad natural. Pero ¿qué requeriría una propiedad para ser natural? La posesión de la propiedad por un individuo debería ser cognoscible empíricamente, no requeriría la existencia de ninguna institución particular o convención y sería independiente de la existencia de instituciones o convenciones sociales<sup>36</sup>. Entiendo que este requisito se puede referir, como ya hemos visto al comienzo de este apartado<sup>37</sup>, a *natural* en contraposición a *artificial* o creado y no con relación a propiedades naturales o innatas. Con lo que el espectro de compatibilidad con las heterogéneas teorías de los derechos morales quedaría abierto.

El cuarto presupuesto es metodológico: el método que utilizan estas teorías es una epistemología moral realista<sup>38</sup>. Las teorías consecuencialistas también pueden utilizar este método y ser compatibles con los derechos morales<sup>39</sup>; pero no tratan sus derechos como moralmente básicos, sino que los establecen en su estructura moral en un nivel derivativo, más que en un nivel básico. Las teorías contractualistas, en cambio, aunque pueden tener la misma base moral que una teoría de los derechos naturales, esto es, consideran que algunos derechos son moralmente básicos, utilizan un método no realista o constructivista de los derechos mediante un procedimiento de elección colectiva.

No he tratado de demostrar que alguna de estas teorías tenga méritos suficientes para ser irrefutable —no es éste el lugar—, sino que la comparación de las mismas con los presupuestos de una teoría iusnaturalista nos puede llevar a la conclusión de que podemos hablar de derechos morales sin tener que ser considerados como iusnaturalistas.

Podríamos concluir este apartado resumiendo las ideas que en él hemos expuesto:

1. Que el concepto de derecho moral es *autónomo* de cualquier tipo de teorías, ya que no forma parte de teorías alternativas diferenciadas de las teorías de los derechos existentes, sino que es un elemento que forma parte de las mismas y que de alguna manera intenta servir como instrumento que las explique mejor.

<sup>34</sup> Vid., por ejemplo, N. MACCORMICK, «Children's Rights: a Test-Case for Theories of Rights», *Archiv für Recht-und Sozialphilosophie*, LXII, 1976, p. 312; recopilado en *Legal Rights and Social Democracy*, Oxford, Clarendon Press, 1986; trad. castellana de M. Carreras y A. L. Martínez-Pujalte, *Anuario de Filosofía del Derecho*, Madrid, 1988, p. 300.

<sup>35</sup> L. W. SUMNER, «Rights Denaturalized», *op. cit.*, pp. 23-25.

<sup>36</sup> Cfr. L. W. SUMNER, «Rights Denaturalized», *op. cit.*, pp. 25-26.

<sup>37</sup> Vid. nota 17.

<sup>38</sup> L. W. SUMNER, «Rights Denaturalized», *op. cit.*, pp. 26-27.

<sup>39</sup> Vid., entre otros, J. S. MILL en su *Utilitarianism*, cit., y, por ejemplo, una «teoría utilitarista calificada», como es la de D. LYONS, «Utility and Rights», *op. cit.*; así calificada por G. E. PANICHAS en «The Structure of Basic Human Rights», *op. cit.*; y el propio L. W. SUMNER, en la ya citada *The Moral Foundation of Rights*.

2. No pretende, pues, ser una teoría global del derecho sino explicar lo que puede ser el concepto de derecho desde un *punto de vista moral*. «Es importante enfatizar que la versión de Mill de la naturaleza de los derechos morales es una *pieza de su análisis conceptual* y es, por consiguiente, independiente de su teoría moral sustantiva»<sup>40</sup>.

3. La reducción de los derechos morales a los derechos naturales es debida a la confusión que hizo Bentham de los mismos y a su crítica a las declaraciones de derechos humanos.

4. Sin embargo, en la actualidad pueden ser entendidas como teorías autónomas por la polémica que crea su difusión y al querer ser presentados los derechos dentro de teorías alternativas a la discusión positivismo-iusnaturalismo.

## 2. LA CONEXIÓN ENTRE MORAL Y DERECHO

a) Los teóricos de los derechos morales nos ofrecen algunas razones de la conexión:

1. La validez de una norma está relacionada con principios morales sólidos<sup>41</sup>, ya que partimos de que no existen normas jurídicas sin contenido valorativo. «Los principios jurídicos no tienen que ser identificados por la regla de reconocimiento social de Hart, que está constituida por prácticas sociales contingentes, sino por una teoría normativa sólida, la cual debe fijar las normas del derecho reguladas a muy alto nivel, y, sujetas a tal límite, también les da a las normas la mejor justificación moral. Aunque el propio requisito limita el tipo de consideraciones morales que pueden ser incluidas en el derecho, la teoría de Dworkin parece conducir a establecer una conexión entre derecho y principios morales sólidos. [...] Si la validez jurídica de una norma depende simplemente de si la norma es consistente con principios morales sólidos, entonces el derecho es un asunto de argumentación moral, sin tener en cuenta las prácticas sociales de una sociedad concreta. [...] El mérito moral, y sólo el mérito moral, determina la relevancia jurídica de un modelo moral. Si el derecho es un asunto de argumentación moral en este primer sentido, entonces ciertamente no existe separación conceptual entre el derecho y la moral»<sup>42</sup>. En rela-

<sup>40</sup> Cfr. L. W. SUMNER, *The Moral Foundation of Rights*, cit., p. 137. Esta interpretación la toma de D. LYONS, en «Mill's Theory of Morality», *Nous*, 1976, 10, I, y en «Human Rights and the General Welfare», *Philosophy & Public Affairs*, 1977, 6, 2 (la cursiva es nuestra). Podemos aventurar que esta utilización del concepto en sentido técnico o instrumental Mill la pudo tomar de las enseñanzas de John Austin. Este utiliza el concepto en este sentido, por ejemplo, cuando dice: «Natural Rights would naturally signify the rights which correspond to Natural Law: Rights which are given by all or by most positive systems, and which would exist as moral rights though government never arisen.» Cfr. J. AUSTIN, *Lectures on Jurisprudence and the Philosophy of Positive Law*, cit., vol. II, lecture XXXII, p. 592.

<sup>41</sup> Podemos distinguir tres tipos de validez: a) sistemática (*systemic validity*) o de pertenencia al sistema, b) factual (*factual validity* o *efficacy*) o como vigencia social de las normas jurídicas, y c) axiológica o aceptabilidad (*axiological validity* o *acceptability*) como vinculatoriedad o validez en sentido normativo estricto. En este caso nos referimos a la validez axiológica, en la que «nos hallamos frente a la conclusión de un razonamiento práctico de naturaleza deontica o valorativa en sentido estricto». Es decir, se tratarían de enunciados «valorativos en sentido fuerte» o con «pretensión de obligar». Vid. F. J. LAPORTA, «Sobre la fundamentación de enunciados jurídicos de derechos humanos», en *El fundamento de los derechos humanos*, cit., pp. 203 ss.; A. AARNIO, *The Rational as Reasonable*, Reidel, Dordrecht, 1987, pp. 33-46.

<sup>42</sup> C. L. TEN, «Moral Rights and Duties in Wicked Legal Systems», *Utilitas*, vol. 1, n.º 1, 1989, pp. 136-137.

ción con lo anterior habría que hacer algunas precisiones. En primer lugar, que «la no existencia de separación conceptual» no significa confusión entre la moral y el derecho, sino que intenta resaltar su conexión. Esto es, la negación de una relación de identidad no significa que no existan otro tipo de relaciones entre ellos. Una segunda precisión se refiere a que «no toda norma moral es, por serlo, norma jurídica. Para ser norma jurídica necesita cumplir requisitos de identificación que no le suministra su condición de norma moral»<sup>43</sup>. Y, en tercer lugar, sólo serían válidas aquellas normas jurídicas cuyo «contenido sea moralmente vinculante»<sup>44</sup>. El derecho válido depende de la satisfacción de estas «bien fundadas» normas morales, y por tanto el derecho para que pueda considerarse «justo» depende de lo que algunos autores han llamado la «verdad moral»<sup>45</sup>. En caso contrario, si el ordenamiento jurídico no recogiera estos principios morales sólidos, sería moralmente deficiente<sup>46</sup>.

2. La especial importancia moral de los derechos humanos: la confusión entre lo que es el derecho y su fundamento se entiende que sería el pago de un alto precio para evitar la confusión entre el concepto y sus técnicas de protección<sup>47</sup>. Sin embargo, los derechos humanos como derechos morales, por el contenido que protegen, tienen que recoger en el concepto un conjunto de aspectos morales<sup>48</sup> (que también formarían parte del fundamento) que si se tratase de otro tipo de derechos no tendrían por qué contemplarse de esta forma, ya que podrían ser modificados arbitrariamente por otros valores, por la moral social, por el consenso... Sin embargo, en los derechos de los que estamos hablando dichas modificaciones supondrían ir contra la propia significación de los mismos: los mínimos que el ser humano debe tener protegidos para que pueda desarrollarse en libertad<sup>49</sup>. De esta manera, los autores que utilizan el concepto de derechos morales en su argumentación conectan los as-

<sup>43</sup> Cfr. F. J. LAPORTA, «Sobre la fundamentación de enunciados jurídicos de derechos humanos», *op. cit.*, p. 206.

<sup>44</sup> Cfr. F. J. LAPORTA, «Sobre la fundamentación de enunciados jurídicos de derechos humanos», *op. cit.*, p. 206. En el mismo sentido puede verse L. W. SUMNER, *The Moral Foundation of Rights*, cit., p. 142.

<sup>45</sup> D. LYONS, *Ethics and the Rule of Law*, Cambridge University Press, 1985, p. 62 (trad. cast., Ariel, Barcelona, 1986).

<sup>46</sup> N. MACCORMICK, «Children's Rights: a Test-Case for Theories of Rights», *op. cit.*, p. 306.

<sup>47</sup> Sin embargo, otros autores piensan que no existen consecuencias prácticas negativas de la conexión derecho y moral. Cfr. P. SOPER, «Choosing a Legal Theory on Moral Grounds», *Social Philosophy and Policy*, vol. 4, n.º 1, pp. 31-48 (trad. castellana J. R. de Páramo, *Derecho y moral. Ensayos analíticos*, Ariel, Barcelona, 1990, p. 48).

<sup>48</sup> «Si los enunciados jurídicos que reconocen u otorgan derechos humanos son vinculantes, ello se debe a que son conclusiones de un razonamiento práctico cuyas premisas prácticas o valorativas son extrajurídicas. [...] Me parece que es ineludible mantener que, si aceptamos que "validez" significa obligatoriedad o fuerza vinculante, tales enunciados han de ser de naturaleza moral, puesto que sólo los enunciados morales tienen tal pretensión de obligatoriedad [...] son "bienes" *constitutivos* del ser humano como agente moral, bienes básicos desde el punto de vista moral, en el sentido de que forman parte de las presuposiciones implícitas en todo lenguaje moral y en toda conducta que pueda ser calificada de moral.» Cfr. F. J. LAPORTA, «Sobre la fundamentación de enunciados jurídicos de derechos humanos», *op. cit.*, pp. 205 y 207. Según C. S. NINO, «Los derechos humanos son *derechos establecidos por principios morales*»; vid. cómo los caracteriza en *Ética y derechos humanos*, cit., pp. 19-20.

<sup>49</sup> «[...] no es posible creer en la categoría de los "derechos morales" a menos que se acepte de alguna manera el principio de que los seres racionales deben ser respetados como fines en sí mismos. Estoy de acuerdo. La creencia en el respeto en la persona es, en efecto, una condición esencial previa a la creencia en los derechos morales. Y el respeto a los demás es un principio moral fundamental y básico.» N. MACCORMICK, «Children's Rights: a Test-Case for Theories of Rights», *op. cit.*, p. 311, *AFD*, p. 300. Puede verse un análisis de la relación entre moral y derecho en el capítulo III de D. LYONS, *Ethics and the Rule of Law*, cit.

pectos de concepto y fundamento (las nociones jurídicas y morales), ya que en estos casos el concepto tiene que recoger nociones valorativas no neutrales<sup>50</sup>.

3. Los derechos y las obligaciones morales no dependen fundamentalmente del derecho positivo, sino que también hay que tener en cuenta consideraciones morales<sup>51</sup>. En este sentido habría que considerar las formas en las que los derechos se puede pensar que tienen una dimensión moral, y es claro que en este espectro de casos entrarían los derechos humanos. Al resaltar la conexión entre derecho y moral<sup>52</sup> se distingue entre el concepto y la validez de los derechos, evitando los problemas que analizaremos en el siguiente apartado.

b) Estas afirmaciones de los teóricos de los derechos morales plantean algunos problemas:

1. El problema de la legitimidad de los valores morales y de su método. En este sentido, como dice Lyons, «no nos hallamos en condiciones de decidir si hay relaciones trascendentes entre el derecho y la moral a menos que sepamos establecer qué valores han de servirnos para juzgar como es debido el derecho»<sup>53</sup>, lo cual nos llevaría a la cuestión de la legitimidad o validez de los derechos morales. La negación de la existencia de un «código de valores morales» como excusa de que no es necesaria para la realización de una ciencia jurídica no parece correcta, ya que no podemos negar ni su relación con la moral ni establecer las relaciones derecho-moral sin acudir a juicios morales o teorías morales<sup>54</sup>.

2. La confusión fundamento-validez: posiblemente esto pudiera resultar criticable por las connotaciones de autoritarismo y dogmatismo político que conlleva, aunque para algún autor resulta más perniciosa su distinción<sup>55</sup>. Pero ¿son suficientes para la legitimidad y conceptualización del derecho su «justificación» e «intensidad

<sup>50</sup> «La idea que tenemos, por consiguiente, de que podemos exigir a nuestros semejantes que nos ayuden a asegurarnos el propio subsuelo de nuestra existencia, genera sentimientos de torno a ella de una intensidad tan superior a la que se da en cualquiera de los demás casos más frecuentes de utilidad, que la diferencia de grado (como ocurre a menudo en psicología) se convierte en una auténtica diferencia de calidad.» J. S. MILL, *Utilitarianism*, Chapt. V, CW, vol. X, p. 251; Alianza, Madrid, p. 119.

<sup>51</sup> «Una persona puede perder sus derechos morales si daña deliberadamente los de otros, y la ley puede hacer efectiva esta pérdida clasificando los delitos e imponiendo castigos. Lo que no puede (moralmente) hacer, según la teoría, es privar a una persona de sus derechos morales por razones no morales. Todas estas consideraciones reiteran que los derechos y las obligaciones morales no dependen del derecho, y que las obligaciones legales han de depender de razones morales para ser moralmente aceptables.» Cfr. D. D. RAPHAEL, *Problems of Political Philosophy*, The Macmillan Press, London, 1970 y 1976 (trad. castellana de M.ª D. González Soler, Alianza, Moral, 1983, p. 116-117).

<sup>52</sup> «[...] el valor y la fuerza de los derechos humanos no depende de su eficacia o ineficacia, sino de su justificación e intensidad moral, que podrían resultar infravaloradas por la sobrevaloración de lo jurídico.» Cfr. A. RUIZ MIGUEL, «Los derechos humanos como derechos morales, ¿entre el problema verbal y la denominación confusa?», en *El fundamento de los derechos humanos*, cit., p. 325.

<sup>53</sup> D. LYONS, *Ética y Derecho*, cit. p. 76.

<sup>54</sup> «El concepto de derecho se define con referencia a un tipo específico de principio moral. Principios de un tipo relevante identifican bienes que son susceptibles de disfrute por varios individuos y dichos bienes podrían ser garantizados a cada individuo de una determinada clase. [...] La irresoluble controversia entre los derechos que la gente tiene y los que podrían ser acordados es una consecuencia lógica del carácter controvertido de los principios sustantivos morales y políticos. No es una consecuencia de la vaciedad del concepto de "derecho" ni menos de su exclusiva apropiación por una particular escuela de filosofía jurídica y política o de una ideología.» Cfr. N. MACCORMICK, «Law, Obligation, and Consent: Reflections on Stair and Locke», *Archiv für Rechts-und Sozialphilosophie*, LXV, 1979, pp. 387-410, recopilado en *Legal Rights and Social Democracy*, cit., p. 78.

<sup>55</sup> P. SOPER, «Choosing a Legal Theory on Moral Grounds», *op. cit.*, p. 49.

moral»? ¿Esta intensidad les proporciona el valor jurídico o necesitan de la validez o eficacia para su juridicidad? O con esta «sólida justificación» ¿resultan ser tan sólo «condiciones de posibilidad», pero sin llegar a ser completamente «jurídicos»?

3. La cuestión de los derechos, no solamente hay que tratarla separadamente de los conceptos morales, sino también lógicamente antes, ya que es la única forma de conseguir claridad en el estadio normativo de la filosofía jurídica y política. Esto es así, porque en primer lugar, las razones morales que son relevantes para la determinación de cuestiones normativas sobre el contenido de los derechos son de tan variados tipos como los principios y las teorías morales que existen. Y, por tanto, podría darse una impresión equivocada al considerar todas las recomendaciones normativas provenientes de los derechos morales como las únicas que pueden determinar los derechos jurídico-positivos, a menos que se considere la existencia de una ley moral análoga a la ley positiva que entroncaría con la tradición del derecho natural. Y, en segundo lugar, porque existe una clara distinción entre lo que es para un derecho *existir* y *deber de existir*<sup>56</sup>, que enlaza con el problema de los «derechos-manifiesto»<sup>57</sup>.

### 3. LA CONFUSIÓN DEL CONCEPTO CON LA VALIDEZ

La extendida idea de que los derechos forman parte tan sólo de los sistemas jurídico-positivos y no de otros sistemas normativos, proviene de la confusión entre derechos y técnicas de protección<sup>58</sup>. Esta confusión lleva consigo que sólo se reconozca como tal, el derecho válidamente establecido en un sistema jurídico determinado. Sin embargo, el reconocimiento jurídico-positivo de los derechos, no es problema crucial respecto al concepto y menos en relación al fundamento, es un problema de validez<sup>59</sup>.

La teoría dualista que diferencia lo que es el concepto (para salvar el escollo de la temporalidad, la espacialidad y la conexión derecho-moral) de lo que es el fundamento (que recoge razones éticas de mayor o menor objetividad) supone una reducción del concepto de derecho al identificarlo con el derecho positivo. En definitiva, el problema que plantea la tesis dualista sería el de identificación del derecho con lo que es el sistema de protección del derecho. Eso sí, con un corrector ético, pero que no contempla, por ejemplo, aquellos sistemas en que no existe esta coincidencia. Esto es, el derecho válido puede no recoger estos valores morales e incluso ir contra ellos. Sin embargo, la teoría de los *moral rights* sí que tendría aplicación en estas situaciones en las que existiese una norma injusta. Para evitar el confusionis-

<sup>56</sup> Pueden verse los razonamientos críticos anteriores en T. CAMPBELL, *The Left and Rights*, cit., pp. 18-19.

<sup>57</sup> Vid. más adelante el epígrafe titulado «Los derechos como razones para la acción».

<sup>58</sup> H. J. McCLOSKEY, «Respect for Human Moral Rights versus Maximizing Good», en *Utility and Rights*, cit., pp. 124-125; T. CAMPBELL, *The Left and Rights*, cit., pp. 21-22; F. J. LAPORTA, «Sobre el concepto de derechos humanos», *op. cit.*, p. 28. Vid. también B. MARTÍNEZ DE VALLEJO en este mismo volumen con su estudio «Los derechos humanos como derechos fundamentales...», J. M. ROJO, «Los derechos morales en el pensamiento angloamericano», *Anuario de Derechos Humanos*, 5, Madrid, Universidad Complutense, 1988-1989, p. 247. En este último artículo puede verse un análisis de la evolución de la aceptación de los *moral rights* en el pensamiento angloamericano.

<sup>59</sup> «So far from its being the case that the remedial provision is constitutive of the right, the fact is rather that recognition of the right justifies the imposition of the remedial provision.» Cfr. N. MACCORMICK, «Children's Rights: a Test-Case for Theories of Rights», *op. cit.*, p. 309.

mo, siguiendo a Laporta<sup>60</sup>, habría que distinguir los tres planos de la discusión: 1) concepto, 2) fundamento, y 3) protección. Como hemos visto, la conexión entre el concepto y el fundamento suscita menos inconvenientes de los que se dicen. Las teorías de los derechos morales no son unas teorías de fundamentación disfrazada. Las teorías de los *moral rights* son unas teorías de fundamentación que utilizan para ello el concepto de necesidades, bienes, intereses u otros. Pero el concepto de necesidades no sólo sirve de fundamento, sino que también es un elemento para la estructura conceptual de lo que es el derecho. Su interconexión es evidente, y querer hurtar el matiz conceptual supone confundir los dos planos de la teoría reduciéndola al plano de la fundamentación. La razón de esta reducción se basa en la confusión del plano del derecho con el plano de la protección del derecho. Los dos primeros planos se situarían en el plano de la razón práctica, y el tercero tendría en cuenta las circunstancias histórico-políticas de un tiempo y un lugar determinados.

Podemos apuntar varias razones y diversos aspectos<sup>61</sup> en los que se origina esta confusión:

a) Aspectos de contenido: En sus orígenes históricos, la necesidad de la certeza o *seguridad* de la ley por medio de su codificación y publicación a través de los órganos legítimos para ello condujo a la identificación de legitimidad y legalidad. Esto es, se pretendía la *certeza de la legitimidad* o la necesidad de centralizar los orígenes de emanación de lo jurídico al convertirse la ley en el pilar del Estado soberano. Con ello se propició la confusión de lo jurídico con lo codificado. El concepto del derecho puede prescindir del elemento de la seguridad; pero ¿se puede evitar el énfasis en la certeza legitimadora? ¿Depende de ella el concepto de derecho? Las tesis próximas al positivismo sostienen la imposibilidad de la existencia de un derecho sin que exista una fuente válida de legitimación que le dé valor. En el caso de los derechos morales supone tener que reducirlos a lo que sería el derecho convencional en sentido amplio, por lo que se confunde el plano conceptual del derecho con el plano de la validez.

b) Aspectos formales o estructurales, esto es, la *protección institucionalizada*: Como dice Laporta, «en la tradición teórica en que se originan los derechos humanos el Estado es concebido como el garante típico de los derechos en virtud de su titularidad del monopolio de la fuerza y aquí viene la reflexión: sugiero que ha sido la aceptación acrítica de esta tradición la que puede haber determinado la expansión de la idea "legalista" de los derechos humanos, es decir, de aquella idea que mantiene que sólo puede hablarse de derechos humanos cuando estamos en presencia de

<sup>60</sup> Cfr. F. J. LAPORTA, «Sobre el concepto de derechos humanos», *op. cit.*, pp. 23-46.

<sup>61</sup> «Esta idea de que los derechos humanos o morales no son propiamente "derechos" en tanto que no vienen a ser reconocidos por un conjunto normativo positivo, puede tener dos orígenes: por un lado, la reducción de la noción de tener un derecho a un tipo de reclamaciones o exigencias ejercibles mediante la coacción institucionalizada, donde tener un derecho equivale a tener una potestad de reclamación jurídica efectiva, en especial ante los tribunales; por otro lado, la reducción de esa noción de tener un derecho a un tipo de reclamaciones cuyo contenido viene expresado en pautas no necesariamente coactivas ni jurídicas, pero sí socialmente vigentes como obligatorias, según ocurre en las reglas sociales no institucionalizadas. Mientras la primera conceptualización se fija sobre todo en determinados aspectos formales o estructurales del concepto de "tener un derecho", como la presencia de la coactividad y la eficacia, la segunda se fija sobre todo en determinados aspectos de contenido y, en particular, en su precisión definitiva» Cfr. A. RUIZ MIGUEL, «Los derechos humanos como derechos morales, ¿entre el problema verbal y la denominación confusa?», en *El fundamento de los derechos humanos*, cit., p. 325. La versión que recojo aquí es la ampliada en *Anuario de Derechos Humanos*, n.º 6, 1990, p. 156, que incluye algunas modificaciones.

un dispositivo estatal-legal de protección institucionalizada de tales derechos. Pero lo que tratan de transmitirnos los primeros teóricos de los derechos humanos no es esto, sino precisamente lo contrario, es decir, tratan de sugerir fuertemente que cuando estamos en presencia de derechos humanos o naturales es *cuando* el funcionamiento de un aparato institucional de violencia como es el sistema jurídico recu-  
pera su justificación cabal»<sup>62</sup>.

## II. PROBLEMAS DE FUNDAMENTO

Con relación a los problemas que se suscitan con respecto a la fundamentación, voy a tratar tan sólo aquellas críticas que reducen los derechos morales a la moral positiva y las que reducen el concepto de derechos morales al campo de la justificación. Son importantes también otras cuestiones relativas a la fundamentación en una teoría de necesidades, el problema de una moral objetiva, etc., pero que no trato en este trabajo por obvias razones de espacio.

### 1. ¿MORAL POSITIVA O MORAL SOCIAL?

Una manera de evitar confundir los derechos morales con los derechos naturales es el considerarlos fundamentados en la moral positiva, es decir, los derechos estarían basados en las costumbres y convenciones no-jurídico-positivas de la sociedad en un momento determinado, por lo que no nos saldríamos de una interpretación positivista<sup>63</sup>. La crítica de Ollero enfoca claramente el problema: «En realidad, la moral aquí invocada hay que entenderla en clave anglosajona, como criterios o valores concernientes a la convivencia social que cuentan con efectivo arraigo. Lo que J. Austin llama *moral positiva*; positiva por su efectividad, pero sólo "moral" por no emanar de un mandato soberano; algo así como un magma social prejurídico. Con ello el problema del fundamento se ha desplazado de lo metafísico a lo sociológico. Lo "humano" no sería un contenido verdadero a tener en cuenta, sino lo que coyunturalmente se tiene por verdadero en una sociedad determinada, gracias a una argumentación razonable, pero sin pretensiones de objetividad radical alguna, lo que en tales condiciones pueda o no hacer "razonable" una argumentación resulta un tanto enigmático»<sup>64</sup>.

<sup>62</sup> F. J. LAPORTA, «Sobre el concepto de derechos humanos», *op. cit.*, p. 38. Vid. C. S. NINO, «Sobre los derechos morales», *Doxa*, 7, 1990, p. 313-315. «Tal vez la vinculación de los derechos subjetivos morales con el respaldo a través de sanciones se justifique como una forma indirecta de decir que para que una relación normativa sea constitutiva de un derecho debe tener *efectividad*, vigencia, debe *gozar de reconocimiento*. Cuando ello ocurre la norma que subyace al derecho en cuestión se convierte en una norma social y aun —regla de reconocimiento mediante— en una norma jurídica (pienso que también supone una confusión del concepto del derecho con su eficacia). [...] Pero salvo que se identifique la existencia de las normas morales con esa vigencia (con lo que se aceptaría una posición convencionalista) no se ve por qué no se podrían invocar derechos precisamente para obtener su reconocimiento. El discurso habitual en términos de derechos morales —y centralmente el que alude a derechos humanos— no es un discurso constatativo de lo que generalmente se da; es un discurso de reforma y de brega; es un discurso dirigido a adecuar la realidad a ciertos ideales.»

<sup>63</sup> Cfr. T. CAMPBELL, *The Left and Rights*, cit., pp. 24-25, 104-105. El mismo autor considera que en tal caso los derechos no haría falta que los denominásemos «morales», y para evitar confusiones y ambigüedades —siguiendo con su discurso— prefiere denominarlos *social rights*.

<sup>64</sup> A. OLLERO, «Cómo tomarse los derechos humanos con filosofía», *Revista de Estudios Políticos*,

Pienso que, cuando hablamos de derechos morales, no es ésta la fundamentación que les da sentido. La fundamentación debe evitar las indeterminaciones, llegando a delimitar en lo posible las nociones en las que se basa. Para que sea determinable, deberá basarse en premisas justificadas o justificables y no en presupuestos que necesiten de otros para justificarse<sup>65</sup>. En este sentido habría que decir que la fundamentación de los derechos morales debería basarse no en una *moral positiva* o *moral estándar*<sup>66</sup>, sino en principios morales provenientes de una moral, que se pretende al menos objetiva en alguno de sus principios. No se basaría en la aceptación de la sociedad, sino —como dice Nino— en la «aceptabilidad», refiriéndose a principios de una moral ideal o crítica<sup>67</sup>. Y en su contenido estaría la protección y desarrollo de la «dignidad o condición» humana. En todo caso, la crítica de Ollero se refiere tan sólo a la concepción de derecho que mantenía alguna corriente del pensamiento anglosajón que era justamente la que no creía en los derechos humanos. Esta corriente positivista identificaba o utilizaba para definir el derecho la apreciación de la realidad sociológica. Y decía que un derecho existe —es positivo— si y sólo si es un derecho que existe en la realidad del ordenamiento jurídico-positivo<sup>68</sup>.

Sin embargo, no es unánime la doctrina en este punto ya que algunos piensan que los derechos pueden abandonar la «fortificación de la moralidad crítica» sin que esto no suponga que no podamos hacer ningún comentario o exhortación referida a los derechos que debieran existir o debieran ser protegidos<sup>69</sup>, además de que buscar una fundamentación de los derechos en una moral crítica no les proporciona la objetividad y precisión que se busca, ya que, en definitiva, son principios morales los que justifican los derechos.

— Por otra parte, como hemos visto anteriormente<sup>70</sup>, la idea de derechos morales

33, Madrid, mayo-junio 1983, p. 106. Recientemente recopilado en *Derechos humanos y metodología jurídica*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1989, p. 132. La reducción del concepto de derecho moral a la moral positiva puede verse en J. AUSTIN, *The Province of Jurisprudence Determined and the Uses of the Study of Jurisprudence*, cit., lecture V, pp. 129-133, y lecture VI, pp. 306 ss.

<sup>65</sup> S. COTTA, *Justificación y obligatoriedad de las normas*, Ceura, Madrid, 1987, p. 65.

<sup>66</sup> Cfr. J. R. PENNOCK, «Rights, Natural Rights, and Human Rights. A General View», *NOMOS XXIII, Human Rights*, New York University Press, 1981, p. 9.

<sup>67</sup> C. S. NINO, *Ética y derechos humanos*, cit., pp. 19-20. Para Nino los derechos humanos son *derechos establecidos por principios morales* y su existencia está dada por su validez o *aceptabilidad* y no por su reconocimiento efectivo o *aceptación* real por ciertos individuos; no son, en consecuencia, principios de una moral positiva, sino de una moral crítica o ideal que puede o no tener vigencia en algún ámbito. La *aceptabilidad* (validez axiológica) se refiere a la justificación de las normas en relación con una serie de argumentos extrajurídicos referidos a un cierto código de valores. Cfr. A. AARNIO, *The Rational as Reasonable*, cit., pp. 43 y 45-56. Pero, aunque los valores puedan ser extrajurídicos, su razonamiento y argumentación deben ser jurídicos. La *aceptabilidad* tiene, por tanto, elementos racionales, para evitar la arbitrariedad, como elementos con relación a un código de valores. Si la validez formal no es una garantía de la validez axiológica, entonces tenemos que buscar en sus elementos la solución. El problema, por tanto, se plantea al determinar el código de valores y el alcance del juicio racional, pues las alternativas, según esto último, irían desde considerar una moral positiva hasta considerar una moral ideal. Vid. también E. J. VIDAL en este mismo volumen.

<sup>68</sup> Como dice M. CRANSTON, «For Burke the Rights of Man were mere abstractions: the rights of Englishmen were realities —a positive recorded hereditary title to all that can be dear to the man and the citizen. Real rights, again, were positive rights». Vid. «Human Rights, Real and Supposed», en *The Philosophy of Human Rights*, ed. M. E. Winston, Belmont, Wadsworth, 1989, p. 122.

<sup>69</sup> Vid. T. CAMPBELL, *The Left and Rights*, cit., p. 21. Una postura en contra puede verse en P. JONES, «Rights, Welfare and Stigma», en *Social Welfare: Why and How*, ed. N. Timms, Routledge & Kegan Paul, London, 1980, p. 126, de quien es la expresión «remove rights from the armoury of critical morality».

<sup>70</sup> Vid. el apartado titulado «Las teorías de los derechos morales son unas teorías iusnaturalistas».

tiene un carácter preinstitucional y descontextualizado<sup>71</sup>, por lo que habría que desvincularla de instituciones éticas y sociales concretas. De ahí la conexión de lo que se ha llamado «iusnaturalismo deontológico» con la idea de moral crítica, frente a la de moral positiva. El referente en el caso de los derechos humanos como derechos morales se remitiría a ciertos valores de carácter universal y que tendrían que ser protegidos porque favorecen la existencia y el desarrollo del ser humano. Por tanto, y en este primer paso, tendríamos que rechazar la configuración de una justificación de los derechos morales en una moral convencionalista (en sentido amplio) porque, en primer lugar, supondría olvidar la existencia de otras teorías de los derechos morales que no utilizan esta metodología. Y, en segundo lugar, por los propios problemas que encierra este tipo de justificación, que reduce al máximo los valores a un lugar y tiempo determinados o al resultado de un pacto inscrito en estas dimensiones.

## 2. LA REDUCCIÓN DE LOS DERECHOS MORALES A SU FUNDAMENTO

Otra crítica en el plano de la fundamentación es la que reduce el concepto de derechos morales a la mera justificación de los derechos jurídico-positivos<sup>72</sup>. Así, según esta postura, los derechos morales plantean un problema de fundamentación y no de concepto, ya que nunca se ofrece una respuesta en el plano conceptual, sino en el de la justificación<sup>73</sup>.

Sin embargo, esto supone quedarse en el calificativo (*moral*) y del mismo extraer la consecuencia de que el carácter ético que se predica es lo único que se pretende. Sin embargo, habría que prestar atención al sustantivo *rights*, que es el que puede plantear más problemas. En él se encuentra el punto de vista jurídico, que puede entenderse como la conceptualización de la noción de derecho (en sentido amplio) o tan sólo como la conceptualización de un aspecto de justicia (M.<sup>a</sup> J. Añón)<sup>74</sup>. Otra cosa es la crítica que se pueda hacer a algunos (en este caso a Laporta) de que al responder al concepto de derecho «proporcionan una tesis fundamentadora de los derechos y no un concepto de derechos en cuanto tal»<sup>75</sup>.

Hay que recordar, como ya hemos visto anteriormente, que los derechos morales son una pieza de análisis conceptual y, por consiguiente, independiente de una teoría moral sustantiva. Y así puede verse, por ejemplo, en la versión que de ellos nos proporciona Mill<sup>76</sup>. Este análisis de lo que es un derecho moral depende de la

<sup>71</sup> F. J. LAPORTA, «Sobre el concepto de derechos humanos», *op. cit.*, p. 33. Aunque Laporta también va más allá y los desvincula incluso de lo que sería una moral ideal o crítica.

<sup>72</sup> Esta postura crítica puede verse en T. D. CAMPBELL, «Rights without Justice», *Mind*, vol. 83, 1974, pp. 445-448, y «Humanity before Justice», *British Journal of Political Science*, vol. 4, 1974, pp. 1-16; en R. YOUNG, «Dispensing with Moral Rights», *Political Theory*, vol. 6, n.º 1, 1978, pp. 63-74, y en R. G. FREY, *Interests and Rights. The Case against Animals*, Clarendon Press, Oxford, 1980, chapt. I.

<sup>73</sup> Cfr. J. DE LUCAS, «Nota sobre el concepto y la fundamentación de los derechos humanos (a propósito de la polémica sobre los derechos morales)», *op. cit.*

<sup>74</sup> Austin señala que hay dos significados del concepto *right* que generalmente tienden a ser confundidos: como sustantivo quiere decir facultad, y como abjetivo es sinónimo de justicia. Cfr. J. AUSTIN, *Lectures on Jurisprudence and the Philosophy of Positive Law*, cit., lecture VI, pp. 292-294 (en la edición de 1832, pp. 305-307).

<sup>75</sup> Cfr. J. DE LUCAS, «Nota sobre el concepto y la fundamentación de los derechos humanos (a propósito de la polémica sobre los derechos morales)», *op. cit.*

<sup>76</sup> Mill, por ejemplo, diferenció entre obligaciones conceptuales y sustantivas. Vid. J. S. MILL, *Utilitarianism*, cit., *CW*, vol. X, p. 250; Alianza, p. 118. Puede verse esta interpretación en D. LYONS, «Mill's Theory of Morality», *op. cit.*, y «Human Rights and the General Welfare», *op. cit.*, y L. W. SUMNER, *The Moral Foundation of Rights*, cit., pp. 137-138.

noción de una justificación moral, tal como habíamos señalado anteriormente, de las relaciones de conexión del derecho con la moral; sin embargo, es *neutral* en lo que se refiere específicamente a esa justificación. En este sentido, las teorías de los derechos morales necesitarán de algún método para justificar los valores o fines que persigan. Esto será común a todas las teorías que reconozcan la existencia de derechos morales. El método utilizado por cada una será diferente: realista, constructivista... Lo que las diferenciará será la relación que exista o se establezca entre lo que son los derechos y los valores o fines de cada teoría que le habrá proporcionado ese método que establezca la relación entre el derecho y la moral. Y este paso será una cuestión de contenido justificatorio, diferenciado por tanto de la cuestión conceptual.

### III. PROBLEMAS DE VALIDEZ

Los problemas de validez que plantean los derechos morales pueden centrarse en los siguientes: a) en la reducción de los derechos morales a los derechos jurídico-positivos; b) en la cuestión de las fuentes de legitimidad de los derechos morales, y c) en la reducción de los derechos morales a su consideración como razones para la acción.

#### 2. LA REDUCCIÓN DE LOS DERECHOS MORALES A LOS DERECHOS JURÍDICO-POSITIVOS <sup>77</sup>

Para las corrientes positivistas no existirían más derechos morales que los reconocidos por el ordenamiento jurídico como derechos jurídico-positivos <sup>78</sup>. Frente a la confusión entre derechos morales y derechos jurídico-positivos que preconiza el positivismo; o dicho de otra forma: al sólo reconocerse como derechos los jurídico-positivos y al absorber éstos cualquier otra conceptualización de los derechos, las teorías de los derechos morales subrayan la diferencia de las consecuencias de los derechos según sus diferentes estadios de validez. Y, aunque ello pueda traer consigo diferentes consecuencias jurídico-positivas, señalan que no existe un cambio en el concepto de derecho, tan sólo en sus consecuencias jurídicas de validez y eficacia.

Por otra parte, la confusión del concepto con la validez o con la eficacia del derecho da lugar a la inexistencia de otros derechos que no haya dispuesto el Estado en su ordenamiento jurídico o de aquellos que realmente no se apliquen. Como dice Dworkin, si el ordenamiento jurídico es el único capaz de recoger los derechos de los ciudadanos, entonces «los hombres y las mujeres no tienen más derechos mora-

<sup>77</sup> Algunas cuestiones relativas a este problema ya han sido tratadas anteriormente en el apartado titulado «La confusión del concepto con la validez».

<sup>78</sup> «Yo los rechazo con las siguientes precisiones. Primera, igual que las obligaciones que les corresponden, los derechos naturales y morales (o derechos que son tan sólo sancionados religiosa o moralmente) son *imperfectos*. En otras palabras, no están equipados con la sanción legal, o no pueden ser hechos efectivos judicialmente. Segunda, los derechos (si pueden ser así llamados) que son conferidos por la moral positiva comparten la naturaleza del origen del que emanan. Como la moral positiva está compuesta de leyes *impropias*, los derechos que provienen de ella son derechos análogamente impropios.» Cfr. J. AUSTIN, *Lectures on Jurisprudence and the Philosophy of Positive Law*, cit., vol. I, lección XII, pp. 354-355.

les que los que el gobierno decide concederles, lo que significa que no tienen derecho moral alguno» <sup>79</sup>.

Estas cuestiones nos llevan al problema de que, en el supuesto de que exista un derecho moral, si debe existir un derecho jurídico-positivo correlativo o no <sup>80</sup>. Hart se muestra en contra ya que el hecho de que los hombres tengan un derecho moral no es una razón para la existencia de ese mismo como derecho legal convencional. «Si la existencia de un derecho moral es funcionar como tal razón, el hecho de que tal derecho exista debe ser distinto de que lo sea su razón» <sup>81</sup>.

Hart tiene razón al decir que un derecho moral no puede constituir la justificación para el correspondiente derecho convencional. Sin embargo, lo que sí puede hacer es asegurar la existencia de esta justificación. La justificación de un derecho convencional no la proporciona la existencia del correspondiente derecho moral, sino la capacidad de justificación de una teoría moral sustantiva. En este análisis los derechos morales desempeñan un importante papel sustantivo en el razonamiento moral, ya que proporcionan razones morales para respetar ese derecho. La única limitación es que un derecho moral no puede servir como la última base sustantiva para su propio reconocimiento convencional. Para esta fundamentación hay que ir más allá de los derechos y acercarnos a los valores o fines propugnados por la correspondiente teoría moral <sup>82</sup>.

#### 2. LA LEGITIMIDAD DE LOS DERECHOS MORALES

«¿De dónde provienen las pautas institucionales que atribuyen derechos morales, o quiénes son las autoridades que adscriben derechos morales a los ocupantes de un rol?» <sup>83</sup>. Esta pregunta surge como consecuencia de la afirmación del carácter presocial o preinstitucional que se predica en el concepto de los derechos morales ya que la sociedad no es la fuente de los derechos <sup>84</sup>. Si esto es así, la pregunta de Vernengo pone el dedo en la llaga: ¿cómo se incorpora la moral al derecho? <sup>85</sup>.

<sup>79</sup> R. DWORKIN, *Los derechos en serio*, cit., p. 277. Este problema se acrecienta en J. AUSTIN porque, como hemos visto anteriormente, identifica los derechos morales con la moral positiva.

<sup>80</sup> «La relación entre normas jurídicas —entendidas como juicios normativos o como razones justificatorias— y las normas morales es una relación de *identidad* de caso, es decir, hay casos de normas morales que son normas jurídicas, puesto que la clase de las normas jurídicas justificatorias es una especie de la clase de normas morales; no todo principio o juicio moral es una norma jurídica, pero toda norma jurídica que tiene un rol de razón operativa en el razonamiento práctico es un juicio moral especial, que se distingue por derivar de un principio moral que legitima a cierta fuente de prescripciones y de una descripción de una de tales prescripciones.» Cfr. C. S. NINO, «Sobre los derechos morales», *op. cit.*, p. 322.

<sup>81</sup> Cfr. H. L. A. HART, *Essays on Bentham: Studies in Jurisprudence and Political Theory*, Clarendon Press, Oxford, 1982, p. 92; cit. por L. M. SUMNER, *The Moral Foundation of Rights*, p. 148 y nota 19.

<sup>82</sup> L. W. SUMNER, *The Moral Foundation of Rights*, cit., pp. 150-151.

<sup>83</sup> Cfr. R. J. VERNENGO, «Los derechos humanos como razones morales justificatorias», *Doxa*, 7, 1990, p. 277.

<sup>84</sup> «Los derechos humanos se han considerado a menudo presociales, o quizás, más acertadamente, asociales, y no porque las personas posean los derechos básicos en una condición temporalmente anterior a la existencia de cualquier forma de vida social, sino porque la sociedad incluso la sociedad civil, no es fuente, aunque puede ser garante de los mismos.» Vid. G. E. PANICHAS, «The Structure of Basic Human Rights», *op. cit.*, p. 113.

<sup>85</sup> «La disputa entre Dworkin y los positivistas no se centra en el contenido moral de los derechos y deberes jurídico-positivos, sino de la forma en la que la moral se incorpora al derecho.» C. L. TEN, «Moral Rights and Duties in Wicked Legal Systems», *op. cit.*, p. 137.

Sin embargo, puede parecer en la práctica que esta dificultad sea menor de lo que a primera vista nos planteemos, ya que al existir un reconocimiento por la comunidad internacional de una serie de derechos, que están a la vez recogidos en los ordenamientos internos de la mayoría de países, la cuestión se reduciría a una legitimidad interpretativa por los órganos correspondientes pues existiría una delimitación jurídica-positiva suficientemente precisa. A pesar de esto, hay que tener en cuenta que todavía existen países en los que no se produce esta protección ni jurídica ni efectiva de los derechos humanos y, por otra parte, incluso puede darse el caso que exista una deficiencia interpretativa o un reconocimiento débil de los mismos, con lo cual tendríamos que referirnos a estas fuentes de legitimidad para conocer el contenido de los derechos.

Este planteamiento nos proporciona algunos problemas:

1. El problema inicial es un problema de método: ¿Qué criterio o criterios son los que seguirían las fuentes de legitimación de los derechos humanos? ¿Qué método tendríamos que escoger? <sup>86</sup>

2. Frente a la pregunta de si existiría alguna norma moral aceptada universalmente, podemos responder que no parece que existan códigos morales comúnmente aceptados por todas las sociedades y en todos los momentos históricos. ¿Serán los derechos humanos la concreción de las normas morales universalmente aceptadas? Es claro que no hay una respuesta unánime con relación a esta pregunta <sup>87</sup>.

Para terminar este apartado, tendríamos que analizar el concepto de legitimidad y sus problemas tal y como se presentan en las distintas teorías de los derechos morales, ya que los problemas de legitimidad de los derechos morales van a ser los problemas tal y como se plantean en las diferentes teorías de los derechos morales. Y en este sentido parece que la cuestión no resuelta va a ser un problema de los diferentes morales y valores utilizados en las mismas <sup>88</sup>.

Para nuestra exposición podríamos dividir las teorías en dos grupos <sup>89</sup>. Aquellas teorías que defienden la existencia de verdades morales; esto es, que sus enunciados normativos tienen valor de verdad. Y aquellas otras que no creen en la existencia de

<sup>86</sup> «Pero, si la existencia de un derecho moral o humano es para satisfacer un criterio moral válido que justifica o fundamenta el derecho, ¿dónde buscamos ese criterio? Si hubiera una sola clase de criterios morales universalmente aceptados, nuestra tarea sería de alguna manera más fácil, aunque incluso en este caso habría que tener en cuenta la distinción entre validez moral y reconocimiento social positivo.» Cfr. A. GEWIRTH, «The Basis and Content of Human Rights», en *The Philosophy of Human Rights*, ed. M. E. Winston, Wadsworth, Belmont, 1989, p. 182.

<sup>87</sup> A pesar de que el reconocimiento de la existencia de una ética universal presenta problemas, esto no quiere decir que no haya que reconocer los méritos de justificaciones morales objetivas frente al relativismo, que estarían en la línea de lo que son los derechos humanos. Estos temas han sido tratados por J. GORECKI, «Human Nature and Justification of Human Rights», *The American Journal of Jurisprudence*, vol. 34, pp. 43-60; vid. especialmente pp. 49 y 57.

<sup>88</sup> «No parece que se pueda decir que las personas nacen teniendo derechos de la misma forma que nacen teniendo piernas. Al menos, el tener piernas es empíricamente confirmable, pero no es éste el caso de tener derechos. Y aunque sea posible confirmar empíricamente, aunque de una forma compleja, que la mayoría de las personas nacen teniendo ciertos derechos jurídico-positivos, esto no es suficiente para establecer que ellos tienen derechos humanos o morales.» Cfr. A. GEWIRTH, «The Basis and Content of Human Rights», *op. cit.*, p. 183.

<sup>89</sup> Es claro que el análisis va a ser casi esquemático, tratando de enfatizar las características que creemos pueden interesarnos más para el curso de nuestra exposición, sin entrar en detalle en lo que es conocido y resaltando de entre lo concreto lo que pudiera ser más útil.

estas verdades morales *per se*, sino que dependerían de un método argumentativo o constructivista.

Dentro de las primeras nos interesaría destacar a las teorías iusnaturalistas y a las consecuencialistas. El problema general que tienen las teorías de los derechos naturales es que la noción de una regla moral natural es incoherente, ya que ningún argumento de la naturaleza puede seleccionar un determinado conjunto de derechos básicos. «Así, mientras los teóricos de los derechos naturales pueden estar de acuerdo en que los derechos morales son derechos convencionales moralmente justificados, ellos no pueden decirnos cómo estos últimos pueden ser justificados» <sup>90</sup>.

Una teoría consecuencialista de los derechos es aquella que considera un derecho tan sólo en el caso de que se reconozca por el sistema como el mejor medio para proporcionar un fin determinado. El problema fundamental de las teorías consecuencialistas es que, si existen otros medios que son mejores para el fin propuesto, éstos pueden prevalecer frente al respeto a los derechos.

Dentro de las teorías constructivistas nos interesaría destacar las teorías contractualistas. Para los contractualistas los derechos convencionales están moralmente justificados sólo si ellos pueden ser derivados de un procedimiento de elección colectiva apropiado. Para las teorías contractualistas de los derechos morales éstos no son derechos convencionales. Esto es así porque los derechos morales necesariamente tienen fuerza moral, y los derechos convencionales pueden carecer de dicha fuerza. Al basar los derechos morales en algún acuerdo o compromiso, los contractualistas no están haciéndolos derivar de ninguna práctica social actual; sino que los derechos que los contractualistas toman como moralmente básicos, son aquellos que resultarían de algún procedimiento específico de elección colectiva que diese lugar a algún acuerdo posible o hipotético. Este procedimiento debe especificar la situación inicial en la que el logro de un conjunto de acuerdos sociales, incluyendo un conjunto de derechos convencionales, se imagina que sea alcanzado. Una interpretación de esta situación inicial o incluye limitaciones morales o no. Si no las incluye, entonces los derechos acordados en esta situación no tendrán fuerza moral. Pero, si las incluye, entonces estos mismos límites no tendrán una fundamentación contractualista <sup>91</sup>. Además, estos derechos fruto de acuerdos y transacciones pueden ser injustos, inmorales, perjudiciales para las minorías, etc., y esto aunque existiese en el acuerdo un alto número de participantes de la comunidad.

No me siento capacitado para desarrollar una versión completa de lo que serían las claves de las fuentes de legitimidad de los derechos morales; sin embargo, podemos ver algunas de ellas sobre las que los teóricos de los derechos morales se apoyan, sin lograr a mi entender, un resultado completamente satisfactorio:

1. Los derechos deben ser consistentes con *valores morales sólidos* de forma que el mérito moral es el que va a determinar la relevancia jurídica de un modelo moral. Por lo que la validez del derecho va a depender de los valores morales de su fundamento <sup>92</sup> y, por consiguiente, para llegar a la legitimidad de un derecho moral deberíamos realizar el estudio de su justificación y de su intensidad moral <sup>93</sup>.

<sup>90</sup> Cfr. L. W. SUMNER, *The Moral Foundation of Rights*, cit., p. 138.

<sup>91</sup> L. W. SUMNER, *The Moral Foundation of Rights*, cit., pp. 130 y 160.

<sup>92</sup> C. L. TEN, «Moral Rights and Duties in Wicked Legal Systems», *op. cit.*, pp. 136-137.

<sup>93</sup> «La cuestión de la justicia de un Derecho equivale a la de si está "internamente fundada" o si está objetivamente justificada su pretensión de ser obedecido o su pretensión de vigencia normativa.» Cfr. K. LARENZ, *Derecho justo. Fundamentos de ética jurídica*, Cívitas, Madrid, 1985, p. 21. Ya en la metafísica

2. Estos valores tienen un carácter *preinstitucional o presocial*: «Una proposición de la cual no tengo ninguna duda es la de que nosotros podemos hacer afirmaciones sobre los derechos morales independientemente de cualquier sistema de derecho positivo. Dichas afirmaciones dependen de los principios políticos y morales que nosotros suscribimos. Por supuesto que éste es el caso en el que el *status* lógico y epistemológico de las afirmaciones de principios políticos y morales es controvertido»<sup>94</sup>. Sin embargo, este carácter preinstitucional que se predica de los derechos morales no lo es porque las personas posean derechos básicos en una condición temporalmente anterior a la existencia de cualquier forma de vida social, sino porque la sociedad, incluso la sociedad civil, no es la fuente, aunque puede ser la garante de ellos<sup>95</sup>.

3. Los derechos provienen de las *ideas morales de justicia y rectitud moral*<sup>96</sup>, por lo que la noción de los derechos humanos debería sustentarse en una teoría de los derechos sustantiva.

### 3. LOS DERECHOS MORALES COMO RAZONES PARA LA ACCIÓN

Se critica que los derechos morales no reconocidos en el ordenamiento jurídico serían tan sólo «razones para la acción»<sup>97</sup>. Esta cuestión, que pone en duda la es-

griega clásica puede verse el razonamiento de Sócrates al responder a la propuesta de Critón de sustraerse a la sentencia de condena de muerte basándose en la obediencia a aquel «discurso de razón», que en sus reflexiones aparece como el mejor. Cfr. PLATÓN, *Critón*, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1957, 46b, p. 6; tb., *Gorgias*, 475d. En el mismo sentido, vid., entre otros, D. LYONS, en «Utility and Rights», pp. 108-109, y en *Ethics and the Rule of Law*, cit., pp. 130-131. Cfr. S. COTTA, *op. cit.*, p. 72; A. RUIZ MIGUEL, «Los derechos humanos como», pp. 324-325.

<sup>94</sup> N. MACCORMICK, «Law, Obligation, and Consent: Reflections on Stair and Locke», *op. cit.*, p. 77. En el mismo sentido, vid. G. E. PANICHAS, «The Structure of Basic Human Rights», *op. cit.*, p. 114: «Que los derechos humanos básicos tengan una incuestionable conexión con la moralidad también contribuye a la idea de que son asociales, porque las exigencias de la moralidad no dependen en absoluto de la existencia de una forma específica de sociedad, aunque la moralidad pueda demandar de la sociedad, especialmente de la sociedad civil, que sea de una determinada forma.» Cuestiones relativas a este punto han sido tratadas en el apartado titulado «Las teorías de los derechos morales son unas teorías iusnaturalistas».

<sup>95</sup> G. E. PANICHAS, «The Structure of Basic Human Rights», *op. cit.*, p. 113.

<sup>96</sup> «But however this may be, the fact that "recht" and "droit" became restricted in their meaning to positive law, although much which is not required by law is equally necessary to moral straightness or rectitude, is as significant of the original character of moral ideas as if the derivation had been the reverse way.» Cfr. J. S. MILL, *Utilitarianism*, chapt. V, *CW*, vol. X, pp. 244-245. En la edición de Penguin está en la p. 320; no está en la edición de Fontana Press ni en la traducción de Alianza. Parece ser que se añadió en la revisión de la 2.<sup>a</sup> ed., 1864, London: Longman, Green, Longman, Roberts, and Green; y en las siguientes (3.<sup>a</sup> ed.), 1867, London: Longmans, Green, Reader and Dyer, 1867; y 1871 (4.<sup>a</sup> ed.), London: Longmans, Green, Reader, and Dyer.

<sup>97</sup> «Naturalmente los "derechos" han de ser razones de un cierto tipo. Y es plausible concebirlos, entre la amplia panoplia de razones que pueden configurar el razonamiento práctico, como "bienes" relevantes, es decir, situaciones o estados de cosas a los que el sistema confiere una cierta importancia, un cierto valor, y de ahí la característica fuerza de "exigir" que está presente en ellos. Porque la posición activa de exigencia potencial característica del titular de un derecho (a diferencia de la posición subordinada de quien es objeto de un acto de beneficencia) es el trasunto de la fuerza o la importancia especial que el sistema atribuye al bien o bienes que adscribe al individuo, del valor que da a los estados de cosas, circunstancias o situaciones que trata de proteger con esas técnicas normativas.» Cfr. F. J. LAPORTA, «Sobre el concepto de derechos humanos», *op. cit.*, p. 30. En cambio, PANICHAS piensa que sólo serían razones justificatorias sin fuerza para exigir: «los derechos básicos gozan de fuerza moral suficiente para justificar, aunque no necesariamente para exigir, el uso de la fuerza, incluso de la fuerza coactiva, contra

estructura normativa y la validez de este tipo de derechos, plantea que en el paso de bienes o necesidades a exigencias «no cabe una relación de inferencia lógica, o una relación necesaria causal, aunque tampoco sea una relación meramente contingente [...] las necesidades nos proporcionan, fundamentalmente, argumentos para apoyar razones que parecen mejores o más fuertes que otras, cuando queremos exigir la satisfacción de las mismas [...] lo que tratan de hacer es saltar al vacío entre lo fáctico y lo normativo, deduciendo prescripciones para la acción humana a partir de descripciones de propiedades naturales o preferencias individuales»<sup>98</sup>.

Los *moral rights* serían razones para la acción, pero no sólo eso, ya que suponen exigencias y pretensiones. El problema puede ser que esas exigencias no estén protegidas por el ordenamiento jurídico-positivo, con lo cual decimos que no son derecho válido; pero por esa circunstancia no dejan de ser pretensiones válidas de un derecho frente a la sociedad para que ésta reconozca su protección o la haga efectiva<sup>99</sup>.

Aparece aquí la crítica del uso de los derechos como pretensiones de tipo político, como *manifesto rights*, que asocian términos morales y políticos con fuerte carga emotiva y persuasiva que a la vez extienden y debilitan el concepto de derecho sin establecer límites conceptuales que lo distinguen<sup>100</sup>. Esta utilización de los derechos como pretensiones de reivindicación política va unida al tema, que ya hemos trata-

aquellos cuyas acciones u omisiones los violen. Esta última condición permite considerar que los derechos básicos tienen un carácter esencialmente político que constituye su *species differentiae*.» Cfr. «The Structure of Basic Human Rights», *op. cit.*, p. 115. Para FEINBERG serían algo diferente de las pretensiones (*claims*): «el género de los derechos morales es de una especie diferente de la de las pretensiones (*claims*). Una persona tiene un derecho moral cuando tiene una pretensión, el reconocimiento del cual se hace no por normas legales, sino por principios morales o por principios de una conciencia ilustrada.» *Social Philosophy*, cit., p. 67.

<sup>98</sup> Cfr. M.<sup>a</sup> J. AÑÓN, en «Fundamentación de los derechos humanos y necesidades básicas», *op. cit.*

<sup>99</sup> «Cuando decimos que algo constituye el derecho de una persona, queremos decir que puede exigir, con razón, de la sociedad que le proteja para su disfrute, ya bien mediante la ley o por medio de la educación y la opinión pública. Si una persona puede exigir con razón suficiente, en base a lo que sea, que la sociedad le garantice algo, decimos que tiene derecho a ello. Si deseamos demostrar que algo no le pertenece por derecho a una persona, consideramos que queda demostrado tan pronto como se admita que la sociedad no tenía que tomar medidas para asegurárselo, sino que había que dejarle a merced del azar o de sus propios esfuerzos.» Cfr. J. S. MILL, *Utilitarianism*, Chap. V, *CW*, vol. X, p. 250; Alianza, Madrid, p. 117.

<sup>100</sup> Puede verse esta crítica en T. CAMPBELL, *The Left and Rights*, cit., pp. 19-20, que asocia este asunto con la tradición de los derechos naturales. Campbell recuerda que el término «*manifesto rights*» fue acuñado por J. FEINBERG en «Nature and Value of Rights», *Journal of Value Enquiry*, vol. 4, 1970, pp. 243-257. Feinberg dice en la p. 255: «this is a powerful way of expressing the conviction that they ought to be recognized by states here and now as potential rights and consequently as determinant of present aspirations and guides to present policies. That usage, I think, is a valid exercise of rhetorical license.» Según los críticos, el origen se encontraría en el Reino Unido, en «una noción equivocada de los derechos de los súbditos, al confundir los poderes del Rey y los del Parlamento. El pueblo tiene derechos contra el Rey; y por esta razón es correcto decir que Carlos I y Jacobo II violaron los derechos de sus súbditos: sin tener la soberanía legislativa, ordenaron que fueran ejecutadas normas que eran contrarias a la ley. Pero el pueblo no tiene derechos contra el Parlamento, o contra el cuerpo soberano; y por esta razón tales expresiones, como que el Parlamento rechaza o niega los derechos del pueblo, no son sólo absurdas y sin sentido, sino también maliciosas, porque tienden a apoyar la idea de que los miembros de esa institución son legalmente, y también moralmente, responsables de sus actos.» Y continúa diciendo que «el único objeto de usar estos derechos es para inducir al legislador a convertir estos supuestos derechos en derechos reales, dándoles la sanción de la ley. [...] Todas estas expresiones tienen su origen en la teoría del estado de naturaleza y del contrato social; pero que son frecuentemente usadas por personas que nunca han oído de esta absurda y peligrosa doctrina, y que si la conociesen la rechazarían.» Vid. G. C. LEWIS, *Use and Abuse of Political Terms*, Fellowes, London, (1.<sup>a</sup> ed., 1832), 1898, pp. 29 y 33.

do, de que los seres humanos tienen ciertos derechos anteriores a los reconocidos por el sistema jurídico, y de ahí que por eso pretendan que les sean reconocidos en el caso de que no lo estén. La crítica de los *manifesto rights* se extienden a que sólo es posible ejercer las pretensiones en el caso de que se viole un derecho<sup>101</sup>, cuando en realidad —según los críticos— nada se gana o se pierde al hacer estas alegaciones<sup>102</sup>.

El aspecto jurídico a tratar sería la razón por la que aquello a lo que llamamos «derecho» se le puede predicar que es exigible frente al resto de la sociedad; o el por qué debe tener la fuerza en la que ampararse para hacerse exigible frente al resto de la sociedad.

1. Para los teóricos de los derechos morales, los derechos suponen que esas necesidades, bienes o valores... por su especial importancia deben ser protegidos, y de ahí que tengan la posibilidad de ser exigidos<sup>103</sup>. «Si pensamos que los derechos morales son cosas cuya posesión beneficia jurídicamente a sus poseedores, entonces queremos decir que los derechos morales son cosa cuya *posesión beneficia moralmente a sus poseedores*»<sup>104</sup>.

2. Por tanto, por su propia condición, los *moral rights* tienen el carácter de ser *exigibles*<sup>105</sup>, pero no *exigidos* en todos los supuestos<sup>106</sup>. Aunque hay que decir que tampoco el derecho depende de su satisfacción y habría que diferenciar entre lo que serían las pretensiones o exigencias propias de los derechos morales y las expectativas razonables<sup>107</sup>. Tan sólo coincidiría su carácter exigible-exigido en el caso de que

<sup>101</sup> Ésta es la crítica de T. CAMPBELL en *The Left and Rights*, cit., pp. 21 y 220; R. G. FREY, *Interests and Rights*, cit., p. 17, y J. FEINBERG, en «Nature and Value of Rights», *op. cit.*

<sup>102</sup> Vid. W. NELSON, «On the Alleged Importance of Moral Rights», *Ratio*, vol. 18, 1975, pp. 145-155.

<sup>103</sup> «Tengo para mí que estos derechos no institucionales no pueden ser interpretados en el contexto de una concepción liberal de la sociedad como reflejos de deberes de otros, sino como fundamento de tales deberes. una vez que se dan ciertas condiciones adicionales como es la posibilidad de actuar; creo que lo que esos derechos exigen es que cierto estado de cosas valioso *deba* ser obtenido, lo que es diferente que decir que hay un deber de producirlo (como se advierte en inglés con la diferencia entre las palabras *ought* y *duty*).» C. S. NINO, «Sobre los derechos morales», *op. cit.*, p. 320-323. Vid. el cap. I de *Ética y derechos humanos*, cit.

<sup>104</sup> L. W. SUMNER, *The Moral Foundation of Rights*, cit., p. 13. El subrayado es mío.

<sup>105</sup> La postura de Gewirth es, según el mismo reconoce, «cognitiva» u «ontológica». Esto es así ya que puede ser sostenido que los derechos morales no son algo conocido o existente; el análisis correcto del juicio de los derechos no es descriptivo, sino prescriptivo o de alguna otra especie no cognotivista. Los juicios sobre los derechos son pretensiones o demandas hechas a otras personas; ellos no expresan que ciertos hechos conocidos existan, sino que ellos urgen o exhortan a que determinados hechos sean llevados a la existencia. Por esta razón, las cuestiones de justificación o validez son lógicamente irrelevantes para tales juicios u opiniones. Cfr. «The Basis and Content of Human Rights», *op. cit.*, p. 184.

<sup>106</sup> «Es un título moral que da lugar a que la autoridad moral proteja lo que estos individuos tienen derecho a hacer o tener, a ser protegidos de cualquier interferencia, a recibir ayuda, a pedir o tener pedida ayuda en su nombre.» Cfr. H. J. McCLOSKEY, «Respect for Human Moral Rights versus Maximizing Good», *op. cit.*, p. 125. Vid. E. J. VIDAL, cit.

<sup>107</sup> H. J. McCLOSKEY, «Respect for Human Moral Rights versus Maximizing Good», *op. cit.*, p. 124-125. Mill habla de expectativas razonables o naturales. «He who accepts benefits, and denies a return of them when needed, inflicts a real hurt, by disappointing one of the most *natural and reasonable of expectations*, and one which he must at least tacitly have encouraged, otherwise the benefits would seldom have been conferred. The important rank, among human evils and wrongs, of the disappointment of expectation, is shown in the fact that it constitutes the principal criminality of two such highly immoral acts as a breach of friendship and a breach of promise.» Cfr. J. S. MILL, *Utilitarianism*, Chapt. V, *CW*, vol. X, p. 256; Alianza, Madrid, p. 128. El problema se encontraría en delimitar qué serían para Mill

estuvieran reconocidos como derechos en el ordenamiento jurídico y fuesen realmente aplicados porque existiesen adecuados instrumentos de garantía. Por tanto, el problema se plantea con relación a lo que supone decir que «algo es jurídicamente exigible»; en definitiva, si alguien puede exigir jurídicamente algo es que «tiene derecho» a ello. Esta exigibilidad tiene que suponer que ese pretendido «derecho» sea «justiciable»; es decir, que el contenido de estos derechos haga posible su exigencia o satisfacción, en términos generales. Por tanto, el problema de la exigibilidad-justiciabilidad nos remite al problema del concepto al que nos habíamos referido al principio, y no al del fundamento. Esto es, aquí no se trataría del problema del *sujeto (agente)* del derecho, ni del objeto, sino del contenido. El contenido, por tanto, supondría el problema del *sujeto paciente*: sería la exigencia de esta protección que se hace a la sociedad o al grupo de personas en donde el sujeto se encuentra. Y, por tanto, en este plano de la exigibilidad no podría negarse que el contenido de lo que se llama *derecho* no esté determinado, porque no puede negarse, por ejemplo, la concreción de mi derecho a que me exprese libremente, aun cuando no esté reconocido por ningún orden jurídico-positivo. Porque es claro que en ese caso yo tengo algo más que una pretensión razonable o moral e incluso justa frente al resto de sujetos que van a impedirme que yo me exprese. Esta pretensión podemos calificarla de *jurídica* en la medida en que tenga algo más que razones (objeto) para oponerla frente a cualquiera, en principio; porque —y tenemos que dar un paso atrás para buscar el objeto protegible: esa pretensión no pertenece al mundo de la atributividad, ni de la razón, ni de la tradición...— tendría que ver, con algo (bien, necesidad...) sin lo cual el ser humano sería menos ser humano, y por consiguiente, al ser una cuestión de calidad, dejaría de «ser»<sup>108</sup>.

«natural» y «razonable», ya que serían unos buenos elementos para definir su concepto de necesidades. El subrayado es mío.

<sup>108</sup> «Tiene sentido decir que un hombre tiene un derecho fundamental en contra del Gobierno, en el sentido fuerte, como la libertad de expresión, si ese derecho es necesario para proteger su dignidad, o su *status* como acreedor a la misma consideración y respeto o algún otro valor personal de importancia similar; de cualquier otra manera no tiene sentido. De modo que, si los derechos tienen sentido, la invasión de un derecho relativamente importante debe ser un asunto muy grave, que significa tratar a un hombre como algo menos que un hombre, o como menos digno de consideración que otros hombres. [...] Una pretensión de derecho acertada, en el sentido fuerte que he descrito, tiene esta consecuencia. Si alguien tiene derecho a algo, está mal que el gobierno se lo niegue, aunque negárselo favoreciera el interés general. Este sentido de lo que es un derecho (al que se le podría llamar el concepto antiutilitario de un derecho)... Señala el concepto distintivo de un derecho individual en contra del Estado que forma, por ejemplo el núcleo de la teoría constitucional en los Estados Unidos.» Cfr. R. DWORKIN, *Los derechos en serio*, cit., pp. 295 y 383-384.

## LOS DERECHOS HUMANOS COMO DERECHOS INALIENABLES

ANTONIO-LUIS MARTÍNEZ-PUJALTE

En los últimos años, está cobrando un particular relieve en la bibliografía acerca de los derechos humanos el énfasis en la *inalienabilidad* como uno de los rasgos definitorios de tales derechos. Incluso, ha subrayado Jesús Ballesteros que «el carácter inalienable de los derechos sería precisamente la nota específica del modo de pensar postmoderno, íntimamente derivado del paradigma de la “calidad de vida”. En efecto, ahora de lo que se trata no es tanto de defender los derechos frente al Estado, como en el caso de la “libertad de los modernos”, o derechos de la primera generación, sino de defenderlos frente al mercado, e incluso frente a la propia voluntad individual del sujeto de los mismos»<sup>1</sup>.

A mi juicio, la reivindicación de la inalienabilidad como nota esencial de los derechos humanos resulta de una radical importancia. Se trata en definitiva de, frente a la escisión entre derecho y deber característica de la tradición moderna, recuperar nuevamente la dimensión del deber como íntimamente ligada a la titularidad del derecho; de sustituir la noción puramente voluntarista y «judicialista» de los derechos humanos que predomina en el positivismo jurídico —para el que los derechos humanos aparecen ante todo como títulos de acción judicial o pretensiones ejercitables ante los Tribunales por el sujeto de los mismos: como *claims*— por una noción más completa, que permita contemplar la auténtica dimensión moral de los derechos: bienes de la persona que ésta se ve obligado a respetar, y no sólo facultado a exigir su respeto.

Disponer de una fundamentación adecuada que pueda dar razón de que los derechos humanos son, efectivamente, inalienables resulta, pues, muy necesario: y aunque, como señalaba más arriba, son muchos los autores que en los últimos años se han referido a este rasgo de los derechos humanos, pocos se han ocupado en cambio de profundizar en su análisis. Ésa es mi intención en estas páginas y, para ello, comenzaré por una explicación del concepto de «inalienabilidad»; seguidamente, trataré de razonar si la inalienabilidad así descrita puede ser entendida como una nota esencial de los derechos humanos, para lo cual partiré del análisis del concepto de dignidad humana, que puede ser considerado como el fundamento de los derechos; finalmente, trataré de derivar de la dignidad humana un catálogo de los derechos humanos inalienables, y sugeriré algunas orientaciones a tener en cuenta por el Derecho positivo.

<sup>1</sup> Jesús BALLESTEROS, *Postmodernidad: decadencia o resistencia*, Tecnos, Madrid, 1989, pp. 146 ss.

### I. EL CONCEPTO DE INALIENABILIDAD

A la hora de analizar el contenido de la inalienabilidad como nota característica de los derechos humanos, la primera cuestión que debe ser planteada es qué quiere decir «inalienable». Para ello puede ser conveniente fijarse antes que nada en la etimología de la palabra, que se encuentra formada a partir de la partícula negativa *in* y el adjetivo latino *alienus*, ajeno: es decir, es inalienable aquello «que no se puede enajenar»<sup>2</sup>. El sentido etimológico del término coincide con el que le ha sido dado en el lenguaje jurídico y, concretamente, en el ámbito del Derecho administrativo, en el que los términos «inalienable» e «inalienabilidad» gozan de una larga tradición: la inalienabilidad ha constituido tradicionalmente, en efecto, una de las notas características de los bienes de dominio público, entendiéndose bajo este concepto que, mientras sigan perteneciendo al dominio público, tales bienes no pueden ser enajenados por la Administración<sup>3</sup>. En este mismo sentido emplea el término por ejemplo el artículo 132.1 de la Constitución española, al afirmar que «la ley regulará el régimen jurídico de los bienes de dominio público y de los comunales, inspirándose en los principios de *inalienabilidad*...»<sup>4</sup>.

¿Cuál puede ser entonces el significado de este término, aplicado a los derechos humanos? En consonancia con el origen etimológico de la palabra, un derecho será inalienable si no puede ser enajenado. La palabra «enajenar», en su sentido más estricto, significa «pasar o transmitir a otro el dominio de una cosa o algún derecho sobre ella»<sup>5</sup>; pero, en otra acepción más amplia, enajenar es sinónimo de disponer: ejercer sobre un bien las facultades propias del dominio, que se concretan en los actos de disposición. Una cosa es inalienable, pues, si su propietario no está autorizado a realizar sobre ella actos de disposición; derechos inalienables serán, en consecuencia, aquellos sobre los cuales el titular del derecho no puede llevar a cabo ese tipo de actos. Como es sabido, los actos de disposición sobre un bien pueden ser actos de disposición jurídica —renuncia, compraventa, donación— o actos de disposición física —destrucción material del bien—, y pueden ser, también, actos de disposición total o actos de disposición parcial: yo realizo un acto de disposición jurídica total sobre mi casa si transmito la propiedad de ella, pero dispongo sólo parcialmente de mi casa si la destruyo, pero realizo un acto de disposición física parcial si me limito a derribar la planta superior—. Pues bien, un derecho será inalienable si con respecto a él están excluidos todos esos tipos de actos de disposición, es decir, si su titular no puede disponer del derecho jurídicamente, ni tampoco destruir total o parcialmente el bien objeto del derecho, de modo que el ejercicio de éste se torne imposible. Así, por ejemplo, si el derecho a la integridad física es inalienable, ello quiere decir que su titular no puede ni disponer jurídicamente de tal derecho —no puede renunciar a él, o vender una parte determinada de su cuerpo o una función

<sup>2</sup> REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, *Diccionario de la Lengua Española*, 19.<sup>a</sup> ed., Espasa-Calpe, Madrid, 1970, p. 735.

<sup>3</sup> Cfr., entre otros, Fernando GARRIDO FALLA, *Tratado de Derecho Administrativo*, II (Parte General: Conclusión), 6.<sup>a</sup> ed., Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1982, pp. 498-501.

<sup>4</sup> Esta es la única ocasión en que aparece el término al que nos referimos en todo el texto constitucional; no está presente, en cambio, en relación con los derechos fundamentales, que son descritos por la Constitución como *invulnerables* (así, v. gr., en el art. 10.1), y no como inalienables: esto muestra que el término «inalienabilidad» ha estado, hasta muy recientemente, más relacionado con el campo jurídico-administrativo que con los problemas relativos a los derechos fundamentales.

<sup>5</sup> REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, *Diccionario*..., cit., p. 519.

corporal— ni disponer de él físicamente —mutilarse voluntariamente—. Y cabe una clasificación más de los actos de disposición: éstos pueden ser temporales o definitivos. Si la inalienabilidad es propiamente tal, ambas categorías de disposición quedan vedadas por ella. El titular del derecho no puede siquiera disponer de él temporalmente, ya se trate de un acto de disposición temporal de carácter jurídico (una renuncia temporal) o de carácter físico (en el caso del derecho a la integridad física, por continuar con el ejemplo, una mutilación u otra conducta contraria a la salud cuyos efectos puedan ser curados, pero sólo tras largo tiempo).

Como consecuencia de las observaciones precedentes, podemos sugerir ya una definición de inalienabilidad, en relación con los derechos humanos. Inalienabilidad sería *aquella cualidad de un derecho en virtud de la cual su titular no puede realizar sobre él ningún tipo de actos de disposición*. Esto equivale a afirmar, en definitiva, que en virtud de la inalienabilidad el titular del derecho no puede hacer imposible para sí mismo el ejercicio de éste: pues realizar un acto de disposición significa hacer imposible el ejercicio del derecho —ya sea física o jurídicamente, parcial o totalmente, temporal o definitivamente—.

Este concepto de inalienabilidad se aproxima a las definiciones sugeridas por los escasos autores que han analizado expresamente esta nota de los derechos; con todo, cabe observar ciertos matices. Así, en el interesante libro de la profesora norteamericana Diana T. Meyers *Derechos inalienables. Una defensa* se define el derecho inalienable como «aquél cuyo titular no puede perder, independientemente de lo que haga, e incluso si los otros le niegan justificadamente lo que demanda en ejercicio de su derecho»<sup>6</sup>. Más adelante explica: «Los mecanismos de pérdida de los derechos incluyen la renuncia, por la cual el titular simplemente abandona su derecho; el abandono condicional, por el cual el titular suspende su derecho temporalmente; la transmisión, por la cual el titular dona, entrega o vende su derecho a otro individuo; la prescripción, por la cual el titular cesa de estar cualificado como poseedor de su derecho; y la revocación, por la cual una persona distinta del titular ejerce el poder de privar al titular de su derecho. Los derechos inalienables no pueden ser perdidos de ninguna de estas formas»<sup>7</sup>. Ello no quiere decir que los derechos inalienables deban ser obligatoriamente ejercidos: el titular del derecho puede inclinarse en determinado momento por no ejercerlo, o por sacrificarlo altruistamente<sup>8</sup>; lo que quiere decir es que —si los derechos son efectivamente inalienables— nunca puede ser obligatorio para su titular no ejercerlos o sacrificarlos, como ocurriría en el caso de que fuesen renunciados, o perdidos de cualquiera de las otras formas posibles; por las mismas razones, la promesa de sacrificar un bien que es objeto de un derecho inalienable no obliga al promitente a realizar tal conducta<sup>9</sup>. La conducta de sacrificio altruista de un derecho inalienable siempre es, pues, una conducta supererogatoria, esto es, una conducta voluntaria que no puede ser exigida. Por lo que se refiere al comportamiento que deben observar los demás en relación con el derecho inalienable detentado por un sujeto, es de aplicación, según la autora, el mismo principio: los demás pueden tener justificación en determinados casos para impedir al titular el ejercicio de su derecho inalienable, o para no satisfacer una demanda

<sup>6</sup> Diana T. MEYERS, *Inalienable Rights. A Defense*, Columbia University Press, Nueva York, 1985, p. 4.

<sup>7</sup> *Ibid.*, p. 9.

<sup>8</sup> Cfr. *ibid.*, p. 13: «Los titulares de derechos pueden ejercerlos de varias formas, incluso sacrificando los bienes conferidos por esos derechos a una causa que consideran valiosa, o perdonando las violaciones de esos derechos si les parece mejor actuar así.»

<sup>9</sup> En relación con el problema de las promesas, cfr. *ibid.*, pp. 71 ss.

planteada por el titular en ejercicio de su derecho, pero no están nunca autorizados para realizar una conducta que implique que el titular pierda —temporal o definitivamente— su derecho, esto es, que convierta en imposible en el futuro el ejercicio del derecho por parte de su titular.

El concepto de inalienabilidad que se ha sugerido aquí tendría dos diferencias importantes con el propuesto por Meyers. En primer lugar, la autora americana —si bien define el derecho inalienable como aquél que su titular no puede perder— sólo parece contemplar como vedada por la inalienabilidad la pérdida jurídica, como se pone de manifiesto en la enumeración que hace de las formas de pérdida del derecho, que he recogido más arriba: por ello, Meyers entiende justificado en determinados casos un sacrificio supererogatorio de derechos inalienables —por ejemplo, del derecho a la vida<sup>10</sup>— que equivale en realidad a su pérdida. Si nos fijamos en cambio en que los actos de disposición de un bien o derecho pueden ser también actos de disposición física, parece obvio advertir que existen situaciones en que el sacrificio de un derecho o la abstención de ejercerlo por parte de su titular resulta irreversible, es decir, hipoteca el derecho también para el futuro (es por ejemplo el caso de la eutanasia voluntaria); puesto que la inalienabilidad consiste básicamente —como afirma Meyers— en que no le está permitido al titular perder el derecho, es decir, hipotecar su futura titularidad, resulta evidente que no sólo quedan fuera de lugar los actos jurídicos de pérdida, sino también los actos materiales de sacrificio o no-ejercicio que en la práctica equivalgan o puedan equivaler a la pérdida<sup>11</sup>. Por lo que respecta, por ejemplo, al derecho a la vida, si éste es inalienable ello implica que nadie pueda estar obligado a sacrificarlo, luego la conclusión es obvia: nunca se puede atentar contra el derecho a la vida, pues tal atentado significa que no sólo se viola el derecho en la situación concreta, sino que tal derecho es perdido por su titular para siempre; si esto se permitiera, el derecho a la vida no sería inalienable, pues los derechos inalienables se definen precisamente como aquellos que su titular no puede perder. En consecuencia, la admisión por Meyers de la posibilidad de un sacrificio supererogatorio del derecho a la vida es una contradicción con sus propios puntos de partida; como lo es la tesis de Joel Feinberg, quien, en su libro *Los derechos, la justicia y los límites de la libertad*, trata de argumentar que la eutanasia voluntaria es compatible con el carácter inalienable del derecho a la vida<sup>12</sup>. Para este último autor, la inalienabilidad de un derecho sólo impediría desposeerse del derecho mismo, no del bien objeto del derecho. Por tanto, el titular de un derecho inalienable podría renunciar temporalmente al bien que constituye su objeto, sin desposeerse del derecho mismo, y en consecuencia manteniendo la facultad de revocar dicha renuncia cuando lo desee. Pero aquí viene la contradicción: aplicando esa tesis al supuesto concreto del derecho a la vida podría aceptarse que, durante el período de renuncia temporal al bien objeto del derecho —en este caso a la vida—, alguien atentase contra ella con el consentimiento del titular del derecho. Pero entonces el titular ya no perdería tan sólo el bien, sino el derecho mismo: luego la distinción

<sup>10</sup> Cfr., sobre todo, pp. 48-51 y 54-55.

<sup>11</sup> Desde esta perspectiva, resulta obvia la íntima relación existente entre el concepto de «derechos inalienables» y la categoría de los derechos-deber sugerida por Peces-Barba, para quien son derechos-deber «aquellos que no se pueden abandonar a la autonomía de la voluntad»: cfr. Gregorio PECES-BARBA MARTÍNEZ, «Reflexiones sobre los derechos económicos, sociales y culturales», en varios autores, *Derechos económicos, sociales y culturales*, Universidad de Murcia, 1981, p. 64.

<sup>12</sup> Joel FEINBERG, *Rights, Justice and the Bounds of Liberty*, Princeton University Press, 1980, pp. 243-251.

entre la pérdida del derecho y la pérdida del bien objeto del derecho no parece en absoluto consistente, al menos en relación con el derecho a la vida.

En segundo lugar, para la autora americana la inalienabilidad proscribe tanto conductas del titular como de los demás en relación con el derecho inalienable. Derecho inalienable es aquel cuyo titular no puede perder, y eso significaría para Meyers que ni el titular del derecho puede perderlo voluntariamente, ni los demás están autorizados a realizar una conducta que implique dicha pérdida. Otros autores han sostenido en cambio que la inalienabilidad implica tan sólo un límite a la conducta del propio titular del derecho; ésta es, por ejemplo, la postura de Terrance McConell, quien define el derecho inalienable como «aquel que nunca puede ser renunciado o transferido por su poseedor»<sup>13</sup>. «La palabra “nunca” —señala— nos habla de la relación entre el consentimiento del titular y la legitimidad de invadir el derecho. La invasión de un derecho inalienable nunca está justificada simplemente porque el titular consienta el acto»<sup>14</sup>. Ésa es también mi opinión: a la nota de los derechos humanos según la cual todos los sujetos diferentes de su titular deben abstenerse de incidir negativamente sobre él se le denomina inviolabilidad, pero se trata de un rasgo diferente del que aquí estamos analizando. La inalienabilidad hace referencia exclusivamente al titular del derecho inalienable, e impone límites tan sólo a la conducta de éste, vedándole en concreto llevar a cabo actos de disposición sobre él. Lo que ocurre es que, desde luego, la inalienabilidad no agota el concepto y las notas de los derechos humanos, y la inviolabilidad es otro de sus rasgos esenciales: mientras la inalienabilidad adopta la perspectiva del propio titular del derecho e impone límites a su conducta, la inviolabilidad —que ha sido designada también por la doctrina con el nombre de «carácter absoluto» de los derechos humanos<sup>15</sup>— tiene por objeto las conductas de los demás, e impone límites a éstas en cuanto que inciden sobre la esfera jurídica del titular de un determinado derecho. Ciertamente, ambos términos han sido a veces incorrectamente entendidos, y se ha afirmado por numerosos autores que «inalienable» quería decir que no puede ser arrebatado a su titular, lo cual tiene que ver más bien con la dimensión de la inviolabilidad. También se ha dado la confusión en otros sentidos: en ocasiones se ha pensado que la inviolabilidad incluiría también al propio sujeto, y por lo tanto incluiría en su seno a la inalienabilidad; o, a la inversa, se ha concebido a la inalienabilidad como un rasgo de los derechos básicos que supone un paso adelante con respecto a la inviolabilidad: afirmar que los derechos son inviolables significaría excluir el atentado a ellos por parte de sujetos diferentes al titular; en cambio, el predicar de ellos la inalienabilidad equivale tanto a excluir los atentados procedentes de otros sujetos como los que proceden del propio titular y, así, la inalienabilidad abarcaría la inviolabilidad. Buena parte de los autores que recientemente se han ocupado de la inalienabilidad de los derechos han subrayado sin embargo la necesidad de despejar estas confusiones teóricas, y de destacar que nos encontramos ante dos notas diferentes de los derechos humanos, que contemplan éstos desde una perspectiva diversa<sup>16</sup>.

<sup>13</sup> Terrance McCONNELL, «The nature and basis of inalienable rights», *Law and Philosophy*, 3 (1984), p. 25. Cfr. también en este sentido Francisco J. LAPORTA, «Sobre el concepto de derechos humanos», *Doxa*, 4, (1987), pp. 42-43; para Laporta la inalienabilidad quiere decir que «el propio titular está obligado a respetar sus propios derechos o está inmunizado normativamente frente a sí mismo» (p. 43).

<sup>14</sup> *Ibid.*, p. 30.

<sup>15</sup> Tanto Meyers como Laporta utilizan esta expresión: cfr. MEYERS, cit., pp. 2-3, y LAPORTA, cit., p. 29.

<sup>16</sup> A la confusión entre inviolabilidad e inalienabilidad se ha referido BALLESTEROS, cit., p. 146; así como Joel FEINBERG, cit., pp. 240 ss., quien afirma claramente que un derecho inalienable es aquel que

## II. ¿SON INALIENABLES LOS DERECHOS? UNA FUNDAMENTACIÓN

¿Son inalienables los derechos humanos? ¿Por qué?, es decir, ¿cuál es la razón de que a los titulares de ciertos derechos les esté vedado privarse voluntariamente de ellos?

Trataré de sugerir a continuación una fundamentación filosófico-jurídica de la inalienabilidad de los derechos humanos, basada en la idea de dignidad humana. Me parece, en efecto, que, partiendo de la referencia al concepto de dignidad humana como fundamento de los derechos humanos, será posible argumentar consistentemente que los derechos humanos, que tienen por base dicha dignidad, son inalienables.

No pretendo desarrollar aquí en profundidad el problema de la justificación de los derechos humanos, lo que excedería con mucho el propósito de este artículo. Ahora bien, pienso que es posible afirmar que —como ha sido señalado en numerosas ocasiones<sup>17</sup>— los derechos humanos se fundan en la dignidad del hombre, esto es, en aquella exigencia que es expresada por ejemplo por Kant en la *Metafísica de las costumbres*: «La humanidad misma es una dignidad, pues el hombre no puede ser tratado por ningún hombre (ni por otro, ni siquiera por sí mismo) puramente como medio, sino siempre como un fin y en ello precisamente estriba su dignidad (la personalidad), por la cual se eleva sobre todas las demás esencias del mundo que no son hombres»<sup>18</sup>. Los derechos humanos no serían en realidad más que concreciones de esa exigencia general de tratar al hombre siempre como fin.

Pero ¿qué es la dignidad humana, y de qué modo se fundarían en ella los derechos? La dignidad humana se identifica con la condición de persona, como pone de relieve Kant, quien utiliza precisamente los términos «dignidad» (*Würde*) y «personalidad» (*Persönlichkeit*) como sinónimos<sup>19</sup>. Por su parte, el profesor canadiense William Conklin, tratando de indagar el sentido de la expresión «respeto a la persona» que subyace a la teoría de los derechos humanos, escribe que «la personalidad común a todas las personas es su potencialidad», pues «cada persona es una potencialidad abierta en el proceso de llegar a ser»<sup>20</sup>. Me parece que estas dos nociones

«no puede ser enajenado o perdido voluntariamente por su poseedor» (p. 241), y señala que esta noción de inalienabilidad es la que subyace en los escritos de los Padres Fundadores, ante todo en la Declaración de Independencia.

<sup>17</sup> Cfr. entre otros Jesús BALLESTEROS, «Derechos humanos: ontología versus reduccionismos», *Persona y Derecho*, 9 (1982), pp. 239 ss.; William E. CONKLIN, *In defence of fundamental rights*, Sijthoff & Noordhoff, Alphen (Holanda), 1979, pássim; Eusebio FERNÁNDEZ, *Teoría de la justicia y derechos humanos*, Debate, Madrid, 1984, pp. 104 ss.; Robert SPAEMANN, *Lo natural y lo racional. Ensayos de antropología*, prólogo de R. Alvira y trad. de D. Innerarity, Rialp, Madrid, 1989, pp. 89-123. En el campo de los textos positivos, véanse, v. gr., el artículo 10.1 de la Constitución española de 1978 («La dignidad del hombre, los derechos inviolables que le son inherentes...») o el Preámbulo de la Declaración Universal de Derechos Humanos («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»).

<sup>18</sup> Immanuel KANT, *Metaphysik der Sitten*, Tugendlehre, § 38, en *Werke*, a. c. de W. Weischedel, Insel, Wiesbaden, 1960, vol. IV, pp. 600-601. La ética kantiana tiene como presupuesto básico un formalismo que no me parece compartible, pues desliga el cumplimiento de los deberes morales de toda tendencia al Bien: cfr. Ángel RODRÍGUEZ LUÑO, *Immanuel Kant: Fundamentación de la metafísica de las costumbres*, Magisterio Español, Madrid, 1977, pássim; por tanto, mi argumentación no se basa en ningún caso en el pensamiento de Kant en su globalidad, sino tan sólo en aquellas intuiciones brillantes del filósofo de Königsberg expresadas concretamente en los pasajes citados.

<sup>19</sup> Cfr. los textos que cito en este trabajo: Immanuel KANT, *Metaphysik der Sitten*, Tugendlehre, § 6 y 38, en *Werke*, cit., pp. 555 y 600.

<sup>20</sup> William E. CONKLIN, cit., p. 199.

—«personalidad» y «potencialidad»— pueden ser útiles a la hora de alcanzar una cierta aproximación al concepto de dignidad humana.

Por un lado, el término «personalidad» utilizado por Kant pone ciertamente el énfasis en aquella condición del hombre que le distingue radicalmente de los demás seres: la simple observación de la experiencia muestra la realidad de la tesis clásica según la cual el hombre es un ser dotado de inteligencia y voluntad, y por lo tanto de la capacidad de juzgar sobre la moralidad de sus actos y de actuar moralmente, y es eso lo que le diferencia de los animales, de los vegetales y de los seres sin vida. Como ha escrito Spaemann, «la ley natural según la cual una piedra cae de arriba abajo es, por así decirlo, exterior a la piedra misma, que no sabe nada de esa ley. Quienes la observamos consideramos su caída como ejemplo de una ley general. Tampoco el pájaro que hace un nido tiene la intención de hacer algo para la conservación de su especie, ni de tomar medidas para el bien de sus futuras crías. Un impulso interior, un instinto, le lleva a hacer algo cuyo sentido se le oculta... Los hombres, por el contrario, pueden saber la razón de lo que hacen. Actúan expresamente y con libertad con respecto al sentido de su acción»<sup>21</sup>. Parece, pues, que, siendo ésta la diferencia esencial entre el hombre y los seres no humanos, debe ser también el motivo de la peculiar dignidad humana: la dignidad humana radica en la capacidad de entender y de querer, y, en consecuencia, de conocer la moralidad de los actos y de actuar moralmente.

Sin embargo, semejante caracterización de la dignidad humana se enfrenta con la dificultad puesta de relieve por Jesús Ballesteros, quien señala que, si el principio que está en la base del reconocimiento de los derechos humanos, esto es, el principio formulado por Kant según el cual el hombre debe ser tratado siempre como fin y nunca sólo como medio, «quiere ser justificado en términos puramente immanentes, esto es, en razón del carácter autoconsciente y libre del hombre, se corre el riesgo de excluir de la aplicación del mismo a las personas que no tengan tales caracteres»<sup>22</sup>. El concepto de «potencialidad» empleado por Conklin sirve precisamente para salvar esa dificultad sin problemas, ya que, como señalara el filósofo inglés Peter Geach, no se deben «confundir las habilidades características con la racionalidad radical de la que aquellas surgen, lo cual el doctor Anthony Kenny ha caracterizado como el *poder de adquirir poderes*. Es esta racionalidad radical lo esencial en el hombre y no creo que haya ningún motivo para negar su presencia en ningún tipo de animal humano. Este poder de adquirir poderes racionales, por supuesto, puede ser impedido por factores fisiológicos; pero aun cuando estas circunstancias que impiden sean innatas no tenemos ningún derecho a concluir la ausencia de racionalidad esencial. El cretinismo debido al funcionamiento defectuoso de la glándula tiroides por mucho tiempo supuso imbecilidad irremediable. Existen otras condiciones semejantes, una incapacidad congénita para metabolizar fenilalanina que diagnosticada fácilmente puede ser tratada adoptando una dieta libre de esta sustancia; un error congénito en el metabolismo del cobre que no se haya descubierto puede conducir a una concentración venenosa de cobre en el sistema nervioso; y así sucesivamente. Algunas de estas condiciones pueden ser tratadas y el daño a las capacidades racionales ser evitado; otras hasta este momento escapan a nuestro desarrollo médico, como el síndrome de Down (mongolismo). Acerca de éste último hay una gran cantidad de falsa información; muchas de las víctimas de este síndrome pueden desarrollar sus capacidades racionales más allá de lo que en otros tiempos pudiera ha-

<sup>21</sup> Robert SPAEMANN, *Ética: cuestiones fundamentales*, trad. de J. Yanguas, Eunsa, Pamplona, 1987, p. 86.

<sup>22</sup> Jesús BALLESTEROS, «Derechos humanos: ontología versus reduccionismos», cit., pp. 239-240.

cerlo un enfermo no tratado. Pero en cualquier caso no descubriremos ningún tratamiento si adoptamos la política de abortar niños diagnosticados antes de nacer con el síndrome de Down, o envenenándolos o dejándolos morir de hambre después de nacer, política adoptada por muchos doctores ingleses. La imposibilidad de alterar la constitución genética responsable del defecto no es relevante; otros defectos genéticos igualmente inalterables son bastante compatibles con un completo desarrollo intelectual si se adopta el régimen adecuado»<sup>23</sup>.

He citado el texto completo, a pesar de su extensión, porque pone claramente de relieve el significado del término «potencialidad». En resumen: me parece que es posible concluir que la dignidad humana tiene su raíz en la *potencialidad de ser autoconsciente y libre*. Y este es el núcleo de la cuestión: si el hombre tiene derechos, es decir, facultades que exigen con fuerza ser respetadas por cualquier otro sujeto, los tiene precisamente por virtud de esa radical dignidad. Dado que el entendimiento y la voluntad son las notas que distinguen esencialmente al hombre de los demás seres de la Naturaleza y, por tanto, el fundamento de la peculiar dignidad del hombre, a la exigencia de hacer posibles estas cualidades humanas se habrá de atender si se quiere describir cuáles son los derechos humanos. Pero, por otro lado, el atributo que basta para identificar al hombre concreto como portador de tal dignidad no es la presencia real y efectiva de las capacidades o habilidades correspondientes a un desarrollo psicológico normal, sino la potencialidad de llegar a disponer de ellas: la titularidad de los derechos humanos se extiende en consecuencia a todos los sujetos dotados de semejante potencialidad, en definitiva a todo hombre, incluso si todavía no ha nacido o si por razones fisiológicas se halla privado fácticamente de tales habilidades.

Pero ¿exigen tales derechos, que se fundan en la dignidad humana, ser respetados incluso por el propio sujeto titular de los mismos?, esto es, ¿son inalienables? Mi respuesta sería afirmativa, pues entiendo que la dignidad le es impuesta al hombre inexorablemente: el hombre no puede renunciar a tal atributo, ni es libre para ser o no ser hombre, para tener o no tener una dignidad que él mismo no se ha conferido. Y esta inexorabilidad de la dignidad humana implica, concretamente, que el Derecho no puede permitir que el hombre se prive de su dignidad. Existirían al menos tres razones que justificarían este modo de pensar:

a) La experiencia cotidiana nos muestra que el hombre se halla abierto esencialmente al otro, a los demás, necesita al otro: se halla inmerso en una relación social de la que no le es posible prescindir. La socialidad o exigencia ontológica del otro aparece pues como un rasgo constitutivo esencial del ser del hombre<sup>24</sup>, del que

<sup>23</sup> Peter GEACH, «El hombre es "animal racional": acerca de una definición», Ponencia presentada a las XXV Reuniones Filosóficas organizadas por la Facultad de Filosofía y Letras de la Universidad de Navarra, Pamplona, 1988, p. 6. Por cierto que las reflexiones de Geach sirven para refutar la tesis de la profesora Diana Meyers, según la cual, para determinar si una persona es titular de derechos inalienables, debe ser analizado si es capaz de obrar moralmente: «Como los procedimientos de diagnóstico son notoriamente falibles y la negación errónea de los derechos inalienables de una persona puede ser catastrófica... —afirma Meyers—, habrá que requerir una prueba irrefutable de la incompetencia moral de una persona antes de que puedan ser negados sus derechos inalienables» (MEYERS, cit., p. 141); *a sensu contrario*, queda claro que si se tiene esa prueba de la incompetencia moral —por darse una total ausencia de la capacidad de conocer y de querer—, la persona queda desprovista de sus derechos inalienables, tesis que en absoluto puede ser admitida desde la concepción de la dignidad humana expuesta en estas páginas.

<sup>24</sup> Cfr., entre otros, Martin HEIDEGGER, *Sein und Zeit*, Max Niemeyer, Tübinga, 1927, pp. 126 ss.; Jesús BALLESTEROS, *Sobre el sentido del Derecho*, Tecnos, Madrid, 1984, pp. 125 ss.

deriva precisamente la razón de ser del Derecho: el Derecho existe, en pocas palabras, porque el hombre es un ser social. Pues bien, esta condición ontológica del hombre implica que la persona no es propietaria de su dignidad como lo puede ser de un objeto material cualquiera; el hombre está obligado moralmente a respetar su dignidad, pues —debido a la socialidad— existe una titularidad compartida de todos los otros sobre mi propia dignidad; por eso, si el Derecho quiere respetar ese rasgo antropológico —que es en el que se fundamenta— ha de impedirme atentar contra mi dignidad, pues ello significaría tanto como atentar a la socialidad y a la titularidad compartida de todos los otros sobre mi dignidad<sup>25</sup>.

b) En un plano más práctico, habrá que afirmar que, si una persona atenta contra su dignidad, ello significa atentar contra los deberes jurídicos que le pueden ligar eventualmente a otras personas (un padre tiene deberes frente a sus hijos, un deudor frente a sus acreedores, una persona casada frente a su cónyuge...), deberes cuyo cumplimiento se vería dificultado o imposibilitado si la persona pierde los atributos que configuran su dignidad.

c) La tercera razón nos la brinda de nuevo Kant, en el párrafo sexto de la *Metafísica de las costumbres*, en el que se ocupa de la ilicitud del suicidio: independientemente de los deberes concretos que pueden ligar a una persona con otras, y tomando como punto de referencia la persona contemplada en sí misma, «el hombre no puede privarse de su personalidad en tanto esté unido por obligaciones, y en consecuencia mientras viva, y es una contradicción tener la facultad de librarse de toda vinculación»<sup>26</sup>. Este argumento —con el que Kant rebate la tesis según la cual *volenti non fit iniuria*— es distinto del anterior: allí se contemplaban los deberes concretos que una persona puede tener eventualmente frente a otros en un momento dado; aquí la óptica es distinta: con independencia de tales deberes concretos, el hombre, en cuanto sujeto de Derecho y destinatario del orden jurídico, se halla esencialmente vinculado por obligaciones, y esta vinculación impide que pueda privarse voluntariamente de su dignidad. Por ello, destruirse a sí mismo como sujeto de Derecho equivale a destruir el Derecho mismo en tanto se halla presente en uno, y esto obviamente no puede ser permitido por el Derecho.

Así pues, la dignidad del hombre es, ciertamente, inalienable. El hombre no puede renunciar ni desposeerse de ella. Por tanto, no puede desposeerse tampoco de los derechos humanos, que se fundan en la dignidad humana. Los derechos humanos son, pues, inalienables.

### III. UN CATÁLOGO DE DERECHOS HUMANOS

Como se ha señalado anteriormente, de la explicación de la dignidad humana como potencialidad de ser autoconsciente y libre puede ser derivado el catálogo de los derechos humanos. En efecto, para que tal potencialidad llegue a realizarse es preciso, en primer lugar, que el hombre tenga existencia biológica; en segundo lugar, que se halle en condiciones normales de salud física y mental; en tercer lugar, que tenga la posibilidad de autodeterminarse y no se vea forzado a ejecutar los dictados de otra persona. Existirían, pues, de entrada tres derechos inalienables:

<sup>25</sup> Una argumentación parecida se contiene —referida específicamente al derecho a la vida— en el interesantísimo artículo de Francesco VASALLA «Diritto alla vita e diritto sulla vita», *Rivista Internazionale de Filosofia del Diritto*, 65 (1988), p. 19.

<sup>26</sup> Immanuel KANT, *Metaphysik der Sitten*, Tugendlehre, § 6, en *Werke*, cit., p. 555.

1. El derecho a la vida. Este derecho proscribía tanto los atentados directos contra la vida, como el atentado indirecto que viene dado por la situación de absoluta miseria en que se encuentran quienes no cuentan siquiera con el mínimo de subsistencia.

2. El derecho a la salud y a la integridad física. Comprende el derecho a la integridad corporal; el derecho a la satisfacción de las necesidades materiales básicas —alimentación, vestido, vivienda—; y el derecho a un tratamiento médico adecuado. La idea que se encuentra en el fondo de este derecho inalienable es la expresada con toda claridad por Gabriel Marcel, en su escrito *Ser y tener*: «Mi cuerpo es una cosa de la que no puedo disponer en el sentido absoluto del término, porque al hacerlo la introduciría en un estado en el que ya no tendría ninguna posibilidad de disponer de él. Esta disposición absoluta es en realidad un abuso»<sup>27</sup>.

3. El derecho a las libertades personales. Este derecho comprende toda una serie de libertades específicas que tienen en común la garantía de la autodeterminación, esto es, la garantía de que los actos que la persona realiza los lleva a cabo de modo consciente y libre: el derecho a la libertad ideológica y religiosa, a la libertad de expresión, a la libertad de residencia y circulación, el derecho de reunión, el derecho de asociación, el derecho a la participación política, etc. Dado que el ejercicio de las libertades se encuentra con frecuencia condicionado por factores de carácter socioeconómico y cultural, este derecho se halla íntimamente relacionado con el derecho a la satisfacción de las necesidades materiales básicas, que se engloba dentro del contenido del anterior; y exige como uno de sus componentes el derecho a la educación y la cultura, de tal modo que se remuevan los obstáculos de carácter cultural que impidan o dificulten la efectividad práctica de las libertades.

Una nueva profundización en el concepto de dignidad humana permitirá, sin embargo, añadir al catálogo anterior un cuarto derecho. Hasta ahora, las reflexiones en torno al concepto de dignidad humana me habían llevado a formular la siguiente tesis: la dignidad humana es aquello que eleva al hombre por encima de los demás seres, y tiene su raíz en la potencialidad —exclusiva del hombre— de ser autoconsciente y libre. Añadiré ahora que esa elevación no cabe concebirla sin embargo en términos de legitimación para el dominio absoluto de los demás seres, sino más bien en términos de apertura y servicio. En efecto, si la experiencia cotidiana muestra que el hombre se halla abierto esencialmente al otro, esa misma experiencia hace ver que el hombre —como ha sido subrayado, entre otros, por Heidegger y Marcel— es también esencialmente «ser en el mundo»<sup>28</sup>, esto es, que junto a la apertura al otro cabe señalar como rasgo antropológico constitutivo la apertura a la realidad natural en general. Ése es el sentido de la elevación del hombre en que consiste la dignidad humana, y de ahí deriva que la propia dignidad humana exige que el hombre trate con respeto a la Naturaleza: el hombre tiene una dignidad peculiar que le sitúa por encima de los demás seres y que le obliga a abrirse a ellos, a reconocerlos como lo que son y a servirlos, pudiendo también servirse de ellos para su propia utilidad, siempre y cuando esta conducta tenga una justificación y se realice con el debido respeto. El respeto a la Naturaleza es, pues, una exigencia esencialmente im-

<sup>27</sup> Gabriel MARCEL, *Être et avoir*, Aubier-Montaigne, París, 1935, p. 120.

<sup>28</sup> Martin HEIDEGGER, *Sein und Zeit*, cit., pp. 52 ss.; Gabriel MARCEL, *La dignité humaine et ses assises existentielles*, Aubier-Montaigne, París, 1964, pp. 65 ss. Sobre la tesis de Marcel, cfr. Encarnación FERNÁNDEZ RUIZ-GÁLVEZ, *Gabriel Marcel: un pensador no individualista de la sociedad abierta*, tesis doctoral, Universidad de Valencia, 1988, especialmente pp. 146-147.

plicada en la dignidad humana; en esta tesis ha insistido acertadamente el profesor Robert Spaemann, quien, en su escrito *Teleología natural y acción*, escribe por ejemplo: «Para el futuro todo dependerá de si somos capaces de ver en las fronteras fijadas por la Ecología para la expansión de nuestro dominio sobre la Naturaleza algo así como un límite razonable, un *telos*; un límite cuyo respeto nos lleva a la realización de lo que somos propiamente como hombres»<sup>29</sup>. Como él mismo ha escrito, la formulación kantiana del imperativo categórico —«obra de tal modo que trates a tu persona y a la de los demás nunca solamente como un medio, sino siempre al mismo tiempo como un fin»— puede transformarse adecuadamente en «obra de tal modo que no consideres nada en el mundo meramente como medio, sino siempre al mismo tiempo también como fin»<sup>30</sup>.

Así pues, si el respeto a la Naturaleza está esencialmente implicado en la dignidad humana, y es la dignidad humana la que funda los derechos humanos, cabrá pues formular un cuarto derecho: el derecho al medio ambiente, que consiste en el derecho a disfrutar de un medio ambiente ni alterado ni destruido, sano, adecuado para el esparcimiento y sin riesgos potenciales. Se trata, como los anteriores, de un derecho inalienable: esto es, de un derecho —conviene repetirlo— cuyo titular no está obligado a ejercer, pero sí a conservar; por tanto, si en algún momento la abstención de ejercer el derecho equivale materialmente a su pérdida total o parcial, en tal caso el titular sí está obligado al ejercicio del derecho.

La formulación de un catálogo de derechos humanos a partir del concepto de dignidad humana, tal y como se ha expuesto aquí, puede chocar sin embargo con una objeción importante: el carácter histórico, y por tanto dinámico y abierto, de los derechos humanos —que ha sido destacado por diferentes autores<sup>31</sup>— excluiría la posibilidad de establecer un catálogo cerrado e inmutable de éstos. La necesaria atención del Derecho a las circunstancias históricas —entendidas, con Llompert, tanto en el sentido de «historicidad horizontal» como en el de «historicidad vertical»<sup>32</sup>, es decir, tanto en el sentido de diferentes circunstancias temporales como en el de diferentes circunstancias espaciales— habría de influir también en los derechos

<sup>29</sup> Robert SPAEMANN, «Naturteleologie und Handlung», *Zeitschrift für Philosophische Forschung*, 32 (1978), p. 492; cfr. pp. 481 ss.

<sup>30</sup> Robert SPAEMANN, *Lo natural y lo racional...*, cit., p. 103. Más abajo el autor continúa explicando: «arrancar una cosa natural del lugar en que se encuentra por naturaleza y en el que puede ser lo que es por naturaleza, para situarla en un contexto de objetivos que le son extraños y exteriores —la mayor parte de las veces al precio de su aniquilación— es algo que necesita siempre ser justificado. Y en esta justificación debe ser considerado como un bien el ser específico de dicha cosa, con independencia del "rango" de su ser. Así, por ejemplo, necesitan justificación los experimentos con animales, y el dolor de un animal debe ser tenido en cuenta como un factor más a la hora de ponderar los distintos bienes que están en juego.»

<sup>31</sup> Cfr., entre otros, Eusebio FERNÁNDEZ, *Teoría de la justicia...*, cit., p. 111; José LLOMPART, «La historicidad de los derechos humanos», *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, 12 (1972), n.º 2, pp. 131 ss.; Antonio Enrique PÉREZ LUÑO, «Concepto y concepciones de los derechos humanos», *Doxa*, 4 (1987), pp. 47 ss. Desde el punto de vista de las teorías de las necesidades y su conexión con la fundamentación de los derechos humanos, ha abordado también la cuestión de la historicidad María José ANÓN ROIG, *Teorías sobre las necesidades y su proyección en teoría de derechos. Especial atención al modelo de Agnes Heller*, tesis doctoral, Universidad de Valencia, 1988; «Aunque desde luego, como acabamos de ver, en nuestra opinión las necesidades están dotadas de cierta objetividad, ello no es óbice para que reconozcamos que las condiciones que de hecho permiten que surja la conciencia colectiva que hace posible su reconocimiento y exige su satisfacción en forma de derechos son históricas... En la medida en que las necesidades constituyan razones que pueden fundamentar derechos, el catálogo de los mismos no puede ser cerrado» (pp. 606-607).

<sup>32</sup> José LLOMPART, cit., p. 133.

humanos, lo que llevaría consigo que no sólo la interpretación de los contenidos de cada derecho, sino el propio catálogo de éstos, podría estar abierto al cambio —y, concretamente, ampliarse con la incorporación de nuevos derechos— si la evolución histórica permite reconocer nuevas exigencias implicadas en la dignidad humana. Estoy de acuerdo con este argumento, pero entiendo que es perfectamente conciliable con el punto de vista anteriormente expuesto: concretamente, los cuatro derechos antes señalados —que serían la traducción de las exigencias esenciales de la dignidad humana— deben ser entendidos como derechos de carácter global, que comprende en su seno toda una serie de derechos de contenido específico; sobre estos últimos es sobre los que se proyecta la nota de la historicidad, de modo que la relación de derechos de contenido específico que se comprenden dentro de cada uno de los derechos globales puede cambiar y, concretamente, ampliarse, de acuerdo con la evolución histórica. Y, de hecho, si se analiza con detenimiento cualquiera de las declaraciones de derechos contenidas en los textos constitucionales o en los acuerdos internacionales sobre derechos humanos, se podrá comprobar como la totalidad de los derechos reconocidos en tales documentos pueden ser encuadrados en uno de los cuatro derechos globales aquí enumerados.

#### IV. ORIENTACIONES PARA EL DERECHO POSITIVO

Una teoría acerca de la inalienabilidad de los derechos fundamentales ha de tener como consecuencia lógica la elaboración de propuestas concretas capaces de orientar al Derecho positivo. Sin embargo, esa tarea excede por su amplitud el propósito de estas páginas, pues las consecuencias que se desprenderían de una auténtica configuración jurídico-positiva de los derechos inalienables serían muy abundantes. En los párrafos siguientes se esbozan pues simplemente algunas de las consecuencias prácticas de la construcción teórica aquí ofrecida, planteando por tanto problemas cuyo desarrollo en profundidad remite a nuevos estudios. Se abordarán en primer lugar las cuestiones relacionadas con la prohibición de disponer jurídicamente, y a continuación las conectadas con la prohibición de disponer físicamente.

Como ya se ha señalado repetidamente en estas páginas, la inalienabilidad de un determinado derecho excluye la disposición jurídica del bien que constituye su objeto. Ello implica, entre otras consecuencias, que la libertad de contratación —establecida en nuestro Derecho por el artículo 1.255 del Código Civil, en los siguientes términos: «Los contratantes pueden establecer los pactos, cláusulas y condiciones que estimen por conveniente, siempre que no sean contrarias a las leyes, a la moral, ni al orden público»— debe quedar limitada por la inalienabilidad de los derechos, que por tanto no pueden ser objeto de contratación. No puede contratarse, pues, sobre la vida, ni sobre el cuerpo, ni sobre el medio ambiente: si así fuese, estaríamos ante el supuesto del artículo 1.271 CC, según el cual «pueden ser objeto de contrato todas las cosas que no están fuera del comercio de los hombres»; *a sensu contrario*, no pueden serlo las que están fuera del comercio.

En el ámbito de la contratación laboral, la imposibilidad de disponer de los derechos se encuentra expresamente establecida por el artículo 3.5 del Estatuto de los Trabajadores: «Los trabajadores no podrán disponer válidamente, antes o después de su adquisición, de los derechos que tengan reconocidos por disposiciones legales de derecho necesario»; este precepto constituye pues una garantía de la inalienabilidad de los derechos fundamentales, si bien en una rama particular del Derecho. En los restantes campos, puede llegarse a idéntica conclusión con base en el artícu-

lo 10.1 de la Constitución, al establecer éste como «fundamento del orden político y de la paz social» la dignidad de la persona y los derechos que le son inherentes.

La imposibilidad de contratar sobre los bienes que constituyen el objeto de los derechos inalienables habría de influir notablemente en el tratamiento jurídico-positivo de una cuestión de relevante actualidad: la inseminación artificial. Independientemente de otras posibles objeciones a las «nuevas formas de reproducción», como han sido denominadas, parece que la consideración del derecho al cuerpo como derecho inalienable habría de impedir la comercialización de cualesquiera objetos y funciones corporales, y por tanto vedaría prácticas como la adquisición de semen extraño en bancos establecidos al efecto, o el alquiler de una mujer —como si de un servicio cualquiera se tratara— como «madre portante». A esta conclusión puede también llegarse a partir del artículo 10.1 de la Constitución, como ya ha sido sugerido entre nosotros por Jaime Vidal: para él, el citado precepto constitucional «desautoriza cualquier práctica genética que no tenga en cuenta la dignidad de la persona como centro de gravedad, y veda cualquier comercio que pudiera entablarse en la materia que aquí nos ocupa (caso de las llamadas “madres sustitutas”, ventas de semen, etc.)»<sup>33</sup>.

En cuanto a la imposibilidad de disponer jurídicamente de los derechos inalienables, ello tiene importancia ante todo por lo que respecta a los derechos a la vida y el medio ambiente, en los cuales existen supuestos en que el no-ejercicio del derecho equivale a su pérdida; en tales supuestos, la abstención de ejercer el derecho por parte de su titular es un acto de disposición física que debe quedar excluido como antijurídico. Una visión semejante se encontraría en efecto en la base del artículo 514 del Código Penal, que tipifica el auxilio al suicidio; la desaparición de este tipo penal y la consiguiente legalización de la eutanasia significaría pues una desprotección del derecho a la vida, y no podría ser admitida si se reconoce la inalienabilidad de los derechos<sup>34</sup>. No parece pues consistente hablar —como hace Kaufmann— de un supuesto «derecho de autodeterminación del paciente» acerca del final de su vida<sup>35</sup>. Por lo demás, no sólo debe ser considerado antijurídico el auxilio al suicidio, sino también el suicidio mismo y, por tanto, el intento de suicidio; así como las autolesiones (en este supuesto debe ser englobada también la esterilización voluntaria irreversible). Otra cosa es que, por razones de política criminal, en un determinado momento no se considere oportuno tipificar como delitos estos actos e imponerles la consiguiente sanción penal; pero debe quedar claro su carácter antijurídico, y por tanto es igualmente posible, y no puede quedar excluida de principio, su tipificación penal.

Finalmente, el carácter inalienable del derecho al medio ambiente debe ser tam-

<sup>33</sup> Jaime VIDAL MARTÍNEZ, *Las nuevas formas de reproducción humana*, Cívitas, Madrid, 1988, p. 26. Este libro ofrece un tratamiento global de las formas de reproducción desde la perspectiva jurídica: se trata, por tanto, de un trabajo de gran interés en relación con los problemas sucintamente aludidos en el texto.

<sup>34</sup> Sobre la eutanasia, cfr. Francesco VASALLA, «Diritto alla vita e diritto sulla vita», cit., *passim*, que formula consistentes argumentos en contra de su licitud desde bases semejantes a las aquí propuestas.

<sup>35</sup> Cfr. Arthur KAUFMANN, «¿Relativización de la protección jurídica de la vida?», en varios autores, *Avances de la Medicina y Derecho Penal*, PPU, Barcelona, 1988, pp. 41-55. Kaufmann basa su postura favorable a la legalización del «homicidio a petición» precisamente en ese pretendido «derecho de autodeterminación del paciente», que —por las razones expuestas a lo largo de todo el texto— no creemos que pueda sostenerse. Por supuesto que «la lesión del derecho de autodeterminación del paciente es intolerable en una sociedad liberal» (p. 50); pero es justamente la concepción liberal la que queda en entredicho desde la posición aquí expuesta.

bién objeto de reflexión, sobre la base de que nunca debería ser permitida por el Derecho aquella conducta que suponga una destrucción irreparable del medio ambiente, aun cuando reciba el consentimiento actual de los sujetos más directamente afectados. Determinar cuáles son las conductas que ocasionan tales desastres irreparables constituye una cuestión de orden técnico; en todo caso, este punto de vista constituiría desde luego un argumento fuerte frente a las centrales nucleares y las industrias altamente contaminantes, aun en los casos —repito—, en que los sujetos más directamente afectados den su consentimiento a la instalación de tales establecimientos.

## FUNDAMENTACIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS Y NECESIDADES BÁSICAS

MARÍA JOSÉ AÑÓN ROIG

### I. INTRODUCCIÓN

El marco en el que me propongo este acercamiento a las necesidades humanas básicas es el de la fundamentación de los derechos humanos. Es de todos conocido que negar virtualidad a este examen se ha convertido en un tópico para un sector de la doctrina, pero con la misma intensidad se ha defendido, por parte de otros, que cualquier intento de aproximación al terreno de los derechos humanos lleva implícito tomar como punto de partida la posibilidad y necesidad de justificar o fundamentar los derechos del hombre, bien que ni absoluta ni definitivamente, pero sí tratando de formular criterios y presupuestos racionales que presten una adecuada atención a la realidad social. Así pues, este análisis constituye ya una opción: implica partir de la idea de que renunciar a él supone limitar injustificadamente la perspectiva de acercamiento a los derechos humanos o, en cualquier caso, soslayar una de sus dimensiones constitutivas. Por otro lado, a nadie puede sorprender esta implicación ya que ha sido puesta de relieve por parte de numerosos autores y aparece siempre presente no sólo cuando se habla de los derechos humanos como expresión de necesidades básicas y de éstos como concreción histórica de la idea de justicia en la actualidad, sino también cuando se hace referencia a postulados o principios como los de igualdad o libertad en los modelos sociales de nuestro contexto. Y no es que «antes», obviamente, no hubiera necesidades básicas, sino que ha llegado un momento en el que la apelación a las necesidades —a pesar de la «crisis» del modelo de Estado del bienestar— constituye un criterio de primer orden en la toma de decisiones políticas, económicas, culturales, ideológicas y, desde luego, jurídicas, porque, aunque la apelación a las necesidades no presupone el bienestar, contribuye al razonamiento sobre el tipo de título que proveen las necesidades.

Ahora bien, proponer una fundamentación de los derechos humanos a partir de las necesidades básicas exige tener en cuenta una serie de precisiones que, en parte, van a delimitar este análisis:

a) Este planteamiento trata de evitar, en primer lugar, uno de los riesgos que pueden darse, como decía, en todo intento de fundamentación. Me refiero a la búsqueda de una justificación de carácter absoluto, que puede entenderse al menos en dos sentidos. De un lado, la búsqueda de un único factor que tenga una capacidad justificatoria suficiente para explicar los demás factores o realidades y que de algún modo termina por reducir la multiplicidad de lo real a un único elemento del que por derivación puede determinarse y explicarse el resto de las objetivaciones sociales. De otro lado, la pretensión de que el criterio fundamentador sea definitivamente resolutorio, es decir, que tal fundamento tenga una capacidad de convicción total y, por tanto, sería válido ilimitadamente en el espacio y en el tiempo.

b) En segundo lugar hay que tener en cuenta que el reconocimiento del carácter plural y multilateral de las objetivaciones sociales no implica, en absoluto, rechazar

la búsqueda de algún tipo de fundamento. Ahora bien, sería una ingenuidad y desde luego, en mi opinión, un error tratar de proponer la categoría de necesidades básicas como la tercera vía para salir de la polémica en torno al fundamento de los derechos que han protagonizado y aún protagonizan posiciones iusnaturalistas y positivistas. La teoría de las necesidades no es una solución excluyente de otras hipótesis que puedan contribuir a argumentar consistentemente los derechos humanos. El «fracaso» de una única teoría para dar cuenta del problema de la fundamentación no prueba el carácter desesperado de dicha empresa. Por el contrario, precisamente el recurso a las necesidades básicas, que no es contradictoria ni excluye la pluralidad de objetivaciones —como indicarían otros, el multiculturalismo—, constituye una razón para continuar en esta tarea, que no por abierta es menos sugerente.

c) Finalmente, insistir en que nos encontramos en el nivel de la fundamentación, la justificación o la pregunta por la razón de ser o el sentido de unos derechos que son considerados como imprescindibles y básicos. Es decir, que distinguimos entre el concepto y el fundamento de los mismos y que, aun cuando las cuestiones conceptuales sobre los derechos humanos están conectadas muy estrechamente con la justificación de los mismos y en algunos casos resulta difícil su separación, es conveniente separar ambos planos. Sin embargo, hay que advertir que éste es un problema que aún se encuentra sometido a debate y cuyas consecuencias en el orden práctico son fundamentales. En este sentido, hay que remitirse al análisis de J. de Lucas<sup>1</sup> cuando pone de relieve las insuficiencias de una propuesta de carácter monista a este respecto y señala como salida más viable la aportación metodológica de las tesis dualistas, si bien tratando de evitar una separación artificial. Esto significa, a nuestros efectos, que es preciso distinguir dos niveles o dos tipos de cuestiones diferentes en virtud de un análisis conceptual o de carácter justificatorio. Que, no obstante, alguna nota o algún criterio que se dé en la justificación tendrá que darse también en el concepto si se quieren definir los derechos coherentemente con su fundamento y, que, como trataremos de mostrar, a pesar de esta última implicación, las necesidades básicas desempeñan su papel en el terreno de la fundamentación y no del concepto.

### II. PROPUESTAS DE FUNDAMENTACIÓN DE LOS DERECHOS DESDE LAS NECESIDADES

#### 1. PUNTOS DE PARTIDA

Entre quienes han tratado de establecer alguna relación entre la noción de necesidades y la de derechos, de forma que aquéllas los fundamenten, suele sostenerse la idea de que introducir el concepto de necesidades humanas referidas a los derechos más importantes o esenciales podría ser muy clarificador. En mi opinión, sin embargo, una de las cuestiones que aún permanece abierta es precisamente ésta, ya que el concepto de necesidades dista bastante de ser nítido e indiscutible. En otros trabajos<sup>2</sup> he comprobado las dificultades que se dan en orden a esa depuración concep-

<sup>1</sup> Cfr. J. DE LUCAS, «Algunos equívocos en torno al concepto y fundamento de los derechos humanos», en este volumen.

<sup>2</sup> Sobre este problema centré buena parte de mi tesis doctoral: «Teorías sobre las necesidades y su proyección en teoría de derechos. Especial atención al modelo de A. Heller», Universidad de Valencia,

tual, precisamente porque la primera característica de este concepto es su gran ambigüedad. De ella deriva, desde luego, buena parte de la carga sugestiva de esta noción, pero también su falta de determinación y sus límites difícilmente precisables.

Ante todo, conviene tener en cuenta qué objetivos, fines o criterios han propuesto quienes consideran que las necesidades constituyen un elemento fundamental de los derechos y, sobre todo, qué problemas planteados en el marco general de la pregunta por la posibilidad de fundamentar tales derechos creen posible superar a través de la apelación a las necesidades básicas. En términos generales, se ha sostenido que el recurso a las necesidades implica aceptar, en primer lugar, que en ellas se encuentra el soporte antropológico de los derechos humanos, de forma que reconocer, ejercer y proteger un derecho básico significa, en última instancia, que se pretende satisfacer una serie de necesidades, entendidas como exigencias que se consideran ineludibles para el desarrollo de una «vida digna». De este modo se explicaría la objetividad y el carácter generalizable del fundamento que, por otro lado, supera también el reduccionismo propio de la apelación a los deseos o intereses de los individuos que llevaría a un subjetivismo extremo. En segundo lugar, las necesidades constituirían además el contenido de valor que informa tales derechos, valores que, dada su inserción en la experiencia histórica, dan lugar a necesidades sociales y, por tanto, no quedan configurados como sistema cerrado y estático de principios absolutos situados en un ámbito independiente de la realidad social e histórica.

Pues bien, a la vista de lo anterior, debemos tratar de responder a dos cuestiones:

a) El primer problema que hemos de intentar poner en claro es, obviamente, el relativo a la propia noción de necesidades humanas básicas. Si tuviera que reseñar brevemente el estado de esta cuestión, diría que en todas las aportaciones conceptuales sobre las necesidades se ponen de relieve dos obstáculos: la dificultad de proporcionar una noción de necesidades que responda a las múltiples formas que adoptan en la vida cotidiana, y la ambigüedad del concepto unida a su carga persuasiva. Ciertamente, como ya he señalado, la idea de necesidad es sugestiva de un modo particular, de forma que el «hombre medio» entiende que encuentra en sí misma su fuerza justificatoria con proyecciones evidentes en el ámbito del lenguaje cotidiano cuando, por ejemplo, pensamos que no es lo mismo elegir algo y justificar dicha elección acudiendo al argumento de su carácter de «necesidad», que al argumento del deseo o del interés. Por si fuera poco, además de los problemas de determinación conceptual de las necesidades, de las dificultades relativas a su catalogación, jerarquización, etc., aún nos encontramos con otro problema añadido, relativo a la expresión «teoría de las necesidades». Normalmente al establecer la relación entre necesidades y derechos se habla de una teoría de las necesidades y, sin embargo, conviene que desechemos la idea de que vamos a encontrar una armazón teórica que responda a todas las cuestiones que se plantean con relación a las necesidades básicas, ni tampoco resulta posible reconducir todas las teorías que hasta ahora se han formulado compendiándolas en una sola.

Trataré de ofrecer un concepto de necesidades básicas que, en mi opinión, puede ser útil en orden a analizar el papel de las necesidades en la fundamenta-

1988, dirigida por J. de Lucas. Así como en «El sentido de las necesidades en la obra de A. Heller», *Sistema*, n.º 96, 1990, pp. 103-137, y J. DE LUCAS y M. J. ANÓN, «Necesidades básicas, razones y derechos», *Doxa*, 1990, pp. 55-81.

ción de los derechos humanos, aunque conviene advertir, desde luego, que aquí no es posible entrar en los problemas que plantea esta noción, sino sólo apuntar un perfil o unos rasgos básicos para su especificación. El punto de partida es desde luego, su carácter no intencional<sup>3</sup>: no elegimos nuestras necesidades y no es algo sobre lo que podamos tener una actuación positiva o no. Por ello entiendo que sólo lleva a confusión tratar de explicar las necesidades a partir de enunciados como «A necesita X en orden a V», es decir, explicar la existencia de una necesidad a partir del aquello que satisface esa necesidad o, dicho de otro modo, la obtención del fin que se pretende con la satisfacción de una necesidad, ya que la expresión «en orden a V» sugiere la idea de que A tiene razones para necesitar X. La realidad es que no sólo podemos no tener razones para necesitar algo, sino que no tenemos por qué tener razones para experimentar una necesidad. Dicho de otra forma, no tenemos por qué justificar nuestras necesidades con razones para decir que una necesidad existe.

Es posible establecer, por tanto, que una necesidad es una situación o estado siempre predicado de una persona y que tienen un carácter insoslayable para ella. A este respecto parece de enorme utilidad interpretativa el rasgo básico que, según Thomson<sup>4</sup>, define a las necesidades básicas: *inescapability*. Esto es, aquellas situaciones o estados que constituyen una privación de aquello que es básico e imprescindible y que, en consecuencia, nos pone directamente en relación con la noción de daño, privación o perjuicio grave para la persona. Claro está que esta idea exige superar la concepción del daño en términos de privación o frustración de aquello que deseamos. Estas situaciones en las que se encuentra la persona y respecto a las que no puede «escapar» están íntimamente relacionadas o repercuten directamente en la calidad de vida humana y tienen una característica fundamental que hace que podamos hablar de necesidad: el perjuicio o grave detrimento va a mantenerse exactamente en las mismas condiciones, salvo que esa situación se vea satisfecha, cumplida o realizada y no hay ninguna posibilidad alternativa de salir de ella. Por tanto, como señalan, por ejemplo, Thomson o Galtung<sup>5</sup> entre otros, no se trata de contratiempos, problemas o perjuicios pasajeros, sino de una «degeneración» permanente de la calidad de vida humana que se mantendrá en tanto no se obtenga una satisfacción. Si he optado por una noción de este tipo es porque, como advierte la mayor parte de autores que se han ocupado de este problema, la forma más viable de expresar el significado de una necesidad humana es la vía de la determinación negativa de sus rasgos básicos, aunque sea posible también acudir a un concepto «positivo», como el que ha elaborado, por ejemplo, Zimmerling<sup>6</sup>, cuando define necesidad del siguiente modo: «N es una necesidad básica para X si y sólo si, bajo las circunstancias dadas en el sistema sociocultural S en el que vive X y en vista de las características personales P de X, la no satisfacción de N le impide a X la realización de algún fin no contingente —es decir, que no requiere justificación ulterior— y con ello la persecución de todo plan de vida».

<sup>3</sup> Son muchos los autores que han tratado de distinguir entre el concepto de necesidades y otros conceptos afines, como deseos, aspiraciones o intereses. En este sentido es suficientemente ejemplificativa la posición de D. WIGGINS cuando escribe: «a diferencia de desear o querer, necesitar obviamente no es un verbo intencional. Lo que necesito no depende del pensamiento o del funcionamiento de mi cerebro..., sino de como es el mundo». «Claims of Needs», *Morality and Objectivity*, ed. T. Honderich, Londres, 1985, pp. 142-202.

<sup>4</sup> G. THOMSON, *Needs*, Londres, 1987, pp. 28-29.

<sup>5</sup> J. GALTUNG y A. WIRAK, *Human Needs, Human Rights and the Theories of Development*, Unesco, París, 1976, p. 43.

<sup>6</sup> R. ZIMMERLING, «Necesidades básicas y relativismo moral», *Doxa*, 1990, n.º 7, pp. 35-55.

En cualquiera de estas nociones siempre se dan criterios o rasgos que precisan una determinación o ponderación ulterior. Me refiero, en un caso, a la determinación de un «daño, perjuicio o detrimento grave para la persona» y, en otro, a la «realización de algún fin no contingente en la persecución de todo plan de vida». Sin embargo, éste es un dato fundamental de las necesidades básicas, pues, si bien es posible establecer índices que permitan expresar o delimitar una situación de necesidad y, por tanto, a partir de su carácter de insoslayabilidad y ausencia de «otra» situación alternativa que nos permiten hablar de criterios objetivos o, cuando menos, «objetivables», también es imprescindible tener en cuenta que se trata siempre de situaciones contextualizadas, como trataré de mostrar.

Por otro lado, hay que advertir, frente a las críticas relativas a los problemas de determinación de las necesidades básicas y su carácter «objetivable», que frecuentemente en este punto suelen confundirse las necesidades con los medios para su satisfacción. Por mi parte he tratado de distinguir ambos aspectos de la cuestión y atribuir los rasgos definitorios a las necesidades y no a las características de lo que se requiere para su satisfacción. Por tanto, hay que separar lo que puede ser un tipo de necesidad de los medios necesarios o suficientes para satisfacerla que dependen absolutamente de las circunstancias personales y del entorno social, cultural, climatológico, etc. Ahora bien, eso tampoco significa que podamos establecer de una vez por todas un listado de necesidades básicas. Éstas también pueden cambiar, y junto a las necesidades biológicas y psíquicas hay necesidades que dependen de las circunstancias sociales en que viven las personas y también pueden ser básicas o fundamentales. Esta cuestión remite directamente a los criterios que se han utilizado para distinguir diferentes categorías de necesidades humanas como pueden ser la de necesidades primarias y secundarias, básicas o instrumentales, derivadas o no derivadas, etc. No podemos entrar en detalles en estas clasificaciones, pero de la noción de necesidades que he propuesto cabe establecer una primera diferencia entre aquellas necesidades que serían básicas, situaciones o exigencias insoslayables para el ser humano y que no dependen de objetivos o proyectos de los sujetos, pues éstas constituirían necesidades instrumentales<sup>7</sup>, y que puede predicarse de una persona en cualquier circunstancia que ella se encuentre. Zimmerling señala, a este respecto, que serían aquellas características empíricas de los seres humanos mientras éstos sean lo que son<sup>8</sup>. Sin embargo, esta noción, que responde a la consideración de las necesidades como hechos empíricos cuya satisfacción, en circunstancias dadas, es imprescindible para preservar o restablecer la integridad de la persona, como criterios que constituirían el denominador común de la mayor parte de aportaciones sobre las necesidades, tiene algunas dificultades, ya que en ocasiones se han formulado las necesidades básicas a partir de un paradigma previo de naturaleza humana (aunque, desde luego, no parece el caso de Zimmerling), lo que tiene implicaciones importantes en la relación entre necesidades y derechos, o bien como soporte antropológico fundamental de los derechos humanos, incurriendo en falacia naturalista.

Finalmente y como he puesto de relieve con mayor detalle en el trabajo al que

<sup>7</sup> Puede verse, por ejemplo, el análisis de A. WHITE sobre las necesidades instrumentales. Es más, el núcleo del concepto de necesidades estriba en su carácter instrumental. «Needs and Wants», en *Proceedings of the Philosophy of Education Society of Great Britain*, Peters, Hirst y Sockett eds., Oxford, 1974, vol. VIII, pp. 160-162. En un sentido similar, A. FLEW señala que cualquier cosa que necesitamos no es necesaria por sí misma, sino como medio de satisfacción de otras funciones ulteriores, propósitos o fines. «Wants or Needs, Choices or Commands», en *Human Needs and Politics*, R. Fitzgerald ed., Pergamon, 1977, p. 216.

<sup>8</sup> R. ZIMMERLING, art. cit., p. 51.

me he referido con anterioridad, uno de los problemas fundamentales que se plantean en relación con las necesidades es el de su carácter normativo. A partir del debate que sobre este punto ha tenido lugar voy a retomar sólo los criterios que me parecen fundamentales para proseguir en este análisis. Por un lado, que la existencia de una necesidad es una cuestión separada o diferente de la satisfacción de esa necesidad: el primer paso consiste en constatar la existencia de una necesidad, y para ello pueden ser útiles los criterios mencionados. El segundo, plantearse si esa necesidad debe ser satisfecha o no. Por otro lado, que entre un paso y otro no cabe una relación de inferencia lógica, o una relación necesaria causal, aunque tampoco sea una relación meramente contingente. A este respecto se han formulado diversas tesis que han tratado de poner de relieve cómo la propia noción de necesidades traza un puente entre ser y deber ser porque su existencia contiene elementos fácticos y prescriptivos<sup>9</sup>. Mi opinión es que las necesidades nos proporcionan, fundamentalmente, argumentos para apoyar razones que parecen mejores o más fuertes que otras, cuando queremos exigir la satisfacción de las mismas. Este orden de cuestiones, esto es, si las necesidades dan lugar a «buenas razones» o razones suficientes para exigir su satisfacción y, de otro lado, si la exigencia de satisfacción de necesidades humanas básicas en una razón suficiente para el reconocimiento de derechos, pone en relación nuestro discurso con el ámbito de la razón práctica, que constituye, a su vez, el marco donde cabe plantearse el problema de la fundamentación. Por ello he tratado de explicar cómo es posible que, una vez que se ha demostrado la existencia de una necesidad, pueda argumentarse consistentemente que constituye una buena razón para su satisfacción.

b) En efecto, como se ha escrito reiteradamente, la cuestión de los derechos es un problema clave de la praxis y, por tanto, sobre ellos no cabe sino una reflexión práctica. De acuerdo con ello, el fundamento de los derechos humanos sólo puede encontrarse en el ámbito de la razón práctica que significa razón concreta y situada, contextual o, dicho con otros términos, razón «desde» y «para» la acción. De Castro<sup>10</sup> subraya, en este sentido, que una fundamentación no puede ser sino crítica y racional, es decir, el contenido de una argumentación orientada a descubrir razones que expliquen el sentido o el porqué de los derechos humanos y razones que conduzcan a la conclusión, también de una exigencia racional, de su reconocimiento.

Con todo ello se trata de poner de relieve que una de las vías tradicionales de fundamentación es la que trata de establecer la justificación de los derechos a partir de valores, y esa vía tiene entre otros inconvenientes que, en unos casos expresamente y en otros implícitamente, se recurre al planteamiento clásico de inferencia, como si fuera posible la deducción. Sin embargo, este procedimiento, aunque se apele únicamente a valores, no está exento de dificultades metodológicas. Como es

<sup>9</sup> Sobre este punto puede verse la polémica entre P. W. TAYLOR, «Needs Statements», *Analysis*, n.º 19-20, 1960, pp. 105-111, y K. NIELSEN, «On Human Needs and Moral Appraisals», *Inquiry*, n.º 5-6, 1962-1963, pp. 170-186. Así como la crítica a estas posiciones por parte de P. SPRINGBORG, *The Problem of Human Needs and The Critique of Civilisation*, Londres, 1981; R. FITZGERALD, «Needs as a concept», *Human Needs and Politics*, cit., donde concluye que, aun cuando la idea de necesidades contenga elementos de ambos tipos, no provee ningún vínculo entre ellos, ya que es un error considerar que la relación sea lógica, racional, razonable o necesaria. En consecuencia, que la relación es problemática por las connotaciones emotivas del término y sobre ella no cabe decir nada racional.

<sup>10</sup> B. DE CASTRO, «La fundamentación de los derechos humanos», en *El fundamento de los derechos humanos*, Debate, Madrid, 1989, p. 123.

sabido, se han mostrado como insuficientes los intentos de fundamentación de los derechos humanos a partir de la derivación directa o la implicación de determinados datos previos, criterios o valores. Así se probaron las dificultades de los intentos iusnaturalistas de carácter objetivo para fundamentar los derechos. Un modelo como el que en la actualidad ejemplifica, por ejemplo, la obra de Finnis<sup>11</sup>, expresaría este paso del siguiente modo: los valores que fundamentan los derechos humanos son aspectos del bienestar de los hombres concretos, formas básicas del realizarse humano, bienes que han de ser perseguidos porque correspondan al plan de realización de la persona humana, pero que se encuentran en un nivel premoral, que constituyen bienes en sí y, por tanto, son el sustrato evaluativo de todos los juicios morales. De modo que todo derecho sería expresión de ese orden objetivo de valores. Como señala Pérez Luño<sup>12</sup>, Lachance y Finnis hacen derivar los derechos humanos de la ley natural y de su necesaria subordinación al bien común, y de ahí la estricta correspondencia entre derechos y deberes del hombre.

En cualquier caso, lo que parece preciso destacar no son sólo las dificultades que surgen en las fundamentaciones de tipo iusnaturalista que apelan a un orden de valores objetivo, intemporal y universal, sino de la propia implicación por vía directa, a través del procedimiento deductivo, de valores y derechos, habida cuenta de las críticas a las que deben hacer frente tales fundamentaciones deductivas que se presentan como concluyentes, es decir, racionalmente incuestionables, que, en definitiva, lo que tratan de hacer es saltar el vacío entre lo fáctico y lo normativo, deduciendo prescripciones de propiedades naturales o preferencias individuales. Parece preciso admitir, como pone de relieve Camps<sup>13</sup>, que el catálogo de derechos humanos no ha procedido por deducción lógica de los tres valores o exigencias reconocidas como básicas, sino que ha intervenido de modo fundamental un conjunto de circunstancias históricas constatables. Propuesta que remite inmediatamente a la posición de Peces-Barba<sup>14</sup> respecto a la teoría de los derechos humanos, cuando enfatiza la implicación entre cualquier fundamentación de carácter racional y su dimensión histórica, es decir, situada. Los derechos humanos y la fundamentación de estos derechos no puede comprenderse sin contextualizar los principios y exigencias básicos. Cuando confrontamos los derechos con la realidad, continúa Camps, se ponen de relieve muchas variables que, desde luego, no son sólo éticas, sino también económicas, políticas, culturales o sociales. Esta perspectiva relacional o contextualizada exige tomar como punto de referencia para comprender el desarrollo de esos derechos y su razón de ser la triple esfera en la que tienen lugar: la jurídica, la moral y la económico-política, y, por tanto, su fundamento sólo puede situarse en el entramado de estos tres ámbitos.

En un sentido diferente, la reivindicación de la razón práctica, en este punto, no coincide exactamente con la ética comunicativa o discursiva o, dicho en otros términos, con la apelación al consenso en la fundamentación de los valores y con posterioridad de los derechos. Como ha puesto de relieve, entre otros, especialmente Mu-

<sup>11</sup> J. FINNIS, *Natural Law and Natural Rights*, Oxford, 1980, pp. 198, 205, 225.

<sup>12</sup> A. E. PÉREZ LUÑO, *Derechos humanos, Estado de Derecho y Constitución*, Tecnos, Madrid, 1984, p. 143.

<sup>13</sup> V. CAMPS, «El descubrimiento de los derechos humanos», en *El fundamento de los derechos humanos*, cit., p. 115.

<sup>14</sup> De la vasta bibliografía de G. PECES-BARBA sobre el tema, me remito aquí únicamente a dos trabajos: «Sobre el puesto de la historia en el concepto de los derechos fundamentales», *Antuario de Derechos Humanos*, n.º 4, 1986, pp. 219-258, y «Sobre el fundamento de los derechos humanos», en *El fundamento de los derechos humanos*, cit., pp. 265-288.

guerza<sup>15</sup>, un consenso de carácter fáctico no puede encontrar en sí mismo un fundamento racional, dado que la facticidad de los posibles acuerdos no sería por sí sola garantía de su racionalidad o, en todo caso, podría justificar cualquier tipo de acuerdo. De modo que un consenso de este tipo sólo podría alcanzar el *status* de «racional» si se asemeja, en su procedimiento de obtención, al consenso ideal o «contrafáctico». Habermas sostiene, en este sentido, que el fundamento de una norma se encuentra en el consenso obtenido a través de un discurso racional, consenso que será racional si se cumple una serie de condiciones hipotéticas procedimentales que difícilmente pueden darse en la realidad. Pero ningún discurso puede abocar a un verdadero consenso a menos que los participantes compartan como mínimo un valor, norma o principio antes de entrar en el discurso. La «norma fundante» no está implícita en la argumentación, sino que es anterior a ella. Así, el discurso no genera un verdadero consenso a menos que esté guiado por el «principio fundamental de universalización». De ahí que se haya convertido en un tópico hablar de «comunidad ideal de comunicación» como «comunidad angélica» poco implicada en los conflictos humanos. No obstante, precisamente desde estas premisas se ha apuntado, en ocasiones, la apelación a necesidades e intereses. Éstos serían éticamente relevantes en cuanto exigencias interpersonales comunicables o, dicho de otro modo, precisan ser expresados lingüísticamente para poder ser compartidos por la vía de la comunicación, y entonces la voluntad de aceptación de las normas estará informada por necesidades e intereses. Sin embargo, las necesidades e intereses, como argumenta Heller<sup>16</sup> frente a Habermas, están informados a su vez por valores, de forma que sólo se puede salir de este círculo si se sostiene que el discurso debe ser llevado entre valores partiendo de un «consenso de orden superior» sobre la validez incondicional y absoluta de al menos un valor. Este valor del consenso de orden superior debe darse, según Heller, «por supuesto y como algo evidente de por sí, pues tiene una fuerza normativa superior al razonamiento». Siguiendo este criterio, una discusión sobre las necesidades no abocaría a un consenso, sino sólo a un compromiso racional. Sobre este punto tendremos ocasión de volver al analizar el planteamiento de las relaciones entre necesidades y valores y de los intentos de fundamentación intersubjetiva de los derechos humanos que arrancan de dicha vinculación.

## 2. SOBRE LAS PROPUESTAS DE FUNDAMENTACIÓN DE LOS DERECHOS DESDE LAS NECESIDADES

Una vez establecidos, si bien muy someramente, los parámetros básicos desde los que entiendo que resulta posible analizar algunas de las proyecciones de las necesidades básicas respecto a los derechos humanos, voy a centrarme únicamente en algunas propuestas desde las que se han formulado argumentos en favor de la relación entre necesidades y derechos y en las que subrayaré aquellas dificultades que —en orden a la fundamentación— parecen superarse frente a otras propuestas con el establecimiento de este enlace, señalando también obviamente los problemas que se plantean en estas concepciones.

En mi opinión, la utilidad del recurso al concepto de necesidades de cara a la fundamentación de los derechos se ha intentado poner de relieve a través de dos

<sup>15</sup> J. MUGUERZA, «La alternativa del disenso», en *El fundamento de los derechos humanos*, cit., pp. 34 ss.

<sup>16</sup> A. HELLER, *Más allá de la justicia*, trad. J. Vigil, Barcelona, 1990, pp. 302 ss.

vías: a) Según el primero, un derecho tiene lugar a partir de una necesidad básica porque se parte de la existencia de una conexión entre ambos. Este nexo de unión tiene lugar por la vía de los valores. Esto es, las necesidades que son tenidas en cuenta en esta situación son aquellas que van dirigidas a algo que se considera valioso; aquí, las necesidades y los valores son afines y el derecho no se funda directamente en las necesidades, que constituirían un soporte ulterior, sino en el valor al que dan lugar y por lo que existe una necesidad «en orden a». b) La segunda versión sostiene que entre necesidades y derechos hay una relación mediada por la «prueba» de una exigencia fuerte (*claim*), y aquí las necesidades apoyarían, serían argumentos en favor de un tipo de pretensión que en determinados supuestos puede traducirse en un derecho.

La primera perspectiva, sin embargo, ha sido formulada, a su vez, desde dos dimensiones. La primera consistiría en el establecimiento de la relación entre necesidades y valores, y, en un segundo momento, entre valores y derechos humanos. La segunda, establece la relación entre las necesidades y los denominados *derechos morales* y éstos como fundamento y base para un análisis conceptual de los derechos humanos. Inmediatamente trataré de mostrar las consecuencias que derivan de estas posiciones.

#### a.1) De las necesidades a los valores.

Los autores que se decantan por esta tesis sostienen, en líneas generales, que las necesidades y los valores se implican mutuamente. Las necesidades tienen sentido porque están referidas a valores y éstos son inmanentes a la realidad de las necesidades. En la medida en que las necesidades constituyen las raíces de la realidad práctica y contienen implícitamente a los valores, sirven fundamentalmente como criterio de interpretación y valoración de la praxis. Este tipo de argumentos supone partir de la consideración de que en realidad las necesidades son a la vez datos empíricos de la experiencia humana y criterios de valor o prescriptivos para la acción humana. De ahí que se entienda que no se incurre en el salto lógico entre ser y deber ser, porque el propio concepto de necesidades expresa las dos realidades. Bunge<sup>17</sup> explica, a estos efectos, que los valores no pueden existir con independencia de las necesidades. En su opinión, no podemos decir que valoramos cualquier cosa que deseamos, porque no podemos tomar en consideración lo que queremos, sino lo que necesitamos. Sostener que algo es valioso significa establecer que algo tiene capacidad para satisfacer necesidades. Las necesidades, para Bunge, son objetivas en cuanto son déficit cuya eliminación alteraría el estado del organismo en ciertas circunstancias. Un valor puede ser entendido como una propiedad, proceso o situación «que contribuye a satisfacer al menos una necesidad primaria de algunos individuos en algunas sociedades, en ciertas circunstancias». En consecuencia, el paso de las necesidades a los valores no sería problemático y, además, permitiría hablar de valores como categoría objetiva, ya que éstos se justificarían por su idoneidad para satisfacer necesidades básicas. Finalmente, el problema básico con el que se encuentra esta posición es que propone como una evidencia que, si existe una necesidad, ésta debe ser satisfecha y, en consecuencia, existe un derecho a su satisfacción. Llegamos con ello al problema fundamental que plantea el concepto de necesidades básicas, que ya hemos señalado, y es que se postula como criterio normativo fundamental, de forma que se utiliza la existencia de necesidades humana básicas como si eso fuera la rei-

<sup>17</sup> M. BUNGE, *Treatise on Basic Philosophy*, 1988, manuscrito, vol. VIII, «The Good and the Right», cap. 1.

vindicación imperativa de un derecho. Con ello se producen dos pasos sin justificar: el primero, que la existencia de una necesidad implica directamente su satisfacción, y el segundo, que esa satisfacción constituye un derecho. La posición de D. Braybrooke es paradigmática por cuanto sostiene que una vez ha sido reconocida una necesidad adquiere fuerza normativa y el paso del ser al deber ser se produce por la misma función que cumple<sup>18</sup>, o, como señala Ninogue, se puede caracterizar una necesidad como aquello que por definición «tiene un derecho a su satisfacción». En este sentido son bastantes los autores que sostienen que la forma más directa de derivar derechos de necesidades es definir los derechos humanos como exigencias precisas para la satisfacción de necesidades.

En nuestro contexto, probablemente uno de los autores que mejor ha puesto de relieve la incardinación entre necesidades y valores es Pérez Luño, que argumenta la objetividad de las necesidades del siguiente modo: «las necesidades en cuanto datos social e históricamente vinculados a la experiencia humana poseen una objetividad y una universalidad que hace posible su generalización a través de la discusión racional y el consenso, para llegar a su concreción en postulados axiológicos»<sup>19</sup>. De ahí que las necesidades aparezcan como condiciones antropológicas, la base material de todo valor, y los valores deben servir para satisfacer dichas necesidades. Esta propuesta sostiene que la fundamentación intersubjetiva de los derechos humanos parte de la posibilidad de llegar a establecer las condiciones en las que la actividad discursiva de la razón práctica permite llegar a un cierto consenso sobre el fundamento de los derechos humanos, cuyo contenido material descansa en el sistema de necesidades básicas o *radicales*, que constituye su soporte antropológico. Esta tesis efectivamente supera dos grandes problemas planteados por otras vías de fundamentación, pues, de un lado, los valores no constituirían un sistema estático y previo a la experiencia y, de otro, los valores no dependerían directamente de los deseos o preferencias individuales. Sin embargo, deja sin resolver otros problemas. Uno de ellos es, desde luego, el papel atribuido al consenso. Según Pérez Luño, el consenso surge de la experiencia de las necesidades, para volver de nuevo a la praxis a través de criterios de acción orientados a hacer esas necesidades, es decir, orientados a su satisfacción. Pero su posibilidad de generalización no se produce sólo por la posibilidad de establecer una discusión racional sobre ellas, sino porque son datos que arrancan de la naturaleza humana y, además, están dotados de un bagaje axiológico importante en el que radicaría el valor de los derechos humanos. El segundo problema, como se habrá podido observar, es la interconexión entre hechos y valores, que, a su parecer, están relacionados en la noción de necesidades, ya que las necesidades trascienden el plano de «los datos inmediatos sensoriales, para devenir modos conscientes de preferencia, es decir, valores». En mi opinión, el argumento central de la interpretación de Pérez Luño es su vinculación entre la objetividad y universalidad de las necesidades, entendidas como datos sociales, históricos, empíricos, antropológicos, y su posibilidad de universalización mediante el consenso racional, posibilidad que tendría como consecuencia la obtención de postulados concretos, materiales, y que comporta finalmente su consideración como datos axiológicos, como valores que explicarían el porqué de los derechos humanos.

Esta posición tiene gran interés en cuanto trata de entender los derechos humanos en tanto que situados en los problemas de la praxis y, a su vez, situar de lleno las razones justificatorias en la esfera del razonamiento práctico. Así, la crítica que diri-

<sup>18</sup> D. BRAYBROOKE, *Meeting Needs*, Princeton, 1987, p. 11.

<sup>19</sup> A. E. PÉREZ LUÑO, *Derechos humanos...*, cit., p. 182.

ge Pérez Luño a la formulación conceptual de Laporta, aun cuando entiendo que, si bien sus críticas van referidas al concepto de derechos humanos, inciden constantemente en las cuestiones de su fundamento. En este sentido, Pérez Luño sostiene que no es posible comprender los derechos humanos si ello se hace apuntando a un código impersonal de acción moral, ya que tal código corre el riesgo de soslayar el soporte antropológico de los derechos humanos que constituye «la razón de ser de cualquier derecho y por antonomasia de los derechos humanos»<sup>20</sup>. Por lo que respecta a la segunda cuestión, en tal construcción vuelven a aparecer algunos de los problemas que ya he mencionado respecto a la fundamentación consensual de los valores, que en esta formulación serían los valores de dignidad, libertad e igualdad. El estatuto de los derechos humanos depende directamente de estos valores, que, tal como señala Pérez Luño, «no constituyen categorías axiológicas cerradas y estáticas, sino que se hallan abiertos a continuas y sucesivas necesidades que los hombres experimentan en el devenir de su historia. De ahí que los distintos derechos humanos singulares suponen otras tantas especificaciones espacio-temporales de los valores básicos de la dignidad, la libertad y la igualdad»<sup>21</sup>. Parece, pues, que en definitiva aún permanecemos en una forma de fundamentación deductiva, que hace posible sostener que estos valores, aun cuando entrañan exigencias permanentes porque son intrínsecos a la propia personalidad humana, se especifican y amplían a partir de la realidad contextual.

#### a.2 De las necesidades a los *moral rights*.

Otra forma de apelación a las necesidades básicas es la que se ha formulado desde propuestas que tratan de aunar una fundamentación ética de los derechos humanos y un concepto de los mismos como derechos morales. E. Fernández<sup>22</sup> expresa en este sentido la idea de que el calificativo «moral» está referido a la justificación ética de los mismos, y tales derechos morales pueden encontrarse en algunas de estas situaciones; a) constituir exigencias morales no reconocidas jurídicamente pero que cuentan con razones morales y políticas fuertes de cara a su positivación; b) como derechos morales reconocidos jurídicamente pero de modo insuficiente bien por razones técnico-jurídicas, bien de política legislativa o de carácter socioeconómico; c) como derechos morales reconocidos jurídicamente y que, por contar con la protección y garantías adecuadas para su ejercicio efectivo, serían «derechos jurídicos plenos».

Los derechos morales tienen, pues, una doble vertiente: ética y jurídica, siendo la primera absolutamente necesaria para poderlos calificarlos de tales. Según esta posición, «tener un derecho a X» es una afirmación equiparable a las tres situaciones anteriormente descritas. Podemos hacer ese anuncio tanto cuando se trata de reivindicar una exigencia moral, como una exigencia moral con pretensión de juridicidad o exigencias plenamente reconocidas jurídicamente. Esto es, afirmar «A tiene un derecho a X» no es un enunciado que dependa o que pueda reducirse a un problema estrictamente jurídico, sino que depende fundamentalmente de su origen y

<sup>20</sup> A. E. PÉREZ LUÑO, «Concepto y concepción de los derechos humanos (Acotaciones a la ponencia de F. Laporta)», *Doxa*, 1987, n.º 4, pp. 53-54.

<sup>21</sup> A. E. PÉREZ LUÑO, «Sobre los valores fundadores de los derechos humanos», en *El fundamento de los derechos humanos*, cit., p. 287.

<sup>22</sup> E. FERNÁNDEZ, «Acotaciones de un supuesto iusnaturalista a las hipótesis de Javier Muguerza sobre la fundamentación ética de los derechos humanos», en *El fundamento de los derechos humanos*, cit., pp. 156-157.

componente moral. Ruiz Miguel<sup>23</sup> se refiere a esta cuestión en los siguientes términos: los derechos humanos son tales por su carácter moral, en cuanto constituyen exigencias éticas justificadas, especialmente importantes y que deben ser protegidas por el aparato jurídico y, por tanto, «es accidental el reconocimiento jurídico para su concepto». No voy a detenerme aquí en el problema conceptual que plantea esta posición, que ya ha sido tratada por De Lucas, y en el criterio según el cual A tiene un derecho a X tanto cuando lo que tiene es una exigencia de carácter moral (afirmación que cabría identificar mejor con un enunciado sobre si es «justo» o no que A tenga un reconocimiento de X), como cuando tiene un derecho institucionalizado de alguna forma. Lo que aquí interesa es, sin embargo, el fundamento de esos mismos derechos morales, esto es, cuando y según qué criterios se puede sostener que hay exigencias éticas justificadas y especialmente importantes, o exigencias morales que constituyen razones fuertes. En la formulación de E. Fernández los derechos morales constituyen el fundamento de los derechos humanos, en virtud de su componente ético, ya que cualquier fundamento ha de ser previo a lo jurídico; en este caso residiría en los valores morales que los justifican y sirven para reivindicarlos. Pero, a su vez, esos valores morales exigen alguna justificación que permita establecer la relación entre unos determinados valores y unos derechos, y tal justificación reside en el hecho de que esos valores «responden [...] a una dimensión antropológica básica, constituida por las necesidades humanas más fundamentales y radicales para una existencia digna»<sup>24</sup>. En consecuencia, lo importante para esta posición, por lo que respecta a la fundamentación, es que los derechos morales encuentran su razón de ser o se justifican por su capacidad para dar respuesta a las necesidades que son básicas y que se desarrollan históricamente. Necesidades básicas que E. Fernández explica como «exigencias que se consideran imprescindibles, como condiciones inexcusables de una vida digna, es decir, exigencias derivadas de la idea de dignidad humana». Tal como vengo sosteniendo hasta el momento, me parece posible concluir que, en realidad, la tesis de los derechos morales como derechos humanos sólo se justifica acudiendo al criterio de las necesidades o bienes básicos, lo que exige, por tanto, un trabajo conceptual que no se ha realizado. Es decir, si se afirma que los derechos humanos son derechos morales, eso no implica afirmar que todos los derechos morales pueden ser considerados derechos humanos, sino sólo aquellos derechos morales que constituyen razones éticas justificadas o «importantes y fuertes razones de orden moral y político» y tales razones las proporcionan, precisamente, las necesidades. Es decir, sólo los derechos morales que pueden justificarse con referencia a bienes o necesidades del ser humanos son dignos de protección. E. Guisán confluye en esta misma posición cuando sostiene que los derechos humanos «cobijan y protegen cosas valiosas para los hombres», y esa cualificación de algo como valioso no se explica porque se trate de cosas «deseables en cualquier circunstancia» —y aquí coincidiría con la argumentación de Bunge—, sino que se define algo valioso como «aquello que responde a una necesidad real». De modo que las necesidades permiten este tipo de justificación porque, aun cuando no sean absolutamente «objetivas, definitivas y perennes», tampoco son algo «totalmente subjetivo, provisional y fugaz»<sup>25</sup>.

<sup>23</sup> A. RUIZ MIGUEL, «Los derechos humanos como derechos morales: ¿entre el problema verbal y la denominación confusa?», en *El fundamento de los derechos humanos*, cit., p. 322.

<sup>24</sup> E. FERNÁNDEZ, «Acotaciones de un supuesto iusnaturalista...», cit., p. 158.

<sup>25</sup> E. GUISAN, «Una justificación utilitarista de los derechos humanos», en *El fundamento de los derechos humanos*, cit., p. 187.

En definitiva, lo que quisiera señalar es que el criterio de las necesidades básicas es el que permite discriminar cuáles, entre los derechos morales, podrían ser calificados como derechos humanos, y precisamente lo posibilita porque aporta razones fuertes. Entonces, no parece que hubiera un obstáculo importante para explicar directamente la justificación o razón de ser de los derechos humanos en las necesidades. El segundo problema que se presenta es, como hemos visto, el de la implicación por vía directa de los derechos, lo que se pone de relieve especialmente en la posición de E. Guisán al sostener que los seres humanos comparten algunas características generales que suponen necesidades y que dan lugar a cosas valiosas que, a su vez, se traducen en derechos universalmente reconocidos, ya que las necesidades, cuando son «debidamente explicitadas», devienen «exigencias morales universales». Desde este punto de vista, necesidades, valores o exigencias morales y derechos existen en un mismo nivel donde se producen por implicaciones de unas a otros.

Por otro lado es posible sostener también que los derechos morales pertenecen al ámbito de la moralidad y, por tanto, no tienen una correlación en el orden jurídico y, en todo caso, si se da tal correlación ésta no tiene carácter necesario, sino que se daría como resultado de la posibilidad de argumentar en favor de los derechos morales como razones que pueden justificar la exigencia de un reconocimiento normativo determinado. De ahí, como vengo sosteniendo, que su virtualidad se sitúe en el plano de la fundamentación y no en el conceptual. En este sentido es imprescindible referirse a la ya bien conocida posición de Laporta. Los derechos, según este autor, son algo anterior a los acciones, pretensiones o exigencias, anteriores a los poderes normativos, a las libertades e inmunidades, y por ello se entiende mejor su realidad si se les concibe como *título* que subyace a todas esas técnicas de protección, es decir, como la justificación o razón que pone en marcha dichas técnicas<sup>26</sup>. En mi opinión, Laporta acierta en la crítica a la identificación de la expresión «tener un derecho» con la existencia de técnicas de protección, pero de su construcción puede llegarse a la conclusión de que el lugar de la teoría de los derechos morales como «razones para la acción» es el de la justificación o fundamento de los derechos humanos, que permiten responder a la pregunta de por qué está justificado exigir del Derecho una respuesta normativa siguiendo el hilo argumentativo que describe Laporta: a) para todos y cada uno de los miembros individuales de la clase «ser humano»; b) ... una posición, situación, aspecto, estado de cosas, etc.; c) que se considera moralmente un bien tal que constituye una razón fuerte d) para articular una protección normativa en su favor. Pues bien, aquello que puede determinarse como una posición, situación, aspecto o estado de cosas que constituye una razón fuerte puede explicarse, como generalmente se hace, desde construcciones axiológicas o desde la apelación a la noción de necesidades básicas, como he señalado y, por tanto, parece más plausible atribuir directamente un nivel justificatorio o fundamentador a las necesidades básicas sin recurrir, como criterio mediador, al de derechos morales.

b) las necesidades como razones.

Como he indicado con anterioridad, otra de las vías que ha servido para establecer una relación entre necesidades y derechos entendía que entre unas y otros puede darse un nexo de unión mediado por la prueba de una exigencia fuerte, en el que las

<sup>26</sup> F. LAPORTA, «Sobre el concepto de derechos humanos», *Doxa*, 1987, n.º 4, p. 27.

necesidades apoyarían o argumentarían en favor de un tipo de pretensión que, en determinados supuestos, puede traducirse en un derecho.

Desde esta perspectiva se ha sostenido que las necesidades constituyen fundamentalmente «razones para la acción» que son especialmente adecuadas en el ámbito de la praxis moral, jurídica y política. Con esta afirmación volvemos al punto de partida: las necesidades básicas pueden desempeñar un papel importante en la fundamentación de los derechos humanos y sólo en ella. Esto significa que pueden fundamentar juicios de justicia y legitimidad y que pueden entenderse como criterios muy válidos para la toma de decisiones concretas, relativas a la materialización de tales exigencias de legitimidad. En mi opinión, la constatación de una necesidad básica permite argumentar, de acuerdo con las situaciones concretas y las condiciones reales, criterios de justicia en la línea que indica E. Díaz<sup>27</sup>, de acuerdo con las exigencias de racionalidad, objetividad e imparcialidad que se predicán del discurso moral.

Las necesidades nos proporcionan razones fuertes, argumentos en favor de una respuesta jurídico-normativa a determinadas exigencias, aquellas que nos permiten afirmar que es «justo» reclamar algo en favor de alguien. Sin embargo, hay que advertir que del análisis de la noción de necesidades resulta preciso recoger las siguientes precisiones: a) que la existencia de una necesidad y la exigencia de su satisfacción son cuestiones de diferente orden cuya relación no puede configurarse por una inferencia lógica; b) que establecer la implicación entre necesidades y valores no comporta tampoco la relación directa entre necesidades y valores jurídicos; c) que el hecho de que podamos argumentar razonablemente que las necesidades humanas básicas deben ser satisfechas no comporta la existencia de un derecho como tal, directamente inferido de la afirmación anterior; d) que afirmar que las necesidades como «buenas razones» o «razones fuertes» pueden fundamentar los derechos humanos no significa que podemos conceptualizar a los derechos como necesidades. Es decir, en mi opinión, los derechos humanos «no son» «afirmaciones de intereses o necesidades básicas»; tal como lo expresa Hierro en su brillante artículo, «tener un derecho es tener una necesidad cuya satisfacción hay razones suficientes para exigir en todo caso»<sup>28</sup>. Si bien entiendo que Hierro tampoco extrae inequívocamente esta conclusión, sino que más bien lo que trata de mostrar, y en esto coincido plenamente, es que las necesidades pueden aportar razones suficientes para hablar de derechos, como *claims* en sentido fuerte y no simples pretensiones. Es decir, que en definitiva, partiendo precisamente de la propuesta de Laporta, no definiríamos los derechos humanos como el «bien, la situación o el estado de cosas». Eso no significa que nos decantemos por la posición que Laporta critica, esto es, la identificación de los derechos con las técnicas de protección, pero, como ha recordado De Lucas<sup>29</sup>, en este punto hay que distinguir, de nuevo, entre técnicas de protección, es decir, normas secundarias y establecimiento de derechos, es decir, normas primarias. e) Entonces, ¿cuál es la virtualidad de las necesidades? A mi juicio, las necesidades permiten argumentar concretamente, de acuerdo con los parámetros de razonabilidad, de forma que desde la existencia de las necesidades básicas podamos justificar la existencia de derechos. Como he afirmado, no todas las necesidades van a cristali-

<sup>27</sup> E. DÍAZ, «La justificación de la democracia», *Sistema*, 1985, n.º 66, pp. 12-13; «Notas ("concretas") sobre legitimidad y justicia», en *El fundamento de los derechos humanos*, cit., p. 148.

<sup>28</sup> L. HIERRO, «¿Derechos humanos o necesidades humanas?», *Sistema*, 1982.

<sup>29</sup> J. DE LUCAS, «Algunos equívocos en torno al concepto y fundamento de los derechos humanos», art. cit.

zar o han cristalizado históricamente en derechos. Ciertamente necesidades y derechos no son realidades coextensivas y, por tanto, habrá que argumentar en cada caso qué necesidades constituyen razones suficientes para entender que precisan un reconocimiento y cobertura jurídica. En este sentido, tiene razón Laporta<sup>30</sup> cuando explica que, tanto respecto a los derechos humanos como a los derechos fundamentales, los enunciados jurídicos que reconocen derechos son vinculantes cuando son el resultado de «un razonamiento práctico cuyas premisas prácticas o valorativas son extrajurídicas». Las necesidades básicas entran de lleno en el ámbito de las razones justificatorias, y las razones justificatorias y argumentativas son aquellas que podemos esgrimir en orden a hacer determinadas cosas o tomar determinadas decisiones, pero no prescriptivamente. Conclusión que se desprende de los puntos de partida anteriores. Precisamente, este carácter no prescriptivo es el que posibilita argumentar sobre las razones que parecen mejores o más fuertes. Así, por ejemplo, esta consideración de las necesidades como razones permite argumentar por qué las necesidades constituyen mejores razones que los deseos en algunos contextos de justificación, como puede ser éste<sup>31</sup>. Como ya he señalado en diversas ocasiones, las necesidades han de situarse en el ámbito de la racionalidad o del discurso práctico, ya que no pueden establecerse o incidir en la toma de decisiones por reglas meramente lógicas. Por ello, su consideración de razones justificatorias exige superar el marco del procedimiento de inferencia lógica porque se trata de responder a cuestiones del siguiente orden: por qué se realizan determinadas acciones o por qué se toman determinadas decisiones. El análisis de las necesidades como razones lo he tratado ya en otro trabajo, y en este momento sólo señalaré que, a mi juicio, las necesidades comportan razones para exigir su satisfacción y no sólo razones de cualquier orden, sino razones suficientes o buenas razones, es decir, como muestra MacCormick, aquellas que permiten «preferir» a partir de razones evaluadoras unas frente a otras en contextos dados<sup>32</sup>.

Sin embargo, al analizar cómo inciden las necesidades en el nivel de la fundamentación o como criterios válidos en la toma de decisiones, vuelve a hacerse presente un problema que ya señalé desde el principio. Me refiero a las dificultades de determinación positiva de las necesidades, de donde veíamos que quizá resultaba más viable la determinación por vía negativa. Esto es, invertir la argumentación y, en lugar de justificar directamente por qué una necesidad debe ser satisfecha, dar razones que consigan explicar por qué es malo carecer de algo, por qué en determinadas condiciones se produce un perjuicio o una situación grave para una persona si su necesidad no se satisface y tal situación no tiene ninguna alternativa posible. Esta forma de argumentar hace imprescindible atender a las consecuencias que se derivan de la situación creada que, claro está, será variable. La vía negativa, además, tiene la virtualidad de que permite justificar argumentalmente por qué en determinados supuestos concretos determinadas carencias no deben ser satisfechas. Ahora bien, también entiendo que el criterio que desde un principio vengo esgrimiendo, es decir, que se trata de situaciones o estados de carácter insoslayable para el ser humano, ayuda bastante a esta argumentación si lo ponemos en relación con las tesis ante-

<sup>30</sup> F. LAPORTA, «Sobre la fundamentación de enunciados jurídicos de derechos humanos», en *El fundamento de los derechos humanos*, cit., p. 205.

<sup>31</sup> G. THOMSON, *Needs*, cit., pp. 60-61.

<sup>32</sup> N. MACCORMICK, «Limits of Rationality in Legal reasoning», en *An Institutional Theory of Law*, Dordrecht, 1986, pp. 190-194. El mismo argumento se expone en «Law, Morality and the Limits of Practical Reason», en *Legal Reasoning and Legal Theory*, Oxford, 1978.

riores. Calsamiglia<sup>33</sup> remite expresamente al criterio de las necesidades en el orden de las razones justificativas que cuentan con una fuerza argumentativa suficiente en orden, por ejemplo, a la toma de decisiones respecto a la distribución de recursos escasos, respecto a la justificación de la desigualdad de las proposiciones. La referencia a criterios materiales, como pueden ser las necesidades, a la razonabilidad y a la proporcionalidad constituyen una remisión a la justificación racional de las decisiones. Ello comporta, por lo que respecta a la igualdad jurídica, que no sólo se requiere un trato igual para los iguales y un trato desigual para los desiguales, sino también una justificación de la diferencia. Ahora bien, la vía de la determinación negativa, que permite argumentar con mayor facilidad cuándo algo no es racional o razonable, cuándo una decisión no es consistente, cuándo se produce una situación de carencia, etc., es viable desde un punto de vista que podríamos llamar procedimental, dadas las dificultades de determinación positiva, como hemos señalado. Pero, una vez que es posible establecer la existencia de una necesidad básica, éstas pueden constituir razones que ofrezcan criterios suficientemente objetivos para la toma de decisiones o para justificar el grado de «justicia» de una pretensión. Así, el análisis que realiza Wilhelmson<sup>34</sup> sobre la utilización de la noción de necesidades en la argumentación jurídica a partir de dos casos ejemplificados de Derecho privado se trata de mostrar cómo se acude cada vez más a un modelo de argumentación de la racionalidad de las necesidades en la toma de decisiones, modelo que tiene como objeto fundamental la decisión desde el contenido social y las consecuencias de las decisiones jurídicas, esto es, qué efectos producen las decisiones, desde este modelo, en relación con necesidades concretas. Tal como señala Wilhelmson, sin embargo, esta nueva estructura de racionalidad de la que empiezan a aparecer indicios se presenta todavía con un cargado contenido normativo. No deja de parecer paradójico que, en un momento en que podemos hablar de «crisis del Estado del bienestar» por la incapacidad del Estado para satisfacer todas las necesidades y expectativas que cada vez con mayor insistencia y desde más instancias se le exigen y demandan, las necesidades sean un criterio cada vez más relevante en la argumentación.

<sup>33</sup> A. CALSAMIGLIA, «Sobre el principio de igualdad», en *El fundamento de los derechos humanos*, cit., pp. 104-108.

<sup>34</sup> Th. WILHELMSON, «¿Racionalidad de las necesidades en el Derecho privado?», *Doxa*, n.º 5, 1988, pp. 297-299.

## DERECHOS HUMANOS Y DIÁLOGO INTERCULTURAL

AUGUST MONZON I ARAZO

## I. «DERECHOS HUMANOS»: SIGNIFICADO ECUMÉNICO DE UN CONCEPTO HISTÓRICO

Con anterioridad a la Segunda Guerra Mundial los derechos humanos eran objeto de reconocimiento y regulación positiva, bien en la legislación interna de los Estados (comenzando con las primeras Declaraciones norteamericanas y francesa), bien en tratados interestatales de carácter bilateral o multilateral<sup>1</sup>. Con la Carta de las Naciones Unidas de 1945 y la Declaración Universal de 1948, sin embargo, se ha producido un profundo cambio: existe ahora un Derecho propiamente *internacional* —y no simplemente interestatal— de los derechos humanos<sup>2</sup>, que, como es sabido, ha encontrado un desarrollo ulterior en el Pacto sobre derechos civiles y políticos y en el Pacto sobre derechos económicos, sociales y culturales, ambos de 1966.

Ahora bien, este desarrollo posterior a 1948 habría supuesto, según algunos, una peligrosa alteración del concepto mismo de derechos humanos. Para A. Diemer, por ejemplo, la extensión de la noción y del catálogo de derechos humanos habría comportado la pérdida de su carácter de *universalidad*: a partir de los Pactos de 1966 los derechos humanos quedarían referidos no al hombre ni a la naturaleza humana, sino a los pueblos en su pluralidad y particularidad, y a los individuos solamente en tanto que miembros de los mismos y sometidos a la soberanía de los Estados signatarios. Si bien para la Declaración de 1948 (art. 1) todos los seres humanos nacen con atributos *a priori* —con razón y conciencia— que los hacen portadores de derechos (sólo muy genéricamente se habla aquí de deberes)<sup>3</sup>, en los años siguientes, coincidiendo con la entrada de Estados del Tercer Mundo en la ONU en número creciente, y con un correlativo aumento de la influencia ideológica marxista, iba a darse una insistencia progresiva en los aspectos comunitarios, en mengua de la consideración del individuo como tal. Tal proceso habría culminado en los Pactos de 1966. Éstos son *convenciones* (su naturaleza ofrece ya un primer dato significativo) que expresan en términos como «pueblo», «nación» o «autodeterminación de los pueblos» sus nociones centrales. Diemer ve aquí una verdadera mutación de significado: unos «derechos humanos» determinados cultural y/o políticamente ya no serían en realidad tales. Es necesario insistir en la validez permanente de la Declaración de 1948 y

<sup>1</sup> Vid. una relación de los textos principales en S. PRAKASH SINHA, «Freeing Human Rights from Natural Rights», *ARSP*, pp. 342-383 (nota 1).

<sup>2</sup> Es decir, un orden jurídico donde son sujetos de derecho los individuos y los pueblos, y no solamente los Estados. Vid. J. HUMPHREY, «La Declaración internacional de derechos. Estudio crítico», en AA.VV., *Los fundamentos filosóficos de los derechos humanos*, Serbal, Barcelona, 1985, pp. 65-80. Este autor hace ver cómo los preceptos de la Declaración han devenido parte del «derecho consuetudinario internacional» y son, por consiguiente, jurídicamente vinculantes (y ello con independencia de que los ordenamientos estatales puedan incorporar la Declaración al propio sistema jurídico, como lo hace, por ejemplo, el art. 10.2 de la Constitución española).

<sup>3</sup> Artículo 1, *in fine*: «todos los seres humanos [...] deben comportarse fraternalmente los unos con los otros»; artículo 29: «toda persona tiene deberes respecto a la comunidad [...]».

de su concepción de la dignidad del hombre por sí mismo, con independencia de la comunidad y de la cultura (de lo contrario, observa, acabaría por hacerse imposible la persecución de los delitos contra la humanidad cometidos en la Alemania de Hitler, en la URSS de Stalin, o aquí y allá actualmente)<sup>4</sup>.

En parecido sentido se ha pronunciado J. Hersch: hacer sujeto de los derechos humanos a la colectividad es una perversión de la propia idea de derechos humanos; la comunidad tiene derechos, pero éstos derivan de los del individuo. Esta crítica va más allá de la anterior, y alcanza a la misma Declaración de 1948: algunos de los «derechos» contemplados en ella no son, realmente, más que prerrequisitos para que pueda ser ejercida la libertad individual, que es la cifra de la dignidad humana, del valor absoluto del hombre y, por tanto, el núcleo de los derechos humanos. «En esencia los derechos humanos no crean felicidad. Implican que cada ser humano deberá ser capaz de desear y asumir su libertad como sujeto responsable»<sup>5</sup>.

Enfoques como éstos suscitan una serie de cuestiones relacionadas entre sí. En primer lugar, ¿puede hablarse de un concepto (transcultural) de derechos humanos, haciendo abstracción de la diversidad de culturas y visiones del mundo? Sin duda, el texto de la Declaración de 1948 no es susceptible de una pluralidad indefinida de interpretaciones —correspondientes a otros tantos contextos político-culturales— que no estarían obligadas a tener en cuenta el contexto original, a respetar un núcleo invariable. Pero, por otro lado, este contexto original ¿en qué sentido habría de ser considerado exclusivamente «liberal» y ajeno a los aspectos comunitarios?

Comenzaré por referirme brevemente a este última cuestión. Como es sabido, el origen conceptual de los derechos humanos ha de buscarse en el movimiento por la tolerancia religiosa que tiene lugar en Europa como consecuencia de la Reforma protestante y las subsiguientes guerras de religión: la idea de inviolabilidad se aplica, en primer lugar, a la libertad de conciencia en materia religiosa. Sólo con la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano (1789) quedará perfilada la concepción «clásica», de orientación claramente voluntarista-individualista y en la que se concede una posición privilegiada al derecho de propiedad, calificado de «inviolable y sagrado». Nace así la «primera generación» de derechos, de carácter liberal: éstos, por tanto, no representarían sino *un* momento dentro de la evolución de la noción de derechos humanos. La dimensión comunitaria se hará presente ulteriormente, sobre todo por influencia del movimiento obrero, en los derechos de la «segunda generación» (socializantes), que aparecerán proclamados en textos como la Constitución francesa de 1848 o la de Weimar de 1919, precedentes de las normas constitucionales de los actuales Estados sociales de Derecho. Ésta será la herencia recogida por la Declaración Universal de 1948.

A partir de 1948, la idea de los derechos humanos, desarrollada hasta entonces principalmente en el ámbito occidental, va a ir siendo asumida progresivamente como propia por la práctica totalidad de los Estados del mundo, pertenecientes a tradiciones culturales y a sistemas sociopolíticos a veces muy diferentes. Los Pactos de 1966, es cierto, suponen una insistencia considerable en los aspectos comunitarios de los derechos humanos, pero ello puede ser entendido, alternativamente, en dos sentidos. Podría tratarse, para determinados Estados, de la mera utilización propagandística de una expresión con prestigio, «derechos humanos», ordenada a la legitimación del régimen político correspondiente, sin la voluntad de instrumentar

<sup>4</sup> «Los fundamentos filosóficos de los derechos humanos desde una perspectiva europea», en *Los fundamentos...*, cit., pp. 106-125.

<sup>5</sup> «Los fundamentos filosóficos de los derechos humanos en el contexto europeo», *íd.*, pp. 147-166 (p. 163).

las garantías para hacer posible el ejercicio de los derechos y libertades fundamentales de la persona, lo cual resulta ciertamente inadmisibles. Pero podría interpretarse también como un paso más en la evolución del concepto de derechos humanos —la cual, como hemos visto, dista de ser lineal— en el sentido de asumir, junto a la herencia occidental de respeto al individuo, las perspectivas más marcadamente comunitarias de las tradiciones no occidentales, y abriendo así el camino para llegar a una síntesis integradora de ambas dimensiones.

En efecto, los derechos humanos constituyen en la actualidad —como realidad a la vez positiva e ideal<sup>6</sup>, jurídica y ética, expresión dinámica de un cierto consenso antropológico y dotada de profundas implicaciones políticas— una noción ecuménica sin precedentes. Al ser entendidos como exigencias normativas de la *dignidad del hombre*, las diversas tradiciones filosóficas y religiosas, así como la mayor parte de los Estados, no han dudado —so pena de incurrir en una falta de legitimación en relación con sus adeptos o súbditos— en hacer suyo el concepto, si bien reinterpretándolo a menudo desde los propios presupuestos.

La apelación a los derechos humanos, sobre todo en el momento presente en que la extensión de la idea es mundial, no lo es únicamente, ni siquiera principalmente, a determinados textos escritos o catálogos de derechos, sino a dichas exigencias de la dignidad humana (cuyo progresivo reconocimiento o dilucidación es lo que hace posible, justamente, la modificación o ampliación de las enumeraciones o catálogos). Sin olvidar la importancia y la necesidad del estudio conceptual y sistemático, debería tenerse más en cuenta el análisis fenomenológico. Los derechos humanos se nos presentan ante todo como un dato del lenguaje moral y político, con una transcendencia jurídica todavía limitada —aunque gradualmente va siendo mayor— si atendemos al nivel de la eficacia. Los textos internacionales en los que se proclaman y enumeran derechos humanos no resultan comprensibles sino situados en su contexto suprapositivo, que tiene carácter axiológico. Dada la diversidad de concepciones a este nivel, se ha impuesto en la práctica un procedimiento *inductivo*, que parte de la pluralidad de culturas y de planteamientos filosóficos para instrumentar un consenso internacional que recuerda al *ius intra gentes* de Suárez y, todavía más, al *consensus omnium gentium* de Vico<sup>7</sup>. Éste fue, como es sabido, el origen de la Declaración de 1948, la cual sin embargo, es aún demasiado general y pide ser concretada mediante una ampliación del consenso.

Pues bien, para que este consenso responda a un *verdadero diálogo*, debe aceptarse como punto de partida que la idea de derechos humanos (de *humanitas* o dignidad humana) forma parte del patrimonio ético común de la humanidad y, a la vez, que toda cultura y visión del mundo encierra elementos valiosos cuya pérdida afectaría a toda la familia humana. Los enfoques etnocéntricos en general y occidentalistas en particular<sup>8</sup> resultan, por tanto, inadmisibles. Ello no significa que la tradición

<sup>6</sup> Vid. *Declaración Universal de Derechos Humanos* (DUDH), Preámbulo, párrafo 8: «la Asamblea General proclama la presente Declaración Universal de Derechos Humanos como ideal común por el que todos los pueblos y naciones deben esforzarse [...]».

<sup>7</sup> Para S. P. SINHA (art. cit. en nota 1) es posible ir progresando en la dirección de un consenso intercultural, aunque no sobre bases iusnaturalistas: éstas serían, según Sinha, expresión de una perspectiva occidental determinada que no da cuenta del pluralismo cultural ni del carácter histórico de la ética. Los derechos humanos responderían a opciones valorativas, pero sería posible evitar un relativismo radical mediante la inducción de «estándares transculturales» a partir de estudios comparados en psicología, sociología y antropología.

<sup>8</sup> Estos enfoques están ligados al modelo epistemológico moderno, racionalista y objetivista, negador de la diferencia; vid. J. BALLESTEROS, *Postmodernidad: decadencia o resistencia*, Tecnos, Madrid, 1989, pp. 118-127. Acerca de este problema crucial, vid. *infra*, secciones tercera y cuarta de este trabajo.

occidental o, más propiamente, las diversas tradiciones religiosas, filosóficas y políticas surgidas o desarrolladas en Occidente —no sólo el liberalismo— carezcan de relevancia histórica o de virtualidad actual en punto a los derechos humanos. Su presencia, junto a las demás tradiciones, resulta indispensable de cara al diálogo, que ha de consistir sobre todo en la *interpelación mutua de unas tradiciones por otras*, donde no se escamoteen ni los presupuestos antropológicos ni tampoco los méritos y/o las responsabilidades históricas en este campo; donde se haga posible, en fin, la *autocrítica sincera de cada tradición* en cuanto a su contribución al respeto y promoción de los derechos humanos.

Dada la tendencia creciente e irreversible —si bien lenta y no exenta de dificultades y retrocesos— a la interdependencia de los diversos Estados y naciones de la tierra, el diálogo ecuménico constituirá sin duda una necesidad en un futuro no lejano. Las palabras de Ricoeur no han perdido actualidad: «nos encontramos en una especie de intermedio [...] en un túnel, en el crepúsculo del dogmatismo, en el umbral de los verdaderos diálogos [...] ésta es probablemente la gran tarea de las generaciones futuras». Para el filósofo francés se trataría de hacer posible un encuentro de culturas «que no resulte mortal para todos», lo cual sólo será realizable intentando comprender al otro «por simpatía e imaginación», a partir del fondo común de humanidad<sup>9</sup>.

## II. ¿UNA PLURALIDAD IRREDUCTIBLE?

Es inevitable que nos refiramos aquí a los acontecimientos que, en una rapidísima sucesión, están teniendo lugar desde 1988 en la escena mundial: final de los regímenes comunistas en los países del Este europeo y, consiguientemente, de la «guerra fría», simbolizado en la caída del muro de Berlín; guerra del Golfo, concluida con la derrota del panarabismo y del islamismo agresivos en favor de la hegemonía occidental; emergencia o persistencia de los nacionalismos en Europa —tanto en la oriental como en la central y occidental—, unida muchas veces a componentes de carácter religioso; por último proceso de desintegración de la Unión Soviética, es decir, a la vez de un macro-Estado, hasta ahora segunda gran potencia mundial, y de todo un sistema político, económico e ideológico que afectaba, directa o indirectamente, a una gran parte de la población del globo.

De este conjunto de hechos, los primeros acacidos cronológicamente fueron interpretados enseguida desde una perspectiva liberal como indicios de un próximo «fin de la historia». De acuerdo con el célebre artículo de F. Fukuyama, funcionario del Departamento de Estado de los Estados Unidos, estaríamos asistiendo al «último paso de la evolución ideológica de la humanidad y de la universalización de la democracia liberal occidental, como forma final de gobierno humano»<sup>10</sup>. Sin entrar a discutir la tesis en sí, seguramente debemos convenir con ella en que no se ha producido «una convergencia entre capitalismo y socialismo, tal como se había predicho», sino más bien «una inquebrantable victoria del liberalismo económico y político». En cuanto a otros dos fenómenos que podrían oponerse al triunfo final del liberalismo, a saber, la reviviscencia de la religión y el nacionalismo, Fukuyama

<sup>9</sup> «Civilisation universelle et cultures nationales», en *Histoire et vérité*, Seuil, Paris, 1964, pp. 286-300. Cfr. DUDH, artículo 26.2.

<sup>10</sup> F. FUKUYAMA, «¿El fin de la historia?», publicado en *The National Interest*, verano de 1989; trad. castellana en *Claves de razón práctica*, 1 (abril 1990), pp. 85-96.

piensa que no son capaces de constituir alternativas válidas, aunque quizás sí de complementar de algún modo el liberalismo, ya que éste es incompleto por definición. Sin embargo, los hechos ocurridos a lo largo de los dos últimos años, en Europa y fuera de ella, han puesto de manifiesto una fuerte —e imprevisible— vitalidad de ambos fenómenos, lo cual obliga a un planteamiento de sus relaciones con la democracia liberal más matizado y complejo que los que ordinariamente vienen realizándose.

Por otro lado, la herencia socialista ha marcado tan fuertemente la conciencia y la cultura ética y jurídica mundiales que no es fácil predecir de qué manera seguirá influyendo en el futuro. La crisis actual del modelo de «Estado del bienestar», iniciada en la década de los setenta, no puede significar sin más el fin del Estado social de derecho y la vuelta al liberalismo decimonómico, propio de una época ya pasada, pero sin duda se hará necesaria una transformación muy profunda de sus estructuras, sobre bases culturales, económicas y jurídicas nuevas<sup>11</sup>.

A todo ello hay que añadir que, en extensas regiones de la Tierra —en las que precisamente se concentra la mayor parte de la población mundial—, la idea de derechos humanos ha entrado a formar parte de la cultura política y jurídica, pero el orden social sigue fundamentándose en bases muy diferentes de las predominantes en Occidente.

Como ha hecho ver S. P. Sinha<sup>12</sup>, en las sociedades china, japonesa, africana, musulmana o hindú existe una serie de elementos configuradores que las asemejan entre sí y al mismo tiempo las diferencian de las sociedades occidentales y las alejan de las actuales Declaraciones de derechos humanos, las cuales llevan la impronta de aquéllas y son resultado sobre todo de la historia occidental y de su tradición axiológica. Si se desea que la idea de derechos humanos sea en verdad relevante para las sociedades no occidentales, dichas Declaraciones habrían de ser reformuladas, o al menos complementadas, teniendo en cuenta la realidad de sus pueblos y culturas.

En esas sociedades, a diferencia de Occidente, la unidad fundamental de la vida social es la familia, no el individuo; la base primera para asegurar la existencia humana son los deberes, no los derechos; la vía que se considera más adecuada para regular la convivencia consiste en la reconciliación o la educación (tiene, pues, carácter ético), y no en la primacía de la ley general y abstracta.

El caso de Israel posee un interés especial, puesto que, aunque desde el punto de vista jurídico y político su integración como Estado en el marco occidental es clara, hay que tener en cuenta que no resulta posible concebirlo separadamente del judaísmo, una tradición a la vez religiosa, filosófica y jurídica que constituye una de las fuentes de la cultura occidental en general y de la filosofía de los derechos humanos en particular, pero también una de sus instancias críticas permanentes.

La actual formulación de la Declaración Universal, considerada desde las perspectivas no hegemónicas (no occidentales), ofrece, sin duda, aspectos insatisfactorios. La Declaración, ciertamente, tiene una formulación centrada en los derechos del individuo (aunque encontramos una alusión a la familia en el art. 16.3: «La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado»); las alusiones a los deberes son escasas y genéricas, como ya indicamos; las referencias de carácter moral o pedagógico-directivo

<sup>11</sup> A las discusiones mantenidas en los últimos años entre los filósofos políticos norteamericanos hay que añadir el debate interno de la socialdemocracia europea, así como las recientes reflexiones de la doctrina social cristiana (véase especialmente la encíclica *Centesimus annus* del papa Juan Pablo II, fechada el 1.º de mayo de 1991).

<sup>12</sup> S. PRAKASH SINHA, «Human Rights: a non-Western Viewpoint»; *ARSP*, 1981, pp. 76-91.

tienen un lugar muy secundario en el conjunto de la Declaración (se encuentran recogidas más bien en el Preámbulo). En cuanto a la propiedad privada, el derecho a la misma figura reconocido en el artículo 17 (lo que provocó la abstención de varios Estados socialistas en el momento de la votación de la Declaración, hecho que explica su no inclusión en los Pactos de 1966).

Las diferencias de hecho son todavía mayores en la actualidad, pues en los últimos años se ha producido una indudable radicalización liberal (individualista) en Occidente: la consideración de la familia como «elemento natural y fundamental» (o como «célula fundamental»: *Carta Social Europea* de 1961, art. 16) de la sociedad parece haberse olvidado casi por completo en el discurso usual sobre los derechos humanos (para el cual incluso la alusión del Preámbulo a la «familia humana» resulta probablemente incómoda); conceptos como los de fraternidad, comunidad o deber suelen ser vistos con desconfianza; y cuanto pudiera suponer algún tipo de limitación o control sobre la propiedad privada de los medios de producción —incluso el intervencionismo estatal— parece haber entrado en crisis. Ahora bien, en la mayor parte de los países no occidentales puede detectarse actualmente una amplia tendencia a hacer compatibles las concepciones occidentales de tolerancia y respeto al individuo con las fórmulas culturales y sociopolíticas tradicionales. Veámoslo más despacio.

Desde una perspectiva hindú se insiste a menudo en la necesaria correlación entre derechos y deberes (*dharma*). Al igual que S. P. Sinha, también R. C. Pandeya, entre otros, sostiene que sería necesario reformular la Declaración de 1948, o al menos reinterpretarla a partir del artículo 29 («Toda persona tiene deberes respecto a la comunidad, puesto que sólo en ella puede desarrollar libre y plenamente su personalidad»); sería imprescindible, incluso, la elaboración de una Declaración Universal de Deberes. En todo caso, para el pensamiento hindú resulta de tal manera aberrante concebir los derechos aisladamente, y no en conexión necesaria con los deberes, que en sánscrito no existe una palabra para expresar el concepto de «derecho»: *adhikara*, la más cercana, significa propiamente «exigencia justa»<sup>13</sup>. (Sin embargo, no es difícil percibir que aquí se hace referencia, en realidad, al concepto moderno de derecho *subjetivo*: el griego *dikaion* tiene un significado similar a *adhikara*, palabra con la cual se encuentra emparentado etimológicamente; y el *ius* del Derecho romano no equivale sin más al «derecho subjetivo», que tiene sus raíces en el individualismo protoburgués de la Baja Edad Media.)

El propio Mahatma Gandhi había subrayado explícitamente la superioridad del deber sobre el derecho, pero su posición no fue tenida en cuenta a la hora de ser elaborada la Constitución de la Unión India (Nehru invirtió la prioridad, y en el texto constitucional no aparece un catálogo de deberes), ni tampoco cuando fue redactada la Declaración Universal en 1948 (un año antes había escrito en carta a Julian Huxley, director de la Unesco: «los derechos dignos de ser merecidos son aquellos ganados por el cumplimiento del deber; así, el mismo derecho a la vida no se nos da más que cuando cumplimos con nuestro deber de ciudadanos del mundo [...] cualquier otro derecho que no se cumpliera con esas condiciones sería en realidad una usurpación por la que casi no valdría la pena luchar»)<sup>14</sup>.

Tampoco en Japón y en China, donde han penetrado, en diversas épocas y a diversos niveles, las corrientes de pensamiento y las formas de vida occidentales, han

<sup>13</sup> «Fundamentos filosóficos de los derechos humanos. Perspectiva hindú», en *Los fundamentos...*, cit., pp. 295-307.

<sup>14</sup> Cit. en J. BELTRÁN y A. ROIG, *Guía de los derechos humanos*, Alhambra, Madrid, 1987, p. 104.

dejado de estar vigentes valores y principios tradicionales, tales como los de la primacía ideal de la autorrenuncia y el amor en la vida social o el de la conciliación como medio primario para la resolución de los conflictos<sup>15</sup>, junto a la asunción de ideas y formas jurídico-políticas de origen occidental que se consideran ya insustituibles, en el caso de Japón, o que van siendo lentamente adoptadas en la República Popular China.

La misma convicción es característica del discurso sobre los derechos humanos elaborado en el Tercer Mundo, incluyendo aquí la periferia del ámbito cultural occidental: Latinoamérica. Es significativo que la *Convención Americana sobre derechos humanos* (1970), en continuidad con la *Declaración de derechos y deberes del hombre* (1948)<sup>16</sup>, se refiera a la «correlación entre derechos y deberes» y que proclame en su artículo 32: «toda persona tiene deberes hacia la familia, la comunidad y la humanidad». La importancia concedida a los aspectos comunitarios queda también puesta de manifiesto en la *Carta africana de los derechos de los hombres y de los pueblos* (1981)<sup>17</sup>, comenzando por este mismo título. Desde el Tercer Mundo se insiste de manera particular, y ello resulta perfectamente lógico, en los derechos, no incluidos en la Declaración de 1948, llamados justamente «de fraternidad» o «de solidaridad» (o, también, «de la tercera generación»): sobre todo, en el derecho al desarrollo, en el derecho a la paz (es sabido cómo los gastos de armamento constituyen una de las principales causas de la depauperación de estos países) y en el derecho a disfrutar del patrimonio común de la humanidad, así como también en el derecho a la libre determinación: política, económica, social y cultural (pactos de 1966, art. 1). Ello no quiere decir, desde luego, que en estos países no se sienta, y de una forma especialmente dramática, la conculcación de los demás derechos fundamentales, comenzando por el derecho a la vida y a la integridad física.

El área cultural más alejada de los planteamientos clásicos occidentales acerca de los derechos humanos es sin duda la de los países islámicos. Aunque en bastantes de estos Estados el Derecho musulmán había quedado prácticamente relegado al ámbito privado, a partir de la revolución iraní, algunos textos constitucionales nuevos o reformados (Irán, 1979; Egipto, 1980; Argelia, 1986) han incorporado la *shari'a* (ley religiosa) como primera fuente de Derecho, con lo que la noción de derechos humanos ha adquirido un significado —en la teoría, pero sobre todo en la práctica— muy distinto del que es usual en Occidente. Son numerosos, y pertenecientes a diversas corrientes, los pensadores islámicos que se ocupan de los derechos humanos. Suelen coincidir en que el verdadero fundamento de los derechos humanos<sup>18</sup> sólo puede ser religioso, puesto que se halla en el valor absoluto de la persona

<sup>15</sup> Vid. S. P. SINHA, art. cit.; A. PIZZORUSSO, *Curso de Derecho comparado*, Ariel, Barcelona, 1987, pp. 61-62; R. INAGAKI, «El concepto de derechos humanos en Japón», en *Los fundamentos...*, cit., pp. 201-216.

<sup>16</sup> Ambas pueden verse en G. PECES-BARBA (ed.), *Derecho positivo de los derechos humanos*, Debate, Madrid, 1987, pp. 393-417 y 268-273, respectivamente.

<sup>17</sup> Traducción castellana en K. VASAK (ed.), *Las dimensiones internacionales de los derechos humanos*, vol. III, Barcelona, 1984, pp. 797-814.

<sup>18</sup> M. A. SINACEUR, «Tradición islámica y derechos humanos», en *Los fundamentos...*, cit., pp. 217-250. El Consejo Islámico de Europa (organismo de carácter privado con sede en Londres) ha promulgado la *Declaración Islámica universal de derechos humanos* (1981); puede verse como anexo al artículo de M. BORRMANS, «Droits de l'Homme et dialogue islamo-chrétien», en AA.VV., *Droits de Dieu et droits de l'Homme*, Tequi, Paris, 1989, pp. 105-141. Para Borrmans este documento, que ha tenido poco eco en los países musulmanes —parece destinado más bien a suscitar una opinión favorable en Occidente—, aun siendo novedoso en la forma, constituye en realidad una relectura islámica de la DUDH, y responde al ideal de una sociedad confesional; resulta, pues, difícil atribuirle la nota de universalidad.

humana (esto mismo, por otro lado, se afirma desde las perspectivas judía y cristiana). En cuanto a la salvaguarda de los derechos humanos en la práctica, sin embargo, es manifiesto cómo en los Estados islámicos los preceptos de la Declaración Universal son ignorados o conculcados a menudo. Por ello, algunos autores opinan que la concepción islámica de los derechos humanos es todavía demasiado inconcreta para poder ser llevada efectivamente a cabo, y expresan incluso una cierta nostalgia por la mayor seguridad que proporciona el enfoque empírico occidental<sup>19</sup>.

El crecimiento demográfico del islam y su relativa impermeabilidad al fenómeno secularizador hacen que el problema de los derechos humanos adquiera una enorme relevancia, tanto en el interior de estos países como a causa de la importante presencia islámica dispersa a nivel mundial. Como es bien sabido, el avance de las posiciones integristas, frontalmente opuestas a la concepción occidental de los derechos humanos, hace aumentar la complejidad y la gravedad del problema. El caso de Israel ofrece paralelismos y puntos de contacto significativos: la influencia cultural y política del judaísmo religioso, y especialmente del judaísmo ortodoxo, parece ser creciente, y así, mientras que por una parte debe reconocerse que existe una conexión histórica y conceptual entre la doctrina bíblica del hombre creado a imagen de Dios y la idea moderna de dignidad humana, por otra resulta pertinente la observación del estudioso de Derecho hebrero Z. W. Falk: «el judaísmo, como sistema de derecho y de religión, ha de preguntarse si puede suscribir los principios de la Declaración Universal de Derechos Humanos, o bien admitir que no puede hacerlo»<sup>20</sup>. Pensemos, en efecto, en temas como la libertad religiosa o la igualdad entre los sexos (o también, por otro lado, en el tratamiento de los derechos de los palestinos o de los habitantes de los territorios árabes ocupados).

A modo de resumen, podríamos concluir que en los países no occidentales en general, con la principal excepción del área islámica (al menos en buena parte), existe una actitud favorable a la adopción de aquellas formas jurídico-políticas desarrolladas en Occidente sin las cuales no parece que pueda hablarse con propiedad de derechos humanos: respecto al individuo, garantías adecuadas para hacer posible el ejercicio de los derechos, Estado de Derecho (organización democrática, separación de poderes, primacía de la ley). Sin embargo, los valores y principios de carácter comunitario propios de dichos países (correlación derechos-deberes; importancia de la familia, de las tradiciones propias y de la educación moral; limitaciones a la propiedad privada en favor de la colectividad) se oponen a la ideología dominante hoy en el ámbito occidental: el neoliberalismo. Éste, en virtud de su propia dinámica económica y cultural, hace que se prolongue la dependencia económica (neocolonial) del Tercer Mundo y a la vez el etnocentrismo occidental: es por ello por lo que el distanciamiento sigue aumentando y el diálogo deviene cada vez más difícil.

Una solidaridad ecuménica real no resulta posible sin un nuevo consenso básico sobre derechos humanos. La Declaración Universal de 1948 y los Pactos de 1966 deben ser complementados con un reconocimiento internacional de los «derechos de fraternidad» que limite las pretensiones del individualismo economicista. Pero para hacer que el acuerdo sea realmente fructífero se hace necesario un diálogo en profundidad, en primer lugar entre aquellas formaciones y movimientos que, dentro y fuera de Occidente, comparten, a pesar de sus diferencias, puntos de vista comunes sobre cuestiones fundamentales.

<sup>19</sup> F. ZAKARIA, «Los fundamentos filosóficos de los derechos humanos en el mundo árabe», en *Los fundamentos...*, cit., pp. 251-268.

<sup>20</sup> *Law and Religion. The Jewish Experience*, Mesharim Publishers, Jerusalem, 1981, p. 88.

### III. EL «DÉFICIT DE LA ILUSTRACIÓN» Y LAS BASES PARA EL DIÁLOGO

La perspectiva eurocéntrica, que hunde sus raíces en la estructura social, político-jurídica y cultural del Imperio romano, se desarrollará progresivamente sobre la base de la cristiandad occidental. Dicha perspectiva entra en crisis —más radicalmente todavía que con el surgimiento y rápido avance del islam a partir del siglo VII— con el descubrimiento de América. La realidad unitaria y a la vez plural de la humanidad se impone entonces a la conciencia europea: en el mundo existen «otras» culturas, profundamente diferentes de las del área mediterránea.

Pero el colonialismo que entonces se inicia y que alcanzará su apogeo en el siglo XIX supondrá, de hecho, la negación —frecuentemente a través de los medios más inhumanos, sin excluir el genocidio— de esa pluralidad. Habrá que esperar al fenómeno descolonizador para que Occidente vuelva a enfrentarse a la realidad de la diversidad de culturas, una diversidad ahora gravemente deteriorada, y precisamente debido a la presión occidental. La civilización moderna de base occidental, dice Burham Ghalioun, «funda su supervivencia, cuando no su existencia, en el expansionismo en el tiempo y en el espacio. De ahí su profunda aspiración al universalismo y su tendencia al totalitarismo devastador»<sup>21</sup>.

La creciente interdependencia mundial hace que el diálogo pueda plantearse hoy sobre bases más auténticas y justas. En primer lugar, se hace necesario para cada tradición superar actitudes unilateralmente defensivas y apoloéticas y abrirse a la verdad de los otros, estableciendo así con ellos lo que Ricoeur llama «una relación dramática». Por otro lado, sin embargo, el diálogo, para serlo realmente, debe partir de la especificidad de la propia herencia cultural: de lo contrario, deviene imposible como tal diálogo y da lugar a un sincretismo vago, que constituye no la integración, sino la confusión y la abolición de las diferencias<sup>22</sup>.

¿Cómo instrumentar, pues, este diálogo? Una primera consideración de la pluralidad de tradiciones y visiones del mundo en el momento presente permite descubrir una contraposición básica entre el individualismo liberal y lo que podemos denominar «tradiciones éticas», a saber, las tradiciones religiosas, la herencia socialista, los movimientos nacionalitarios y el ecologismo.

Como producto histórico, el liberalismo actual, con base en la Ilustración europea, se define polémicamente en relación con estas cuatro grandes tendencias. Pero para muchos dichas tendencias encierran precisamente los elementos que permitirían corregir el «déficit de la Ilustración»: déficit de sentido simbólico y espiritual, de dimensión comunitaria, de integración cósmica<sup>23</sup>. Se trataría, pues, de rehacer la cultura moderna, recuperando aquel otro Renacimiento, no individualista y a la vez respetuoso con los aspectos transraciales del hombre, que sucumbió ante el auge del racionalismo de la Ilustración y del cientificismo<sup>24</sup>.

La presente evolución de los derechos humanos parece ir, ya lo hemos sugerido,

<sup>21</sup> B. GHALIOUN, «Liberación de la historia», en AA.VV., *Historia y diversidad de las culturas*, Barcelona, 1984, pp. 331-347 (p. 334).

<sup>22</sup> *Op. cit.*, pp. 299-300.

<sup>23</sup> Ésta es, como se sabe, una de las tesis centrales del pensamiento de Horkheimer. Vid. Th. ADORNO y M. HORKHEIMER, *Dialéctica del iluminismo*, Buenos Aires, 1969.

<sup>24</sup> Vid. E. GARIN, *Medioevo y Renacimiento*, Taurus, Madrid, 1981; M. DE LUBAC, *Pic de la Mirandole*, Aubier, Paris, 1974. Sugerimos unas líneas de interpretación global en «Joan Lluís Vives, des de la crisi de la modernitat», *Saó*, n.º monogràfic 3 (novembre 1989), pp. 28-29.

en la dirección de complementar la herencia moderna. Éste es el planteamiento que se propone hoy expresamente por bastantes autores, tanto desde Occidente (a partir de la evaluación de la propia crisis) como sobre todo desde los países no occidentales (cuyo patrimonio espiritual se considera, con razón, agredido y al mismo tiempo relegado). Así, por ejemplo, mientras que para Ernesto Sábato se hace necesario recuperar el valor de lo mítico y de lo místico con el fin de *resacralizar* la persona humana, frente a la alienación espiritual producida por el progresismo cientificista moderno<sup>25</sup>, P. Kirpal defiende que la filosofía que está en la base de los documentos internacionales sobre derechos humanos —una filosofía occidental e ilustrada— ha de ser completada con la inspiración de la sabiduría tradicional religiosa, al objeto de hacer posible «un nuevo humanismo: libre, sabio, compasivo y capaz de amor»<sup>26</sup>.

Ello comporta, evidentemente, un fuerte énfasis en los valores, en los deberes y en la educación. Así, para Kirpal, no pueden darse derechos humanos sin una educación en valores humanos tales como el cultivo de las cualidades morales y espirituales, la búsqueda de la sabiduría, la austeridad y la autodisciplina, el amor y el servicio al prójimo, la búsqueda de la belleza, el desarrollo de las potencialidades del hombre interior, el conocimiento del mensaje de las grandes religiones... Ahora bien, desde un punto de vista liberal estricto estos valores-deberes en absoluto pueden ser impuestos jurídicamente; su ámbito es el de la moral, un ámbito considerado privado por definición. Las diferencias respecto a concepciones como la de Buchanan —seguramente uno de los casos más extremos, dado su depurado individualismo metodológico, explícitamente economicista— resultan, desde luego, difíciles de salvar.

También desde una interpretación de la modernidad en clave democrática se comparte la aversión liberal hacia estas «tradiciones éticas» (exceptuando quizá un cierto tipo de socialismo, que se concibe ahora, sin embargo, como postideológico). Pensemos, por ejemplo, en las tomas de postura de Habermas: frente a Gadamer (la idea de tradición sería siempre autoritaria)<sup>27</sup>, ante la orientación cultural y política de ecologistas y de ciertos teóricos de la postmodernidad (que considera inadmisibles por neoanarquista e ingenuamente romántica)<sup>28</sup> o respecto a los planteamientos nacionalitarios (que serían incompatibles con los presupuestos del Estado democrático)<sup>29</sup>.

Con todo, la posibilidad de complementar unos y otros elementos permanece abierta. Este talante integrador podemos encontrarlo, por ejemplo, en autores como N. MacCormick, que propone replantear las relaciones entre derecho y moral en la sociedad democrática e intenta mostrar cómo la compatibilidad entre la tradición liberal y el enraizamiento del ser humano en diversas comunidades de referen-

<sup>25</sup> «Anotaciones sobre la crisis occidental y la desmitificación», en *Historia y diversidad de las culturas*, cit., pp. 83-100.

<sup>26</sup> P. KIRPAL, «Los derechos humanos y su situación actual. Nuevas orientaciones en educación. Mirando hacia el futuro», en *Los fundamentos...*, pp. 308-333 (p. 323).

<sup>27</sup> Vid. P. RICOEUR, *Tradizione o alternativa*, Morcelliana, Brescia, 1980.

<sup>28</sup> Vid. J. M. MARDONES, *Postmodernidad y cristianismo*, Sal Terrae, Santander, 1988, pp. 52-57.

<sup>29</sup> Vid., por ejemplo, «Consciència històrica i identitat posttradicional. L'orientació occidental de la República Federal», *Revista de Catalunya*, 21, nova etapa (1988), pp. 9-25 (recogido, junto con otros ensayos, en *Identidades nacionales y postnacionales*, Tecnos, Madrid, 1989). En estos escritos de Habermas es patente la huella dejada por el nacionalismo expansionista en la conciencia democrática alemana, pero quizás también una carencia de sensibilidad hacia las demandas de las minorías nacionales y la dimensión antropológica del hecho nacional.

cia es no sólo posible, sino también necesaria<sup>30</sup>. Se trataría, en definitiva, de hacer posible una democracia sensible a la diversidad (irreductible) de tradiciones, a los valores éticos y a la solidaridad económica, y, a la vez, de hacer progresar a estas tradiciones en el diálogo mutuo y en el respeto a la herencia moderna.

Entre las cuatro grandes tendencias citadas se da, como ya hemos indicado, una coincidencia básica en torno a la importancia concedida a las dimensiones ética y comunitaria del hombre, y de aquí la reivindicación compartida de los «derechos de fraternidad». La rehabilitación contemporánea del mito y el símbolo frente al racionalismo restrictivo y al progresismo lineal de la Ilustración proporciona el fundamento filosófico para esta convergencia. En efecto, la «ingenuidad segunda» o post-crítica (Ricoeur) permite descubrir en la persistencia de las formas arcaicas una constante antropológica: la necesidad de enraizamiento en una comunidad histórica, en una tradición espiritual, en el entorno ecológico (que debería ser a la vez económico).

Estos mismos motivos son empleados por una parte de la literatura sociológica actual, aunque a veces con el riesgo de una simplificación abusiva, a causa de una elaboración demasiado rápida de materiales muy extensos y complejos. Es lo que seguramente sucede con los planteamientos propuestos por Johan Galtung, quien, a pesar de describir con acierto el etnocentrismo occidental y lo injusto de su ignorancia y desprecio hacia las otras formas de racionalidad (por las que de hecho se rige una buena parte de la humanidad), efectúa él mismo una valoración superficial de la herencia occidental, tanto en su vertiente religiosa como secular<sup>31</sup>. Ello indica probablemente que los intentos de síntesis, aunque necesarios, habrán de ser siempre provisionales, y respetando la realidad específica de cada tradición (so pena de incurrir de nuevo en el universalismo abstracto y uniformador).

El enfoque de Alain Touraine parece más equilibrado en este sentido. Para el sociólogo francés estamos entrando en la «nueva modernidad», una etapa caracterizada por la crisis definitiva de las nociones ilustradas de evolución-modernización y, correlativamente, por la diversificación de los cambios y los problemas sociales, que ahora serán sobre todo de carácter ético, dada la importancia creciente de la categoría de subjetividad<sup>32</sup>. En esta etapa la democracia consistirá en saber combinar lo universal y lo particular, en aprender a convivir (a dialogar) en una complejidad siempre cambiante. En la actualidad, los movimientos sociales más creativos y dinámicos son el resultado de la convergencia de elementos dispares (socialismo, tradiciones religiosas, nacionalismo o autoctonismo), como muestran los casos de América Latina y Polonia. Europa, dada su extrema diversidad cultural, ofrece un marco especialmente adecuado a este respecto: en ella se dan excelentes condiciones para la experimentación y la creatividad cultural, política y social.

Este «paradigma europeo» se orienta a combinar elementos que a primera vista parecen contradictorios, justamente mediante su complementación mutua. Entre lo público y lo privado, la razón universal y la subjetividad diferenciante, no debe haber, dice Touraine, «ni fusión ni separación», sino tensión y equilibrio<sup>33</sup>. Cierta-

<sup>30</sup> Vid., a este respecto, los ensayos agrupados en su libro *Legal Right and Social Democracy*, Clarendon Press, Oxford, 1982; el titulado «Nation and Nationalism», pp. 247-264, ha sido traducido en *Afers*, 8 (1988-1989), pp. 379-398 («Nació i nacionalisme»).

<sup>31</sup> Vid., entre otros escritos, *Hitlerismo, reaganismo y stalinismo. Tres variaciones sobre un tema de Orwell*, Instituto de Estudios Juan Gil-Albert, Alicante, 1985.

<sup>32</sup> Vid., por ejemplo, *El futuro del discurso del poder*, Secretaría General del Senado, Madrid, 1988, pp. 181-194.

<sup>33</sup> *El País*, 14 de junio de 1988, p. 41; es significativa la alusión a las palabras del Concilio de Calcedo-

mente, de cara a una comprensión más amplia y adecuada de los derechos humanos, tanto el modelo holista y colectivista extremo-oriental (el propio de las sociedades asiáticas tradicionales) como el modelo atomista e individualista extremo-occidental (el «paradigma norteamericano» dominante) resultan insuficientes. Se trataría, pues, de acometer la búsqueda de una complementariedad (siempre provisional) lo más ajustada posible, que es tanto como decir del orden internacional más justo.

#### IV. LA APORTACIÓN DE LAS «TRADICIONES ÉTICAS»

Entre las que hemos llamado «tradiciones éticas» no se dan únicamente convergencias, claro está, sino también diferencias, que son a veces muy profundas. El socialismo de raíz marxista es incompatible en el plano teórico con las tradiciones religiosas y también, al menos parcialmente, con los movimientos nacionalistas y ecologistas (que se consideran susceptibles de desviar el proceso histórico de su dirección correcta, que es la revolucionaria, en un sentido pequeño-burgués o anarquizante, respectivamente). Sin embargo, la noción de necesidades humanas —en la que, para algunos marxistas, se encuentra «la verdadera fuente de los derechos humanos»<sup>34</sup>— proporciona las bases para un diálogo filosófico y político. A partir de este concepto, en efecto, podrían ser desarrolladas una antropología y una ética socialistas, hasta ahora poco tematizadas, mientras que la teorización de las necesidades constituye sin duda un antídoto contra la propensión al idealismo talante en las demás tradiciones.

Formulado de una manera positiva, ello equivale a decir que el análisis marxista pone de manifiesto el carácter radical de las necesidades primarias o biológicas, mientras que desde los planteamientos religiosos, nacionalitarios y ecologistas se hace ver la importancia antropológica de las necesidades espirituales y simbólicas. Si el primero debe mostrar que no conduce necesariamente a una amputación o agostamiento de determinadas dimensiones del ser del hombre, los segundos están obligados a una práctica social no alienante frente a la explotación económica.

El diálogo interreligioso posee, por otro lado, la máxima significación, dado el valor fundamental otorgado a la religión por una gran parte de los habitantes del planeta. Es por ello por lo que se afirma con acierto que la reconciliación religiosa es una de las condiciones para la reconciliación universal<sup>35</sup>. Evidentemente, este diálogo supone el previo fomento de un clima de paz, respeto recíproco y colaboración amistosa, así como un conocimiento mutuo suficiente (el cual apenas ha sido inicia-

nia (año 451), en las que algunos pensadores personalistas han visto el núcleo de la antropología cristiana y a la vez el germen de la concepción pluralista de la sociedad europea (vid. O. CLÉMENT, *Sobre el hombre*, Encuentro, Madrid, 1983; cfr. también Encarnación FERNÁNDEZ, «Derecho social, democracia y pluralismo en G. Gurvitch», *Sociología y Psicología Jurídicas*, Colegio de Abogados de Barcelona, 1987, pp. 5-17). De otro lado, en el Coloquio sobre «Identidad y diferencias en la Europa democrática», celebrado en Bruselas del 23 al 25 de mayo de 1991, y que contó con la participación, entre otros, de V. Camps, R. Dworkin, E. Fernández, J. Habermas y N. MacCormick, se esbozó un notable consenso acerca del pluralismo nacional-cultural como única base posible sobre la que construir la unidad política de Europa. Planteamientos afines (aunque más cercanos a los de J. Galtung) pueden encontrarse en J. M. TORTOSA, *Política lingüística y lenguas minoritarias. De Babel a Pentecostés*, Tecnos, Madrid, 1982.

<sup>34</sup> M. MARKOVIC, «Los fundamentos filosóficos de los derechos humanos», en *Los fundamentos...*, cit., pp. 126-146 (p. 134). Vid., sobre este tema, M. J. ANÓN ROIG, «El sentido de las necesidades en la obra de Agnes Heller», *Sistema*, 96 (mayo de 1990), pp. 103-137.

<sup>35</sup> H. KÜNG, *Teología para la postmodernidad*, Alianza, Madrid, 1989, p. 183.

do sino a niveles muy restringidos). Ahora bien, considerar a las tradiciones religiosas en su diferencia y complementariedad básicas constituye un momento indispensable en el diálogo cultural y antropológico global —en la reflexión sobre los derechos humanos.

En primer lugar, habría que distinguir dos grandes tipos de religiones: las que podríamos denominar «cósmicas» y las que se ha dado en llamar «abrahámicas» (monoteístas). Entre las primeras incluimos las variadas religiones de tipo «arcaico» o «naturales» (religiones animistas del África negra, amerindias y australianas) y las religiones orientales o «místicas» (fundamentalmente hinduismo, budismo, confucianismo-taoísmo y sintoísmo); las segundas son las «religiones del Libro», surgidas en la religión mediterránea y emparentadas entre sí: judaísmo, cristianismo e islam. La siguiente enumeración de características contrapuestas nos aproxima —al precio de una cierta simplificación— a la diferenciación y, correlativamente, a la posibilidad de complementación entre ambos tipos de religiones y visiones del mundo.

## RELIGIONES CÓSMICAS

origen sedentario  
politeísmo y/o panteísmo  
inmanencia  
tiempo circular  
repetición  
duración  
naturaleza  
misticismo  
contemplación  
estética  
tolerancia  
arraigo  
pluralidad étnica

## RELIGIONES ABRAHÁMICAS

origen nómada  
monoteísmo  
trascendencia  
tiempo lineal  
innovación  
progreso  
historia  
profetismo  
acción  
ética  
dogma  
irreductibilidad personal  
universalidad

Si trasladamos este cuadro al actual momento cultural, podemos observar, además, cómo el ecologismo y, en cierta manera, el nacionalismo se relacionan mejor con las religiones cósmicas, mientras que el socialismo se encuentra más próximo —incluso genéticamente— a las religiones abrahámicas. Y, según veremos más adelante, si existe una conexión estrecha entre éstas y la modernidad (y los derechos humanos), la postmodernidad supone en parte un retorno a la orientación y características de las primeras.

Las tres religiones abrahámicas o monoteístas, consideradas en su conjunto, son las que han ejercido una mayor influencia en la historia y en la configuración actual del mundo. Desde diversas perspectivas se quiere ver en la pretensión de verdad absoluta (revelada) del monoteísmo la raíz de los planteamientos políticos y culturales dicotómicos (verdad-error, bien-mal, nosotros-ellos), con sus secuelas de intolerancia y guerras religiosas; el enfoque dicotómico monoteísta habría pervivido incluso a través de la secularización, tanto en el colonialismo surgido en los países cristianos (basado en la creencia de la superioridad occidental sobre el resto del mundo), como en la protesta atea (pero igualmente «religiosa» e intolerante) del marxismo<sup>36</sup>.

<sup>36</sup> Vid., por ejemplo, A. A. MAZRUI, «Los derechos humanos y la frontera móvil de la cultura mundial», en *Los fundamentos...* cit., pp. 269-294.

Éste es un problema de filosofía moral que no podemos examinar aquí con detenimiento. Ahora bien, la visión del mismo distaría de ser completa si no considerásemos algunos otros datos esenciales. En primer lugar debe tenerse en cuenta el hecho de que la convivencia pacífica entre las religiones ha sido posible históricamente (por ejemplo, en determinados momentos de Al-Andalus medieval, precisamente entre musulmanes, cristianos y judíos). Asimismo hay que constatar la existencia de corrientes de pensamiento de orientación ecuménica (Maimónides, Ibn Arabi, Ramon Llull o Nicolás de Cusa) en el seno de las mismas (si bien es cierto que no han sido las predominantes). Por otra parte, la evolución actual, a pesar de algunos retrocesos importantes, apunta hacia la amistad recíproca, como testimonian los recientes encuentros interreligiosos mundiales celebrados en Asís (1986) y Kioto (1987)<sup>37</sup>. Existe, sin embargo, una realidad más fundamental (obvia desde el punto de vista de la historia de las ideas, aunque escasamente divulgada): los derechos humanos, nacidos con el tránsito a la modernidad, son inconcebibles sin la afirmación previa del carácter sagrado (absoluto) de la persona humana proclamado por el monoteísmo. Es la creencia en un Absoluto trascendente lo que ha hecho posible la afirmación del valor absoluto de cada ser humano, el cual es hecho trascendente así, a su vez, al grupo social y a la naturaleza, y se convierte en sujeto y protagonista responsable de la historia<sup>38</sup>.

Más precisamente, la idea de derechos humanos tiene su origen en el cristianismo. Éste, en efecto, ha supuesto la difusión universal de la visión bíblica del hombre creado «a imagen de Dios» (Génesis 1,27): no igual (Gn 1,26), pero sí estrechamente emparentado con él (Gn 1,27). Ello no se encuentra en las demás religiones, ni siquiera en el islam, cuya concepción de la trascendencia lo excluye: según el Corán (42,11), no hay nada parecido a Dios; el hombre no es imagen de Dios, sino su vicario (*jalifa*), llamado a implantar una sociedad donde se realice efectivamente la voluntad divina: el islam (palabra que significa «sumisión») representa antes que nada el triunfo de los «derechos de Dios»<sup>39</sup>. El fenómeno islámico constituye, pues, en sí mismo, una interpelación para la conciencia judeo-cristiana, la cual, sin embargo, concibe el lugar del hombre en la historia de manera diversa.

<sup>37</sup> En un artículo reciente, a propósito de la guerra del Golfo, P. FLORES D'ARCAIS identifica el diálogo interreligioso con una convergencia de los diversos integrismos que se propondría retornar a una situación premoderna, sin libertad de conciencia ni laicidad del Estado, a partir de las deficiencias de la modernidad: anomia, despersonalización, desarraigo, pérdida de la identidad... («Pacifismo, papismo, fundamentalismo. La Santa Alianza contra la modernidad», *Claves de Razón Práctica*, 12, mayo de 1991, pp. 67-80). Una propuesta de laicidad alternativa, realmente pluralista, que reconozca el lugar y la función pública de las religiones (encargadas de *proponer* y no de *imponer* un sentido ético y espiritual), en M. TALBI y O. CLÉMENT, *Un respect têtú*, Nouvelle Cité, Paris, 1989, especialmente pp. 248-252.

<sup>38</sup> El diálogo intercultural se inserta así en el debate liberalismo-comunitarismo, que es el central en filosofía política estos últimos años. Vid., en cuanto a las repercusiones políticas prácticas, J. DE LUCAS, *Europa: ¿convivir con la diferencia? (Racismo, nacionalismo y derechos de las minorías)*. Desde el punto de vista teórico resultan interesantes las propuestas de M. R. MATE, que intentan complementar los planteamientos de la Teoría crítica con los que provienen de W. Benjamin, M. Horkheimer y J. B. Metz («Sobre la compasión y la política», en AA. VV., *Ética día tras día*, Trotta, Madrid, 1991, pp. 271-296).

<sup>39</sup> Para bastantes autores, musulmanes o no, es posible, e incluso necesario, plantear en profundidad el tema de los derechos humanos en el islam, pero para ello se hace ineludible una *Reforma islámica*, una nueva *shari'a* (ley religiosa), partiendo de una interpretación no literal (fundamentalista) del Corán. Ello, evidentemente, tendría importantes repercusiones teóricas y prácticas para las demás culturas. Vid. C. CORDONE, «La teoria islamica dei diritti umani», *Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto*, 1984, pp. 578-597; M. BORRMANS, art. cit. en la nota 18; R. GARAUDY, «Los derechos del hombre y el islam», *Concilium*, 1990, pp. 221-237; A. A. AN-NA'IM, «Corán, *shari'a* y derechos humanos», *íd.*, pp. 239-249.

Para el cristianismo la abrogación de la Ley (mosaica), que es sustituida por la fe en Jesús como Mesías en tanto que causa de justificación, hace posible que los gentiles tengan acceso a la Alianza establecida por Dios con Israel. El principio de distinción (*havdalah*) entre Israel y las Naciones (que lo es a la vez entre lo sagrado y lo profano, entre lo puro y lo impuro) queda abolido, según testimonio unánime de los escritos del Nuevo Testamento, y correlativamente el principio de igualdad, que en el judaísmo actuaba como complementario del anterior, se ve radicalizado (vid., por ejemplo, Gálatas 3,23-29). Esta abrogación de la Ley implica que la nueva religión no va a encontrarse ya ligada a un derecho determinado, como sucedía en el judaísmo, donde se da una simultaneidad y a la vez una tensión complementaria entre lo escatológico-profético (*homo religiosus*) y lo sapiencial-rabínico (*homo iuridicus*)<sup>40</sup>. El cristianismo va a efectuar así una distinción, de enormes consecuencias, entre lo religioso y lo secular, entre la Iglesia y el Estado (idea agustiniana de las «dos ciudades»).

Pero con el transcurso del tiempo la liberación del cristiano respecto de la Ley va a entenderse también como instancia crítica y profética frente a las tendencias jurisdicistas y resacralizadoras que va adoptando la Iglesia establecida. Se trata de movimientos espirituales como el franciscanismo y, sobre todo, de la Reforma protestante, que reivindica de una manera radical la libertad del cristiano, tanto en el ámbito religioso (sobre todo, Lutero) como en el social y político (sobre todo, Calvino). Al mismo tiempo, el humanismo renacentista retoma y divulga la noción de dignidad humana, que había sido elaborada por los Padres de la Iglesia en conexión con la categoría teológica de *persona*.

Sobre estas bases se levantará la concepción de los derechos naturales, precedente inmediato de la de derechos humanos. Es sabido cómo las Declaraciones de derechos norteamericanos del siglo XVIII tienen carácter teísta y están directamente inspiradas en los planteamientos cristianos protestantes. En cuanto a la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, surge de la confluencia entre el racionalismo ilustrado y la actitud democrática de revolucionarios como el *abbé* Grégoire, que se convertirían en «cristianos sin iglesia» tras su condenación por la Santa Sede (L. Kolakowski).

Los derechos humanos, en su conceptualización y en su expresión jurídico-política, son fruto, pues, de la secuencia histórica cristianismo-modernidad. Por formar parte de la herencia occidental, van ligados en su formulación actual a ideas que, como las de irreductibilidad personal y razón universal, resultan extrañas para las culturas y religiones de tipo cósmico. De aquí la convergencia que se da entre éstas y la crítica a la modernidad realizada desde el punto de vista filosófico. Pensamos sobre todo en Heidegger, para quien la continuidad entre la metafísica premoderna y la filosofía y la técnica modernas, momentos todos de un mismo pensar objetivante, habría de ser superada mediante un «retorno» a la filosofía griega preplatónica<sup>41</sup>, a una Grecia arcaica emparentada significativamente con religiones como el hinduismo en virtud del común origen indoeuropeo.

<sup>40</sup> Z. E. FALK, *op. cit.* Junto a la concepción del hombre como *imago Dei*, se señalan como aportaciones fundamentales de la tradición judía a la idea de derechos humanos el tema de la Alianza (que implica la afirmación de la libertad, la responsabilidad y el valor intrínseco de todo hombre) y la legislación bíblica protectora de los extranjeros y de los grupos económicamente más débiles: vid. E. B. BOROWITZ, «La Torá escrita y oral y los derechos humanos», *Concilium*, 1990, pp. 195-206.

<sup>41</sup> H. U. von Balthasar incluye a Heidegger en lo que él llama «mediación antigua»: el intento de resituar el cristianismo en el marco inmanente de la antigüedad clásica; aunque ahora no partiendo del *eros*, como la dirección que va del Renacimiento a Goethe, sino de la *Gelassenheit* (*Gloria*, vol. V, Encuentro, Madrid, 1988, pp. 398-416).

En efecto, el carácter fuertemente inmanente y neutro del Ser heideggeriano, los acentos místicos de su pensamiento, entre otros rasgos, lo aproximan a las perspectivas de las religiones cósmicas. Resulta similar el caso de Wittgenstein, en quien el horizonte místico se encuentra en relación estrecha con la «pluralidad de juegos de lenguaje» (*Sprachspiele*). Ciertamente, tanto en la concepción oriental del mundo como en la crítica occidental de la modernidad se da una serie de aspectos que deben ser tenidos en cuenta en sede de teoría de los derechos humanos. Aspectos ya indicados anteriormente pero que ahora podemos resumir en un dato: el carácter «enraizado» (la hermenéutica diría «situado») del ser humano, en la naturaleza y en la comunidad humana (política, cultural o religiosa)<sup>42</sup>. Sin embargo, no parece posible fundamentar los derechos humanos sin afirmar, precisamente, su irreductibilidad respecto de la naturaleza y de las comunidades en las que se encuentra inserto<sup>43</sup>.

La defensa más radical de esta irreductibilidad-unicidad ha sido llevada a cabo desde el judaísmo por el filósofo francés Emmanuel Lévinas, y precisamente en discusión con Heidegger. Para Lévinas, la filosofía occidental en su conjunto es, desde sus orígenes, una «filosofía de la potencia» que se propone como meta la *identificación*, la comprensión de la realidad —una empresa realizada, por definición, a partir del *yo*—. Es por esto por lo que ha concebido la metafísica (o la ontología, en Heidegger) como «filosofía primera». Ahora bien, afirma Lévinas, ello supone pensar la realidad en términos de lo Mismo y, por tanto, incapacita para dar cuenta del *otro* en su irreductibilidad. En la Biblia, por el contrario, no encontramos este interés por identificar la realidad, sino la preocupación ética por el otro: en definitiva, la *alteridad*. La pretensión de Lévinas consiste en «traducir al griego» este mensaje, esto es, proponerlo en términos filosóficos. «La ética como filosofía primera»: he aquí el punto de partida y a la vez el resumen de su pensamiento<sup>44</sup>. Una idea que invita a repensar la fundamentación de los derechos humanos.

Otro filósofo judío, Franz Rosenzweig, había planteado en *La estrella de la Redención* (1921) una comprensión de las relaciones entre judaísmo y cristianismo sobre la base de una cierta complementariedad. Este último habría hecho posible, aunque al precio de una inevitable mundanización, que los contenidos fundamentales de la Revelación puedan llegar a las Naciones: así, el cristianismo subsiste como una propedéutica respecto al judaísmo, como la «vía eterna» por la que las Naciones pueden acceder al Dios revelado a Israel, donde se encuentra la «vida eterna». Lévinas, deudor en muchos aspectos de Rosenzweig, mantiene sin embargo que, sobre todo después de la *Shoá* (holocausto nazi), la filosofía de la historia ha de ser más precavida<sup>45</sup>.

<sup>42</sup> La obra de la pensadora francesa Simone Weil (1909-1943) constituye a este respecto —y en relación con el diálogo intercultural en general— una de las más originales y sugerentes. Vid. E. BEA, *Simone Weil: la memoria de los oprimidos*, Encuentro, Madrid, en prensa.

<sup>43</sup> Es cierto, con todo, que determinados conceptos clave de las «tradiciones cósmicas», como el budista de compasión, o el confucionista de tolerancia, podrían servir de base para una teoría de los derechos humanos. De otro lado, la introducción unilateral de estas concepciones en Occidente, con olvido de las «tradiciones proféticas», constituiría seguramente el soporte «espiritual» que necesita el neoliberalismo, pero al precio de renunciar al *élan* humanista utópico y emancipador: vid. E. BEA, A. MONZÓN y J. A. PERIS, «Diàleg antropològic i Filosofia política. Quins horitzons?», *Qüestions de Vida Cristiana*, 155 (1991), pp. 96-99.

<sup>44</sup> Para una primera aproximación, vid. G. GONZÁLEZ ARNÁIZ, *E. Lévinas: humanismo y ética*, Cincel, Madrid, 1988.

<sup>45</sup> Trad. italiana de G. Bonola: *La stella della redenzione*, Casale Monferrato, 1985. Sobre la significación ecuménica de esta obra, así como del clásico *Jerusalem* (1783), de M. MENDELSSOHN, vid., E.

Para Lévinas, la pretensión absoluta (escatológica) del cristianismo ha llevado a éste, a pesar de declarar su fidelidad a la Biblia, a pensar la realidad en términos de totalidad: ha sucumbido a la pretensión esencialista pagana (griega) y, por tanto, a la tendencia sacralizadora propia de las religiones naturales. De un modo que es paradójico sólo en apariencia, ha sido el proceso de secularización, a través de la Reforma, el que ha logrado dar expresión jurídica a la irreductibilidad del hombre. (Ello viene a coincidir, por otro lado, con la evolución del judaísmo rabínico, el cual, desaparecido el Templo, se ha concentrado en la Ley, y ha sabido desarrollar así el paso «de lo sagrado a lo santo».) Los derechos humanos constituyen actualmente el reconocimiento del valor único de cada ser humano al margen de la ontología y de la teología, y en este sentido la herencia kantiana marca un punto de no retorno.

Pero los derechos humanos sólo pueden ser comprendidos adecuadamente a partir de la categoría de alteridad, puesto que se manifiestan originalmente «como derechos del otro y como deber para mí, como mis deberes en la fraternidad»<sup>46</sup>. La idea occidental de persona es, en cambio, esencialista: gracias a ella el yo obtiene un apoyo ontológico para perdurar en su *conatus essendi* y de esta manera «salvarse a sí mismo». Sin embargo, ser responsable implica en su radicalidad huir del *para-sí*, «perdersé» en la pasión por el otro, *exiliarse de la esencia*. El planteamiento de Lévinas representa un reto para el pensamiento contemporáneo en general y para el pensamiento cristiano en particular. Desde este último, en efecto, las críticas de Lévinas, aunque no puedan ser totalmente asumidas (entre otras cosas, Lévinas parece no conocer suficientemente la concepción patrística de persona), sí constituyen una llamada a la fidelidad a los propios orígenes bíblicos, tanto al Antiguo como al Nuevo Testamento; son, en otras palabras, una invitación a la revisión autocrítica de sus relaciones con el mundo.

Esta capacidad de autocrítica y de diálogo por parte del cristianismo posee gran importancia ecuménica, dado su enorme influjo histórico y su notable —aunque muy diversificada— proyección actual. Además, ofrece la particularidad de ocupar, dentro de las religiones abrahámicas, una posición más cercana a las de tipo cósmico, sobre todo si consideramos algunas de sus formas concretas. Pues, si bien la tendencia desacralizadora del cristianismo protestante —Lutero y su crítica de la *theologia gloriae*, Calvino en su insistencia en la responsabilidad mundana, Kierkegaard y su aversión a la estética, Barth y Bonhoeffer en su concepción de la religión como contrapuesta a la revelación— permite conservar más fácilmente el legado profético de las religiones abrahámicas y a la vez favorece la aceptación de la secularidad y la modernidad, el sentido cósmico de la tradición cristiana ortodoxa —un testimonio privilegiado de la Iglesia de los Padres— hace posible un mayor acercamiento a las religiones orientales y a la postmodernidad. Entre ambas versiones el cristianismo católico, precisamente debido a este carácter de catolicidad o universalidad, posee buenas condiciones para promover un diálogo realmente ecuménico.

La noción de *comunidad*, como contrapuesta a las de separación y fusión y como superadora de las mismas, expresa lo que para muchos constituye la pretensión exorbitante del cristianismo: la afirmación simultánea de trascendencia e inmanencia, ética y estética, irreductibilidad personal y pluralidad cultural, alteridad y ontología. Pero, más allá de las diferencias filosóficas y religiosas o, mejor, a través de

LÉVINAS, *A l'heure des nations*, Les Éditions de Minuit, Paris, 1988, pp. 175-185 y 159-168 respectivamente.

<sup>46</sup> E. LÉVINAS, «Les droits de l'homme et les droits d'autrui», en AA.VV., *Indivisibilité des droits de l'homme*, Éditions Universitaires, Freiburg, 1985, pp. 35-45.

ellas, da cuenta de las aspiraciones profundas del hombre, y en este sentido puede actuar como marco de referencia para el diálogo intercultural: como horizonte utópico (simbólico) de los derechos humanos<sup>47</sup>.

\* \* \*

«En la cooperación cultural, el esfuerzo se dirigirá a las ideas y valores que conduzcan a la creación de un clima de amistad y de paz. Se evitará cualquier indicio de hostilidad en las actitudes y en la expresión de opiniones. Se harán todos los esfuerzos, en la presentación y difusión de información, para asegurar su autenticidad»<sup>48</sup>.

El diálogo intercultural constituye una exigencia ética antes que geopolítica; demanda, en primer lugar, el abandono de las posiciones de fuerza sustentadas por los sectores dominantes de las sociedades occidentales. Como exigencia ética, comporta también la exclusión de todo fanatismo y autocomplacencia.

Las propuestas y ensayos de complementación mutua —como el esbozo ofrecido en las páginas anteriores— serán siempre provisionales y limitados, pero, por esta misma razón, estarán abiertos a nuevas síntesis y reelaboraciones. Se trata, en definitiva, de hacer posible una comunicación libre y sincera que conduzca a una acción solidaria y creativa. Solamente sobre tal base los derechos humanos pueden adquirir su sentido pleno.

<sup>47</sup> Entre las propuestas que abren nuevas posibilidades de futuro se pueden citar L. LOMBARDI, *Terre, Vita e Pensiero*, Milano, 1989; J. MOLTMANN, «Derechos del hombre, derechos de la humanidad y derechos de la naturaleza», *Concilium*, 1990, pp. 311-329; R. PANIKKAR, *Sobre el diálogo intercultural*, San Esteban, Salamanca, 1990.

<sup>48</sup> UNESCO, *Declaración de los principios de la cooperación cultural internacional*, 1966, artículo 7.2.

SEGUNDA PARTE

SUJETOS DE LOS DERECHOS HUMANOS

# LOS DERECHOS DE LOS NUEVOS POBRES

JESÚS BALLESTEROS

Las transformaciones de la tecnoestructura productiva, así como del sistema jurídico-político, en los últimos veinte años en los países más desarrollados han provocado una importante separación entre el trabajador y el carente de recursos suficientes o, dicho en otros términos, se ha producido una clara desproletarización del trabajador.

En efecto, el trabajo manual asalariado ha ido perdiendo de modo creciente toda relevancia, en la medida en que es sustituible por las máquinas. La principal fuente de riqueza ha pasado a estar cada vez más en la inteligencia en cuanto aplicada al proceso productivo. Ésta es la razón fundamental de la pérdida de validez del análisis marxista de las relaciones productivas, y por ello su obsolescencia es muy anterior a la caída de los regímenes del socialismo centralizado.

La desproletarización del trabajo va unida a la reducción del empleo. La protección jurídica del trabajador ha variado de tal forma que en los países más desarrollados económicamente el problema básico es hoy la consecución de un puesto de trabajo estable y, en su caso, la protección de los no-trabajadores, tales como parados, especialmente mujeres, jóvenes, minorías étnicas, ancianos, disminuidos físicos, enfermos; en definitiva, la protección jurídica debe centrarse hoy en las llamadas clases pasivas o, lo que es lo mismo, «nuevos pobres». Éstos son los carentes de recursos suficientes —a que alude la Carta Social Europea en su artículo 13—, los que tendrían derecho a una asistencia social, a una «procura existencial específica»<sup>1</sup>; en definitiva, los que dependen del *Welfare State*.

De este modo hemos avanzado dos de nuestras tesis: 1) la desproletarización implica la desvalorización del marxismo; 2) el incremento de los nuevos pobres reduce la credibilidad de los planteamientos neoliberales. Es lo que trataremos de ver a continuación.

## I. VISIÓN MARXISTA DEL TRABAJADOR

En relación con la problemática actual del trabajo, pocas cuestiones resultan hoy en efecto más evidentes que la obsolescencia del concepto marxista de trabajador.

<sup>1</sup> El concepto de *Daseinvorsorge* fue formulado por E. FORSTHOFF en 1938. Cfr. Manuel GARCÍA PELAYO, *Las transformaciones del Estado contemporáneo*, Alianza, Madrid, 1977, p. 27. Sobre la posibilidad de que el *Welfare State* se haya basado en el *Wahr State*, a través de la aplicación de un keynesianismo que invierte en industria bélica para evitar la depresión y posibilitar el consumo de los trabajadores del sector militar-industrial, véase Ramón COTARELO, *Del Estado del bienestar al Estado de malestar*, 2.ª ed., CEC, Madrid, 1990, pp. 201 ss. Las consecuencias negativas para la inflación y sobre todo para la paz de dicho modelo son evidentes: cualquier mantenimiento del Estado social hoy debe partir de la reconversión de las industrias bélicas en civiles; sobre ello remito a mi trabajo «Paz, desarme, libertad: obstáculos económicos e ideológicos», *AFD*, 1985, pp. 65 ss. Hay trad. francesa resumida de Encarnación Fernández, en *ARSP, Comporany Conceptions of Social Philosophy*, Suplementa, vol. V, pp. 158 ss.

Existe unanimidad en lo que respecta al desvanecimiento de la pretensión marxista de considerar el trabajo manual como origen de la riqueza. Quizá haya sido André Gorz el que mejor ha descrito el fenómeno al hablar del *Adiós al proletariado*<sup>2</sup>. En efecto, la ciencia y la tecnología eliminan aceleradamente la importancia del trabajo manual. De otra parte, su dependencia y explotación se han visto atenuadas notablemente sobre todo en los países más adelantados, merced entre otras cosas a la presión de movimientos sindicales de inspiración diversa, cristiana, socialista, socialdemócrata.

En cambio, en los países del socialismo centralizado, de algún modo inspirados en Marx, esa dependencia y explotación han ido en aumento hasta el punto de que la resistencia obrera ha sido decisiva para la caída del régimen. El pretendido papel revolucionario que debería tener el obrero para impulsar el tránsito de la sociedad capitalista a la socialista se ha manifestado de hecho de un modo totalmente opuesto (especialmente significativos parecen los casos de Polonia, donde dio comienzo la revuelta con el sindicato *Solidaridad* al frente, y de Rumania, donde la protesta de los mineros ha sido decisiva para la caída del gobierno de Petre Roman).

Todo ello para nada desmiente la subsistencia de la explotación del trabajador en los regímenes capitalistas, pero debe decirse que ello se circunscribe más bien a los supuestos de la economía sumergida, en los que el trabajador carece de la protección adecuada. Lo fundamental ahora ha pasado a ser la alienación de ese mismo trabajador por el sometimiento a la dinámica del consumo mismo y particularmente la extensión de la marginación, en especial de los nuevos pobres.

Pero la comprensión de esta realidad escapa a los esquemas marxistas, ya que de algún modo los nuevos pobres serían asimilados en lo que Marx designaba como *Lumpenproletariat*, o en todo caso como simples pobres, de ningún interés para él por su carencia de espíritu revolucionario. Pero el hecho de descartar el marxismo como medio de comprensión de la realidad del trabajo ¿significa acaso que debemos aceptar como interpretación más adecuada y coherente la concepción neoliberal del mismo?

## II. VISIÓN LIBERAL DEL TRABAJADOR

La concepción liberal-capitalista ve al trabajador como creador de mercancías, como *homo faber*, incrementador de riqueza por el valor añadido a la naturaleza<sup>3</sup>. Se parte de la separación cartesiana entre la *res cogitans*, considerada como origen de riqueza y de derechos, y la *res extensa*, considerada como material disponible ilimitado y, por ello, de escaso valor.

El valor fundamental a defender es la autonomía entendida como desvinculación o independencia, como libertad de... Ve, por tanto, la libertad como propiedad ilimitada y, por consiguiente, al trabajador como propietario. Locke lo expresa gráficamente: «Todo hombre tiene la propiedad de su persona. El trabajo de su cuerpo y la obra de sus manos son propiamente suyos.» El texto citado iba dirigido contra la esclavitud, pero lo cierto es que tal concepción de la libertad como propiedad y disposición de capacidad ilimitada va a conducir a la conversión del trabajo en mercan-

cía, sometida a las leyes de la competencia en cuanto a su existencia, retribución y condiciones materiales, con todo lo que ello comporta de inseguridad, precariedad, inhumanidad o abuso.

Sólo la capacidad de acumular permite proyectar y atribuir derechos; sólo el propietario es autónomo; los demás son menores de edad.

La libertad, al ser entendida como desvinculación o independencia conduce a la oposición contra todas las medidas de protección del trabajador en cuanto que implicarían violencia contra el orden espontáneo de la sociedad, expresión corriente entre los neoliberales Von Mises o Hayek, pero cuyo espíritu podría remontarse a Locke y Kant. Ello condujo históricamente a la aprobación de la Ley Le Chapelier de 14 de junio de 1791, por la que se suprimían las asociaciones profesionales de trabajadores, en cuanto que podían interferir en la libertad de trabajo; y más tarde se llegó a la eliminación de los subsidios de vida, a partir de las nuevas leyes de pobres, y en general a una actitud de recelo respecto a todas las obligaciones positivas en relación con los más desfavorecidos<sup>4</sup>.

Esta ausencia de sentido protector del derecho por parte del pensar liberal-capitalista constituye, según Hobsbawm<sup>5</sup>, una «innovación espectacular —de hecho diabólica para la mayor parte de las personas—», ya que posibilita la realidad de la explotación de los más desfavorecidos económicamente, o al menos la marginación de los ciudadanos pasivos, imposibilitados de cuidarse de sí mismos, de buscarse por sí mismos la vida, como niños, ancianos, viudas, parados...

Cabe sostener, en efecto, que el sistema de mercado, para evitar la explotación y la marginación, requiere de la igualdad entre las partes, como ha recordado recientemente la *Centessimus Annus* en sus parágrafos 15 y 48, y frente a aquellos que crean ver en esta igualdad una imposición o una restricción de la libertad, un «camino de servidumbre»<sup>6</sup>, conviene recordar, con Polanyi<sup>7</sup>, que el pretendido orden espontáneo de la sociedad, en que consistiría la sociedad de mercado, no es tal, sino que ha sido construido jurídicamente, a través de la evolución de determinadas instituciones, como la propiedad o el contrato, al pasar de una estructura comunitaria a otra individualista<sup>8</sup>.

En la actualidad se corre el riesgo de que el fracaso de las políticas del socialismo burocratizado del Este se interprete, se está interpretando ya, como un reconocimiento de la verdad del neoliberalismo, lo que conduce a la negación de las bases del Estado del bienestar. Se piensa, por tanto, que el único criterio para la resolución de los problemas sociales es el incremento de la producción, lo que lleva a una política de flexibilización de plantillas, que deja sin protección a los más indigentes,

<sup>4</sup> Karl POLANYI, *The Great Transformation*, Holt Rinehart and Winston Inc., New York, 1944. Hay trad. castellana, La Piqueta, Madrid, 1989.

<sup>5</sup> Eric HOBBSBAM, *El mundo del trabajo. Estudios históricos sobre la formación y evolución de la clase obrera*, trad. Jordi Beltrán, Crítica, Barcelona, 1987, p. 311.

<sup>6</sup> Friedrich August HAYEK, *The Road to Selfdom*, London, 1944; hay trad. castellana, Madrid, 1946. En el mismo sentido, *Derecho, legislación, libertad*, Unión Editorial, Madrid, 1978. Recientemente el sociólogo liberal Ralph DAHRENDORF, en sus «Reflexiones sobre la Revolución en Europa», en *Una carta pensada para un caballero de Varsovia*, trad. A. Bixio, Emecé, Barcelona, 1991, ha acusado a Hayek, a nuestro entender con razón, de dogmatizar el liberalismo, abocando a una defensa del *statu quo*: «Su clave es la renuncia a la creencia en la *Machbarkeit*, maleabilidad del mundo.»

<sup>7</sup> Karl POLANYI, *The Great Transformation*, cit.; en Thorstein VEBLEN, *Teoría de la clase ociosa*, trad. Vicente Herrero, FCE, México, 1971; John R. COMMONS, *Legal Foundations of Capitalism*, Mac Millan, New York, 1924.

<sup>8</sup> Giorgio REBUFFA, «Constituzionalismo e individualismo. Le ambiguità delle libertà individuali nell'analisi di J. W. Hurst», en *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 1979, XII, n.º 2, pp. 549 ss.

<sup>2</sup> André GORZ, *Adiós al proletariado. Más allá del socialismo*, trad. Miguel Gil, El Viejo Topo, Barcelona, 1981.

<sup>3</sup> John LOCKE, *Tratado sobre el gobierno civil*, trad. Amando Lázaro Ros, Aguilar, Madrid, 1960, cap. V, § 26.

así como al reconocimiento de la inevitabilidad del desempleo, e incluso su conveniencia dentro de ciertos límites por evitar males mayores dentro del conjunto de la macroeconomía.

De este modo, las situaciones laborales tienden a diversificarse y a volverse cada vez más precarias e inestables, sobre todo entre los jóvenes. Según una encuesta del Instituto Nacional de Estadística sobre población activa, publicada en diciembre de 1990, sólo cuatro de cada cien empleos creados durante el último trimestre de ese año fueron indefinidos. Esta precarización del trabajo plantea problemas que afectan al equilibrio personal, lo que proviene del hecho de ser el trabajo productivo el único elemento de reconocimiento personal. Si el trabajo desaparece o es muy insatisfactorio, se produce en la persona un vacío íntimo que puede abocar a la depresión, favoreciendo al mismo tiempo la creación de un clima favorable para la toxicomanía y la misma delincuencia<sup>9</sup>.

### III. VISIÓN SOLIDARISTA: DE LA ECONOMÍA MORAL A LA CARTA SOCIAL EUROPEA

Para abordar con realismo los problemas relacionados con los derechos de los trabajadores, hay que partir, por tanto, de un análisis que tenga en cuenta conjuntamente la reducción del papel del proletariado y, al mismo tiempo, la aparición de nuevas condiciones de indigencia. Ello requiere volver a considerar el trabajo como medio de ganarse la vida, subordinando el trabajo a la vida, a diferencia de lo que ocurría con las dos concepciones del trabajo examinadas. Esta visión del trabajo como medio de realización de la vida humana integral se opone frontalmente a la concepción productivista del trabajo, al descubrir amenazas para la realización personal en el «pretendido orden espontáneo del mercado», y tiende a revalorizar los trabajos «no productivos». Veamos cómo:

En primer lugar, estas amenazas se manifiestan bien por la inexistencia de puestos de trabajo, bien por el carácter precario, inestable, mal retribuido y poco reconocido del mismo. Tal situación afecta sobre todo a las mujeres (que aún hoy tienden a cobrar un 3 por 100 menos de salario que los varones en términos estadísticos), a los jóvenes, cuyo trabajo es eventual en dos de cada tres empleos, y a los emigrantes.

Pero la amenaza del orden espontáneo se manifiesta también por los desastres ecológicos que ocasiona, tales como el «efecto invernadero», la destrucción de la capa de ozono y, en general, de recursos naturales, indispensables para la subsistencia de las futuras generaciones, víctimas de lo que Galtung ha llamado el «colonialismo en el tiempo»<sup>10</sup>.

La caída del primado del modelo productivista va unida en tercer lugar a la percepción de la importancia del cuidado y conservación de la vida, lo que lleva a la consideración del trabajo en el hogar, hasta ahora devaluado y que pasa a ser tenido en cuenta como enormemente importante<sup>11</sup>.

<sup>9</sup> Pensemos en la violencia desatada en septiembre de 1991 en la ciudad británica de Meadows Well, que revela la conexión entre paro, desesperación y violencia. Ver Erik ERIKSON, *Identidad, juventud y crisis*, trad. Alfredo Guero, Taurus, Madrid, 1981. Por otro lado, según un informe de la UGT de ese mismo mes, durante la década de los ochenta perdieron la vida en accidente laboral doce mil personas de las cuales ocho mil tenían contratación temporal.

<sup>10</sup> Sobre ello, véase el *Tratado de Derecho ambiental*, del profesor Ramón MARTÍN MATEO, Trivium, Madrid, 1991, y el artículo de José M.<sup>a</sup> ROJO SANZ incluido en este libro.

<sup>11</sup> Sobre ello, recientemente, Oscar LAFONTAINE, *La sociedad del futuro. Política de reformas en un*

La conciencia del carácter amenazante del «orden espontáneo del mercado» se encuentra ya en lo que Thompson ha llamado la «economía moral», cuya primera manifestación sería la *Artificiers Law* de 1563<sup>12</sup>. Su espíritu ha sido certeramente descrito por Hobsbawm<sup>13</sup>: «Las sociedades preindustriales reconocían que las personas tienen un derecho moral legítimo a ciertos elementos básicos de la vida [...] lo que llevaba a que hubiese que socorrer a las personas que todavía o ya no podían mantenerse a sí mismas: huérfanos, viudas, ancianos [...]], o los parados.

Las condiciones mínimas de subsistencia quedaron garantizadas legalmente hasta que triunfó la mentalidad liberal-capitalista, con leyes tales como la *Speenhandland Law* de 1795<sup>14</sup>. Posteriormente la conciencia del derecho a la protección social reaparece en la Revolución francesa con los *sans-culottes* o «Cuarto Estado», ciudadanos pasivos, carentes de recursos y, por tanto, sin derecho a voto. Su idea central era la fraternidad o defensa de los indigentes, lo que suponía una continuidad con las líneas básicas de la economía moral. Pretendían limitar la libertad de comercio a lo superfluo, controlando los precios de los productos de primera necesidad, así como subordinando el derecho a la propiedad al derecho a la vida. Surge entonces la noción del derecho al trabajo y a la asistencia como noción derivada del principio de la igualdad de goces, conectable con el derecho a la igual felicidad de que hablaban Jefferson, Mill y Georg.

La conexión entre derecho al trabajo y derecho a una vida digna aparece en el artículo 10 de la Declaración de Derechos de 24 de junio de 1793, al establecer que «la sociedad está obligada a proveer a la subsistencia de todos los miembros, bien procurándoles trabajo, bien asegurándoles los medios de existir a los que se encuentren fuera del estado del trabajador»<sup>15</sup>. Esta visión del derecho a la asistencia social, que, según Decreto de 28 de junio de 1793, debía concederse a niños, ancianos e indigentes, procedía de la concepción de la propiedad como algo subordinado al derecho a la vida. De ahí que Louis Blanc viera en esta conciencia la aparición de una tercera era de fraternidad, superadora del autoritarismo y del individualismo. Esta concepción del Derecho, que exige la promoción de las condiciones para la igualdad efectiva, será teorizada después por ilustres tratadistas, como Herman Heller<sup>16</sup>, constituyendo el fundamento del Estado social de Derecho, tal como reconoce, por ejemplo, el artículo 9.º2 de la Constitución española de 1978, en relación con el artículo 35 y con el 40, que postula la exigencia de una economía de pleno empleo.

La lucha por una economía de pleno empleo en la actualidad, aun a sabiendas de su extraordinaria dificultad, requiere la reducción de la jornada laboral como principal medida. Ello no es solamente algo que ha sido postulado por pensadores discrepantes con el sistema, como André Gorz, en perfecta continuidad a lo largo de toda

*mundo transformado*, trad. Manual Moral, Sistema, Madrid, 1989; Jürgen HOFFMANN, «Sindicato e ristrutturazione in Germania federale», en «Crisi o fine della società del lavoro?», en *Modernizzazione e sistema politico*, Ed. Riuniti, Roma, 1989, pp. 59 ss.

<sup>12</sup> E. P. THOMPSON, «La economía moral de la multitud en la Inglaterra del siglo XVIII», en *Tradicción, revuelta y conciencia de clase. Estudios sobre la crisis de la sociedad preindustrial*, trad. Josep Fontana, Crítica, Barcelona, 1984, pp. 62-134.

<sup>13</sup> E. HOBSBAWM, *El mundo del trabajo*, cit., p. 311.

<sup>14</sup> Karl POLANYI, *The Great Transformation*, cit.; Pierre JACCARD, *Historia social del trabajo*, trad. Ramón Hernández, Plaza-Janés, Barcelona, 1977, pp. 247 ss.; André GORZ, *Los caminos del paraíso: para comprender la crisis y salir de ella por la izquierda*, trad. Jordi Martí, Laia, Barcelona, 1986, pp. 69 ss.

<sup>15</sup> André SOBOUL, *Los sans-culottes. Movimiento popular y gobierno revolucionario*, trad. Mario Ruipérez, Alianza, Madrid, 1987, p. 91.

<sup>16</sup> Herman HELLER, «¿Estado de Derecho o dictadura?» en *Escritos políticos*, trad. Salvador Gómez de Arce, Alianza, Madrid, 1985, pp. 287-301.

su obra, de acuerdo con su lema «trabajar menos para trabajar todos y vivir mejor»<sup>17</sup>, así como instituciones de prestigio internacional como el Club de Roma, en diferentes informes<sup>18</sup>, sino que constituye una de las obligaciones de los Estados firmantes de la Carta Social Europea, que en el artículo 1.º de la segunda parte establece que «las partes contratantes se comprometen a fijar una razonable duración diaria y semanal de las horas de trabajo, reduciendo progresivamente la semana laboral en la medida en que lo permitan el aumento de la productividad y otros factores pertinentes». Pese al tiempo transcurrido —casi treinta años— y los adelantos técnicos, la reducción no ha pasado de dos horas semanales: de cuarenta a treinta y ocho horas.

En efecto, para que pudiera llevarse a cabo esa distribución del trabajo manteniendo los salarios, haría falta un mayor sentido de la solidaridad social que la hoy en día imperante, que fuera unida a mayor valoración de los aspectos no crematísticos de la realidad, esto es, a una cierta desmercantilización de la vida social, que tendería a superar las dicotomías modernas entre trabajo y vida, entre trabajo y ocio, entre realización personal y salario; lo que comporta, sin duda, la exigencia de un nuevo modo de pensar<sup>19</sup>. Se trata, en definitiva, de que se adquiera conciencia de que el trabajo es un elemento necesario para la vida y no un mero medio de incremento de la producción. El trabajador aparece como alguien que debe ser protegido por el Derecho y no como una simple mercancía.

La comprensión de la figura del trabajador como alguien necesitado de «ganarse la vida», que aparece desde la economía moral hasta los textos jurídicos fundamentales del Estado social de Derecho, implica una serie de características jurídicas de gran interés, que pueden servir para aclarar la misma idea global de los derechos humanos.

a) En primer lugar, aparece el carácter protector de los derechos humanos, como garantías de unas condiciones de vida dignas, tales como: reconocimiento de la persona como tal; posibilidad de realización de actividades creativas; participación en la gestión del propio trabajo, conociendo su significado global. Tanto la persona como su tiempo no deben ser exclusivamente un medio, sino un fin para el agente<sup>20</sup>.

b) En segundo lugar, este carácter protector del derecho en cuanto dirigido a garantizar las condiciones de vida dignas frente a la explotación y al hambre presenta la nota de la inalienabilidad, tal como se reconoce en el artículo 3.5 del Estatuto de los Trabajadores, al afirmar que «los trabajadores no podrán disponer válida-

<sup>17</sup> André GORZ, *Adiós al proletariado*, cit., en id., *Metamorphoses du travail, Quête de sens. Critique de la raison économique*, Galilée, París, 1988.

<sup>18</sup> Adam SCHAFF, «Ocupación y trabajo», en *Informe al Club de Roma sobre microelectrónica y sociedad*, a cargo de A. Schaff y Friedrics, trad. M. A. Fernández Álvarez, Alhambra, Madrid, 1982.

<sup>19</sup> Alejandro LLANO, en su excelente libro *La nueva sensibilidad*, Espasa Calpe, Madrid, 1988, ha destacado cómo la principal quiebra del Estado del bienestar ha sido la hipertrofia del sistema en detrimento del mundo de la vida, especialmente de la vida familiar (pp. 39 y 70), y se ha opuesto a la posibilidad de una sociedad verdaderamente sin trabajo, ya que el mantenimiento de nuestros actuales niveles de desarrollo no tiene índole inercial. Sobre la superación de la mentalidad productivista, remito a mi libro *Postmodernidad: decadencia o resistencia*, 2.ª ed., Tecnos, Madrid, 1990, pp. 32 ss. y 43 ss.

<sup>20</sup> Sobre la exigencia ética del conocimiento del significado del trabajo por parte del trabajador ha insistido con especial agudeza Simone WEIL. Sobre ello, véase Emilia BEA, *Simone Weil: la memoria de los oprimidos*, Encuentro, Madrid, 1991, en prensa. Sobre lo certero de la crítica de MACPHERSON a Locke, en su *Teoría política del individualismo posesivo*, trad. Juan Ramón Capella, Fontanella, Barcelona, 1979.

mente de los derechos que tengan reconocidos por disposiciones legales de derecho necesario». Este carácter indisponible, de *ius cogens*, de la protección de los derechos de los trabajadores constituye una de las claves del Estado social frente a los teóricos del orden espontáneo<sup>21</sup>. Se trata de una irrenunciabilidad frente a terceros, como parte de la *Drittwirkung*, en la que el Estado aparece como protector de los peor situados<sup>22</sup>. Este carácter irrenunciable es destacado por estudiosos del Derecho sindical<sup>23</sup>. Pero al mismo tiempo parece claro que la irrenunciabilidad está en función de la defensa de la vida, lo que no puede dejar de recordar la certera distinción de Rousseau entre el derecho a la propiedad y los derechos a la vida y la libertad: el primero, «disponible a capricho», mientras que «privarse de los segundos equivale a la aniquilación y degradación de su ser»<sup>24</sup>.

c) En tercer lugar, el carácter protector del derecho de los trabajadores, o más concretamente la irrenunciabilidad de su defensa, va unido al cambio en la legitimación de los mismos, del plano individual al plano colectivo. Es lo que ha dado en llamarse «intereses colectivos o difusos». Significativamente, el artículo citado del Estatuto de los Trabajadores prescribe que «tampoco podrán disponer válidamente de los derechos reconocidos como indisponibles por convenio colectivo».

La protección colectiva de los intereses de los trabajadores aparece vertebrada a través de organizaciones, y es lo que les da especial vigor; de ahí los deseos del neoliberalismo de reducir o eliminar la contratación colectiva y el papel de los sindicatos volviendo al espíritu de la Ley Le Chapelier. De ahí que la protección de otros intereses colectivos o difusos, como los relacionados con el medio ambiente o la salud, requiera también de la aparición de organizaciones más semejantes a los sindicatos que a los partidos, como los movimientos alternativos: ecologistas, pacifistas, consumidores, amas de casa<sup>25</sup>.

d) En cuarto lugar, la protección de los derechos del trabajador, entendido como aquel que «busca la vida», debe extenderse también a quienes aspiran a «igual felicidad» que los ciudadanos activos.

Desde esta perspectiva, creemos que resulta confirmado lo que decíamos al comienzo: la reducción de la importancia del proletariado o su desaparición en la sociedad actual no reduce en modo alguno la importancia del carácter protector del derecho en relación con los más menesterosos, los nuevos pobres.

<sup>21</sup> Véase Herman HELLER, «¿Estado de Derecho o dictadura?», cit., pp. 87 ss.

<sup>22</sup> Pedro DE VEGA «La crisis de los derechos fundamentales en el Estado social», en *Derecho y economía en el Estado social*, a cargo de Javier Corcuera, Tecnos, Madrid, 1988, pp. 130 ss.

<sup>23</sup> Bruno, MONTANARI, «Diritto soggettivo e esperienza sindacale», en *Fenomeni giuridici e letteratura giuridica*, Giappichelli, Turín, 1990, pp. 173 y 341.

<sup>24</sup> Jean-Jacques ROUSSEAU, «Discurso sobre el origen y fundamento de las desigualdades entre los hombres», en *El contrato social y discursos*, trad. Mauro Armijo, Alianza, Madrid, 1985, pp. 146 ss. Sobre la inalienabilidad de los derechos humanos, remito a mi libro *Postmodernidad: decadencia o resistencia*, cit., p. 146; al debate abierto con Javier DE LUCAS, en la revista *Doxa*, 1989, sobre la postmodernidad, pp. 291-306; así como a los artículos incluidos en la primera parte de este libro, y en especial el dedicado expresamente al tema de la inalienabilidad de Antonio Luis MARTÍNEZ PUJALTE.

<sup>25</sup> Norbert REICH, «Formas de socialización de la economía. Reflexiones sobre el postmodernismo en la teoría jurídica», en *Derecho y economía en el Estado social*, cit., pp. 116 ss. Se trataría de dar vida a lo que Gurvitch designó en su momento como derecho social común económico; sobre ello, Encarnación FERNÁNDEZ, «Derecho social, democracia y pluralismo en G. Gurvitch», en *Sociología y psicología jurídicas*, 1987, pp. 5-17.

## LOS DERECHOS DE LAS MUJERES

ENCARNACIÓN FERNÁNDEZ

### I. CARACTERES DE LA DISCRIMINACIÓN DE LAS MUJERES EN LA MODERNIDAD

La modernidad política, que se caracteriza por haber desarrollado la idea de los derechos humanos, cristaliza en el último cuarto del siglo XVIII con las revoluciones americana y francesa en el contexto de las cuales se producen las grandes declaraciones de derechos: las americanas y la francesa de 1789. Ahora bien, la modernidad política en un primer momento no reconoce, ni siquiera formalmente, los derechos de participación política de las mujeres, en particular su derecho al sufragio, al igual que sucede con otros sectores de la población, en concreto los no propietarios, los trabajadores por cuenta ajena. Si, como subraya Ballesteros, «la grandeza mayor de la reflexión y praxis política de la Modernidad ha residido en el esfuerzo por extender universalmente el debate y la discusión de los problemas políticos, en que consistió “la libertad de los antiguos”»<sup>1</sup>, lo cierto es que la generalización de los derechos humanos (en especial los de participación política) a través de la igualdad en la titularidad de los mismos no se conseguirá en un primer momento ni para los varones no propietarios, ni para las mujeres. La única excepción a este no reconocimiento inicial de los derechos políticos de las mujeres la constituye la admisión del sufragio femenino en 1776 en el Estado de Nueva Jersey no sólo para las elecciones municipales, sino también para las nacionales, aunque extensivo únicamente a las que fueran propietarias<sup>2</sup>.

Esta exclusión de las mujeres de la participación en la vida política es defendida por autores tan representativos de la modernidad como Kant y Hegel.

Kant, en una muy breve referencia a la mujer en su «Respuesta a la pregunta: ¿Qué es la Ilustración?», parece incluirla en lo que él llama «autoculpable minoría de edad (*Unmündigkeit*)»<sup>3</sup>, y en diversos pasajes de su obra la priva expresamente del derecho al voto equiparándola con el niño, pues, además de defender el voto censitario, exige para tener derecho al voto, esto es, para ser ciudadano activo, para poder ser colegislador, la cualidad *natural* de no ser niño ni mujer<sup>4</sup>.

<sup>1</sup> Vid. Jesús BALLESTEROS, *Postmodernidad: decadencia o resistencia*, Tecnos, Madrid, 1989, p. 69.

<sup>2</sup> Cfr. Plutarco MARSÁ VANCELLS, *La mujer en el Derecho político*, Eunsá, Pamplona, 1970, p. 55.

<sup>3</sup> I. KANT, «Respuesta a la pregunta: «¿Qué es Ilustración?»», en AA. VV., *¿Qué es Ilustración?*, trad. de Agapito Maestre y José Romagosa, Tecnos, Madrid, 1988, pp. 9-10.

<sup>4</sup> I. KANT, «En torno al tópico: Tal vez eso sea correcto en teoría, pero no sirve para la práctica», trad. de M. Francisco Pérez López y Roberto Rodríguez Aramayo, en *Teoría y práctica*, Tecnos, Madrid, 1986, p. 34 y *La Metafísica de las costumbres*, trad. de A. Cortina Orts y J. Conill Sancho, Tecnos, Madrid, 1984, p. 314.

En un interesante trabajo titulado «Por una Ilustración feminista», Adela Cortina sugiere, apoyándose sobre todo en los análisis kantianos en las *Observaciones sobre el sentimiento de lo bello y lo sublime* considerados además a la luz de la *Crítica del Juicio estético*, que en la base de la discriminación jurídico-política de las mujeres en el pensamiento de Kant «se encuentra la inconfesada convicción de que las

Hegel, por su parte, en el párrafo 166 de su *Filosofía del Derecho*<sup>5</sup> «niega radicalmente —como subraya Ballesteros<sup>6</sup>— la posibilidad de acceso de las mujeres a las tres actividades modernas hegemónicas (ciencia, Estado y economía)», reduciendo el puesto de la mujer al ámbito de la familia y ello apoyándose en los siguientes argumentos. En primer lugar, porque, mientras que el varón representa la universalidad y la objetividad de la razón, la mujer encarna el sentimiento. En segundo lugar y como consecuencia del anterior, porque en relación con el mundo exterior el varón representa la fortaleza y la actividad y la mujer, la pasividad y la subjetividad. Basándose en estos mismos argumentos, Hegel considera en particular peligrosa para el Estado la participación política de las mujeres. «El Estado correría peligro —declara en la nota del citado párrafo 166 de su *Filosofía del Derecho*— si hubiera mujeres a la cabeza del gobierno, porque no actúan según exigencias de la universalidad sino siguiendo opiniones e inclinaciones contingentes.»

Este mismo alegato, junto con otros, había sido utilizado en Francia en la época de la Convención para justificar la disolución de los clubes femeninos decretada el 20 de octubre de 1793. En efecto, en el informe<sup>7</sup> que días antes había presentado a la Convención Amar, en nombre del *Comité de sûreté générale*, se pedía la disolución argumentando, entre otras cosas, que las asociaciones de mujeres, en cuanto que suponían una participación activa de éstas en política, resultaban peligrosas para los asuntos públicos pues las mujeres están más expuestas al error y a la seducción y tienen una mayor tendencia a la exaltación.

Por otra parte, de acuerdo con la teoría del reconocimiento de Hegel, el individuo logra su pleno reconocimiento en el Estado, en cuanto está dispuesto a sacrificarse, a morir y/o matar por el Estado<sup>8</sup>, lo cual explica la primacía del sexo masculino sobre el femenino».

Junto a esta exclusión de la participación en la vida política, las mujeres se vieron también excluidas en la modernidad de la participación en la vida económica y cultural.

En relación con el primero de los aspectos señalados, Ivan Illich<sup>9</sup> subraya cómo en el siglo XIX, paralelamente a la implantación en el mundo occidental de una economía basada en el trabajo asalariado que sustituía a la anterior economía de subsistencia en la que la mayoría de las personas creaba su subsistencia gracias a actividades múltiples al margen de todo intercambio monetario, las mujeres fueron

mujeres son realmente incapaces de vida moral» (Adela CORTINA, «Por una Ilustración feminista», *Leviatán*, 35, primavera 1989, pp. 101-111; la cita está tomada de la p. 105). En parecido sentido, S. MALLER OKIN, «Reason and Feeling in Thinking about Justice», *Ethics*, vol. 99, n.º 2, pp. 229 ss.

<sup>5</sup> Georg Wilhelm Friedrich HEGEL, *Principios de la Filosofía del Derecho o Derecho Natural y Ciencia Política*, trad. de Juan Luis Vermal, Sudamericana, Buenos Aires, 1975, párrafo 166, pp. 212-213.

<sup>6</sup> Jesús BALLESTEROS, *Postmodernidad: decadencia o resistencia*, cit., p. 129.

<sup>7</sup> Citado por P. M. DUHET, *Les femmes et la Révolution (1789-1794)*, Julliard, Paris, 1971, pp. 150-158, en particular p. 157.

Yves BESSIÈRES y Patricia NIEDZWIECKI en su trabajo *Las mujeres en la Revolución francesa, 1789. Bibliografía*. Cuadernos de Mujeres de Europa, n.º 33, Comisión de las Comunidades Europeas, enero de 1991, subrayan cómo la decisión de la Convención de disolver los clubes femeninos instauró la «muerte política» de las mujeres, mientras que el *Code civil* consagró su «muerte civil» (Cfr. *op. cit.*, p. 9).

<sup>8</sup> G. W. F. HEGEL, *op. cit.*, párrafos 325, 326, 327 y 328.

Sobre las implicaciones de la teoría del reconocimiento de Hegel en otro orden de cosas, concretamente en relación con la sacralización de la defensa que se considera como el mayor riesgo para la paz porque conduce necesariamente a la aceptación de la guerra, ver F. JAVIER DE LUCAS MARTÍN. «La noción de defensa y la crisis de legitimidad. ¿Qué significa defensa?», *Anuario de Filosofía del Derecho*, t. II, 1985, pp. 77 ss., concretamente pp. 80-81 y 86.

<sup>9</sup> Ivan ILLICH, *Le travail fantôme*, Seuil, Paris, 1981, pp. 117-139, *passim*.

excluidas del trabajo asalariado o, a lo sumo, relegadas a trabajos asalariados de segunda categoría —primero en la máquina de coser, después en la máquina de escribir y finalmente en lo estándar o en la terminal informática— y, sobre todo, fueron excluidas de toda contribución a la subsistencia familiar al ser confinadas en el hogar como amas de casa económicamente dependientes, por primera vez, improductivas y reducidas a realizar lo que Ivan Illich llama el «trabajo fantasma» (*shadow-work*, *Schattenarbeit*, *travail fantôme*) dentro del hogar.

El trabajo fantasma —del que el trabajo del ama de casa no es para Illich la única manifestación, aunque sí el prototipo— representa, según el citado autor, la forma de discriminación más característica de las sociedades industriales avanzadas actuales.

Por su parte, la exclusión de las mujeres de la participación en la vida cultural, así como la discriminación educativa, son abiertamente justificadas por Rousseau y por Hegel.

En el libro quinto del *Emilio*, titulado «Sofía o la mujer», Rousseau traza un programa completo de educación femenina partiendo de dos principios básicos.

El primero de ellos es formulado en los siguientes términos: «Una vez que se ha demostrado que el hombre y la mujer no están ni deben estar constituidos del mismo modo, de carácter ni de temperamento, se desprende que no deben tener la misma educación»<sup>10</sup>. Cultivar en las mujeres las cualidades del hombre —escribe— y descuidar aquellas que les son propias perjudicaría a las mismas mujeres. Ello no significa —continúa— que las mujeres deban ser educadas en la ignorancia. La naturaleza quiere que piensen, que juzguen, que amen, que conozcan, que cultiven su espíritu como su rostro. «Ellas deben aprender muchas cosas, pero solamente —concluye— aquellas que les conviene saber»<sup>11</sup>.

El segundo principio del que parte Rousseau es el de que «toda la educación de las mujeres debe ser relativa a los hombres. Complacerles, serles útiles, hacerse amar y honrar por ellos, educarlos de jóvenes, cuidarlos de mayores, aconsejarles, consolarles, hacerles la vida agradable y dulce: he aquí los deberes de las mujeres en todos los tiempos y lo que debe enseñárseles desde su infancia»<sup>12</sup>.

Por lo demás, para Rousseau el cultivo de la razón que conviene al espíritu de las mujeres se circunscribe a objetos muy limitados. Importa a las mujeres cultivar la razón en cuanto que las conduce a conocer sus deberes y a amarlos por la consideración de sus ventajas. Aparte de estas reflexiones que inciden inmediatamente en sus deberes, las reflexiones de las mujeres deben tender al estudio del alma de los hombres (pero no, por abstracción, del espíritu del hombre en general, sino del espíritu de los hombres que las rodean y a los que están sometidas, sea por la ley, sea por estar sujetas a su juicio, a su opinión) o a los conocimientos agradables que sólo tienen el gusto por objeto<sup>13</sup>.

Rousseau justifica inequívocamente la exclusión de las mujeres de la participación en la vida cultural. «La investigación de las verdades abstractas y especulativas, de los principios, de los axiomas en las ciencias, todo cuanto tiende a generalizar las ideas —declara— no es de la incumbencia de las mujeres, cuyos estudios deben relacionarse todos con la práctica»<sup>14</sup>. Las obras de talento —continúa diciendo— exce-

<sup>10</sup> Jean-Jacques ROUSSEAU, *Emile ou de l'éducation*, en *Oeuvres complètes de Jean-Jacques Rousseau*, vol. IV, Gallimard, Paris, 1969, p. 700.

<sup>11</sup> Cfr. *ibíd.*, pp. 701-702.

<sup>12</sup> *Ibid.*, p. 703.

<sup>13</sup> Cfr. *ibíd.*, pp. 730-737.

<sup>14</sup> *Ibid.*, pp. 736.

den de sus capacidades. Y carecen asimismo de las cualidades necesarias para las ciencias exactas y los conocimientos físicos<sup>15</sup>.

En parecido sentido, Hegel, en la nota del párrafo 166 de su *Filosofía del Derecho*, declara: «Las mujeres pueden por supuesto ser cultas, pero no están hechas para las ciencias más elevadas, para la filosofía y para ciertas producciones del arte que exigen un universal. Pueden tener ocurrencias, gusto y gracia, pero no poseen lo ideal.»

Por lo demás, Hegel consagra asimismo en lo referente a la educación de las mujeres los estereotipos sexistas, al declarar, también en la nota del citado párrafo 166 de su *Filosofía del Derecho*: «Sin que se sepa por qué la educación de las mujeres tiene lugar de algún modo a través de la atmósfera de la representación, más por medio de la vida que por la adquisición de conocimientos, mientras que el hombre sólo alcanza su posición por el progreso del pensamiento y por medio de muchos esfuerzos técnicos»<sup>16</sup>.

En relación con esta exclusión de las mujeres en la modernidad de la participación en la vida política, económica y cultural, se ha hecho una lectura en clave feminista de la ya clásica crítica de Adorno y Horkheimer de la razón ilustrada en cuanto «razón instrumental» que, al tiempo que subyuga la naturaleza, se erige en dominadora del hombre por el hombre<sup>17</sup>, y se ha sostenido que, aunque el proyecto ilustrado, el proyecto de la modernidad, se presenta como un proyecto de liberación, de emancipación humana, razón por la cual representa en principio una promesa de liberación para las mujeres —de hecho, como luego veremos, las primeras reivindicaciones de los derechos de las mujeres se sitúan en el contexto del movimiento ilustrado e, incluso, en el marco de la Revolución francesa—, ello no obstante, «La Ilustración no cumplió sus promesas en lo que a la mujer se refiere, quedando lo femenino como aquel reducto que las Luces no supieron o no quisieron iluminar, abandonando, por tanto, a la mitad de la especie en aquel ángulo sombrío de la “pasión”, la “naturaleza” o “lo privado”». «La razón ilustrada, que en un principio representa una promesa de liberación para la mujer, se trastueca en su opuesto —continúa diciéndose— justificando y consumando la sujeción de la mujer, una vez definido lo femenino como “naturaleza”, porque la imagen ilustrada de la mujer ve a ésta como naturaleza-objeto, susceptible, por tanto, de dominación frente a la única subjetividad activa que es el varón. Se sostiene además que la crisis del proyecto ilustrado ha tenido mucho que ver con esta no asunción por parte de la Ilustración del programa feminista, pues no pudo ser posible una promesa de emancipación general basada en la sujeción de la mitad de la especie y se concluye que no puede hablarse hoy seriamente de una recuperación del proyecto ilustrado sin hacer referencia al feminismo»<sup>18</sup>.

<sup>15</sup> Cfr. *ibíd.*, p. 737.

<sup>16</sup> Vid. G. W. F. HEGEL, *Principios de la Filosofía del Derecho...*, cit., párrafo 166, nota, p. 213.

<sup>17</sup> T. ADORNO y M. HORKHEIMER, *Dialéctica del iluminismo*, trad. de H. A. Murena, Sur, Buenos Aires, 1969.

<sup>18</sup> C. MOLINA PETIT, «El feminismo en la crisis del proyecto ilustrado», *Sistema*, 99, noviembre de 1990, pp. 135-142, *pássim*. Las citas están tomadas de las pp. 135 y 137, respectivamente.

## II. LOS PRECURSORES EN LA REIVINDICACIÓN DE LOS DERECHOS DE LAS MUJERES

Los presupuestos doctrinales para la reivindicación de los derechos de las mujeres fueron establecidos ya, según ha puesto de manifiesto María Corrias Corona<sup>19</sup>, en el último tercio del siglo XVII por el racionalista Poullain de la Barre en sus obras *De l'égalité des deux sexes* (1673), *De l'éducation des dames* (1674) y *De l'excellence des hommes contre l'égalité des sexes* (1675).

Aplicando el método cartesiano a la cuestión femenina, Poullain de la Barre denuncia el «prejuicio» de la inferioridad natural de la mujer —el error consiste en atribuir a la naturaleza lo que no es sino fruto de la costumbre— y sostiene la igualdad natural entre los sexos, en particular en el plano racional e intelectual. «L'esprit —escribe— n'a point de sexe»<sup>20</sup>. En consecuencia, se muestra partidario de una identidad de formación para varones y mujeres y del acceso de éstas a todas las funciones sociales.

Pero habrá que esperar más de un siglo, hasta la época de la Revolución francesa con su proclamación de los derechos del hombre y del principio de igualdad de derechos para que la tesis de la igualdad natural entre los sexos se traduzca en el plano jurídico en una reivindicación de los derechos de las mujeres.

En efecto, la discriminación de las mujeres y, en particular, el no reconocimiento de su derecho a la participación política implicaban una contradicción evidente con los principios revolucionarios y, en especial, con el principio de igualdad de derechos. Contradicción implícita también, por lo demás, en el sistema de sufragio censitario.

La contradicción que suponía la exclusión de las mujeres de los derechos políticos fue puesta de relieve muy pronto por autores vinculados de uno u otro modo al movimiento revolucionario: por Condorcet en su *Essai sur l'admission des femmes au droit de cité*, publicado el 3 de julio de 1790 en el número V del *Journal de la Société de 1789*, y por Olympe de Gouges en su *Déclaration des droits de la femme et de la citoyenne*, escrita en septiembre de 1791, textos que han sido calificados como los dos grandes manifiestos feministas de la época de la Asamblea Nacional Constituyente<sup>21</sup>; y, fuera del ámbito francés, por Mary Wollstonecraft<sup>22</sup>, considerada como la pionera del feminismo británico, en su obra *A Vindication of the Rights of Woman*, publicada a principios de 1792.

En su *Essai sur l'admission des femmes au droit de cité*<sup>23</sup> Condorcet subraya que al excluir a las mujeres de los derechos políticos, al privar tranquilamente a la mitad del género humano del derecho a participar en la formación de las leyes, los legisladores violaban los principios de 1789 y, en particular, el principio de igualdad de derechos.

<sup>19</sup> María Corrias CORONA, «Alle radici del femminismo emancipazionista», *Sociologia del Diritto*, n.º 3, 1988, pp. 29-39. Sobre el feminismo de Poullain de la Barre, ver también Maite ALBISTUR y Daniel ARMOGATHE, *Histoire du féminisme français*, t. I, Éditions des Femmes, Paris, 1977, pp. 225-247.

<sup>20</sup> François POUILLAIN DE LA BARRE, *De l'égalité des deux sexes*, reed., Fayard, Paris, 1984, p. 59 y pássim.

<sup>21</sup> Cfr. Paule-Marie DUHET, *Les femmes et la Révolution, 1789-1794*, cit., 1971, pp. 54 y 57.

<sup>22</sup> Acerca de la figura de Mary Wollstonecraft, de su vinculación a los círculos liberales británicos y a los principios de la Revolución francesa, de su feminismo, etc., ver Marie-Françoise CACHIN, «Préface» de MARY WOLLSTONECRAFT, *Défense des droits de la femme*, Payot, Paris, 1976, pp. 5-23.

<sup>23</sup> Marquis de CONDORCET, *Essai sur l'admission des femmes au droit de cité*, citado por P. M. DUHET, *Les femmes et la Révolution*, cit., pp. 57-67.

Ya con anterioridad Condorcet había tomado posición abiertamente en favor de la igualdad de los derechos naturales de ambos sexos y del reconocimiento a las mujeres de los derechos políticos, en dos ocasiones: en 1787, en sus *Lettres d'un bourgeois de New Haven à un citoyen de Virginie*, y en 1788, en su *Essai sur la constitution et les fonctions des Assemblées provinciales*. Concretamente en la segunda de sus *Lettres d'un bourgeois de New Haven à un citoyen de Virginie*, declaraba lo siguiente: «¿No es en su cualidad de seres sensibles, capaces de razonar, con ideas morales, como los hombres reciben sus derechos? Las mujeres deben tener absolutamente los mismos y sin embargo, jamás, en ninguna constitución, aun de las llamadas libres, las mujeres ejercieron los derechos de ciudadano»<sup>24</sup> y que «la justicia exige que no [se] continúe excluyendo del derecho de ciudadanía a las mujeres»<sup>25</sup>. En su ensayo de 1790 sobre las mujeres insiste en esta igualdad de los sexos en términos casi idénticos a los anteriores «los derechos de los hombres —escribe— resultan únicamente de que son seres sensibles, susceptibles de adquirir ideas morales, y de razonar sobre estas ideas. De este modo, puesto que las mujeres poseen estas mismas cualidades, tienen necesariamente derechos iguales. O ningún individuo del género humano tiene auténticos derechos, o todos tienen los mismos; y aquel que vota contra el derecho de otro, cualesquiera que sean su religión, su color o su sexo, ha abjurado por ello mismo los suyos.»

Además en su ensayo sobre las mujeres, Condorcet refuta los diversos argumentos invocados para sostener la incapacidad de éstas para ejercer adecuadamente los derechos políticos, argumentos tales como la fragilidad natural de la mujer, su inferioridad intelectual y su ausencia de talento, su tendencia a dejarse llevar por los sentimientos más que por la razón.

Ello no obstante, el planteamiento de Condorcet adolece de dos graves limitaciones puestas de relieve por P.-M. Duhet<sup>26</sup>: la exclusión indirecta de las mujeres de la elegibilidad y la demanda del voto tan sólo para las propietarias.

Por lo que respecta a la primera de las limitaciones apuntadas, aunque Condorcet rechaza el pretexto según el cual la concesión a las mujeres de los derechos políticos (sufragio activo y pasivo) las llevaría a abandonar «sus obligaciones familiares y domésticas», entiende, sin embargo, que precisamente a causa de estas obligaciones no son las más adecuadas para ocuparse de los asuntos públicos. Pero «esto puede ser un motivo —concluye— para no preferirlas en las elecciones, pero no puede ser el fundamento de una exclusión legal.» Vemos, pues, a Condorcet «resignarse finalmente —escribe P.-M. Duhet— al principio de una medio admisión al derecho de ciudadanía, aceptando mediante un rodeo —ya sabemos lo que pesan las razones para no preferirlas!— la exclusión de las mujeres de la elegibilidad»<sup>27</sup>. En suma, en lo que respecta a la elegibilidad, rechaza la exclusión *de iure*, pero admite e incluso justifica la exclusión *de facto*.

La segunda de las limitaciones señaladas viene dada por el hecho de que Condorcet no extrae de sus muy exactas afirmaciones sobre la igualdad de derechos de todos los seres humanos la consecuencia que en buena lógica se deriva de ellas: el sufragio universal, sino que, como es sabido, defiende el sufragio censitario<sup>28</sup>. Con-

<sup>24</sup> Vid. CONDORCET, «Cartas de un burgués de Nuevo Hampshire a un ciudadano de Virginia sobre la inutilidad de dividir el poder legislativo en varios cuerpos», en *Influencia de la revolución de América sobre Europa*, trad. de T. Ruiz Ibarlucea, prólogo de A. Palcos, Elevación, Buenos Aires, 1945, p. 139

<sup>25</sup> Vid. *ibíd.*, p. 141.

<sup>26</sup> Cfr. P. M. DUHET, *Les femmes et la Révolution...*, cit., pp. 64-67.

<sup>27</sup> Vid. *ibíd.*, pp. 65-66.

<sup>28</sup> En este sentido, CONDORCET, «Cartas de un burgués de Nuevo Hampshire...», cit., pp. 136-139.

gruentemente con ello, en su ensayo sobre las mujeres sólo reclama el derecho de voto para las mujeres que poseen propiedades. «Vemos surgir —escribe P. M. Duhet— esa modalidad de reivindicación feminista que practicarán las sufragistas en Inglaterra un siglo después: la extensión a las mujeres del voto censitario antes incluso de obtener el sufragio universal masculino que los socialistas reclamarán prioritariamente»<sup>29</sup>.

Por lo demás, en su *Esquisse d'un tableau historique des progrès de l'esprit humain* —amplia revisión de todas sus ideas, que redactó poco antes de morir— Condorcet tomó posición una vez más en favor de la igualdad de derechos entre los sexos, abogando por «la total destrucción de los prejuicios que han establecido entre los dos sexos una desigualdad de derechos, funesta incluso para el sexo al cual favorece»<sup>30</sup>.

Las dos limitaciones constatadas en el ensayo de Condorcet sobre los derechos políticos de las mujeres son claramente superadas en la *Déclaration des droits de la femme et de la citoyenne* de Olympe de Gouges, posterior en algo más de un año al texto de aquél.

Olympe de Gouges fue una ferviente y activa revolucionaria, aunque moderada —estaba vinculada, sobre todo, a los girondinos— y expresamente enemiga de la violencia. Se ofreció para defender a Luis XVI y se declaró contraria a la pena de muerte para él. Ello, junto con otros factores —su toma de posición pública contra Robespierre y Marat y su escrito *Les trois urnes ou le salut de la Patrie*, de 1793, que fue considerado como subversivo—, contribuyó a su condena, siendo guillotizada el 3 de noviembre de 1793<sup>31</sup>.

En su *Déclaration des droits de la femme et de la citoyenne*<sup>32</sup>, Olympe de Gouges proclama la igualdad de los sexos fundamentándola en la Naturaleza y en la Razón y constata que, sin embargo, las mujeres, a pesar de haber colaborado con los hombres en la Revolución<sup>33</sup>, no habían obtenido de ella ventaja alguna, subrayando que el no reconocimiento de la igualdad de la mujer por parte de los legisladores revolucionarios representaba una inconsecuencia en contradicción con sus mismos principios.

Sobre la base de estas convicciones, la *Déclaration* constituye un intento de hacer partícipes a las mujeres de las conquistas de la Revolución, en particular de los derechos y libertades civiles y políticos proclamados en la *Déclaration des droits de l'homme et du citoyen* de 1789, de la que la *Déclaration* de Olympe de Gouges es el correlato casi exacto, con la variante de las constantes y expresas referencias a la mujer como sujeto de los diversos derechos proclamados.

Especial atención merece su artículo 6.º, de acuerdo con el cual «La Ley debe

<sup>29</sup> Vid. P. M. DUHET, *Les femmes et Révolution...*, cit., p. 66.

<sup>30</sup> Vid. Marqués de CONDORCET, *Bosquejo de un cuadro histórico de los progresos del espíritu humano*, trad. de Marcial Suárez, con introducción de Antonio Torres del Moral, Editora Nacional, Madrid, 1980, p. 241.

<sup>31</sup> Sobre la figura de Olympe de Gouges, ver P. M. DUHET, *Les femmes et la Révolution...*, cit., pp. 83-86, y Benoîte GROULT, «Introduction» a Olympe DE GOUGES, *Oeuvres*, Mercure de France, Paris, 1986, pp. 11-64.

<sup>32</sup> Olympe DE GOUGES, *Déclaration des droits de la femme et de la citoyenne*, en *Oeuvres*, cit., pp. 99-112.

<sup>33</sup> Sobre el papel desempeñado por las mujeres en la Revolución francesa existe una amplia bibliografía. Sobre todo se han publicado numerosos trabajos con ocasión de la celebración del Bicentenario de la Revolución francesa. De entre la abundante bibliografía destacaremos el reciente trabajo de Y. BESSIÈRES y P. NIEDZWIĘCKI, *Las mujeres en la Revolución francesa...*, cit., que recoge además una amplia selección bibliográfica de lo publicado sobre el particular.

ser la expresión de la voluntad general; todas las Ciudadanas y Ciudadanos deben participar personalmente o por medio de sus representantes en su formación [...] todas las ciudadanas y todos los ciudadanos, al ser iguales ante ella, deben ser igualmente admisibles a todas las dignidades, puestos y empleos públicos, según sus capacidades, y sin otras distinciones que las de sus virtudes y sus talentos.» Exige, pues, el sufragio tanto activo como pasivo para *todas* las mujeres, superando con ello la doble limitación de que adolecía el ensayo de Condorcet sobre los derechos políticos de las mujeres. Además, exigiendo el sufragio universal de varones y mujeres, Mme de Gouges —subraya P.-M. Duhet<sup>34</sup>— se anticipa a la Constitución de 1793 y la supera, pues ésta reconocía el sufragio universal, pero sólo para los varones.

Pocos meses después de la aparición de la *Déclaration des droits de la femme et de la citoyenne*, de Olympe de Gouges, se publicaba en Londres, a principios de 1792, otro gran texto feminista: *A Vindication of the Rights of Woman*<sup>35</sup>, de Mary Wollstonecraft.

El punto de partida básico de esta obra de Mary Wollstonecraft reside en su defensa de la igualdad de los sexos, en particular en lo que se refiere a sus facultades intelectuales. Sobre esa base se opone a la triple discriminación de las mujeres en las esferas política, económica y educativa.

En lo que respecta a la primera de ellas, en la dedicatoria de su obra a Talleyrand pone de manifiesto que, habida cuenta de que las mujeres son, al igual que los varones, seres racionales, su exclusión de los derechos civiles y políticos es injusta e inconsecuente con los ideales revolucionarios.

En segundo lugar, en lo tocante a la esfera económica, sostiene que las mujeres no pueden ser confinadas por la fuerza en las tareas domésticas.

Pero es al tema de la educación de las mujeres al que la autora británica presta mayor atención en su obra. Mary Wollstonecraft critica expresamente la postura de aquellos autores que conciben la educación de las mujeres a partir de una visión de éstas como seres destinados a complacer al hombre y a estarle sometidas, y muy especialmente las tesis de Rousseau en el libro V del *Emilio*. En la misma línea de las ideas expresadas por Catherine Macaulay en sus *Cartas sobre la educación* (1790), cuya influencia reconoce explícitamente, Mary Wollstonecraft entiende que una adecuada educación de las mujeres exige que se cultive su inteligencia y no sólo sus atractivos personales y los caracteres considerados como propios de su sexo: la docilidad, la dulzura, la obediencia. Sostiene que ello redundará en beneficio de las buenas costumbres y pondrá a las mujeres en condiciones de contribuir al progreso del saber y de la virtud. Además, desde su punto de vista, las mujeres sólo podrán defender sus derechos si la educación les permite cultivar su inteligencia y prepararse para ganarse la vida.

<sup>34</sup> Cfr. P. M. DUHET, *Les femmes et la Révolution...*, cit., p. 70.

<sup>35</sup> Mary WOLLSTONECRAFT, *A Vindication of the Rights of Woman*, reed., J. M. Dent/Dutton, London/New York, 1965, pássim.

### III. LOS MOVIMIENTOS FEMINISTAS: SUFRAGISMO Y MOVIMIENTOS DE LIBERACIÓN DE LA MUJER

Los autores a los que nos hemos referido en el apartado anterior —Condorcet, Olympe de Gouges y Mary Wollstonecraft— fueron «precursores»<sup>36</sup>, a finales del siglo XVIII, en la reivindicación de los derechos de las mujeres.

El feminismo como movimiento, como fenómeno colectivo —si bien es importante aclarar que el feminismo no fue nunca, como tampoco lo es ahora, un movimiento unitario, sino que abarca una infinidad de grupos, asociaciones, etc., diversos entre sí—, no surgirá hasta mediados del siglo XIX con dos focos principales: Estados Unidos y Gran Bretaña desde donde se extenderá a otros países europeos, a Australia y a Nueva Zelanda. Concretamente, el origen del feminismo como movimiento, como fenómeno colectivo, se ha situado en 1848, en la Convención celebrada en la capilla wesleyana de Seneca Fall, Estado de Nueva York, en la que se aprobó un documento conocido como «Declaración de Seneca Falls» y en el que se reclamaba para la mujer la igualdad de derechos, entre ellos el derecho de voto<sup>37</sup>. Si bien las primeras reivindicaciones de las feministas fueron educativas, económicas, participación en campañas de moralidad, etc., el movimiento se aglutinará fundamentalmente, sobre todo a partir de comienzos de nuestro siglo, en torno a la demanda del voto —de ahí el calificativo de «sufragismo» con el que se conoce a los movimientos feministas de esta primera etapa—. El sufragismo estuvo sustentando básicamente por las mujeres de clase media y vinculado de uno u otro modo al liberalismo. En este sentido es significativa la conexión del sufragismo británico con John Stuart Mill, autor de un importante texto feminista: *The Subjection of Women*, aparecido en 1869<sup>38</sup>. También hubo en esta primera etapa de los movimientos feministas un feminismo de inspiración socialista que se desarrolló sobre todo en Francia y Alemania y que ponía el acento de forma prioritaria en las reivindicaciones educativas y de mejora de las condiciones de trabajo. Esta primera etapa de los movimientos feministas se cierra cuando el feminismo empieza a remitir en torno a los años veinte o treinta, según los países.

El feminismo resurgirá en los países occidentales en la década de los sesenta bajo el nombre genérico de «Movimientos de liberación de la mujer», con unos objetivos más amplios, ambiciosos y complejos que los de sus antecesoras las «sufragistas»<sup>39</sup>.

<sup>36</sup> Como «precursores» los califica Amalia MARTÍN-GAMERO, en su *Antología del feminismo. Introducción y comentarios*, Alianza, Madrid, 1975, pp. 16-17, 41-48 y 243-245.

<sup>37</sup> En este sentido, Amalia MARTÍN-GAMERO, *op. cit.*, pp. 17 y 51-57.

<sup>38</sup> John Stuart MILL, *The Subjection of Women*, reed., J. M. Dent/Dutton, London/New York, 1965.

<sup>39</sup> Sobre el desarrollo de los movimientos feministas, sus diversas formas, objetivos, etc., puede verse Judith ASTELARRA, «Estado, democracia y feminismo», *Zona Abierta*, n.º 27 (enero-marzo de 1983), pp. 133-151; Andrée MICHEL, *El feminismo* trad. de Juan José Utrilla, Fondo de Cultura Económica, México, pp. 87 al final; Ana M.ª NAVARRO FERRER, *Feminismo, familia, mujer*, Eunsá, Pamplona, 1982, cap. I, pp. 21-49. En particular, sobre la primera etapa de los movimientos feministas (desde mediados del siglo XIX hasta los años veinte o treinta), Asunción DOMENECH, *El voto femenino*, Cuadernos Historia 16, n.º 163 (monográfico); R. J. EVANS, *Las feministas: Los movimientos de emancipación de la mujer en Europa, América y Australasia, 1840-1920*, trad. de B. McShane y J. Alfaya, Siglo XXI, Madrid, 1980, 314 pp.; Amalia MARTÍN-GAMERO, *Antología del feminismo...*, cit., pp. 49-90. Y, sobre los movimientos de liberación de la mujer, Juliet MITCHELL, *La condición de la mujer*, trad. de Julieta Díez-Garza, Anagrama, Barcelona, 1977.

También sobre la segunda etapa de los movimientos feministas, su origen, desarrollo y situación actual en Europa Occidental en general y en Alemania, Italia y España en particular, ver, respectivamente, en *Debats*, n.º 27, marzo 1989, los artículos de F. HAUG, «Algunas enseñanzas del movimiento feminista de

### IV. SITUACIÓN DE LOS DERECHOS DE LAS MUJERES EN LA ACTUALIDAD

Llegados a este punto, interesa analizar cuál es la situación actual de los derechos de las mujeres. A tal efecto, conviene distinguir dos planos diferentes, aunque conectados entre sí: el de la igualdad *de iure*, o igualdad formal, y el de la igualdad *de facto*, o igualdad material.

#### 1. IGUALDAD DE IURE: UN PROCESO EN MARCHA

Por lo que respecta a la igualdad jurídica, hay que señalar, en primer lugar, que el derecho de voto se fue consiguiendo paulatinamente en la práctica totalidad de los países<sup>40</sup>, de modo que en la actualidad son muy pocos —y casi todos de ortodoxia musulmana— los Estados que no reconocen a las mujeres los derechos de participación política.

Por otra parte, el principio de igualdad de derechos sin discriminación por razón de sexo que había comenzado a abrirse paso en las constituciones a comienzos de nuestro siglo, haciéndose más común a mediados del mismo —este principio aparece recogido en la Constitución de la Segunda República Española de 9 de diciembre de 1931—, se encuentra ya generalizado —salvo contadas excepciones— en las constituciones posteriores a la Segunda Guerra Mundial, proclamándolo la Constitución italiana de 27 de diciembre de 1947, la Ley Fundamental de la República Federal de Alemania de 8 de mayo de 1949 y el Preámbulo de la Constitución francesa de 1946, al que remite el Preámbulo de la vigente Constitución de 1958, existiendo, por tanto, una absoluta continuidad entre ambas Constituciones en este punto. Por su parte, la vigente Constitución española de 1978 recoge asimismo este principio en su artículo 14. Puede, pues, decirse que las ideas sobre la igualdad legal y formal entre los sexos forman hoy parte del patrimonio ideológico de muchos países, en particular de los países occidentales democráticos<sup>41</sup>.

El principio de igualdad de derechos entre los sexos se halla asimismo ampliamente reconocido en el plano internacional. El mencionado principio se recoge en la Carta de las Naciones Unidas, en la Declaración Universal de Derechos Humanos de 10 de diciembre de 1948<sup>42</sup>, en el Pacto internacional de Derechos Civiles y Políti-

Europa occidental», pp. 28-32, y «Perspectivas de un feminismo socialista», pp. 33-44; de M. GRAMAGLIA, «Del feminismo a la solidaridad. El caso italiano», pp. 46-51, y de C. AMORÓS, «Del feminismo al feminismo», pp. 52-60.

<sup>40</sup> Nueva Zelanda, en 1893, fue el primer país que reconoció el derecho de sufragio femenino. Siguió Australia en 1902, Finlandia en 1906 y Noruega en 1913. Durante la Primera Guerra Mundial y en los años inmediatamente posteriores, se concedió el voto en un gran número de países europeos y de América del Norte. El proceso continuó durante las décadas de los veinte y los treinta —fue precisamente en esta década cuando se reconoció por primera vez en España el derecho de sufragio a las mujeres en la Constitución de la Segunda República, de 9 de diciembre de 1931—. Por último, el proceso de concesión del voto se aceleró y generalizó tras la Segunda Guerra Mundial (la obra de Plutarco MARSÁ VANCELLS, *La mujer en el Derecho político*, cit., pp. 55-73, proporciona información exhaustiva sobre las fechas y condiciones del reconocimiento del sufragio femenino en los distintos países del mundo).

<sup>41</sup> En este sentido, Judith ASTELARRA, «Estado, democracia y feminismo», cit., p. 139. Sobre la posición de la mujer en la Constitución española de 1978 y en el constitucionalismo comparado, Rosa RIPOLLÉS, «La mujer en la Constitución española de 1978», en *El ama de casa como mujer trabajadora* (seminario), Ministerio de Cultura, Valencia, 1980.

<sup>42</sup> Conviene aclarar aquí que, como es sabido, la Declaración Universal de Derechos Humanos no

cos y en el de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, ambos de 16 de diciembre de 1966, y en otros muchos textos internacionales. Además de estos documentos, en los que se reafirma el principio de igualdad de derechos entre varón y mujer, pero que no están dirigidos específicamente a la protección de la mujer, existen también diversos instrumentos internacionales cuyo objetivo específico es el de eliminar la discriminación de la mujer y fomentar la igualdad de derechos entre los sexos. Entre ellos destacan los siguientes: la Convención de los derechos políticos de la mujer de 20 de diciembre de 1952, la Convención sobre la nacionalidad de la mujer casada de 29 de enero de 1957, la Declaración sobre la eliminación de la discriminación contra la mujer de 7 de noviembre de 1967, y la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación de la mujer de 18 de diciembre de 1979. En particular, en el ámbito del Consejo de Europa, el principio de igualdad de derechos sin discriminación por razón de sexo aparece recogido en el Convenio europeo para la protección de los Derechos Humanos de 4 de noviembre de 1950 y en la Carta Social Europea de 18 de octubre de 1961<sup>43</sup>.

Por lo demás, el principio de igualdad de derechos de ambos sexos proclamado por numerosas Constituciones y textos internacionales reclama lógicamente su concreción, mediante la derogación o modificación de las disposiciones legales, y la erradicación de las consuetudinarias en su caso, discriminatorias contra la mujer en materia de derechos políticos, de nacionalidad, en el ámbito del Derecho civil —en temas tales como el de la capacidad jurídica de la mujer, casada o no; derecho de familia, en particular en lo tocante a los derechos y deberes de los cónyuges en las esferas personal y patrimonial y en relación con los hijos; derechos sucesorios, etc.—, en el del Derecho mercantil, penal, administrativo, laboral, etc. A este respecto, a partir de la Segunda Guerra Mundial numerosos países han revisado sus ordenamientos jurídicos en el sentido de eliminar las disposiciones discriminatorias y garantizar una mayor igualdad jurídica entre el varón y la mujer, cobrando mayor velocidad el proceso en la década de los setenta<sup>44</sup>. Por su parte, durante el Decenio de las Naciones Unidas para la Mujer (1976-1985), cuyos objetivos eran la igualdad, el desarrollo y la paz, se progresó también en la consecución de una mayor igualdad *de iure*. En el Informe del Secretario General para la Conferencia Mundial para el Examen y la Evaluación de los Logros del Decenio, que se celebró en Nairobi en julio de 1985, Informe que fue elaborado basándose fundamentalmente en las respuestas de los gobiernos a un cuestionario de las Naciones Unidas, se señala que durante el Decenio diversos países aprobaron disposiciones constitucionales o legislativas que garantizan la igualdad de derechos entre varón y mujer y prohíben la discriminación por razón de sexo, y también diversos países modificaron sus legislaciones, eliminando disposiciones discriminatorias contra las mujeres, sobre todo en el ámbito del Derecho civil. Ahora bien, el mismo Informe señala que son muy pocos los países que estuvieron en condiciones de informar que habían abolido todas las disposiciones legales discriminatorias y además subraya la enorme difícil-

tiene rango jurídico normativo y, por consiguiente, no crea obligaciones jurídicas para los Estados. Lo mismo hay que decir de la Declaración sobre la eliminación de la discriminación contra la mujer que se cita más adelante, debido a su carácter de Declaración y no de Convenio o pacto Internacional.

<sup>43</sup> Los diversos textos sobre derechos humanos citados (Constituciones históricas y de otros países y documentos internacionales) se encuentran recopilados en la obra *Derecho positivo de los derechos humanos*, ed. a cargo de Gregorio PECES-BARBA MARTÍNEZ, Debate, Madrid, 1987.

<sup>44</sup> Sobre ello, Kathleen NEWLAND, *La mujer en el mundo moderno*, trad. de Javier de Luca de Tena, Alianza, Madrid, 1982, pp. 30-31.

tad que existe para erradicar el Derecho consuetudinario discriminatorio en la esfera civil, que rige todavía en algunos países<sup>45</sup>.

Por lo que se refiere al ordenamiento jurídico español, tras la promulgación de la vigente Constitución de 1978, cuyos artículos 14, 32 y 35.1 consagran, respectivamente, el principio de igualdad ante la ley sin discriminación por razón de sexo, el de igualdad jurídica entre los cónyuges y el de no discriminación en la esfera laboral, se han llevado a cabo importantes reformas legales tendentes a la eliminación de disposiciones discriminatorias contra las mujeres y al establecimiento de la más completa igualdad entre varones y mujeres, especialmente en el ámbito del Derecho civil. Así destacan las reformas del Código civil por Ley de 13 de mayo de 1981 por la que se estableció la patria potestad compartida y la administración y disposición conjunta de los bienes gananciales y por Ley de 13 de julio de 1982 sobre nacionalidad que eliminó la discriminación en cuanto a la transmisión de la nacionalidad a los hijos. No obstante dichas reformas, el Plan para la igualdad de oportunidades de las mujeres (1988-1990)<sup>46</sup> llamaba la atención sobre la subsistencia en el ordenamiento jurídico español de algunas disposiciones discriminatorias por razón de sexo y fijaba como uno de los objetivos del Plan la modificación de dichas disposiciones. En la actualidad la práctica totalidad de esa reforma ha sido llevada a cabo. Entre ellas destacan la profunda modificación del Título IX del Libro II del Código Penal en virtud de la Ley Orgánica 3/1989, de 21 de junio, de actualización del Código Penal, y la reforma del Código Civil, en aplicación del principio de no discriminación por razón de sexo, por Ley de 15 de octubre de 1990.

Puede decirse, en suma, que el plano de la igualdad jurídica (igualdad de trato ante la ley, eliminación de la discriminación *de iure*) es en el que más se ha progresado en todos los países en comparación con los avances, mucho más lentos, en el terreno de la igualdad *de facto*. Pero ni siquiera en ese campo de la igualdad jurídica está todo conseguido. En algunos países siguen vigentes disposiciones legales discriminatorias<sup>47</sup>. De ahí que la primera de las estrategias básicas para el futuro formuladas en la Conferencia de Nairobi (julio de 1985) se refiera precisamente a la consecución de la plena igualdad *de iure*<sup>48</sup>.

## 2. EL DIFÍCIL CAMINO HACIA LA IGUALDAD REAL

No obstante lo que acabamos de decir, las principales dificultades con las que hoy tropiezan las mujeres se sitúan no tanto en el ámbito de la igualdad jurídica, cuanto en el de la igualdad *de facto*.

<sup>45</sup> Ver *Conferencia Mundial para el Examen y Evaluación de los Logros del Decenio de las Naciones Unidas para la Mujer: Igualdad, Desarrollo y Paz* (Nairobi, 15 a 26 de julio de 1985), *Informe del Secretario General* (Documentación de Naciones Unidas, Doc. A/CONF. 116/5, párra. 5, y DOC. A/CONF. 116/5 Add. 1, párr. 21 a 27, 29 y 31).

<sup>46</sup> Ver *Plan para la igualdad de oportunidades de las mujeres (1988-1990)*, Ministerio de Cultura, Instituto de la Mujer, Madrid, 1987, pp. 23-40.

<sup>47</sup> Ver *Informe del Secretario General para la Conferencia Mundial de Nairobi*, cit., DOC. A/CONF. 116/5, párr. 5, y DOC. A/CONF. 116/5, add. 1, párr. 21 a 27, 29 y 31. y *Estrategias de Nairobi orientadas hacia el futuro para el adelanto de la mujer*, ONU, Conferencia Mundial para el examen y evaluación de los logros del Decenio de las Naciones Unidas para la Mujer, Serie Documentos, n.º 4, Ministerio de Cultura, Instituto de la Mujer, Madrid, párr. 50.

<sup>48</sup> En efecto, el párr. 51. de las *Estrategias de Nairobi*, cit., dice así: «Debe reforzarse la voluntad política para establecer, modificar, desarrollar o hacer cumplir una base jurídica amplia para la igualdad de la mujer y el hombre fundada en la dignidad humana.» En el mismo sentido, párr. 54 primer inciso, y párrs. 65, 68, 71 y 74.

La igualdad jurídica es ciertamente un *factor indispensable* en el camino hacia la igualdad real en un doble sentido. En un sentido negativo, porque cuando existe discriminación legal, ésta supone una grave cortapisa para las aspiraciones de las mujeres. Además, la igualdad legal favorece, en un sentido positivo, la igualdad real, puesto que legitima la lucha por la igualdad, permite recurrir al poder del Estado (a los tribunales, en particular) para combatir la discriminación y sirve de agente catalizador del cambio social. Una nueva legislación (o incluso una nueva interpretación de las leyes existentes) puede determinar cambios importantes en la situación social y familiar de las mujeres <sup>49</sup>.

Ahora bien, la igualdad jurídica es *insuficiente por sí sola*. La igualdad en sentido pleno supone no sólo la igualdad jurídica, esto es, la igualdad de trato ante la ley y la eliminación de la discriminación *de iure*, sino también la igualdad *de facto*, esto es, la igualdad de oportunidades para ejercer los propios derechos y desarrollar las propias aptitudes y condiciones potenciales, para lo cual es necesaria la eliminación de la discriminación *de facto*: social, económica, cultural y familiar. En esta línea, la Conferencia Mundial del Decenio de las Naciones Unidas para la Mujer (Copenhague, 1980) interpretó la igualdad, que —como sabemos— fue uno de los objetivos, junto con el desarrollo y la paz, del Decenio de las Naciones Unidas para la Mujer, objetivos que inspiran también las *Estrategias de Nairobi orientadas hacia el futuro para el adelanto de la mujer* para el período 1986-2000, interpretó la igualdad —decimos— no sólo en el sentido de igualdad jurídica —«eliminación de la discriminación *de iure*»—, sino también en el de igualdad *de facto* —«igualdad de derechos, responsabilidades y oportunidades para la participación de la mujer en el desarrollo como beneficiaria y como agente activo»— <sup>50</sup>. Por su parte, en el ámbito de las Comunidades Europeas los esfuerzos se dirigen no sólo a garantizar la igualdad jurídica, el llamado «principio de igualdad de trato» entre varones y mujeres en todas las esferas, y en particular en el terreno laboral y de la Seguridad Social <sup>51</sup>,

<sup>49</sup> K. NEWLAND, *La mujer en el mundo moderno*, cit., pp. 16-17, 22 y 39-40, y *Estrategias de Nairobi...*, cit., párrs. 43 *in fine*, y 51.

<sup>50</sup> Ver *Informe de la Conferencia Mundial del Decenio de las Naciones Unidas para la Mujer: Igualdad, Desarrollo y Paz, Copenhague, 14 a 30 de julio de 1980* (publicación de las Naciones Unidas, S. 80-IV-3 y *corrigendum*), capítulo I, sección A, párr. 3. En la misma línea, *Informe del Secretario General para la Conferencia Mundial de Nairobi*, cit., DOC. A/CONF. 116/5, párr. 4, 6 y 7, y *Estrategias de Nairobi...*, cit., párrs. 10, 11, 43-48, 50 y 52-59.

<sup>51</sup> Ya el artículo 119, párrafo 1.º, del *Tratado de Roma* (1957) establecía el principio de igualdad de retribución entre los trabajadores masculinos y femeninos para un mismo trabajo. Dicho precepto ha sido posteriormente desarrollado por las *Directivas del Consejo de las Comunidades Europeas*: de 10 de febrero de 1975, sobre aproximación de las legislaciones de los Estados miembros en lo que se refiere a la aplicación del principio de igualdad de las remuneraciones entre trabajadores masculinos y femeninos; de 9 de febrero de 1976, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en lo que se refiere al acceso al empleo, a la formación y a la promoción profesional y a las condiciones de trabajo; de 19 de diciembre de 1978, relativa a la aplicación progresiva del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en materia de seguridad social; de 4 de julio de 1986, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en los regímenes profesionales de seguridad social; y de 11 de diciembre de 1986, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres que ejerzan una actividad autónoma, incluidas las actividades agrícolas, así como a la situación de los cónyuges sin estatuto profesional de los trabajadores autónomos que participan de manera habitual en la actividad de éstos y a la protección de la maternidad de las trabajadoras autónomas y cónyuges de trabajadores autónomos (*Comunidad Europea: directivas y resoluciones*, Serie Documentos, n.º 6, Ministerio de Cultura, Instituto de la Mujer, Madrid, 1988, pp. 12-34). Sobre el artículo 119, párrafo 1.º, del T. CEE y la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades al respecto, Diego LÓPEZ GARRIDO, *Libertades económicas y derechos fundamentales en el sistema comunitario europeo*, Tecnos, Madrid, 1986, pp. 84-89.

sino también a promover la efectiva igualdad de oportunidades a través, entre otros medios, de acciones positivas dirigidas a corregir las desigualdades de hecho <sup>52</sup>. En cuanto al ordenamiento jurídico constitucional español, en él se contempla la igualdad no sólo en un sentido formal (art. 14), sino también material (art. 9.2), y es obvio que la función que asigna a los poderes públicos el artículo 9.2 de promover, en general, la igualdad real y efectiva del individuo y de los grupos hay que entenderla referida también a la igualdad entre los sexos.

La igualdad real o igualdad de hecho requiere ante todo la *aplicación efectiva* de las normas jurídicas igualitarias <sup>53</sup>. En este sentido es fundamental que dichas normas se encuentren garantizadas por medio de sanciones adecuadas y de la posibilidad de recurrir a la vía jurisdiccional para hacer frente a las violaciones de las normas en cuestión. Tales sanciones y recursos existen en la mayoría de los países salvo muy contadas excepciones <sup>54</sup>. Asimismo, en orden a la aplicación efectiva de las normas jurídicas igualitarias, es decisiva la actitud de los jueces y de los operadores jurídicos en general. En este sentido, en las *Estrategias de Nairobi* se señala la conveniencia de adoptar a nivel nacional «medidas apropiadas para asegurarse de que la judicatura y todo el personal auxiliar conexo adquieran plena conciencia de la importancia de que la mujer ejerza los derechos reconocidos en los instrumentos internacionalmente pactados, en las constituciones y en la legislación» <sup>55</sup>. Para la aplica-

<sup>52</sup> En esta línea destacan, aparte de la creación, por Decisión de la Comisión de 9 de diciembre de 1981, de un Comité consultivo para la igualdad de oportunidades entre los hombres y las mujeres, la Resolución del Consejo de 12 de julio de 1982, relativa a la promoción de la igualdad de oportunidades para la mujer, que aprobó el programa de acción de la Comunidad sobre el fomento de la igualdad de oportunidades para las mujeres (1982-1985) y en la que ya se señalaba la necesidad de emprender acciones positivas para promover el logro efectivo de la igualdad de oportunidades, en particular en la esfera del empleo; y, manteniendo esta misma orientación y profundizando en ella, la Resolución del Consejo de 7 de junio de 1984, relativa a las acciones encaminadas a combatir el paro de las mujeres; la Recomendación del Consejo del 13 de diciembre de 1984, relativa a la promoción de acciones positivas en favor de las mujeres, y la Segunda Resolución del Consejo de 24 de julio de 1986, relativa al fomento de la igualdad de oportunidades para las mujeres, que aprobó el nuevo Plan de Acción (1986-1990) de la Comunidad para la igualdad de oportunidades de las mujeres (*Comunidad Europea: Directivas y resoluciones*, cit., pp. 36-55). La misma orientación es mantenida en el tercer programa de acción comunitaria a medio plazo para la igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres (1991-1995), aprobado por Resolución del Consejo de 21 de mayo de 1991 (*Igualdad de oportunidades entre las mujeres y los hombres. Tercer Programa de Acción Comunitaria a medio plazo, 1991-1995*, Cuadernos de Mujeres de Europa, n.º 34, Comisión de las Comunidades Europeas, 1991). En la misma línea, en España, el *Plan para la igualdad de oportunidades de las mujeres (1988-1990)*, aprobado por el Consejo de Ministros el 25 de septiembre de 1987 (Ministerio de Cultura, Instituto de la Mujer, Madrid, 1987).

En la misma línea de considerar la igualdad jurídica insuficiente por sí sola, ver en el plano doctrinal K. NEWLAND, *La mujer en el mundo moderno*, cit., pp. 16-19; 37-40 y *párrs.*

<sup>53</sup> En este sentido, *Informe de la Conferencia Mundial del Año Internacional de la Mujer, México, CD, 19 de junio a 2 de julio de 1975* (Publicación de las Naciones Unidas, n.º venal S. 76. IV. 1), cap. II, sec. A, párr. 38; *Informe del Secretario General para la Conferencia Mundial de Nairobi...*, cit., DOC. A/CONF. 116/5, párr. 6; *Estrategias de Nairobi...*, cit., párrs. 35, 43, 48, 51 y 70; en el ámbito comunitario europeo, *Tercer Programa de Acción Comunitaria a medio plazo, 1991-1995*, cit., que fija como uno de sus objetivos fundamentales la aplicación y desarrollo de las disposiciones legales existentes (Cfr. *op. cit.*, pp. 4-8); y, desde el punto de vista doctrinal, K. NEWLAND, *La mujer en el mundo moderno*, cit., p. 16.

<sup>54</sup> *Informe del Secretario General para la Conferencia Mundial de Nairobi*, cit., DOC. A/CONF. 116/5, párr. 6, y Add. 1, párr. 22b) y c) y 28. En cuanto a las excepciones, resulta sorprendente y significativo a un tiempo el caso de Benín, Jordania, Kuwait y Madagascar, países que informaron de que, aunque la igualdad de mujeres y hombres estaba consagrada en la legislación nacional, no se disponía de sanciones o recursos para hacer frente a las violaciones de las disposiciones en cuestión.

<sup>55</sup> *Estrategias de Nairobi...*, cit., párr. 75.

ción efectiva de las normas jurídicas igualitarias y, en general, de las normas que protegen a las mujeres, es necesario además informar adecuadamente a las mujeres de sus derechos y de los recursos de que disponen para hacerlos valer. Según el Informe del Secretario General para la Conferencia de Nairobi, muchos países —y no sólo europeos, sino también países en desarrollo— han adoptado medidas en este sentido: publicaciones, conferencias, cursos de enseñanza para adultos, prestación de asistencia jurídica a las mujeres. Por su parte, en las *Estrategias de Nairobi* se subraya la necesidad de seguir trabajando en esta línea<sup>56</sup>. Asimismo en el ámbito comunitario europeo una de las acciones propuestas en el *Tercer Programa de Acción Comunitaria a medio plazo (1991-1995) para la igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres* consiste precisamente en «aumentar el nivel de información/sensibilización en materia de derechos y obligaciones»<sup>57</sup>. Por lo demás, la efectividad «general» de las normas jurídicas igualitarias y protectoras de las mujeres, entendiendo por efectividad «general» no sólo su efectividad «oficial» —«jurisdiccional» (aplicación por los jueces) y «administrativa o burocrática» (aplicación por los órganos administrativos del Estado)—, sino también su efectividad social (en las relaciones de los particulares entre sí)<sup>58</sup>, requiere en última instancia una profunda evolución de las mentalidades, de las actitudes, de los comportamientos y de los modos de vida, evolución a la que pueden contribuir los medios de comunicación, las campañas institucionales de información y sensibilización en esta línea, pero sobre todo la educación<sup>59</sup>.

Por otra parte, la igualdad efectiva requiere *normas que protejan adecuadamente a las mujeres en aquellos ámbitos en los que son especialmente vulnerables* (aquí se incluye toda la problemática relativa al tratamiento penal de los malos tratos, la violencia sexual, la explotación de la prostitución ajena, etc.), así como la correcta aplicación de tales normas<sup>60</sup>.

Por lo demás, la igualdad real implica la *igualdad de oportunidades* en el acceso a la educación, al empleo, a los cargos políticos, etc., en el acceso en suma a todas las esferas de la vida social, política, económica y cultural. Los hechos demuestran que no basta la igualdad jurídica para garantizar la igualdad de oportunidades efectiva. La existencia de desigualdades de hecho ha puesto de manifiesto la necesidad de la llamada «discriminación positiva», de las llamadas «acciones positivas» dirigidas a corregir esas desigualdades de hecho y a promover la real igualdad de oportunida-

<sup>56</sup> Informe del Secretario General para la Conferencia Mundial de Nairobi, cit., DOC. A/CONF. 116/5, párr. 7, y Add. 1, párrs. 22 i) y 34, y *Estrategias de Nairobi...*, cit., párrs. 48 y 57.

<sup>57</sup> Tercer Programa de Acción Comunitaria a medio plazo, 1991-1995, cit., pp. 4 y 8.

<sup>58</sup> Sobre la distinción entre estos tres diferentes ámbitos de efectividad, ver Luigi LOMBARDI VALLAURI, *Corso di filosofia del diritto*, Cedam, Padova, 1981, p. 152.

<sup>59</sup> Sobre el importante papel que desempeñan en este ámbito los medios de comunicación, pudiendo favorecer el inmovilismo o contribuir al cambio social, ver Informe del Secretario General para la Conferencia Mundial de Nairobi, cit., DOC. A/ CONF. 116/5, párrs. 15-17 y Add. 5; *Plan para la igualdad de oportunidades de las mujeres (1988-1990)*, cit., objeto 2.5, y K. NWELAND, *La mujer en el mundo moderno*, cit., pp. 18 y 90-119. Por su parte, el Consejo de las Comunidades Europeas en sus Resoluciones de 12 de julio de 1982, 7 de junio de 1984, 24 de julio de 1986 y de 21 de mayo de 1991 y en su Recomendación de 13 de diciembre de 1984 antes citadas, señala la conveniencia de desarrollar campañas de información y de sensibilización orientadas a favorecer la evolución de las mentalidades en este ámbito.

Sobre el papel de la educación, ver Monserrat MORENO, *Cómo se enseña a ser niña: el sexismo en la escuela*, Icaria, Barcelona, 1986, p. 22. Sobre ello volveremos más adelante.

<sup>60</sup> A toda esta problemática hacían referencia los objetivos 1.5, 1.6, 1.7 y 1.8 del *Plan para la igualdad de oportunidades de las mujeres (1988-1990)*, cit., objetivos que, en buena medida, se han visto cumplidos en virtud de la modificación de la normativa penal relativa a estas cuestiones operada por Ley Orgánica de 21 de junio de 1989, de actualización del Código Penal.

des. Concretamente, en el ámbito comunitario europeo, desde principios de la década de los ochenta, se mantiene —como apuntábamos antes— una postura de claro apoyo institucional a la política de acciones positivas en favor de las mujeres, sobre todo en la esfera del empleo<sup>61</sup>. La función del derecho en relación con las acciones positivas debe ser la de promoverlas, estableciendo, en su caso, sanciones positivas que refuercen dicha «función promocional»<sup>62</sup>.

El debate en torno a la discriminación positiva en el ámbito de la participación política se encuentra centrado en estos momentos en varios países europeos, entre ellos España, en las famosas «cuotas de mujeres» en las estructuras y en las listas electorales de los partidos<sup>63</sup>. Ésta parece una medida válida a corto y medio plazo. Ello no obstante, a largo plazo lo que importa es promover el progresivo acceso de las mujeres a la educación y a la cualificación profesional, lo cual, previsiblemente, favorecerá y consolidará su participación en la actividad política<sup>64</sup>.

Por otra parte, la consecución de una efectiva igualdad de oportunidades en el acceso a la educación exige, además de la ausencia de discriminaciones legales, la adopción de medidas positivas que favorezcan la igualdad de acceso no sólo teórica sino real a todos los niveles de educación y a todas las formas de enseñanza y a todos los tipos de formación, particularmente a la formación en áreas no tradicionales, diversificando así las opciones escolares y profesionales de ambos sexos<sup>65</sup>. Junto a ello, se requieren medidas positivas que contribuyan a eliminar los estereotipos sexistas del sistema educativo<sup>66</sup>: en las materias y actividades que son objeto de enseñanza y de aprendizaje por parte de las alumnas y alumnos (actividades de orientación tecnológica; habilidades relativas a la salud, al cuidado y atención de las personas y a las actividades domésticas; actividades físicas y deportivas); en los materiales didácticos y en las actitudes dentro de la práctica escolar, en particular en las actitudes del profesorado (en este sentido es fundamental la formación inicial y continua del profesorado en la pedagogía de la igualdad de oportunidades entre los sexos)<sup>67</sup>.

<sup>61</sup> Ver las Resoluciones del Consejo de 12 de julio de 1982, de 7 de junio de 1984 y de 21 de mayo de 1991 y de 24 de julio de 1986 y la Recomendación de 13 de diciembre de 1984.

<sup>62</sup> Como es bien sabido, ha sido fundamentalmente Bobbio quien ha hablado de una función promocional del Derecho al lado de su tradicional función represiva, así como de las llamadas «sanciones positivas» (cfr. Norberto BOBBIO, «El análisis funcional del Derecho: tendencias y problemas», «La función promocional del Derecho» y «Las sanciones positivas», en N. BOBBIO, *Contribución a la teoría del Derecho*, ed. a cargo de Alfonso Ruiz Miguel, Debate, Madrid, 2.ª ed., 1990, pp. 255 ss., 371 ss. y 387 ss., respectivamente).

<sup>63</sup> Sobre el debate en la República Federal de Alemania y en Italia y sobre la intensa polémica que se levantó en España a raíz de la aceptación por el PSOE de las «cuotas de mujeres», ver, respectivamente, Frigga HAUG, «Perspectivas de un feminismo socialista», cit., p. 42; Mariella GRAMAGLIA, «Del feminismo a la solidaridad. El caso italiano», cit., pp. 48-49, y Celia AMORÓS, «Del feminismo al feminismo», cit., pp. 54-55.

Sobre la situación mundial de la participación política de la mujer (datos de 1984), ver Informe del Secretario general para la Conferencia Mundial de Nairobi, cit., DOC. A/CONF. 11/5, Add. 1, párr. 35-52.

En las *Estrategias de Nairobi*, cit., párrs. 86-92, se señalan diversas medidas que deberían adoptarse a nivel nacional para estimular la participación política de las mujeres.

<sup>64</sup> En este sentido, K. NEWLAND, *La mujer en el mundo moderno*, cit., p. 58.

<sup>65</sup> Ver *Plan para la igualdad de oportunidades de las mujeres (1988-1990)*, cit., objetivos 2.3 y 2.4.

<sup>66</sup> Sobre la transmisión de los sistemas de pensamiento y de las actitudes sexistas a través de la educación y en particular en la escuela, puede verse Monserrat MORENO, *Cómo se enseña a ser niña: el sexismo en la escuela*, cit., pp. 7-60.

<sup>67</sup> Ver *Plan para la igualdad de oportunidades de las mujeres (1988-1990)*, cit., objetivos 2.1 y 2.2.

La igualdad de oportunidades en cuanto al empleo supone la eliminación de la discriminación laboral o discriminación de la mujer en la economía, entendiendo dicha discriminación en un sentido amplio, que engloba —según la tipología establecida por Amalia Peinado López, siguiendo, aunque con alguna variación, a R. Tsughiane y N. Dodge— la discriminación en cuanto a la participación en el mercado de trabajo, la discriminación en el acceso al empleo, la llamada discriminación ocupacional y la discriminación salarial<sup>68</sup>. Para ello se requiere ante todo la ausencia de cualquier tipo de discriminación jurídica en este ámbito, esto es, la proclamación, como un principio de derecho, de la igualdad de los sexos ante el empleo. Pero, junto a ello, son necesarias acciones positivas para contrarrestar los obstáculos no ya jurídicos, sino debidos sobre todo a la concepción tradicional sobre el reparto de los papeles entre los sexos en la sociedad, que se oponen a la efectiva igualdad de oportunidades ante el empleo. Las acciones positivas en este campo son ampliamente promovidas, como sabemos, en el ámbito comunitario europeo<sup>69</sup>. Las acciones positivas propuestas son de muy diversos tipos. Entre ellas merecen especial atención las tendentes a facilitar la conciliación de la vida profesional con la vida familiar (programas de interrupción y reintegración profesional, cursos especiales de reciclaje para las personas que han abandonado su trabajo para atender a sus hijos, trabajo a tiempo parcial<sup>70</sup>, horarios flexibles, etc.), bien entendido que todas estas posibilidades tienen que ofrecerse no sólo a las mujeres —madres, especialmente—, sino, en igualdad de condiciones, a los varones —padres, sobre todo—. Lo contrario sería tanto como consagrar el principio de que las obligaciones familiares incumben sólo a las mujeres. Subsiste, ello no obstante, el hecho de que, debido a las ideas adquiridas, son casi exclusivamente las mujeres quienes hacen uso de estas posibilidades. Ello nos lleva a subrayar una vez más la necesidad en última instancia, para el logro de una efectiva igualdad, de un profundo cambio de las mentalidades.

Por último, cualquier esfuerzo tendente a la consecución de una igualdad de oportunidades efectiva deberá tener en cuenta el hecho de que las mujeres tienen en casi todo el mundo el monopolio de lo que genéricamente se conoce como actividades domésticas o del ama de casa, las cuales, en contra de lo que suele creerse, son

Sobre la orientación que debe tener la educación no exista y sobre los cauces para promoverla en la escuela, puede verse M. MORENO, *op. cit.*, pp. 58-71.

<sup>68</sup> Sobre la discriminación laboral de la mujer en España en las cuatro modalidades señaladas, ver Amalia PEINADO LÓPEZ, *La discriminación de la mujer en el mercado de trabajo español. Una aproximación empírica a la discriminación salarial*, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, Madrid, 1988, *pássim*.

Ver también sobre la situación laboral de la mujer en el mundo, K. NEWLAND, *La mujer en el mundo moderno*, cit., pp. 18-19 y 154-203; *Informe del Secretario General para Conferencia Mundial de Nairobi*, cit., DOC.A/CONF. 116/5, párrs. 8 y 9 y Add. *Estrategias de Nairobi*, cit., párr. 27.

<sup>69</sup> Ver las Resoluciones y la Recomendación del Consejo citadas en la nota 52. Desde hace años se vienen aplicando en la Comunidad programas de acción positiva para promover la efectiva igualdad de oportunidades profesionales. La Comisión participa desde hace tiempo en proyectos de acción positiva en la banca, la industria, los medios de comunicación, las Universidades, el sector público, etc. También fuera del ámbito comunitario europeo, en Estados Unidos, Canadá, Australia, etc., numerosas empresas llevan a cabo experiencias de acción positiva.

<sup>70</sup> Alain TOURAINE ve en el trabajo a tiempo parcial (voluntario, bien entendido) de los padres jóvenes (en la medida de lo posible varones y mujeres) una solución viable al problema del desempleo juvenil en los países industrializados, vinculando por lo demás esa medida a «la madurez de un feminismo que ha superado la etapa de oposición primitiva y destructiva de lo privado y lo público» (Alain TOURAINE, «Introducción: Un mundo que ha perdido su futuro», en AA. VV., *¿Qué empleo para los jóvenes? Hacia estrategias innovadoras*, Tecnos/Unesco Madrid, 1988, pp. 31-32).

sumamente heterogéneas y complejas, abarcando —como subraya M.<sup>a</sup> Ángeles Durán— tareas de reproducción, de ejecución, de gestión y de socialización y atención afectiva<sup>71</sup>. Este trabajo de las amas de casa, además de *no retribuido*<sup>72</sup>, se caracteriza por ser un trabajo *no reconocido como tal*, razón por la cual ha sido designado como «el quinto mundo»<sup>73</sup>.

Por ello parece que la consecución de la efectiva igualdad de oportunidades exigiría una profunda modificación de las actitudes respecto del trabajo doméstico. Exigiría, en primer lugar, que se reconozca la importancia del trabajo doméstico, su papel económico decisivo para el funcionamiento del sistema económico en su conjunto<sup>74</sup> y su indudable valor ético en cuanto actividad íntimamente ligada a las dimensiones de la *pietas*, del cuidado y protección de las personas<sup>75</sup>. Por lo demás, se ha sostenido que el reconocimiento de la importancia del trabajo doméstico debería plasmarse en una mayor protección jurídica del ama de casa, en particular en el ámbito de la Seguridad Social<sup>76</sup>. Asimismo parece que la consecución de una efectiva igualdad de oportunidades exigiría que, paralelamente al reconocimiento de la importancia del trabajo doméstico, todos los miembros de la familia compartan las responsabilidades domésticas y, por tanto, que los varones asuman una parte considerable de las mismas<sup>77</sup>.

Para finalizar sólo nos resta señalar que el necesario acceso de las mujeres, en condiciones de igualdad con los varones, a todos los sectores de la vida social, política, económica y cultural, no tiene por qué suponer una renuncia por parte de aquellas a sus caracteres diferenciales. Tras las huellas de Virginia Woolf, para quien «Sería una lástima terrible que las mujeres escribieran como los hombres, o vivieran como los hombres, o se parecieran físicamente a los hombres, porque dos sexos son ya pocos, dada la vastedad y variedad del mundo; ¿cómo nos las arreglaríamos, pues, con uno solo?»<sup>78</sup>, un importante sector del feminismo contemporáneo (el de-

<sup>71</sup> Cfr. M.<sup>a</sup> Ángeles DURÁN, *La jornada interminable*, Icaria, Barcelona, 1986, pp. 51-54 y 62-64; ídem, *Desigualdad familiar y doméstica*, CIS, Madrid, 1985, y K. NEWLAND, *La mujer en el mundo moderno*, cit., pp. 156-157.

<sup>72</sup> Sobre ello, ver M.<sup>a</sup> A. DURÁN, *La jornada interminable*, cit., pp. 56-58 y 68-69; A. M.<sup>a</sup> NAVARRO FERRER, *op. cit.*, pp. 45-46.

<sup>73</sup> Elise BOULDING, *Women in the Twentieth-Century World*, John Wiley and Sons, New York, 1977, (cit. por K. NEWLAND, *La mujer en el mundo moderno*, cit., p. 165). Ver también M.<sup>a</sup> A. DURÁN, *La jornada interminable*, cit., pp. 31-33; André MICHEL, *El feminismo*, cit., p. 11, y K. NEWLAND, *La mujer en el mundo moderno*, cit., pp. 156-158.

<sup>74</sup> En este sentido, ver M.<sup>a</sup> A. DURÁN, *La jornada interminable*, cit., pp. 35-36; 45-51 y 58; Frances HUTCHINSON «Home economics», *Resurgence*, n.º 131, noviembre-diciembre de 1988, pp. 23-24; Ivan ILLICH, *Le travail fantôme*, cit., pp. 117-139, *pássim*; K. NEWLAND, *La mujer en el mundo moderno*, cit., pp. 156, 157 y 158, y *Estrategias de Nairobi*, cit., párr. 59, último inciso.

<sup>75</sup> En este sentido, Jesús BALLESTEROS, «El sentido de la labor del ama de casa», en *El ama de casa como mujer trabajadora*, cit., pp. 9-11; ídem, *Postmodernidad; decadencia o resistencia*, cit., pp. 128-136, *pássim*; Jean Bethke ELSTHAIN, *Public Man, Private Woman, Women in Social and Political Thought*, Princeton University Press, 1981, *pássim*, y Frances HUTCHINSON, «Home economics», cit., pp. 23-24.

<sup>76</sup> En este sentido, K. NEWLAND, *La mujer en el mundo moderno*, cit., p. 157.

<sup>77</sup> En esta línea, J. BALLESTEROS, *Postmodernidad; decadencia o resistencia*, cit., pp. 133-134; M.<sup>a</sup> A. DURÁN, *La jornada interminable*, cit., pp. 69-71; K. NEWLAND, *La mujer en el mundo moderno*, cit., pp. 164-165; *Estrategias de Nairobi*, cit., párr. 59, y *Resolución de 12 de julio de 1982 del Congreso de las Comunidades Europeas* relativa a la promoción de la igualdad de oportunidades para la mujer, cit., p. 42.

<sup>78</sup> Vid. Virginia WOOLF, *Una habitación propia*, trad. de Laura Pujol, Seix Barral, Barcelona, 1986, p. 121.

nominado «feminismo de la diferencia», «neofeminismo»<sup>79</sup> o «feminismo liberacionista»<sup>80</sup>) insiste en la llamada «diferencia sexual». Ahora bien, existe el riesgo de que el «discurso de la diferencia» sea utilizado como un argumento en favor de la separación de funciones entre varones y mujeres, en favor en suma del «retorno de la mujer al hogar»<sup>81</sup>. Por el contrario, de lo que se trataría sería «de integrar y de superar la perspectiva del feminismo emancipacionista»<sup>82</sup>, de promover, paralelamente, al acceso de las mujeres a las diversas funciones sociales, una «modificación en femenino»<sup>83</sup> de la sociedad, de las instituciones, de los modos de vida, de la cultura, del lenguaje, de los valores. En esta línea, destaca la crítica feminista de la cultura sexista, androcéntrica o patriarcal. Se subraya que la visión androcéntrica del mundo es la que ha dominado desde hace milenios en el pensamiento científico, filosófico, religioso, político, incluso en el lenguaje, de lo cual resulta una visión parcial y simplista de la realidad. Y se insiste en la necesidad de introducir el punto de vista de las mujeres para conseguir una nueva visión, más integradora, de la realidad<sup>84</sup>. Así, para muchas intelectuales de origen feminista, especialmente en Italia, entre las que destaca Rossana Rossanda, la tarea más importante en estos momentos es la de «dar autoridad, estatuto teórico y rigor conceptual al pensamiento de las mujeres o, mejor, a la “diferencia sexual”»<sup>85</sup>. Por su parte, en el ámbito ético se habla de éticas «femeninas» (éticas de la compasión, del cuidado, de la benevolencia, de la solidaridad, de la responsabilidad por el prójimo), frente a las éticas «masculinas» (éticas de la justicia, basadas en la racionalidad abstracta)<sup>86</sup> y se subraya la necesidad de recuperar los llamados «valores femeninos»<sup>87</sup>, así calificados no porque deban ser considerados como exclusivos de las mujeres, sino por ser los que tradicionalmente se les han asignado a éstas. Asimismo, en el ámbito jurídico se ha sugerido la necesidad de «otra cultura jurídica» en la que las leyes, la ciencia jurídica y la preparación de los juristas reflejarían no sólo las valoraciones, las necesidades y los puntos de vista jurídicos masculinos, sino también los femeninos<sup>88</sup>.

<sup>79</sup> Expresión utilizada por Alesandra BOCCHETTI en un trabajo titulado «Neofeminismo: la conquista de ser diferentes», *Battia* (verano de 1985), pp. 70-75. También por el profesor BALLESTEROS en el capítulo que dedica al feminismo en su libro *Postmodernidad: decadencia o resistencia*, cit., capítulo titulado «Postmodernidad y neofeminismo: el equilibrio entre *anima* y *animus*».

<sup>80</sup> María CORRIAS CORONA, en la primera parte del trabajo antes citado, distingue entre el feminismo emancipacionista, que subraya la igualdad, y el liberacionista, que llama la atención sobre la diferencia.

<sup>81</sup> El profesor BALLESTEROS sale al paso de este riesgo en *Postmodernidad: decadencia o resistencia*, cit., pp. 133-134. Claus OFFE, *Partidos políticos y nuevos movimientos sociales*, trad. de Juan Gutiérrez, Sistema, Madrid, 1988, subraya cómo la insistencia en los rasgos más particularistas de la identidad femenina es uno de los aspectos del movimiento feminista que más fácilmente encuentra apoyo por parte de las fuerzas liberal-conservadoras tradicionales (pp. 231-232).

<sup>82</sup> Vid. M. CORRIAS CORONA, *op. cit.*, p. 34.

<sup>83</sup> Mariella GRAMAGLIA, «Del feminismo a la solidaridad. El caso italiano», cit., p. 46.

<sup>84</sup> Cfr. M. MORENO, *Cómo se enseña a ser niña; el sexismo en la escuela*, cit., pp. 15-19, 30-32 y 35. Ver también M. A. DURÁN, *La jornada interminable*, cit. pp. 19 y 20, y, en particular sobre el sexismo en el lenguaje, Álvaro GARCÍA MESEGUER, *Lenguaje y discriminación sexual*, 3.ª ed., Montesinos, Barcelona, 1988.

<sup>85</sup> Sobre ello, Mariella GRAMAGLIA, «Del feminismo a la solidaridad. El caso italiano», cit., p. 49.

<sup>86</sup> Sobre las éticas «masculinas» y «femeninas» Carol GILLIGAN, *In a Different Voice. Psychological Theory and Women's Development*, Harvard University Press, Cambridge, 1982; Esperanza GUIÁN, «Immanuel Kant: una visión masculina de la ética», en E. Guisán (comp.), *Esplendor y miseria de la ética kantiana*, Anthropos, Barcelona, 1988, y A. CORTINA «Por una Ilustración feminista», cit.

<sup>87</sup> En este sentido J. BALLESTEROS, *Postmodernidad: decadencia o resistencia*, cit., pp. 131-136; A. CORTINA, *op. cit.*, J. B. ELSTHAIN, *Public Man, Private Woman...*, cit.

<sup>88</sup> Rüdiger, LAUTMANN, «Mujeres y hombres en la sociología y el derecho: consecuencias para la formación de sociólogos y juristas», ponencia presentada a las Jornadas sobre la Investigación y la Enseñanza de la Sociología Jurídica, Barcelona, 7-9 de abril de 1988.

## LOS DERECHOS DE LAS MINORÍAS NACIONALES: SU PROTECCIÓN INTERNACIONAL, CON ESPECIAL REFERENCIA AL MARCO EUROPEO

EMILIA BEA

### I. INTRODUCCIÓN

Abordar el tema de la conceptualización y regulación de los derechos de los pueblos y de las minorías nacionales presenta indudables dificultades por la confusión terminológica con que nos encontramos y la posibilidad de acometer las cuestiones que suscita desde distintos puntos de vista. Si por una parte se hace necesario tomar en consideración la distinción entre derechos colectivos y derechos individuales, o entre derechos del grupo y derechos del individuo, por otra parte hay que advertir que, en todo lo referente a la situación de las minorías o de los pueblos sin Estado, entran en juego elementos muy diversos, como el principio de no-discriminación, el contenido de los derechos culturales, el *status* internacional de los movimientos de liberación, la condena del genocidio y del racismo o el derecho al desarrollo, que deben ser tenidos en cuenta pero que no pueden estudiarse con detenimiento en un trabajo como el que nos proponemos. Hay que tener también bien presente la especificidad de los problemas europeos en este campo, por los efectos en otros continentes de la descolonización y por el auge en la actualidad de propuestas europeístas, que pretenden superar la idea cerrada de Estado nacional para abrirse a un orden superior europeo y a las nacionalidades que lo integran.

De forma creciente, en los últimos años Europa es el escenario de una proliferación inesperada de reivindicaciones «nacionalitarias»<sup>1</sup>, que se nos muestran hoy como uno de los motores decisivos y de los principales resultados de las convulsiones que se han producido en la Europa central y del Este, así como en la Unión Soviética, desde 1989. El punto crítico de gravedad que han alcanzado en nuestros días algunos problemas de minorías nacionales olvidadas durante años en nombre del «internacionalismo proletario», junto a la vertiginosidad con que se suceden los acontecimientos, ponen al descubierto la urgencia de centrar la atención en una realidad que exige profundas reflexiones en los planos ético, jurídico y político.

Los últimos datos aportados por la Oficina Europea para las lenguas menos difundidas sobre la situación en la Comunidad Europea son también un buen exponente de los problemas de las minorías nacionales en la parte occidental del viejo continente. Baste señalar que unos cuarenta millones de ciudadanos de la Comunidad (una de cada ocho personas) hablan una lengua distinta de las nueve lenguas oficiales de la Comunidad Europea y de las dos lenguas nacionales, el irlandés y el

<sup>1</sup> Como es sabido, el término «nacionalitario» se utiliza para diferenciar las ideas y movimientos de liberación nacional y popular de las naciones sin Estado propio, respecto al nacionalismo expansionista y estatista de cuño fascista. Cfr. I. TUBELLA y E. VINYAMATA, *Diccionario del nacionalismo*, Edicions de la Magrana, Barcelona, 1978, p. 111.

luxemburgués; además de que doce millones de descendientes de inmigrantes hablan lenguas no europeas, como el árabe, el turco, las del subcontinente indio y otras lenguas asiáticas<sup>2</sup>. Todo ello conlleva una red de tensiones que pone en tela de juicio, incluso lejos de la URSS o de Yugoslavia, las fronteras estatales que hasta fechas muy recientes se consideraban «definitivamente» establecidas tras la Segunda Guerra Mundial. Las diferentes modalidades en que se articulará la independencia de las repúblicas que integraban la URSS, y las consecuencias que puedan acarrear en otros Estados, son todavía una incógnita a despejar, que no sabemos en qué medida responderá a las reivindicaciones de las minorías nacionales y a las demandas ya asumidas por diferentes organismos internacionales.

Aunque la situación en la Europa occidental no puede compararse con la del Este, lo cierto es que la tan invocada «construcción europea», tal como se reconoce hoy en el propio Parlamento de Estrasburgo, debe ser fomentada «destacando las diferencias entre los pueblos que la componen, justamente para unirlos de forma más estrecha». En el documento de trabajo «sobre la situación actual de las lenguas y culturas menos difundidas de las comunidades de la Comunidad Europea», presentado en abril de 1991, leemos en este sentido: «los acontecimientos que han tenido lugar en la Europa central y del Este demuestran la importancia de dar a las minorías culturales y étnicas los medios para expresar, defender y desarrollar su identidad cultural y lingüística a fin de que cada persona pueda hallar satisfacción en el contexto de la paz y la democracia. También demuestran que los Estados miembros de la Comunidad no pueden firmar acuerdos que garanticen los derechos lingüísticos y culturales de las comunidades de la Europa central y del Este que utilizan lenguas de menor difusión y negarse a aplicarlos en su propio territorio, sin pecar de falta de consecuencia»<sup>3</sup>.

Como subraya J. Villanueva en su *Diccionario crítico de la autodeterminación*, «gracias a la crisis del Este (pero también por la inquietud que suscita la nueva fase de integración europea a partir de 1992), el argumento principal de los guardianes de los Estados existentes, que limita la aplicación de la autodeterminación a las colonias separadas de la metrópoli, ha quedado profundamente en entredicho»<sup>4</sup>. Las declaraciones sobre autodeterminación de los parlamentos vasco y catalán son recordadas por el autor como ejemplos del despertar de una nueva situación, la cual, según nos hace ver J. Sádaba, refleja que «la palabra autodeterminación ha entrado en la vida cotidiana europea». Así, «la Europa que se avecina —a no ser que se imponga, cosa a temer, la parte más conservadora y fascista que siempre habitó en Occidente— es la Europa autodeterminada. Una Europa en la que se ponga de manifiesto el fracaso de los Estados modernos y la necesidad de respetar y coordinar las distintas herencias culturales de los muchos pueblos que habitan este continente»<sup>5</sup>.

<sup>2</sup> Documento de trabajo de la Comisión de Juventud, Cultura, Educación, Medios de Comunicación y Deporte del Parlamento Europeo «Sobre la situación actual de las lenguas y culturas menos difundidas de las comunidades de la Comunidad Europea» de 24 de abril de 1991, DOC ES/DT/108527, PE 146.446. Nuestro agradecimiento a Enric Morera, asesor legal del Grupo parlamentario «Los Verdes» en el Parlamento Europeo y asistente del eurodiputado J. M. Bandrés, por habernos facilitado el acceso a este documento y a cuanta información le hemos solicitado sobre las tareas realizadas en el Parlamento Europeo.

<sup>3</sup> *Ibíd.*, p. 2.

<sup>4</sup> J. VILLANUEVA, *Diccionario crítico de la autodeterminación*, Tercera Prensa/Hirugarren Pentsa, Donostia, 1991, p. 27.

<sup>5</sup> J. SÁDABA, «Interrelación entre la autodeterminación personal o individual y la autodeterminación colectiva», en AA.VV., *Derechos humanos individuales, derechos de los Estados, derechos de los pueblos*, Herria 2.000 ELIZA, Bilbao, 1990, p. 322.

Evidentemente, está muy lejos de ser unánime esta opción tan favorable a la autodeterminación y tan contraria a la concepción moderna del Estado-nación. Para algunos, como F. J. Laporta, a la hora de enfrentar nuestros problemas «sería recomendable prescindir tanto de la idea de nación como de la demanda de autodeterminación», aun en el caso de ser esgrimidas por una «minoría», lo cual «no sólo nos hará más jóvenes, sino también más morales, y, con toda seguridad, menos agresivos»<sup>6</sup>. Para otros muchos, tal como señala con claridad J. R. Recalde, «el Estado es el “punto cero” a partir del cual el derecho de autodeterminación puede ser planteado [...] bien para mantener ese Estado, bien para modificarlo», pues «tal reivindicación debe hacerse, desde la legalidad del Estado, por el procedimiento de la eventual reforma constitucional, camino siempre abierto en democracia»<sup>7</sup>.

Según Recalde, si la reivindicación del derecho a la autodeterminación es siempre considerada como reivindicación nacional, se parte de dos conceptos diferentes de nación según la justificación empleada: «en un caso, reivindicación nacional será simplemente reivindicación democrática de los ciudadanos; en otro caso, reivindicación nacional supondrá deducir derechos del hecho de pertenecer a una etnia»<sup>8</sup>. J. de Lucas analiza exhaustivamente ambas posiciones, contraponiendo la concepción nacional metafísica o esencialista y un concepto histórico y social de nación, que implica una voluntad con un doble objetivo: el cultural de autoafirmación y el político de soberanía, de autodeterminación o de independencia<sup>9</sup>.

Lejos de la postura nacionalista que conduciría a prescindir de la dimensión participativa, es decir, de la representación del pueblo, parecería «una suerte de nacionalismo sin estatalismo, sin vocación de Estado, que reivindicaría el derecho a conservar los propios rasgos de identidad, sin exigir como único medio para conseguir ese objetivo el convertirse en Estado (y, por consiguiente, sin plantear la alternativa trágica de la lucha armada), por entender que el ejercicio de la libertad básica como tal grupo es realizable dentro del marco estatal (por ejemplo, en el de un Estado federal o análogo) o, mejor, supraestatal (y ése es el argumento que subyace, según es obvio, a buena parte de los valedores de la “Europa de las regiones”)»<sup>10</sup>. J. de Lucas advierte de los problemas que plantea en el plano jurídico-institucional el tratar de traducir políticamente tal posición, pues, aunque «no tiene por qué aspirar al marco estatal, pasa por la concreción del ejercicio de la libre decisión»<sup>11</sup>. Problemas que van siempre unidos al de la definición del titular del derecho a la autodeterminación, dada la dificultad para caracterizar nociones como la de «pueblo», «nación», «minoría nacional» o «comunidad cultural».

En efecto, si por un lado parece claro que la autodeterminación no significa independencia —identificación errónea realizada en el proceso de descolonización—,

<sup>6</sup> F. J. LAPORTA, «La quimera del nacionalismo», *Claves de Razón Práctica*, n.º 14, p. 44. Cfr. «Violencia, nación, autodeterminación», *Leviathan*, n.º 34.

<sup>7</sup> J. R. RECALDE, «El punto cero de la autodeterminación», *Claves de Razón Práctica*, n.º 7, pp. 37 y 43.

<sup>8</sup> *Ibíd.*, p. 40.

<sup>9</sup> Cfr. F. J. DE LUCAS, «Xenofobia y racismo en Europa», *Claves de Razón Práctica*, n.º 13, pp. 14-26; «Xenofobia, racismo y unidad europea (Sobre la garantía de los derechos fundamentales de los extranjeros en España)», *Jueces para la Democracia*, n.º 11, diciembre de 1990, pp. 67-78; *Europa, ¿convivir con la diferencia? (Racismo, nacionalismo y derechos de las minorías)*, Tecnos, Madrid. La consulta de este libro ha sido posible gracias a que su autor tuvo la amabilidad de prestarme las pruebas de imprenta antes de su publicación.

<sup>10</sup> F. J. DE LUCAS, *Europa, ¿convivir con la diferencia? (Racismo, nacionalismo y derechos de las minorías)*, cit.

<sup>11</sup> *Ibíd.*

ya que puede traducirse en un abanico de posibilidades (independencia, autonomía, federación, confederación...), por otro lado es evidente la dificultad de delimitar el sujeto de tal derecho, sobre todo por la diferencia crucial al hablar de derechos de los pueblos según entendamos el «pueblo» como elemento del Estado o como pueblo-nación. El lenguaje jurídico-político no configura el campo semántico de este término de forma pacífica y rigurosa, y de ahí muchas de las indeterminaciones y paradojas con que chocamos en este terreno. En cualquier caso, se trata de problemas que no sólo no son exclusivos de este campo, sino que parecen acompañar a lo largo de la historia a la propia idea emancipatoria de derechos humanos en sus sucesivas fases.

También en la actualidad, la mayor parte de los movimientos en defensa de los derechos de los pueblos o de las minorías nacionales plantean sus reivindicaciones como parte integrante de un proceso de liberación en el que se invoca la exigencia de reconocimiento de una serie de derechos, a los que suele reagruparse en los llamados derechos de la solidaridad, que implican la participación en las elecciones que afectan a toda la humanidad de colectivos habitualmente silenciados. Siguiendo a F. Martí, vemos cómo la causa de los derechos de los pueblos tiende a presentarse como «opción por un modelo de civilización diferente, respetuoso con todos los colectivos humanos; una opción contra la ley de la fuerza y a favor de la razón y del derecho». Aparece así en el marco de una alternativa global que sólo «se producirá por la convergencia de iniciativas a favor de los derechos de los pueblos, de los movimientos por la paz y el desarme, a favor de la no discriminación de la mujer, de protección del medio ambiente, de cooperación Norte-Sur y, en general, de todas las movilizaciones que, con lucidez, seriedad y generosidad, se propongan combatir las discriminaciones, organizar la diversidad y fomentar formas más plausibles de liberación personal y colectiva»<sup>12</sup>. También para J. Ballesteros, los derechos humanos de la solidaridad o de la tercera generación presentan un carácter más originario y radical por entroncar «perfectamente con el nuevo paradigma de la "calidad de vida", propio de la genuina postmodernidad», y por centrarse en la lucha contra la alienación del individuo<sup>13</sup>.

La llamada tercera generación de derechos humanos conecta con el intento de superar la tendencia generalizada en la Edad Moderna de menosprecio a lo colectivo, en aras de una individualización que va unida al protagonismo del Estado. En esta línea, se ha llegado incluso a afirmar que, «a partir de la Europa del siglo XVIII, las prácticas, y sus consiguientes formaciones discursivas, en torno a lo "colectivo" van desapareciendo de la "legitimidad histórica"» y por ello, «cuando se pretende abordar el tema de los derechos colectivos, la primera y necesaria labor teórica debe ser la de aclarar qué tipo de discurso debe ser el adecuado, y aquí nos encontramos bastante vendidos porque tanto los enunciados como los desarrollos discursivos que podríamos utilizar y que están a ellos ligados aparecen absolutamente condicionados por la lectura "individualista" de la realidad que los mismos instrumentos de lenguaje con los que trabajamos nos imponen necesariamente [...]. La salida de este problema sólo podemos encontrarla en el campo de las prácticas sociales en las que "lo colectivo" es el elemento que integra, explica y da sentido»<sup>14</sup>. Como advierte

<sup>12</sup> F. MARTÍ, «Perspectivas sobre los derechos de los pueblos», en AA. VV., *Derechos humanos individuales, de los Estados y derechos de los pueblos*, cit., p. 286.

<sup>13</sup> J. BALLESTEROS, *Postmodernidad: decadencia o resistencia*, Tecnos, Madrid, 1989, p. 151.

<sup>14</sup> F. RODRÍGUEZ BORNAETXEA, «La construcción de la subjetividad occidental y las dificultades para desarrollar los derechos humanos colectivos en las sociedades capitalistas avanzadas», en AA. VV., *Derechos humanos individuales, derechos de los Estados y derechos de los pueblos*, cit., pp. 312-314.

M. Foucault, el problema a la vez político, ético, social y filosófico que hoy se nos plantea es el de promover nuevas formas de subjetividad rechazando el tipo de individualidad que se nos ha impuesto durante siglos<sup>15</sup>.

En definitiva, se trataría de encontrar nuevas formas de vida comunitaria, de referentes donde arraigar, pero sin perder de vista el punto de partida ineludible: el carácter prioritario, irreductible, de cada ser humano. En esta complementariedad entre irreductibilidad y arraigo, como se sugiere en otros momentos de este libro, radica quizá la complejidad y riqueza de una visión renovadora de los derechos humanos.

Las páginas que siguen no entran ni superficialmente en las complicadas cuestiones que plantean los derechos colectivos, especialmente en el plano de su fundamentación y en cuanto remiten a una reflexión ética sobre la relación individuo-comunidad, ya que se proponen un objetivo mucho más modesto como es el simple examen de la evolución de los documentos internacionales que, desde el período de entreguerras a la actualidad, han surgido en defensa de las minorías nacionales y de los pueblos sin Estado; examen que intentará detenerse particularmente en los esfuerzos de las instituciones europeas y de organizaciones no gubernamentales que han tratado en los últimos años de calar en la opinión pública. Esta movilización de la presión de la opinión pública en favor de las minorías se nos muestra hoy más capaz que nunca de cambiar modelos y alterar estructuras que parecían hasta ahora casi inexorables; de ahí la importancia de los textos y pronunciamientos que a continuación analizaremos.

Si bien la aparición del problema de las minorías nacionales en su acepción moderna suele remontarse hasta la Revolución francesa, por las luchas nacionales y de las minorías étnicas que no dejaron de surgir desde entonces<sup>16</sup>, es desde principios de siglo, y sobre todo una vez finalizada la Primera Guerra Mundial, cuando se plantea la cuestión de la protección de las minorías en su dimensión colectiva, y no entendiéndola como tutela de cada uno de los individuos que las integran. Desde este momento, la protección de los derechos de las minorías nacionales ha sido vista como un caso típico de protección jurídica colectiva, ya que los derechos del grupo por excelencia son los de las minorías a conservar y desarrollar sus caracteres específicos y distintivos o a que se produzca un cambio en su nivel de vida económico y social cuando se sitúa por debajo del mínimo aceptado internacionalmente.

En efecto, tras la Primera Guerra Mundial los derechos humanos se configuran en dos vertientes: la de los derechos individuales y la de los derechos de las minorías, cuya protección es acordada por la Sociedad de Naciones según un complicado sistema. De los cuatro elementos que conforman los tratados y declaraciones sobre las minorías interesa destacar los dos siguientes: el referido a las «garantías respecto al uso del idioma o el mantenimiento de ciertas instituciones de las minorías» y el referido a la «garantía de autonomía general o especial o de fueros tradicionales», ambos formulados como derechos de personas pertenecientes a minorías y como derechos de las propias minorías. La Sociedad de Naciones recogería en buena medida la influencia de la concepción wilsoniana sobre el principio de autodeterminación, desarrollada durante la Primera Guerra Mundial, que ya en 1918 se vislumbraba en la propuesta de paz del presidente de los Estados Unidos cuando señalaba: «Para la determinación de cualquier cuestión relativa a la soberanía, los intereses de las po-

<sup>15</sup> M. FOUCAULT, *La verdad y las formas jurídicas*, Gedisa, Barcelona, 1980.

<sup>16</sup> Cfr. G. ZUCCHINI, voz «Minoría» en *Diccionario de política*, dirigido por N. Bobbio y M. Mateucci, 2.ª edición en castellano, Siglo XXI, Madrid, 1982, p. 1.014.

blaciones afectadas deben tener igual peso que las justas reclamaciones del gobierno cuyo título esté dilucidándose»<sup>17</sup>. Una vez acabada la guerra, el principio es reiterado y perfilado como aquel por el que ningún gobierno o grupo de gobiernos tiene derecho a disponer del territorio de un pueblo libre, ni a determinar su línea política; a partir de entonces, los tratados de paz procurarían proteger a las minorías étnicas atendiendo a sus condiciones y reclamaciones, aunque evidentemente de forma irregular según consideraciones de diversa índole.

Sin entrar en la cuestión central, tantas veces debatida y nunca definitivamente clarificada, de si el derecho de autodeterminación puede ser visto como un derecho humano más o si es ante todo la condición esencial para el resto de los derechos, es indudable su presencia real como principio político cuya aplicación depende de las circunstancias, habiendo recibido soluciones dispares para situaciones análogas por razones de oportunidad o conveniencia. En la concepción de Wilson, el principio de autodeterminación viene referido principalmente a las minorías étnicas que conviven en un determinado territorio, dentro de un Estado o imperio preexistente, aunque no se ve como algo necesariamente ligado a pueblos étnicamente diferenciados, sino como reconocimiento de la voluntad democrática. Este mismo espíritu es el que guía la política dominante en el período de entreguerras, donde, como recuerda con precisión K. J. Partsch, el término «autodeterminación» se utiliza en los siguientes casos: «“pueblos” enteros que vivían como minoría (e incluso como mayoría) dentro de un Estado regido por otro “pueblo”; “pueblos” que vivían como grupos minoritarios en más de un Estado y que carecían de una patria o Estado propios; un “pueblo” que vivía como minoría de un Estado, pero que se consideraba parte del pueblo de un Estado vecino; “pueblos” o “naciones” obligados por influencias exteriores a vivir en Estados separados; un “pueblo” que vivía como mayoría (o también como minoría) dentro de un territorio con un *status* especial, bajo dominación extranjera. En los cinco casos se requería que los respectivos “pueblos” estuvieran establecidos en al menos ciertas partes del país donde fueran la mayoría de la población. Los grupos de emigrantes dispersos por todo el país no eran considerados como “pueblo”. El cumplimiento de este principio tomó diversas formas: protección internacional de las minorías, autonomía regional, acceso a la categoría de Estado dentro de un sistema federal o en una comunidad de naciones y, por último, independencia nacional»<sup>18</sup>.

Por consiguiente, desde la perspectiva que predomina en este período, todavía presente en la Carta Atlántica de 14 de agosto de 1941<sup>19</sup>, las comunidades sometidas a dominación extranjera, que tuvieran una conciencia política capaz de identificarlas como pueblos diferenciados, podían invocar su derecho a la autodeterminación, recibiendo satisfacción según diferentes modelos desde la autonomía cultural y política dentro de un Estado hasta la constitución de un nuevo Estado o la integración en otro ya existente. El derecho de autodeterminación se proclamaba de ámbito universal pues cualquier nacionalidad o nación con una cultura o idioma propios

<sup>17</sup> Cit. por K. J. PARTSCH, «Principios fundamentales de los derechos humanos: autodeterminación, igualdad y no discriminación», en *Las dimensiones internacionales de los derechos humanos*, Serbal, Barcelona, 1984, p. 102.

<sup>18</sup> *Ibid.*, p. 104.

<sup>19</sup> En la Carta Atlántica puede leerse al respecto: «Los firmantes no desean considerar ninguna modificación territorial que no esté acorde con los deseos libremente expresados de los pueblos afectados. Los firmantes respetan el derecho de todos los pueblos a escoger la forma de gobierno bajo la que quieran vivir, y desean ver restaurados sus derechos soberanos y su autogobierno a quienes hayan sido privados de ellos por la fuerza.»

podía acogerse a él, aunque en la práctica su reconocimiento se limitó al continente europeo, que exigía una nueva vertebración territorial tras la Primera Guerra Mundial. La Segunda Guerra Mundial condujo a una situación internacional muy diferente en este terreno, que supuso una equiparación casi completa entre derecho a la autodeterminación y reclamación de independencia por parte de un territorio sometido a un régimen colonial, excluyendo, por tanto, a los pueblos bajo dominación extranjera que no se encontraran entre los países colonizados incluidos en la Declaración sobre descolonización de 1960<sup>20</sup>. Así se configuraba una nueva doctrina sobre autodeterminación indiferente respecto a los problemas y aspiraciones de las minorías nacionales europeas.

## II. TRATAMIENTO DEL TEMA POR LA ONU: LA DECLARACIÓN UNIVERSAL DE 1948 Y LOS PACTOS INTERNACIONALES DE 1966

El cambio de orientación es patente tanto en la Declaración universal de derechos humanos de 10 de diciembre de 1948 como en los Pactos internacionales de derechos económicos, sociales y culturales y de derechos civiles y políticos de 16 de diciembre de 1966. H. Kelsen ya se refería a la importancia de la transformación acaecida después de la guerra en sus comentarios a la Carta de las Naciones Unidas, la cual situaba entre sus propósitos el de «desarrollar relaciones amistosas entre las naciones, basadas en el respeto al principio de igualdad de derechos y autodeterminación de los pueblos» (art. 1.2), dejando para otro párrafo el «respeto por los derechos humanos y las libertades fundamentales». Para Kelsen, la separación significaba que la «autodeterminación de los pueblos» era equivalente en este contexto a la «soberanía de los Estados», invirtiendo así su anterior sentido<sup>21</sup>.

Entrando ya en el tratamiento del tema en la Declaración universal de derechos humanos, vemos cómo una primera lectura de la misma pone de manifiesto la confusión terminológica existente entre los vocablos «nación», «pueblo» y «Estado». La ambigüedad se resuelve de hecho en una equiparación de estos términos, que no debe extrañarnos si tenemos en cuenta que la propia organización de la que emana la Declaración, estando compuesta por Estados, se denomina «de las naciones unidas». Es lo que lleva a A. Argemí a comentar: «La Declaración partía, sin ningún sentido crítico, de unas definiciones concordantes y a menudo sinónimas de Estado, de nación y de pueblo supuestamente aceptadas. De ahí que las cuestiones estrictamente nacionales fueran dejadas aparte o confundidas en el marco de esta ideología»<sup>22</sup>.

Si bien abiertamente no se confiere ningún derecho a las minorías nacionales en cuanto tales en la Declaración, puesto que va referida a los derechos de las personas individualmente consideradas, es cierto que alguno de los artículos de la Declaración, de manera indirecta, viene a favorecer el estatuto personal de los miembros de alguna comunidad nacional no estatal. Sirva de ejemplo el artículo 2.1 cuando indica que «toda persona tiene los derechos y libertades proclamados en esta Declaración, sin distinción alguna de raza, color [...], idioma [...], origen nacional [...], na-

<sup>20</sup> La Declaración sobre el acceso a la independencia de los países y pueblos colonizados fue adoptada por la Asamblea General de la ONU en la Resolución 1514 (XV) de 14 de diciembre de 1960.

<sup>21</sup> Cfr. H. KELSEN, *The Law of the United Nations*, Stevens and Sons Ltd, London, 1951, pp. 52 ss.

<sup>22</sup> A. ARGEMÍ, «Els drets nacionals dels pobles sense estat propi», *Altres Nacions*, n.º 6, 1984, p. 58. Aureli Argemí es el secretario de la Agencia Europea para las Lenguas Minoritarias (CEE) y del Centro Internacional Escarré per a les Minories Ètniques i les Nacions, con sede en Barcelona.

cimiento o cualquier otra condición». Aun interpretándose inexactamente el concepto «origen nacional» en un sentido estatal, este artículo contempla realidades como la raza, el color, el idioma o el nacimiento, que frecuentemente acompañan a las minorías nacionales.

Pero el carácter estrictamente individualista de la Declaración de derechos de 1948 se deja ver a lo largo de todo su articulado; a este respecto es muy significativo el artículo 2.2 que señala: «No se hará distinción alguna fundada en la condición política, jurídica o internacional del país o territorio de cuya jurisdicción depende una persona, tanto si se trata de un país independiente como de un territorio bajo administración fiduciaria, no autónomo o sometido a cualquier otra limitación de soberanía.» La persona debe gozar de los derechos de la Declaración en cuanto son del hombre; la situación del país o territorio en que se integra no es cuestionada, es indiferente. La Declaración no reconoce ningún derecho colectivo al grupo humano que ocupa territorios limitados en su soberanía en orden a variar esta situación comunitaria de subordinación.

Como es bien sabido, la Declaración universal no asegura la realización efectiva de los derechos mediante un procedimiento de acción o petición de los individuos ante los órganos de la ONU, y de ahí que siempre se haya replanteado la cuestión de su obligatoriedad jurídico-internacional positiva, pues la competencia de la Asamblea General se limita a la posibilidad de emitir «recomendaciones». La doctrina se ha pronunciado de manera casi unánime por el enorme valor de la Declaración como expresión de la conciencia jurídica de la humanidad y por su obligatoriedad moral, afirmando algunos autores, además, que la Declaración no carece de valor jurídico-positivo estrictamente hablando. En este sentido, A. Truyol Serra explica: «en cierto modo viene a constituir un desarrollo o una interpretación, y como tal cabe considerarla, de lo estipulado en los artículos 55 y 56 de la Carta»<sup>23</sup>. Para J. Humphrey, «la Declaración ha sido invocada tantas veces a partir de 1948, tanto fuera como dentro de las Naciones Unidas, y utilizada con tanta frecuencia para interpretar la Carta —la cual no hace una lista ni define los derechos y libertades a que se refiere— que sus normas justiciables ahora forman parte de la ley consuetudinaria de las naciones y por tanto son vinculantes en todos los Estados»<sup>24</sup>. En cualquier caso, para reforzar la efectividad de los derechos tutelados en la Declaración, la Asamblea General decidió que se articulase en dos Convenios: El Pacto internacional de derechos económicos, sociales y culturales y el Pacto internacional de derechos civiles y políticos. La redacción de ambos Pactos finalizó con su aprobación el 16 de diciembre de 1966, aunque su aplicación se demoró una década pues requería para entrar en vigor la ratificación o adhesión de treinta y cinco Estados.

Los procedimientos de operatividad establecidos por los dos Pactos y por el Protocolo facultativo del Pacto de derechos civiles y políticos son muy débiles en relación con las medidas implantadas para el cumplimiento de la Convención europea y la Convención americana que han creado tribunales para su interpretación y aplicación. Por lo que aquí nos interesa, hay que señalar que el artículo 41 del Pacto de derechos civiles y políticos incluye disposiciones para las quejas ante el Comité de Derechos Humanos de un Estado parte cuando otro Estado parte incumpla sus obligaciones, pero los informes del Comité, o los de la Comisión de Conciliación que puede intervenir a tal efecto, no constituyen una determinación judicial ni dictami-

<sup>23</sup> A. TRUYOL SERRA, *Los derechos humanos*, Tecnos, Madrid, 1971, pp. 31-32.

<sup>24</sup> J. HUMPHREY, «La Declaración internacional de derechos humanos», en *Las dimensiones internacionales de los derechos humanos*, cit., p. 67.

nan si se ha violado o no el Pacto. Los informes son también la vía para dotar de efectividad al Pacto de derechos económicos, sociales y culturales, subrayándose siempre el protagonismo del Estado a la hora de proponer acciones encaminadas a verificar el respeto de los derechos humanos.

Aunque el Protocolo facultativo del Pacto de derechos civiles y políticos admite el derecho individual de petición y reconoce al Comité de Derechos Humanos la facultad de tomar en consideración comunicaciones de individuos que declaren ser víctimas de violaciones de cualquiera de los derechos enunciados en el Pacto, todo depende en definitiva de la voluntad de los Estados para aceptar el Protocolo, y es elocuente el hecho de que la Asamblea General adoptara dicho Protocolo facultativo por una mayoría muy inferior a la que había votado el Pacto. La timidez con que se abre la puerta a la iniciativa de los sujetos particulares para la protección de los derechos civiles y políticos ni siquiera alcanza a una comunidad o minoría nacional que experimente una violación de derechos de índole colectiva. Tan sólo parece apuntar a ello de forma imprecisa la Resolución de 27 de mayo de 1970 del ECOSOC, que autoriza a la Comisión de Derechos Humanos, o a su Subcomisión para la prevención de la discriminación y la protección de las minorías, a examinar las comunicaciones dirigidas a las Naciones Unidas por individuos o grupos que denuncien violaciones de los derechos humanos, pudiendo investigar la situación en la que haya pruebas de graves violaciones pero no la violación del derecho en sí mismo<sup>25</sup>.

Todo ello confirma lo apuntado anteriormente sobre el cambio de orientación operado después de la Segunda Guerra Mundial en cuanto al papel que desempeñan las comunidades no estatales en el panorama mundial. El nuevo sentido de la autodeterminación, que, según advertimos, viene a suponer su consideración como principio legal sólo cuando sea reclamado por los pueblos bajo dominación colonial, es el que se encuentra presente en el artículo 1 de los dos Pactos internacionales de derechos, en cuyos apartados 1 y 3 se establece respectivamente que «todos los pueblos tienen el derecho de libre determinación» y que «los Estados Parte [...] promoverán el ejercicio del derecho de libre determinación y respetarán este derecho de conformidad con las disposiciones de la Carta de las Naciones Unidas». Si se atiende al tenor literal de este artículo, podría ser interpretado de alcance universal, pero el contexto histórico en que ve la luz restringe su contenido y aplicación real en el sentido expuesto, y parece necesario dar la razón a quienes señalan que «por consentimiento, más o menos explícito, los Estados europeos han determinado que en nuestro continente no se da ningún caso que se sitúe en el marco colonial y que el derecho a la autodeterminación ya ha recibido en todo lugar una respuesta satisfactoria»<sup>26</sup>.

El Pacto internacional de derechos civiles y políticos establece asimismo en su artículo 27 que «en los Estados en que existan minorías étnicas, religiosas o lingüísticas, no se negará a las personas que pertenezcan a dichas minorías el derecho que les corresponde, en común con los demás miembros de su grupo, a tener su propia vida cultural, a profesar y practicar su propia religión y a emplear su propio idioma». La confusa redacción de este artículo ha propiciado lecturas diversas, predominando la que lo entiende como derecho de carácter individual por tener como sujeto no a las minorías consideradas colectivamente, sino a personas pertenecientes a minorías.

Otro enunciado del mismo Pacto que suscita problemas interpretativos es el del

<sup>25</sup> Cfr. *ibid.*, pp. 73-77.

<sup>26</sup> A. ARGEMÍ, «Els drets nacionals dels pobles sense estat propi», cit., p. 60.

artículo 4, que faculta a los Estados parte a adoptar medidas que suspendan las obligaciones contraídas en virtud de este Pacto «en situaciones excepcionales que pongan en peligro la vida de la nación y cuya existencia haya sido proclamada oficialmente». El párrafo 2 enumera una serie de derechos que no pueden ser suspendidos, pero entre ellos no figura el referente a la libre determinación de los pueblos. Podría producirse, por tanto, un conflicto entre el propósito de un pueblo a que se reconozca su derecho a la autodeterminación y el peligro que dicho propósito puede suponer para la vida del Estado dentro de cuyas fronteras habite este pueblo. La colisión entre ambos preceptos parece evidente.

### III. LOS DERECHOS DE LOS PUEBLOS EN LA CONFERENCIA DE ARGEL Y LA CARTA AFRICANA

Ante este panorama, como ya anunciamos páginas atrás, a nivel europeo se vienen sucediendo importantes intentos de defensa de las minorías nacionales tendentes a dotarlas de mayor protagonismo internacional, para la preservación de su identidad cultural y lingüística y para la consecución, en su caso, de una libre determinación de carácter también político y económico. Antes de centrarnos en el ámbito europeo, que ocupará el principal objeto de atención del presente estudio, parece oportuno analizar muy brevemente algunos textos, de diferente alcance y contenido, dirigidos a responder de forma nueva a los problemas que rodean a los derechos de los pueblos. Se trata de la *Declaración universal de los derechos de los pueblos*, de julio de 1976, la *Carta africana sobre los derechos humanos de los pueblos*, de julio de 1981 y la *Declaración universal de los derechos colectivos de los pueblos*, de mayo de 1990.

La *Declaración universal de los derechos de los pueblos* es el resultado de la Conferencia de Argel convocada por la *Liga Internacional para los Derechos y la Liberación de los Pueblos*, organismo internacional no gubernamental, compuesto por juristas y políticos de diversos países, con sede en Roma, continuador de la labor realizada por el *Tribunal Russell* (heredero, como es sabido, de aquel «tribunal» con el que Bertrand Russell pretendía denunciar los crímenes de guerra norteamericanos en Vietnam, representando, en palabras de J.-P. Sartre, «la conciencia moral de la humanidad»). La *Liga Internacional* se propone luchar por un nuevo orden económico y jurídico, fundado en el derecho de los pueblos a la autodeterminación, y contra cualquier forma de sujeción, dependencia y dominación. A juicio de F. Rigaux, la *Declaración de Argel* presenta una triple originalidad: una propuestas políticas, económicas, culturales y ecológicas; adelanta aspectos, como el derecho de cualquier pueblo al ambiente o la condena de la deuda exterior excesiva o insostenible, todavía muy poco desarrollados en 1976, y traslada el centro de gravedad del Derecho internacional de los Estados a los pueblos<sup>27</sup>. En una visión global del contenido de la Declaración, destaca como un elemento básico la lucha contra el imperialismo a través de la independencia real en los terrenos político, económico y cultural, y, en consecuencia, la exigencia de solidaridad entre los pueblos con la convicción, expresada en su preámbulo, de que «el respeto efectivo a los derechos del

<sup>27</sup> F. RIGAUX, *Pour un droit des peuples, essais sur la Déclaration d'Alger*, Berger-Levrault, Paris, 1978, p. 41. Cf. P. BASSO, «Significado de la Declaración universal de los derechos de los pueblos», en AA.VV., *Derechos humanos individuales, derechos de los Estados y derechos de los pueblos*, cit., pp. 95-105.

hombre implica el respeto a los derechos de los pueblos». Este ambicioso objetivo es pormenorizado a lo largo de las siete secciones en que se divide la Declaración, de la que la sección sexta es consagrada específicamente a los derechos de los pueblos que constituyen minoría en el seno de un Estado.

Es precisamente esta sección sobre derechos de las minorías la que ofrece mayores dificultades de comprensión, pues si bien los artículos 19 y 20 concuerdan fácilmente con el sentido general de la Declaración, al señalar: «cuando en el seno de un Estado, un pueblo es una minoría, tiene derecho a que se respeten su identidad, sus tradiciones, su lengua y su patrimonio cultural» y «los miembros de la minoría deben gozar sin discriminación de los mismos derechos que los otros miembros del Estado, y participar en iguales condiciones que ellos en la vida pública», el artículo 21 parece perturbar la defensa a ultranza de los derechos de todos los pueblos sin distinción que este documento no deja de proclamar. El artículo en cuestión es el siguiente: «Estos derechos deben ejercerse respetando los legítimos intereses de la comunidad en su conjunto, y no pueden servir de pretexto para atentar contra la integridad territorial y la unidad política del Estado, cuando éste actúa en conformidad con todos los principios enunciados en la presente declaración.»

Como afirma F. Mariño, «La cuestión del régimen relativo a la autodeterminación de pueblos que constituyen minoría en el seno de un Estado, es decir, que son gobernados por un único Estado central junto con otros pueblos, es todavía hoy una espinosa cuestión jurídica porque incluye desde luego el problema de la existencia o inexistencia del derecho a la secesión de tales pueblos-minoría»<sup>28</sup>. A este respecto la Declaración parece continuar en la línea de la práctica internacional más común que niega tal derecho, pues «si el Estado en el que se incluye la minoría actúa de conformidad con los principios de la Declaración, es decir: es democrático, representando a la comunidad en su conjunto, y no discrimina porque respeta los derechos humanos, entonces los derechos del pueblo-minoría no pueden servir de pretexto para atentar contra la integridad territorial y la unidad política del Estado»<sup>29</sup>. Mariño profundiza a continuación en las contradicciones de la Declaración en este campo y concluye que «el problema de las secesiones debe afrontarse concretamente (y la Declaración así permite hacerlo según una interpretación que propongo y que una revisión de ella podría dejar en claro) como el problema del respeto a la voluntad democrática del pueblo minoría, que es un pueblo como otro cualquiera [...]. Si bien no parece posible todavía que el derecho internacional positivo reconozca con carácter general el derecho a la secesión de todo pueblo o minoría, sí puede afirmarse en cambio que el derecho a la autodeterminación de ese pueblo es violado si los derechos humanos de los miembros de ese pueblo son violados grave y permanentemente, de modo que atenten contra las características de ese pueblo en particular. Llegar a tal situación supone ciertamente que ya no puede hablarse de democracia»<sup>30</sup>.

La confusión que el tema de las minorías nacionales parece condenado a arrastrar no está ausente tampoco de la *Carta africana sobre los derechos humanos de los pueblos*. El mayor mérito de esta Carta, cerca de lo apuntado para la Declaración que acabamos de abordar, es la búsqueda de un nuevo orden internacional, en el que el imperialismo y la dependencia sean suplantados por el respeto prioritario a lo

<sup>28</sup> F. MARIÑO, «La Declaración universal de los derechos de los pueblos», *Revista Jurídica de Cataluña*, n.º 2, 1977, p. 120.

<sup>29</sup> *Ibid.*, pp. 128-129.

<sup>30</sup> *Ibid.*, pp. 130-131.

que se ha dado en llamar los derechos humanos de la tercera generación. Según hemos visto, tales derechos, como el derecho a la paz, al desarrollo, al medio ambiente y al patrimonio común de la humanidad, pueden considerarse dimensiones o extensiones de la solidaridad, principio rector del nuevo orden. Según muestra F. Castro-Rial, en la *Carta africana* se consagran derechos colectivos de dos categorías: «la primera encuadra la proclamación del derecho a la autodeterminación, en todos sus aspectos; la segunda enmarca el derecho al desarrollo, la paz y la seguridad y a un medio ambiente generalmente satisfactorio»<sup>31</sup>.

La *Carta africana sobre los derechos humanos de los pueblos* reproduce la peculiar relación individuo-comunidad propia de este continente, que difiere tanto de la liberal individualista como de la colectivista, exaltando, junto a valores familiares y políticos, «otros netamente societarios, como son los de carácter cultural, configurando el deber individual de “preservar y reforzar los valores culturales”»<sup>32</sup>, entendidos en el sentido de la cultura africana global, pues la consolidación de la unidad africana es el objetivo final y el deber máximo de todos los individuos. La peculiaridad de las relaciones entre individuo y comunidad en la Carta no cuestiona en absoluto la presencia del Estado como sujeto inamovible de Derecho internacional, ya que se reitera constantemente la necesidad de su acción para que los pueblos puedan disfrutar de sus derechos, dejándose sin definir la noción de pueblo e ignorando los problemas de las minorías.

En cualquier caso, el alcance de la *Carta africana* sólo puede ser entendido en el contexto de la difícil relación entre derechos humanos y diálogo intercultural, por lo que remitimos en este punto al capítulo del libro que A. Monzón dedica al tema y que puede servir para ayudarnos a comprender los complejos problemas que se hallan implícitos en los derechos colectivos.

Recientemente, otro texto destinado a despertar en la opinión pública una conciencia comprometida con los derechos de los pueblos se sitúa en la línea marcada por la Conferencia de Argel. Se trata de la *Declaración universal de los derechos colectivos de los pueblos*, aprobada el 27 de mayo de 1990 en Barcelona por los participantes en la *Segunda Cumbre de la Conferencia de Naciones sin Estado de Europa* (CONSEU). Como señala el secretario general del CIEMEN y del Equipo Técnico de la CONSEU, A. Argemí, la Declaración del 90, «a semejanza de la de Argel, ha estado inspirada por la convicción de servir de instrumento para hacer avanzar el derecho internacional hacia el ámbito de las realidades sociales y políticas emergentes. La nueva Declaración viene pensada en la perspectiva de que vaya convirtiéndose en un código de referencias en las conductas de toda la sociedad y, a la larga, de los organismos oficiales.» La conveniencia de una nueva declaración sobre derechos de los pueblos se justifica en cuanto, «si bien la *Declaración de Argel* en muchos aspectos no ha perdido vigencia, de 1976 a 1990 se han producido nuevas reflexiones y nuevos planteamientos sobre el contenido y las implicaciones de los derechos individuales y colectivos. Nuevas realidades vividas han hecho surgir, como explican los especialistas, una nueva generación de derechos humanos. La Declaración Universal de los Derechos Colectivos de los Pueblos quiere ser una de sus explicitaciones»<sup>33</sup>.

<sup>31</sup> F. CASTRO-RIAL, «La Carta Africana de derechos humanos y de los pueblos», *Revista Española de Derecho Internacional*, n.º 2, 1984, p. 514.

<sup>32</sup> *Ibid.*, p. 510.

<sup>33</sup> A. ARGEMÍ, «Una Declaración coherente y de progreso», suplemento de *Europa de las Naciones*, junio de 1990, que publica la Declaración universal de los derechos colectivos y de los pueblos, pp. 2-3.

A este respecto, el título II de la Declaración se refiere al derecho de cualquier pueblo a existir libremente, a autodeterminarse, a autogobernarse democráticamente, al libre ejercicio de su soberanía y a disponer de los recursos naturales del propio territorio para el desarrollo, progreso y bienestar de sus miembros. Por su parte, el título III se pronuncia por el derecho de todo pueblo al pleno reconocimiento internacional, a unirse a otros pueblos, a beneficiarse equitativamente de los recursos naturales del planeta, los avances tecnológicos, el progreso científico y el equilibrio ecológico, que constituyen el patrimonio común de la humanidad. En este sentido, se alude explícitamente al derecho a la solidaridad y al derecho a impedir la utilización de las riquezas naturales y de los avances tecnológicos para finalidad o en condiciones que pongan en peligro la salud y la seguridad de otros pueblos o que comprometan el equilibrio ecológico del medio ambiente.

Como se ha advertido, la Declaración del 90 conlleva una lógica interna que parte de unas premisas importantes: los seres humanos son iguales y, a la vez, diferentes, individualizables. «Ambas premisas se implican mutuamente, cuando falla una, cae la otra, y se proyectan en pueblos determinados en los que cada persona se reconoce como miembro, en tanto que primer núcleo completo de su identificación social. Es decir, de la misma forma que un hombre y una mujer son iguales en su respectiva diferencia, son también iguales los pueblos diferentes por su respectiva lengua, cultura, historia, emplazamiento geográfico... La diferencia, en estos niveles básicos, es la expresión de la igualdad»<sup>34</sup>.

Sin duda, la complementariedad entre igualdad y diferencia es uno de los retos de la época que nos ha tocado vivir. Las enormes dificultades que plantea este terreno son semejantes a las que encontramos a la hora de definir términos como «pueblo», «nación», «minoría» o «comunidad cultural», que, sin embargo, la Declaración de 27 de mayo de 1990 se ha atrevido a afrontar. El artículo 1 se arriesga a proclamar: «Cualquier colectividad humana que tenga una referencia común a una cultura y a una tradición histórica propias, desarrolladas en un territorio geográficamente determinado o en otros ámbitos, constituye un Pueblo.» En consonancia con esta aseveración, los artículos 2 y 3 señalan respectivamente «que cualquier Pueblo tiene derecho a identificarse como tal. Ninguna otra instancia puede sustituirlo para definirlo», y que «cualquier Pueblo tiene derecho a afirmarse como nación. La existencia de una nación se manifiesta por la voluntad compartida de sus miembros en autogobernarse políticamente.» Los problemas que subyacen a tales manifestaciones están a buen seguro en la mente de todos.

Sobre el conjunto de dificultades para definir términos, describir situaciones y proponer soluciones en el controvertido ámbito en que nos movemos, se continúa reflexionando en diferentes esferas internacionales, como prueban las constantes reuniones y proyectos de la Unesco en colaboración con otros organismos institucionales y no gubernamentales. Sin ir más lejos, en diciembre de 1990 la Unesco organizó en Barcelona unas Jornadas de preparación para una *Declaración sobre los derechos de los pueblos indígenas*, y en febrero de 1991 un seminario internacional sobre los *Derechos culturales de los pueblos en Europa*. Con ello se da continuidad a la dirección tomada por la Unesco a partir de 1984, en que confeccionó un amplio programa de estudio sobre la profundización de los derechos de los pueblos, al cual siguieron durante 1988 y 1989 diversos análisis sobre la «preservación, salvaguarda y revalorización de las culturas e identidades culturales», que desembocaron en una reflexión específica sobre los derechos de los pueblos en la sesión del 27 al 30 de noviembre de 1989.

<sup>34</sup> *Ibid.*

El interés por el tema ha quedado también reflejado en las sucesivas sesiones de la Conferencia sobre la Seguridad y la Cooperación en Europa (CSCE) que comenzaron en Helsinki en 1975, y que desde entonces no han dejado de preocuparse por el desarrollo político, económico, social y cultural de los diversos pueblos de Europa. En la sesión de 21 de noviembre de 1990 en París se adoptó un documento titulado «Una nueva era de democracia, de paz y de unidad», que ha recibido una entusiasta acogida como programa que permite augurar un futuro mejor para Europa. En este sentido, J. de Lucas lo considera «el dato más esperanzador para el futuro político del continente, puesto que supone la afirmación de la adhesión a los valores de la democracia y la primacía de los derechos»<sup>35</sup>.

Aunque el citado documento, al que suele identificarse como «Carta de París por una nueva Europa», se sitúa aún muy lejos de una opción a favor de la Europa de los pueblos o naciones, parece estructurarse por algunos elementos que permiten abrir vías para potenciar esta opción. Así, podemos constatar reiteradas manifestaciones en pro de la protección de «la identidad étnica, cultural, lingüística y religiosa de las minorías nacionales»; en contra «del racismo, la xenofobia o cualquier otra forma de discriminación social, racial o política»; a favor de la promoción de «nuestro patrimonio cultural y espiritual, en toda su riqueza y su diversidad», y del apoyo de «la igualdad de derechos de los pueblos y su autodeterminación, conforme a la Carta de las Naciones Unidas y a las normas pertinentes del derecho internacional».

El tenor de la *Carta de París* de 21 de noviembre de 1990 muestra con claridad que la Conferencia sobre la Seguridad y la Cooperación en Europa se enmarca en las coordenadas de la atención que las instituciones europeas han venido prestando desde mediados de nuestro siglo a las minorías nacionales. La evolución del tratamiento del tema por parte de estas instituciones manifiesta su interés por adaptarse al cambio continuo de circunstancias y a las nuevas situaciones.

#### IV. LA PROMOCIÓN DE LAS LENGUAS Y CULTURAS MINORITARIAS EN EL CONSEJO DE EUROPA

Pasando ya al ámbito europeo, en efecto, la actividad desarrollada principalmente en dos sedes, el Consejo de Europa y el Parlamento Europeo, manifiesta un esfuerzo creciente a lo largo de los años por dar a las minorías nacionales, a los pueblos y nacionalidades sin Estado, un cierto papel en la construcción de una nueva Europa. Esta actividad se ha centrado muy especialmente en las cuestiones culturales y lingüísticas, según tendremos oportunidad de comprobar en adelante.

Como es bien conocido, los países de la Europa occidental firmaron en 1950 el Convenio para la protección de los derechos humanos y las libertades fundamentales y, en 1961, la Carta Social Europea. Estos instrumentos normativos son fruto de la creación del Consejo de Europa, nacido para realizar una unión más estrecha entre sus miembros a través de la protección y el desarrollo de los derechos y las libertades; como se desprende del artículo 1 del Estatuto del Consejo de Europa, de 5 de mayo de 1948. El texto articulado del Convenio recoge los derechos característicos de los regímenes liberales, no enumerándose el derecho a la autodeterminación ni otros derechos relativos a esferas propias de las minorías nacionales, como son los que se refieren a la vida cultural comunitaria. La Carta Social Europea, por su parte, se orienta a la protección de los derechos propios del mundo laboral.

<sup>35</sup> F. J. DE LUCAS, «Xenofobia y racismo en Europa», cit., p. 14.

A pesar de estas ausencias, nos interesa tener en cuenta el mecanismo de aplicación de los derechos recogidos en el Convenio, que es notablemente superior al contenido en los Pactos internacionales tal como anticipamos. El Convenio, además de imponer obligaciones a los Estados y establecer un Tribunal ante el cual pueden interponer sus demandas, faculta no sólo a los individuos, como en el Protocolo adicional al Pacto internacional de derechos civiles y políticos, sino también a las organizaciones no gubernamentales y a los grupos de particulares para actuar frente a los propios Estados. Así se crean dos instancias superiores de decisión jurisdiccional: la Comisión Europea de Derechos Humanos y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. El primero pretende el arreglo amistoso de los conflictos, constituyendo el paso previo necesario para acceder al Tribunal.

En relación directa con el tema que nos ocupa, el Consejo de Europa también ha llevado a cabo en los últimos años importantes iniciativas dirigidas a mejorar la situación de los pueblos europeos sin Estado. Podemos fijar como fecha relevante en este proceso de sensibilización progresiva del foro europeo la aprobación por la Asamblea del Consejo de Europa el 11 de junio de 1981 del *Informe sobre los problemas de educación y cultura planteados por las lenguas minoritarias y los dialectos en Europa*, presentado por la Comisión de Cultura y Educación y cuya exposición de motivos corrió a cargo del senador catalán A. Cirici Pellicer.

En el Informe de Cirici Pellicer se da un repaso pormenorizado a la situación de las lenguas minoritarias europeas, examinando sesenta y seis casos circunscritos a los Estados miembros del Consejo de Europa, y se subraya la importancia que tiene el respeto por las minorías en el proceso de construcción europea. A este respecto comenta: «Es significativo que la unión europea tenga su origen en el acuerdo de tres pequeños países que constituyeron el Benelux y que ello resultara más fácil que si se hubiera tratado de grandes potencias. Valorar las pequeñas comunidades lingüísticas es valorar las posibilidades de acuerdo, es decir, desterrar el riesgo de conflictos»<sup>36</sup>.

Las propuestas de la recomendación abarcan cuatro puntos: la adopción en los territorios de lengua minoritaria de las formas correctas de toponimia; la adopción progresiva de la lengua materna en la educación de los niños; la ayuda pública encaminada al uso de las lenguas minoritarias en la enseñanza superior y en los medios de comunicación de los territorios afectados según la voluntad de las comunidades que las hablan, y la posibilidad de adoptar esta lengua como oficial o cooficial por los poderes públicos en los territorios que poseen una lengua propia y una cierta estructura administrativa.

Resulta significativo constatar cómo esta recomendación, a pesar de ser aprobada por la Asamblea, a la hora de ser ratificada por los gobiernos de los Estados miembros no lo fue por ninguno de ellos. El fracaso de la iniciativa radicó, a juicio de Ll. M. de Puig, en que «se presentó un modelo único de defensa y promoción de las lenguas y, como se sabe, la situación política y sociolingüística tiene un abanico de casos muy diferentes»<sup>37</sup>.

La experiencia de 1981 determinó que desde 1985 se comenzara a plantear nuevamente el tema en el Consejo de Europa partiendo de la premisa de que la realidad

<sup>36</sup> Exposición de motivos del *Informe sobre los problemas de educación y de cultura planteados por las lenguas minoritarias y los dialectos en Europa* a cargo de A. CIRICI PELLICER. Todas las citas de la resolución adoptada por el Parlamento Europeo sobre el Informe Cirici Pellicer han sido tomadas del texto en catalán reproducido en la revista *Altres Nacions*, n.º 4-5, 1982-1983, pp. 86-107.

<sup>37</sup> Declaraciones de Ll. M. DE PUIG, eurodiputado catalán en el Consejo de Europa redactor de la *Carta sobre las lenguas regionales o minoritarias*, extraídas de *Europa de las naciones* n.º 2, pp. 30-32.

política, jurídica, sociolingüística y literaria de las lenguas minoritarias no es unívoca, y que, por tanto, exige tratamientos normativos diferentes. Frente al monolitismo al abordar el problema de las lenguas minoritarias de la recomendación de 1981, se pretende que, a través de diferentes grados posibles de compromiso, se logre vincular a los Estados europeos en la puesta en práctica de medidas concretas, aun en el nivel mínimo, en favor de las lenguas minoritarias.

Culminando un largo recorrido plagado de dificultades, el 4 de octubre de 1988 la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa vuelve a pronunciarse acerca de las lenguas minoritarias mediante la ratificación de la *Carta europea de las lenguas regionales y minoritarias*, que había sido aprobada por la Conferencia permanente de autoridades locales y regionales en marzo del mismo año. El Comité de Ministros del Consejo de Europa instituyó un Comité especial *ad hoc* (CAHLR) encargado de revisar el documento a fin de concederle el estatuto legal de convenio europeo. Si este documento adopta finalmente la forma de Convenio, ello supondrá que tenga fuerza vinculante para los Estados europeos que lo ratifiquen. Formalmente, pues, advertimos un adelanto en cuanto al carácter de los instrumentos jurídicos utilizados desde 1981 hasta la fecha: de una recomendación, que tiene un valor orientativo, pasamos a un convenio, que reviste el más alto rango normativo internacional. La extensión de la Carta supera también la brevedad característica de la recomendación de 11 de junio de 1981.

Según el modelo previsto, la Carta contempla diferentes niveles de protección de las lenguas minoritarias, desde un mínimo exigible a todos los Estados que la suscriban hasta un máximo opcional. Según De Puig: «hemos intentado elaborar un proyecto aprobable en el que el punto de referencia máximo ha sido no quedar por debajo de la actual situación de la lengua catalana y que los mínimos pudieran beneficiar a la vez a las lenguas más pequeñas»<sup>38</sup>.

La Carta Europea está estructurada en un preámbulo y cinco secciones: En el preámbulo se hace constar que es legítimo y necesario tomar medidas especiales para preservar y desarrollar las lenguas regionales o minoritarias, ya que su desaparición supondría debilitar la tradición y riqueza cultural de Europa. Se refleja, pues, en este preámbulo la inquietud por superar el reduccionismo europeísta que incide únicamente en los aspectos económicos, señalando, por el contrario, como atributo propio del ser europeo su pluralismo cultural.

Para comprender el sistema normativo que contempla la Carta hay que atender en primer lugar a su sección II, que contiene los objetivos y principios generales que todo Estado signatario se compromete a observar para el conjunto de las lenguas regionales o minoritarias practicadas en su territorio. Aparece aquí una serie de derechos de alcance amplio e indeterminado, como el derecho al reconocimiento, al respeto del área geográfica, a la promoción, a la supresión de cualquier discriminación o a la enseñanza o al estudio de las lenguas, que conforman el nivel mínimo necesario de adhesión al Convenio.

Una vez establecido el mínimo exigible a todo Estado parte, la sección III recoge una detallada enumeración de derechos en los terrenos de la enseñanza (art. 7), medios de comunicación (art. 8), equipamiento y actividades culturales (art. 9), vida económica y social (art. 10) e intercambios transfronterizos (art. 11). La casuística es prolija, dando lugar a una multiplicidad de párrafos y subpárrafos. Para simplificar el modelo, que es de una gran complejidad, basta con retener la posibilidad de vinculación a un nivel mínimo configurado por los derechos de la sec-

<sup>38</sup> *Ibid.*

ción II y a un nivel superior referido a todos los derechos de la sección III. El primero se aplica automáticamente a todas las lenguas del Estado parte signatario de la Carta, mientras que el segundo requiere para su entrada en funcionamiento dos especificaciones: una relativa a la lengua o lenguas regionales o minoritarias a que se pretende aplicar este nivel superior, y la otra que concierna al tipo de medidas por el que se opta, entre el mínimo de treinta y cinco párrafos y el máximo del texto íntegro de la sección III. Ambas especificaciones deberán hacerse constar en el instrumento de ratificación o aprobación de la Carta. Se tienen fundadas esperanzas de que se conceda a la Carta el rango jurídico de convenio y que se presente al Comité de Ministros del Consejo de Europa en 1992.

#### V. LOS PRONUNCIAMIENTOS DEL PARLAMENTO EUROPEO SOBRE LOS DERECHOS DE LAS MINORÍAS «REGIONALES Y ÉTNICAS»

Después de repasar el contenido de las más reseñables propuestas de la Asamblea del Consejo de Europa sobre el tema que nos ocupa, parece necesario detenerse en los textos emanados del Parlamento Europeo que se sitúan en una dinámica semejante. Las dos Resoluciones de 1981 y 1987, que a continuación analizaremos, se centran en el ámbito exclusivamente cultural, mientras que la *Carta de los derechos de los grupos étnicos en los Estados de la Comunidad Europea*, en caso de aprobarse, abarcaría otros terrenos muy descuidados hasta la actualidad por los instrumentos jurídicos sobre protección a las minorías.

El primero de estos textos, la *Resolución sobre una Carta comunitaria de las lenguas y culturas regionales y sobre una Carta de los derechos de las minorías étnicas*, fue aprobado por el Parlamento Europeo a finales de 1981, y, aunque condujo a la adopción de algunas medidas positivas como la creación en mayo de 1982 de la Oficina Europea para las lenguas menos difundidas<sup>39</sup>, no ha supuesto un gran avance al no haberse producido una aplicación efectiva de sus propuestas, las cuales, por otra parte, no eran demasiado ambiciosas, dirigiéndose principalmente a los ámbitos de la enseñanza, los medios de comunicación, la vida pública y las relaciones sociales. El preámbulo de la resolución parecía apuntar a objetivos renovadores en frases como la siguiente: «no se puede salvaguardar un patrimonio vivo de lenguas y de culturas más que creando y reforzando las condiciones apropiadas y necesarias en la acción ininterrumpida de su desarrollo cultural y económico». Sin embargo, la lectura del texto íntegro decepcionaba las previsiones iniciales, como pone de manifiesto, por ejemplo, el tratamiento de las cuestiones educativas, pues, si bien la enseñanza «de» las lenguas y culturas regionales ha de ser «autorizada» y «promovida», la enseñanza «en» dichas lenguas tan sólo ha de ser «autorizada» y «tenida en cuenta».

Dada la inaplicación de esta resolución a pesar de su timidez, el Parlamento Europeo en 1983 se vio obligado a instar a la Comisión Europea a trabajar por la realización efectiva de las medidas establecidas, pero el escaso éxito de este intento conduciría a la puesta en marcha de una nueva resolución, la *Resolución en favor de las*

<sup>39</sup> La Oficina trabaja en estrecha vinculación con el Parlamento y la Comisión y ha cooperado con el Consejo de Europa, la ONU, la Unesco y la CSCE. También colabora en la redacción de la *Carta europea de las lenguas regionales y minoritarias* y está representada en la CAHCR.

*lenguas y culturas de las minorías étnicas y regionales* (Informe Kuijpers), aprobada el 30 de octubre de 1987.

El complejo mosaico lingüístico europeo, las diferentes situaciones jurídicas de las lenguas, el mayor o menor número de hablantes de cada una de ellas y un desarrollo sociolingüístico desigual, han condicionado el carácter de esta segunda Resolución. Si bien es más avanzada que la de 1981, no ha alcanzado el nivel que exigían determinados pueblos europeos sin Estado. El tratamiento igualitario de las diferentes realidades lingüísticas minoritarias ha provocado un grado muy variado de aceptación. Para comprobarlo, observamos cómo, mientras que para Joan-Claudi Chabròli, líder del Partido Occitano, «la ayuda internacional, y en particular las acciones llevadas a cabo en el Parlamento Europeo por los representantes de los pueblos minoritarios y sus asociaciones de apoyo, son para nosotros los occitanos de una gran importancia»<sup>40</sup>, a juicio de Carles Riera Albert, representante de la Crida a la Solidaritat amb la Llengua, Cultura i Nacions Catalanes, «la resolución plantea pocas novedades para la situación de la lengua catalana, a pesar de suponer un avance para lenguas minoritarias en un estado de normalización menos desarrollado»<sup>41</sup>.

En el núcleo de la Resolución de 1987 aparecen recomendaciones sobre aspectos habituales como la enseñanza, administración y justicia, medios de comunicación de masas, infraestructura cultural, vida socioeconómica y cooperación transfronteriza. Para una puesta en práctica real de estas recomendaciones, el Parlamento Europeo ha dirigido distintas propuestas a la Comisión Europea con el propósito de que se tenga presente la situación de las lenguas y culturas minoritarias a la hora de elaborar las diferentes políticas comunitarias. Algunas de estas propuestas son tan concretas como la del punto 12 de la Resolución, en la que se pide que la Comisión reserve en la futura televisión europea el tiempo suficiente de emisión en estas lenguas y destine una parte de los gastos de la Comunidad al terreno de la información. El punto siguiente también resulta relevante, ya que en él el Parlamento demanda que la Oficina Europea para las lenguas minoritarias tenga rango de órgano consultivo y que continúe siendo sostenida económicamente.

Junto a estos puntos de relieve en los que quiere mostrarse la posibilidad de superar el horizonte abstracto de otros textos jurídicos internacionales, merece la pena aludir, aunque sea muy brevemente, a otras notas de la Resolución por las que ha merecido para muchos una valoración global positiva. Algunas lenguas minoritarias alcanzarán un reconocimiento y promoción hasta ahora impensables con la aplicación del precepto que establece el carácter oficial de la enseñanza en dichas lenguas desde el nivel preescolar hasta el universitario, o si se acatan las recomendaciones de reservar espacios y proporcionar ayuda financiera en el campo de los medios de comunicación de masas (puntos 7 y 12) y en la infraestructura cultural (punto 8). Sin ir más lejos, en el Estado español son patentes las deficiencias en este sentido, al menos en el terreno de la realización práctica, donde puede verse la escasa efectividad de algunas recomendaciones admitidas teóricamente. A título de ejemplo, podemos citar las siguientes: el uso de las lenguas regionales y minoritarias en los servicios descentralizados del Estado (punto 6); el acceso a la radio y la televisión locales, regionales y nacionales, tanto públicas como comerciales (punto 7); la dotación en materia de infraestructura cultural (punto 8); el uso de las lenguas minoritarias en las empresas públicas, en el etiquetado de productos o en la señaliza-

<sup>40</sup> J. C. CHABRÒLI, discurso pronunciado el 17 de julio de 1988 en la Jornada del Pi de les Tres Branques. Cfr. «Lo maire de Pradetes: "catalans e occitans avèm d'interèsses complementaris"», *L. Occitan* n.º 76, 1988, pp. 6-7.

<sup>41</sup> C. RIERA, «El català a Europa», *Quaderns d'Alliberament*, n.º 15, 1988, p. 89.

ción viaria (punto 9), y, desde luego, en el terreno de la cooperación transfronteriza, que carece por el momento de un desarrollo mínimo (punto 10 de la Resolución).

El problema principal a la hora de exigir el cumplimiento de la Resolución radica en la propia naturaleza de la misma, dado su carácter de recomendación. Ciertamente, las Resoluciones dictadas por el Parlamento Europeo gozan de autoridad moral y tienen una cierta influencia en la opinión pública, pero desde el punto de vista jurídico se resiente la falta de fuerza coercitiva. Como ya anticipamos, este inconveniente intenta salvarse en la *Carta de los derechos de los grupos étnicos en los Estados de la Comunidad Europea*, que se encuentra actualmente en la fase de discusión previa a la entrada en el debate y eventual aprobación del Pleno del Parlamento Europeo. Esta Carta puede suponer un paso adelante en el respeto de los derechos de las minorías nacionales al pretender articularse como un convenio con garantías de cumplimiento superiores a las de las Resoluciones antes examinadas, aunque su contenido no aporte avances de relieve. Según el informe presentado por el ponente Sr. Sauffenberg, la Carta debe contemplar la realidad de los diferentes grupos étnicos, que son «aquellos grupos que forman una colectividad humana que cuenta con una tradición de asentamiento en un territorio, y cuyos miembros se reconocen libremente como diferentes a causa de sus características lingüísticas y de su identidad cultural, encontrándose en una situación minoritaria respecto al conjunto del Estado».

Partiendo de este deseo de protección a los grupos étnicos minoritarios, el enfoque de la Carta está más orientado a superar los enfrentamientos violentos producidos por los conflictos étnicos, que a un reconocimiento abierto de unos derechos comunitarios determinados. En todo caso, hay que destacar las cuatro áreas en que se agrupan los derechos de los «grupos étnicos»: derechos existenciales, que son «aquellos derechos que se relacionan sobre todo con el reconocimiento y la garantía de la existencia de los grupos étnicos y de sus características culturales y lingüísticas»; derechos políticos, «que tienen por objeto garantizar la autonomía de los grupos étnicos en el marco de la estructura estatal correspondiente»; derechos culturales, «referidos a la protección de la identidad étnica, de la lengua, de la historia...», y derechos sociales y económicos, «que adaptan la situación socioeconómica de los grupos étnicos a la situación del resto del territorio del Estado».

Para acabar este recorrido por los documentos emanados del Parlamento Europeo, volveremos a lo apuntado al principio en torno al último informe con que se trabaja en esta sede, el elaborado por el ponente Sr. Killilea en abril de 1991, que reviste un especial interés por tomar en consideración la nueva situación en Europa tras los cambios producidos en la Europa central y del Este, así como en la Unión Soviética en 1989 y 1990. El propósito del informe es hacer el inventario de la situación actual por lo que respecta a lenguas y culturas autóctonas de la Comunidad Europea y formular propuestas encaminadas a dar a estas lenguas y culturas la posibilidad de un florecimiento paralelo a la intensificación de la integración europea.

Como se subraya en los objetivos del informe, el ponente pretende evaluar los resultados de la aplicación de la resolución del Sr. Kuijpers a los cuatro años de su aprobación por el Parlamento Europeo; para ello ha confeccionado un cuestionario que ha remitido a los Estados miembros con el fin de recoger la información necesaria para la redacción del informe. Otro propósito es resaltar la importancia política que debería concederse a las lenguas y culturas de las comunidades que usan una lengua menos difundida cuando, en un futuro relativamente próximo, la Comunidad Europea deba acometer nuevas ampliaciones y establecer acuerdos de asociación con los países de la Europa central y del Este, que incluirán la dimensión cultu-

ral. Asimismo, se proyecta llegar a un reconocimiento formal de la diversidad lingüística y cultural de Europa en todos los documentos que apruebe la Conferencia Intergubernamental sobre la Unión Política.

Las frases con que se concluye el Informe de abril de 1991 reflejan el objetivo último al que tratan de tender los textos y declaraciones más recientes: «Contribuir a fomentar la construcción de la Comunidad Europea destacando las diferencias entre los pueblos que la componen, justamente para unirlos de forma más estrecha.»

## VI. NOTAS ACERCA DE LA CONCEPCIÓN SUBYACENTE EN LOS TEXTOS NORMATIVOS EUROPEOS

A lo largo de todo el itinerario analizado siempre se repite el choque entre las propuestas de las personas y grupos interesados en el reconocimiento y realización de los derechos de las minorías y los documentos emanados finalmente de las instituciones europeas. En estos documentos su parte no dispositiva, los preámbulos y exposiciones de motivos, reflejan el sentido profundo subyacente en el texto articulado, y gracias a ellos se puede comprobar fácilmente el contraste entre los proyectos presentados en el proceso de creación de los diferentes instrumentos jurídicos internacionales y su plasmación definitiva. La nota más sobresaliente de este contraste viene referida a la negativa de los Estados a aceptar el empleo de determinados términos que pudieran poner en cuestión la vertebración de Europa en los actuales Estados nacionales, lo cual viene aparejado a la ausencia de un concepto comúnmente admitido del colectivo al que debe aplicarse la normativa examinada.

Frente a la terminología normalmente utilizada por parte de quienes reivindican una consideración diferente en cuanto que constituyen un «pueblo», «nación», «nacionalidad» o «minoría nacional», tanto el Consejo de Europa como el Parlamento Europeo han preferido optar por expresiones más ambiguas para designar estas realidades. Así, el Parlamento Europeo se pronuncia sobre las «minorías étnicas y lingüísticas» en su Resolución de 16 de octubre de 1981, y sobre las «minorías regionales y culturales» en la de 30 de octubre de 1987, mientras que en el Consejo de Europa se eluden las referencias a las minorías y se denomina al grupo titular de los derechos reconocidos «comunidades humanas» en la Resolución de 11 de junio de 1981, y «poblaciones» en la Carta de 4 de octubre de 1988. A ello se une lógicamente otro rasgo constante en el tratamiento internacional del problema de las minorías nacionales del que hemos dado cuenta en las páginas anteriores: el relativo a la reducción de tal problemática a su vertiente cultural y lingüística, sin duda la más significativa pero no la única que plantean aquellos que conforman una nación sin Estado.

La preocupación de los organismos europeos por las cuestiones culturales se basa en una conciencia cada vez más generalizada de los perjuicios que se derivarían para las futuras generaciones de la pérdida irreparable de las lenguas y tradiciones que han ido conformando la riqueza espiritual de Europa. La progresiva desaparición de este patrimonio, y la consiguiente aceleración de la tendencia actual a la uniformidad, pretenden ser detenidas a través de las medidas que conocemos, las cuales ponen un énfasis especial en la promoción de aquellas lenguas que, al no ser oficiales de un Estado, corren el riesgo de extinción arrastrando consigo la específica visión del mundo que expresan. La *Carta europea de las lenguas regionales o minoritarias* del Consejo de Europa refleja con claridad esta preocupación a través de su preámbulo, en el que justifica las razones últimas de su existencia cuando se afir-

ma que surge «considerando que ciertas lenguas regionales o minoritarias se encuentran en peligro de desaparecer con el tiempo, y, en consecuencia, que esta desaparición debilitaría la tradición y la riqueza cultural de Europa, y estimando que por ello es legítimo y necesario tomar medidas especiales para preservarlas y desarrollarlas».

En la misma línea, el Parlamento Europeo, en la Resolución de 16 de octubre de 1981, expresa que «sólo se puede salvaguardar un patrimonio vivo de lenguas y de culturas creando y reforzando las condiciones apropiadas y necesarias para la continuidad ininterrumpida de su desarrollo cultural y económico». Seis años más tarde, en la *Resolución en favor de las lenguas y culturas de las minorías étnicas y regionales* se reitera la exigencia de crear y reforzar estas condiciones, dado que «subsisten numerosos obstáculos al ejercicio por parte de las minorías regionales y lingüísticas de su especificidad cultural y social y que los comportamientos de cara a estas minorías y sus problemas permanecen a menudo marcados por el desconocimiento y la incompreensión o, en algunos casos, por la discriminación». También el documento de trabajo *sobre la situación actual de las lenguas y culturas menos difundidas de las comunidades de la Comunidad Europea*, de abril de 1991, afirma con rotundidad que «la riqueza de la Comunidad Europea está en su diversidad. Ésta es la base de su originalidad, porque se apoya en el mutuo respeto entre las distintas culturas [...]. Si la Comunidad Europea logra encontrar soluciones que permitan el florecimiento de sus propias culturas, sean éstas nacionales, regionales o transfronterizas (estén o no vinculadas a un territorio), constituirá un ejemplo para el resto de Europa y habrá desempeñado la función estabilizadora que le es propia desde su creación.»

Los textos analizados parten, por tanto, de una visión muy positiva de la pluralidad cultural y lingüística, que es concebida como un factor decisivo para la construcción europea. La Resolución del Consejo de Europa de 11 de junio de 1981 califica tal pluralidad de «muy importante para el progreso de Europa y de la idea europea», y la Resolución del Parlamento Europeo del mismo año se refiere a su valor como «signo de vitalidad de la civilización europea y de cohesión de los pueblos de Europa». En fechas más recientes, el Parlamento de Estrasburgo subraya la complementariedad entre «autonomía de las regiones de la Comunidad Europea y creación de una Europa políticamente más unida», y el Consejo de Europa insta a la promoción de las lenguas minoritarias por ser algo vital para «la construcción de una Europa fundada sobre los principios de la democracia y la diversidad cultural».

En el vago intento de fundamentación de los derechos de las minorías, iniciado en los preámbulos de los documentos que venimos comentando, observamos la apelación a ideas, como la de arraigo o la de identidad cultural, situadas en una dimensión antropológica normalmente ignorada. La exigencia del reconocimiento de las diferentes lenguas y culturas que forman Europa se basa, desde esta perspectiva, en su importancia como referentes insustituibles para el hombre, que le permiten vincularse y participar plenamente en la comunidad proporcionándole el sentimiento de continuidad a través del tiempo. En este sentido, la Resolución del Parlamento Europeo de 16 de octubre de 1981 toma razón del «vigoroso resurgimiento de movimientos animados por minorías étnicas y lingüísticas que desean ver profundizar y reconocer las razones de su identidad histórica» y considera que «la identidad cultural constituye hoy en día una de las necesidades psicológicas, no materiales, más importantes».

La insinuación de una necesidad humana de este tipo demanda indudablemente un desarrollo posterior, al igual que otras razones invocadas para justificar la protección a las minorías nacionales. Tal vez el futuro de la normativa jurídica internacional de una Europa sin divisiones, y más allá de Europa, introduzca conceptos que

hasta el momento se han quedado en el camino, como el de reparación histórica por la responsabilidad del Estado en el proceso de desaparición de las lenguas minoritarias y de desintegración de las comunidades humanas no estatales. Mientras tanto, la cuestión de los derechos de las minorías nacionales queda abierta y no deja de reclamar un continuo debate en los diferentes niveles en que debe ser abordada. El breve recorrido por los textos legales realizado en estas páginas al menos nos ha permitido entrar a conocer una realidad sobre la que en adelante trataremos de reflexionar más profundamente.

## LOS DERECHOS DEL NIÑO: DE LA DECLARACIÓN DE 1959 A LA CONVENCIÓN DE 1989

MERCEDES CARRERAS

Dotar a los derechos del niño de un *status* a nivel internacional puede parecer un propósito tan loable como ineficaz. Se dice con frecuencia que primero se reconocieron los derechos de la mujer, luego los de las minorías raciales en Estados Unidos, y que ahora, en este clima de *political correctness*, procedía tratar el tema de los derechos del niño<sup>1</sup>. Aunque detrás de todo esto haya mucho de retórica, lo cierto es que la eficacia de esos derechos es limitada<sup>2</sup>. Su existencia vendría justificada por la teoría del interés, según la cual tener un derecho significa tener los propios intereses protegidos de cierta manera por la imposición de limitaciones normativas jurídicas o morales a los actos y actividades de otras personas con relación al objeto de los intereses propios<sup>3</sup>. Este planteamiento sí da cabida a los derechos de los niños, pues aquí el reconocimiento del derecho justifica su tutela. Como propuesta complementaria de fundamentación, destaca la perspectiva constructivista kantiana a partir de la idea de obligación moral que trata de superar las limitaciones propias del subjetivismo utilitarista y el esencialismo ético. Partiendo de la dimensión de acción/abstención propia de toda obligación, cabe distinguir tres tipos de obligaciones<sup>4</sup>:

a) Obligaciones *universales*, en el sentido de que imponen un deber de acción/abstención a todos los obligados como sujetos activos frente a *todos* los destinatarios como titulares de un derecho, en nuestro caso los niños. Dado que ambas partes están claramente delimitadas —se sabe de antemano quién está obligado y frente a quién—, se dice que estas obligaciones son *completas* o *perfectas*. Por último, se trataría de obligaciones *fundamentales* puesto que se encuentran en la base de toda exigencia ética más allá del arbitrio de los centros de decisión política. De manera que,

<sup>1</sup> Cfr. M. D. A. FREEMAN, *The Rights and the Wrongs of Children*, Frances Pinter, London, 1983, p. 1.

<sup>2</sup> Vid. Randolph L. BRAHAM, *Human Rights. Contemporary Domestic and International Issues and Conflicts*, Irvington, New York, 1980, p. 7.

Vittorio FROSINI, «Derechos humanos y sociedad tecnológica», *Anuario de Derechos Humanos*, n.º 2, 1983, pp. 108-109: «Después de Rousseau, con el cambio profundo de la pedagogía moderna, se llegó a considerar al menor como ser dotado de una personalidad psicológica propia; ciertamente necesitado de ayuda para lograr su madurez humana, pero no por ello indigno de ciertas garantías destinadas a tutelar su específica condición humana y sus intereses.»

<sup>3</sup> Vid., entre otros, Neil MACCORMICK, «Children's Rights: A Test Case for Theories of Right», en *Legal Right and Social Democracy*, Oxford University Press, 1988, p. 155; Ruth M. ADLER, *Taking Juvenile Justice Seriously*, Scottish Academic Press, Edinburgh, 1985, pp. 24-26; John FINNIS, *Natural Law and Natural Right*, Oxford University Press, 1988, pp. 203-205; Alan GEWIRTH, *Human Rights*, University of Chicago Press, 1982, p. 44, y C. A. WRINGE, *Children's Rights (A Philosophical Study)*, Routledge and Kegan Paul, London, 1981, pp. 23-29.

<sup>4</sup> Cfr. Onora O'NEIL, «Children's Rights and Children's Lives», *Ethics*, 1988, vol. 98, n.º 3, pp. 445-461.

si una obligación universal perfecta es fundamental, también lo serán los derechos correspondientes.

b) Una obligación puede ser perfecta pero no universal cuando se refiere a un número específico de agentes y destinatarios. Hablamos entonces de derechos específicos o de relaciones específicas de un determinado colectivo. No se trata ya de obligaciones fundamentales.

c) Una obligación es incompleta o imperfecta cuando requiere la ejecución o no de determinados actos cuyos beneficiarios ni son todos los demás ni un grupo definido de individuos. Se trata, pues, de obligaciones que no corresponden a una serie de derechos fundamentales. Sólo cuando las obligaciones imperfectas son objeto de institucionalización es cuando alcanzan el *status* de obligaciones positivas específicas propias de una serie de derechos positivos y donde figuran los sujetos pasivos como titulares de un derecho ya tipificado.

Al margen de discusiones teóricas, la cuestión adquiere una dimensión preocupante cuando se examinan datos concretos y se advierte que sólo treinta y cinco países tienen una tasa de mortalidad de menores de cinco años (TMM5) inferior al 25 por 1.000. El reconocimiento de un derecho-deber de asistencia a la infancia es un paso decisivo que se ha visto culminado con la aprobación de la Convención de los Derechos del Niño. En un Estado libre y democrático de Derecho, los derechos humanos están protegidos por el Estado como su principal garante y promotor; no obstante, es necesario que dicho Estado esté dotado de un ordenamiento jurídico que favorezca su realización. El ejercicio de los derechos del niño puede llevarse a cabo sin comprometer el orden estatal desde el momento en que existan mecanismos adecuados en el Derecho interno. A pesar de la diversidad de técnicas utilizadas para proporcionar una base jurídica a los derechos humanos, por regla general las Constituciones se limitan a enunciar y definir los derechos reconocidos y garantizados, dejando a las leyes la tarea de prever las disposiciones concretas para ponerlos en práctica. Así, junto al reconocimiento de una dualidad de géneros, se habla también de la *especificación* de los sujetos titulares de derechos en las distintas fases de la vida<sup>5</sup>. Antes de determinar el alcance de las necesidades del niño había que decidir qué se entendía por tal y desde cuándo podía considerarse que gozaba de *status* jurídico.

En este marco, encontramos las normas de Derecho internacional que reconocen e intentan proteger los derechos del niño como sujeto titular de situaciones jurídicas dentro del ámbito material de los que se consideran los derechos y libertades fundamentales.

## I. ANTECEDENTES Y PRESUPUESTOS

El acceso de los derechos del niño a la comunidad internacional se efectúa mediante un proceso gradual en el curso del cual se transforman progresivamente en Derecho internacional positivo. En el marco de las Naciones Unidas, los convenios sobre derechos humanos son instrumentos que pueden impulsar a los Estados a cumplir las obligaciones que contienen y a aceptar las responsabilidades cuando éstas se incumplen.

<sup>5</sup> Vid. Norberto BOBBIO, «Derechos del hombre y filosofía de la historia», *Anuario de Derechos Humanos*, n.º 5, 1988-1989, pp. 27-39.

Hay que acudir a la Declaración de Ginebra de 1924 para hallar una formulación inicial de los derechos de los niños a nivel internacional. Este texto<sup>6</sup> fue tomado en consideración por la Sociedad de Naciones y sirvió de base para la Declaración de los Derechos del Niño, aprobada por la Asamblea General de la ONU el 20 de noviembre de 1959. La actual etapa de positivación de estos derechos supone ya su reconocimiento a nivel internacional. Definir los derechos sustantivos de los niños, como ciudadanos del mundo y partícipes de sus recursos, con los deberes correlativos de los Estados y autoridades competentes; conferir a los agraviados el derecho a acudir a los foros internacionales y legitimar a organismos internacionales para que ejecuten las sentencias y acuerdos, constituyen objetivos primarios en esta tarea.

Aunque la acción normativa de promoción de los derechos humanos se considere como una legítima tarea de la comunidad internacional, sigue prevaleciendo la opinión de que la puesta en práctica de las normas adoptadas depende de la soberanía nacional. Mientras predomine esta concepción, será muy difícil pretender que los grupos o individuos puedan utilizar el Derecho internacional para esgrimir derechos que los autoricen a oponerse a las autoridades de sus países. Pero, una vez que el Estado ha aceptado someterse al control internacional, no puede eludir la obligación de responder ante el foro internacional.

Los derechos de los niños, como parte integrante de los derechos humanos, son susceptibles de clasificación en cuatro de las cinco categorías tradicionales, dado que los niños carecen por definición de derechos políticos:

1.<sup>a</sup> Los derechos *civiles* de los niños comprenden el derecho a tener un nombre y una nacionalidad, protección contra los malos tratos, y la existencia de unas normas especiales que regulen las circunstancias y condiciones bajo las cuales un niño puede ser privado de libertad o separado de sus padres.

2.<sup>a</sup> Los derechos *económicos* de los niños incluyen el derecho a beneficiarse de la Seguridad Social, el derecho a un nivel de vida digno que asegure su desarrollo vital y la protección contra la explotación en el trabajo.

3.<sup>a</sup> Los derechos *sociales* de los niños abarcan el derecho a la asistencia médica, el derecho a una especial atención a los disminuidos, la protección contra cualquier agresión a su persona y la regulación de los procedimientos de adopción.

4.<sup>a</sup> Entre los derechos *culturales* encontramos el derecho a la educación, el derecho a acceder a los medios de información, el derecho al ocio y a participar en actividades artísticas y culturales.

Otra forma de agrupar estos derechos es reconducirlos a las «tres P»: provisión, protección y participación. En otras palabras, el derecho a poseer, recibir o tener acceso a determinados servicios; el derecho a ser protegido frente a determinados actos y el derecho a expresarse libremente.

Ambas formas de clasificación son útiles, pues si la primera muestra, por ejemplo, que los niños carecen de derechos políticos, la segunda subraya que tienen muy pocos derechos relacionados con la participación. También cabe señalar que las críticas que han surgido contra el concepto y el contenido de los derechos de los niños, tachándolos de paternalistas y excesivamente protectores, carecen de fundamento. La protección es un elemento más entre los muchos que integran la base de los derechos de los niños. También se plantea la cuestión de hasta qué punto cabe hablar de

<sup>6</sup> Elaborado por la entonces *Save the Children Fund International Union*. Cfr. Pascale BOUCAUD, «The Council of Europe and Child Welfare», *DH-ED*, 87, p. 22.

derechos humanos universales, habida cuenta de las grandes diferencias existentes en los campos socioeconómico, religioso, cultural... en el mundo. ¿Dejará por ello de ser posible y útil el conjunto de normas establecidas y aplicables a nivel mundial? Sin embargo, este problema se complica especialmente cuando se refiere a los derechos de los niños. En primer lugar, hay divergencias considerables entre los Estados respecto de cuál es el papel del niño en la familia y la sociedad y hasta qué edad dura la infancia. Los diversos sistemas educativos existentes constituyen otro obstáculo que dificultaría el establecimiento de normas generales que regulasen el tratamiento de los niños, mas a pesar de estas diferencias hay un conjunto de derechos compartidos por todos. Lo cierto es que los procedimientos para hacerlos efectivos pueden variar, así como su orden de prelación, pero siempre permanecerán como precondiciones indivisibles para el desarrollo satisfactorio y pleno del niño. La Convención constituye la lista más exhaustiva de los derechos que la comunidad internacional cree que deben ser fundamentales para él. Establece una minoría de edad límite para la infancia, respetando como excepción las peculiaridades de los países donde la mayoría de edad sea inferior. Trata de situar los derechos de los niños no en oposición o conflicto con los derechos de los adultos, sino como parte integrante del Derecho internacional en materia de derechos humanos. Esta Convención fija a su vez las obligaciones de los Estados que la ratifiquen para servir de un marco que fomente su cumplimiento en aras de la solidaridad internacional. Para lograr el reconocimiento a escala internacional de estos derechos, es necesario admitir que la comunidad internacional pueda entender de cuestiones que afecten a sus miembros <sup>7</sup>.

## II. EL GRUPO DE TRABAJO DE LAS NACIONES UNIDAS. LAS ORGANIZACIONES NO GUBERNAMENTALES

En 1979 la Comisión de derechos humanos de la ONU designó un Grupo de Trabajo para que se encargara de redactar la Convención sobre los Derechos del Niño <sup>8</sup>. Se trataba de un colectivo de composición flexible, que se reunía cada año, a puerta abierta, durante la última semana de febrero, justo antes de la celebración de las sesiones anuales de la Comisión <sup>9</sup>. Este Grupo de Trabajo estaba integrado por:

— Representantes de los cuarenta y tres Estados miembros de la Comisión de Derechos Humanos.

— Observadores de los Estados miembros de la ONU pero que no pertenecen a la Comisión de Derechos Humanos.

— Observadores de organizaciones intergubernamentales: Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia, Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados, Organización Internacional del Trabajo...

— Observadores de organizaciones no gubernamentales pero reconocidas como entidades consultivas por el Consejo Económico y Social. Desde 1983, cincuenta organizaciones no gubernamentales constituyen una agrupación para coordinar sus intervenciones y propuestas al Grupo de Trabajo de las Naciones Unidas <sup>10</sup>.

<sup>7</sup> Vid. Antonio E. PÉREZ LUÑO, *Los derechos fundamentales*, Tecnos, Madrid, 1986, cap. II.

<sup>8</sup> Su nombre oficial es «Grupo de Trabajo acerca de un proyecto de Convención sobre los derechos del niño».

<sup>9</sup> En 1988 este período se amplió a dos semanas para agilizar el proceso.

<sup>10</sup> El llamado *Ad Hoc Group on the drafting of the Convention*. Sobre las organizaciones no gubernamentales, vid.: Karel VASAK, «Los criterios distintivos de las instituciones», en *Las dimensiones interna-*

Estas instituciones constituyen entidades jurídicas sometidas a las leyes de un Estado miembro de la comunidad internacional. Se trata de organizaciones privadas que por definición pretenden ser independientes de los gobiernos. Gracias a sus actividades, dichas organizaciones han impulsado primero la toma de conciencia y luego la elaboración de textos normativos y procedimientos para la protección de los derechos del niño a nivel internacional.

La Convención consta de tres partes <sup>11</sup>:

1.<sup>a</sup> *El preámbulo*: fija los principios básicos en que se fundan las materias a tratar.

2.<sup>a</sup> *El texto articulado*: contiene las obligaciones de los Estados partes de la Convención.

3.<sup>a</sup> *El proceso de ejecución*: establece las condiciones de su entrada en vigor y la fiscalización de su cumplimiento.

El Grupo de Trabajo propuso que el proyecto fuera objeto de una revisión técnica según los criterios y prácticas aceptados por las Naciones Unidas en relación con los Tratados multilaterales de derechos humanos y los Tratados de Derecho internacional humanitario. A su juicio, la Secretaría General de las Naciones Unidas, encargada de la revisión antes de la segunda lectura de la Convención, tendría que limitarse a señalar las cuestiones técnicas, sin entrar en áreas de discusión sustantiva o política. Gracias a esta segunda lectura, los miembros del Grupo de Trabajo tuvieron ocasión de presentar y discutir enmiendas. Una vez realizado esto, se sometió el texto ya revisado a la Comisión de Derechos Humanos, que tras su aprobación lo envió al Consejo Económico y Social, el cual, a su vez, lo remitió a la Asamblea General para su aceptación definitiva, tal como ocurrió el 20 de noviembre de 1989. Por último, la Convención entró en vigor a los treinta días de su ratificación.

Si bien corresponde a la Asamblea General decidir las cuestiones relativas a la financiación de un Comité para los derechos del niño que asegure una fructífera aplicación de la Convención, aún quedan tres cuestiones que el Grupo de Trabajo deberá resolver:

1.<sup>a</sup> Algunos países han planteado la cuestión de si el derecho de todo niño a permanecer con sus padres puede afectar de alguna manera a la política de inmigración propia de cada legislación nacional.

2.<sup>a</sup> Otros Estados se lamentan de no haber podido expresar con más detalle sus opiniones, a la vez que consideran que el texto actual no proporciona bases suficientes para establecer unas instancias aceptables a nivel mundial.

*cionales de los derechos humanos*, vol. II, Serbal/Unesco, Barcelona, 1984; Abderrahman YOUSOUFI, «La función de las organizaciones no gubernamentales en la lucha contra las violaciones de los derechos humanos, el *apartheid* y el racismo», en *Sobre la resistencia a las violaciones de los derechos humanos*, Serbal/Unesco, Barcelona, 1984, pp. 117-134.

<sup>11</sup> Desde la redacción de la Convención hasta su adopción:

ORGANISMO	Grupo de Trabajo	Comisión de D. H.	ECOSOC	A. General
FUNCIÓN	— Redacción. — Remisión para la revisión técnica. — Segunda lectura.	— Discusión. — Aprobación.	— Discusión. — Aprobación.	— Discusión. — Aprobación.

3.<sup>a</sup> La intensidad y la celeridad de las negociaciones ha hecho que algunos puntos carezcan de suficiente solidez.

### III. LA CONVENCION SOBRE LOS DERECHOS DEL NIÑO

Los orígenes de la Convención sobre los Derechos del Niño se remontan a los cinco principios básicos sobre el bienestar y la protección de la infancia de la Declaración de Ginebra de 1924. Este primer intento de codificar en un solo texto las condiciones básicas a las que los niños tienen derecho fue aprobado por la Sociedad de Naciones en el mismo año. En 1948 los principios aceptados fueron objeto de revisión y ampliación, y el texto resultante constituyó la base para los diez puntos de la Declaración de los Derechos del Niño aprobada por unanimidad en la Asamblea General de la ONU el 20 de noviembre de 1959.

La naturaleza jurídica de la Declaración y de la Convención difiere sustancialmente, y lo mismo cabe decir de su fuerza ante los Estados para que se cumplan. Este tipo de declaraciones, en su función de instrumento internacional, constituye lo que se llama «Derecho suave» (*soft Law*). Son meras manifestaciones de principios generales que, si bien son aceptadas por los gobiernos, no conllevan obligaciones específicas como tales. Por tanto, la Declaración no obliga a los Estados y constituye una mera definición del pensamiento de las Naciones Unidas respecto a los derechos del niño. Mientras que las Convenciones son el «Derecho fuerte» (*hard Law*) y por su carácter obligatorio requieren una decisión activa de los Estados que las ratifican. Se trata de un instrumento multilateral de Derecho internacional y, con su ratificación, los Estados partícipes se comprometen expresamente a garantizar los derechos incluidos en ella y a introducir en su legislación los derechos que se han formulado. Los países que participan en la Convención manifiestan su intención de cumplir las disposiciones contenidas en la misma. Normalmente tales Convenciones incluyen mecanismos para arbitrar su cumplimiento. De ahí deriva que, en la actualidad, dado que los intentos de codificar los derechos de los niños sólo tienen el *status* de declaraciones, todavía carecemos de medios internacionales con fuerza suficiente para obligar a que establezcan las obligaciones de los diferentes Estados a este respecto.

El desarrollo gradual de los principios universalmente aceptados en lo referente a la especial vulnerabilidad, necesidades y situaciones de los niños sirvió para la consolidación del Derecho internacional humanitario. Éste cuenta con importantes instrumentos. Unos son vinculantes y otros no<sup>12</sup>. Aunque hay más de ochenta textos de ambos tipos que de alguna manera afectan a la infancia, la falta de un procedimiento único durante cerca de sesenta años hace que éstos adolezcan de múltiples incongruencias. A ello hay que añadir que, dado su carácter un tanto híbrido, tampoco precisan con claridad las nuevas obligaciones para los Estados. Se advierte, pues, la necesidad de dotar a los derechos de los niños de un soporte jurídico consistente. Con este ánimo el gobierno polaco anunció su propuesta de una Convención sobre tales derechos en vísperas del Año Internacional del Niño (1979). Esta iniciativa abrió la posibilidad de definir y armonizar la tipificación de estos derechos. La

<sup>12</sup> Son vinculantes: los Convenios de Ginebra sobre la Cruz Roja, los Convenios sobre Derechos Civiles, Políticos y Económicos... No son vinculantes las Normas Mínimas para el Tratamiento de Prisioneros, los Principios de Ética Médica y la misma Declaración de Derechos del Niño.

Convención no tiene por objeto sustituir sino completar la actual Declaración sobre los Derechos del niño y proporcionar las bases para una acción internacional más eficaz.

La Declaración Universal de Derechos Humanos es la fuente directa de las dos Convenciones de Derecho internacional vinculante sobre esta materia, a saber: la Convención Internacional sobre Derechos Civiles y Políticos (CIDCP) y la Convención Internacional sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales (CIDEESC). Esta división en dos grupos de derechos refleja, a su vez, la existencia de un doble mecanismo para fiscalizar su cumplimiento. La CIDEESC posee el más estricto, pues dispone el establecimiento de un Comité de Derechos Humanos, integrado por especialistas imparciales, con un importante papel directivo, susceptible de amonestar a los Estados que, a su juicio, no han respetado alguno de los derechos recogidos en la Convención. Por su parte, el sistema de ejecución de la CIDCP prevé que los informes del Comité de Derechos Económicos y Sociales se sometan directamente al Consejo Económico y Social.

La Convención sobre los Derechos del niño tiene también carácter vinculante y contempla ambos tipos de derechos. Por tanto, parece lógico que el mecanismo de ejecución previsto refleje al menos parte de los elementos que hemos citado. Aunque no existen normas generales para la preparación de Convenciones sobre derechos humanos, el principio *pacta sunt servanda* es de aplicación general a todas las obligaciones que vinculen internacionalmente a un Estado según estas Convenciones<sup>13</sup>. Tal principio tiene especial importancia en esta materia, pues las obligaciones no sólo se refieren a las relaciones exteriores de los Estados, sino también al reconocimiento, tutela, mejora, y a todo lo que afecte en general a los derechos nacionales y a la situación del individuo.

No obstante, se pretende crear un clima positivo donde los Estados puedan exponer abiertamente sus problemas y dificultades para cumplir las obligaciones que siguen a la Convención. Se intenta sustituir los mecanismos tradicionales, a menudo rígidos e ineficaces, por el asesoramiento y la cooperación internacional. El Grupo *ad hoc* de organizaciones no gubernamentales en la redacción de la Convención propuso con este fin un sistema mixto compuesto por:

- a) Un comité directivo de especialistas independientes que examinaría los informes de los Estados parte.
- b) Un comité de asistencia técnica, sobre la aplicación de la Convención, a los Estados que lo solicitasen.

Esta propuesta fue confirmada por el Grupo de Trabajo en su período de sesiones de 1988. En esta línea se decidió que los organismos especializados y el Unicef tendrían derecho a estar representados en el examen de la aplicación de las disposiciones comprendidas en el ámbito de sus actividades. El año 1989 es una fecha simbólica pues marca el X Aniversario del Año Internacional del Niño y el XXX Aniversario de la Declaración de Derechos del Niño. Los promotores del «Objetivo 89» (*Target 89*) pensaron que éste sería el momento idóneo para el nacimiento de la Convención. El «Objetivo 89» implica el respaldo oficial a su entrada en vigor en 1989. A finales de 1987, el secretario general de la ONU manifestó públicamente su apoyo al mismo y el vicesecretario de la ONU para los Derechos Humanos envió una carta a todas las acreditaciones permanentes con sede en Ginebra, en la que,

<sup>13</sup> Este principio se establece en los artículos 26 y 27 del Convenio de Viena sobre la ley de tratados.

tras destacar el carácter prioritario de la Convención, instaba a su culminación en 1989.

El proceso se desarrolló según lo previsto, de manera que el texto definitivo se envió a la Comisión de Derechos Humanos en febrero de 1989, ésta lo remitió al ECOSOC en junio, y el 20 de noviembre se sometió a la Asamblea General para su aprobación definitiva. Confiamos en que la Convención sobre los Derechos del Niño podrá satisfacer las necesidades de sus beneficiarios y que contribuirá a mejorar la situación de los que estén en condiciones más precarias. No se trata de buscar un modelo perfecto para la persona del mañana, sino de procurar la adhesión del mayor número de países a ciertas proposiciones tendentes a hacer de cada niño un ser maduro, abierto al mundo y consciente de su entorno.

## LOS DERECHOS DE LAS FUTURAS GENERACIONES

JOSÉ MARÍA ROJO SANZ

### I. LAS FUTURAS GENERACIONES COMO SUJETOS DE DERECHOS HUMANOS

Si hablamos de los derechos humanos desde el punto de vista de los sujetos, es necesario referirse a los *derechos de las futuras generaciones*<sup>1</sup>, porque el individuo ha dejado de ser el sujeto exclusivo de aquéllos para exigir su reconocimiento como tal, no sólo los grupos sociales, sino incluso pueblos enteros, a partir de la progresiva ampliación del catálogo de derechos humanos y de las exigencias del proceso eu-

<sup>1</sup> En los principales documentos sobre derechos humanos encontramos referencias a todos los miembros de la familia humana (*Declaración Universal de Derechos Humanos*, 1948, considerando primero), al advenimiento de un mundo en que los seres humanos, liberados del temor y de la miseria, disfruten de la libertad de palabra y de la libertad de creencias, como la aspiración más elevada del hombre (ibíd., considerando segundo), a la eliminación de los principales obstáculos al progreso económico de los países en desarrollo (*Carta de derechos y deberes económicos y sociales*, 1974, Preámbulo, d), al patrimonio común de la humanidad (ibíd., art. 29) y, específicamente, a la protección, la preservación y el mejoramiento del medio ambiente *para las generaciones presentes y futuras* (entendido como una responsabilidad común para con la comunidad internacional; ibíd., Preámbulo, f, y art. 30). La Declaración de Estocolmo sobre *Human Environment* (1972) y el Acta Única Europea (1986) abren nuevas perspectivas para conservar, proteger y mejorar la calidad del medio ambiente (art. 25, Título VII, 1). Todo ello sería suficiente para hacernos ver la importancia jurídica del tema objeto de este estudio. Si, además, observamos la creciente preocupación desde la perspectiva filosófico-jurídica y ética por el problema —como puede verse por la bibliografía citada en las páginas siguientes—, tratar de los derechos de las futuras generaciones, en el marco de los sujetos de los derechos humanos, adquiere una justificación completa.

Sobre las futuras generaciones como sujeto de los derechos humanos cfr. J. BALLESTEROS, *Postmodernidad: decadencia o resistencia*, Tecnos, Madrid, 1989, sobre todo Parte Cuarta, apartado 13, y N. M. SOSA, *Ética ecológica*, Libertarias/Prodhufi, Madrid, 1990, pp. 88-94.

J. RAWLS (sobre todo en «The Problem of Justice between Generations», en *A Theory of Justice*, Harvard University Press, 1971; trad. esp. en FCE, Buenos Aires, 1979) o, desde una perspectiva distinta, F. MAYOR ZARAGOZA (Discurso en el Palau de la Generalitat de Barcelona con motivo de la entrega a Yves Cousteau del III Premi Internacional Catalunya, mayo de 1991) han utilizado los términos «justicia intergeneracional» y «derechos humanos intergeneracionales» para referirse a la justicia entre generaciones presentes o futuras y a los derechos de las futuras generaciones, respectivamente. Sin embargo, prefiero mantener el término «derechos de las futuras generaciones», que claramente hace referencia a generaciones que aún no existen, pero que pueden existir, ya que la palabra «intergeneracional» puede referirse a los derechos que unas generaciones presentes tienen respecto de otras también presentes.

Por otra parte, como señala VISSERT HOOFT, no es aceptable un punto de vista fuertemente individualista de la sociedad en el que podría no encontrar espacio un bien colectivo como es la protección de los intereses de sus miembros futuros. Cuando pensamos en las futuras generaciones uno está tentado de partir de una perspectiva comunitaria que podría permitirnos decir lo que BURKE dijo acerca de la sociedad: que es una empresa cooperativa entre los muertos, los vivos y los que no han nacido todavía (cfr. *Obligations to future generations: A Revolution in Social and Legal Thought?*, comunicación presentada al Congreso Mundial de Filosofía Jurídica y Social, Edinburgo, 1989).

ropeo de unificación<sup>2</sup>. También los llamados *derechos de la tercera generación*<sup>3</sup> reclaman un sujeto más amplio de los derechos humanos que remite, de alguna forma, a la necesaria universalización a la que la misma idea de éstos hace referencia.

Partiendo del concepto de generación el primer problema que se plantea, desde un punto de vista filosófico-jurídico, es el de si las futuras generaciones pueden o no tener derechos. Esta cuestión implica otras de tal importancia que, ya desde los años setenta, se tratará de buscar un lugar propio dentro del marco del estudio de los derechos humanos para las futuras generaciones<sup>4</sup>.

<sup>2</sup> Sirva, como ejemplo, el comentario sobre «los pueblos y los individuos como nuevos sujetos de la comunidad internacional» hecho por A. CASSESE en su libro *I diritti umani nel mondo contemporaneo*, Laterza, Bari, 1988, pp. 209-210.

<sup>3</sup> Cfr. J. BALLESTEROS, *op. cit.*, pp. 151 ss. Son también llamados «derechos humanos de la solidaridad» y tendrían su origen en «los límites a la disponibilidad de los recursos en favor de su conservación para las futuras generaciones», «surgen para superar la falsa disyuntiva [...] entre libertad e igualdad, tratando de atender a las condiciones que posibilitan los demás derechos», y podrían resumirse en los siguientes «a) El derecho a un ambiente ecológico sano. b) El derecho al respeto al patrimonio común de la humanidad. c) El derecho al desarrollo. d) El derecho a la paz». Su ámbito sería el de las *res communes* —los bienes comunales—, aquellos de los que *todos* tienen derecho al uso, y por ello nadie tiene derecho al abuso» (la cursiva de «todos» no figura en el original).

También MARTÍN MATEO menciona los *derechos ecológicos* dentro de los derechos de la tercera generación, en su *Tratado de Derecho ambiental*, I, Trivium, Madrid, 1991, p. 98.

<sup>4</sup> Cfr. entre otros estudios: N. S. CARE, «Future Generations, Public Policy and the Motivation Problem», 4/3, 1982, pp. 195 ss.; B. G. NORTON, «Environmental Ethics and the Rights of Future Generations», 4/4, 1982, pp. 319 ss.; P. WENZ, «Ethics, Energy Policy, and Future Generations», 5/3, pp. 195 ss.; L. WESTRA, «Let it Be: Heidegger and Future Generations», 7/4, 1985, pp. 341 ss. (todos los trabajos citados hasta aquí se encuentran publicados en la revista *Environmental Ethics*). Vid. también B. M. BARRY, «Justice between Generations», en P. M. S. HACKER y J. RAZ (eds.), *Law, Morality and Society*, Clarendon Press, Oxford, 1977, pp. 268 ss. (BARRY estudia el tema desde la perspectiva de la «igualdad de oportunidades» como principio prioritario, de forma que cada generación, a lo largo de la historia, pudiera disponer de un capital ecológico básico); B. BARRY y R. SIKORA (eds.), *Obligations to future generations*, Temple University Press, Philadelphia, 1978, aquí desde una perspectiva más cercana al utilitarismo; H. JONAS, en su obra fundamental *Das Prinzip Verantwortung* (Insel Verlag, Frankfurt am Main, 1979), ofrece una respuesta, frente a la tentación de los totalitarismos, a la reinterpretación de la condición humana, tratando especialmente las transformaciones tecnológicas y la responsabilidad ante las futuras generaciones; este principio de responsabilidad, alejado de la reciprocidad como necesaria, en las relaciones éticas y jurídicas, constituiría la base de su planteamiento; G. PATZIG ofrece una visión del problema de corte kantiano: un pensamiento esencial de la normatividad moral como principio de la capacidad de generalización o universalidad de las reglas de comportamiento, para dar una solución desde la moral racional a la protección del medio ambiente («Okologische Ethik innerhalb der Grenzen blosser Veranft», en *Vortragsreihe der Niedersächsischen zur Förderung der Wissenschaftlichen Forschung in Niedersachsen*, Vandenhoeck & Ruprecht, Göttingen, 1983); H. Ph. VISSERT HOOFT, en «The Theory of Justice and our Obligations towards Future Generations», *ARSP*, 1, 1987, pp. 30-36, examina distintas contribuciones sobre la materia y dirige una atención especial a la dignidad humana; D. BIRNBACHER (*Verantwortung für künftige Generationen*, Reclam, Stuttgart, 1988) también parte de premisas utilitaristas, rechazando el principio de justicia distributiva y aceptando, en cierto sentido, que los intereses de una o más generaciones puedan ser sacrificados para asegurar un máximo transhistórico. Vid. también E. PARTRIDGE (ed.), *Responsibilities to future generations*, Prometheus, New York, 1981; P. SALADIN y Ch. A. ZENGER, *Rechte künftiger Generationen*, Helbing & Lichtenhahn, Basel, 1988, o J. NAVERSON, «Utilitarianism and new generations», *Mind*, 76, 1967, pp. 262-272, reimpresso en S. GOROVITZ (ed.), *Utilitarianism*, Bobbs-Merrill, Indianapolis, 1971.

Se puede decir que, entre nosotros, los «derechos de las futuras generaciones» son un tema a estudiar todavía. Encontramos algunas referencias breves, por ejemplo, en N. M. SOSA, *op. cit.*; de modo indirecto en A. E. PÉREZ LUÑO, *Derechos humanos, Estado de Derecho y Constitución*, Tecnos, Madrid, 1984, pp. 440 ss., y *Nuevas tecnologías, sociedad y derecho. El impacto sociojurídico de las nuevas tecnologías de la información*, Fundesco, Madrid, 1987, pp. 34 ss., y de forma ya directa en J. BALLESTEROS, *op. cit.*

Aunque no se refiere a los derechos de las futuras generaciones, G. GUTIÉRREZ advierte de las graves

Es evidente que aquí no podemos tomar el término «generación» principalmente en un sentido metafísico, lógico, epistemológico ni teológico. Aquí el sentido propio de la palabra «generación» ha de ser fundamentalmente histórico y sociológico. Así, «generación» será entendida como un conjunto de personas que *viven* en unos años determinados o en una época concreta. Sin embargo, el objeto de este estudio no son las *generaciones que existen*, sino las *generaciones que aún no existen pero que pueden llegar a existir*.

Junto a esa definición genérica, hay que tener en cuenta que el movimiento de las ideas filosóficas, formas artísticas, instituciones sociales, etc., sigue un ritmo de conjunto cuya duración es aproximadamente el de una generación<sup>5</sup>.

Si aceptamos que una sociedad sólo es inteligible desde un punto de vista histórico<sup>6</sup> y que sólo es posible entender la historia comprendiendo a su sujeto, el cual se muestra como una unidad de convivencia —sociedad o grupo social—, con una estructura propia, la historia afectaría a los seres humanos en cuanto pluralidad coexistente y sucesiva a la vez, porque la vida histórica es siempre convivencia histórica y, precisamente porque una sociedad es intrínsecamente histórica, es al mismo tiempo dinámica. Es la duración, no la inercia, lo que explica que haya partes de la sociedad que permanecen constantes a través de largos períodos de tiempo. Más aún, toda sociedad consiste en un *venir de* y en un *ir hacia*.

Por otra parte, el sujeto de la historia, es decir, aquel o aquellos a quienes les pasa cuanto en ella sucede, no son sólo los individuos, sino también las sociedades, que pueden ser consideradas *unidades de coexistencia*. Y estos sujetos colectivos estarían formados por *generaciones*, que agrupan a una serie de individuos con unas vigencias comunes y unas metas colectivas<sup>7</sup>. Dentro de una sociedad se da un desnivel, una simultaneidad de tiempos distintos, representados por distintas generaciones que conviven en ella. En definitiva, todo movimiento histórico es una expresión de las generaciones en lucha por imponer su propio sistema de ideas y creencias al mundo. Sin el equilibrio creado por este afán y por el hecho de la libertad humana, la historia acabaría por detenerse. La sociedad se expresa en generaciones, y sociedad e historia son *el marco ontológico* de aquéllas<sup>8</sup>.

implicaciones que para la autonomía y la integridad de los agentes, en materia de derechos humanos, lleva consigo el consecuencialismo, tanto en sus versiones *utilitaristas* como no utilitaristas (cfr. «Racionalidad consecuencialista y restricciones deontológicas», en J. MUGUERZA y otros, *El fundamento de los derechos humanos*, p. 199).

<sup>5</sup> Como bibliografía genérica puede verse: J. ORTEGA Y GASSET, «Esquema de la crisis», en *Obras*, V, Madrid, 1951; F. MENTRE, *Les générations sociales*, París, 1920; G. FERRARI, *Teoria dei periodi politici*, Milano, 1874; J. MARIAS, «El método histórico de las generaciones», en *Obras*, VI, Madrid, 1949; P. LAÍN ENTRALGO, *Las generaciones en la historia*, Madrid, 1945. Por su parte, B. CROCE, en *La storia come pensiero e come azione*, 1938, afirma que en la historia son las ideas las que forman y califican a las generaciones y no al revés (contra la tesis de O. LORENZ), cit. por J. FERRATER en *Diccionario de filosofía*, Alianza, Madrid, 1979, p. 1337. Dados los límites del presente estudio, no podemos detenernos en el pensamiento de COMTE, MILL, DILTHEY o DURKHEIM sobre las generaciones.

<sup>6</sup> Cfr. H. RALEY, *Visión responsable*, Espasa-Calpe, Madrid, 1977, p. 227. Refiriéndose a las relaciones entre sociología e historia, este autor advierte que aquélla se diferencia de las demás ciencias sociales por ocuparse de lo colectivo. Pero el fenómeno colectivo se da en el tiempo, por lo que la sociología y la historia se necesitan mutuamente. En este sentido, vid. también V. G. GURVITCH, *Dialéctica y sociología*, Madrid, 1969.

<sup>7</sup> Más en concreto, en relación con el concepto y significado histórico de las generaciones, cfr. J. ORTEGA, *Obras*, IX, Revista de Occidente, Madrid, 1946-1980, pp. 517-520. Sobre las generaciones encontramos abundantes aportaciones también en J. MARIAS, «El método histórico de las generaciones» y «La estructura social», en *Obras*, VI, 1957-1982.

<sup>8</sup> Cfr. H. RALEY, *op. cit.*, pp. 235 y 239. Vid. también L. POLO, *Quién es el hombre. Un espíritu en el mundo*, Rialp, Madrid, 1991, pp. 115-118.

La sociedad en la que el ser humano se encuentra cambiaría al acontecer una generación nueva. Cada generación recorre los pasos de *gestación* y *gestión* (estar en el poder, entendido esto de forma muy vaga y general). Al cabo de unos quince años —según la opinión más generalizada— la generación siguiente se encuentra *gestionando algo* que ya existía, que ya estaba allí. Esta generación sería, pues, *depositaria* de algo que, en rigor, *no ha inventado* y frente a lo cual iniciaría, a su vez, una *repetición* o una *modificación*, o ambas cosas a la vez y, asimismo, podría también establecer nuevos derechos y obligaciones, pero podría tener que cumplir obligaciones y disfrutar de derechos derivados de la gestión de las generaciones anteriores.

## II. PRINCIPALES CUESTIONES QUE PLANTEA LA IDEA DE DERECHOS DE LAS FUTURAS GENERACIONES

A primera vista, parece que es la *ausencia de sujeto de derechos* el principal problema que se nos plantea al hablar de *derechos de las futuras generaciones*. Sin embargo, Visser't Hooft nos ofrece una exposición de otros problemas no menos importantes que se derivan de este tema. Para el profesor de Utrecht habría que tratar, en primer lugar, de los principios más relevantes, señalando los de responsabilidad, racionalidad y justicia. Por otra parte, serían rechazables tanto la perspectiva utilitarista<sup>9</sup> como la pretensión de que no puede haber una comunidad moral con las futuras generaciones porque no se comparte la misma concepción de bien<sup>10</sup> o porque conceptos como *moral racional*<sup>11</sup>, *justicia* o *igualdad de oportunidades* no parecen funcionar fuera de un contexto de reciprocidad entre agentes morales<sup>12</sup>.

Además, incluso admitiendo que la ética se hubiera «originado históricamente en un contrato entre seres capaces de reciprocidad [...] aquella explicación histórica del origen de la moralidad no nos obliga a (ni se nos revela suficiente para) fundamentar la ética del siglo XX en la reciprocidad y sólo en ella»<sup>13</sup>. Lo mismo podríamos decir del Derecho y del poder.

<sup>9</sup> Para la crítica de VISSERT' HOOFT a BIRNBACHER puede verse *Obligations to Future Generations: A Revolution in Social and Legal Thought?*, cit. Vid. también D. BIRNBACHER, *Verantwortung für künftige Generationen*, cit.

<sup>10</sup> Cfr. M. P. GOLDING, «Obligations to future generations», *Monist*, 56, 1972, pp. 85-99.

<sup>11</sup> Cfr. G. PATZIG, *Ökologische Ethik-innerhalb der Grenzen blosser Verunft*, cit. (trad. cast. de Jorge MALEN y revisado por Ernesto GARZÓN y Ruth ZIMMERLING, en *Hechos, normas, proposiciones. Ensayos y conferencias*, Alfa, Barcelona, 1986, pp. 201-224).

<sup>12</sup> Cfr. *Obligations to Future Generations: A Revolution in Social and Legal Thought?*, cit. Según VISSERT' HOOFT, una difícil aplicación a nuestro tema, como veremos más adelante, la encontramos en la exclusión por RAWLS del *time preference*, cuando habla de la obligación natural (aceptada en la *original position*) de establecer instituciones justas: parte de que en la posición original no se sabe para qué generación se actúa en la historia; así, la *rate of saving* es exclusiva e imparcialmente relacionada con niveles de civilización y no con una mera localización en el tiempo (*just rate of saving*).

Pero RAWLS no toma en consideración los problemas del medio ambiente de hoy, por tratar asuntos ambientales sin su transgeneracional «esquema de cooperación»: la continuidad que está asegurada por una justa razón de ahorro, implica necesariamente una sociedad posible (*sustainable*).

Por otra parte, la palabra «oportunidades» parece designar mejor la apertura del tiempo humano hacia el futuro (cfr. L. POLO, *op. cit.*, p. 69). En ese sentido, la discusión sobre el sentido de la justicia podría situarse entre justicia referida a los presentes, y así se diría que justicia consiste en dar a cada uno lo suyo, ya que podríamos descubrir lo que a cada uno pertenece; sin embargo, la justicia para con las futuras generaciones estaría quizá más en hacer posible una cierta igualdad de oportunidades.

Sobre las relaciones entre igualdad y justicia, E. FERNÁNDEZ RUIZ-GÁLVEZ, en *El principio de igualdad como exigencia de la justicia* (inédito), hace un amplio análisis del estado de la cuestión.

<sup>13</sup> Cfr. N. M. SOSA, *op. cit.*, p. 94.

### 1. LA AUSENCIA DE SUJETO ACTUAL DE DERECHOS

Las futuras generaciones carecen hoy de existencia y, por tanto, de autoconsciencia y autonomía actuales. Tampoco podríamos hablar de personalidad jurídica, por lo que sería imposible admitir que las futuras generaciones fueran sujetos de derechos subjetivos y de derechos humanos. Como mucho, podríamos decir que son meros sujetos potenciales de tales derechos<sup>14</sup>.

Sin embargo, como afirman Ballesteros y Rodríguez Paniagua, ninguna doctrina ética que no nos permita reconocer un núcleo intangible e inviolable en cada uno de los seres humanos será adecuada para cualquier intento de afirmar la existencia de los derechos humanos. Mientras que Ballesteros hace hincapié en la inalienabilidad de algunos derechos<sup>15</sup>, Rodríguez Paniagua explicará que solamente las doctrinas éticas de la Ilustración europea y las inspiradas en la visión personalista del hombre de signo cristiano son las que podrían servir de base a la fundamentación ética o moral de los derechos humanos<sup>16</sup>.

Es cierto que hoy día se hace cada vez más difícil admitir que *todo* el contenido del Derecho y de la ley positiva esté a merced del legislador, cualidad que Llopart ha denominado *indisponibilidad* (*Unbeliebigkeit*) de ciertos contenidos del derecho<sup>17</sup>. Esta cualidad sería similar a la conocida con el nombre más generalizado de *inalienabilidad*: «muchas veces encontramos en el derecho y en la ley algo que es *unverfügbar*, o sea, algo sobre lo cual ni el legislador ni nadie puede disponer libremente, sino que deben respetarlo y tenerlo en cuenta»<sup>18</sup>.

En este sentido, Meyers ha relacionado los derechos *inalienables* con la idea de *sistema moral coherente*. «Si se plantea la cuestión ¿por qué hay derechos inalienables?, una respuesta prometedora es que no puede haber un sistema moral satisfactorio que permita a las personas la renuncia a estos derechos. En otras palabras, cualquiera que sea el contenido de los principios generales de un sistema moral, cualquiera que sea la sustancia de sus prescripciones específicas, de sus prohibiciones o de sus permisos, no puede defender la alienación de ciertos derechos y seguir

<sup>14</sup> También sobre este tema la bibliografía es abundante. Destacaremos, por su concreción, la monografía de V. RANOUIL, *L'autonomie de la volonté. Naissance et évolution d'un concept*, Presses Universitaires de France, Paris, 1980. Vid. también nuestro trabajo «Apuntes sobre el imperativo categórico y los derechos humanos (a propósito de recientes interpretaciones de Kant)», *Anuario de Filosofía del Derecho*, IV, 1987, pp. 697-708.

<sup>15</sup> Cfr. *Postmodernidad: decadencia o resistencia*, cit., pp. 146 ss. Por ejemplo, citando a L. SEDAR SENGHOR (*Libertad, negritud, humanismo*, Tecnos, Madrid, 1970): «En África negra [...] el dominio eminente de la tierra no corresponde al hombre. Las tierras son inalienables porque no se puede enajenar lo que no nos pertenece» (p. 148); también: «los derechos de la tercera generación entroncarían perfectamente con el nuevo paradigma de la "calidad de vida"» (p. 151). Serían los derechos de la tercera generación los que gozarían más claramente del carácter de la inalienabilidad. Vid. también «Derechos humanos: ontología versus reduccionismos», *Persona y Derecho*, 9, 1982, pp. 239-242.

<sup>16</sup> Cfr. *Lecciones de Derecho natural como introducción al Derecho*, Universidad Complutense, Madrid, 1985, pp. 203-207.

<sup>17</sup> Cfr. J. LLOPART, «La posibilidad de una teoría del Derecho más allá del iuspositivismo y del iusnaturalismo», *Persona y Derecho*, 24, I, 1991, p. 164. Como señala en la nota 18, la introducción de este concepto en la Filosofía del Derecho alemana se debería a Max MÜLLER (*Die ontologische Begründung des Rechts*, Darmstadt, 1965). Sin embargo, esta idea es antigua. Como explica BALLESTEROS (*Postmodernidad...*, cit.), «lo inalienable habría sido intuido en la concepción romana del derecho al referirse a la existencia de las *res extracommercium*, entre las que se incluían las *res communes* y las *res sacrae*» (p. 147).

<sup>18</sup> J. LLOPART, *ibid.*, pp. 164-165. Este autor señala acertadamente que *indisponibilidad* no es incompatible con *historicidad*, ya que «el que puedan cambiar no significa que los podamos cambiar a nuestro gusto» (p. 166).

siendo un sistema moral aceptable»<sup>19</sup>. Para Meyers estos derechos serían el derecho a la satisfacción de las necesidades básicas, y los derechos a la vida, a la libertad personal y a un buen trato<sup>20</sup>.

Llompert concreta los problemas aún por solucionar y que están relacionados con la idea de indisponibilidad de los derechos. Así, habla de *la dignidad humana, la manipulación de la naturaleza por medios químicos, el cambio (¿destrucción?) del medio ambiente, o los límites del respeto de la conciencia y la responsabilidad sobre el futuro de nuestro planeta*, entre otros<sup>21</sup>.

El problema de fondo, lo que aquí verdaderamente está en juego, es la misma *dignidad humana*. Así, Visser't Hooft dirá que las futuras generaciones tienen algún tipo de derechos porque, en la medida en que sean seres humanos, tendrán una *dignidad de naturaleza atemporal*. Esto quiere decir que, en el momento en que una generación nueva aparece, la *dignidad* de cada uno de sus miembros está necesitando satisfacer ya unas necesidades básicas y proyecta unas exigencias que son de justicia y que se han de traducir necesariamente en derechos, a los cuales no somos ajenos. Pongamos un sencillo ejemplo: la dignidad humana exige *vivir humanamente*, y esto depende de modo inmediato del medio ambiente, de cuyo deterioro, conservación o mejora somos responsables nosotros y las generaciones anteriores a la nuestra.

Por otra parte, algunos autores hablan no sólo de los derechos de las futuras generaciones como aceptables, sino que exigen un catálogo de derechos constitucionales de aquéllas<sup>22</sup>, que incluiría *los derechos a un aire limpio o a un agua clara que apuntan a la seguridad de unas condiciones físicas de libertad para la gente futura, y que serían como directrices para la acción gubernamental*. El que los derechos constitucionales pueden ser entendidos como bases para unas reclamaciones contra el Estado y que las futuras generaciones, aun no existiendo, puedan ser reclamantes sin que se les excluya de tales derechos, podría encontrar algún apoyo en la idea de que el compromiso a largo plazo podría estar ya implicado en la idea de ley o en la de democracia.

<sup>19</sup> Cfr. D. T. MEYERS, *Inalienable Rights. A Defense*, Columbia University Press, New York, 1965 (trad. esp. por la que se cita, en Alianza, Madrid, 1988, p. 26).

En este mismo libro trata ampliamente este tema A. L. MARTÍNEZ-PUJALTE («Derechos humanos, derechos inalienables»), y enumera cuatro derechos inalienables: el derecho a la vida, el derecho a la salud y a la integridad física, el derecho a las libertades personales y el derecho al medio ambiente.

Para la relación entre estos derechos y los denominados «derechos morales», puede verse nuestro trabajo «Los derechos morales en el pensamiento angloamericano», *Anuario de Derechos Humanos*, Universidad Complutense, Madrid, 5, 1989-1990, pp. 231-249. Parece claro que cuando hablamos de derechos de las futuras generaciones nos estamos refiriendo a un tipo de derechos que no pueden ser ni fundamentales, ni subjetivos en un sentido tradicional, por lo que creo que es más comprensible la categoría de derechos morales. Este término no sólo tiene una larga tradición en el pensamiento angloamericano, sino que también se relaciona con los llamados «derechos de la personalidad», en la tradición continental y, expresamente, se utiliza en la regulación de la propiedad intelectual (por ejemplo, en nuestro país, Ley 22/1987, de 11 de noviembre, Preámbulo y Lib. I, Tit. II, Cap. III, Sec. 1.ª). Por otra parte, desde el punto de vista de las obligaciones, es casi más clara la existencia de aquellos derechos, que desde el de los derechos subjetivos.

<sup>20</sup> *Ibid.* p. 12. Vid. también J. DE LUCAS y M. J. ANÓN, «Necesidades, razones, derechos», *Doxa*, 7, 1990, pp. 55-81, para quienes las necesidades serían razones *prima facie* para la acción y buenas razones en sí mismas para ser satisfechas y cuyo estudio de sus modalidades históricas permitirían comprender mejor la fundamentación de los derechos de la tercera generación, al conectar necesidades humanas y programas de desarrollo, atendiendo no tanto a la riqueza que se produce como a las situaciones de los más desfavorecidos.

<sup>21</sup> J. LLOMPART, *op. cit.*, p. 169.

<sup>22</sup> Cfr. P. SALADIN y Ch. ZENGER, *Rechte künftiger Generationen*, cit.

La ley debe ser leída de un modo dinámico, comprendiendo tareas protectoras que no están limitadas en el tiempo. El fin central de toda ley ha de ser proteger la dignidad del hombre, que es un principio atemporal en el sentido de que ha de referirse a todo ser humano, y, en todo caso, las condiciones de la dignidad humana hemos de protegerlas, aunque no tengamos claro si la posteridad va a compartir con nosotros ese ideal<sup>23</sup>.

Como puede verse, este razonamiento tiene cierta conexión con el planteamiento del apartado anterior. Sin embargo, al referirse a la idea de *potencialidad*, el enfoque ha de ser distinto. Aquí *potencialidad* hace referencia a que todo aquel que podría tener derechos exigiría que tuviéramos con él obligaciones. Qué duda cabe de que *sí podrían existir* generaciones en el futuro y que, cuando existan, podrían exigir una serie de derechos, incluso sobre las generaciones actuales. Sin embargo, el término «potencialidad», como señala Martín Sosa, exige delimitar su ámbito de aplicabilidad para que no pueda ser universalmente aplicable a, y sustituible por, todo lo existente. Es decir, no todo lo que puede existir en el futuro ha de tener necesariamente derechos<sup>24</sup>.

## 2. EXISTENCIA INCIERTA DE UNA OBLIGACIÓN MORAL HACIA LAS FUTURAS GENERACIONES

Parece que no podríamos hablar de una obligación personal e individual de mantener la existencia de futuras generaciones, por lo que cabría dudar de una exigencia de obligaciones para con ellas y, por supuesto, de derechos de aquéllas sobre las presentes.

En un sentido genérico, afirma Martín Sosa que «los filósofos que intervienen habitualmente en la discusión ecológica son mucho más proclives a admitir un tipo de *obligación moral* respecto a las generaciones futuras, basados en que *el egoísmo desconsiderado de las generaciones es tan contrario a la razón como lo es el de los grupos*»<sup>25</sup>.

En este sentido, para Feinberg el principal problema para plantearnos la existencia de derechos de las futuras generaciones sería no lo remoto de nuestros des-

<sup>23</sup> Cfr. los trabajos citados de V. VISSER'T HOOFT, *pássim*.

<sup>24</sup> Cfr. N. M. SOSA, *op. cit.*, p. 92. PATZIG señala una *posición fuerte*, según la cual todo lo que existe merece seguir existiendo. En este sentido se puede hablar, incluso, de un derecho (generalizado) a la existencia, y afirmar que los hombres estamos obligados a respetar este derecho (o a cumplir ese deber); y una *posición débil*, según la cual sólo merecerían seguir existiendo los seres vivos.

Lo cierto es que no todo lo que existe —desde un punto de vista racional, ya que se puede tratar de seres contingentes— tiene por qué seguir existiendo. Por ejemplo, nadie pensaría que es bueno que exista necesariamente un virus que provoque epidemias y muertes. Sin embargo, para nosotros, vivir en un entorno natural rico en especies, en toda la variedad de seres vivos (no especialmente nocivos), es agradable (y formativo).

Basándonos en este razonamiento, podemos afirmar que estamos obligados a conservar un medio ambiente así a nuestros descendientes.

Además, una naturaleza rica en especies es un *sistema de información* sumamente sensible respecto a la iniciación de daños en el ambiente y, además, resulta del mayor interés conservar la información almacenada en los genes de los diferentes seres vivos y de las plantas que pueden ser útiles y vitalmente importantes.

Es, pues, razonable conservar las especies y, por tanto, con mayor motivo, parecería razonable conservar al ser humano.

<sup>25</sup> Cfr. N. M. SOSA, *op. cit.*, p. 93.

endientes en el tiempo, sino su indeterminación, pero admite que podría hablarse de unos *derechos contingentes* subordinados a su *llegar a ser*<sup>26</sup>. Por su parte, Castignone basaría la existencia de deberes hacia las futuras generaciones fundamentalmente en la *obligación de no condicionar con nuestras elecciones, salvo dentro de los límites más restrictivos posibles, las preferencias e intereses de las generaciones por venir*<sup>27</sup>.

Golding, sin embargo, ve un problema a la hora de establecer obligaciones hacia individuos con los que nosotros no podemos esperar que vayamos a compartir una vida común. Tales obligaciones tendrían que derivarse de una *obligación primaria* para poder producir un estado favorable de los asuntos para las futuras generaciones<sup>28</sup>. Golding afirma que la gente tiene relaciones morales entre sí cuando ellos son miembros de la misma *comunidad moral*. Esta comunidad depende de que se pueda compartir una misma concepción de Bien, en el contexto de unas circunstancias de vida común. Reconociendo las reclamaciones morales de los demás, nosotros reconocemos su pertenencia a una comunidad o a otra. Nosotros admitimos, en cierto sentido, que su bien es también nuestro<sup>29</sup>. Pero sólo «en cierto sentido». Golding no sugiere que reconocer obligaciones hacia otros sea estrictamente condición de que los demás compartan nuestros puntos de vista o de bienestar (calidad de vida, *good life*), lo que dice es que nosotros deberíamos ser capaces de probar que el Bien de otro hombre sin un «ideal social compartido» puede dar lugar a diferentes concepciones de calidad de vida, y garantías formales de desarrollo para éste, como son, por ejemplo, los derechos humanos.

La dificultad con las futuras generaciones entonces estaría en que las condiciones para tal identificación básica con las reclamaciones de otros no existen: nosotros no podemos conocer si nuestro propio *ideal social* será relevante para ellos, ya que no podemos saber cuáles serán las circunstancias de su vida, ni qué concepciones tendrán de hecho —dirá Golding— reforzando su punto de vista con la relativización histórica del concepto de Bien. Así, tomando decisiones que presumimos anticipación de intereses futuros (necesariamente según nuestras concepciones presentes), estaríamos especulando irresponsablemente. Nosotros nos tendríamos que contentar con tener cuidado de nuestra inmediata prosperidad<sup>30</sup>.

Una postura más admisible, que nos impidiera caer en un cierto egoísmo generacional o de grupo, creo que estaría en la idea de la necesidad de mantener abiertas las oportunidades básicas para una elección social y cultural. No tenemos que anticipar intereses si no podemos saber nada sobre ellos. El objeto de nuestras políticas debería ser preservar las condiciones que son esenciales para la vida de toda sociedad futura. Esto admite todavía otra crítica del concepto de *comunidad moral* de Golding: sentimos que tenemos obligaciones hacia la gente, con la que no podemos tener una vida común, sobre la base de su *estar aquí* en el futuro.

Por otra parte, es cierto que esperamos o presumimos que alguna mínima coincidencia habrá entre las nociones de las futuras generaciones y nuestras nociones

<sup>26</sup> Cfr. J. FEINBERG, «The rights of animals and unborn generations», en *Rights, justice and the bounds of liberty*, Princeton UP, 1980, pp. 180-182. Recuerda que el Derecho reconoce «derechos contingentes» de entes como los fetos, y así los intereses de las futuras generaciones serían «contingentes» respecto a su «llegar a ser».

<sup>27</sup> Cfr. S. CASTIGNONE, «Ética ambientale, utilitarismo e valutazioni estetiche», *Materiali per una Storia della Cultura Giuridica*, XIX, 1, 1989, pp. 197-198.

<sup>28</sup> Cfr. M. P. GOLDING, «Obligations to future generations», cit.

<sup>29</sup> *Ibid.*, p. 92.

<sup>30</sup> Para la crítica a GOLDING, vid. VISSER'T HOOFT, *Obligations to future generations...*, cit.

fundamentales de humanidad. Visser't Hooft, por ejemplo, se pregunta si nos sentiríamos obligados hacia generaciones que supiéramos que habrían de desarrollarse como robots, contestando negativamente, aun admitiendo que nosotros no podemos tener tal conocimiento y que tendríamos que correr el riesgo que encierra salvaguardar las futuras oportunidades para que las futuras generaciones puedan elegir: lo único que realmente podemos hacer es cuidar de transmitir nuestras ideas a la posteridad, ya que cada generación tiene sus propias responsabilidades.

Por tanto, la idea de la existencia de una *obligación moral* de alguna forma sí está presente de hecho en la discusión acerca de los derechos de las futuras generaciones. Más aún, incluso podría afirmarse que hay una postura generalizada que admite, al menos, alguna obligación moral de no poner obstáculos para que existan las futuras generaciones y puedan hacerlo humanamente, es decir, dignamente. Del mismo modo, y como consecuencia de la idea anterior, también podría hablarse de una obligación moral de *no seleccionar* las futuras generaciones. Sobre estas ideas volveremos, al hablar de la teoría de Patzig.

### 3. LA CUESTIÓN ECOLÓGICA Y LA IDEA DE PROGRESO REDUCIDO AL PRESENTE

Martín Mateo explica en su *Tratado de Derecho ambiental* cómo hoy podemos hablar de unos *derechos ecológicos*, los cuales tendrían por objeto garantizar una relación aceptable entre el hombre y su entorno, que habrían surgido como consecuencia, entre otras, de un proceso de adaptación de los ordenamientos jurídicos a las reglas de la Tierra, apareciendo, por ejemplo, la idea de *calidad de vida*. Entre los *Principios* sancionados en la Conferencia de Estocolmo se incluye en primer lugar la convicción de que «el hombre tiene el derecho fundamental a la libertad, a la igualdad y al disfrute de condiciones de vida adecuadas en un medio de *calidad* tal que le permita llevar una vida digna y gozar de bienestar y tiene la *solemne obligación de proteger y mejorar el medio para las generaciones presentes y futuras*», relacionando así los derechos y obligaciones de las futuras generaciones con los problemas derivados de planteamientos medioambientales y ecológicos<sup>31</sup>.

Desde que el biólogo alemán Erns Haeckel utilizó, por vez primera, el término «ecología» en 1868, en un estudio sobre plantas<sup>32</sup>, las ciencias biológicas han ido dando una importancia mayor al estudio del fenómeno ecológico hasta llegar en 1921 a hablarse de una *ecología humana*<sup>33</sup>.

Quizá lo más destacable haya sido que «la aparición de la ecología humana ha

<sup>31</sup> Cfr. MARTÍN MATEO, *op. cit.*, pp. 98-99, en donde también se citan: RUBIO CERNÍ, «Medio ambiente y calidad de vida», *Revista Valenciana d'Estudis Autònomicos*, n.º 10/1988; CALDWELL, *International Environmental Policy*, Duke University Press, Durham, 1984; ONU, *Report of the United Nations Conference on the Human Environment*, Document A/Conf. 48/14 Rev. cap. 1, New York, 1979, recogido en FUENTES BODELÓN, *Calidad de vida, medio ambiente y ordenación del territorio. Textos internacionales*, I, CEOTMA-CIFCA, Madrid, 1982.

<sup>32</sup> *History of Creation*, cit. por A. H. HAWLEY, *Human Ecology* (trad. esp. Tecnos, Madrid, 1975, p. 17). Hay una edición posterior titulada *Human Ecology. A Theoretical Essay*, VCP, Chicago, 1986 (trad. esp., *Teoría de la Ecología humana*, Tecnos, Madrid, 1991). Sin embargo, la ecología como ciencia no se consolida hasta principios de siglo, con la aparición de manuales como los de Eugenius WARMING, *Oecology of Plants* (1909), F. F. CLEMENTS, *Research Methods in Ecology* (1905) y *Plant Physiology and Ecology* (1907). Sobre el concepto de ecología puede verse también el texto resumido de N. M. SOSA, *op. cit.*, pp. 23-36.

<sup>33</sup> Cfr. R. E. PARK y E. W. BURGESS, *An Introduction to the Science of Sociology*, Chicago, 1921, pp. 161-216, cit. por A. H. HAWLEY, *op. cit.*, pp. 21-22.

significado una extensión lógica al estudio del hombre, del sistema de pensamiento y las técnicas de investigación desarrollados en el estudio de la vida colectiva de los organismos inferiores». Por lo que se ha definido la *ecología humana* como «el estudio de la forma y el desenvolvimiento de la comunidad en la población humana»<sup>34</sup>, afectando a las relaciones entre distintas generaciones.

Así, la ecología se nos muestra hoy como *un universo de relaciones*<sup>35</sup>, y al considerar al ser humano en su ser íntegro podemos proyectar ese universo hacia la naturaleza y los otros seres sentientes, hacia los demás seres humanos y hacia Dios.

La relación más inmediata y próxima, desde un punto de vista puramente empírico, se da con la naturaleza y con los demás seres sentientes no humanos. De aquélla y de éstos necesitamos para vivir. Por otra parte, desde un punto de vista ontológico y óntico, estamos necesitados de la relación con los demás seres personales, porque los hombres y las mujeres —*sociales y sociables, inmanentes y trascendentes*— no podemos dejar de exigir la presencia de *otros* y del *Otro*. Sin embargo, el ser conscientes de y libres para el propio cuidado, *la exigencia del cuidado de uno mismo para los otros y la del de los otros*, es decir, la sociabilidad, aparece ausente muchas veces de la vida social<sup>36</sup>.

Por otra parte, es patente, a lo largo de la historia, que los seres humanos —individual o colectivamente— han buscado o mantenido, de alguna forma, una relación con lo divino o sagrado y con Dios<sup>37</sup>, encontrando en ella el sentido de la propia vida y de la realidad en que consiste su entorno.

Cuando una persona mantiene una libre y equilibrada proyección en esa triple relación, entonces utilizaría su humanidad en toda su plenitud, ya que —en ese *universo de relaciones* en sentido amplio— el entorno adecuado, *el medio ambiente* —es decir, el ambiente o entorno que el ser humano necesita como *medio* para realizar su vivir—, estaría constituido por una naturaleza física, unos seres sentientes no humanos, otros seres humanos y Dios y el mundo sobrenatural. Ésa sería la *morada* del hombre y de la mujer. Ése, el entorno de la proyección de su libertad.

Por ello se puede decir que todo ser humano, si existe alguna igualdad básica universal, posee como *morada propia toda la realidad*, la cual es el *lugar común* de

<sup>34</sup> Cfr. HAWLEY, *op. cit.*, p. 80.

<sup>35</sup> *Ibid.*, p. 23. Desde una perspectiva medioambiental, nuestra postura se acercaría al *paradigma NEP* de CATTON y DUNLAP (cfr. G. SPAAGAREN y A. MÖL, *Epilog, Internationale milienamenweitangen de toekomt*, International Milienbeleid, SDU, La Haya), en el sentido de que «el hombre es excepcional (*distinto*), pero interdependiente, inmerso en un sistema global de relaciones complejas que da a sus acciones un elevado índice de incertidumbre (*son relaciones de libertad*) y que vive en un mundo biológico finito sujeto a leyes ecológicas» (cit. por J. P. ADAN, «La sociología y los sociólogos frente a los problemas medioambientales», *Papers*, Valencia, 1991; los paréntesis no figuran en el original).

Sin embargo, un universo de relaciones como el que proponemos muestra insuficientes no sólo el modelo citado, sino también los modelos *POET* de O. DUNCAN (población-organización-medio ambiente-tecnología), el de HAWLEY (ecosistema-población-medio ambiente) o el modelo *PISTOL* (población-información-espacio-tecnología-organización-nivel de vida), si bien desde una perspectiva puramente sociológica podrían ser aceptables (*ibid.*).

<sup>36</sup> Cfr. J. BALLESTEROS, *Sobre el sentido del Derecho*, Tecnos, Madrid, 1990, pp. 125-130.

<sup>37</sup> De Dios hemos recibido directamente una responsabilidad por la naturaleza que nos la ha confiado para un uso sensato. Según PATZIG, esta obligatoriedad objetiva no es universalizable, pero no explica el porqué.

Por otro lado, para SPAEMANN, «sólo cuando el hombre supere hoy la perspectiva antropocéntrica y aprenda a respetar la riqueza de lo viviente, como un valor en sí, sólo en una relación religiosa con la naturaleza, cualquiera que sea su fundamentación, estará en condiciones de asegurar a largo plazo las bases de una existencia humanamente digna para el hombre» (PATZIG, *op. cit.*, p. 198).

realización humana de toda persona, entendido este término en un sentido ontológico<sup>38</sup>.

Es precisamente esa realidad la que *se ha de repartir* para satisfacer las necesidades o exigencias básicas de justicia de todos los seres humanos y, como esa realidad ha de contener *recursos necesarios para todos* y, por tanto, para todas las generaciones, incluso las que aún no existen<sup>39</sup>, el Derecho se hace presente en la vida humana con el fin de armonizar el contraste existente entre la necesidad que se tiene de la naturaleza, del ser humano y de Dios, la ausencia de un auténtico cuidado o respeto hacia uno mismo y hacia ellos, junto con el hecho de que los recursos sean limitados. De esta forma el sentido del Derecho en la vida humana sólo puede encontrarse como exclusión de la discriminación y de la violencia, como repetidamente ha puesto de relieve Ballesteros<sup>40</sup>. Este sentido del Derecho nos permite también contemplar más nítidamente la relación entre derechos, recursos y generaciones<sup>41</sup>, ya que es evidente que la solución que se dé a los problemas que surjan sobre éstas habrá de tener en cuenta la idea de progreso y la existencia de recursos<sup>42</sup>.

La idea de *progreso* ha llevado consigo una ampliación de nuestro horizonte temporal y mental. Pero Jonas diferencia entre la noción moral de responsabilidad y la idea según la cual la historia se realiza por un cierto proceso teleológico a largo plazo (aunque nosotros podamos acelerar posiblemente la llegada de la utopía por nuestros propios esfuerzos<sup>43</sup>). Hoy nos parece evidente que ha sido la confianza desmesurada en algún valor interno del progreso económico y tecnológico lo que ha producido muchos problemas y peligros sociales que se presentan ahora. Jonas parece estar en lo cierto cuando dice que los riesgos creados por la civilización tecnológica son tales que es su deber moral prevenirse contra ella misma, ser consciente de ellos y actuar en consecuencia. Entonces tendremos una conciencia más realista acerca de cuánto y cómo son afectados los intereses de las futuras generaciones<sup>44</sup>.

Si entendemos *progreso* como desarrollo cara al futuro, y *recursos* como medios para el progreso, entonces se nos muestra tan vacía de contenido la idea de un progreso o desarrollo ilimitado<sup>45</sup> —la misma idea de recursos nos remite a la de *límite*—

<sup>38</sup> Cfr. J. BALLESTEROS, «Derechos humanos: ontología versus reduccionismos», *cit.*

<sup>39</sup> Como dice VISSERT HOOFT, el problema de las obligaciones hacia las futuras generaciones es el problema de compartir los recursos y de encontrar una solución justa para el conflicto entre sus probables necesidades y nuestros deseos posibles.

<sup>40</sup> Cfr. *Sobre el sentido del Derecho*, *cit.*, especialmente pp. 126-130, pero es de obligada lectura el apartado 4 del Capítulo VI, así como el Apéndice II.

<sup>41</sup> CREIG, PIKE y SELBY relacionan, desde un punto de vista educativo, desarrollo, medio ambiente, paz y derechos humanos en *Earthrights, education as the planet really mattered*, WWF/Kogan Page, London, 1987 (trad. esp. ADENA-WWF/Cruz Roja Española, Ed. Popular, Madrid, 1991). En relación con nuestro tema, puede leerse en la p. 36 (ed. esp.), que «hacer una elección equivocada o arriesgada sobre el medio ambiente dejaría una triste herencia a las generaciones futuras».

<sup>42</sup> Para la crítica de la idea de progreso lineal, irreversible y necesario y del carácter ilimitado de los recursos, puede verse J. BALLESTEROS, *Postmodernidad: decadencia o resistencia*, *cit.*, pp. 35-42 y 25-34, respectivamente.

<sup>43</sup> Cfr. A. OLLERO, «Los derechos humanos entre el tópic y la utopía», *Persona y Derecho*, 22, 1990, pp. 159-179.

<sup>44</sup> Cfr. VISSERT HOOFT, *Obligations to Future Generations...*, *cit.*

<sup>45</sup> Hoy, frente a la idea de desarrollo ilimitado, aparecen otras, como la del «desarrollo sostenible» de Joseph HUBER (cfr. *Die Regenbogengesellschaft. Ökologie und Sozialpolitik*, Fisher, Frankfurt, 1985), que nos introduce en una ecologización de la economía que permitiría procesos de producción limpios, así como contar con la ecología como un factor de producción más. Esto es lo que se ha denominado «teoría de la modernización ecológica», habiéndose recogido en el *Informe de la Comisión Mundial para el Medio Ambiente y el Desarrollo*, 1987 (ed. esp., *Nuestro futuro común*, Alianza, Madrid, 1988).

como la de un progreso o unos recursos sin posibilidad de futuras generaciones. Porque ¿cómo podríamos hablar de progreso si no hubiera alguna certeza de que fueran a existir futuras generaciones? No habría beneficiarios de los logros de ese progreso. ¿Qué sentido tendría hablar de recursos para progresar si no hay generaciones que en el futuro participen de algún modo de ellos? ¿Qué sentido tendría hablar de logros de un progreso y de recursos para progresar si las generaciones futuras no tienen algún derecho sobre ellos? Pero si puede haber futuras generaciones, y podemos hablar de que éstas pueden tener algún derecho —al menos, sobre los logros del progreso y los recursos para progresar—, entonces nos podemos plantear que nosotros tengamos no sólo obligaciones en general con las futuras generaciones, sino también que podamos tener determinadas obligaciones concretas en relación con el progreso y con los recursos en vista del uso que de ellos puedan o *necesiten* hacer aquéllas, y además podríamos admitir que las generaciones que vengan después de nosotros puedan tener algún tipo de obligaciones con los que les entregaron los logros de este progreso y los recursos, como, por ejemplo, de respeto y de reconocimiento.

¿Podremos hablar incluso de derechos de las generaciones presentes sobre las que aún no han aparecido? ¿Cuáles y de qué tipo serían esos derechos? ¿Podemos hablar de obligaciones de las futuras generaciones con las generaciones anteriores?

En este punto, ayudará analizar la teoría de Patzig desde la *moral racional*<sup>46</sup>. Este autor toma como punto de partida la *protección del medio ambiente*, preguntándose en qué sentido es posible hablar de una obligación moral, bien definida, del hombre —considerado tanto individual como colectivamente— de proteger el medio ambiente en el que se encuentra.

Patzig acierta cuando afirma que la base de la argumentación moral es la necesidad humana de poder dar razón de la propia forma de actuar —necesidad que es originaria y que no puede fundamentarse racionalmente, si excluimos la ontología de nuestra reflexión filosófica—. Siguiendo el principio de generalización kantiano —y poniendo en negativo la *regla áurea*—, nadie puede pretender para sí el derecho a esperar de los demás una forma de comportamiento que él mismo no esté dispuesto a respetar<sup>47</sup>.

El planteamiento de Patzig podría resumirse en los cuatro apartados siguientes:

a) El punto de partida lo constituyen los principios de equidad y de solidaridad: «cada uno tiene que exigirse a sí mismo aquello que también esperaría de los otros en la misma situación y no debe exigir de ellos más que aquello que él también estaría dispuesto a hacer en una situación similar», y «quien tiene capacidad de rendimiento está obligado a ayudar a los miembros peor situados en la sociedad, por lo menos para que puedan satisfacer sus necesidades primarias».

b) Sólo existen principios morales en la medida en que pueden ser explicados racionalmente y constatados empíricamente, excluyendo argumentaciones metafísicas o religiosas.

c) Sí se puede hablar de derechos de las futuras generaciones y, por tanto, de

<sup>46</sup> Cfr. G. PATZIG, *Okologische Ethik-innerhalb der Grenzen blosser Vernunft*, cit.

<sup>47</sup> El principio de universalidad ha sido desarrollado por Leonard NELSON y Richard M. HARE, entre otros, en *Freedom and Reason*, Oxford, 1963. Vid. también I. KANT, *Grundlegung zur Metaphysik des Sitten*, ed. de la Academia, IV, pp. 421 ss.

obligaciones de nosotros para con ellas. Hay una ampliación de la responsabilidad moral más allá del círculo de las personas actualmente vivientes, la cual es la raíz de la obligación racionalmente fundamental que tenemos frente a nuestros descendientes.

Esta ampliación se refiere a cuestiones relacionadas con la explotación de materias primas, la contaminación ambiental y la protección biológica de las especies; pero también hace referencia al envejecimiento de la población, lo que supondrá una carga sobrehumana para pocos frente a la incapacidad de muchos.

Ningún argumento racional puede obligarnos a desplazar nuestras propias necesidades existenciales frente a las de las futuras generaciones, pero los intereses existenciales de éstas tienen manifiestamente prioridad frente a intereses menos urgentes que nosotros podríamos satisfacer ahora.

d) No se puede concluir desde la *moral racional* que tengamos obligación de mantener las futuras generaciones.

Este último principio nos parece, sin embargo, el más débil de la argumentación de Patzig, ya que, si parece razonable conservar las especies, incluso por razones meramente de utilidad, y si parece razonable conservarlas en aras de algo o alguien que no sean ellas mismas, parece que se podría admitir absolutamente razonable conservar la especie humana, también incluso por razones prácticas: es el ser humano el único que puede recabar la información, interpretarla, y aplicarla una vez reelaborada, para un bien mayor de la misma naturaleza y, al mismo tiempo, para sí mismo; o por razones trascendentes: desde el valor de la dignidad humana hasta el valor del producto de su trabajo; o por los demás seres humanos.

Por otra parte, el juego de las ideas *progreso-desarrollo-recursos* exigirían una *continuidad pensante* que sólo podría darse mediante la continuidad generacional, ya que otra solución conduciría al absurdo de tener que admitir la posibilidad de una *interrupción voluntaria de la historia*, idea tan irracional como la de la posibilidad de admitir un *autoholocausto global* incluso desde la idea moderna de progreso, ya que ésta implica el desconocimiento de la meta final del mismo, de forma que se hace aún más necesaria la continuidad generacional: las generaciones futuras pueden aproximarse a lo que nosotros no podemos lograr por la escasez de tiempo corporal. Sólo el *logro final* da sentido a la idea de progreso y, por ahora, el fin del progreso para nosotros sigue siendo utópico. Como consecuencia de todo lo anterior, más la consideración de la *temporalidad* entendida como continuidad entre pasado-presente-futuro y su relación con el mismo concepto de Derecho, como ha puesto de relieve Ballesteros, vemos insuficiente una idea de un progreso que se viera reducido al presente<sup>48</sup>.

<sup>48</sup> Cfr. J. BALLESTEROS, *Sobre el sentido del Derecho*, cit., pp. 130-136.

Por otra parte, la institución de la herencia nos permite pensar, de un modo análogo, que las futuras generaciones podrían adquirir derechos que nosotros les transmitamos.

Así, L. Díez-PICAZO y A. GULLÓN (*Sistema de Derecho Civil*, IV, Tecnos, Madrid, 1990, pp. 323 ss.), por ejemplo, afirman que, «prescindiendo de toda ideología política, la sucesión por causa de muerte responde en cualquier caso a una necesidad social que se encuentra en la necesidad de la seguridad, que exige la continuidad en las relaciones jurídicas. Si la muerte, dice CICU, supusiera la extinción de las relaciones jurídicas que tenía el difunto, se produciría una grave inseguridad en la vida jurídica; los bienes se harían *nullius*, se extinguirían los *iura re aliena*, los créditos y las deudas, beneficiándose así sin causa los propietarios y deudores y perjudicándose los acreedores».

«Supuesta la necesidad del fenómeno hereditario, en su organización jurídica juegan ya criterios de política jurídica; que será muy distinta según la relevancia que se dé a factores como el interés familiar, la perpetuación de la propiedad individual o los intereses sociales» (p. 323).

## 4. RECIPROCIDAD O RESPONSABILIDAD CON LAS FUTURAS GENERACIONES

Al no existir aún las futuras generaciones, algunos dudan de que éstas puedan tener derechos, ya que nadie tendría obligaciones para con ellas.

Las doctrinas contractualistas, por ejemplo, al basar la existencia de la sociedad en un pacto mediante el cual se crea ésta y el poder político, exigen una reciprocidad de derechos y deberes entre los que *pactan* o *contratan*<sup>49</sup>. Sin embargo, estas teorías son ya insuficientes para explicar muchas cosas y, en concreto, cuál sería la solución al problema de los derechos de las futuras generaciones<sup>50</sup>.

Jonas, recordando la vieja discusión sobre la necesidad de que exista un contexto de recíproca interacción entre individuos para hablar de obligación —el elemento que faltaría en nuestras relaciones con las futuras generaciones—, advierte que tendremos que encontrar una *nueva categoría de relación*, porque la que solemos utilizar se muestra insuficiente<sup>51</sup>.

Tampoco se puede argumentar debidamente partiendo de un *egoísmo generacional*, del que ya se ha hablado, pues utiliza la ventaja que uno tiene —como generación que vive— mientras que se desconocen las elecciones vitales de personas futuras, lo cual podría plantear problemas jurídico-políticos, especialmente en los sistemas democráticos.

Incluso desde un punto de vista utilitarista<sup>52</sup>, sería difícil rechazar que, al

También, por ejemplo, las repercusiones hereditarias de títulos nobiliarios nos lleva a un conocido texto de ORTEGA en el que relaciona la nobleza del padre con la nobleza del hijo, la cual sería un puro beneficio, «porque su padre logró ser famoso». Sin embargo, a la vista del ejemplo que pone ORTEGA de la inversión en el orden de la transmisión de la nobleza que se daba en Oriente, según el cual «no es el padre quien ennoblece al hijo, sino el hijo quien, al conseguir la nobleza, la comunica a sus antepasados», ¿podríamos pensar que, en algunas culturas, podría darse una especie de adquisición de derechos eficaces por parte de antepasados, por actos de sus descendientes, derechos que son reconocidos y tienen su eficacia en el momento histórico de la existencia de generaciones posteriores? (cfr. J. ORTEGA, *La rebelión de las masas*, 34.ª ed., Revista de Occidente, Madrid, 1960, p. 111). Por otra parte, parece que lo que hoy nos daría nobleza respecto de las futuras generaciones sería, en primer lugar, permitirles que existieran; posteriormente, que pudieran heredarlos, y, por último, que pudieran heredar algo acorde con su dignidad de seres humanos.

<sup>49</sup> Sobre el contractualismo y el neocontractualismo, la bibliografía es muy amplia, como es sabido. Baste citar aquí, a modo de ejemplo: J. RAWLS, *A Theorie of Justice*, cit.; el estudio realizado y los textos recogidos por M. A. RODILLA en *Justicia como equidad. Materiales para una teoría de la justicia*, Tecnos, Madrid, 1986; N. BOBBIO, *Contratto sociale, oggi*, Guida, Napoli, 1980, o los trabajos editados por D'AGOSTINO en *Materiali sul neocontrattualismo*, Ed. Universitarie Jaca Book, Milano, 1988.

<sup>50</sup> Si una idea de derecho incluye necesariamente la de reciprocidad, entonces se habría de plantear el problema de la capacidad jurídica, siendo difícil incluir a los no nacidos aún, a los niños pequeños, a los deficientes mentales, a algunos ancianos, etc., sin contar a los que carecen de lo necesario y no están incluidos en el sistema económico-retributivo postindustrial, o aquellos países —pueblos enteros— que no pueden hacer frente a las deudas contraídas con los países ricos o acreedores.

Cfr., en este sentido, J. BALLESTEROS, «Derechos humanos: ontología versus reduccionismos», cit., pássim; nuestro trabajo «Monopolización del poder, objeción de conciencia y consecución de la paz», *Anuario de Filosofía del Derecho*, II, 1985, pp. 95-104; AA.VV., «Derecho, paz y violencia», *Anuario de Filosofía del Derecho*, IV, 1985, parte I, pp. 6-216. Vid. también, entre otros: S. AMIN, *Le développement inégal*, trad. esp. Planeta-Agostini, Barcelona, 1986, y J. SEREULLE y J. BOIN, *Deuda externa y crisis mundial*, IEPALA, Madrid, 1984.

Sobre la «crisis» de la idea de reciprocidad en la andadura europea, a la que se contraponen la noción de exigencias comunitarias, ver: A. CASSESE, *op. cit.*, pp. 207-209.

<sup>51</sup> H. JONAS, *Das Prinzip Verantwortung*, cit., IV, II, 1 ss.

<sup>52</sup> Recordemos cómo para HUME la utilidad es el resultado de la unión entre el egoísmo humano y la escasez de bienes con que la naturaleza dota a la especie y por lo que se origina la justicia. Cfr. A. *Treatise of Human Nature*, L. III, 2.ª p., sec. 2.ª, L. A. Selvy-Bigge, Oxford Univ. Press, 1888 (trad. esp. F. DUQUE, Tecnos, Madrid, 1988).

menos, la *regla áurea* no tuviera validez para las futuras generaciones, más aún hoy día en que la preocupación por el medio ambiente y los derechos humanos es objeto de la atención de la ética, del Derecho, de la economía, de la biología, de los programas políticos o de los medios de comunicación.

Aplicando la cláusula de mantener y progresar en lo que favorece, y evitar lo que perjudica, podría aclararse el horizonte de los problemas planteados, porque, aunque las palabras «favorecer» y «perjudicar» tengan que ser valoradas desde nuestro propio nivel histórico y cultural, sin embargo hacen referencia a la idea de *responsabilidad*. Así, para Barry, «lo que pide la justicia [...] es que toda serie de oportunidades abiertas no puedan ser reducidas para las sucesivas generaciones. Si alguna que esté abierta se cerrase, por reducción u otro irreversible suceso para el medio ambiente, otras deberían ser creadas [...], inventadas»<sup>53</sup>.

Barry acepta, en este sentido, una concepción de la justicia que puede servirnos para hablar de una justicia entre distintas generaciones: *la justicia como igualdad de oportunidades*.

Ésta nos daría un criterio para la inicial distribución de recursos naturales (el argumento de Barry se refiere a la justicia entre naciones). La noción de *justo acceso a los recursos* puede también ser desarrollada más allá del contexto de la justicia como reciprocidad, porque las distribuciones injustas pueden tener lugar tanto fuera del tiempo como del espacio.

Visser't Hooft entiende la fórmula que propone Barry para una *justicia entre distintas generaciones* como un *resultado*. Ahora bien, si Barry acierta al exigir encontrar, en nuestras comunes ideas sobre la justicia, una base conceptual semejante para la justicia entre generaciones, sin embargo, la justicia como igualdad de oportunidades, en realidad, puede tener un amplio número de significados, los cuales son independientes de la noción de reciprocidad, aunque a veces la complementen.

Así, la *justicia social*, como es entendida normalmente, parecería implicar que la sociedad tiene que encargarse de que sus miembros tengan un mínimo de condiciones materiales, educativas, etc., para el ejercicio de la libertad individual, idea que sería antecedente a la de reciprocidad. Pero, si es verdad que «la proporcionalidad entre inversión y beneficio se encuentra en el corazón de la justicia distributiva»<sup>54</sup>, el objetivo de la justicia social es asegurar que la *inversión* —por ejemplo, alguna contribución individual a la empresa común— sea absolutamente posible.

Una propuesta semejante la encontramos en la lucha contra la discriminación y los *handicaps* de cualquier naturaleza: la justicia pretende ser tan igual como posible. Pero entonces no es verdad que la *Teoría de la Justicia* de Rawls, por ejemplo, hable sólo de justicia como reciprocidad.

Por otra parte, uno puede tener mucho interés en que la gente tenga un reparto *justo* de oportunidades para su autorrealización, sin convertir en una condición el que se contribuya de alguna forma al intercambio social (aunque uno espere que se dé una contribución de ese tipo). O pensar que las futuras generaciones querrán vivir decentemente, sólo porque es propio de la condición humana.

Sin embargo —continúa Visser't Hooft—, el hecho de que podemos encontrar, en nuestras ideas comunes, la fórmula necesaria para resolver la cuestión de la justi-

<sup>53</sup> Cfr. B. BARRY, «Circumstances of justice and future generations», en BARRY y SIKORA, *Obligations to future generations*, cit., p. 243. Para la crítica que BARRY hace a RAWLS, puede verse también «Rawls on Justice», 1 y 2, en *Theories of Justice. A Treatise on Social Justice*, I, Harvester-Wheatheaf, London, 1989, pp. 179-254.

<sup>54</sup> Cfr. «Justice as reciprocity», en *Justice (Ideas and Ideologies)*, Eds. Kamenka, Barry, Arnold, London, 1979, en *Theories of Justice...*, cit., p. 52, nota 8.

cia entre generaciones no nos basta, ya que justicia puede no significar nada excepto cuando se den ciertas circunstancias, «las cuales hagan posibles y necesarios ambos tipos de cooperación humana»<sup>55</sup>. De acuerdo con Rawls —el cual sigue a Hume—, estas circunstancias pueden dividirse en dos grupos: a) condiciones objetivas: los individuos coexisten juntos al mismo tiempo en el mismo territorio, tienen un poder físico y mental semejante, son vulnerables a los ataques y viven bajo condiciones de escasez moderada; y b) circunstancias subjetivas; aunque las partes tengan vulnerabilidad, necesidades e intereses semejantes, o necesidades e intereses complementarios en distintos campos, de tal modo que es posible la mutua cooperación ventajosa entre ellos, sin embargo, tienen sus propios proyectos, los que les lleva «a tener diferentes fines y propósitos, y a hacer reclamaciones conflictivas sobre los recursos naturales y sociales disponibles»<sup>56</sup>.

En opinión de Barry y de Visser't Hooft, que van más allá que Rawls, éste hace a las futuras generaciones parte de su teoría. Como resultado lógico, él tiene que admitir que las partes en la *posición original* conocen que son contemporáneos («presentes en el momento del comienzo») <sup>57</sup>. La justicia entre generaciones (que Rawls ve en términos de una justicia que salva los principios) sería entonces condicional sobre futuros intereses, siendo tomados primero en consideración a través de una *asunción motivacional* que hace a las partes, en la posición original, cuidar por el bienestar de sus inmediatos sucesores (al menos de las dos generaciones siguientes). Pero, en el sistema de Rawls, y en relación con nuestro tema, no parece que se pueda hablar de justicia *entre* generaciones presentes y futuras, sino de justicia *para* con generaciones futuras como fruto de algún sentimiento natural <sup>58</sup>.

Jonas, por su parte, basará la posibilidad de la existencia de derechos de las futuras generaciones en el *principio de responsabilidad*: seríamos responsables no sólo de los que conviven con nosotros, sino también de los que vinieran después de nosotros. Jonas se pregunta *por qué nosotros debemos preocuparnos acerca del futuro*, y pone ante nosotros un *principio de responsabilidad*, según el cual debemos anticiparnos con nuestras acciones a aquél <sup>59</sup>. Este principio se explica por una norma más alta que actúa como fuente de preocupación moral. La responsabilidad que tenemos es la de dar respuesta al requerimiento moral del *Dasein*: la existencia del hombre en este planeta puede estar en peligro. Se trata de una norma fundamental, la cual gobierna nuestro deber: asegurar las condiciones de vida futura compatible con la dignidad humana. Esto no quiere decir una mera perpetuación biológica de la especie humana, sino que se trata de considerar al hombre como un *agente moral libre* que puede ejercitar su libertad. Nosotros estamos comprometidos moralmente a darnos cuenta de los riesgos que estamos creando a través de la continua extensión de los diferentes poderes sociales.

<sup>55</sup> Cfr. J. RAWLS, *A Theory of Justice*, cit., p. 126.

<sup>56</sup> *Ibid.*, p. 127.

<sup>57</sup> *Ibid.*, pp. 138, 292.

<sup>58</sup> Cfr. B. BARRY, *Theories of Justice...*, cit., p. 192. Las obligaciones de justicia se contraerían con los presentes, aunque el beneficiario fuera alguien no existente aún.

<sup>59</sup> No hay que olvidar que JONAS pretende un proyecto de fundamentación de una ética orientada ecológicamente y que la idea de fondo consiste en la imposibilidad de lograr que sea vinculante una ética para la cual el ser se conciba como ateleológico y avalorativo (cfr. la «Introducción» de Pier Paolo PORTINARO a la trad. ital. del libro de Hans JONAS, *Das Prinzip Verantwortung*, cit.; Einaudi, Torino, 1990).

Recordemos también cómo, siguiendo a JONAS, VISSERT' HOOFT consideraba la responsabilidad como un principio moralmente relevante, a la hora de hablar de las futuras generaciones. Desde otro punto de vista, también LLOMPART incluía entre los problemas aún por solucionar, y que están relacionados con la idea de indisponibilidad de los derechos, la responsabilidad sobre el futuro de nuestro planeta.

Jonas justifica su norma fundamental viendo una implicación ontológica en la idea de hombre, que nos llama ineludiblemente a su incorporación en la realidad, negando una separación absoluta entre ser y deber ser.

### III. CONCLUSIONES

A la vista de lo expuesto hasta aquí, podemos afirmar que es posible hablar —desde un punto de vista no sólo ético, sino también jurídico— de *derechos de las futuras generaciones*. También queda apuntada la existencia de *obligaciones de las futuras generaciones* para con las generaciones anteriores, así como de *derechos y obligaciones de las generaciones presentes para con las futuras*, si bien no como consecuencia de una *reciprocidad*, sino de modo más bien semejante a la herencia de un patrimonio común perteneciente a *todas las generaciones*.

En segundo lugar, hablar de los *derechos de las futuras generaciones* nos enfrenta con la *configuración de la totalidad de lo real como medio ambiente propio* para la realización completa del ser humano y como *exigencia para una, también completa, proyección de su libertad*. Por otra parte, la idea de *medio ambiente* propuesta implica su relación con actitudes de *responsabilidad* y de *universalización*, exigidas a su vez por un sentido del Derecho que supera la idea que sobre éste ha elaborado la ciencia moderna <sup>60</sup>.

Hemos advertido que el resultado de un desarrollo en profundidad de las cuestiones anteriores afecta a los conceptos de justicia, de derechos humanos, de Derecho e incluso al concepto teórico de democracia.

En efecto, un principio básico de la democracia es el de poner la capacidad de decisión en manos de las mayorías, poder que encuentra el necesario equilibrio en el respeto de las minorías. Si se pudiera afirmar que las minorías con mayor necesidad

<sup>60</sup> Las aporías de la ciencia moderna han sido puestas de relieve por muchos autores, y los escritos sobre ellas son numerosos. En nuestro ámbito, citaremos a J. BALLESTEROS, *Sobre el sentido del Derecho*, cit., pp. 19-29, y *Postmodernidad: decadencia o resistencia*, cit., pp. 17-68. Por su parte, L. POLO (*op. cit.*, pp. 28 ss) recuerda el «trilema del barón de Münchhausen», que hace referencia al fundamento, a la coherencia o consistencia y a la discursividad continua. Para este autor, si la ciencia físico-matemática, como procedimiento para solucionar problemas, carece de fundamento, es que no sabemos por qué pensamos como pensamos; si no es un sistema completo, la ciencia no se mantiene a sí misma según su propia consistencia y, si no evoluciona con una discursividad continua, ha aparecido sin que se pueda dar razón de su porqué. Todo ello nos enfrenta, una vez más, a la relación entre razón práctica, ciencia moderna y Derecho, y al problema de la racionalidad y el razonamiento jurídico. Cfr. N. MACCORMICK, «The Limits of Rationality in Legal Reasoning», en N. MACCORMICK y O. WEINBERGER, *An Institutional Theory of Law*, Reidel, Dordrecht, 1986, pp. 189-206 (trad. esp. en AA.VV., *Derecho y Moral*, Ariel, Barcelona, 1990, pp. 9-22).

Por otra parte, la dificultad de encontrar la clave de resolución de los problemas sociales ha sido puesta de manifiesto por POLO con otro trilema, el denominado «hiatrogénico» (*op. cit.*, pp. 37 ss.), mediante una comparación entre las enfermedades del ser humano y las enfermedades sociales, según los pasos siguientes:

1. «El enfermo no puede poner nada de su parte para curarse, todo lo ha de hacer el médico» (Galeno): totalitarismo.
2. «El concurso del médico es accidental» (Hipócrates): liberalismo.
3. «Es mejor estar sano que enfermo, pero no sabemos qué es exactamente la salud porque nunca ha habido nadie completamente sano»: la sociedad del futuro será la mejor (utopía).

Ni el totalitarismo —en el que todo lo hace el Estado—, ni el liberalismo —en el que la competitividad y el afán de éxito permite a los más fuertes y capacitados mejorar a costa de los más débiles—, ni la utopía —que nos remite a una sociedad mejor que no sabemos en qué consistirá— son soluciones válidas para las llamadas enfermedades sociales.

de atención son las que carecen de cualquier medio para hacer oír su voz, queda claro que las futuras generaciones, pudiendo tener una relación de carácter moral y jurídico con nosotros, carecen en absoluto de cualquier medio para participar en decisiones democráticas que podrían afectar incluso a su misma existencia, aunque se salve su presencia en la conciencia moral y, vagamente, en algunos textos jurídicos internacionales o constitucionales, entre los que cabe destacar la elocuencia de la Constitución japonesa, para la que los «derechos humanos fundamentales [...] son conferidos a los miembros de ésta y de futuras generaciones en calidad de derechos eternos e inviolables», los cuales, constituyendo, «el fruto de la lucha secular del hombre por su libertad, han superado muchas duras pruebas de permanencia y se confieren en depósito a la presente generación y a las generaciones futuras, para que los conserven inviolados por siempre jamás»<sup>61</sup>; o a nivel internacional, el borrador de la reciente *Charter on environmental rights and obligations of individuals, groups and organizations*, en la que se menciona expresamente el derecho de todos los seres humanos a un medio ambiente adecuado para su salud y bienestar, así como la responsabilidad de proteger el medio ambiente en beneficio de las generaciones presentes y futuras<sup>62</sup>.

La profundización en el estudio de los derechos de las futuras generaciones nos permite así salir al paso de también futuras formas de violación de los derechos humanos que, conocidas o no, están comprometiendo ya la existencia misma de la humanidad.

<sup>61</sup> Cfr. artículos 11 (Cap. III) y 97 (Cap. X), respectivamente, de la Constitución japonesa de 1947.

No hay que olvidar, en todo caso, que, si bien el contenido de esta Constitución «refleja en gran medida la influencia del pensamiento legal y de las instituciones angloamericanas, el concepto de los derechos humanos de ningún modo era nuevo ni extraño para Japón» (cfr. R. INAGAKI, «Los derechos humanos en Japón», en AA.VV., *Los fundamentos filosóficos de los derechos humanos*, Serbal/Unesco, Barcelona, 1985).

<sup>62</sup> Ginebra, marzo de 1991, *General Principles*, número 1: «All human beings have the fundamental right to an environment adequate for their health and well-being and the responsibility to protect the environment for the benefit of present and future generations.»

## APÉNDICES

# LA FUNCIÓN DEL JUEZ EN LA CREACIÓN Y PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS

CRISTINA GARCÍA PASCUAL

## I. INTRODUCCIÓN

El análisis de la función judicial, su contenido y sus características es un paso necesario para conocer el alcance real de los derechos humanos, pues, como es sabido, la última instancia jurídica de eficacia de un derecho se concreta siempre ante la institución judicial.

En las páginas que siguen queremos mostrar la importancia de la labor del juez tanto en la protección como en la determinación del contenido de los derechos fundamentales, a la luz de algunas de las distintas formas de positivación de los derechos humanos en el ordenamiento jurídico español.

Para ello partimos de una concepción de la función judicial de carácter creacionista, pero sometida al Derecho, esto es, discrecional y no arbitraria. Sostener que los jueces crean Derecho no significa postular una nueva función judicial desconocida en el mundo jurídico, sino reconocer una realidad, una práctica habitual e inevitable. Durante años la teoría del Derecho ha estado influida por doctrinas formallegalistas que, basadas en el principio de plenitud del ordenamiento jurídico, reducían el Derecho a la ley y el juez a un mero aplicador de ésta<sup>1</sup>. Sin embargo, hoy estas teorías han sido criticadas desde distintos puntos de vista, sufriendo importantes objeciones que hacen que resulte difícil mantener la ya tradicional descripción de la actividad judicial como mecánica cuando, muy al contrario, el juez desempeña un papel creador de normas y, en consecuencia, participa en el proceso de positivación de los derechos.

Desde esta perspectiva, podemos destacar tres de las distintas formas de consagración de los derechos humanos en nuestro ordenamiento: la Constitución, la ley y la jurisprudencia. La Constitución eleva ciertos derechos humanos a la categoría de normas supremas del ordenamiento con todas las consecuencias que conlleva esta ubicación jurídica. La ley complementa y desarrolla la Constitución y el catálogo de derechos recogidos en ella. La jurisprudencia y las decisiones cotidianas de los jueces actúan como última instancia positivadora de derechos. Tanto la Constitución

<sup>1</sup> En este sentido, cfr. A. RUIZ MIGUEL, 1985, p. 52, y G. PECES-BARBA, 1983, pp. 22 ss. Ambos autores critican estas teorías formal-legalistas y sostienen el carácter creativo de la función judicial como algo evidente, aunque matizable por las diversas acepciones del término «crear», en línea con lo señalado por G. Carrió. Peces-Barba contempla la creación judicial del Derecho desde la teoría del ordenamiento jurídico, es decir, desde la teoría que concibe el ordenamiento como formado por una pluralidad de normas en construcción gradual en la cadena de validez, y en la que las normas creadas por los jueces ocupan un lugar específico. Sin embargo, cabe señalar cómo la creciente importancia de la creación judicial del Derecho replantea el tema del puesto de las normas judiciales en la pirámide normativa o en la cadena de validez, e incluso cuestiona el valor de la estructura escalonada del ordenamiento en tanto en cuanto se acelera el proceso constante de creación normativa. Para Ruiz Miguel se debe matizar la alternativa creación/aplicación judicial: no estamos ante una alternativa tan tajante como sugiere la historia doctrinal. La realidad de la disputa procede, sin duda, de la propia dificultad de establecer dónde acaba el modelo de juez técnico y dónde comienza a funcionar el modelo de juez político.

como las decisiones judiciales o la ley, individualmente consideradas, son insuficientes para la defensa de los derechos humanos, pero en su conjunto constituyen un completo entramado de positivación y aplicación de tales derechos, una base necesaria para la correcta regulación y protección de los mismos.

En este capítulo nos centraremos en el estudio de la jurisprudencia, aunque sea necesario hacer algunas observaciones previas con relación a la Constitución y a la ley.

## 1. CONSTITUCIÓN Y DERECHOS HUMANOS

La Constitución española de 1978, y en consecuencia los Derechos humanos recogidos en ella, no es meramente una norma orientadora o programática, sino una verdadera norma jurídica superior en el orden jerárquico. Ello a pesar de que muchos de sus artículos estén redactados en términos vagos e imprecisos que podrían parecer más propios de declaraciones de principios no vinculantes que de normas jurídicas creadas para ser obedecidas y aplicadas. Sin embargo, y en contra de lo que podría pensarse, la indeterminación o abstracción de la norma es una característica de muchos textos constitucionales que son con bastante frecuencia fruto de consenso entre las diferentes fuerzas políticas de un Estado, que encuentran un punto de acuerdo en el margen que las normas indeterminadas ofrecen para la acción.

Los derechos fundamentales recogidos en el Título I de la CE aparecen formulados de forma heterogénea: algunos, como valores y principios; otros, como normas específicas, lo que nos obliga a plantearnos su respectivo alcance <sup>2</sup>.

1. Las normas específicas o casuísticas son aquellas en las que los supuestos de aplicación y las consecuencias jurídicas están tipificados en términos precisos, permitiendo al juez una aplicación de los derechos más fiel al texto legal y menos creadora, teniendo en cuenta, desde luego, los límites del lenguaje, es decir, el hecho de que, por muy específica que sea la norma, siempre precisa una interpretación, una tarea de comprensión lingüística, de mediación, por la que el intérprete trate de entender el sentido de un texto como una exigencia del lenguaje, y más del lenguaje jurídico, caracterizado por las notas de ambigüedad y generalidad. Ante las normas específicas el juez creará Derecho pero en el sentido más débil del término «crear» <sup>3</sup>.

2. Por otra parte, los valores y los principios son disposiciones abstractas aunque en distinto grado: los principios son las normas más generales, cuyo contenido prescriptivo expresa los valores o los fines subyacentes a las otras normas de un ordenamiento jurídico <sup>4</sup>. Ambas, principios y valores, utilizan términos que están lejos de ser unívocos, como igualdad, libertad o justicia, y, sin embargo, estas nor-

<sup>2</sup> Cfr. A. E. PÉREZ LUÑO, 1984, p. 286. Pérez Luño dedica un capítulo a la interpretación de los derechos fundamentales, considera que, al abordar el tema de la interpretación constitucional, es paso previo y obligatorio la distinción entre valores, principios y normas. Seguimos en estas páginas dicha distinción.

<sup>3</sup> Cfr. G. CARRÍO, 1976, pp. 79 ss. Los trabajos de Genaro Carrió pueden calificarse como paradigmáticos si se trata el tema de la creación judicial del Derecho. Carrió subraya la ambigüedad del término «crear» y cómo bajo el paraguas de la ambigüedad se produce el consenso ante una expresión cada día menos polémica: los jueces crean Derecho. Carrió arranca de la distinción entre el sentido fuerte y el sentido débil del término «crear».

<sup>4</sup> Cfr. M. JORI y A. PINTORE, 1988, p. 209. «La distinzione tra norme e principi non è assoluta: che una norma venga considerata un principio è una questione di grado che dipende dai valori ritenuti più importanti in una cultura giuridica.»

mas vinculan a los jueces como cualquier otra. Que una norma sea abstracta no exime al juez de su aplicación; tanto los valores como los principios no son meras declaraciones retóricas o postulados programáticos, puesto que, como hemos visto, abstracción y generalidad son características de lo jurídico en general y de los textos constitucionales en particular. A ello hay que añadir el hecho de que la Constitución española nace con voluntad de eficacia normativa de cada uno de sus artículos sin excepciones, voluntad especialmente manifestada respecto de los derechos humanos. Prueba de ello es la posibilidad de interponer recurso de inconstitucionalidad por la infracción de un valor o de un principio recogido en la CE <sup>5</sup> (SSTC 8/1983, de 18 de febrero, FJ3; 21/1981, de 15 de junio, FJ10; 32/1985, de marzo).

En cualquier caso las disposiciones constitucionales del título I que declaran o recogen los derechos fundamentales son, por regla general, un claro ejemplo de vaguedad y abstracción normativa; precisan, intencionadamente, una reelaboración y sistematización que perfeccione, aclare y complete el catálogo de derechos fundamentales, reelaboración en primer lugar legislativa, pero, necesariamente y en última instancia, judicial.

## 2. PODER LEGISLATIVO Y DERECHOS HUMANOS

Cuando se trata de definir el papel del legislador en la positivación de los derechos humanos, es común limitar su función al simple desarrollo garantista de estos derechos, cuya formulación se hallaría de forma inalterable en la Constitución y en los convenios y en declaraciones internacionales al respecto.

Sin negar que el marco principal de positivación de los derechos humanos es el constitucional, pensamos que el legislativo realiza una función muy superior a la atribuida normalmente por la doctrina. De entrada, resulta erróneo contraponer derechos frente a garantías institucionales, contraposición que parte, como muestra Baño León <sup>6</sup>, de un planteamiento reduccionista y, si no falso, por lo menos discutible; esto es, la identificación de los derechos fundamentales con los derechos subjetivos desde una visión de los derechos fundamentales, exclusivamente reducida a la clásica versión de los derechos como libertades defensivas, como ámbitos exentos de la acción estatal. Sin embargo, es difícilmente sostenible que en la Constitución de 1978 la expresión «derechos fundamentales» se identifique con la de «derecho subjetivo» o, si se prefiere, con la visión exclusivamente defensiva de los derechos fundamentales. La Constitución configura los derechos fundamentales en parte como «derechos defensivos», pero también en parte como garantías de ciertas instituciones o como mandatos al legislador que éste ha de concretar. Ello, entre otras

<sup>5</sup> Cfr. A. E. PÉREZ LUÑO, 1984, cit. p. 287. Subraya Pérez Luño la normatividad de los valores y su primacía hermenéutica hasta el punto de determinar la inconstitucionalidad de las propias normas constitucionales que contradigan su sentido.

<sup>6</sup> Seguimos en este punto el trabajo de J. M. BAÑO LEÓN, 1988, pp. 156 ss. En el origen del concepto de garantía institucional se sitúa la figura de Carl Schmitt, cuya teoría es elaborada en el contexto específico de la república de Weimar con un doble objetivo: «de un lado separar conceptualmente los derechos de libertad de las garantías institucionales; de otro, proclamar la sujeción del legislador al respecto de esas garantías consagradas en la Constitución [...]». Para Schmitt, los derechos fundamentales son absolutos. [...] se sitúan por encima del legislador.» Sin embargo, separar derechos fundamentales de garantías institucionales, en la situación político-jurídica actual, carece de sentido. Si bien la CE recoge garantías institucionales como derechos fundamentales, no es necesario subrayar que ambos conceptos, derecho fundamental y garantía institucional, son límites a la discrecionalidad política del legislador.

cosas, porque a menudo la garantía de ciertas instituciones u organizaciones es imprescindible del reconocimiento de ciertos derechos fundamentales. Así, garantía institucional se contrapone a derecho subjetivo, pero no a derecho fundamental.

Estas consideraciones nos conducen a resaltar la importante labor del poder legislativo en la positivación de los derechos humanos, derechos que requieren casi imprescindiblemente la acción del legislador para ser efectivos. Al legislador no le está reservada una función meramente aplicativa o garantista de la Constitución, sino una labor creadora capaz de actualizar el contenido de los derechos fundamentales.

A veces se lleva a cabo esta positivación legislativa a través de la creación y regulación de derechos no previstos en las normas constitucionales; ello es así por el progresivo aumento de las exigencias sociales que deben ser objeto de protección jurídica. En ocasiones, como veíamos antes, el legislador se limita a cumplir un mandato constitucional específico, el desarrollo legal de un derecho en concreto<sup>7</sup>.

De esta forma los derechos fundamentales pueden ser violados o vulnerados por la omisión legislativa de los mandatos constitucionales.

Tales omisiones legislativas serán difíciles de colmar con remedios jurídicos; sin embargo, el desarrollo legislativo de los derechos fundamentales no es un dato definitivo para analizar el nivel de protección o eficacia que alcancen estos derechos en los distintos ordenamientos. También de las leyes se pueden predicar, cada día con mayor evidencia y por razones sobradamente conocidas, la falta de determinación y excesiva generalidad que vacía a menudo las normas de contenido; se trata de la llamada «crisis de la ley» junto con la devaluación de la instancia legislativa en el conjunto de los poderes del Estado y de nuevo la necesidad de las distintas fuerzas parlamentarias de llegar a un consenso, con frecuencia, a cualquier precio, consenso que, a falta de un compromiso real, se mantiene en el plano de la ambigüedad en un intento de alejar cualquier crítica. A pesar de ello, insistimos, no se puede deducir sin más una eficacia atenuada o relativa, cuando no inexistente, de la falta de desarrollo normativo de algún precepto constitucional, porque también el poder judicial interviene inevitablemente en la reelaboración y determinación de los derechos.

La experiencia alemana pone de manifiesto cómo partiendo de un pequeño conjunto de normas imprecisas e indeterminadas se pueden conseguir a través de la verificación jurisprudencial unos resultados satisfactorios en la concreción y eficacia de los derechos humanos<sup>8</sup>. Los jueces alemanes fueron conscientes de su responsabilidad, de su función creadora de normas jurídicas, en aquellos casos en que el legislador no desarrolla los derechos contenidos en la norma fundamental incumpliendo el mandato constitucional, o cuando, habiéndolos desarrollado, las normas establecidas no han respetado los principios constitucionales. Así, el Tribunal Constitucional Federal, como pone de relieve Cascajo Castro, ha convertido en justiciables —basándose, por ejemplo, en el derecho fundamental al libre desarrollo de la personalidad— situaciones que no constituirían por sí mismas derechos fundamentales protegidos por el amparo constitucional. Esta actitud judicial es el fruto de una concepción del principio de división de poderes; en clave de colaboración recíproca entre todos los poderes, por ello, como indica Pérez Luño; tal principio debe ser completado con el principio de subsariedad, en virtud del cual, cuando los órganos

<sup>7</sup> Cfr. A. E. PÉREZ LUÑO, 1984, p. 99, donde se advierte del peligro de desconstitucionalización del *status* jurídico-positivo de los derechos fundamentales por la vía de la remisión continua de nuestra ley superior a las leyes orgánicas.

<sup>8</sup> Cfr. J. L. CASCAJO CASTRO, 1988, pp. 81 ss.

legislativos no asumen la tarea de desarrollar y complementar positivamente las disposiciones constitucionales, tal tarea puede ser realizada por el juez.

## II. JURISPRUDENCIA ESPAÑOLA Y DERECHOS FUNDAMENTALES

Como hemos visto, la creación-protección de los derechos humanos es el fruto de un proceso normativo que se desarrolla en distintos niveles de la experiencia jurídica. El nivel de positivación judicial puede considerarse subsidiario respecto al nivel constituyente o legislativo, pero excepcionalmente principal, a menudo necesario y definitivo en sus dictados.

Pero ¿cuál es el alcance real de esta creación-protección? Nos centraremos en las páginas siguientes en esta cuestión a través de un análisis de la posición de la jurisprudencia interna e internacional sobre derechos humanos en nuestro sistema de fuentes. Advertimos aquí que la reflexión sobre la función judicial en la positivación de los derechos humanos nos llevará irremediablemente a un análisis general del valor de la jurisprudencia en nuestro ordenamiento jurídico que, a primera vista, parece, por demasiado general, apartado de nuestro planteamiento inicial, pero que consideramos necesario si queremos clarificar el alcance de estos derechos.

El valor vinculante de la doctrina jurisprudencial sobre derechos humanos y, consecuentemente, el alcance de la función judicial en este sector del derecho varían, como es sabido, según los países; en España la doctrina mayoritaria niega la vinculación del juez a la jurisprudencia, basándose en una interpretación, creemos que excesivamente literal, de los artículos 6 y 11 del Código Civil y 117 de la Constitución, que les lleva a concluir que el juez tiene un deber moral de sentenciar conforme a la doctrina del Tribunal Supremo, pero no un deber propiamente jurídico. Del artículo 1.1 («Las fuentes del ordenamiento jurídico español son la ley, la costumbre y los principios generales del derecho») y del artículo 6 («La jurisprudencia complementará el ordenamiento jurídico con la doctrina que, de modo reiterado, establezca el Tribunal Supremo al interpretar y aplicar la ley, la costumbre y los principios generales del derecho») parece deducirse la exclusión de la jurisprudencia del ordenamiento jurídico. Por otra parte, el artículo 117 CE («La justicia emana del pueblo y se administra en nombre del Rey por Jueces y Magistrados integrantes del poder judicial, independientes, inamovibles, responsables y sometidos únicamente al imperio de la ley») es otro de los argumentos que algunos autores, como Vives Antón, consideran decisivos en esta cuestión. Así, este penalista y catedrático en la Universidad de Valencia afirma: «el poder judicial tiene serios motivos para no sentirse ligado por la doctrina del Tribunal Constitucional, pues la Constitución se cuida de precisar que los jueces se hallan sometidos únicamente al imperio de la ley»<sup>9</sup>. La jurisprudencia así entendida es algo ajeno al ordenamiento.

Pensamos, sin embargo, que lo determinante a la hora de examinar el valor vinculante de la jurisprudencia no es en modo alguno el calificativo que se le aplique, sino las consecuencias que se conecten a su infracción<sup>10</sup>. La superación de los paradigmas positivistas que asimilaban erróneamente el derecho a la Ley nos permite calificar a los tribunales como órganos de producción jurídica que no se limitan a

<sup>9</sup> Vid. T. S. VIVES ANTÓN, p. 10.

<sup>10</sup> Vid. I. DE OTTO, 1987, p. 298. En este trabajo seguimos ampliamente su análisis.

reproducir los textos legales y cuya jurisprudencia es, pues, parte del ordenamiento jurídico.

Nuestro ordenamiento jurídico establece que, sea cual sea el calificativo que se aplique a la jurisprudencia, la sentencia que la infrinja podrá ser sancionada con la anulación, lo que sólo es posible porque el ordenamiento considera que la sentencia es antijurídica y, por tanto, que la jurisprudencia forma parte de las normas cuya infracción acarrea una consecuencia, esto es, forma parte del Derecho<sup>11</sup>.

Esta conclusión plantea aún menos dudas ante la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, cuya eficacia resulta superior a la que pueda tener la jurisprudencia de cualquier otro órgano jurisdiccional. Las decisiones del TC pueden suponer una revisión también de la jurisprudencia del TS en materia de derechos y libertades en la medida en que la *ratio decidendi* del órgano de la jurisdicción constitucional se aparte de la doctrina mantenida por aquél. Con relación a la eficacia, hay que señalar, en primer lugar, los efectos especiales de las decisiones del TC derivados de lo dispuesto en los artículos 168 CE y 38-61 LOTC; estos efectos son «el valor de cosa juzgada», «los plenos efectos frente a terceros» y «la vinculación de todos los poderes públicos a las sentencias».

Respecto al último efecto surgen discrepancias entre la doctrina al determinar el alcance de la vinculación de los tribunales ordinarios a las sentencias del TC.

Mientras que para un sector de la doctrina la vinculación es sólo al fallo y sólo respecto a las sentencias que declaren la inconstitucionalidad de una norma con fuerza de ley, para otro sector la vinculación es tanto al fallo como a la interpretación, tanto a las sentencias declarativas de inconstitucionalidad como a las estimatorias.

No queremos aquí entrar de lleno en la polémica, pero sí explicar brevemente nuestra postura al respecto. Como señala Pérez Tremps<sup>12</sup>, «la distinción entre efectos del fallo y de su fundamentación supone dejar sin sentido la idea de vinculación», y olvidar que el TC es un órgano especial que actúa como el intérprete supremo de la Constitución. Tampoco se puede fundamentar la negativa a admitir la fuerza vinculante de la interpretación del TC en el artículo 117 CE, es decir, en la idea de que los jueces están sometidos únicamente a la ley y no a las sentencias u otro tipo de normas. La expresión «sometidos a la ley» es una vieja expresión decimonónica que debe ser entendida en el contexto actual. «Sometidos únicamente a la ley» es hoy sinónimo de sometidos únicamente al ordenamiento jurídico, del cual forman partes las sentencias, la jurisprudencia<sup>13</sup>.

En definitiva, como señala Prieto Sanchís<sup>14</sup>, la justicia ordinaria no está vinculada a la interpretación que proponga el TC en virtud de la doctrina del precedente, sino que está vinculada (art. 40.2 LOTC) porque dicha interpretación opera directamente sobre el ordenamiento jurídico, de modo que el significado de las normas es precisamente aquel que declara el tribunal.

Partiendo de estas consideraciones respecto a la jurisprudencia de los altos tri-

<sup>11</sup> Vid. I. DE OTTO, 1987, pp. 296-298.

<sup>12</sup> Cfr. P. PÉREZ TREMPs, 1985, pp. 263 ss. En palabras del propio autor: «Ciertamente fallo y fundamento son cosas distintas, pero son precisamente los caracteres de intérprete supremo y de órgano jurisdiccional especial que posee el Tribunal Constitucional los que conducen a que, como se ha reiterado, en aras de la pacificación jurídica se otorguen especiales efectos a sus decisiones.»

<sup>13</sup> L. M. DIEZ-PICAZO, 1991, pp. 111 ss. Sostiene una teoría contraria a la apuntada: para este autor, «el vocablo "ley" en el contexto del artículo 117.1 CE sólo puede ser rectamente entendido como ley en sentido formal, es decir, aprobada por el Parlamento o disposiciones asimiladas».

<sup>14</sup> Cfr. L. PRIETO SANCHÍS, 1987, pp. 127-128.

bunales españoles, cabría recordar que en España el artículo 53 de la Constitución establece, en favor de la igualdad jurídica (art. 14), de la objeción de conciencia (art. 30.2) y de los derechos recogidos en el Capítulo III, Sección 1.<sup>a</sup>, una protección privilegiada que se concreta en dos planos diferentes: en la justicia ordinaria, a través de un procedimiento preferente y sumario, y a nivel constitucional, mediante el recurso de amparo.

El constituyente optó, así, por una dualidad de jurisdicciones que no ha estado falta de críticas: para cierto sector de la doctrina española, la intervención del TC resulta innecesaria y perturbadora, y hubiera sido mejor dejar la protección de los derechos fundamentales al juez ordinario<sup>15</sup>.

Frente a este sector crítico, Prieto Sanchís pone de relieve las razones de peso que llevaron a renunciar a una jurisdicción única. Por una parte, una opción tal es coherente con el concepto que la Constitución tiene de sí misma, como fuente directa de derechos y obligaciones y no como norma reducida a regular las estructuras institucionales del Estado. Así se establece un órgano que, sin formar parte del poder judicial, es jurisdiccional y se sitúa por encima de todos los demás órganos jurisdiccionales extendiendo su protección también a las posibles violaciones que de la norma fundamental realizan las Cortes Generales o del mismo poder judicial.

Por otra parte, no se puede obviar que la solución adoptada tiene una última razón en la desconfianza del constituyente en el juez ordinario. En este sentido, Pérez Tremps señala cómo la práctica tradicional de nuestros jueces y tribunales ordinarios pone de manifiesto su deficiente «conciencia constitucional» y su insuficiente formación iuspublicista. Puesto que no se puede improvisar un nuevo juez, la dualidad de jurisdicciones parece justificada, recomendable e, incluso, necesaria<sup>16</sup>.

La dualidad plantea, no cabe duda, algunos problemas estructurales, preguntas que esperan respuesta. Baste aquí decir que, si bien el recurso de amparo no es una tercera instancia<sup>17</sup>, sino un proceso independiente y diferenciado, la situación de supremacía del Tribunal Constitucional frente a todos los órganos judiciales ordinarios en la tarea de proteger los derechos y libertades individuales confirma que, a pesar de no existir una relación jerárquica entre las dos jurisdicciones, la relación de superioridad se asemeja mucho a la que se da dentro del poder judicial. Hasta el punto que hoy puede considerarse que no se da el efecto de «cosa juzgada» hasta que no transcurra el plazo para interponer el recurso de amparo.

El TC, en definitiva, a través del recurso de amparo representa un cauce adecuado para garantizar la unidad interpretativa de los mandatos constitucionales.

### III. JURISPRUDENCIA INTERNACIONAL Y DERECHOS FUNDAMENTALES

La jurisprudencia del TS y el TC no es la única que vincula al poder judicial en España, ya que existen otros altos tribunales cuya jurisdicción es reconocida por nuestro país como obligatoria de pleno derecho. Concretamente, y en lo que nos interesa, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y el Tribunal de Justicia de Estrasburgo.

<sup>15</sup> Cfr. L. PRIETO SANCHÍS, 1990, pp. 220 ss.

<sup>16</sup> Cfr. P. PÉREZ TREMPs, 1985, pp. 197 ss.

<sup>17</sup> STC 11/1982, de 29 de marzo, FJ 4: «[...] el Tribunal no es una tercera instancia a la que corresponde revisar, con carácter general, los hechos declarados probados y el derecho aplicado en la resolución judicial impugnada».

## 1. EL ARTÍCULO 10.2 DE LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA Y EL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS

Los tribunales internacionales que protegen los derechos humanos y cuya jurisdicción está reconocida en España tienen una especial relevancia derivada del mandato del artículo 10.2 CE; este artículo dispone: «las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificadas por España».

El artículo 10.2 ha sido objeto de distintas interpretaciones. Para Canosa Ugera<sup>18</sup>, «reviste una naturaleza esencialmente instrumental dado que se limita a prescribir el método para resolver las dudas hipotéticas planteables en situaciones determinadas». Es decir, es útil para los casos en los cuales se susciten dudas sobre la interpretación de la tabla de derechos fundamentales consagrados en la CE.

No podemos compartir esta tesis, que descansa fundamentalmente en una teoría de la interpretación marcadamente positivista según la cual *in claris non fit interpretatio*. Para Canosa Ugera sólo aparece la necesidad de interpretar ante un defecto del sistema normativo, una laguna, una ambigüedad o una antinomia. Estas teorías no se pueden mantener desde un análisis realista de la actividad judicial; los jueces interpretan siempre; la interpretación no se puede eliminar del mundo jurídico, porque, como vimos al principio de esta exposición, es una exigencia propia del lenguaje y, más aún, del lenguaje jurídico, caracterizado por las notas de ambigüedad y generalidad.

El artículo 10.2 constitucionaliza por reenvío los tratados ratificados por España; aspira a establecer una base material que sirva para interpretar la Constitución. Esta base está integrada por un conjunto de preceptos necesitados, a su vez, de interpretación, para la que se establecen unos tribunales que cumplen tal función. Si se necesita (art. 10.2) una fuente de clarificación, de actualización, y ésta se integra no sólo por unos preceptos, sino también por la doctrina de unos tribunales, ha de entenderse que la llamada de la CE a los tratados y declaraciones sobre derechos fundamentales incluye no sólo su normativa declarativa, sino también su «complemento de expresión», que es la doctrina de los tribunales de derechos humanos<sup>19</sup>.

El TC considera que el artículo 10.2 CE impone el recurso a la jurisprudencia del TEDH; así, en la sentencia 114/1984, de 29 de noviembre (FJ, 3), sobre un problema de prueba ilícitamente obtenida, subraya cómo la «vía interpretativa impuesta» por el artículo 10.2 no resulta concluyente en este supuesto, pues no existe pronunciamiento del TEDH al respecto. En otras sentencias, como, por ejemplo, la 36/1984, de 14 de mayo (FJ 3), la vía interpretativa del artículo 10.2 no es una imposición constitucional, sino que se trata de una autorización; así, el TC dice: «La remisión que el artículo 10.2 de la CE hace a la Declaración Universal de los Derechos Humanos y a los Tratados y Acuerdos Internacionales sobre las mismas materias suscritos por España para la interpretación de las normas constitucionales sobre derechos fundamentales y libertades públicas, autoriza, y aun aconseja, referirse, para la búsqueda de estos criterios, a la doctrina sentada por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos.»

Conocido es que la jurisprudencia del TC, al igual que las demás normas del ordenamiento jurídico, algunas veces es, lamentablemente, pero tal vez inevitable-

<sup>18</sup> Cfr. R. CANOSA UGERA, 1988, pp. 193-194.

<sup>19</sup> Cfr. J. DELGADO BARRIO, 1989, pp. 333 ss.

mente, contradictoria. El valor de la jurisprudencia del TEDH queda clarificado tal vez si tenemos en cuenta que el TC nunca lo desoye, salvo que exista alguna reserva específica al convenio; así lo ponen de manifiesto las siguientes SSTC: 12/1981, de 10 de abril; 24/1981, de 14 de julio; 62/1982, de 15 de octubre; 145/1988, de 12 de julio...<sup>20</sup>.

## 2. EL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LUXEMBURGO

El Tribunal de Luxemburgo tiene como función principal la unificación, la interpretación y aplicación del Derecho comunitario. Sin embargo, la CEE no tiene entre sus normas ninguna declaración de derechos fundamentales. Ello ha producido algunos problemas y tensiones entre el Tribunal de Justicia y los Tribunales Constitucionales de algunos países miembros, tensiones que son claro ejemplo de la labor que pueden realizar los jueces para hacer eficaces unos derechos.

El Tribunal de Luxemburgo, ante la inexistencia de un catálogo escrito de derechos humanos que le sirvieran de punto de referencia, tomó una postura, calificada por la doctrina de inhibicionista<sup>21</sup> al respecto, es decir, el Tribunal no se consideró competente para conocer de causas que denunciaron una violación, por acto comunitario, de un derecho fundamental garantizado por la Constitución de un Estado miembro (Sent. Stork de 4 de febrero de 1959, Sent. Sgarlata de 1 de abril de 1959, Sent. *Comptoirs de vente* de 18 de julio de 1969).

En esta primera fase de la jurisprudencia del Tribunal de Luxemburgo es posible diferenciar, siguiendo a Robles Morchón, dos tipos de argumentos:

a) Por una parte, se subraya con insistencia la independencia del ordenamiento jurídico comunitario y cómo el Tribunal de Justicia sólo es competente para aplicar dicho ordenamiento, rechazando así las alegaciones de los Tribunales Constitucionales de los Estados miembros.

b) A la vez, se abren paso, con reticencias, diversas consideraciones sobre la protección de los derechos humanos en el ámbito comunitario, acudiendo a los principios generales del Derecho. Lentamente el Tribunal toma conciencia de que una laguna normativa tan importante en el ordenamiento jurídico comunitario debe salvarse con una actitud comprometida de nuevo, inevitablemente creadora.

El 29 de mayo de 1974, el TC de la República Federal de Alemania declaró que, «en tanto no exista a nivel comunitario un catálogo escrito de derechos fundamentales en conformidad con la Constitución alemana, dicho Tribunal se reserva el derecho de medir, en base a los derechos fundamentales inscritos en dicha Constitución, los actos de la Comunidad que el Tribunal de Justicia de Luxemburgo hubiese considerado lícitos». Como vemos, se trata de un desafío del TC alemán a la primacía del

<sup>20</sup> Sobre interpretación judicial más concretamente constitucional, resulta interesante el trabajo de J. DE LUCAS y E. VIDAL, 1989, pp. 15-23. En este artículo se nos ofrecen valiosas reflexiones sobre el tema de la interpretación constitucional de los derechos humanos, de acuerdo con la jurisprudencia constitucional comparada y, muy concretamente, con la del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Como eje central figura el recurso a la razonabilidad como un recurso procedimental a utilizar cuando no es aceptable una decisión fruto de la simple racionalidad. La razonabilidad como instrumento interpretativo se configura como un *test* en el que se tienen en cuenta tres criterios: el teleológico, alternativa menos gravosa, y los de idoneidad y proporcionalidad.

<sup>21</sup> Seguimos aquí básicamente la exposición de G. ROBLES MORCHÓN, 1988, pp. 46 ss.

Derecho comunitario, ya que piensa revisar los fallos del Tribunal de Luxemburgo a la luz de las normas alemanas sobre derechos fundamentales<sup>22</sup>.

El Tribunal Constitucional italiano, en la misma línea, también mostró su preocupación ante la actitud del Tribunal comunitario subrayando la necesidad de encontrar una pronta solución (STCI de 27 de diciembre de 1973).

Ante tantas presiones se abre paso la fase proteccionista en la que el Tribunal de Luxemburgo muestra una elaborada metodología sobre la protección de los derechos humanos basada en los principios generales del Derecho comunitario.

En la Sentencia Stauder<sup>23</sup> una de las sentencias-tipo sobre el tema que nos ocupa, el Tribunal de Justicia luxemburgués reconoce la existencia de unos principios generales del Derecho comunitario, algunos de los cuales contienen derechos fundamentales. El reconocimiento de éstos no proviene del hecho de que formen parte del derecho constitucional de los Estados miembros, sino de que pertenecen al mismo ordenamiento jurídico comunitario.

Sea como fuere, la postura proteccionista del Tribunal de Justicia de Luxemburgo no bastó; la Comunidad Europea optó, finalmente, por adherirse como tal al Convenio Europeo de Derechos Humanos, facilitando un fundamento jurídico a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad sobre derechos humanos. La adhesión tampoco solucionó totalmente el problema: si por una parte llenó una laguna importante del ordenamiento jurídico, por otra siguió dejando vacíos normativos; por ejemplo, respecto a los derechos económicos y sociales, que, como es sabido, no se recogen en el Convenio Europeo de Derechos Humanos. Una labor judicial comprometida y positiva sigue siendo necesaria.

En definitiva, tras todo lo dicho, la existencia en la actividad judicial de un espacio para la creación o interpretación de la norma por el juez se nos muestra como un hecho inevitable. Su evidencia, sin embargo, no nos debe llevar al criterio absolutamente opuesto, esto es, a defender un juez desvinculado de la ley cuyo papel político desplace a un segundo plano a los poderes legislativo o ejecutivo, o un juez desbordado completamente por responsabilidades que no le competen estrictamente. En palabras del profesor Ferrajoli, «nadie cree ya en el mito iluminista del juicio como pura verificación del hecho. Pero ello no puede servir de coartada a la tendencia del legislador a formular normas ambiguas, elásticas y polisémicas que hacen imposible la prueba empírica y la falsación y reducen el juicio a pura estigmatización potestativa»<sup>24</sup>. El análisis del Tribunal de Justicia de Luxemburgo nos devuelve, así, al comienzo de esta exposición, cuando reflexionábamos sobre la función judicial como creadora del Derecho: no es posible analizar el nivel de desarrollo o protección de los derechos humanos en un país limitándonos al estudio de los textos legales, olvidando la instancia judicial que, como hemos querido mostrar, es en este punto decisiva.

<sup>22</sup> Cfr. P. LEUPRECHT, 1986, pp. 72 ss., donde se plantea cómo el proceso de integración europea con la necesaria transferencia de competencias de los Estados miembros a la Comunidad aumenta el riesgo de que la actividad comunitaria lesione derechos fundamentales de los particulares, dándose la paradoja de que el ciudadano lesionado que hubiese obtenido reparación, si la infracción hubiera emanado de una instancia nacional, puede encontrarse sin posibilidad de recurso o de recurso efectivo frente a la Comunidad.

<sup>23</sup> Sentencia TJCE Erich Stauder, de 12 de noviembre de 1969. Asunto 29/69, Rec. XV, 1969, p. 419.

<sup>24</sup> Cfr. L. FERRAJOLI, 1988, p. 5.

## BIBLIOGRAFÍA

- BAÑO LEÓN, J. M.: «La distinción entre derecho fundamental y garantía institucional en la Constitución española», *Revista Española de Derecho Constitucional*, n.º 24, septiembre-diciembre de 1988.
- CANOSA UGERA, R.: *Interpretación constitucional y fórmula política*, CEC, Madrid, 1988.
- CARRIÓ, G.: *Notas sobre Derecho y lenguaje*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1976.
- CASCAJO CASTRO, J. L.: *La tutela constitucional de los derechos sociales*, CEC, Madrid, 1988.
- DE LUCAS, J., y VIDAL, E.: «Una nota sobre interpretación constitucional en materia de derechos fundamentales», en E. Álvarez Conde (ed.), *Diez Años de régimen constitucional*, Tecnos, Madrid, 1989.
- DE OTTO, I.: *Derecho constitucional. Sistema de fuentes*, Ariel, Barcelona, 1987.
- DELGADO BARRIO, J.: «Proyección de las decisiones del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en la jurisprudencia española», en *El poder judicial en Europa*, Madrid, 1989.
- DÍEZ-PICAZO, L. M.: *Régimen constitucional del poder judicial*, Cívitas, Madrid, 1991.
- FERRAJOLI, L.: «Justicia penal y democracia», *Jueces para la Democracia*, n.º 4, Madrid, 1988.
- JORI, M., y PINTORE, A.: *Manuale di teoria generale del diritto*, Giapichelli, Torino, 1988.
- LEUPRECHT, P.: «Derechos humanos y Derecho comunitario europeo», en «Derechos humanos», *Poder Judicial*, n.º especial, Madrid, 1986.
- PECES-BARBA, G.: «La creación judicial del Derecho desde la teoría del ordenamiento jurídico», *Poder Judicial*, n.º 6.
- PÉREZ LUÑO, A. E.: *Derechos humanos, Estado de Derecho y Constitución*, Tecnos, Madrid, 1984.
- PÉREZ TREMPES, P.: *Tribunal Constitucional y poder judicial*, CEC, Madrid, 1985.
- PRIETO SANCHÍS, L.: *Ideología e interpretación jurídica*, Tecnos, Madrid, 1987.
- *Estudios sobre derechos fundamentales*, Debate, Madrid, 1990.
- ROBLES MORCHÓN, G.: *Los derechos fundamentales en la Comunidad Europea*, Ceura, Madrid, 1988.
- RUIZ MIGUEL, A.: «Sobre la creación judicial del Derecho», *Poder Judicial*, n.º 16.
- VIVES ANTÓN, E. S.: «Tribunales de Justicia y jurisprudencia constitucional», *Poder Judicial*, n.º 2.

## LOS DERECHOS HUMANOS EN LA DECLARACIÓN DE INDEPENDENCIA AMERICANA DE 1776

ÁNGELA APARISI MIRALLES

### I. INTRODUCCIÓN

Las páginas que siguen tienen como finalidad realizar una somera aproximación al estudio de los derechos humanos tal y como se concibieron y plasmaron en la Declaración de Independencia Americana de 1776. Precisamente la apelación a los derechos naturales, aquellos otorgados por «las leyes de la naturaleza y el Dios de la naturaleza», fue el argumento que convirtió a este texto en una encarnación de los derechos inalienables del hombre y, asimismo, el que lo ha situado en un lugar privilegiado en la historia de los derechos humanos. Pero, para comprender mejor el alcance real y el fundamento de estas manifestaciones, es necesario situarlas en su contexto histórico. Por ello, el presente trabajo efectuará un somero tratamiento de los principales derechos contenidos en el Preámbulo del texto de 1776 atendiendo a su origen ideológico, significado y alcance. No terminaremos, sin embargo, nuestro estudio sin un intento de cuestionar, con la perspectiva que nos aporta el transcurso del tiempo, la validez del modelo de 1776 en nuestros días. Por ello, y sin negar los méritos e indudables conquistas del modelo liberal americano, se intentarán destacar algunas de sus limitaciones y lagunas.

### II. UNA NUEVA VÍA DE LEGITIMIDAD

Sabemos que desde un punto de vista teórico la idea de la existencia de derechos inherentes a la persona no es algo nuevo. Así, podríamos seguir su rastro desde siglos pasados hasta llegar a las concepciones de Pufendorf o Locke, por ejemplo. Pero la plasmación en un documento formal de la idea de derechos inalineables del hombre es una verdadera novedad que no se halla en parte alguna antes de la Revolución norteamericana. Con anterioridad, en palabras de Jellineck<sup>1</sup>, frecuentemente se había apelado a los «derechos incoloros» de la teoría del Derecho natural para sostener ciertas pretensiones frente al Estado. Por ello existe una gran diferencia entre la Declaración de Independencia Americana de 1776 y, por ejemplo, la *Magna Carta*, la *Petition of Rights* de 1627, el *Habeas Corpus* de 1679 o el *Bill of Rights* de 1689. En estos documentos se confirma o interpreta un derecho anterior, unas prerrogativas que se concedían exclusivamente a los súbditos ingleses. Tales normas, siguiendo a Jellineck, fueron adoptadas con ocasión de hechos precisos y no tratan de formular derechos inherentes a todos los hombres<sup>2</sup>, sino más bien restricciones a las prerrogativas de la Corona en su lucha contra las facultades del Parlamento. No reconocían derechos de todos los seres humanos, eternos e inaliena-

bles, sino propiamente aquellos que provenían de las generaciones pasadas, los derechos del pueblo inglés.

Por el contrario, la Declaración de 1776, aunque heredera del sistema inglés, se separó en cierto grado de él para recurrir a un fundamento distinto. Jefferson, uno de los primeros que apeló a estas nociones y las aplicó a la peculiar situación histórica norteamericana, sostenía que se trataba de una nueva vía de legitimidad que él calificaba de «irresistible» y que traería consecuencias muy beneficiosas para la humanidad: «[...] la condición del hombre a lo largo del mundo civilizado acabará mejorando grandemente»<sup>3</sup>. Y Madison afirmaba en el mismo sentido que «[...] esta revolución en la práctica del mundo puede ser considerada, con honesta alabanza, como la época más gloriosa de su historia y el más reconfortante presagio de su felicidad»<sup>4</sup>.

Aunque al texto aprobado por el Congreso el 4 de julio de 1776 históricamente se le ha atribuido la finalidad de manifestar formalmente la decisión, por parte de las colonias norteamericanas, de separarse de Gran Bretaña, tal Declaración no se dirigía propiamente a Inglaterra, ni tan siquiera al monarca inglés. El documento que plasmaba la voluntad de las colonias de separarse de la madre patria ya había sido redactado formalmente por Richard Henry Lee y aprobado el 7 de junio de 1776. En este escueto texto se sostenía:

DECLARAMOS: Que estas Colonias Unidas son, y de pleno derecho deberían ser, Estados libres e independientes, que se hallan liberadas de toda alianza con la Corona Británica, y que toda conexión política entre ellas y el Estado de Gran Bretaña está, y debería estar, totalmente disuelta [...] <sup>5</sup>.

Aunque muy desconocido, éste fue propiamente el documento que manifestó al monarca inglés y a toda Gran Bretaña la independencia de las colonias de Norteamérica. Tras ser aprobado, el Congreso consideró oportuno redactar otro texto en el que propiamente se expusieran a la humanidad las causas y motivos que les empujaban a adoptar tal resolución. Por ello la Declaración de 4 de julio de 1776 apela fundamentalmente al Tribunal del mundo: pretende justificar la independencia ante la humanidad<sup>6</sup>.

<sup>3</sup> T. JEFFERSON, *Autobiografía*, en A. KOCH y W. PEDEN (eds.), *Autobiografía y otros escritos*, trad. A. Escototado y M. Sáenz de Heredia, Tecnos, Madrid, 1987, p. 115.

<sup>4</sup> Cit. en B. BAILY, *Los orígenes ideológicos de la Revolución norteamericana*, trad. A. Vanasco, Paidós, Buenos Aires, 1972, p. 63.

<sup>5</sup> «Resolution for Independence» (June 7, 1776), en H. S. COMMAGER (ed.), *Documents of American History*, Appleton-Century-Crofts, New York, 1968, p. 100.

<sup>6</sup> Ello aparece claramente reflejado en el propio texto de la Declaración, en el cual sostenía Jefferson que: «un honesto respeto a la opinión de la humanidad le exige que declare las causas que le impelen a la separación [...]». Y en otro pasaje: «Para probarlo, sométanse los hechos (de cuya certeza responde nuestra palabra, que jamás ha mancillado la mentira) a un mundo imparcial [...]» (la frase entre paréntesis corresponde a la redacción original realizada por Jefferson y luego suprimida tras su paso por el Congreso). Asimismo, sus primeras palabras —«Cuando en el curso de los acontecimientos humanos [...]»— ya sitúan a la Declaración no solamente en la historia americana, sino dentro del acontecer universal. Vid. estos pasajes en «The Declaration of Independence» (July 4, 1776), en H. S. COMMAGER (ed.), *Documents of American History*, Appleton-Century-Crofts, New York, 1968, pp. 100-103. Asimismo, en G. PECES-BARBA MARTÍNEZ, L. HIERRO, S. ÍÑIGUEZ DE ONZOÑO y A. LLAMAS, *Derecho positivo de los derechos humanos*, Debate, Madrid, pp. 106-108.

<sup>1</sup> J. JELLINECK, *La Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano*, trad. A. Posada, Librería General de Victoriano Suárez, Madrid, 1908, p. 175.

<sup>2</sup> J. JELLINECK, *La Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano*, cit., p. 139.

## 1. NOTAS SOBRE LA REDACCIÓN DEL TEXTO

Tras crearse un comité encargado de preparar la Declaración formal de Independencia, del que formaban parte John Adams, el Dr. Franklin, Roger Sherman, Robert R. Livingstone y Thomas Jefferson, se designó a este último para llevar a cabo la redacción del documento. Adams relataba en 1805 en su *Autobiografía* que este primer comité de cinco personas estableció los artículos en los que debía basarse el texto de la Declaración formal de Independencia de Gran Bretaña y que un subcomité, formado por él mismo y Thomas Jefferson, sería el encargado de llevar a efecto la última redacción.

El estudio de la *Rough Draft*<sup>7</sup>, la cual se halla en la actualidad en la Biblioteca del Congreso de los Estados Unidos, revela interesantes datos. Así, por ejemplo, podemos saber que Jefferson, en su primera redacción, suscribió «sostenemos estas verdades como sagradas e innegables» («*We hold these truths to be sacred & undeniable*»), y que tal expresión fue sustituida en una primera corrección por el término «*self-evidence*», que aparece escrito encima. Para Becker<sup>8</sup> es difícil afirmar quién efectuó este cambio, ya que en el texto original tan sólo aparece la corrección, sin ningún tipo de especificación, aunque la letra parece ser la de Franklin. Como sabemos, en la redacción final aprobada por el Congreso el término utilizado es «*unalienable*» y, dado que esta palabra aparece en una copia que efectuó Adams de la *Rough Draft*, parece ser que él fue el autor.

Aparte de las expuestas, las restantes alteraciones efectuadas por Adams y Franklin al texto original de Jefferson sólo versaban sobre cuestiones de estilo en su mayor parte. Pero, tras su sometimiento a la totalidad de los miembros del Comité, el texto original soportó veintiséis correcciones. Veintitrés de ellas fueron meramente cambios de tiempos de verbos y de estilo. Así, por ejemplo, Jefferson originariamente escribió «*reduce them to arbitrary power*», Franklin corrigió «*reduce them under absolute Despotism*» y Adams, a su vez, volvió a modificarlo en los términos «*reduce them to absolute power*»<sup>9</sup>. Los tres cambios restantes consistieron en la agregación de tres nuevos párrafos, atribuidos a Jefferson.

De este texto Jefferson envió una copia a Richard Henry Lee el 8 de julio de 1776, la cual se halla en posesión de la American Philosophical Society. Esta redacción fue la que Jefferson incluyó en su *Autobiografía* como texto original, aunque, como ya sabemos, contenía las correcciones de Franklin, Adams y del resto de los miembros del Comité.

En el debate que tuvo lugar en el Congreso, y, tras tres días de sucesivas discusiones, ciertas partes fueron omitidas. La dura cláusula que condenaba la esclavitud y que hacía recaer toda la responsabilidad de tan inhumano tráfico en el monarca inglés fue suprimida ante las airadas protestas de Carolina del Sur y Georgia, que, lejos de mostrarse contrarias, deseaban mantener tal institución. El propio Jeffer-

<sup>7</sup> Denominamos así al primer boceto de la Declaración de 1776. El *original paper* es obra de Thomas Jefferson, aunque contiene entre líneas las correcciones de Adams y Franklin (vid. M. PETERSON, «Thomas Jefferson: resumen biográfico», en L. WEYMOUTH (ed.), *Thomas Jefferson. El hombre, su mundo, su influencia*, Tecnos, Madrid, 1986, p. 21). El texto íntegro y las sucesivas modificaciones a las que se vio sometido pueden hallarse en C. BECKER, *The Declaration of Independence. A Study in the History of Political Ideas*, Alfred A. Knopf, New York, 1953.

<sup>8</sup> C. BECKER, *The Declaration of Independence. A Study in the History of Political Ideas*, cit., pp. 140-142.

<sup>9</sup> Vid. C. BECKER, *The Declaration of Independence. A Study in the History of Political Ideas*, cit., p. 154.

son, en una carta a Robert Walsh escrita en 1818, le explicaba el porqué de la supresión de este párrafo:

[...] Severas afirmaciones sobre la conducta del Monarca inglés, al negar nuestros repetidos rechazos de la ley que permitía la importación de esclavos, fueron desaprobadas por algunos caballeros del sur, cuyos puntos de vista sobre tan horrible tráfico aún no habían madurado<sup>10</sup>.

La eliminación de esta cláusula nos revela claramente que la igualdad y libertad que predicaba la Declaración no iba a ser reconocida a una parte de la población, la de raza negra. A ellos se les iba a continuar negando la personalidad y, con ella, sus más básicos y elementales derechos. Ello condujo a algunos contemporáneos a criticar, como dura ironía, la incongruencia que contenía el texto de 1776: proclamaba que todos los hombres son creados iguales y excluía del ámbito de aplicación del documento a las personas de raza negra. Algunos, como Hutchinson, llegaron a pedir explicaciones de por qué la afirmación «todos los hombres son creados iguales» no significaba precisamente lo que decía, todos los hombres «blancos y negros»<sup>11</sup>.

También en su *Autobiografía* Jefferson nos expone las causas que aconsejaron las restantes supresiones a las que se vio sometida la redacción aprobada por el Comité de los cinco. Refiere que descansaban en la idea «pusilánime» de que aún tenían en Inglaterra muchos amigos y que, por tanto, las críticas no debían plantearse en términos tan drásticos. Ello determinó la exclusión de aquellos pasajes en los que las censuras al pueblo inglés eran especialmente duras<sup>12</sup>.

Tal texto fue aprobado el día 4 de julio de 1776 por todos, a excepción de Dickinson, que nunca había perdido la esperanza de una reconciliación y que creía que tal Declaración no hacía sino alejarla. Dickinson dudó hasta el final de que la separación fuera deseable y, menos aún, necesaria. Representó a aquellos que, incluso habiendo estado comprometidos en la lucha por los derechos de los colonos, no encontraban suficientes argumentos para justificar la rebelión. Ello demuestra que, aun entre los propios líderes revolucionarios, existían dudas sobre la razonabilidad de la acción que iban a emprender.

De cualquier modo los miembros del Congreso eran conscientes de la responsabilidad y el riesgo que conllevaba su decisión. Adams no dudaba en manifestar:

Me doy perfecta cuenta de los sudores y sangre y dispendios que nos costará mantener esta Declaración y apoyar y defender estos Estados. Pero a través de todas las tenebrosidades puedo ver los rayos de luz y gloria arrebatadores. Puedo ver que el fin es mucho más valioso que todos los medios y que la posteridad se sentirá triunfante al recordar ese día, incluso aunque nosotros debiéramos arrepentirnos de ello, cosa que, confío en Dios, no haremos<sup>13</sup>.

<sup>10</sup> «Letter of Thomas Jefferson to Robert Walsh (December 4, 1818, Monticello)», cit. en S. K. PADOVER (ed.), *A Jefferson Profile as Revealed in His Letters*, The John Day Company, New York, 1956, p. 300.

<sup>11</sup> T. HUTCHINSON, «Structures upon the Declaration of the Congress at Philadelphia» (Londres, 1776), cit. en B. BAILYN, *op. cit.*, p. 225.

<sup>12</sup> T. JEFFERSON, *Autobiografía*, en A. KOCH y W. PEDEN (eds.), *Autobiografía y otros escritos*, cit., p. 21.

<sup>13</sup> «Letter of John Adams to his wife Abigail», cit. en H. S. COMMAGER, «The Declaration of Independence», en L. WEYMOUTH (ed.), *Thomas Jefferson. El hombre, su mundo, su influencia*, cit., p. 201.

## 2. UNA APROXIMACIÓN AL FUNDAMENTO Y ALCANCE DE LA DECLARACIÓN DE INDEPENDENCIA DE 1776

Es evidente que nos hallamos, tras la Declaración de Independencia de 1776, ante un *Novus Ordo Saeculorum*, según reza el reverso del escudo de los Estados Unidos, cuyo principio de legitimidad posee dos puntos de apoyo:

- a) la existencia de unos derechos naturales previos a las relaciones sociales, políticas y jurídicas, inherentes a todos hombre e inalienables, y
- b) la idea de convenio o pacto como acto fundador de las sociedades políticas, las cuales, a su vez, deben garantizar el respeto a los citados derechos inalienables e inherentes al hombre.

Es en el Preámbulo de la Declaración de 1776 donde se plasman estos principios:

Tenemos las siguientes verdades por evidentes en sí mismas, que todos los hombres han sido creados iguales, que les han sido otorgados por su Creador ciertos Derechos inalienables, que entre éstos están la Vida, la Libertad y la búsqueda de la Felicidad. Que para garantizar estos derechos se instituyen entre los Hombres gobiernos cuyos poderes legítimos emanan del consentimiento de los gobernados. Que cuando cualquier Forma de Gobierno pone en peligro esos fines, el pueblo posee el Derecho de alterarla o abolirla y de instituir un nuevo Gobierno, fundamentándolo en los principios y organizando sus poderes en la forma que a su juicio les ofrezcan más posibilidades de alcanzar su seguridad y felicidad [...] <sup>14</sup>.

### A) Verdades evidentes en sí mismas

De este denso párrafo podemos destacar algunas importantes cuestiones. La primera de ellas es la afirmación de que las verdades que se sostienen son *self-evidents* (evidentes en sí mismas). Sabemos por el estudio de la *Rough Draft* que los términos exactos utilizados por Jefferson eran «*sacred & undeniable*». Para White <sup>15</sup> el término «*sacred*», a causa de su connotación religiosa, revela la influencia de Burlamaqui. De cualquier modo, para entender el alcance de la expresión «verdades innegables», no debemos olvidar el contexto sociocultural en el que surge esta Declaración. Los nuevos métodos empleados por la física y las matemáticas no dejaban de permear los restantes ámbitos del saber. Como destaca E. Fernández <sup>16</sup>, la filosofía de la época, el iusnaturalismo racionalista, no era en absoluto ajena a los métodos de las nuevas ciencias. La filosofía se elevaba al mismo nivel científico que éstas. Su estudio, a semejanza de, por ejemplo, las matemáticas, exigía puntos de partida seguros, axiomas verdaderos: en definitiva, verdades evidentes en sí mismas. Sólo a partir de ahí podría deducirse un sistema de derechos, de igual modo que el nuevo método de Descartes se basaba en un proceso de deducción cuyo punto de partida eran algunos axiomas innegables.

<sup>14</sup> «The Declaration of Independence» (July 4, 1776), en H. S. COMMAGER (ed.), *Documents of American History*, Appleton-Century-Crofts, New York, 1968, pp. 100-103. Asimismo, en G. PECES-BARBA MARTÍNEZ, L. HIERRO, S. ÍÑIGUEZ DE ONZOÑO y A. LLAMAS, *Derecho positivo de los derechos humanos*, cit., pp. 106-108.

<sup>15</sup> Vid. sobre este punto, M. WHITE, *The Philosophy of the American Revolution*, Oxford University Press, New York, 1978, pp. 163 ss.

<sup>16</sup> E. FERNÁNDEZ, «El contractualismo clásico (siglos XVII y XVIII) y los derechos naturales», *Anuario de Derechos Humanos*, 4, Madrid, Facultad de Derecho, Universidad Complutense, Madrid, 1986-1987, pp. 75-76.

Entre los autores que, sobre este punto, parece que influyeron más directamente en Jefferson podríamos destacar especialmente a Bolingbroke y Sidney. El primero sostenía que la voz de la razón dictaba al hombre *natural laws* indubitables y susceptibles de común aceptación <sup>17</sup>. También Sidney, refiriéndose a la libertad, hablaba de verdades y axiomas «*undeniable*» (innegables). Este autor, al sostener la existencia de principios «*undeniable*», quería expresar que eran «*denied, by none, but such as were degenerate into beast*», refiriéndose a que sólo aquellos que habían perdido la razón podían rechazarlos. También sostenía que eran principios «*which none could deny that did non renounce common sense*» <sup>18</sup>.

### B) La igualdad esencial de todos los hombres

Seguidamente el texto se refiere a la igualdad esencial de todos los seres humanos: «Que todos los hombres han sido creados iguales». Éste es el principio evidente, el axioma innegable y condición indispensable de los derechos humanos. Para Lincoln <sup>19</sup>, la Declaración de Independencia fue concebida en libertad y dedicada precisamente a la igualdad. En la misma línea señalaba Tocqueville que fue Norteamérica el primer país que se enfrentó con el problema de la igualdad y que la Declaración mostraba al mundo que este principio era precisamente el más profundo estrato de la vida política norteamericana <sup>20</sup>. ¿Cómo debemos de interpretar estas expresiones a la luz del problema de la esclavitud?

En realidad, la Declaración de Independencia no se enfrentó propiamente con el problema de la igualdad de las razas, sino con el de la igualdad política y con la ausencia de privilegios sociales. Sabemos que ni tan siquiera los propios firmantes del texto creían en la abolición de la esclavitud. Incluso su autor, Thomas Jefferson, sostenía la desigualdad de las dos razas basándose en una inferioridad física e intelectual de los negros. Eran aún muy pocos los que se manifestaban abiertamente en contra de la esclavitud. Entre éstos podríamos destacar a James Otis y Thomas Paine <sup>21</sup>, pero lo cierto es que una gran parte de los revolucionarios o bien eludían el tema o se manifestaban a favor de esta institución <sup>22</sup>. Para muchos, «iguales» no significaba nada parecido a la igualdad humana tal y como la concebimos en la actualidad.

<sup>17</sup> Vid. A. KOCH, *The Philosophy of Thomas Jefferson*, Columbia University Press, New York, 1943, pp. 11-12.

<sup>18</sup> Sobre Sidney vid C. ROBBINS, «Algernon Sidney's "Discourses Concerning Government": Textbook of Revolution», *William and Mary Quarterly*, vol. IV, tercer servicio, 1947; asimismo, vid. M. WHITE, *The Philosophy of the American Revolution*, cit., 163 ss.

<sup>19</sup> Cit. en M. DIAMOND, «La idea de igualdad: punto de vista de los Fundadores», en W. NICGORSKI y R. WEBER, *Casi un pueblo elegido. El desafío moral americano*, trad. E. I. Dupuy, Las Paralelas, Buenos Aires, 1978, p. 36.

<sup>20</sup> A. DE TOCQUEVILLE, *La democracia en América*, trad. M. Arroita-Jáuregui, Guadarrama, Madrid, 1969, pp. 46 ss.

<sup>21</sup> James Otis, en su conocido panfleto «The Rights of the British Colonies Asserted and Proved», al desarrollar la idea de que todos los hombres nacen libres, concreta «blancos y negros» (J. OTIS, «The Rights of the British Colonies Asserted and Proved», en *The Annals of America, The Bicentennial Edition*, vol. 2, 1775-1783, Encyclopedia Britannica, Inc., p. 107). Con respecto a Thomas Paine Giovanni, vid. A. TRUYOL Y SERRA, «Thomas Paine y la esclavitud de los negros», en *Studi in memoria di Giovanni Ambrosetti*, Giuffrè, Milano, 1989.

<sup>22</sup> Vid. B. BAILYN, *Pamphlets of the American Revolution*, vol. I, 1750-1776, The Belknap Press of Harvard University Press, Cambridge, Massachusetts, 1965.

También en este punto es interesante el estudio de la *Rough Draft*. En la redacción original de la Declaración de Independencia, Jefferson sostenía que todos los hombres «son creados iguales e independientes». Tras su paso por el Comité redactor, el término «independiente» fue omitido<sup>23</sup>. El estudio de esta palabra resulta especialmente instructivo, ya que revela que Jefferson se refería a la condición del hombre en su estado natural, a su igual independencia<sup>24</sup>. De acuerdo con los principios que sostenía Locke, tal igualdad equivaldría a «igual libertad política». Parece que Jefferson siguió en este punto a Locke cuando este autor sostenía que los hombres nacen «[...] libres, iguales e independientes por naturaleza» de tal modo que no pueden ser sometidos a ningún poder político sin que medie su consentimiento<sup>25</sup>. Esta igual independencia sería el estadio previo al convenio, a la constitución de la comunidad o gobierno. En definitiva, la igualdad a la que se refiere la Declaración de 1776 debe entenderse fundamentalmente en una dimensión jurídico-formal.

Sin embargo, y esto la alejaría de la francesa, podemos sostener que la Revolución norteamericana no proclamó sólo la igualdad jurídica, sino que contiene también una cierta apelación a la igualdad material socioeconómica. Como destaca Ballesteros<sup>26</sup>, los requisitos previos para el funcionamiento del nuevo orden político que la Declaración pretendía instaurar eran fundamentalmente dos: la consecución de la menor desigualdad posible entre las rentas de los ciudadanos y el respeto de los derechos inalienables de la persona. A diferencia de la Revolución francesa<sup>27</sup>, que solamente sostenía una igualdad teórica de derechos, la Declaración Americana refleja una cierta búsqueda de igualdad entendida en el sentido al que propiamente se refería Tocqueville: igualdad de oportunidades, inexistencia de una sociedad estamental; en definitiva, ausencia de privilegios sociales. Sostenía este autor que en Norteamérica:

El germen mismo de la aristocracia no fue nunca depositado en esta parte de la Unión [...]. Los hombres se muestran más iguales por su fortuna y por su inteligencia o, dicho en otros términos, más igualmente fuertes que lo son en ningún país del mundo o que lo hayan sido en ningún siglo de los que la historia conserva recuerdo<sup>28</sup>.

Para Tocqueville, en Norteamérica la igualdad había llegado a su «[...] más plena y pacífica consumación» y a ella acudía para estudiar la aplicación de este principio a la realidad. Por ello, a pesar de opiniones como la de Braudel<sup>29</sup>, que sostienen que la idea fundamental que empujaba a los americanos a la Independencia era la de resguardar los privilegios sociales, entendemos que prácticamente éstos, tal y como los hallamos en la Europa de la época, no existieron en las nuevas tierras.

Jefferson, uno de los más claros representantes de estas ideas, entendía que la igualdad necesariamente debería conducir a la inexistencia de privilegios por razón

<sup>23</sup> Vid. C. BECKER, *The Declaration of Independence. A Study in the History of Political Ideas*, cit., p. 161.

<sup>24</sup> Vid. M. DIAMOND, «La idea de igualdad: punto de vista de los Fundadores», en W. NICGORSKI y R. WEBER, *Casi un pueblo elegido. El desafío moral americano*, cit., p. 37.

<sup>25</sup> J. LOCKE, «Second Treatise of Government», en P. LASLETT (ed.), *Two Treatises of Government*, 2.ª ed., Cambridge University Press, Cambridge, 1970, p. 348.

<sup>26</sup> J. BALLESTEROS, *Postmodernidad: decadencia o resistencia*, Tecnos, Madrid, 1989, p. 70.

<sup>27</sup> Vid. E. DÍAZ, «Libertad-igualdad en la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789», en *Filosofía y Derecho. Estudios en honor del profesor José Corts Grau*, t. I, Universidad de Valencia, Secretariado de Publicaciones, 1977, pp. 244 ss.

<sup>28</sup> A. DE TOCQUEVILLE, *La democracia en América*, cit., pp. 47 y 56.

<sup>29</sup> B. BRAUDEL, *Las civilizaciones actuales*, trad. J. Gómez Mendoza y G. Anés, Tecnos, Madrid, 1978, p. 407.

de nacimiento. Para este autor los hombres llegan al mundo esencialmente iguales, existiendo menos diferencias, en lo que respecta a sus talentos, de lo que la mayor parte de las personas cree. La naturaleza no impondría la distinción de clases sociales, políticas o religiosas, ya que fundamentalmente los hombres nacerían iguales en todas las épocas y lugares. En el estado de naturaleza, por ello, no podrían existir los privilegios. Las subsiguientes diferencias tendrían su origen en la sociedad, en el gobierno o en la ley. Por ello, aplicando iguales condiciones culturales, sociales, económicas, etc., los resultados obtenidos revelarían una cierta igualdad esencial de todos los seres humanos blancos. En consecuencia, el Gobierno debería, por necesidad, proveer la educación de todos como requisito para conseguir la necesaria igualdad de oportunidades<sup>30</sup>. No se trataba tan sólo de ideas de propiedad exclusiva de Jefferson. Muchos en las colonias participaban de este principio ilustrado y deseaban plasmarlo en la Declaración<sup>31</sup>.

Estas convicciones impulsaron a Jefferson, al año siguiente de la aprobación de la Declaración de Independencia, a introducir un proyecto de ley para la abolición de las primogenituras y de las propiedades sujetas a vínculos, también en razón de sexo. Con ello «[...] trataba de erradicar toda fibra de aristocracia [...] atacando la acumulación y perpetuación de la riqueza en familias escogidas»<sup>32</sup>. Igualdad significaba para Jefferson ausencia de distinciones artificiales, lo cual, entre otras cosas, se traduciría en ausencia de primogenituras y reparto paritario de herencias<sup>33</sup>. Estas medidas eran medios para evitar que, mientras que un miembro de la familia se hacía rico, los restantes quedaran en situación de pobreza. En sus palabras, y como más tarde describiría Tocqueville, trataba de conseguir «la aristocracia de la virtud y el talento» frente a la aristocracia de la riqueza, ya que es la misma naturaleza la que distribuye los dones<sup>34</sup>. En este sentido podemos reiterar la preocupación que Jefferson sentía por la educación como base imprescindible de una nueva sociedad. Sabemos que tal problema le comprometió hasta el punto de llevarle a fundar la Universidad de Virginia.

### C) La opción por los derechos inalienables

La Declaración continúa sosteniendo «[...] que su Creador les ha otorgado derechos inalienables; que entre éstos se encuentran la vida, la libertad y la búsqueda de la felicidad [...]». Como ya se ha señalado anteriormente, la Declaración de 1776 fija un límite previo al nuevo orden político; el respeto a los derechos inalienables, dados por Dios al hombre y considerados por él como el «único aspecto inmutable e indiscutible de la política»<sup>35</sup>. Frente al puro decisionismo, Jefferson reconoce la existencia de principios éticos supraconvencionales, al margen del consenso, los de-

<sup>30</sup> Vid. C. ROBBINS, *The Eighteenth Century Commonwealthman*, Harvard University Press, Cambridge, Massachusetts, 1961, p. 116.

<sup>31</sup> Vid. H. S. COMMAGER, «La Declaración de Independencia», en L. WEYMOUTH (ed.), *op. cit.*, p. 205.

<sup>32</sup> Vid. T. JEFFERSON, *Autobiografía*, en A. KOCH y W. PEDEN (eds.), *op. cit.*, pp. 49 y 55.

<sup>33</sup> T. JEFFERSON, *Autobiografía*, en A. KOCH y W. PEDEN (eds.), *op. cit.*, p. 42.

<sup>34</sup> A. DE TOCQUEVILLE, *La democracia en América*, cit.

<sup>35</sup> Vid. H. ARENDT, *Sobre la revolución*, trad. P. Bravo, Revista de Occidente, Madrid, 1963, p. 250; J. M. RODRÍGUEZ PANIAGUA, *Historia del pensamiento jurídico*, 6.ª ed., Universidad Complutense, Facultad de Derecho, Madrid, 1988, p. 283; J. BALLESTEROS, *Postmodernidad: decadencia o resistencia*, cit., pp. 70-71.

rechos inviolables del ser humano<sup>36</sup>. Así, ya en su panfleto más conocido, «A Summary View of the Rights of British America», afirma que se trata de prerrogativas derivadas «de las leyes de la naturaleza y no de la concesión del supremo magistrado»<sup>37</sup>.

Llegados a este punto, debemos hacer constar un dato importante: la Declaración elude referirse a la noción de derechos de los súbditos ingleses («*legal and constitutional rights of Englishmen*»)<sup>38</sup>, concepto, por otro lado, repetido y defendido insistentemente a través de la literatura revolucionaria. En efecto, una lectura de los panfletos publicados a partir de 1750 revela una continua apelación a los derechos del pueblo inglés, a las prerrogativas disfrutadas por el solo hecho de ser ciudadanos británicos, fundadas en la Constitución y ratificadas en las cartas coloniales<sup>39</sup>. También en las Resoluciones y Disposiciones aprobadas por las Asambleas coloniales a partir de la crisis de la *Stamp Act* y que, en definitiva, se trata de precedentes de la Declaración de Independencia, encontramos el mismo concepto de derechos: prerrogativas que descansan en la Constitución inglesa, de la que una parte muy importante es el *common law*, y que han sido ratificadas en las distintas cartas coloniales<sup>40</sup>. En este sentido, en el texto aprobado por el Primer Congreso Continental en 1774, se combinan argumentos racionalistas con históricos, siendo aún estos últimos los que gozan de mayor peso. Pero progresivamente los *natural rights* irán penetrando en las fuentes revolucionarias, aunque nunca excluyendo definitivamente los argumentos históricos. Incluso encontraremos esforzados intentos de síntesis entre ambos conceptos. James Otis, en su panfleto «A Vindication of the British Colonies, against the Aspersions of the Halifax Gentleman», nos muestra uno de los más claros ejemplos en este sentido<sup>41</sup>. Por ello, podemos afirmar, siguiendo a Peces-Barba, que en el modelo americano de derechos encontramos «una curiosa mezcla

<sup>36</sup> Vid., en este sentido, J. BALLESTEROS, *Postmodernidad: decadencia o resistencia*, cit., p. 80.

<sup>37</sup> T. JEFFERSON, «A Summary View of the Rights of British America», en *The Life and Selected Writings*, The Modern Library, New York, 1944, p. 310.

<sup>38</sup> Vid., sobre este punto, G. PECES-BARBA MARTÍNEZ, L. HIERRO, S. ÍÑIGUEZ DE ONZOÑO y A. LLAMAS, *Derecho positivo de los derechos humanos*, cit., p. 106; G. PECES-BARBA MARTÍNEZ, «Los Derechos del Hombre en 1789. Reflexiones en el segundo centenario de la Declaración francesa», *Anuario de Filosofía del Derecho*, t. VI, Madrid, 1989, pp. 65-66; R. DE ASÍS ROIG, «El modelo americano de derechos fundamentales», *Anuario de Derechos Humanos*, Instituto de Derechos Humanos, Facultad de Derecho, Universidad Complutense, Madrid, 1990, pp. 52 y 70.

<sup>39</sup> La lista de panfletos que poseen como argumento de fondo la defensa de los derechos de los ciudadanos británicos es realmente interminable. A modo de ejemplo podemos citar, entre los más conocidos, «A Letter to the People of Pennsylvania» (Joseph Galloway, 1760), «The Rights of the British Colonies Asserted and Proved» (James Otis, 1764), «The Rights of Colonies Examined» (Stephen Hopkins, 1765), «Letters from a Farmer in Pennsylvania to the Inhabitants of the British Colonies» (John Dickinson, 1767), etc.

<sup>40</sup> Así, por ejemplo, las *Virginia Stamp Act Resolutions*, atribuidas a Patrick Henry, recordaban que los colonos poseían, como ingleses, todas las libertades, privilegios e inmunidades que desde tiempos inmemoriales habían disfrutado los habitantes de Gran Bretaña («Resolved [...] That the first adventurers and settlers of His Majesty's Colony and Dominion of Virginia brought with them, and transmitted to their posterity, and all privileges, franchises, and immunities, that have at any time been held, enjoyed, and possessed, by the people of Great Britain [...]»). Incluso las Resoluciones del Primer Congreso Continental, reunido en Filadelfia en 1774, tenían como principal objetivo asegurar los tradicionales derechos disfrutados por los colonos y conculcados por el Parlamento británico. Vid. estos textos en S. E. MORISON (ed.), *Sources and Documents illustrating the American Revolution, 1764-1788*, Oxford University Press, 1977, pp. 14 ss.; asimismo, H. COMMAGER (ed.), *Documents of American History*, Appleton-Century-Crofts, New York, 1968, pp. 55-56.

<sup>41</sup> Cit. en B. BAILYN (ed.), *Pamphlets of the American Revolution*, vol. I, cit., p. 559.

de argumentos históricos como punto de partida y de argumentos racionales como punto de llegada»<sup>42</sup>.

Tampoco debemos olvidar que la misma Declaración de Independencia adopta, de algún modo, la estructura y finalidad del modelo del *Bill of Rights* inglés. En este sentido, al comparar la Declaración de 1776 con la *Petition of Rights* de 1628, observamos una cierta similitud estructural. El texto de 1628 surge como reacción y garantía ante los abusos enumerados contrarios al Derecho inglés, presentándose como una restauración del Derecho infringido: prohibición de establecer tributos sin el consentimiento del Parlamento, imposibilidad de ser detenido y juzgado salvo con arreglo a la ley ordinaria, anulación de la obligación de los pueblos de alojar tropas, etc.<sup>43</sup>. También el *Bill of Rights* de 1689 viene a confirmar el antiguo Derecho violado. Como sabemos, la mayor parte del texto de 1776 contiene una lista de agravios contra el monarca, una especificación y enumeración de aquellas lesiones a sus derechos que los colonos han debido soportar. Por ello, de algún modo, en este documento subyace, al igual que en los de 1628 y 1689, el objetivo de restaurar el antiguo Derecho violado.

De acuerdo con la Constitución británica, las prerrogativas propias de los ingleses fundamentalmente eran el derecho a la vida, a la libertad y a la propiedad. Blackstone sostenía que los derechos absolutos de los individuos eran la seguridad, la libertad y la propiedad<sup>44</sup>. También Locke<sup>45</sup> afirmaba que los derechos naturales eran la vida, la libertad y la propiedad. Tales principios habían sido transmitidos a las colonias, y así, siguiendo concretamente a este autor, por ejemplo, la Asamblea de Boston, a propuesta de Samuel Adams, especificaba en 1772, en un documento en el que pretendía, justificar la no sumisión a los gravámenes ingleses, que los derechos que poseían eran:

[...] primero un derecho a la vida, segundo a la libertad, tercero a la propiedad<sup>46</sup>.

Otis, por ejemplo, también sostenía que los derechos naturales eran «*personal security, personal liberty and private property*» (seguridad personal, libertad personal y propiedad privada)<sup>47</sup>. Y no sólo él, sino que la mayoría de los revolucionarios norteamericanos habría respondido del mismo modo ante esta cuestión.

1. *El derecho a la vida*.—Con respecto ya a los derechos amparados en el Preámbulo del texto de 1776, nos referiremos, en primer lugar, a la vida. Jefferson,

<sup>42</sup> G. PECES-BARBA MARTÍNEZ, «Los derechos del hombre en 1789. Reflexiones en el segundo centenario de la Declaración francesa», *Anuario de Filosofía del Derecho*, cit., pp. 64-65.

<sup>43</sup> W. STUBBS, *Selected Charters and others Illustrations of English Constitutional History from the earliest times to Reign of Edward the First*, Oxford, 1921, p. 493, cit. en M. GARCÍA PELAYO, *Derecho constitucional comparado*, Alianza, Madrid, 1984, p. 265.

<sup>44</sup> White destaca que Blackstone, en realidad, no se hallaba seguro de que el derecho de propiedad fuera estrictamente natural. De ese modo sostenía que «the original of private property is probably founded in nature» (M. WHITE, *The Philosophy of the American Revolution*, Oxford University Press, New York, 1978, p. 223).

<sup>45</sup> J. LOCKE, «Second Treatise of Government», en P. LASLETT (ed.), *Two Treatises of Government*, cit., p. 368.

<sup>46</sup> S. ADAMS, «Declarations of Natural Rights of the Colonist as Men» (Boston 2, November 1772), *The Annals of America*, cit., p. 217.

<sup>47</sup> J. OTIS, «A Vindications of the British Colonies, Against the aspersions of the Halifax Gentleman...» (Boston, 1765), cit. en B. BAILYN (ed.), *Pamphlets of the American Revolution*, vol. I, cit., p. 558.

en su redacción original, no hacía referencia llanamente a este derecho, sino que empleó la expresión más completa de «*preservation of life*» (la preservación de la vida). El término «preservación» fue eliminado antes de que el texto fuera sometido a la aprobación del comité de los cinco<sup>48</sup>, por lo que la omisión debe atribuirse a Adams, Franklin o Jefferson. Para Boyd<sup>49</sup>, es muy probable que tal corrección la efectuara el propio Jefferson.

Sostiene White<sup>50</sup> que este cambio no benefició en absoluto a la Declaración. Para este autor la Declaración sigue, en este punto, la doctrina de Burlamaqui. Jefferson, al referirse a «la preservación de la vida», estaba sosteniendo, en la línea de Burlamaqui, que el derecho a la vida es propiamente un derecho a preservarla, a mantenerla. De igual modo que la libertad se puede poseer o bien carecer de ella, la vida se adquiere desde el primer momento de la existencia. La vida, siguiendo a este autor, sería una propiedad esencial del hombre, y el derecho y correlativo deber que de esta nota se derivarían serían el de conservarla y protegerla. De acuerdo con todo ello, la Declaración, según el significado que Jefferson le quiso atribuir, sostenía que el derecho a preservar la vida pertenece al estado natural del hombre y, al elevarlo a la categoría de inalienable, defendía que se hallaba fuera del arbitrio del gobierno e incluso de su mismo depositario. De acuerdo con Locke, el hombre no puede transferir un poder que no posee y, ya que nadie tiene derecho a destruir su propia vida ni la de los demás, tal poder nunca podrá transmitirse a un gobierno<sup>51</sup>.

2. *El derecho a la libertad.*—Por lo que se refiere al derecho a la libertad, debemos comenzar destacando que en América la lucha por la defensa de este principio no fue una característica más del movimiento revolucionario, sino su raíz más profunda, su última justificación. La lucha por recuperar la libertad amenazada era el quicio, la única razón capaz de explicar el desencadenamiento de la Revolución.

Siguiendo a Berlin y Laporta<sup>52</sup>, debemos, de algún modo, matizar el significado que hemos de atribuir al término «libertad». Como sabemos, esta voz posee dos ámbitos referenciales: uno positivo y otro negativo. Así, podemos entender la libertad como el derecho a participar en la designación de los miembros que constituyen el poder político, o bien como la ausencia de impedimentos jurídico-políticos que restrinjan el campo de actuación del sujeto. La Declaración de 1776 contempla facetas representativas de estas dos dimensiones de la libertad: alude expresamente a que el poder legítimo de todo gobierno emana del consentimiento de los gobernados e implícitamente ampara la libertad de conciencia. Como ya señalamos, no acoge, sin embargo, el derecho a la libertad de los ciudadanos de raza negra<sup>53</sup>.

Estas dos demandas de libertad, características del proceso revolucionario, confluirán progresivamente en un mismo punto gracias a un intenso proceso de sistematización ideológica. La exigencia de libertad política se configurará como un intento de conservar aquellos derechos e instituciones que desde la etapa fundacional se ha-

<sup>48</sup> Vid. la *Rough Draft* en su primer bosquejo y, asimismo, con las correcciones efectuadas por Adams, Franklin y Jefferson, en C. BECKER, *The Declaration of Independence*, cit., pp. 141 ss. y 160 ss.

<sup>49</sup> BOYD, *The Declaration of Independence*, pp. 29-31, cit. en M. WHITE, *The Philosophy of the American Revolution*, cit., p. 206.

<sup>50</sup> M. WHITE, *The Philosophy of the American Revolution*, cit., p. 206.

<sup>51</sup> Vid. J. LOCKE, «Second Treatise of Government», en P. LASLETT (ed.), *op. cit.*, p. 375.

<sup>52</sup> Vid. F. J. LAPORTA, «Sobre el uso del término "libertad" en el lenguaje político», *Sistema. Revista de Ciencias Sociales*, 52, enero de 1983, pp. 23 ss.; I. BERLIN, *Cuatro ensayos sobre la libertad*, trad. J. Bayón, Alianza, Madrid, 1988.

<sup>53</sup> Sobre esta cuestión, vid. A. APARISI MIRALLES, «Thomas Jefferson y el problema de la esclavitud», *Anuario de Filosofía del Derecho*, t. VII, Madrid, 1990, pp. 455 ss.

bían disfrutado. No debemos olvidar que desde los primeros asentamientos en el Nuevo Mundo el gobierno se concibió como una institución cuyo origen se hallaba en el pueblo. Por su parte, la exigencia de libertad religiosa reforzará la presión revolucionaria. Al unirse a la exigencia de libertad civil adquirirá sólidos fundamentos, de modo que el éxito de una reivindicación dependerá de la suerte de la otra. También, aunque en menor grado, poco a poco se fue estableciendo la necesaria conexión entre la exigencia de libertad frente a Inglaterra y las demandas de respeto a los derechos de los negros.

3. *La omisión del derecho de propiedad.*—El tercero de los derechos enumerados es la búsqueda de la felicidad. Antes, sin embargo, parece necesario justificar, de algún modo, por qué la Declaración no ampara como derecho inalienable a la propiedad. Sabemos, por el estudio de los panfletos revolucionarios, que se trataba de un derecho al que se había apelado infinidad de veces, un derecho, por ello, muy conocido y citado en las colonias. Había sido aplicado a un punto muy concreto: la facultad de no ser sometido a impuestos a los que previamente no se había otorgado el consentimiento personalmente o por medio de representantes<sup>54</sup> («*no taxation without representation*»). Este principio era uno de los fundamentos del *common law* y a él acudieron los colonos en sus primeras demandas contra la *Stamp Act*. Sostenían que no podían ser afectados por esta disposición legal porque su consentimiento no había concurrido en su elaboración y, por tanto, su aplicación supondría una lesión de su derecho a la propiedad.

Sabemos que, sin embargo, ni en la *Rough Draft* ni en el texto final de la Declaración aparece reflejada la propiedad como derecho inalienable. Se ha señalado, por otro lado, que la sustitución del derecho de propiedad por el de «búsqueda de la felicidad» puede parecer, en palabras de Parrington<sup>55</sup>, un intento de ruptura con toda la tradición de la doctrina *whig* sobre el derecho de propiedad y, asimismo, de Locke. Para White<sup>56</sup>, Jefferson se desvincula de la herencia inglesa porque se estaba refiriendo propiamente a derechos inalienables y entendía, de acuerdo con una tradición tan antigua como Aristóteles, que una persona posee el derecho de alienar o gravar e incluso deshacerse de aquello que le corresponde. También según Laslett<sup>57</sup>, la propiedad es algo susceptible de ser alienado con sólo otorgar nuestro consentimiento, cosa distinta de lo que ocurre con la vida. Como hace notar Balleste-

<sup>54</sup> Vid. J. LOCKE, «Second Treatise of Government», en P. LASLETT (ed.), *op. cit.*, p. 381.

<sup>55</sup> Vid. V. L. PARRINGTON, *Main Currents in American Thought*, vol. I, New York, 1930, p. 344.

<sup>56</sup> M. WHITE, *The Philosophy of the American Revolution*, cit., pp. 14 y 215. Como explica con detenimiento White, Jefferson no incluiría el derecho de propiedad entre los de carácter inalienable porque entendía que éste no se derivaba directamente de la mano de Dios, de la mera creación. Su origen se hallaría en un acto humano o en un pacto. En este sentido algunos teóricos del iusnaturalismo racionalista habían distinguido entre una primaria o primitiva ley natural («*primitive natural law*»), la cual surge inmediatamente de la esencia del hombre, y una ley natural secundaria («*secondary natural law*»), derivada de algunos actos humanos o de su forma de establecimiento. Así, por ejemplo, Burlamaqui sostenía que la condición o estado primitivo del hombre era aquel que había recibido directamente de Dios, mientras que el estado adventicio derivaba de un posterior acto o acuerdo humano. El derecho a la propiedad derivaría de la «*second natural law*» a la que ya se había referido Santo Tomás de Aquino. Este autor, y con él un gran número de iusnaturalistas, sostenía que estos principios o «*secondary natural law*» derivarían de una aplicación de los principios generales de la ley natural a las peculiares situaciones y circunstancias en las que se encontraría la humanidad a causa de sus propios actos o acuerdos, y no de la primitiva ley natural. Vid. R. F. HARVEY, *Jean Jacques Burlamaqui, A Liberal tradition in American Constitutionalism*, The University of North Carolina Press, New York, 1937, p. 123.

<sup>57</sup> P. LASLETT, «Introduction», en *Two Treatises of Government*, cit., p. 102, nota a pie de página.

ros<sup>58</sup>, la propiedad en sentido moderno es «lo alienable, lo disponible por antonomasia». En este sentido la sustitución de la «propiedad» por la «búsqueda de la felicidad» en la Declaración Americana permitiría entender la nota de la inalienabilidad en un sentido fuerte y riguroso<sup>59</sup>.

Pero, además de estas razones de fondo, debemos señalar que Jefferson no se refirió concretamente a este derecho en la Declaración de Independencia también porque, dada la finalidad del documento, no deseaba efectuar en él concreciones que vinculasen excesivamente a los diferentes Estados. De igual modo que evitó voluntariamente hacer referencia a la forma futura de gobierno, decidió conscientemente omitir toda afirmación con respecto al derecho de propiedad. En esta decisión también pesaba su especial punto de vista sobre esclavitud, ya que, si consagraba formalmente el derecho de propiedad, cerraba la puerta a la abolición de esta institución, muy aferrada y defendida a partir del reconocimiento de este derecho. Como señala Richards<sup>60</sup>, precisamente los defensores de la esclavitud ante el inminente desencadenamiento del conflicto civil justificarán su postura basándose en la doctrina de Locke sobre el derecho de propiedad. También recuerda Ballesteros<sup>61</sup> que en el ánimo de Jefferson pesaba probablemente el temor a que la consagración de la propiedad resultara, en la práctica, un obstáculo más para los peor situados económicamente y un importante punto de apoyo para los grandes propietarios. Conocemos la lucha que Jefferson mantenía contra las propiedades vinculadas por derechos hereditarios y especialmente contra la aristocracia de la riqueza frente a la de «la virtud y el talento»<sup>62</sup>.

4. *El derecho a la búsqueda de la felicidad.*—Con respecto a la «búsqueda de la felicidad» sabemos que en absoluto era nueva esta expresión. El *Bill of Rights* de 1776 de Virginia, redactado por George Madison, se refería exactamente al derecho a la vida, libertad, posesión de la propiedad, búsqueda y consecución de la felicidad y seguridad<sup>63</sup>. Madison ya incluyó la expresión «búsqueda de la felicidad» en su primer boceto, y así fue aprobada en su redacción final<sup>64</sup>. John Adams se refirió al término «felicidad» cinco veces en la Constitución de Massachusetts<sup>65</sup>, y asimismo Washington apeló a ella una y otra vez en su «Circular Letter to the States» de 1783.

<sup>58</sup> J. BALLESTEROS, *Postmodernidad: decadencia o resistencia*, cit., p. 146.

<sup>59</sup> J. BALLESTEROS, *Postmodernidad: decadencia o resistencia*, cit., p. 146.

<sup>60</sup> D. A. J. RICHARDS, «Toleration and prejudice: antisemitism and racism as core violations of equal protection», ponencia presentada en las jornadas de Tossa de Mar, 1991, p. 8.

<sup>61</sup> J. BALLESTEROS, *Postmodernidad: decadencia o resistencia*, cit., p. 70.

<sup>62</sup> Vid. en T. JEFFERSON, *Autobiografía*, su interesante punto de vista sobre las propiedades obtenidas en las primeras grandes concesiones y transmitidas, en régimen de mayorazgo, sucesivamente de padres a hijos, lo cual determinó la creación de grupos de terratenientes con fuertes recursos económicos. Jefferson luchó insistentemente por conseguir una distribución paritaria de las riquezas (en A. KOCH y W. PEDEN, *op. cit.*, pp. 41-42 y 49-55).

<sup>63</sup> Vid. «The Virginia Bill of Rights» (June 12, 1776), en H. S. COMMAGER (ed.), *Documents of American History*, cit., p. 103.

<sup>64</sup> Sobre el *Bill of Rights* de Virginia, vid. J. JELLINECK, *La Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano*, trad. A. Posada de la 2.<sup>a</sup> ed. alemana, Librería General de Victoriano Suárez, Madrid, 1908; J. M. RODRÍGUEZ PANIAGUA, «Derecho constitucional y derechos humanos en la Revolución norteamericana y en la francesa», *op. cit.*, pp. 284-285; R. DE ASÍS ROIG, «El modelo americano de derechos fundamentales», *op. cit.*, pp. 59 ss.

<sup>65</sup> Vid. «Massachusetts Bill of Rights» (1780), en H. S. COMMAGER (ed.), *Documents of American History*, cit., pp. 107-110.

También Thomas Paine sostenía que «era responsabilidad de América hacer feliz al mundo»<sup>66</sup>.

La expresión «búsqueda de la felicidad» de la Declaración de Independencia Americana ya se hallaba contenida en la *Rough Draft*, por lo que fue propiamente obra de Jefferson. Parece una frase abstracta, pero nada más alejado de esa idea. El significado que Jefferson quería otorgar a la citada expresión era propiamente el resultado de sus experiencias y reflexiones personales: poseía un contenido muy concreto. Tras sus viajes por Europa había llegado a la conclusión, y así lo manifestaba, de que en el Viejo Mundo la felicidad se hallaba reservada a unos pocos. Sostenía que sólo los privilegiados de la fortuna, la elite intelectual, aquellos que disfrutaban de ciertas condiciones, podían aspirar a la felicidad. El resto, la masa trabajadora, viviría y moriría sin conocerla. Sin embargo, en América la felicidad dejaba de ser un sueño para la mayoría: se había convertido en una realidad. Entendía que el axioma general según el cual el hombre busca la felicidad era un hecho en Norteamérica. En su primer discurso inaugural plasmaba esta idea al referirse a:

una providencia rectora suprema, que, mediante sus dones, demuestra que se deleita en la felicidad del hombre aquí abajo y su mayor felicidad después [...] <sup>67</sup>.

Este concepto de felicidad se hallaba muy ligado a la ausencia en Norteamérica de una sociedad propiamente estamental, a la existencia de un orden social sin injustas e incompresibles diferencias. La felicidad entendida por Jefferson se hallaba muy unida a la idea del bienestar material, lo cual suponía una consagración no del derecho de propiedad, sino del derecho a poseer lo humanamente imprescindible para el desarrollo de una vida digna. En este sentido señala Commager<sup>68</sup> que el Viejo Mundo y el Nuevo diferían notablemente en cuanto a lo que cada uno entendía por el concepto de progreso. La Ilustración, en el continente europeo, había difundido la idea de que la razón y la ciencia unidas podrían acabar con los males que afligían a la sociedad. El hombre, de acuerdo con estos principios y ajustándose a las leyes de la naturaleza, llegaría a lo que entendían por progreso: refinamiento de las costumbres, las creencias y la moral; mejoría intelectual y aristocrática; un «progreso de la mente», en palabras de D'Alembert.

Por el contrario, la idea americana del progreso iba muy ligada a la abundancia material, a la buena salud, a la posibilidad de acceder a un trabajo digno, a la capacidad de elegirlo, a la igualdad de oportunidades, al derecho a recibir una educación básica, etc. La «búsqueda de la felicidad» llegaba también a conectar con la misma tradición democrática norteamericana: libertad de conciencia, derecho a elegir libremente el propio gobierno, etc. En palabras de Commager, se trataba de un concepto «democrático», frente al «elitista» del Viejo Mundo. En este sentido, lo que desde Europa podía ser concebido como una utopía era una realidad en el Nuevo Mundo<sup>69</sup>.

<sup>66</sup> Vid. en H. S. COMMAGER, «Jefferson y la Ilustración», en L. WEYMOUTH (ed.), *Thomas Jefferson. El hombre, su mundo, su influencia*, cit., p. 70.

<sup>67</sup> T. JEFFERSON, «First Inaugural Address» (march 4, 1801), en S. K. PADOVER (ed.), *The Complete Jefferson*, Duell, Sloan & Pearce, Inc., New York, p. 384. También en una carta dirigida a Maria Cosway sostenía que no existía comparación entre la felicidad disfrutada en Francia y en Norteamérica (cit. en H. S. COMMAGER, «Jefferson y la Ilustración», en L. WEYMOUTH (ed.), *Thomas Jefferson. El hombre, su mundo, su influencia*, cit., p. 70).

<sup>68</sup> H. S. COMMAGER, «Jefferson y la Ilustración», en L. WEYMOUTH (ed.), *Thomas Jefferson. El hombre, su mundo, su influencia*, cit., p. 71.

<sup>69</sup> H. S. COMMAGER, «Jefferson y la Ilustración», en L. WEYMOUTH (ed.), *Thomas Jefferson. El hombre, su mundo, su influencia*, cit., p. 71.

D) *La idea del convenio o pacto como acto fundador de las sociedades*

Otro de los puntos sobre los que descansa la Declaración de Independencia Americana de 1776 es la idea del origen consensual del gobierno. Recordemos que expresamente en su Preámbulo se establecía que:

[...] para garantizar estos derechos se instituyen entre los hombres gobiernos cuyos poderes descansan en el consentimiento de los gobernados [...] <sup>70</sup>.

Como sabemos, esta formulación no hunde sus raíces tan sólo en las teorías del origen contractual del gobierno. Como ya hemos señalado, desde los primeros asentamientos en el Nuevo Mundo el gobierno se concibió como una institución cuyo origen se hallaba en el pueblo. En este sentido la mayoría de las comunidades eran el contrato social en acción y tenían su ley fundamental como base <sup>71</sup>. Podemos sostener que tres fueron los principales factores que contribuyeron decisivamente a instaurar este sistema:

a) La noción de *convenant*, concepto propio de la Iglesia congregacionista mayoritaria, según el cual el origen de cada comunidad religiosa se hallaba en el convenio que firmaban sus miembros. Este principio será trasladado al ámbito político, de lo cual el pacto del *Mayflower* es un claro ejemplo. En este sentido, la idea de convenio o pacto como acto fundador de las sociedades fue un hecho real desde los primeros asentamientos <sup>72</sup>. Desde que en 1620 los primeros ingleses llegaron a América el pacto de establecimiento fue, mayoritariamente, el medio de organización política.

b) La propia estructura interna de las compañías por acciones, que, en definitiva, fueron las que financiaron las expediciones. Sus instituciones de gobierno interno se trasladaron a las colonias y, en algunos casos, se adoptaron como sistema organizativo en el ámbito político. Así, por ejemplo, en la colonización de Massachusetts el consejo de la compañía en pleno se trasladó a las nuevas tierras, lo que en la práctica se tradujo en un autogobierno real de la colonia <sup>73</sup>.

c) Las condiciones de asentamiento en el nuevo mundo y la real necesidad de autogobernarse ante la existencia, en determinadas circunstancias, de un vacío de poder.

Dentro de este contexto y en una confederación de Estados en la que, desde su origen, todo había inclinado al pacto, era de donde podía surgir una Declaración como la de 1776. Las convicciones democráticas eran firmes porque se trataba de algo vivido, de mucho más que unas teorías. Ello podía permitir a Tocqueville sostener en 1835 que la esencia del Estado social de los angloamericanos era eminentemente democrática. Desde su origen «el principio de soberanía del pueblo había

<sup>70</sup> «Declaration of Independence», en H. S. COMMAGER (ed.), *Documents of American History*, cit., p. 100.

<sup>71</sup> Vid. J. JELLINECK, *La Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano*, trad. A. Posada de la 2.ª ed. alemana, cit., p. 47.

<sup>72</sup> Vid. J. M. RODRÍGUEZ PANIAGUA, «Derecho constitucional y derechos humanos en la Revolución americana y en la francesa», *Revista Española de Derecho Constitucional*, separata núm. 19, enero-abril de 1987, p. 55.

<sup>73</sup> Vid. la «First Charter of Massachusetts» (March 4, 1629), en la que se afirmaba que la Asamblea que regiría la compañía estaría constituida por aquellos miembros de ésta elegidos libremente [en H. S. COMMAGER (ed.), *Documents of American History*, cit., pp. 16-17].

sido el principio generador de la mayor parte de las colonias inglesas en América», estando reconocido en las costumbres y proclamado por las leyes. Además, y en palabras de Tocqueville, «[...] se extiende con libertad y alcanza sin obstáculos sus últimas consecuencias» <sup>74</sup>.

Sin embargo, y con respecto a este punto, debemos dejar perfectamente clara una cuestión que no siempre ha sido bien entendida <sup>75</sup>. La Declaración no pretendía en absoluto fijar la forma de gobierno, ni tan siquiera aconsejar que un sistema democrático sería el más beneficioso. No comprometió a los futuros Estados a adoptar ningún sistema de gobierno preferentemente a otro. Tan sólo establecía que un primer pacto, el que daba lugar a la constitución de la sociedad política, se hallaba basado en el libre consentimiento de los gobernados. Dejó abierta la puerta a una futura decisión sobre la modalidad, el tipo concreto de gobierno. El consenso, en principio, no sería el modo mediante el cual debe operar el gobierno, sino sólo el medio para instituirlo. En definitiva, el pueblo se une para crear la sociedad, mientras que es necesario un segundo pacto para establecer la modalidad de gobierno elegida. En esta línea señala Diamond que con la expresión «cualquier forma de gobierno» la Declaración se refiere, como cualquier lector ilustrado del siglo XVIII hubiera comprendido, no sólo a la forma democrática, sino también a una forma mixta, aristocrática o monárquica. De este modo la Declaración reconocería la legitimidad de todos estos sistemas de gobierno, siempre que hubieran sido expresamente escogidos por el pueblo y no lesionaran sus derechos. Aun más, para este autor, la mayoría de los signatarios de la Declaración habrían sostenido que la «monarquía mixta» inglesa había sido, y muy posiblemente continuaba siendo para los ingleses, «el mejor y más libre gobierno de la humanidad» <sup>76</sup>.

Este punto de vista puede contrastar con el que sostenía Paine en su *Common Sense*, para quien la monarquía, en sí misma, ya era algo deplorable. Para Paine la monarquía era un tipo de gobierno que descansaba sobre bases falsas, la distinción entre reyes y súbditos, la cual no podía justificarse ni en principios naturales ni en religiosos <sup>77</sup>.

Volviendo al pensamiento de Jefferson, un derecho previo, el de autogobierno, es el que posibilita la realización del convenio como acto fundador de la sociedad. Como recuerda Ballesteros, para este revolucionario el marco más adecuado para la discusión política supondría el máximo equilibrio posible entre el número de oradores y el de oyentes, lo que en definitiva conllevaría «la potenciación de circunscripciones pequeñas, y el mayor grado de descentralización y autonomía de los municipios y de los condados» <sup>78</sup>. Pero, como este mismo autor destaca, esta exigencia, con el tiempo, se rendirá ante el afán centralizador: «el hombre común deja de ser el protagonista de la vida pública, como lo era en la democracia de Jefferson». El ciudadano pasa a ser considerado un consumidor de opciones políticas, «construidas a partir de la media estadística de los deseos y preferencias del hombre común» <sup>79</sup>.

<sup>74</sup> A. DE TOCQUEVILLE, *op. cit.*, pp. 46, 58 y 59.

<sup>75</sup> Vid., por ejemplo, A. SQUELLA, «Libertad e igualdad: las promesas cumplidas e incumplidas de la democracia», *Anuario de Filosofía del Derecho*, nueva época, t. VI, Madrid, 1989, p. 253, donde afirma literalmente que el texto de 1776 «opta por la democracia como sistema político».

<sup>76</sup> Cit. en M. DIAMOND, «La idea de igualdad: punto de vista de los Fundadores», en W. NICGORSKI y R. WEBER, *Casi un pueblo elegido. El desafío moral americano*, cit., pp. 38-39.

<sup>77</sup> T. PAINE, «Common Sense», en M. C. TYLER (ed.), *The Literary History of the American Revolution (1763-1783)*, vol. I, G. P. Putnam's Sons, New York, 1897, p. 464.

<sup>78</sup> J. BALLESTEROS, *Postmodernidad: decadencia o resistencia*, cit., p. 71.

<sup>79</sup> J. BALLESTEROS, *Postmodernidad: decadencia o resistencia*, cit., p. 74.

De acuerdo con los términos de la Declaración los gobiernos, cuyo origen se halla en el consentimiento de los gobernados, se instituyen precisamente para garantizar los derechos inalienables. La misión de un gobierno reside, fundamentalmente, en la defensa de los derechos inalienables de los hombres. Por ello la Declaración sostiene que:

[...] cuando una Forma cualquiera de Gobierno pone en peligro esos fines, el Pueblo tiene Derecho a alterarla o abolirla y a instituir nuevo Gobierno, fundamentándolo en los principios, y organizando sus poderes en la forma que a su juicio le ofrezca más posibilidades de alcanzar su Seguridad y Felicidad [...]<sup>80</sup>.

Como se puede comprobar, el fragmento transcrito supone una verdadera legalización del derecho a la Revolución. Ello es una consecuencia lógica del punto de vista hasta ahora sostenido. Si precisamente el fin principal de todo gobierno es la defensa de los derechos inalienables del hombre, en el momento en el que la autoridad establecida infringe tales prerrogativas el poder vuelve a quien, en su origen, disfrutaba de él, el pueblo<sup>81</sup>. Debemos, sin embargo, matizar que la Declaración no establecía el derecho a la Revolución en todo caso y circunstancia. Seguidamente especificaba que:

la prudencia, ciertamente, aconseja no cambiar por razones pasajeras y baladíes un gobierno de antiguo establecido, y la experiencia demuestra que los hombres están más dispuestos a padecer si el mal es tolerable que a hacerse justicia aboliendo formas a las que están acostumbrados [...]<sup>82</sup>.

De este modo, no toda rebelión es posible, sino aquella fundada en justas razones, y no basada en motivos pasajeros y baladíes. Para algunos, como Laslett<sup>83</sup> y Corwin<sup>84</sup>, este párrafo recordaría el argumento de Locke según el cual los pueblos soportan sin rebelarse grandes errores de sus gobernantes, de tal modo que las revoluciones sólo se producen cuando existen causas justificadas. Semejante argumento también es sostenido por Otis en sus «Rights of the British Colonies Asserted and Proved»<sup>85</sup>, y este autor sí que remite a Locke sobre la disolución del gobierno. Pero, admitiendo la posibilidad de que Jefferson tuviera presente a Locke al efectuar estas afirmaciones, lo cierto es que el autor de la Declaración de Independencia no se estaba refiriendo sólo a principios teóricos. Este párrafo, conecta los argumentos de Derecho natural con los principios de necesidad histórica, con la apelación a unos hechos concretos, la existencia de un plan deliberado desde Inglaterra que perseguía conducirles a la total esclavitud.

<sup>80</sup> «Declaration of Independence», en H. S. COMMAGER (ed.), *Documents of American History*, cit., p. 100.

<sup>81</sup> Estas ideas llegaron a ser principios comúnmente aceptados y especialmente impulsados durante los años del *Great Awakening*, cuando muchos clérigos sostenían llanamente que, si existía tiranía, «la sumisión es un delito» [vid. A. ELIOT, «A Sermon Preached before His Excellency Francis Bernard... (Boston, 1765)», pp. 47-48, en B. BAILYN, *Los orígenes ideológicos de la Revolución norteamericana*, cit., p. 22].

<sup>82</sup> «Declaration of Independence», en H. S. COMMAGER (ed.), *Documents of American History*, cit., p. 100.

<sup>83</sup> P. LASLETT nota de pie de página al parágrafo 225 de J. LOCKE, «Second Treatise of Government», en P. LASLETT (ed.), *Two Treatises of Government*, cit., p. 433.

<sup>84</sup> E. CORWIN, *The «Higher Law» Background of American Constitutional Law*, second printing, Oxford University Press, London, 1957.

<sup>85</sup> J. OTIS, «Rights of the British Colonies Asserted and Proved» (Boston, 1764), en B. BAILYN (ed.), *Pamphlets of the American Revolution*, cit., p. 429.

### III. CONCLUSIÓN

La Declaración Americana de 1776 es, evidentemente, una importante conquista en el ámbito del reconocimiento y protección de los derechos humanos. Se adelanta a la francesa al plasmar esferas de libertad del individuo en las que, sin su consentimiento, no cabe la intervención estatal. Es lo que Benjamin Constant, en su famosa conferencia, definió como «libertad de los modernos»<sup>86</sup>. No pueden, por tanto, desconocerse el mérito y las indudables conquistas de esta Revolución liberal, aunque tampoco deben ocultarse sus deficiencias. Por ello, partiendo del reconocimiento de estos logros y con la perspectiva que nos concede el paso del tiempo, en este último apartado del presente trabajo pretendemos poner de relieve algunas de las insuficiencias del texto de 1776, que, en definitiva, son inconsistencias de todo el modelo liberal. De cualquier modo, no debemos olvidar que la finalidad del documento aprobado en 1776 no era otra que la de justificar al resto del mundo la decisión, tomada en el seno de una confederación de Estados, de independizarse del monarca inglés. Por ello algunas de sus posibles carencias derivan directamente de sus limitados objetivos. Tema distinto, que no es objeto de nuestro estudio, sería la crítica al modelo político instaurado en Norteamérica tras la aprobación de la Constitución de 1789. Pero ello supera los límites de este trabajo.

Partimos de que la Declaración de 1776, al definir los derechos tan sólo como áreas de inmunidad frente al Estado, deja sin garantía su defensa. Lo que Rawls denomina «el valor de la libertad», o capacidad de cada cual para obtener realmente el cumplimiento efectivo de sus derechos dentro del sistema<sup>87</sup>, queda, de algún modo, relegado. Ejemplo radical de ello es la imposibilidad en la que se hallarán los habitantes de raza negra para hacer efectivos los derechos de igualdad y libertad proclamados solemnemente. En efecto, poco importa que se considere como verdad «evidente en sí misma» el que todos los hombres hayan sido creados iguales y que posean ciertos derechos inalienables entre los que se halla la libertad. Esta incapacidad concreta quedará reforzada con la proclamación de la «búsqueda de la felicidad» como derecho inalienable. En efecto, esta expresión fue entendida en un sentido predominantemente económico e interpretada como conservación y aumento del bienestar conseguido. Recientemente se han señalado sus tintes utilitaristas<sup>88</sup>.

Es cierto que la Revolución norteamericana, al omitir la referencia a la propiedad como derecho inalienable, permite una interpretación menos conservadora que la que admite la francesa. Mientras que ésta contendría una igualdad meramente jurídica<sup>89</sup>, aquélla no fue ajena a ciertas exigencias de la igualdad entendida en un sentido socioeconómico. En esta línea recordemos que, para Jefferson, la igualdad económica debía ser un requisito previo para el correcto funcionamiento del sistema democrático. Pero, a pesar de este avance, es evidente la limitación del pensar mo-

<sup>86</sup> B. CONSTANT, «De la libertad de los antiguos comparada con la de los modernos», trad. M. A. López, en M. L. SÁNCHEZ MEJÍA (ed.), *Del espíritu de conquista*, Tecnos, Madrid, 1988.

<sup>87</sup> J. RAWLS, *Teoría de la Justicia*, trad. M. D. González, Fondo de Cultura Económica, Madrid, 1979, p. 46.

<sup>88</sup> Vid. R. DE ASÍS ROIG, «El modelo americano de derechos fundamentales», *Anuario de Derechos Humanos*, Instituto de Derechos Humanos, Facultad de Derecho, Universidad Complutense, Madrid, 1990, p. 63.

<sup>89</sup> Vid. E. DÍAZ, «Libertad-igualdad en la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789», en *Filosofía y Derecho. Estudios en honor del Profesor J. Corts Grau*, t. I, Universidad de Valencia, Secretariado de Publicaciones, 1977, p. 244.

dero, sobre todo en lo que hace referencia a la solidaridad. En efecto, el modelo de derechos de 1776 presupone una concepción del individuo como «centro independiente», y asimismo entiende la sociedad como una suma de individuos aislados que compiten entre sí por los recursos económicos existentes<sup>90</sup>. El objetivo primario de las instituciones políticas será el de garantizar la ausencia de impedimentos para que el individuo pueda alcanzar sin obstáculo sus fines individuales. El Estado asegura al individuo tan sólo un margen de actuación para el cumplimiento de sus fines. El modelo de 1776, aunque sea un importante paso adelante, no admite, en este punto, ser trasplantado a nuestros días. En la actualidad el Estado ya no puede ser tan sólo el garante y guardián de una libertad meramente formal que descuida la garantía eficaz de la igualdad material. En definitiva, y como señala Prieto Sanchis<sup>91</sup>, los derechos humanos no deben quedar anclados como límites frente al poder. Es necesario «atribuirles una fuerza expansiva que logre rescatarlos del plano estrictamente formal en que parecen desenvolverse en el marco de las doctrinas liberales». La igualdad debe abrirse completamente a su dimensión real o material, potenciando al máximo los denominados derechos económicos y sociales que, lejos de meros reconocimientos, serían prerrogativas con carácter vinculante para todos los órganos del Estado. Como señala Squella, «el desafío político de una democracia consiste en conciliar, dentro de los límites de lo posible, esos valores de la libertad y de la igualdad»<sup>92</sup>. Por ello no puede hablarse de principios opuestos, sino de valores interdependientes e interrelacionados. En definitiva, la libertad, para ser real, necesita de medidas deliberadas y eficaces que consigan obtener una sociedad más igualitaria.

## BIBLIOTECA UNIVERSITARIA DE EDITORIAL TECNOS

- AJA, E., y otros: *El sistema jurídico de las Comunidades Autónomas*.  
 ALARCÓN CARACUEL, M. R., y GONZÁLEZ ORTEGA, S.: *Compendio de Seguridad Social* (3.ª ed.).  
 ALBALADEJO GARCÍA, M.: *El albeceazgo en el Derecho español (común y catalán)*.  
 ALBIÑANA, C.: *Sistema tributario español y comparado*.  
 ALCÁNTARA SÁEZ, M.: *Sistemas políticos de América Latina*. Vol. I: América del Sur.  
 ALCÁNTARA SÁEZ, M.: *Sistemas políticos de América Latina*. Vol. II: México. Los países del Caribe y de América Central.  
 ALMANSA PASTOR, J. M.: *Derecho de la Seguridad Social* (7.ª ed.).  
 ÁLVAREZ CONDE, E.: *El régimen político español* (4.ª ed.).  
 ARA PINILLA, I.: *Las transformaciones de los derechos humanos*.  
 ARECHEDERRA ARANZADI, L. I.; CORDÓN MORENO, F., y DURÁN RIVACOBIA, R.: *Temas de Derecho Civil foral navarro*.  
 BAENA DEL ALCÁZAR, M.: *Curso de Ciencia de la Administración*. Vol. I (2.ª ed.).  
 BALAGUER CALLEJÓN, F.: *Fuentes del Derecho*. Vol. I: Principios del ordenamiento constitucional.  
 BALLESTEROS, J.: *Sobre el sentido del Derecho*. Introducción a la filosofía jurídica (2.ª ed.).  
 BALLESTEROS, J. (editor): *Derechos humanos*. Concepto, fundamentos, sujetos.  
 BASSIOUNI, M. Ch.: *Derecho Penal Internacional*. Proyecto de Código Penal Internacional.  
 BERNÁRDEZ CANTÓN, A.: *Compendio de Derecho matrimonial canónico* (7.ª ed.).  
 BORRAJO DACRUZ, E.: *Introducción al Derecho del Trabajo* (6.ª ed.).  
 BROSETA PONT, M.: *Manual de Derecho Mercantil* (9.ª ed.).  
 BRUFAU PRATS, J.: *Teoría fundamental del Derecho* (4.ª ed.).  
 CARCELLER FERNÁNDEZ, A.: *Casos prácticos de Derecho Administrativo* (3.ª ed.).  
 CARCELLER FERNÁNDEZ, A.: *Manual de disciplina urbanística*.  
 CARRILLO SALCEDO, J. A.: *Curso de Derecho Internacional Público*. Introducción a su estructura, dinámica y funciones.  
 CARRILLO SALCEDO, J. A.: *Derecho Internacional Privado*. Introducción a sus problemas fundamentales (3.ª ed.).  
 CARRILLO SALCEDO, J. A.: *El Derecho Internacional en perspectiva histórica*.  
 CARRILLO SALCEDO, J. A.: *El Derecho Internacional en un mundo en cambio*.  
 CASTRO CID, B. de: *El reconocimiento de los derechos humanos*.  
 CATALANO, N., y SCARPA, R.: *Principios de Derecho comunitario*.  
 CAZORLA PRIETO, L. M. (Dir.), y otros: *Derecho del Deporte*.  
 CEREZO MIR, J.: *Curso de Derecho Penal español*, I (3.ª ed.).  
 CEREZO MIR, J.: *Curso de Derecho Penal español*, II.  
 CEREZO MIR, J.: *Problemas fundamentales del Derecho Penal*.  
 CUÉTARA, J. M. de la: *La actividad de la Administración*. Lecciones de Derecho Administrativo.  
 DÍEZ DE VELASCO, M.: *Instituciones de Derecho Internacional Público* (tomo I, 9.ª ed.; tomo II, 7.ª ed.).  
 DÍEZ-PICAZO, L.: *Fundamentos del Derecho Civil patrimonial* (2 vols., 2.ª ed.).  
 DÍEZ-PICAZO, L., y GULLÓN BALLESTEROS, A.: *Sistema de Derecho Civil* (vol. I, 7.ª ed.; vol. II, 6.ª ed.; vols. III y IV, 5.ª ed.).  
 ECHEVARRÍA, J.: *Teoría del dinero y del comercio internacional* (2.ª ed.).  
 ENTRENA CUESTA, R.: *Curso de Derecho Administrativo* (2 vols., 9.ª ed.).  
 FERNÁNDEZ ROZAS, J. C., y otros: *Derecho español de la nacionalidad*.  
 FERRANDO BADÍA, J.: *Democracia frente a autocracia. Los tres grandes sistemas políticos*. El democrático, el social-marxista y el autoritario (2.ª ed.).  
 FERRANDO BADÍA, J.: *El Estado unitario, el federal y el Estado autonómico* (2.ª ed.).  
 FERRANDO BADÍA, J.: *El régimen de Franco*. Un enfoque político-jurídico.  
 FERRANDO BADÍA, J.: *Estudios de Ciencia Política y de Teoría Constitucional* (3.ª ed.).  
 FERRANDO BADÍA, J. (coord.), y otros: *Regímenes políticos actuales* (2.ª ed.).  
 FONT GALÁN, J. I.: *Constitución económica y derecho de la competencia*.  
 FORNÉS, J.: *Derecho matrimonial canónico*.  
 GARCÍA VILLAREJO, A., y SALINAS SÁNCHEZ, J.: *Manual de Hacienda Pública general y de España*.  
 GARRIDO FALLA, F.: *Tratado de Derecho Administrativo*. Parte general (vol. I, 11.ª ed.; vol. II, 9.ª ed.).  
 GIMBERNAT ORDEIG, E.: *Estudios de Derecho Penal*.  
 GIMENO SENDRA, V.: *Constitución y proceso*.  
 GÓMEZ DEL CASTILLO, M. M., y UGALDE GONZÁLEZ, J. I.: *Procesos penales ordinarios y especiales*.

<sup>90</sup> Vid. J. RUBIO CARRACEDO, «La inconsistencia del modelo democrático liberal», *Anuario de Filosofía del Derecho*, nueva época, t. VI, Madrid, 1989, p. 243.

<sup>91</sup> L. PRIETO SANCHIS, «Ideología liberal y fundamentación insnaturalista de los derechos humanos. Observaciones críticas», *Anuario de Derechos Humanos*, núm. 4, p. 294.

<sup>92</sup> A. SQUELLA, «Libertad e igualdad: las promesas cumplidas e incumplidas de la democracia», *Anuario de Filosofía del Derecho*, nueva época, t. VI, Madrid, 1989, p. 262.

- GONZÁLEZ CAMPOS, J. D., y FERNÁNDEZ ROZAS, J. C.: *Derecho Internacional Privado*. Materiales de prácticas.
- GONZÁLEZ DELEITO, N.: *Tribunales constitucionales*. Organización y funcionamiento.
- GONZÁLEZ ENCINAR, J. J. (comp.), y otros: *Autonomía y partidos políticos*.
- GUTIÉRREZ ESPADA, C.: *El sistema institucional de las Comunidades Europeas*. De los Tratados constitutivos y el Acta Única al Proyecto de Tratado sobre la Unión Europea.
- HERA, A. de la: *Introducción a la Ciencia del Derecho Canónico*.
- HERNÁNDEZ MARÍN, R.: *Historia de la Filosofía del Derecho contemporánea* (2.ª ed.).
- IBÁN, I. C., y PRIETO SANCHÍS, L.: *Lecciones de Derecho Eclesiástico* (2.ª ed.).
- JIMÉNEZ DE PARGA, M.: *Los regímenes políticos contemporáneos* (6.ª ed.).
- LANDROVE DÍAZ, G.: *Introducción al Derecho Penal español* (3.ª ed.).
- LANDROVE DÍAZ, G.: *Las consecuencias jurídicas del delito* (3.ª ed.).
- LASARTE, C.: *Curso de Derecho Civil patrimonial*. Introducción al Derecho (3.ª ed.).
- LETE DEL RÍO, J. M.: *Derecho de la persona* (2.ª ed.).
- LETE DEL RÍO, J. M.: *Derecho de obligaciones*. Vol. I (2.ª ed.).
- LETE DEL RÍO, J. M.: *Derecho de obligaciones*. Vol. II.
- LETE DEL RÍO, J. M.: *Derecho de obligaciones*. Vol. III.
- LOMBARDÍA, P.: *Lecciones de Derecho Canónico*.
- LÓPEZ ALARCÓN, M.: *El nuevo sistema matrimonial español*. Nulidad, separación y divorcio.
- LÓPEZ ALARCÓN, M., y NAVARRO-VALLS, R.: *Curso de Derecho matrimonial canónico y concordado* (4.ª ed.).
- LÓPEZ GARRIDO, D.: *Libertades económicas y derechos fundamentales en el sistema comunitario europeo*.
- LÓPEZ PINA, A., y otros: *División de poderes e interpretación*. Hacia una teoría de la praxis constitucional.
- LÓPEZ-REY Y ARROJO, M.: *Compendio de criminología y política criminal*.
- LÓPEZ-REY Y ARROJO, M.: *Criminalidad y abuso de poder*.
- LORCA NAVARRETE, A. M.: *Derecho de arbitraje interno e internacional*.
- LORCA NAVARRETE, A. M.: *Introducción al Derecho Procesal* (2.ª ed.).
- LORCA NAVARRETE, A. M.: *Derecho Procesal orgánico* (2.ª ed.).
- LORCA NAVARRETE, A. M.: *Derecho Procesal penal* (2.ª ed.).
- LOSANO, M. G.: *Curso de Informática jurídica*.
- LUCAS VERDÚ, P.: *Curso de Derecho Político* (vol. I, 2.ª ed.; vol. II, 3.ª ed.; vol. III, agotado; vol. IV, 1.ª ed.).
- LUCAS VERDÚ, P.: *Principios de Ciencia Política* (vol. I, 3.ª ed.; vols. II y III, 2.ª ed.).
- LUCAS VERDÚ, P., y LUCAS MURILLO DE LA CUEVA, P.: *Manual de Derecho Político*. Vol. I: Introducción y Teoría del Estado (2.ª ed.).
- MARÍN PÉREZ, P.: *Derecho Civil* (3 vols.).
- MARÍN PÉREZ, P.: *Introducción a la Ciencia del Derecho* (4.ª ed.).
- MARTÍN-BEJARANO ARIANES, A., y ARCILA MARTÍN, M.: *Régimen fiscal de la empresa* (2.ª ed.).
- MARTÍN QUERALT, J., y LOZANO SERRANO, C.: *Curso de Derecho Financiero y Tributario* (2.ª ed.).
- MARTÍN VALVERDE, A.; RODRÍGUEZ-SANUDO GUTIÉRREZ, F., y GARCÍA MURCIA, J.: *Derecho del Trabajo*.
- MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ, J. L.: *Introducción al Derecho Administrativo*.
- MARTÍNEZ MARÍN, A.: *Derecho Administrativo*. La organización administrativa.
- MEILÁN GIL, J. L.: *La ordenación jurídica de las Autonomías*.
- MERINO MERCHÁN, J. F.: *Regímenes históricos españoles*.
- MONTÓN REDONDO, A.: *Juzgados y tribunales españoles*. Orígenes y atribuciones antes y después de la Ley Orgánica de 1 de julio de 1985.
- MONTOYA MELGAR, A.: *Derecho del Trabajo* (12.ª ed.).
- MONTOYA MELGAR, A., GALIANA MORENO, J. M., y SEMPERE NAVARRO, A. V.: *Instituciones de Derecho social europeo*.
- MONTOYA MELGAR, A., GALIANA MORENO, J. M., SEMPERE NAVARRO, A. V., y RÍOS SALMERÓN, B.: *El nuevo procedimiento laboral*.
- MORILLAS CUEVA, L.: *Teoría de las consecuencias jurídicas del delito*.
- OJEDA AVILÉS, A.: *Derecho sindical* (5.ª ed.).
- OPPENHEIM, F. E.: *Conceptos políticos*. Una reconstrucción.
- PALOMEQUE LÓPEZ, M.-C.: *Derecho del Trabajo e ideología* (4.ª ed.).
- PALOMEQUE LÓPEZ, M.-C.: *Derecho sindical español* (4.ª ed.).
- PASTOR, S.: *Sistema jurídico y economía*. Una introducción al análisis económico del Derecho.
- PASTOR RIDRUEJO, J. A.: *Curso de Derecho Internacional Público* (3.ª ed.).
- PÉREZ-LUÑO, A. E.: *Derechos humanos, Estado de Derecho y Constitución* (3.ª ed.).
- PÉREZ VERA, E.: *Derecho Internacional Privado*. Parte especial.
- PRIETO-CASTRO, L.: *Derecho Concursal* (2.ª ed.).
- PRIETO-CASTRO, L.: *Derecho Procesal Civil* (5.ª ed.).
- PRIETO-CASTRO, L.: *Modelos para la práctica jurídica procesal penal*.

- PRIETO-CASTRO, L., y GUTIÉRREZ DE CABIEDES, E.: *Derecho Procesal Penal* (4.ª ed.).
- PRIETO-CASTRO, L., y otros: *Tribunales españoles*. Organización y funcionamiento (5.ª ed.).
- PRIETO SANCHÍS, L.: *Ideología e interpretación jurídica*.
- RAWLS, J.: *Justicia como equidad*. Materiales para una teoría de la justicia.
- RODRIGO ALSINA, M.: *Los modelos de la comunicación*.
- RODRÍGUEZ CARRIÓN, A. J.: *Lecciones de Derecho Internacional Público* (2.ª ed.).
- ROJAS CARO, J.: *Derecho disciplinario militar*.
- SÁNCHEZ DE LA TORRE, A.: *Sociología del Derecho*.
- SAURA MARTÍNEZ, F.: *Incapacitación y tuición*.
- SCHÄFER, H.-B., y OTT, C.: *Manual de análisis económico del Derecho Civil*.
- SCHMITT, C.: *La defensa de la Constitución*.
- SORIANO, R.: *Las libertades públicas*. Significado, fundamentos y estatuto jurídico.
- TOMÁS Y VALIENTE, F.: *Manual de Historia del Derecho español* (4.ª ed.).
- TORRES LÓPEZ, J.: *Análisis económico del Derecho*. Panorama doctrinal.
- VERA URBANO, F. P.: *Derecho eclesiástico I*. Cuestiones fundamentales de Derecho Canónico, Relaciones Estado-Iglesias y Derecho Eclesiástico del Estado.
- VILARIÑO PINTOS, E.: *Curso de Derecho Diplomático y Consular*. Parte general y textos codificadores.