

DE LOS DERECHOS Y DE SU RELACIÓN CON LOS DEBERES Y LOS FINES COMUNES*

ABOUT RIGHTS AND THEIR RELATION
WITH DUTIES AND COMMON AIMS

GIANLUIGI PALOMBELLA
Universidad de Parma

Fecha de recepción: 20-7-06

Fecha de aceptación: 2-9-06

Resumen: *Los derechos humanos no expresan únicamente el respeto a la libertad y al principio de autonomía sino que también reflejan un ideal de la vida buena y pueden presentarse como condiciones mínimas de convivencia. Con los derechos se pretende evitar, sobre todo, la destrucción del tejido ético de la comunidad por lo que resulta esencial destacar su dimensión axiológica y colectiva.*

Abstract: *Human rights do not only express respect for freedom and the principle of autonomy, but also include an ideal of good life and can be presented as the minimum conditions to living together. Through human rights we specially try to avoid the destruction of the ethical net of the community and for that reason it is essential to emphasize its axiological and collective dimension.*

PALABRAS CLAVE: Derechos humanos, esfera pública, esfera privada, deberes, bien público

KEY WORDS: Human Rights, public domain, privacy, duties, public goal

* El presente artículo aparecerá en el volumen colectivo U. POMARICI (dir.), *Filosofía del Diritto*, Torino, 2006. Todos los derechos de impresión pertenecen al autor. Traducción de M^a Eugenia Rodríguez Palop, Universidad Carlos III de Madrid.

INTRODUCCIÓN

En la mayor parte de la cultura europea entre el '800 y el '900 el derecho subjetivo era concebido como una realidad "jurídica". No representaba ninguna esencia "natural", ni aparecía siquiera como algo imaginable en reino "natural" alguno. Los derechos subjetivos eran, en efecto, *normas*, y no una entidad independiente de las normas. En los últimos decenios del '900, sin embargo, también en la Europa continental, se abrió camino la expresión "derechos morales", con la que se mostró la difundida convicción de que el discurso sobre los derechos podía pertenecer tanto al Derecho como a la moral. Esta tesis se corresponde a menudo con un modo particular de vincular el Derecho y la moral y, eventualmente, de superar la alternativa iusnaturalismo –positivismo, subrayando la importancia del razonamiento moral¹, incluso para solucionar cuestiones propiamente jurídicas.

En los últimos años, muchas y diferentes doctrinas unidas, no obstante, por algunos rasgos comunes, han vuelto a plantear el protagonismo de los derechos atribuyendo un papel destacado a los "valores" en la comprensión constitucional, al razonamiento moral, como un instrumento esencial en el conocimiento del Derecho y, en fin, a los principios, en la clarificación, la determinación y la interpretación de los derechos.

Para el iuspositivismo tradicional, en cambio, el discurso de los *derechos* pertenece al *Derecho* (Law) y no hay ninguna necesidad de recurrir a la *moral*, entre otras cosas, porque ambos reinos están dotados de límites separables².

¹ Los principales representantes de esta línea podrían ser R. DWORKIN, *Freedom's Law: the Moral Reading of the American Constitution*, Oxford, 1996; Id., *L'impero del Diritto*, trad. Lorenza Caracciolo di San Vito, Milano, 1989. R. ALEXY, *Theorie der Grundrechte*, Frankfurt am Main, 1994 (en inglés: *A Theory of Constitutional Rights*, trad. Julian Rivers, Oxford, 2002); Id., *Teoria dell'argomentazione giuridica: la teoria del discorso razionale come teoria della motivazione giuridica*, bajo la dirección y con un escrito de Massimo La Torre, Milano, 1998. [Existe traducción en castellano. R. ALEXY, *Teoría de los derechos fundamentales*, trad. Ernesto Garzón Valdés, Centro de Estudios Constitucionales, y R. ALEXY, Madrid, 2002, *Teoría de la argumentación jurídica: la teoría del discurso racional como teoría de la fundamentación jurídica*, trad. Manuel Atienza e Isabel Espejo, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1989. Para el resto de artículo, aparecerá la referencia a la traducción castellano entre corchetes la primera vez que sea citada la obra. Las sucesivas citas se referirán a la edición italiana que es la que maneja el autor. *N. de T.*]

² En la Filosofía del Derecho contemporánea, entre otras, se recuerda la tesis de H.L.A. HART, *Il concetto di Diritto*, M.A. Cattaneo (ed.), nueva edición con el Postcript del autor, Torino, 2002 [H.L.A. HART, *El concepto de Derecho*, traducción de Genaro R. Carrió, Abeledo Perrot, Buenos Aires]; o de J. RAZ, *The Authority of Law. Essays on Law and Morality*, Oxford, 1979. [J. RAZ, *La autoridad del Derecho. Ensayos sobre Derecho y Moral*, Universidad Nacional Autónoma, México, 1985, trad. Rolando Tamayo y Salmorán].

No puedo profundizar ahora en este asunto³ pero en lo que sigue ofreceré una reconstrucción de cual ha sido la consideración teórica reservada a los derechos en relación con dos temas de referencia, o si se prefiere, con dos temas en contraste, que figuran entre los conceptos clave del Derecho y de la moral, el de los “deberes” y el de las “normas”. Finalmente, me aproximaré al concepto específico de los derechos “fundamentales” para proponer una definición que pueda relacionarse con otros conceptos considerados homólogos, entre los que es posible citar el de derechos “humanos”.

En la primera parte del cuadro que voy a presentar (1-5), afrontaré la posibilidad de un equilibrio entre derechos y deberes también en el plano de las razones morales, mientras que en la segunda parte (6-10) atribuiré un papel jurídico a los derechos que llamamos fundamentales, definidos por su relación con las normas de un Ordenamiento Jurídico.

1. DERECHOS O DEBERES

Según importantes corrientes del pensamiento, la diferencia entre el reino de lo jurídico y el de lo moral, se corresponde con una forma distinta de situar los deberes y los derechos. En la historia del pensamiento jurídico y filosófico, a un buen número de derechos se les ha adjudicado únicamente una dimensión jurídica⁴; en cambio, si algo ha caracterizado al punto de vista moral de una manera estable, ha sido la centralidad que en el mismo han adquirido los “deberes” y no precisamente los derechos. Esta visión de las cosas, otorga a los deberes un papel central en el mundo moral; un papel que se tenía muy presente en el mismo pensamiento moderno que dio lugar a los “derechos”. Por ejemplo, en este contexto, Locke decía: “*The State of Nature has a Law of Nature to govern it, which obliges every one: And Reason, which is that Law, teaches all Mankind, who will but consult it, that being all equal and independent, no one ought to harm another in his Life, Health, Liberty, or Posses-*

³ Para lo cual se puede recurrir a S. POZZOLO, *Neocostituzionalismo e positivismo giuridico*, Torino, 2001; G. PALOMBELLA, *L'autorità dei diritti: i diritti fondamentali tra istituzioni e norme*, Roma-Bari, 2002; V. OMAGGIO, *Teorie dell'interpretazione: giuspositivismo, ermeneutica giuridica, neocostituzionalismo*, Napoli, 2003; V. GIORDANO, *Il positivismo e la sfida dei principi*, Napoli, 2004; G. BONGIOVANNI, *Costituzionalismo e teoria del diritto: sistemi normativi contemporanei e modelli della razionalità giuridica*, Roma-Bari, 2005.

⁴ Cfr. por ejemplo, J. WALDRON (ed.), *'Nonsense upon Stilts'. Bentham, Burke and Marx on the Rights of Man*, London, 1987.

sions”⁵. Y entre los padres del constitucionalismo americano, Thomas Jefferson, en una carta de 1814, afirmaba:

“Considero nuestras relaciones con los otros como constitutivas de los límites de la moral...Hacia nosotros mismos, en rigor, no podemos tener deberes, desde el momento en que una obligación requiere dos partes. El amor hacia nosotros mismos, en consecuencia, no es un elemento de la moral. Es más, es exactamente lo contrario. Es el único antagonista de la virtud, el que nos lleva continuamente a satisfacernos a nosotros mismos violando, de este modo, nuestros deberes morales hacia los demás”⁶.

En una reciente intervención en el *Oxford Journal of Legal Studies* (2003), Sir John Laws dice que “hay deberes y no derechos morales”⁷ y sostiene que si un derecho está “justificado moralmente, es porque la otra parte tiene un deber –un deber moral– de respetarlo”. Por esto, concluye lapidariamente, “*a throne of moral rights may make a kingdom of intolerance*”⁸. En definitiva, sólo si la moral interpersonal está marcada por la idea del deber (más que por la mentalidad posesiva e individualista de los derechos) es posible impedir que el Estado se transforme en un árbitro del *divide y vencerás* o en un tiránico dispensador de *pan y circo*.

Ciertamente, frente a estas consideraciones, es difícil negar que los derechos son *self-centered*, o sea, que están orientados a priorizar al individuo y a su valor intrínseco. Y las democracias liberales parecen apoyarse en los derechos, precisamente por la conexión que, en general, se establece entre estos y la libertad individual, ya sea como concepto general unitario o como conjunto de libertades concretas. De hecho, los derechos individuales más relevantes son indirectamente la premisa o el contenido de las elecciones personales que otorgan un

⁵ J. LOCKE, *The Second Treatise of Civil Government*, en Id., *Two Treatises of Government* (1690), P. Laslett ed., Cambridge, 1960, § 6, p. 289. Ed. it. *Secondo trattato del governo civile*, en J. LOCKE., *Due trattati sul governo civile e altri scritti politici*, a cura di L. Pareyson, Torino 1982, p. 231.[J. LOCKE, *Segundo tratado sobre el gobierno civil: un ensayo acerca del verdadero origen, alcance y fin del gobierno civil*, trad. Carlos Mellizo, Alianza, Madrid, 1990].

⁶ “I consider our relations with others as constituting the boundaries of morality ...To ourselves, in strict language, we can owe no duties, obligation requiring also two parties. Self-love, therefore, is no part of morality. Indeed it is exactly its counterpart. It is the sole antagonist of virtue, leading us constantly by our propensities to self-gratification in violation of our moral duties to others” (Th. JEFFERSON, *Letter to Thomas Law*, Poplar Forest, June 13, 1814. Puede encontrarse en: <http://home.att.net/~history101/TJletters.htm>).

⁷ J. LAWS, “Beyond Rights”, *Oxford Journal of Legal Studies*, núm. 23, 2003, p. 267. Pero vid. también ibidem, pp. 265 y ss. Probablemente sin advertir de la medida en la que esto contradice la filosofía de Ronald Dworkin, que se valora mucho. En efecto, no podemos ignorar que la moral nos enseña, desde Platón, cómo debemos comportarnos con los demás (ibidem, p. 268).

⁸ Ibidem, p. 269.

sentido a la idea misma de autonomía personal. Por el contrario, las tesis *duty-based* (que explican nuestro sentido moral, es decir, nuestro sentido acerca de lo justo, refiriéndose a los deberes que tenemos más que a los derechos que podemos reclamar), no podrían más que apoyarse en otro fundamento, indicando a los individuos las directivas a las que deben adecuarse más que subrayando las posibilidades que tienen de dar satisfacción a sus planes de vida⁹.

La relación entre deberes y derechos es, cuando menos, controvertida. Admitiendo la dificultad de trazar un recorrido lineal, los derechos, considerados como una construcción jurídica, se presentan, en maestros como Jeremy Bentham o Wesley Newcomb Hohfeld (los derechos en sentido estricto, en tanto pretensiones), unidos por una relación de correlatividad a los deberes. Si bien también la correlatividad ha sido cuestionada¹⁰, ha constituido y sigue constituyendo un paradigma recurrente. La concepción benthamiana del derecho subjetivo lo configura como un “beneficio” reservado a su titular; más precisamente, asume que el titular de un derecho es aquel que se beneficia de la correlativa obligación en otros, instituida jurídicamente. En el área continental, los que, como Ihering¹¹ veían en el derecho subjetivo un “interés protegido” por el Ordenamiento jurídico, no sólo confirmaban la visión de los derechos como construcción

⁹ No es posible recorrer aquí la intensa discusión que sobre estos puntos ha mantenido la Teoría del Derecho, especialmente anglosajona. En todo caso, en relación a estos problemas específicos, entre otros trabajos importantes por los que se puede comenzar y a los que me referiré enseguida, se puede mencionar R. DWORKIN, *I diritti presi sul serio*, a cura di G. Rebuffa, Bologna 1982, pp. 265-92 [R. DWORKIN, *Los derechos en serio*, trad. Marta Guastavino, Ariel Barcelona, 1984]; T.M. SCANLON, *Rights, Goals and Fairness*, en S. Hampshire (ed.), *Public and Private Morality*, Cambridge, 1978, pp. 93-111; H.L. HART, “Between Utility and Rights”, *Columbia Law Review*, núm. 79, 1979, pp. 828-46; F. LAPORTA, “Sobre el concepto de derechos humanos”, *Doxa*, núm. 4, 1987, pp. 22-46.

¹⁰ Puede verse, por ejemplo, D. LYONS, “The Correlativity of Rights and Duties”, *Nous*, núm. 4, 1970, pp. 45-55 (también es posible encontrarlo en C. NINO (ed.), *Rights*, Aldershot, 1992, pp. 49-59). Sostiene la correlatividad, N. BOBBIO en *L'età dei diritti*, Torino 1992, p. 83. [N. BOBBIO, *El tiempo de los derechos*, trad. R. de Asís, Sistema, Madrid, 1991].

¹¹ Cfr. A. FALZEA, *Introduzione alle scienze giuridiche*, I parte, *Il concetto di diritto*, Milano, 1975, pp. 172-4. Indicaciones bibliográficas y otras observaciones pueden encontrarse en M. LA TORRE, *La “lotta contro il diritto soggettivo”. Karl Larenz e la dottrina giuridica nazionalsocialista*, Milano, 1988, pp. 234 ss.; M. VILLEY, *Le droit subjectif chez Jhering*, in *Jherings Erbe*, Goettinger Symposium, Hg von F. Wieacker e Ch. Wollschlaeger, Goettingen, 1970, pp. 217 ss. Cfr. en italiano la importante obra de R.V. JHERING, *Lo spirito del diritto romano nei diversi gradi del suo sviluppo*, trad. di Luigi Bellavite, Milano 1855 [R. JHERING, *El espíritu del derecho romano en las diversas partes de su desarrollo*, trad. Enrique Príncipe Satorres, Madrid, 1891], e Id, *La lotta per il diritto e altri saggi*, a cura di Roberto Racinaro, Milano, 1989. [R. JHERING, *La lucha por el derecho*, trad. Adolfo Posada, Victoriano Suarez, Madrid, 1921].

“jurídica”, sino que de hecho también abrían el camino a la idea kelseniana, según la cual un derecho subjetivo se resuelve en las *normas* que disponen obligaciones (como recordaré mejor más adelante: *infra* & 6).

En síntesis, los considerados “*legal rights*” (expresión anglosajona que suena a pleonasma en la recordada tradición continental) parecen depender en cada caso de deberes y obligaciones en los otros, previstos por el Derecho vigente.

Fue Herbert Hart quien buscó una vía diferente, pero sólo obtuvo un éxito relativo. Su c.d. “*choice theory*” intentaba evitar la reducción de los derechos a simples reflejos de deberes; se orientaba a superar una construcción que a Hart le parecía incapaz de ofrecer una razón de ser propia y peculiar para la categoría de los “derechos” en relación con la de los deberes¹². La *choice theory* identificaba esta especificidad, la *ratio* de titularidad de un derecho, con ese “estar en posición de tener el control” en las situaciones jurídicas en las que los derechos se encuentran implicados. Según Hart si Y está en la condición de “determinar gracias a su elección como actuará X y así limitar la libertad de elección de X” es este hecho y no el de recibir un beneficio, el que resulta “determinante para afirmar que se tiene un derecho”¹³. De este modo, obtener beneficio del deber impuesto a algún otro no es siempre una condición para ser titular de un derecho correlativo; y tener un derecho no significa necesariamente ser aquél que se beneficia de un deber ajeno, sino más bien estar en la posición que le permite gozar de una cierta “soberanía” en cuanto al modo de comportarse, en cuanto al ejercicio del propio derecho, la posibilidad de eliminar deberes ajenos o de renunciar o actuar para que se le obedezca¹⁴.

¹² Una reconstrucción general puede obtenerse del trabajo de B. CELANO, “I diritti nella Jurisprudence anglosassone contemporanea, da Hart a Raz”, *Analisi e diritto*, núm. 1, 2001, pp. 1-58. Otras reconstrucciones útiles y cuidadosas de estos y otros pasajes se encuentran en varios trabajos entre los que es necesario mencionar al menos los siguientes: C. NINO, “Introduction”, C. NINO (ed.), *Rights*, Aldershot 1992, pp. xi-xxxiv; J. WALDRON, “Introduction”, J. WALDRON (ed.), *Theories of Rights*, Oxford (1984), 1995, pp. 1-20; R. WEST, “Introduction: Revitalizing Rights”, en R. WEST (ed.), *Rights*, Aldershot, 2001, pp. xi-xxxi. En los volúmenes citados hay además una colección de ensayos sobre derechos, ensayos que han sido y son todavía fundamentales para el debate científico.

¹³ H.L.A. HART, “Are there any Natural Rights?”, en J. WALDRON (ed.) *Theories of Rights*, cit., p. 82.

¹⁴ Esto es cierto incluso si, como Hart admite, no puede extenderse a los derechos fundamentales o a los que satisfacen necesidades básicas de los individuos (J. WALDRON, “Introduction”, en Id., *Theories of Rights*, cit., p. 9). H.L.A. HART, “Bentham on Legal Rights”, en A. W. B. Simpson (ed.), *Oxford Essays in Jurisprudence*, Second Series, Oxford, 1973 (pp. 171 ss), pp. 196-8. Cfr. también B. CELANO, op. cit., pp. 28 ss.

Los críticos de Hart sostienen la teoría del *interés* más que la de la elección. La razón por la que se atribuye un derecho a alguien está en su interés particular y tal interés tiene que ver con los “bienes” que esperan obtener los individuos y que afectan al ejercicio de su autonomía, a su libertad de elección, como subrayaba Hart, *pero también* se relaciona con cualquier otro bien sustancial, económico o social¹⁵.

De cualquier modo, ya se trate de intereses o de elecciones, es a los derechos a los que se da la prioridad, como fundamento de los deberes correspondientes, y no a la inversa. Es decir, son los derechos la razón por la que podemos imponer deberes¹⁶.

En este punto, el problema de la relación entre derechos y deberes aparece con una luz más clara: ¿cuáles son las razones por las que atribuimos prioridad a los deberes o, alternativamente, a los derechos? La respuesta depende de la concepción que se tenga de la moral política o de la moral en general: si las normas morales pueden tener una justificación que encuentre apoyo en los derechos¹⁷ o en los deberes, o quizá finalmente, en una tríada habitual, en el bien público (*right-based*, *duty-based* o incluso *goal-based*).

2. DERECHOS, VALORES Y AUTONOMÍA DE LOS DEBERES

Si una forma de caracterizar a la sociedad occidental es referirse al modo en que suelen justificarse en su seno las propias reglas, como he explicado más arriba, parece que la idea que ha triunfado entre nosotros es la de que las justificaciones de los deberes se encuentran en los derechos de los otros¹⁸. Tras

¹⁵ N. MacCORMICK, “Taking the “Rights Thesis” Seriously”, en Id., *Legal Right and Social Democracy*, Oxford, 1982, p. 145 y pp. 148 ss. También N. MacCORMICK, “Children’s Rights: A Test Case for Theories of Rights”, *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie*, núm. 62, 1976, pp. 309 y ss., pp. 313 y ss.

¹⁶ Los derechos son razones para imponer deberes u otras cargas eventuales, límites, obligaciones, vínculos, sujeciones, etc.

¹⁷ Por ejemplo, MacCORMICK en “Children’s Rights: A Test Case for Theories of Rights”, cit., donde sostiene que si bien “Austin and Hohfeld might be scandalised (...) the law sometimes confers rights which are logically prior to duties” (p. 312). Por otra parte, según MacCormick, “it is because children have a right to care and nurture that parents have the duty to care for them” (p. 313). Pero cfr., desde otro punto de vista, J. RAZ, “Legal Rights”, *Oxford Journal of Legal Studies*, núm. 4, 1984, pp. 1-21.

¹⁸ Los modelos *duties-based* se consideran patrimonios exclusivos de visiones culturales y religiosas como la islámica, ebraica, cristiana, confuciana, y otras, mientras que los derechos son patrimonio de la revolución moderna y se ubican en la lógica de la separación de la justicia, del Derecho y del Estado de los sistemas religiosos. De hecho, parece claro que las sociedades *duties-based* son distintas a las sociedades *right-based*.

nuestras pretensiones morales y nuestras obligaciones morales hay razones: los derechos deberían ser tales razones, las únicas sostenibles para imponer deberes a los demás. Según J.L. Mackie, no sólo la moralidad política sino la moralidad en general está basada en derechos. De hecho, las teorías *right based* gozan de una evidente ventaja respecto a las de *duty based*: “Los derechos son algo que podemos desear tener, en cambio, los deberes son molestos. Podemos sentirnos bien cuando los deberes son impuestos a los otros (...) en nombre de la libertad, de la protección o de otras ventajas que tales deberes nos aseguran a nosotros y a nuestros vecinos. Pero la razón por la que los deberes existen debe estar en otro lugar. Un deber sólo por amor del deber es absurdo, sin embargo, que los derechos existan sólo por los derechos, no lo es”¹⁹.

Para poder discutir estas conclusiones, necesito todavía algunos argumentos que recorren la teoría *rights based*. Podremos tener muchas razones²⁰ que nos obliguen moralmente a llevar a cabo una acción de la que se beneficie alguien. Pero cuando atribuimos a alguien un derecho lo que creemos sostener es que a esa persona le es debido un beneficio, le son debidas algunas prestaciones o simplemente una abstención, dado que se trata de un bien, de un interés tan importante para ella, que sería una “equivocación” por nuestra parte no reconocérselo (tal como escribe Neil MacCormick²¹).

Como ya he observado, un derecho puede proteger bienes de calidad y peso muy diferentes que vayan desde la libertad y la autonomía de un individuo hasta la satisfacción de sus necesidades básicas, la garantía de sus intereses fundamentales o incluso la obtención de beneficios sociales, como la tutela de la salud, la educación y la seguridad en general. Por lo tanto, además de la autonomía de los individuos los derechos protegen otras cosas.

Ronald Dworkin planteó el problema de los derechos partiendo del presupuesto de que una teoría moral puede ser *right based* (el constitucionalis-

¹⁹ J.L. MACKIE, “Can there be a Right based Morality?” en J. WALDRON (ed.), *Theories of Rights*, cit., p. 171. (“Rights are something that we may well want to have; duties are irksome. We may be glad that duties are imposed on others (...) for the sake of the freedom, protection or other advantages that other people’s duties secure for us and friends. The point of there being duties must lie elsewhere. Duty for duty’s sake is absurd, but rights for their own sake are not”).

²⁰ Se podría tratar de razones puramente utilitaristas, de razones de principio que tienen que ver con nuestra coherencia, y de muchas otras.

²¹ N. MACCORMICK, “Children’s rights”, cit., p. 311. Carlos Nino sostiene que esta caracterización es la misma que propone Dworkin, sobre lo cual puede verse aquí *infra*. (C. NINO, “Introduction” en C. NINO (ed.), *Rights.*, cit., p. XXIV).



mo liberal moderno), o (no sólo) *goal based* o *duty based*. Tal teoría “*will take some overriding goal, or some set of fundamental rights, or some set of transcendent duties, as fundamental, and show other goals, rights and duties as subordinate and derivative*”²². Una vez asumida como fundamental una justificación última, ésta reduce las otras a razones derivadas, de modo que lo que no tiene un valor último acaba teniendo necesariamente un valor instrumental. En consecuencia, existe entre *derechos* y *fines colectivos (goals)*, entre intereses individuales y objetivos públicos, una oposición necesaria, por principio y por razones conceptuales. En la hipótesis de Dworkin, esta contraposición depende de la calidad misma de los derechos. Los derechos tienen un fundamento moral que sería un “error” negarles en función de los intereses de la colectividad, intereses decididos con base en las preferencias políticas expresadas por las mayorías. La exhortación de Dworkin a “tomar los derechos en serio”, nace de estas premisas y de la consciencia de que los principios presentes en la historia constitucional americana muestran la prioridad de los derechos “morales” de los individuos. La filosofía de los derechos de Dworkin representa pues un paradigma consolidado e influyente (sobre sus tesis volveré en breve).

Frente a lo anterior, si pudiéramos partir de la posibilidad de que los derechos fundamentales se nos presenten *también* como objetivos de valor compartidos socialmente (y, por tanto, potencialmente, como fines colectivos), abriríamos el camino para reconocer más de *una* tipología de razones para justificar nuestros comportamientos, o sea nos abriríamos al discurso de la moral pública. De este modo, una hipótesis excluyente podría ser sustituida por una que “permitiera” la concurrencia de justificaciones plurales en nuestras elecciones morales; razones que afectarían a nuestros derechos, pero también a nuestros deberes, y finalmente, a nuestros objetivos comunes, colectivos.

La importancia de esta perspectiva consiste en que, en un cierto sentido, “libera” el horizonte y las estrategias racionales de justificación, incluso suponiendo alguna compatibilidad entre ellas, y en todo caso aspira a lograr un equilibrio (entre las distintas inspiraciones morales). Desde este punto de vista, el mundo “moral” resulta irreducible a un único fundamento, el de los

²² R. DWORKIN, *Taking Rights seriously*, London, 1978, p. 171 (la observación se encuentra en *Justice and Rights*, ibidem, pp. 150-183, que no fue traducido en la edición italiana, *I diritti presi sul serio*, cit.).



derechos, y al mismo tiempo los derechos pueden perder su posición central y la función “absolutista” que parecen haber asumido.

Antes de profundizar en esta cuestión, es útil subrayar que algunos bienes –cuya protección sea reconocida como un deseable fin público o privado– pueden ser considerados, consecuentemente, como valores en sí mismos: se trata de bienes que en nuestra visión están dotados de un valor “intrínseco”, sean individuales o *colectivos*. Como ha sostenido Joseph Raz, además de los derechos, en la base de nuestra moralidad puede haber valores diversos, *más de una razón*, por lo que resulta más realista un “*pluralistic understanding of the foundation of morality*”²³. En efecto, tras las razones que respetamos en el plano moral, no se encuentran sólo los *derechos* de los demás, sino que también podemos encontrar *valores* (que no coincidan con los derechos individuales), e incluso *deberes* (que no se correspondan con los derechos de nadie en particular).

Creo que este “pluralismo” de las fuentes de nuestra moralidad puede no sólo explicar la variedad de opciones incluidas en un Ordenamiento jurídico, sino también ayudarnos a resolver cuestiones ético-políticas que se presentan en la producción y en la aplicación del Derecho. Y es que a menudo se plantean ciertos dilemas en la interpretación del Derecho, a pesar de las tesis que definen los derechos como triunfos o que sostienen su objetiva *reconocibilidad* en términos de *self evident truths*. Este pluralismo nos ayuda a comprender la realidad de los Ordenamientos constitucionales, que como los continentales europeos, no pueden interpretarse como si los principios fundamentales fueran reducibles sólo a la protección de los derechos individuales²⁴. Los Ordenamientos europeos, de hecho, protegen también valores que no son reconducibles únicamente a la categoría de los derechos individuales, de modo que los principios jurídicos que vemos tutelados expresan una pluralidad de posibilidades, que difícilmente podemos reconstruir en términos de una rígida y predeterminada jerarquía.

De otro lado, los mismos derechos –también *cuando llegan a ser un instrumento jurídico* (cuando se consideran coercibles y tutelables institucional-

²³ J. RAZ, “Right-based Morality” en J. WALDRON (ed.), op. cit., p 182.

²⁴ Cfr. R. DWORKIN, *I diritti presi sul serio*, a cura di G. Rebuffa, Bologna, 1982, pp. 328 y *passim*. He expuesto mi crítica a este reduccionismo en “Giudici, diritti e democrazia”, en *Democrazia e diritto*, núm. 1, 1997, pp. 241-64. Una crítica explícita a la ecuación principios-derechos individuales puede encontrarse en R. ALEXY, *A Theory of Fundamental Rights*, cit., pp. 65-6; y ahora también en G. ZAGREBELSKY, *Ronald Dworkin’s Principle based Constitutionalism: an Italian Point of View*, cit., pp. 642-3.

mente)- son caracterizados en todo caso por su nexa con la ética más corriente. Los derechos están conectados con los que podríamos llamar “valores en curso” y no son inmunes al riesgo de proteger ideales y convicciones que consideramos inaceptables hoy, en nuestras democracias occidentales. En efecto, los derechos se “mueven” según el contexto y pueden presentarse también como un arma de doble filo. Como recordaba Morton Horwitz, al inicio del ‘900, “sólo pocos teóricos sofisticados del Derecho (...) consideraban los derechos naturales como algo más que una ilusión intelectual que obtuvo un cierto éxito en la época del capitalismo del *laissez-faire*. En ellos, la idea central de un conjunto radicalmente individualista de lockeanas prerrogativas prepolíticas –según los pensadores progresistas- se presentó como la antítesis de la noción de valores comunitarios y se desarrolló en el tiempo en el que la Revolución Americana quiso proteger la propiedad privada contra una equitativa distribución de la riqueza”²⁵. A mitad de los ‘800, las sentencias de la Corte Suprema estadounidense, como la *Dred Scott*²⁶, hasta podían basarse en los derechos (de los blancos) para sostener: “*the negro might justly and lawfully be reduced to slavery for the [white man’s benefit]*”²⁷. Así pues, atribuir a los “derechos” una fuerza indiscutible puede revelarse como una cautela sensata.

El protagonismo de los derechos, por lo demás, es esencial pero no exclusivo en el universo moral. Ciertamente, como el pensamiento liberal moderno nos ha enseñado, los derechos individuales son ineludibles, sobre todo porque plantean el problema de la justicia en cada caso particular, pero la justicia se articula con la ética y se enlaza con una variedad de valores. No

²⁵ M.J. HORWITZ, “Rights”, *Harvard Civil Rights-Civil Liberties Law Review*, núm. 23, 1988, p. 395: “Few sophisticated legal thinkers (...) regarded natural rights as anything more than an intellectual illusion developed in an era of *laissez-faire* capitalism. In its central idea of a radically individualistic set of Lockean pre-political entitlements, progressive legal thinkers believed, was antithetical to any notion of communitarian values and was developed from the time of the American Revolution to protect private property against a more equitable distribution of wealth”.

²⁶ *Dred Scott vs. Sanford*, 60 U.S. 393 (1857). Entre las últimas observaciones que ha suscitado esta sentencia, puede destacarse la de Dworkin que la considera justamente como un ejemplo de fidelidad a la Constitución americana por parte de los jueces, y no de negación de sus ideales originarios. Dworkin dice que la *Dred Scott* ha sido recordada por G.W. Bush como ejemplo del tipo de decisión que los jueces seleccionados por él habrían evitado, pero tal ejemplo no es correcto, según Dworkin, precisamente porque los jueces en la *Dred Scott* habrían sido “fieles” a la Constitución (R. DWORKIN, *Justice in Robes*, Cambridge (Mass), 2006, p. 117).

²⁷ *Dredd Scott vs. Sanford*, cit. p. 407.

podemos ignorar que nuestro universo moral se refiere también a deberes perceptibles de un modo autónomo e independiente de los derechos de los demás. Raz ha insistido en el hecho de que solamente una moralidad “estrecha” (*narrow morality*) podría ser *right based*: tal moralidad se contentaría con obligarnos a considerar “sólo aquellos principios que limitan la persecución de los objetivos individuales y la promoción de un interés personal”²⁸, a fin de proteger la libertad y, en general, la autonomía de los demás. Sin embargo, como recuerda Raz, nuestra misma “autonomía” puede ser vista en un modo doble, bajo el perfil de la limitación externa de las elecciones y las acciones, sobre la base de los derechos de otros, y bajo el de la interna disposición hacia objetivos, valores a perseguir y realizar o deberes a respetar. Incluso un buen individualismo moral no puede obviar la insuficiencia de esta moralidad tan “estrecha” (o sea *right based*). Los “otros” valores, los otros “bienes”, y los deberes *no* tienen siempre y únicamente un papel instrumental respecto de los intereses y los derechos individuales. De hecho, algunos bienes colectivos pueden tener un valor intrínseco y no puramente derivado de los derechos individuales. Por ejemplo, una sociedad libre y tolerante, una sociedad sensible, respetuosa con valores como el arte, la honestidad, la amistad, tiene valor en sí misma y constituye un bien común: una sociedad tolerante es estructuralmente un bien colectivo, que no puede ser exclusivo y divisible. Nadie puede hacer de esto un derecho individual²⁹. Lo que no significa que se trate sólo de un bien “instrumental”.

Estos “bienes colectivos” son, en efecto, tales, según Raz, porque son un factor *constitutivo* de la calidad de vida, de una vida llena y autónoma: les reconocemos un valor que consideramos inmoral despreciar o denegar, incluso si no podemos individualmente hacer valer ningún derecho sobre ellos. El respeto que tributamos a estos bienes se encuentra entre los deberes que *no derivan* de los derechos correlativos o de los correspondientes beneficios o intereses de algún otro, o que no tienen beneficiarios en absoluto³⁰. Tales deberes no hallan pues su justificación en derechos ajenos (ni en tanto

²⁸ J. RAZ, op. cit., p. 198 : “Only all those principles which restrict the individual’s pursuit of his personal goal and his advancement of his self interest”.

²⁹ J. RAZ, op. cit., p. 190 (“Generally, since the maintenance of a collective good affects the life and imposes constraints on the activities of the bulk of the population it is difficult to imagine a successful argument imposing a duty to provide a collective good which is based in the interest of one individual”).

³⁰ Ibidem, p. 195.

instrumentos de): imponen el respeto a valores en sí mismos, si bien no necesariamente a valores “últimos”³¹.

Los argumentos de Raz convergen además en la tesis según la cual los *deberes* pueden ser justificados no sólo instrumentalmente sino también intrínsecamente: atribuimos valores en sí a bienes, también por razones independientes de los derechos ajenos, como sucede *a fortiori* en el caso de bienes colectivos (una sociedad tolerante, libre, sensible a la belleza, al arte, etc.). El respeto a sus valores puede ser un deber, a su vez, no instrumental, sino intrínseco. Quien lo niegue se mueve en la “presuposición errada de que si alguien tiene un deber debe observarlo porque tiene un deber. Sin embargo, alguien bien podría tener un deber de hacer algo simplemente porque se preocupa por un amigo o porque siente respeto por el arte”³². Este deber no representa una limitación a nuestras posibilidades de elegir, *no* se trata del freno que debemos imponernos por respeto a los otros (que, por ejemplo, pueden amar el arte) sino que se trata de la expresión *positiva* de nuestra visión del mundo, el efecto de una concepción de la humanidad y de la vida, de su sentido. Otro tanto puede decirse en relación a los bienes “colectivos”, como el que representa una sociedad “tolerante” o la forma de vida que hemos construido, etc.³³. Estos valores en sí aparecen como tales también en el seno de un “humanismo liberal” tendente a proteger el ideal de la autonomía (vid. *infra*, & 3).

3. CIUDADANOS Y ESTADO: ¿DERECHOS O DEBERES?

No se puede negar que al Estado –más que proteger derechos individuales– le corresponde el deber de promover (producir y garantizar) los citados “bienes” colectivos incluso si nadie individualmente puede hacer va-

³¹ J. RAZ explica que incluso si un valor no es un valor último es todavía un valor en sí: no se convierte por esto en un valor instrumental. En el peor de los casos, puede ser “constitutivo” de aquello que tiene valor último (ibidem, pp.187 y ss., pp.191 y ss.).

³² Ibidem, p. 197 (“*The wrong presupposition that if one has a duty one should comply with it because it is a duty. One may well have a duty to do something because of one’s concern for a friend or one’s respect for art*”).

³³ Por tanto, la autonomía no se identifica en Derecho alguno con el sufrimiento de la coerción, sino con una serie de derechos que no pueden siquiera ser aclarados en su totalidad a priori y en abstracto. Pero el valor de la autonomía se defiende a través del respeto a muchos otros bienes que pueden ser “constitutivos” en relación con ella (como ocurre con algunos bienes colectivos).

ler un derecho sobre ellos. Considero que esto puede valer también para la paz, la protección del medio ambiente, el “desarrollo”, la salud colectiva, y probablemente también para beneficiar a las futuras generaciones. Podemos resumir los argumentos expuestos hasta aquí, reagrupándolos en una noción sobre la que tendremos que volver, la de derechos fundamentales. Incluso algunos derechos, considerados social y jurídicamente como fundamentales, podrían elevarse a fines a los que la colectividad orientase su acción y afectar de este modo a los bienes que tales derechos protegen en relación a los particulares. En general, se podría sostener que cuando algunos bienes son considerados fundamentales, jurídicamente, y son valorados por sí mismos, sean individuales o colectivos, forman parte de los fines más relevantes de un Ordenamiento y de un sistema social. Su tutela y su satisfacción evidencian también entonces deberes autónomos para el Estado.

Querría detenerme un poco para profundizar en este punto. Los deberes del Estado³⁴ nacen, según la visión política del constitucionalismo liberal, de la fuente del *trust*, y por tanto de aquella particular relación contractual fiduciaria que une a los ciudadanos y al poder a la vista de la existencia de objetivos generales y de la necesidad de proteger derechos individuales: el poder está supeditado a una *condición* que debe respetar. Sin embargo, desde otras premisas, Lord Laws ha escrito que el poder *del Estado* está basado en un presupuesto “moral”, de modo que lo detenta “*as trustee of the people*”. Según Laws, esto significa que es posible hablar de una moralidad del Estado hacia los ciudadanos, si bien tal moralidad puede ser expresada y valorada sobre la base de actos normativos objetivos, y en consecuencia en términos teleológicos (a diferencia de la moral interpersonal que puede ser juzgada también con base en las intenciones de los actores). Ya que el Estado tiene deberes hacia los ciudadanos, el ambiente “lockeano” que se delinea parece ligar verticalmente a los individuos al poder público en una forma que no debe reducirse a la de la pura coerción³⁵.

Obviamente, la interpretación liberal moderna del *trust* nos lleva a pensar que contiene sólo este tipo de vínculos externos que impiden al poder in-

³⁴ Que no deben confundirse con deberes de los Estados, que se refieren a la cuestión bien distinta de las relaciones internacionales: L. BONANATE, *I doveri degli Stati*, Roma-Bari, 1994.

³⁵ Hay varios alegatos a favor de los deberes en relación al ambiente y al orden colectivo. Pueden verse, por ejemplo, D. SELBOURNE, *The Principle of Duty: an Essay on the Foundations of the Civic Order*, Notre Dame, 2001; D. HODGSON, *Individual Duty Within a Human Rights Discourse*, Aldershot, Hants, 2003.

terferir en las elecciones de los individuos. Son ejemplos paradigmáticos en este sentido “el derecho de perseguir la felicidad”, o la formulación “negativa” de las enmiendas estadounidenses³⁶. Por tanto, el primer estadio de estos “deberes” (admitida su incierta autonomía respecto a los “derechos” sobre cuya base se justifican), se agotaría en el *no actuar* lesionando derechos. Pero la sociedad contemporánea parece llevar los gravámenes impuestos por el *trust* a un estadio distinto; no sólo los derechos sociales, que se ocupan de las prestaciones públicas “positivas”, sino también los derechos de libertad, los derechos civiles, los derechos políticos, *ningún derecho*, sin distinción entre *negativos* y *positivos*, puede garantizarse *sin* una sistemática y coherente intervención colectiva³⁷. Los derechos se introducen en la organización institucional como fines que han de perseguirse *socialmente*.

Sería reduccionista pensar que el problema de los derechos se agota en una concepción naturalista, como si se tratasen sólo de las libertades (negativas obviamente), que pertenecen por “naturaleza” a los individuos e imponen únicamente la no interferencia pública en la esfera privada. Las objeciones a esta visión son diversas. Al menos para Rousseau, Kant y Constant, en los conceptos como el de autonomía, libertad y demás, están destinadas siempre a confrontarse dos alternativas, la de la libertad “negativa” y la de la libertad “positiva”. A la idea de que el poder público debe ser limitado en nombre de la libertad “natural” de los individuos, se añade la consciencia de que la vida colectiva de cada uno tiene lugar en un escenario común determinado profundamente por las preferencias políticas del “soberano”. Tales preferencias no pueden ser consideradas irrelevantes para las prerrogativas individuales e inciden globalmente en el sentido de todas las “libertades”. También las libertades “positivas” (que incluyen los derechos conexos, incluso indirectamente, a la participación y la elección política), destinadas a componer la gramática de la “democracia”, están dotadas de una no desdeñable importancia, precisamente porque son el presupuesto

³⁶ “Congress shall make no law respecting an establishment of religion, or prohibiting the free exercise thereof; or abridging the freedom of speech, or of the press; or the right of the people peaceably to assemble, and to petition the government for a redress of grievances”.

³⁷ S. HOLMES y C.R. SUNSTEIN, *Il costo dei diritti. Perché la libertà dipende dalle tasse*, a cura di C. Fusaro, trad. di E. Caglieri, Bologna 2000, consideran insatisfactoria la división propuesta por Hohfeld (claims, powers, privileges and immunities) porque los poderes, inmunidades y permisos, todos ellos, implícitamente, exigen recursos públicos así como prestaciones procedentes del poder estatal.

necesario para lograr el desarrollo de los diferentes planes de vida. Por otro lado, en las sociedades complejas (y en el conjunto de sus conexiones hoy planetarias) es imposible negar que la protección de los derechos depende de la intervención pública, y por tanto de las intervenciones efectivamente realizadas (y no de las simples no interferencias) por la colectividad, por el poder soberano.

El *trust* “adornado” y concebido más allá del velo de una cierta concepción clásico-moderna de la autonomía, significa pues la asunción de fines “obligados”, de “*goals*” que tienen una relación con: (i) bienes de relevancia y naturaleza individual, que reciben la tutela jurídica de los derechos; (ii) bienes que gozan de una naturaleza indivisible, son colectivos: aún no correspondiéndonos sobre ellos ningún derecho individual los asumimos como dotados de un valor intrínseco. Las instituciones públicas y por tanto el Estado tienen deberes en ambos casos, pero obviamente, en el segundo (ii) los deberes despuntan de modo autónomo: están justificados por sí mismos, no pueden ser justificados (ni solamente ni simultáneamente) como reflejos de un derecho subjetivo.

En el primer caso (i), los deberes del Estado en relación a los derechos fundamentales son ciertamente un “reflejo” de los derechos. Esto es aún más evidente cuando se trata de derechos concebidos como *side constraints*, como límites a la acción pública: aquí los derechos son sólo un límite al poder en nombre de una explicación libre de las libertades individuales. Sin embargo nos podríamos plantear si la justificación de los deberes puede construirse también en términos autónomos e independientes de razones basadas en derechos, sobre todo en el caso de bienes que se corresponden con derechos “positivos” (en el sentido que implica la intervención ajena, en general del Estado) –como la tutela de la salud, la educación, el trabajo, el salario mínimo, la vivienda o la participación política. Se trata de derechos sociales y políticos que reclaman una intervención sensible al contexto y no abstractamente predeterminada³⁸ pero que, sobre todo, exigen una fuerte implicación de la colectividad, la predisposición de un complejo de instituciones y de recursos permanentes que hacen de la sociedad misma una entidad nueva y distinta; imponen limitaciones al individualismo, generan una “infraestructura” ciudadana, redes de seguridad social, que dependen del nivel de renta

³⁸ Deberes y sujeciones, poderes e inmunidades, pueden por lo tanto surgir según una lógica expansiva, “dinámica”, ligada a la afirmación de un “derecho”.



de los individuos y terminan por generar nuevos bienes colectivos (como instituciones públicas abiertas al control y a la participación de los ciudadanos, servicios de asistencia, colegios públicos, infraestructuras de transporte, servicios sanitarios, ambientales, de protección civil, etc.). La “sociedad del *Welfare*” es un bien colectivo, no menos que una sociedad tolerante. Si nos encontramos frente a bienes y valores y aceptamos el argumento de Raz, por el cual la segunda tiene un valor intrínseco y puede ser objeto de deberes autónomos, lo mismo puede decirse de la primera. Si existen deberes autónomos del Estado hacia todo aquello a lo que atribuimos un valor en sí (por ejemplo, una sociedad tolerante), otros tantos deberes deberían existir hacia una sociedad construida para satisfacer las necesidades básicas de los hombres. En este punto, puede obtener una respuesta la pregunta sobre si la justificación para una sociedad *Welfare* de este tipo es la simple fuerza moral de la dignidad de los individuos, la idea racional según la cual a cada uno pertenece, en tanto que “derecho”, la casa, el trabajo, el salario mínimo garantizado, la protección social, la educación, etc., o no. ¿Debemos a cada uno todo esto porque se trata de un derecho (en el sentido moral, o si se quiere natural-racional del término) que sería un error negarle o porque tenemos (la colectividad, el Estado tienen) un *deber* independiente?

El mérito de la sociedad del “bienestar” no se deriva, en una óptica liberal, de una justificación apoyada en razones utilitarias comunes (el bien común), sino esencialmente en el *trust* de las democracias liberales. Sería sin embargo reduccionista interpretar esto último sobre la base de la protección de un valor único, la libertad individual. Algunos bienes colectivos no son meramente instrumentales, derivados o secundarios respecto de los derechos de los individuos, sino que tienen valor en sí: y pueden entrar a componer el conjunto de aquello que tiene un valor “último” –son por tanto *constitutivos*, según la sugerencia de Raz. En consecuencia, pueden ser a un tiempo valores en sí y elementos integrantes, esenciales, de la calidad de vida o la libertad individual, que son valores *últimos* en el pensamiento liberal (vid. *supra* & 2).

En el plano político, justificar las democracias liberales a partir del *trust* impide sobre todo, una sociedad sin derechos, y encauza el discurso de los deberes, que puede surgir en sociedades no liberales en las que los individuos podrían ser sojuzgados y sometidos.

En relación a este riesgo, conviene ahora considerar también el otro problema, el de los deberes contrarios, o sea el de los deberes de los individuos

hacia la colectividad y en particular el de la actitud de los *ciudadanos hacia el Estado*. Esta relación, de abajo a arriba, no se puede construir sustituyendo la lógica de los derechos por la de los deberes. Una sociedad enteramente *duty-based produciría efectos no deseables*, y reservaría probablemente un destino funesto para los derechos. Hay un punto que adquiere un valor distintivo y que marca la principal diferencia entre una moral pública capaz de proteger a los individuos y otra orientada a *someter* a los individuos a los *dictados* del Estado, paternalista, teocrática y dictatorial. Los regímenes no liberales son ampliamente edificados sobre la base de los *deberes* que tenemos hacia el Estado. Pero en relación al Estado, si hay un principio *moral* válido en el pensamiento moderno, es el del deber de sustraerse a las leyes injustas, más que al contrario. Esto es coherente con el *trust* de la tradición de Locke, con su aclamación al cielo, cuando no había juez en la tierra³⁹. Ya que el poder tiene naturaleza fiduciaria está sujeto a los deberes y en caso de que no se someta, al pueblo le queda siempre la potestad suprema de derrocar al gobierno⁴⁰.

La cuestión controvertida es si es lícito imaginar una “obligatoria” relación moral entre los ciudadanos y el Estado. A estos fines, estoy identificando aquí Estado con la noción de *Government* y esta última con la del poder jurídicamente constituido y organizado. Y precisamente, según los principios constitucionales occidentales, el poder debería regirse por el consenso de los gobernados. Esta dialéctica tiene naturaleza jurídica, moral y política. Si insistimos en los deberes verticales del ciudadano en la línea de la tradición republicana de la abnegación, si exaltamos la virtud pública, debemos fijar un límite. De hecho, es claramente controvertido que *exista un deber “moral” de obediencia* al Estado, ulterior, por lo tanto, a la obligación política y jurídica.

Hart⁴¹ localizó la raíz de la respuesta afirmativa en el argumento de la “reciprocidad” debida, diría horizontalmente, a los otros miembros de la sociedad que a su vez se han sometido al interés colectivo, al vínculo del Derecho. Tal argumento parece plausible en el seno de un Estado liberaldemocrático y Rawls⁴² lo ha asumido como fuente de una obligación *prima facie* de obediencia al Dere-

³⁹ *Second Treatise of Government*, cit., § 168, pp. 397-8. Vid. también §§ 155, pp. 388-9; § 222, pp. 430-2; § 240, pp. 444-5 (ed. it. *Secondo trattato*, cit., pp. 355-6; pp. 345-6; pp. 392-4; pp. 410-1).

⁴⁰ *Ibidem*, § 240 (ed. it. pp. 361-2).

⁴¹ H.L.A. HART, “Are there any natural Rights?” en J. WALDRON (ed.), *Theories of Rights*, cit., pp. 85-6.

⁴² J. RAWLS, “Legal Obligations and the Duty of Fair Play” en S. Hook (ed.), *Law and Philosophy*, New York, 1964, p. 3.

cho, con la excepción de las obligaciones especiales. Pero la cuestión es controvertida y probablemente por las mismas razones que fundan la liberaldemocracia sobre la libertad de elección moral y política. Se ha dicho que desde el punto de vista de una democracia, el dato característico se encuentra “en el margen de no adhesión moral y política que resulta tolerado y legitimado”⁴³. Por lo tanto, si es esencial que la aceptación moral sea asumida por todos los que ejercen funciones públicas (como los jueces), y que sea posible que los demás ciudadanos la favorezcan, no puede ser exigida obligatoriamente, no puede ser *moralmente* obligatoria. En consecuencia, es cierto que la relación entre *Government* y ciudadanos es asimétrica. El principio moral de adhesión al Estado puede ser universalizado sólo en un Estado autoritario y la obligación moral de adhesión al Estado -ha escrito Luigi Ferrajoli- entra en contradicción con la democracia misma⁴⁴. Con distinta motivación, también Raz sostiene que “no hay una obligación general de obedecer al Derecho, ni siquiera a las leyes de un sistema jurídico bueno y justo”⁴⁵ pero al mismo tiempo, tiene que defenderse que existe una obligación moral de *desobedecer* a las leyes injustas de los regímenes malvados⁴⁶. Si bien un deber general no puede ser impuesto por razones morales universales, es obvio que quien esté convencido del valor del propio sistema jurídico-político, sienta hacia él un vínculo de lealtad: quien tenga “respeto” por el Derecho “tiene la obligación de obedecer”. En efecto: “Su respeto es la fuente de

⁴³ L. FERRAJOLI, *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, Roma-Bari, 1989, p. 972. [L. FERRAJOLI, *Derecho y razón: teoría del garantismo penal*, trad. P. Andrés, Trotta, Madrid, 2004] Como Ferrajoli añade, los Ordenamientos democráticos se rigen “no bajo la obligación de la unanimidad moral sino bajo la libre formación de las mayorías y de las minorías y sobre todo en atención a unas y a otras, sin somníferos morales y mucho más en los límites de ilegitimidad del Ordenamiento que en los de la legitimidad” (ibidem).

⁴⁴ “El principio moral de la obediencia no puede ser universalizado. Y ya que son morales, según la conocida tesis meta-moral formulada por Richard M. Hare y ensalzada por Kant, sólo los criterios de conducta susceptibles de ser universalizados, el de la obediencia no puede ser en efecto un principio moral” (L. FERRAJOLI, op. cit., p. 973. Para la cuestión de la universalidad: cfr. R. HARE, *Il linguaggio della morale*, trad. di M. Borioni, Milano 1971, pp. 59 ss; I. KANT, *La metafísica dei costumi*, a cura di G. Vidari, riv. da N. Merker, Roma-Bari 1983, pp. 239 y 247 (“actúa de modo que la máxima de tu acción pueda ser una ley universal”). [I. KANT, *La metafísica de las costumbres*, trad. Adela Cortina Orts, Tecnos, Madrid, 1989].

⁴⁵ J. RAZ, “Respect for Law” en Id., *The Authority of Law. Essays on Law and Morality*, Oxford, 1979, p. 250.

⁴⁶ Por otra parte, J. RAZ escribía significativamente en 1979: “While it is never wrong not to respect the law it is morally wrong to respect it in South Africa or other fundamentally iniquitous regions” (ibidem, pp. 258-9).

tal obligación en el momento en que expresa su confianza en que el Derecho sea moralmente sano”⁴⁷.

4. LA ESFERA PÚBLICA Y LOS DERECHOS INDIVIDUALES

La irritación que hoy vemos a causa de los derechos y su expansión, sea por lo que se refiere a su objeto de protección, sea por lo que hace a sus titulares, se debe esencialmente a que se les ha atribuido un papel de centro único del universo moral, de última justificación y de medida de lo “justo” y del “bien”. Este fenómeno que arrastra todo y reduce todo a la raíz última de los derechos, bien podría ser considerado un “reduccionismo” de los derechos (en lugar de una “inflación” de los derechos y otras expresiones similares, que creo que se refieren más a los efectos que a las causas). Todo ello depende ciertamente del impacto de los discursos que reclaman y amplían derechos, pero también del hecho de que la adscripción y protección de derechos individuales exige una actitud moral de la colectividad, de la sociedad en su conjunto, un papel activo y “positivo” de la esfera pública que no puede ser a su vez justificado por una moral *right-based*, exclusiva y capaz de sostenerse autónomamente. La lógica de los derechos ha llegado a ser altamente exigente, porque la afirmación de los derechos no pretende ya únicamente “exclusiones” (de los demás de nuestra esfera privada), sino que presupone el esfuerzo colectivo, un ambiente favorable en el que se generen y desarrollen bienes públicos, que permita concebir y proteger los derechos individuales. El concepto de derechos individuales, no importa a cuál de las generaciones “históricas” de derechos pertenezcan, adquiere contenidos y significados que dependen de la existencia de un espacio público estructurado y garantizado como área de manifestación y ejercicio de la autonomía (tal es el caso de los derechos políticos), o como lugar para una protección pública considerada vital (educación, sanidad, seguridad, asistencia, y no lejos de aquí, los “derechos” a la paz y a la tutela ambiental).

La citada tendencia a estrechar el diafragma que separa las pretensiones privadas de las elecciones públicas constituye hoy un elemento de reflexión. Esta situación puede aclararse considerando el ejemplar modelo rawlsiano de *Political Liberalism*⁴⁸ que se basa en la posibilidad de construir una sociedad liberaldemocrática

⁴⁷ Ibidem, pp. 260-1.

⁴⁸ J. RAWLS, *Liberalismo Político*, a cura di Salvatore Veca, trad. di Gianni Rigamonti, Milano, 1994. [J. RAWLS, *El liberalismo político*, trad. Antoni Doménech, Critica, Barcelona 1996].

que garantice la justa consideración y respeto así como la coexistencia de los diferentes puntos de vista éticos y concepciones del mundo, a través de un conjunto de reglas jurídicas constitucionales (igual consideración a cada uno, tutela de derechos individuales: o sea el conjunto de principios áureos de las Constituciones occidentales que gobiernan las instituciones públicas). Se trata de aislar los elementos esenciales de lo “justo”, y los derechos, del campo de las elecciones éticas reservadas a la autonomía de cada uno, del espacio del “bien”, que queda reservado a la esfera privada. Como he indicado, según Rawls, estos elementos esenciales constitucionales individualizan el contenido de la esfera pública apoyada en el respeto liberal por la diversidad y justificada por la tutela de los derechos, de las libertades fundamentales de los individuos, que plantean condiciones morales, procedimentales y sustanciales⁴⁹. Pero ya que ninguna visión “particular” del mundo, ninguna doctrina sustantiva, “comprensiva”, debe resultar privilegiada, el modelo coincide con la cultura de la *separación* (sobre todo entre público y privado), de la tolerancia, de la justicia como requisito institucional. El hecho de que se acabe dando un *overlapping consensus*, una convergencia entre algunos elementos comunes a diversas visiones del mundo, en la esfera pública, es algo completamente contingente, dependiente del carácter razonable de las inspiraciones ético-políticas concurrentes (en una sociedad determinada).

Ciertamente, no es posible sostener el complejo panel de derechos de la ciudadanía occidental, especialmente si han de conectarse con la agenda relativa a la paz, a la seguridad, a la tutela ambiental, etc., sin que todo esto acabe por enriquecer cada vez más el número de elementos “constitucionales” esenciales sobre los que debe recaer el acuerdo por superposición entre los diversos componentes culturales, ideales, religiosos, etc. de la sociedad. De todo esto, se deriva un cada vez mayor y más relevante espesor post-liberal, ético-político, del espacio en el que convergen las concepciones y doctrinas distintas. Esta mayor densidad de aquello sobre lo que haría falta alcanzar un acuerdo en la (sola) esfera pública significa que es más elevado el grado de esfuerzo “ético” que se impone a todos, por lo que acaba por disminuir el nivel de heterogeneidad ética que una sociedad como la nuestra es capaz de “tolerar”, contener, regular. Los derechos no sólo son garantías procedimentales para alcanzar la igual consideración de

⁴⁹ Así, no por casualidad, escribe Rawls: “Si bien el liberalismo político busca un terreno común que sea neutral respecto a los fines, es importante subrayar que puede, no obstante, afirmar la superioridad de ciertos tipos de caracteres morales e apostar por ciertas virtudes morales. La justicia como equidad, por ejemplo, es sensible a ciertas virtudes políticas –las de la cooperación social equitativa: el civismo, la tolerancia, la razonabilidad, el sentido de equidad” (ibidem, p. 169).



todos, sino que también garantizan bienes y valores que han de ser constantemente sometidos a una definición y protección colectiva (cfr. *infra* & 9). La división entre el bien (como cuestión privada) y lo justo (como cuestión pública) tiende a mostrar una cierta abstracción, debido a la dificultad de mantener definitivamente separado en el plano histórico-institucional lo que aparece de un modo distinto en el plano conceptual.

¿Cómo es que las elecciones éticas superan el ámbito al que Rawls las había confinado, *la esfera privada*, y se lanzan al espacio público? Se trata de un proceso que se desarrolla por razones distintas a la de los derechos. En el pensamiento liberal, las justificaciones *rights based* pueden prevalecer sobre las de *goal based*, que tienen como punto de mira el bienestar de la colectividad, pero se mantienen *contrapuestas*: los derechos no pueden ser concebidos como elementos determinantes de los objetivos comunes. Por otro lado, el espacio de los derechos puede venir lesionado precisamente por esta creciente presencia de la ética en la vida pública: *donde los "valores" prevalecen, las garantías* (para quienes tendrían derecho a no compartirlos) *disminuyen*.

Las preferencias en la esfera pública se justifican según su propia lógica. Tienen por *objeto* el interés público y deben orientarse en todo caso hacia la consecución del bien común. Si en las decisiones colectivas se proponen fines como la paz o la tutela ambiental, se pueden justificar tales preferencias asumiendo que las instituciones públicas tienen ante sí verdaderos deberes, *deberes propiamente dichos*: defendiendo que debe ser obligatorio –por su mérito intrínseco– cultivar y tutelar los valores “públicos” o los bienes colectivos.

Los esfuerzos morales que una sociedad asume públicamente no se agotan pues en la garantía de los derechos de cada uno frente a la fuerza del poder público. Las instituciones públicas asumen en realidad deberes hacia la consecución de bienes que tienen un valor en sí, según la cultura y la civilización occidental: *deberes* que constituyen razones *independientes* –en relación a las decisiones públicas– de la satisfacción de su correspondiente derecho individual.

La evolución de los derechos (relativa a su calidad y a su titularidad) se ha orientado precisamente a hacer tangible esta autonomía de los deberes respecto de los derechos.

La lógica de los derechos *self-executing* está al límite de sus posibilidades: los derechos no se realizan o se ejercitan gracias a la acción judicial o a las sentencias de los Tribunales de justicia, ni tampoco a la autoevidencia de su fundamento racional. Si alguien tiene el derecho a una vida “digna” esto significa que debe vivir en una sociedad capaz de garantizar de algún modo

sus capacidades de “*human flourishing*”⁵⁰: las estructuras sociales, culturales, comunes, deben ser capaz en su conjunto de proteger y de alcanzar este objetivo. Sería vano, si no humillante, que fuéramos jurídicamente “libres” en una sociedad incapaz de garantizar la supervivencia o la seguridad frente al crimen, o la educación o la tutela ambiental, etc.

El sentido concreto, práctico, de los derechos como “bienes” para los seres humanos no depende –más que secundariamente– de la tutela “judicial”, sino, fundamentalmente, de la naturaleza compleja (de la coherencia, de la finalidad y de las características) de la vida pública.

De hecho, los derechos adquieren sentido en un universo en el que paralelamente la colectividad haya sido gravada con obligaciones autónomas, obligaciones que se revelan necesarias para que pueda tener un significado la reivindicación de los derechos. Y estas obligaciones –en relación a valores comunes– re-determinan de hecho, porque acrecientan considerablemente, el espesor ético (de los contenidos incluidos, de las opciones a satisfacer) en la esfera pública.

Los derechos como tales suministran razones definitivas para respetar la esfera privada, pero una vez que entran en juego objetivos de deliberación pública, no bastan las solas razones privadas (el *self interested*) que contingentemente se encuentran y se refieren las unas a las otras. Se necesitan razones ulteriores, no puramente *right-based*: *dado que el objeto de la deliberación pública es el interés colectivo y el cultivo de los bienes colectivos, que genera*⁵¹ contenidos autónomos respecto de la simple ética privada.

⁵⁰ Cfr. M.C. NUSSBAUM, “Defense of Aristotelian Essentialism”, *Political Theory*, vol. 20 núm 2, 1992, p. 222, M.C. NUSSBAUM, “Capabilities and Human Rights”, *Fordham Law Review*, núm. 66, 1997, pp. 273-300. Es posible consultar también, M.C. NUSSBAUM, *Diventare persone. Donne e universalità dei diritti*, trad. di W. Mafezzoni, Bologna, 2001; A.K. SEN, *La diseguaglianza. Un riesame critico*, trad. di A. Balestrino e G.M. Mazzanti, Bologna, 2000; Id., *Lo sviluppo è libertà. Perché non c'è crescita senza democrazia*, trad. di G. Rigamonti, Milano, 2000. [A.K. SEN, *Desarrollo y libertad*, Planeta, Barcelona, 2000, trad. Esther Tabasco y Luis Toharia]

⁵¹ Este es un argumento esencial en la crítica de Habermas a Rawls. El contenido interno de las particulares visiones del mundo, en Rawls, no desempeña una función “pública” al determinar un acuerdo sobre las condiciones esenciales de la justicia política. Al contrario, la convergencia en sede “pública” se da, en Rawls, como un dato de hecho, que proviene de recorridos separadamente privados. La relación con los componentes morales que son necesarios para la formación de la justicia en la sede de las instituciones públicas no es *perceptible desde el punto de vista público*, sino sólo del de las particulares doctrinas éticas: por tanto, la “praxis justificativa” no se desarrolla “en común”. Cfr. J. HABERMAS, *L'inclusione dell'altro. Studi di teoria politica*, a cura di L. Ceppa, Milano, 1998, pp. 96 y ss. [J. HABERMAS, *La inclusión del otro: estudios de teoría política*, trad. Juan Carlos Velasco, Gerard Vilar Roca, Paidós, Barcelona, 2004].

Si deberes públicos y valores colectivos ocupan un puesto esencial junto a los derechos en la moralidad pública, la nueva situación parece alterar los términos del equilibrio propio del pensamiento moderno. También la filosofía de los derechos contemporánea, al menos a partir de la Declaración Universal de los derechos humanos del '48 y hasta las generaciones de los derechos humanos de solidaridad, introduce prerrogativas inalienables de los seres humanos que no equivalen a las "libertades" de las que podrían gozar en el "estado de naturaleza". Se trata más bien de nociones complejas, nociones derivadas o "artificiales", fruto de la evolución social de la comunidad democrática. Tales nociones incluyen en la misma idea de dignidad humana derechos que dependen del tejido social fundado en el Derecho, la democracia y el *Welfare*.

Kant defendía que un derecho innato era todo aquello que pertenecía a cada uno por naturaleza, con base en un *a priori* de la razón, y que no tenía necesidad de acto jurídico alguno⁵². Y añadía: "el derecho innato es sólo uno. La libertad (independencia del arbitrio constrictivo del otro)"⁵³. Esta idea pareció reflejarse en las convenciones del pensamiento liberal⁵⁴. En las nociones artificiales de derechos, la raíz no está ya en la libertad "natural" de cada uno. Y es por esto por lo que la "justificación" que los "derechos" ofrecen no es omnipotente: no es capaz por sí sola de imponer la enorme carga de sacrificios públicos y de bienes colectivos necesarios, como si se tratase de un mero deber correlativo y reflejo. Esta carga es más bien parte y objeto de una consistente moralidad de *deberes autónomos*. Son pues también nuestros deberes en la medida en la que forman parte de nuestro sentido moral.

5. AUTONOMÍA MORAL Y DEBERES. ¿CUÁL ES LA LECCIÓN KANTIANA?

Que los derechos tengan un puesto esencial en nuestra vida moral, no significa que no deban tenerlo también, y autónomamente, los deberes. Un

⁵² KANT, *La Metafísica dei costumi*, cit., p. 44.

⁵³ "(...) en cuanto puede coexistir con la libertad de otro según una ley universal, y este es el único derecho originario perteneciente a cada hombre por la fuerza de su humanidad" (Ibidem).

⁵⁴ Naturalmente, se refleja también en el significado atribuido a estos derechos. Como escribió Richard Posner (como juez): "[T]he men who wrote the Bill of Rights were not concerned that government might do too little for the people but that it might do too much to them. The Fourteenth Amendment, adopted in 1868 at the height of laissez-faire thinking, sought to protect Americans from oppression by state government, not to secure the basic governmental service" (*Jackson vs. City of Joliet*, 715 F, 2d 1200 (7th Circuit 1983), p. 1203).

obstáculo importante en la historia del pensamiento (si bien puede parecer una paradoja) lo ha representado precisamente la filosofía kantiana que defiende la idea de autonomía como fundamento exclusivo de los “derechos”. El pensamiento liberal justamente desconfía de la opresión de los deberes, excepto cuando se imponen en nombre de los derechos de otros, y rechaza que el bien público puede tener un peso equivalente al de los derechos individuales, que son en el fondo la razón última. Por tanto, la línea de continuidad entre autonomía moral y derechos individuales se presenta como el *fil rouge* de la civilización moderna, a la que no podemos renunciar. La relación normalmente construida entre la autonomía moral y el derecho a la libertad externa (expresada puntualmente a través de la titularidad de los derechos de libertad y propiedad) es una relación de causalidad: no puede haber autonomía moral sin la consecuencia material de la libertad externa; del mismo modo en que la idea de derechos individuales representa un éxito lógicamente implicado en la idea misma de “*moral agency*”⁵⁵. Sin embargo, surge la sospecha de que todo esto se corresponde con una narración que respeta sólo en parte la filosofía kantiana.

Naturalmente, en Kant la autonomía se identifica con la facultad *a priori* de una elección libre, en la que la voluntad buena, o sea la voluntad movida exclusivamente por la observancia de la ley moral, sea *causa suya* y no venga determinada por el exterior. Esta *independencia* se refiere sólo a la posición interior de los seres humanos, o sea a la capacidad que tienen de elevarse sobre las propias pasiones y sobre su “inferior facultad de desear”⁵⁶. El hombre moral no es víctima de sus pasiones, posee una voluntad libre de ellas, y por tanto tiende a obedecer la ley moral⁵⁷. La libertad moral, la autonomía *moral* de los seres humanos, es pues un estado o una cualidad trascendental, y no tiene como condición un particular *status quo* en la vida pública. La voluntad libre de los seres humanos, su facultad de ser “morales”, es una cualidad independiente de las disposiciones externas de la vida social.

⁵⁵ E. WEINRIB sostiene que los derechos son sólo “*the external aspect of practical reason*” (E.J. WEINRIB, “Law as Idea of Reason” en Howard Williams (ed.), *Essays on Kant's political Philosophy*, Chicago, 1992, p. 27. Puede verse también J. RAWLS, “Kantian Constructivism in Moral Theory”, *Journal of Philosophy*, núm. 77, 1980, después en Id., *Collected Papers*, ed. by Samuel Freeman, Cambridge, Mass, 1999, pp. 303–58. En cualquier caso, los ejemplos en la literatura son infinitos.

⁵⁶ Sobre este asunto, puede consultarse mi *Soggetti azioni norme*, Milano, 1988, capítulo primero.

⁵⁷ *Ibidem*. Vid. también mi *Filosofia del diritto*, Padova, 1996, pp. 70-73.

Por lo demás, en el *exterior* la razón se dota de las reglas del *Derecho*: la legislación o sea el *Derecho* persigue el *objetivo* de intervenir coercitivamente cuando la ley moral no se observa de forma espontánea. El derecho subjetivo es la *facultad de constreñir* a alguien a respetar las obligaciones que tiene contraídas con nosotros. La justicia en las relaciones entre árbitros libres consiste en plantear condiciones externas para la convivencia según una ley universal de libertad, y la libertad es un derecho que Kant defiende como innato⁵⁸. El presupuesto según el cual el sujeto “jurídico”, o sea el sujeto humano desde el punto de vista *jurídico*, ha sido concebido, no es el de su autonomía, o sea no es el de la fuerza de su incorruptible moralidad, sino más bien el de su debilidad respecto de la causalidad “fenoménica” de aquellas razones para la acción que son distintas de su voluntad libre del deber. Pasiones, intereses, motivos y sentimientos son razones para la acción que el Derecho contrarresta –introduciendo la posibilidad jurídica de la coerción externa a fin de provocar un comportamiento conforme a la “ley”. Tal coerción actúa como razón causalmente concurrente en el control social de la coexistencia ordenada.

Finalmente, distinta es la cuestión que afecta sin embargo a la teoría normativa de Kant en relación a la ética: no se trata ya de cuáles puedan ser las reglas generales de la convivencia, sino de cuáles son los valores sustanciales que hacen virtuosa la vida de los seres humanos. Aquí Kant insiste –se trata de la Doctrina de la Virtud– en que el futuro de la humanidad y el desarrollo de sus cualidades dependen de la persecución, a través de la superior facultad de desear –la voluntad autónoma–, de los fines que se identifiquen con los deberes propios. Obviamente, el primer deber es el del respeto a la dignidad, a la humanidad del *otro*, al que corresponde el derecho de exigir tal respeto, a no ser tratado nunca sólo como un medio⁵⁹. Pero por lo que hace a los propósitos que cada uno debe perseguir, la doctrina del deber ser señala sólo la propia perfección y la felicidad ajena⁶⁰. Los fines que los hombres persiguen deberían coincidir con sus deberes, y esto haría de la acción una acción virtuosa, y si el Derecho puede constreñirnos a cumplir aquellos deberes, la virtud consiste en perseguirlos libremente. La autonomía de los seres humanos se refiere sobre todo a la consciencia de los deberes a los que han de tender y someterse.

⁵⁸ KANT, *La metafísica dei costumi*, cit., pp. 34-5.

⁵⁹ *Ibidem*, p. 333.

⁶⁰ *Ibidem*, p. 235.



Kant subraya que en este ámbito es “el concepto de los deberes el que en ética nos debe guiar hacia los fines, y el que fundará sobre los principios morales la *máxima* de perseguir relativamente los fines que *debemos* proponernos”⁶¹. La autonomía elige los propios fines sobre la base de una justificación *duty based*, no *right based*.

La realización de la humanidad del hombre⁶² depende de la persecución de los deberes a los que se vincula el concepto de autonomía. Si se quiere especificar mejor el concepto, no es posible siquiera imaginar que la autonomía se realice más que como libertad de la voluntad de perseguir los propios deberes, franqueando las causas externas que atraen a los individuos hacia otros objetivos. El mismo Kant explica finalmente el cuadro completo, cuando aborda porqué a la doctrina moral se la denomina doctrina de los deberes y no doctrina de los derechos, a pesar de que unos se refieren a los otros. Kant escribe: “El motivo es el siguiente: nosotros conocemos nuestra propia libertad (de la que derivan todas las leyes morales y en consecuencia también todos los derechos y deberes) sólo por medio del *imperativo moral*, que es un principio que prescribe deberes y del que se puede deducir la facultad de obligar a los otros, es decir, el concepto de derecho”⁶³.

Con lo que se debería concluir que si hay algo de absoluto en línea de principio son los deberes de la humanidad, que derivan de su libertad moral y de su racionalidad, y no los derechos, que son un instrumento jurídico a través del que es posible reclamar la aplicación de la coerción. La autonomía moral de los individuos es la que consiente, hace posible, queelijamos asumir como fines los deberes fundamentales de la virtud.

Esto es lo que permite el progreso de la humanidad hacia la perfección, o sea hacia la plena realización de sí misma y de su propia racionalidad. De aquí surge el proyecto de la filosofía de la historia universal que avanza hacia la paz y la sociedad cosmopolita⁶⁴.

⁶¹ Ibidem, p. 231.

⁶² Interesantes apuntes crítico-reconstructivos en el volumen de F. SCIACCA, *Il concetto di persona in Kant. Normatività e politica*, Milano, 2000.

⁶³ KANT, *La metafísica dei costumi*, cit., p. 47.

⁶⁴ I. KANT, “Idea per una storia universale dal punto di vista cosmopolitico” in Id., *Scritti di storia, politica e diritto*, a cura di F. Gonnelli, Roma-Bari, 1995, pp. 29-44. [I. KANT, *Ideas para una historia universal en clave cosmopolita y otros escritos sobre Filosofía de la Historia*, Tecnos, Madrid, 2006]; Id., *Per la pace perpetua*, ibidem, pp. 163-207. [I. KANT, *Sobre la paz perpetua*, Tecnos, Madrid, 1991]



6. DERECHOS Y SUSTANCIAS. LA EVOLUCIÓN TEÓRICO-JURÍDICA

Una vez aclarado cuál es el sentido de los derechos en su relación (y autonomía) respecto de los deberes, podemos considerar más detenidamente, abriendo la segunda parte de este discurso sobre derechos, otro problema que, como he indicado ya en la Introducción, es decisivo para comprender el peso jurídico y político adquirido por los derechos en el horizonte “constitucional” de los países occidentales: ¿cuál es el significado de los derechos que llaman “fundamentales”? Preliminarmente, habrá que concentrarse en la relación que se instaura entre los derechos y las normas jurídicas. ¿Qué son, efectivamente, los derechos fundamentales?⁶⁵ ¿Este ser “fundamentales” depende de su sustancia o de su forma jurídica?

A este respecto, resulta oportuno reconsiderar la evolución del concepto de derechos subjetivos a través de una lente particular que ponga sobre la mesa la relación entre normas, formas y “sustancias”. El siglo pasado fue efectivamente decisivo por la que llamaré la constante “des-sustancialización” de los derechos subjetivos. A través de un conjunto de las más divergentes tentativas teóricas se produjo un cambio de paradigma respecto al pasado.

Los juristas del iuspositivismo, del ‘800 y el ‘900, habían sido precedidos por una suerte de *hipóstasis* de los derechos subjetivos, concebidos como sagradas *propiedades*, gracias a la tradición iusnaturalista. Y el pensamiento iusnaturalista los había enaltecido como una verdad autoevidente, a propiedades innatas de los seres humanos, ligadas a contenidos preconstituidos, valores “ontológicos”. El iusnaturalismo sostenía, a través de juicios de valor implícitos, preceptos específicos de convivencia social, proponía una “visión” de la naturaleza humana, asumiendo esta última como objetiva y universalmente cognoscible⁶⁶.

⁶⁵ Esta cuestión específica se aborda en el volumen de L. FERRAJOLI, *Diritti fondamentali*, Roma-Bari, Laterza, 2001.

⁶⁶ Una referencia obligada es J. LOCKE, *Due trattati sul governo*, cit. Véase *Il Secondo trattato*, pp. 229 y ss, y *passim*. Incluso, emblemáticamente, la *Declaración de Independencia* del 4 de Julio de 1776: “Tenemos por cierto que estas verdades son evidentes por sí mismas, que todos los hombres son creados iguales y que todos ellos han sido dotados por su Creador de ciertos derechos inalienables entre los que se encuentra la vida, la libertad y la búsqueda de la felicidad” (en G. FLORIDIA, *La costituzione dei moderni*, I, Torino, 1991, p. 189). Una visión “racional” de los bienes naturalmente esenciales para los seres humanos y por tanto una visión sustancialista de los derechos puede encontrarse hoy en la lectura de J. FINNIS, *Legge naturale e diritti naturali*, a cura di Francesco Viola, Torino, 1996. [J. FINNIS, *Ley natural y derechos naturales*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2000, trad. Cristobal Orrego].



El “modelo iusnaturalista” en su totalidad había edificado la sociedad civil sobre los principios derivados de la naturaleza humana cognoscible o, en el caso de Kant, de la simple razón, y había intentado huir de los límites de aquel modelo aristotélico que, antes que en la verdad de razones y argumentos a priori, se apoyaba en una idea de verdad basada en el consenso, o sea, *a posteriori*⁶⁷.

Esta conexión entre universalidad racional, verdad y derechos fue el verdadero signo distintivo del sustancialismo iusnaturalista⁶⁸.

Pero precisamente, después de esta larga fase moderna, el pensamiento jurídico pasó a una nueva etapa. En el '800 y en el '900, se comienza una tarea de redefinición que acaba por diluir la densidad sustancial precedente, produciéndose una suerte de vaciamiento jurídico. En el plano ideológico se da una verdadera desmitificación. En primer lugar, se debilitó el ideal de los derechos como límites al *poder* (los derechos como arma revolucionaria⁶⁹) emergiendo, por el contrario, la necesidad de un reconocimiento del Derecho (objetivo) como instrumento *neutro*. El Derecho sirve para legitimar el poder; el poder sin Derecho no puede ser percibido como legítimo.

La legitimidad del poder, como mostró Max Weber, no depende ya de las razones sustantivas, materiales, o del tipo de opción ética que pueda ser convalidada en términos objetivos y universales, sino de la presencia de típicas características “formales”⁷⁰, o sea, del hecho de que las decisiones asu-

⁶⁷ Cfr. N. BOBBIO, *Il modello giusnaturalistico*, in N. Bobbio, M. BOVERO, *Società e stato nella filosofia politica moderna*, Milano, 1979. Obviamente, debo subrayar que lo que llamo aquí “sustancialismo” es una característica también del iusnaturalismo de inspiración aristotélica.

⁶⁸ No es necesario que discuta aquí algunas de las notas y de las objeciones recurrentes al modelo iusnaturalista, dejo a un lado el problema humano de la “falacia naturalista” y las restantes críticas al iusnaturalismo procedentes de filosofías como las de Hume o Hegel, de Bentham y todo el iuspositivismo posterior. Por otra parte, el sustancialismo no es una carga fácil de sostener. Por ejemplo, es evidente que el problema de la demostración empírica de la existencia de derechos naturales con un contenido determinado (como, por ejemplo, el derecho de propiedad), influye en la aceptabilidad de las tesis iusnaturalistas, en términos de una (o más) teoría *general* de los “derechos”.

⁶⁹ Pienso todavía en N. BOBBIO, *L'età dei diritti*, Torino 1992, pp. 135 y ss.

⁷⁰ Max Weber ha definido como “racionalidad formal” la que mantiene una absoluta indiferencia “respecto a cualquier postulado material” (M. WEBER, *Economía e società*, a cura di P. Rossi, vol. I, Milano, 1961, p. 104. [M. WEBER, *Economía y sociedad*, trad. Johannes Winckelmann, Fondo de Cultura Económica, México, 1984]) y ha individualizado el carácter “formal” del Derecho en el Estado moderno. Cfr. más detenidamente, mi “Legittimità, legge e costituzione”, *Sociologia del diritto*, núm. 2, 1993, pp. 123-70.

man la forma general y abstracta, pre-regulada y cognoscible, de la ley. La legitimidad se apoya en el carácter *legal-racional* del Estado moderno. El Derecho es sobre todo una estructura de reglas predeterminadas, reglas “resistentes” (o insensibles) a los fines que en cada caso puedan ser perseguidos. De hecho, el Derecho es fiable y predecible precisamente gracias a esta indiferencia frente los objetivos contingentes que cada uno pudiera plantearse.

Esta necesidad de rarefacción, o el propósito de mantener *ajenos*, respecto a la definición del Derecho, a los mudables valores subjetivos, los ideales sustantivos, de una sociedad (éticamente) “politeísta” como la contemporánea, marcó incluso a la *ciencia* del Derecho, especialmente en el período pre-totalitario del ‘900. La ciencia del Derecho describe y muestra al Derecho como estructura dotada de una organización lógica propia, autónoma en sí misma respecto de los contenidos: la estructura de los Ordenamientos se sustrae por lo tanto a la presión de los contrastes ético-políticos y la ciencia del Derecho consigue darle una “forma” refractaria a las manipulaciones y el arbitrio. Desde este ángulo visual, la razón y el Derecho, pues, no intervienen en los fines, pero constituyen instrumentos capaces de hacer compatibles los objetivos de una colectividad política con el horizonte de reglas generales y abstractas, o sea con la convivencia y la paz. Esta fue la vía preseleccionada pero desgraciadamente, tal camino no se mostró, en los hechos, como un medio eficaz de control y de tutela del Estado de Derecho⁷¹ frente a las presiones que acabaron por transformarlo en un Estado totalitario. El Derecho como técnica sin alma, sin razones morales propias, sin referencia a contenidos de verdad moral (que había representado el iusnaturalismo), llegó a ser un instrumento insensible, incapaz de filtrar y seleccionar, un instrumento útil a cualquier posible objetivo.

Muchos escritos de Carl Schmitt, maestro del pensamiento alemán durante y después del nazismo, pusieron al desnudo esta evidencia en el plano teórico, la fácil sumisión de la forma al contenido decidido por el más fuerte, mientras la historia se ocupó de confirmarla en el plano real.

En cualquier caso, la racionalidad *formal* del Derecho como “conjunto de normas” que no depende de otro, y se impone, siguiendo a Hans Kelsen, co-

⁷¹ La victoria de la fuerza, del abuso y en fin de los regímenes totalitarios del ‘900 llegó a través del uso aberrante del Derecho. Por supuesto, esto no quita que el irracionalismo y el decisionismo nacionalsocialista alemán debían haber mirado al “normativismo” del que Kelsen fue el mayor teórico, como a una concepción adversaria e incompatible.



mo autónomo *objeto* del saber, finalmente se vacía, si no coincide, más allá de cada intención particular, con aquella a la que la Escuela de Frankfurt, y sobre todo Horkheimer⁷², acusaron de mera racionalidad *instrumental*: un espacio en el que toda necesidad de justificación o de fundamentación de las “formas” parece perderse en los objetivos éticos o políticos de que se trate.

Quien lea la *Sociología del Derecho* de Weber, por lo demás, reconocerá la neta individualización weberiana de un aspecto del Derecho: las normas se siguen, no son una finalidad y no tienen finalidad alguna.

En el fondo, este aspecto, decisivo y avanzado, coincide con la presentación del Ordenamiento como una suerte de sistema diferenciado, que empieza a ser analizable de manera autónoma si su objetividad no se pliega al poder. Es más, el Derecho es y debe ser *esta* generalidad que *sobrevive* a las contingentes finalidades de las mayorías y de las orientaciones políticas. Se trata de normas, en suma, no de fines. La ambigüedad de este doble corte que la “forma” del Derecho lleva consigo es, sin exageración, evidente.

En cuanto a los derechos subjetivos, no son ya algo autónomamente definible. Respecto a los grandes ideales ilustrados, la impronta del Estado europeo continental extiende su sombra hasta el punto de favorecer la competencia entre los derechos y la ley. El problema está en el hecho de que ahora los derechos subjetivos, los de las Declaraciones modernas, independientemente del modo en que se hallen fundados o teorizados, pueden tener vitalidad sólo a través del Derecho estatal, y el Derecho estatal, también a los efectos de las codificaciones europeas, es Derecho legislativo. La cuestión que se plantea es la de la incompatibilidad entre una fundamentación extralegislativa (*iusnaturalista*, sobre todo) de los derechos subjetivos, de un lado, y del otro el origen y la supremacía de la voluntad del Estado (persona). Después de Gerber, Laband, Jellinek, no hay modo de “recuperar” la raíz o la autonomía de aquellos derechos subjetivos (como he indicado, defendibles en el horizonte del Derecho positivo neo-estatal, únicamente como una auto obligación del Estado).

En fin, una vez expuesto en la “Teoría pura del Derecho” (Kelsen), el problema científico de los derechos subjetivos se superó y quedó absorbido por el simple horizonte del Derecho “objetivo”: los derechos son conjuntos de normas.

⁷² Cfr., entre multitud de referencias, M. HORKHEIMER, *L'eclisse della ragione. Critica della ragione strumentale*, trad. di E. Vaccari Spagnol, Torino, 1969 [M. HORKHEIMER, *Crítica de la razón instrumental*, trad. Jacobo Muñoz, Trotta, Madrid, 2002].

Ha de considerarse que este éxito tiene lugar dentro del normativismo⁷³ así como en el organicismo jurídico *a lo* Larenz, en Alemania⁷⁴. Pero es el normativismo, que no tiene connivencia alguna con el totalitarismo y se une de hecho a filosofías políticas democráticas, como en el caso de Kelsen, el que representa el indicador más creíble de la revisión científica (es decir, no ideológica y políticamente servil) que se estaba dando, la revisión de los derechos subjetivos. Precisamente porque tal revisión normativista no se corresponde en absoluto con la eliminación de la figura del derecho subjetivo del Ordenamiento, sino simplemente con la consciencia de su carácter artificial, debido a grupos de normas que prevén y distribuyen facultades, autorizaciones, obligaciones. Los derechos son entidades dotadas de una sustancia propia independiente del artificio que los constituye, o sea, del artificio jurídico. Esta des-sustancialización de los derechos subjetivos puede suceder en el seno de o en contraste con una visión liberal del mundo en el plano político, y sin desprecio alguno por el individuo. Y persiste con el tiempo: sus desmitificaciones afectan sea a las tesis de la prioridad de los derechos subjetivos sobre el Derecho objetivo, sea a la definición material del derecho subjetivo como poder de la voluntad o como interés protegido⁷⁵.

En definitiva, entre los factores de fondo, en este escenario del '900 continental, a todo esto se añade el hecho de que en el aura del Derecho penetra una consciencia completamente nueva acerca de su carácter *artificial*: no lejana, en muchos casos, de una percepción según la cual lo que cuenta no es la sustancia sino la *función*. La *reducción* kelseniana del derecho subjetivo al Derecho objetivo así como del Estado al Derecho, se resuelve en una lucha contra la personificación de las entidades, contra la atribución de sustancia concreta a aquello que sólo es el fruto de una serie estratificada de *ficciones* y que en ningún caso depende de una realidad material subyacente, sino a lo más, de la existencia de normas jurídicas. Finalmente, se debían explicar las figuras teóricas sobre la base de lo que ellas mismas eran: conjunto de reglas, no de sustancias.

⁷³ H. KELSEN, *Teoria generale del diritto e dello Stato* (1945), a cura di R. Treves, Milano 1952, p. 81: "el derecho subjetivo no es, en realidad, más que el Derecho objetivo". [H. KELSSEN, *Teoria General del derecho y del estado*, Imp. Universitaria, México, 1950]

⁷⁴ Me remito en este punto a M. LA TORRE, *La "lotta contro il diritto soggettivo"*. Karl Larenz e la dottrina giuridica nazionalsocialista, Milano, 1988.

⁷⁵ Kelsen critica tanto a la Escuela Histórica como a las tesis de Blackstone de los *Commentaries*, por otorgar una prioridad a los derechos "absolutos" que preceden lógicamente al Derecho objetivo y refuta tanto a B. Windscheid, como a R. Jehring. Cfr. Id., *Teoria generale*, cit., pp. 78 y ss.

El normativismo kelseniano afirma la *cognoscibilidad* de las normas como datos “objetivos”, si bien pertenecen a un mundo, el normativo (*Sollen*), fruto de una duplicación respecto de la realidad del ser (*Sein*), y sobrepuesto a otro principio (la imputación normativa) distinto de la causalidad natural. La *cognoscibilidad* del Derecho viene pues salvada a través de la división del universo “real”. La imputación normativa –que precisamente se da también en el Derecho– es obra del hombre, instaura un deber-ser, instituye una obligación. Es exactamente de esto de lo que puede ocuparse una teoría “pura” del Derecho, o sea libre de toda contaminación de postulados éticos, hechos sociales, hipótesis de valor, presuposiciones que (también) Weber habría definido como “materiales”⁷⁶.

Este nuevo panorama comporta, en su conjunto, algunas consecuencias “extremas”:

1. Dado que los derechos son cognoscibles *deben* ser normas (si no fueran como Kelsen los describe, serían incontrolables hipótesis metafísicas).

2. Ya que las normas instituyen obligaciones y regulan el ejercicio de la fuerza, no puede haber derechos, a menos que se presenten como un aspecto de las normas, y en particular un aspecto visible sólo en “negativo”: el Derecho objetivo impone obligaciones, no constituye derechos subjetivos como *intereses* protegidos (*a lo Ihering*), simplemente instituye formas de acción (o sea la *protección* jurídica). Y de todos modos, el derecho subjetivo es el negativo de una obligación correspondiente (ajena) y de la acción conexas en juicio (a fin de requerir su cumplimiento).

3. Más allá del haz de las normas –Derecho objetivo– que acaba por identificarlo, un derecho subjetivo obviamente no existe.

Kelsen negó toda definición, incluso *formal*, cuando era referida a la sustancia. El citado autor no dice que tener un derecho subjetivo signifique ser titular de cualquier bien digno de tutela, ni que los derechos se correspon-

⁷⁶ Personalmente siento una cierta predilección por las tesis ontológicas de O. WEINBERGER y N. MacCORMICK (*Il diritto come istituzione*, a cura di M. La Torre, Milano, 1986) que se refieren a la existencia de las normas, de manera diferente a como lo hace Kelsen, o sea asumiendo que las normas tienen una realidad “ideal” y una realidad institucional, social. Esta duplicidad, de la cual Kelsen evita quizá el segundo aspecto, es lo que según Weinberger constituye la positividad misma del Derecho, que no puede ser presupuesta por una teoría que se ocupe sólo del aspecto “ideal”. En este sentido, la realidad de las normas tiene una naturaleza compleja, tiene un significado institucional. Cfr. *ibidem*, pp. 47 y ss., pp. 52 y ss., pp. 54 y ss.

dan con intereses que deban ser protegidos, ni, como escribe Neil MacCormick, con bienes que se deban garantizar a los individuos. Es más, el carácter subjetivo del derecho (*right*) se justifica “sólo si la aplicación de la norma jurídica, la ejecución de la sanción, depende de la expresión de voluntad de un individuo dirigida a este objetivo”. Así pues, “sólo si la ley está al servicio de un individuo” se justifica la “subjetivización del Derecho”, porque no indica otra cosa que “la presentación de una norma jurídica objetiva como derecho subjetivo de un individuo”⁷⁷.

Otra cuestión es que se defina el derecho subjetivo haciendo referencia únicamente al modo en que se protegen; diferente a aquello que vendría en tal modo protegido, es decir, a lo que es por sí mismo⁷⁸. Ciertamente, para el Kelsen teórico del Derecho, que los derechos sean entendidos como valores tutelados en relación a los individuos, no es una *condición sine qua non*, un elemento esencial, para que un Ordenamiento subsista. No por casualidad, la misma Constitución es para Kelsen esencialmente (“en sentido material”) una organización de poderes y procedimientos, la norma positiva “por la que es regulada la producción de normas jurídicas generales”, en suma, un conjunto regulado de fuentes y de “formas”⁷⁹. De hecho, sin embargo, dado que las Constituciones occidentales incorporan enunciados de valores y principios de justicia, llegan a ser también normas sobre los “fines” que la producción (legislativa) de normas debe o puede legítimamente perseguir, pero esto es un aspecto, un “hecho”, que en la doctrina kelseniana parece en sí contingente, y por lo tanto no afecta a las determinaciones necesarias, a aquello que asegura la existencia del Derecho y garantiza la autonomía de un Ordenamiento jurídico.

7. UN INCISO. DERECHOS “POSITIVOS”, REGLAS Y PRINCIPIOS

El jurista europeo continental que no está acostumbrado a la visión iuspositivista, al menos a la de Kelsen, encuentra un cambio radical de para-

⁷⁷ H. KELSEN, *Teoria generale*, cit., p. 83.

⁷⁸ Pero, como sabemos, Kelsen traslada el acento al hecho de que los derechos constituyen un mero (no-) contenido procesal (la acción en juicio) dependiente de una obligación ajena “lógicamente” connexa.

⁷⁹ H. KELSEN, “La garanzia giurisdizionale della costituzione”, in Id., *La giustizia costituzionale*, a cura di C. Geraci, Milano, 1981, pp. 152-3. Naturalmente, cfr. también Id., *Teoria generale*, cit., pp. 126 y ss.



digma en la lectura de las obras de Ronald Dworkin. En efecto, si Kelsen llega casi al punto de *vaciar* los derechos por exponerlos como normas, Dworkin ciertamente nos ayuda a restituir su “sustancia”, pero distinguiéndolos de las normas establecidas a través de la “ley”. En parte esta tesis ilumina un perfil esencial en los Estados constitucionales, que llegó a ser tal también –la verdad es que con algún siglo de retraso respecto de la Constitución estadounidense– en la Europa del ‘900: el hecho de que a los derechos se les atribuya un fundamento (constitucional y demás) propio y separado de la legislación y por tanto una fuerza equiparada a la del principio democrático. Por otra parte, Dworkin insiste en los derechos “morales”, en su autonomía y *pertenencia* al Ordenamiento jurídico, y finalmente, como ya sabrán, en su prioridad con respecto a otros valores concurrentes, prioridad que corresponde garantizar al orden judicial.

Dworkin (que escapa a la etiqueta de iusnaturalista y a la de iuspositivista) persigue en realidad un objetivo constante: mostrar que cada vez que se defiende un derecho “moral” de los individuos, tal derecho puede ser explicado, a través de la reconstrucción del sistema, como un ya-siempre-derecho *positivo*. Nuestro autor sostiene que existe en el sistema, en la compleja integridad del Ordenamiento, una *única respuesta correcta* que el intérprete podría alcanzar si fuese capaz de reconstruirlo con la debida competencia, si no se conformara con la simple literalidad del Derecho. La “única respuesta correcta” permite que el jurista recupere la confianza en la posible objetividad de su actividad “cognoscitiva” aunque vinculada a la posibilidad de un razonamiento “moral” que se ejercita –según Dworkin– con los contenidos sustanciales presentes en la tradición constitucional.

Se ha dicho que el iuspositivismo de Hart, y no el de Kelsen, ha representado el blanco polémico de Dworkin, y que su crítica a Hart surge precisamente del intento de responder a los que Dworkin consideraba como insuperables *impasse* del normativismo. Especialmente en relación a aquellos casos “difíciles”, casi de “penumbra”, frente a los cuales la interpretación del juez no puede más que ser “libre” y en los que se echan de menos ciertos criterios que según un iuspositivismo, como el de Hart, son fáciles de hallar en el Ordenamiento. En fin, la rigidez del positivismo, siguiendo a Dworkin, parecía privar al intérprete de criterios para alcanzar soluciones adecuadas y congruentes con el Ordenamiento (*fitting e integrity* se convierten después en dos palabras clave del lenguaje dworkiniano, expresando medios y métodos para la búsqueda por parte del intérprete de soluciones que tengan en

cuenta no sólo reglas sino también principios, colocándose más allá de la línea que divide conocimiento e “invención” del Derecho). Esta génesis crítica del trabajo dworkiniano es un testimonio de la importancia que le atribuye a la fundamentación *jurídica* de una solución correcta. Importancia que se vincula a su lectura “moral” de los Ordenamientos jurídicos constitucionales contemporáneos (especialmente el estadounidense), en cuanto portadores de una inspiración normativa objetivamente *reconstruible* en términos de defensa de las minorías y de los individuos frente a las mayorías políticas, a las elecciones legislativas, y a un “paternalismo” al que los jueces sobre todo deben saber oponerse en nombre de la justicia y de aquello que pertenece a los individuos, o sea en nombre de sus “derechos morales”. Dworkin “concibe” el Ordenamiento en la plenitud de sus inspiraciones de principio, de sus valores históricos, de sus pretensiones de justicia. En un cierto sentido, el Derecho es *justicia*. Y la Constitución (americana) está pensada como el *humus moral* de los derechos individuales⁸⁰.

Es necesario, finalmente, precisar, sobre todo en el plano teórico, cuál es la relación entre derechos, reglas y principios. Creo, como ha sostenido Robert Alexy, que la disciplina de los derechos subjetivos depende normalmente, también en los Ordenamientos continentales, como el italiano o el alemán, de un rol conjunto de reglas y principios⁸¹, hasta el punto que también los derechos basados en las reglas (*definitive rights*), establecidos directamente mediante reglas, y no solamente evocados en abstracto por principios, disponiendo de supuestos de hecho para la subsunción⁸², pueden ser

⁸⁰ R. DWORKIN, *I diritti presi sul serio*, cit. y también *Freedom's Law: The Moral Reading of the American Constitution*, Harvard University Press, Cambridge (Mass.), 1996.

⁸¹ Para una distinción entre reglas y principios, vid. R. ALEXY, *Concetto e validità del diritto*, trad. di F. Fiore, Torino, 1997, p. 73: “Las reglas son normas que en la construcción de su supuesto de hecho predisponen una consecuencia jurídica definitiva” y por tanto son “*definitive Gebote*”, y la forma de aplicación que las caracteriza es la de la “subsunción”; los principios son “mandatos de optimización (*Optimierungsgebote*), y “prescriben que algo debe ser realizado en diferentes grados” gracias no sólo a las posibilidades fácticas sino a los límites jurídicos que surgen “de los principios en contraste”, lo que implica que los principios necesitan de la ponderación, que es la “forma di aplicación característica de los principios” (pp. 73-4). [R. ALEXY, *El concepto y la validez del derecho*, trad. J. Malem, Gedisa, Barcelona, 2004].

⁸² G. ZAGREBELSKY, que se apoya en la teoría de Alexy, escribe: “De este modo, los principios, a diferencia de las reglas son normas sin supuesto de hecho (“*Tatbestand*”). Los principios no son en sí mismos susceptibles de ser expresados en la forma del imperativo hipotético de Kelsen” (G. ZAGREBELSKY, “Ronald Dworkin’s Principle based Constitutionalism: an Italian Point of View”, *International Journal of Constitutional Law*, vol. I, núm. 4, 2003, p. 630).

definidos mejor, en su alcance concreto, en casos específicos, si son reenviados a principios subyacentes. Por supuesto, también entre estos últimos principios puede ser necesaria una labor de equilibrio y ponderación⁸³. En efecto, mientras los principios pueden ser satisfechos “en grados diversos”, la reglas, en cambio, gracias a una diferencia *qualitativa* “son siempre normas que se ejecutan o no” (“*always either fulfilled or not*”)⁸⁴. Esta distinción es similar a la propuesta por Ronald Dworkin⁸⁵, según la cual las “*rules*” se aplican “*all or nothing*”, mientras los principios permiten diversas realizaciones (concretizaciones), y no reclaman siempre *una* decisión particular. En realidad, según Alexy, esta distinción puede ser mejorada todavía más pues también las *rules* son susceptibles de experimentar una particular *excepción* y no ser aplicadas en un caso específico, y ello, precisamente, sobre la base de un principio. Además, tales derogaciones no son cuantificables con certeza *a priori*.

Por consiguiente resulta difusa la idea de que los principios permiten al intérprete construir los aspectos normativos del Ordenamiento que no parecen explícitamente contenidos en las *reglas* disponibles. Para Dworkin los principios constitucionales estadounidenses, por ejemplo, señalan la prioridad de los derechos individuales sobre el bien común y sobre las opciones contenidas en las reglas establecidas por las mayorías democráticas. Para Alexy y para muchos juristas continentales europeos, los principios, aun contribuyendo a detallar los elementos fundamentales de fondo sobre cuya base es posible sobrepasar los límites mismos de las “reglas”, se refieren, de hecho, a inspiraciones constitucionales más abigarradas (no tanto a la protección de los individuos y de sus derechos) y añaden la tutela del bien común y la persecución de la solidaridad social.

⁸³ Véase para este asunto, R. ALEXY, *A Theory of Constitutional Rights*, cit., pp. 50 y ss. y *passim*.

⁸⁴ *Ibidem*, pp. 47-8. Según Alexy, por tanto, una regla puede ser “válida o inválida” y en caso de conflicto entre reglas, a menos que una de ellas sea vista como una excepción, por lo menos una de ellas debe ser declarada inválida. Por el contrario, en el caso de principios en conflicto, uno debe prevalecer, pero esto no significa ni que uno de ellos contenga una excepción ni que sea inválido (*ibidem*, p. 50). Consecuentemente, “los conflictos entre reglas se dan en el nivel de la validez; en el momento en que sólo principios válidos pueden entrar en colisión, la concurrencia entre principios afecta a la dimensión del peso” (*ibidem*).

⁸⁵ R. DWORKIN, *I diritti presi sul serio*, cit., pp. 90 y ss.; R. ALEXY, *A Theory*, cit., p. 48, nota 27.

8. LOS DERECHOS “FUNDAMENTALES”. DEONTOLÓGICO VS. TELEOLÓGICO

Según una visión liberal y de acuerdo con una interpretación que encuentra una base sólida en el constitucionalismo moderno, los derechos son una cuestión de “principio”, tienen por tanto un alcance *deontológico*: debemos reconocerlos porque son expresiones de justicia, incluso si tal reconocimiento contrasta con valores preferentes, con la ética particular de estos o aquellos lugares o con los fines ético-políticos a los que la colectividad atribuye algún valor. En este punto las normas (legislativas) expresarían una teleología social potencialmente en conflicto con los derechos individuales, especialmente si los valores que encarnan pueden reconducirse al bien común, desdeñando el papel de la “justicia” que solamente podría proteger a los particulares. Pero, para ser fiel al modo en que el asunto se plantea en las famosas páginas de Dworkin, el tema es que las políticas públicas se orientan a definir el bien común, mientras la justicia –por la que los jueces están institucionalmente obligados– está deontológicamente caracterizada por cuestiones de principio. Los derechos, por tanto, son una cuestión de justicia, una cuestión deontológica, y no de “valores” (ética), ni “teleológica”, ni tampoco una cuestión de opciones políticas.

No obstante, cuando se trata de derechos *fundamentales*, más que una justificación suficiente para nuestras elecciones, el derecho individual evidencia un bien para el individuo que al mismo tiempo tiene un lugar relevante entre los objetivos colectivos; constituye un fin y un bien en sí mismo. De este modo, los derechos fundamentales se convierten en un concepto ambiguo, dividido entre justicia y ética, entre principios y fines colectivos.

En Jürgen Habermas se encuentra de nuevo una defensa del carácter deontológico de los derechos individuales. Siguiendo a Dworkin, los separa de su posible sentido axiológico y teleológico con el fin de sustraerlos de cada ponderación comparativa respecto de las elecciones colectivas, del “análisis coste-beneficio”⁸⁶, de la competencia con “valores”, frente a los que los derechos se encuentran en un plano distinto.

Tal como insiste Habermas, “en cuanto los derechos son transformados en bienes y valores, en cada caso singular, deben luchar en el mismo plano

⁸⁶ J. HABERMAS, *Fatti e norme*, trad. di L. Ceppa, Milano, 1996, p. 309. [J. HABERMAS, *Facticidad y validez: sobre el derecho en el estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso*, trad. Manuel Jiménez Redondo, Trotta, Madrid, 1998].

para conquistar la preferencia. De por sí, cada valor es particular como los demás, mientras que, en cambio, las normas deben su validez a un *test* de generalización⁸⁷. Por esto, su tesis principal es la siguiente: “Transformar conceptualmente los derechos fundamentales en valores fundamentales significa enmascarar teleológicamente los derechos, hasta el punto de mitificar el diverso papel que asumen en los contextos de fundamentación de normas y valores y en el plano de la argumentación lógica”⁸⁸. Las normas jurídicas deben ser coherentes entre ellas y no contradecirse, mientras los valores pueden encontrarse tendencialmente en conflicto; valores (para *nosotros*) son expresiones de particularismo, principios y normas (para *todos*) son expresiones de generalidad. Y *obligatorio* (normas) no es lo mismo que *recomendable* (valores). Las normas obligan a las instituciones a proteger los derechos y si no hacemos confluir a los derechos con los valores más variados, limitaremos la discrecionalidad que los Tribunales tienden a asumir.

Creo que es irreprochable la oposición entre teleológico y deontológico, entre particularidad de los valores y universalidad de las normas. Sin embargo, esto indica sólo que las dos vertientes no coinciden y que no podemos cancelar las fronteras lógicas que las separan y que hemos traducido en instituciones capaces de proteger lo “justo” respecto de las cambiantes políticas del “bien”⁸⁹.

Por lo que hace a los derechos fundamentales, parecen situarse de un modo peculiar. Aquel que desde un punto de vista *externo* aparece como deontológico (en cuanto que representa ineludibles principios racionales de justicia, indica una prescripción a la que se debe obediencia, más allá de cada nueva apreciación, escrutinio o equilibrio “político”), desde el punto de vista *interno* es el resultado de una inclinación ética, de modo que la adquisición del bien protegido por el derecho se considera un “valor” irrenunciable, situado en la base del Ordenamiento (derechos “fundamentales”). Se trata de un tema complejo que afecta a la naturaleza misma de los derechos fundamentales y que invierte su quizá doble pertenencia, al plano de la justicia y al de los fines *institucionales* de las democracias liberales.

Las posiciones de Habermas y de Dworkin, aunque una inspirada en la otra, proceden de intereses teóricos diversos y no pueden ser totalmente

⁸⁷ Ibidem.

⁸⁸ Ibidem, p. 305.

⁸⁹ He sostenido esta tesis en *Dopo la certezza. Il diritto in equilibrio tra giustizia e democrazia*, Bari, 2006.

identificadas. Para Habermas, el “sistema del Derecho”⁹⁰ también tiene fuerza deontológica porque, aún “cooriginario” respecto a la soberanía democrática, gobierna la puesta en práctica del procedimiento. El sistema de la autonomía privada (los derechos individuales) y la autodeterminación colectiva (el ejercicio de la soberanía popular) se sostienen mutuamente. Se da por tanto un contacto entre la justicia de los derechos “morales” de los individuos por un lado, y por el otro la decisión institucional, la definición colectiva de las prioridades comunes y la praxis “comunicativa” necesaria para individualizar materialmente el contenido de los derechos.

En Dworkin, sin embargo, estos planos paralelos o convergentes son simplemente opuestos: Dworkin define una división de *roles* (moral e institucional). La promoción de las políticas públicas pertenece a las mayorías mientras que la tutela de los derechos pertenece a los jueces. Si se sale de esta lógica, los derechos son “inútiles”. Este antagonismo de los *roles* es paradójicamente lo que permite traducir en términos operativos su distinción entre “principios” (justicia) y “*policies*” (preferencias políticas).

9. LOS DERECHOS FUNDAMENTALES Y LA BÚSQUEDA DE UNA DEFINICIÓN “INSTITUCIONAL”

Que los derechos fundamentales sean tutelados respecto a las variaciones de las mayorías legislativas es un objetivo esencial e irrenunciable pero no puede ser alcanzado mediante una visión anti-política, sólo “moral-racional” de los derechos subjetivos, visto que el contenido y la emergencia de los derechos, su sentido y su interpretación, son el fruto del esfuerzo “comunicativo” en una *democracia* funcional. Habermas mismo ha insistido acerca del desarrollo “democrático” de la universalidad de los derechos⁹¹ y ha reconocido la importante contribución de la discusión pública y el razonamiento político que otorgan contenidos propios, a veces preseleccionados, a los derechos individuales que expresan ideas de justicia, ideas morales en sí mismas universales. De esta manera, no sirve sólo la definición racional de las tesis generales sobre lo que pertenece en abstracto al individuo, sino una

⁹⁰ Cfr. J. HABERMAS, *Fatti e norme*, cit., *passim*.

⁹¹ J. HABERMAS, *Lotta di riconoscimento nello stato democratico di diritto*, en J. HABERMAS, Ch. TAYLOR, *Multiculturalismo. Lotte per il riconoscimento*, trad. di L. Ceppa, Milano, 1998, p. 83. [Ch. TAYLOR, *El multiculturalismo y la “política del reconocimiento”*, trad. Mónica Utrilla de Neira, Fondo de Cultura Económica, Madrid, 2003].

constante “*autoaclaración*” ético-política del significado de los derechos. Por un lado, los derechos se imponen a la colectividad protegiendo a sus miembros en cuanto particulares, por otro los mismos individuos como partes de la esfera colectiva son los que tienen que identificar el sentido y el contenido de los derechos que, de este modo, resulta también ser el fruto de una elaboración política.

Por otra parte, para que los derechos fundamentales sean derechos *fundamentales*, en un sistema jurídico es necesario que se conviertan en una cuestión “institucional”, o dicho de otro modo, en criterios internos a la praxis con que los órganos institucionales definen la legitimidad o la validez jurídica. Como máxima, derechos *fundamentales* en un Ordenamiento son normas de producción y criterios de valor para todas las actividades normativas institucionales autorizadas y como tales no recaen únicamente sobre los Tribunales (Dworkin) o sobre el “legislador”; su fuerza normativa depende del conjunto de tensiones existentes entre la actividad judicial, ejecutiva y administrativa, y la opinión pública de los países democráticos. Para que los derechos sean fundamentales en un sistema es necesario que sean parte de su regla de reconocimiento, o sea, del conjunto de criterios con base en los cuales se puede considerar válido cada acto normativo en el sistema jurídico mismo⁹².

En cuanto al “criterio de juridicidad”, el carácter “fundante” de este género de “derechos”, no depende de que hayan sido “decididos” por una determinada autoridad política, ni de que se encuentren constitucionalmente protegidos, sino de que logren desempeñar la función de criterios metanormativos de validez. Cuando algunos derechos individuales son tan importantes que se traducen en criterios sustanciales efectivamente seguidos para juzgar la validez de todas las demás normas de un Ordenamiento dado, entonces tales derechos son fundamentales. Esta forma y esta función jurídica no pueden más que reflejar, en términos de fuerza o cualidad jurídica, la importancia que en términos axiológicos, en tanto “valores”, algunos derechos han adquirido.

Para que un derecho sea *fundamental*, en el plano simplemente moral, debemos concebirlo como dotado de valor en sí mismo, pero debe tratarse también de un valor prioritario, de un valor *último*, como somos propensos a creer en relación a aquellos derechos que protegen la vida, la dignidad y la

⁹² Tengo que reenviar, para la justificación y la exposición completa de las tesis teóricas acerca de la relación entre derechos fundamentales y regla de reconocimiento, a mi volumen *L'autorità dei diritti*, cit.

libertad de los individuos. En un *sistema jurídico* ¿en qué se manifiesta el hecho de que los derechos son fundamentales, y como tales, se hallan dotados de un valor en sí, de un valor último? Se traduce en la función consiguiente que un derecho fundamental asume, o sea, la de actuar como criterio de reconocimiento de normas válidas.

Por otro lado, la tutela y el ejercicio de tales derechos se considera uno de los fines propios del sistema de referencia; el bien a cuya protección el derecho subjetivo está preordenado constituye una finalidad más entre las atribuidas a las actividades públicas. De esta manera consiguen al menos una cierta forma de “encarnación” en la agenda de las “instituciones”.

Mi convicción es que en cuanto fundamentales los derechos recogen también fines colectivos: y debería resultar desconcertante que derechos relativos a bienes considerados fundamentales no figurasen entre los fines colectivamente irrenunciables.

Como he dado a entender, con las Constituciones contemporáneas, los Ordenamientos jurídicos euro-continetales han atribuido finalmente a los derechos una autonomía respecto de la ley, que deriva precisamente de su previsión constitucional; deriva del hecho de que algunos derechos, como en las Constituciones occidentales contemporáneas, al menos los principales derechos de libertad, los derechos civiles y políticos, y en muchas Constituciones europeas, los más relevantes derechos sociales, no existen jurídicamente gracias a la voluntad de las mayorías, o sea de la ley, sino gracias a la voluntad de los padres constituyentes. Están reconocidos más allá de la voluntad legislativa, que no puede violarlos, en una fuente superior a la ley misma, precisamente, en la Constitución. El valor intrínseco de los derechos se tutela, en sentido institucional, afirmando la autonomía de origen, un fundamento separado para los derechos que, cuando menos, se halla a la altura de la “ley”. Ciertamente, esta recientísima conquista de civismo no es suficiente porque con ella no se propone el modo en que puede superarse la demarcación liberal entre fines colectivos y derechos individuales, la manera en que los derechos podrían protegerse en tanto fines colectivos.

Por lo demás, esta última cuestión sería del todo inconcebible para Dworkin, según el cual los derechos son, en el fondo, definibles como razones suficientes contra cada egoísmo público (*rights as trumps*⁹³), indepen-

⁹³ R. DWORKIN, “Rights as Trumps” en J. WALDRON(ed.), *Theories of Rights*, Oxford, 1984, pp. 153-67.



dientemente del cálculo de las consecuencias o de las limitaciones de los recursos⁹⁴. Tal interpretación favorece a los derechos bajo el presupuesto de que la misma lógica de las democracias es estructuralmente “paternalista” (basada en preferencias “externas”, relativas a los intereses de “otros” individuos, expresadas mayoritariamente por las asambleas legislativas), y necesita de un contrapoder en los derechos y en los jueces⁹⁵. Que los derechos deban ser garantizados fuera del proceso democrático (o sea, a través de la labor racional de los Tribunales de justicia) se considera, finalmente, como algo natural, por el hecho de que “las decisiones sobre derechos y contra la mayoría, no son cuestiones que por justicia puedan ser dejadas a la mayoría”⁹⁶.

Sin embargo, creo que si los derechos tienen valor intrínseco (de la misma manera que el paralelo principio democrático), entonces *valen* para nosotros y nos *obligan* en positivo, como objetivos *normativos*, y solamente así se convierten en una cuestión “institucional”, en un elemento crítico constante y en un *test* de control del contenido de nuestras instituciones.

Ha sido sobre todo Amartya Sen quien ha sostenido que las teorías *goal based* (y por tanto capaces de poner sobre la mesa los fines públicos) no son necesariamente opuestas a las que atribuyen una prioridad a los derechos, sino que lo son únicamente las teorías utilitaristas: no hay ninguna imposibilidad lógica que impida conciliar la prioridad de los derechos y las teorías de los fines colectivos. El fin de la igualdad, por ejemplo, es un *goal* coincidente con la idea moral de otorgar *derechos* a los desaventajados a fin de que puedan recibir un tratamiento mejor⁹⁷.

La ventaja específica de considerar derechos como *goals* consiste esencialmente en la imposibilidad de asumirlos como simples límites frente a los que debe detenerse la acción social: por el contrario, se les de-

⁹⁴ Un equilibrio distinto tanto entre derechos y cuestiones colectivas como entre principios y políticas públicas, y una crítica a las aproximaciones puramente deontológicas por lo que hace a los derechos, se puede encontrar en A. SEN, del que en particular cfr. “Legal Rights and Moral Rights: Old Questions and New Problems”, *Ratio Juris*, núm. 2, 1996 y “Rights and Agency”, *Philosophy and Public Affairs*, núm. 1, 1982, pp. 3 y ss.

⁹⁵ Cfr. R. DWORKIN, *I diritti presi sul serio*, a cura di G. Rebuffa, trad. di F. Oriana, Bologna, 1982, pp. 328 y *passim*.

⁹⁶ *Ibidem*, p. 254.

⁹⁷ A. SEN, “Rights as Goals” (Austin Lecture), *Archiv für Rechts-und Sozial Philosophie* (ARSP), núm. 21, 1985, p.12.

be concebir como objetivos sociales a los que dispensar la máxima atención⁹⁸. En definitiva, también Sen concluye que “si los derechos son fundamentales, entonces es que tienen un valor, y si tienen un valor intrínsecamente y no sólo instrumentalmente, deberían comparecer entre los fines (*goals*)”⁹⁹.

Gracias a estas consideraciones, es fácil apreciar que el carácter anti-político de los derechos fundamentales no puede sostenerse. En el fondo, como ha escrito Joseph Raz, la idea de que la de los derechos es una cuestión individual marginada de los asuntos públicos “está basada en un profundo desencuentro entre la naturaleza de los derechos en general y la de los derechos civiles y políticos en particular”¹⁰⁰.

10. DERECHOS HUMANOS Y DERECHOS FUNDAMENTALES

10.1. Definidos los derechos fundamentales en razón de la función que adquieren como normas en un Ordenamiento jurídico y del contenido específico del bien que intentan tutelar asegurando su protección a los individuos, acaban siendo un producto “positivo”, parte integrante de las prioridades normativas de un Ordenamiento jurídico.

Entre tales prioridades los derechos fundamentales pueden naturalmente comprender un conjunto de derechos que pertenezcan, o se defiendan que pertenecen a los seres humanos en cuanto tales. La idea moderna de los derechos “naturales” es un ejemplo de esto.

Pero es mejor evitar la identificación conceptual entre derechos humanos y derechos fundamentales. El de los derechos humanos es un concepto sobre todo filosófico, que articulamos de forma diferente en función de nuestras concepciones acerca de lo que pertenece a los seres humanos en cuanto tales y las concepciones filosóficas pueden diferenciarse entre ellas. En cambio, los derechos humanos llegan a ser “fundamentales” en el momento en que entran a formar parte de las estructuras fundamentales de un Ordenamiento jurídico y son definidos jurídicamente.

⁹⁸ A. SEN, “Rights as Goals”, cit., p. 15.

⁹⁹ Ibidem.

¹⁰⁰ J. RAZ, *Ethics in the Public Domain*, Oxford, 1996, p. 56. [J. RAZ, *La ética en el ámbito público*, trad. María Luz Melón, Gedisa, Barcelona, 2001].



La abstracción de los derechos humanos es una condición esencial para su aspiración o pretensión de “universalidad”. A pesar de las Declaraciones internacionales (o europeas), que pretenden traducirse en núcleos de derechos “positivizados”, el acento deontológico, y por tanto kantiano, de principio, categórico, puro, de los derechos humanos es un indicio de su fuerza “moral”. La fuerza de los derechos humanos está en el hecho de que tales derechos son finalmente una filosofía. Es cierto que presuponen una ontología, una epistemología, una antropología, una visión de la justicia, si bien su persistente abstracción puede funcionar como una suerte de principio crítico permanente. Sin embargo, como muchos sostienen, los derechos humanos han tenido y conservan un significado individualista y liberal y su lenguaje neutro ha servido incluso para perpetuar formas de dominio (como se ha insistido desde hace tiempo desde el movimiento feminista refiriéndose a la violencia de género¹⁰¹). Hoy la cuestión de los derechos en general aparece con un doble perfil, movida por inconfesados intereses de Occidente, o de una parte de ellos, y redundante en proclamaciones humanitarias.

Michael Ignatieff en su “apología”¹⁰², puso en primer plano la naturaleza sutil de los derechos humanos¹⁰³ que establecen las condiciones de la libertad *negativa*, asimilada a lo que es justo, y no a lo que es bueno. Es “posible gozar de una plena protección de los derechos humanos y sin embargo defender que uno está privado de los requisitos esenciales de una vida buena”¹⁰⁴. Se trata de las condiciones mínimas de cualquier género de vida. “Los derechos humanos son universales no en cuanto vernáculos de la prescripción cultural sino como lenguaje que confiere poder moral. Su papel no es el de ofrecer un contenido cultural sino el de liberar a todos los actores de manera que puedan plasmar tal

¹⁰¹ A diferencia de aquellas basadas en el sexo, las que lo están en el “género” son un producto social. Por lo tanto, las políticas *gender-neutral* tienden a reproducir jerarquías y discriminaciones (entre otros, cfr. D.L. RODHE, *Justice and Gender*, Cambridge (Mass.), 1989 o C. MacKINNON, “Crimes of War, Crimes of Peace” en S. SHUTE y S. HURLEY (eds.), *On Human Rights*, New York (Basic Books), 1993, pp. 83-109).

¹⁰² *Una razonable apología de los derechos humanos* (trad. di S. D’Alessandro, Milano, 2003) es el título de la edición italiana de M. IGNATIEFF, *Human Rights as Politics and Idolatry*, Princeton, 2001.

¹⁰³ Una contribución nada desdeñable a la noción de derechos humanos nos la ofrece –en una dirección en parte análoga– J. RAWLS, *Il diritto dei popoli*, a cura di S. Maffettone, Milano, 2001, por ejemplo, en las pp. 104-7. [J. RAWLS, *El derecho de gentes y “una revisión de la idea de razón pública”*, trad. Hernando García Villa, Paidós, Barcelona, 2001]

¹⁰⁴ M. IGNATIEFF, op. cit., p. 57.

contenido sin encontrar ninguna traba¹⁰⁵. Simultáneamente, según Ignatieff, más que como la cortante rigidez de un arma deontológica, los derechos humanos deberían ser concebidos como contenidos de una *deliberación* sensible a las consecuencias y forjada políticamente. Deberían ser pues “una forma de política”¹⁰⁶ que habría de introducir en la realidad el criterio de los fines morales aunque también tienen un carácter “político” ya que señalan un desencuentro entre los detentadores de los derechos y los del poder¹⁰⁷. Por esto, el de los derechos “es la única jerga universalmente disponible que convalida las reivindicaciones de las mujeres y los niños contra la opresión que viven en las sociedades patriarcales y tribales; es el único lenguaje que permite a las personas vulnerables considerarse agentes morales y actuar contra prácticas –los matrimonios concertados, la reclusión femenina, la exclusión de los derechos de la ciudadanía, la mutilación genital, la esclavitud doméstica y otras– que son ratificadas gracias a la presión y a la autoridad de sus culturas”¹⁰⁸.

Sin embargo, surge la pregunta acerca de la compatibilidad entre los términos de esta definición de los derechos humanos que reconoce por un lado su significado político, la dimensión teleológica respecto a las consecuencias concretas, su contenido cada vez más específico, y por otro lado, su naturaleza neutra, sutil, preliminar, moral y, por tanto, universalmente reconocible. Como no podía ser de otra manera, también esta presentación teórica de los derechos humanos se presta a objeciones recurrentes¹⁰⁹. En ella los derechos humanos se convierten por una parte en expresiones trascen-

¹⁰⁵ Ibidem, p. 75. A esta tesis se adhiere S. VECA en *La priorità del male e i diritti umani* (en el trabajo que acompaña a la edición italiana de Ignatieff, op. cit.) que defiende una justificación *mínima* a la consciencia de la “prioridad del mal” (los derechos humanos después del holocausto esclarecen su sentido) y atribuye a los derechos humanos la capacidad de mostrarnos y de focalizar las “razones por las que no debemos elegir una vida determinada” (ibidem, p. 120 y cfr. p. 123). Coherentemente, Veca concluye que los derechos humanos en este punto deben ser considerados como triunfos (ibidem, p. 133).

¹⁰⁶ Ibidem, p. 26.

¹⁰⁷ Ibidem, p. 69.

¹⁰⁸ Ibidem, p. 70.

¹⁰⁹ Así las cosas, se subraya el carácter ideológico y éticamente connotado de los derechos humanos bajo el presupuesto de que la definición de Ignatieff es falsa: los derechos expresan ideales éticos bastante más “connotados” de cuanto aparenta la garantía de la libertad negativa, si bien tampoco tal libertad es más que una representación de ideales culturales individualistas que colisionan con derechos colectivos. Cfr. D. ZOLO, *Fundamentalismo umanitario*, un trabajo que se encuentra en la edición italiana del ensayo de Ignatieff, *Una ragionevole apologia dei diritti umani*, cit., pp. 145 y ss.



dentales de la humanidad y por otra en el fruto de visiones éticas particulares y políticamente negociables: estas cualidades y este *status* pueden adscribirse a los derechos en general, pero acaban provocando un colapso. Tales características son muy relevantes, pero si queremos comprenderlas debemos identificar *dos* tipos “teóricos” de derechos, los derechos fundamentales y, junto a ellos, los derechos humanos, entendidos ambos como dos modalidades conceptuales distintas desde las que es posible hablar de derechos y a las que pueden referirse, separadamente, estas connotaciones.

Expresiones como derechos humanos y derechos fundamentales no pueden considerarse equivalentes y fungibles; conviene valorar el diverso espectro de significado, precisamente con el fin de responder a las críticas y abordar nuestros objetivos con instrumentos conceptuales menos “planos” así como resolver la multitud de aporías que caen sobre los derechos.

Generalmente, los derechos humanos son –o se prefiere que sean– también derechos “fundamentales”. Lo cual, si no es repetitivo, debería aludir al hecho de que una *sociedad* determinada asume la tutela de los derechos humanos como algo esencial para su supervivencia. A mi modo de ver, si no se trata de una tautología, los derechos humanos son *también* fundamentales, (si y) porque los consideramos *fundamentales* en nuestra vida *común*, los consideramos imprescindibles para los individuos no en abstracto, sino al interior de un sistema social organizado.

Como derechos humanos son pues “abstractos”, mientras que como derechos fundamentales no pueden serlo. Para proponer una descripción de los derechos fundamentales hace falta asumir la carga que supone mostrar que un cierto núcleo de derechos (incluidos, eventualmente, los derechos “humanos”) tiene un papel cardinal en una sociedad, en un sistema social, de modo que en tal sistema constituyen una estructura fundante y un objetivo que orienta a las instituciones y a las *policies*.

Cuando son también fundamentales, los derechos humanos, que son de por sí concepciones filosóficas acerca de los seres humanos, forman parte simultáneamente sea de una concepción del hombre, sea de un sistema social, que reclama entre las propias reglas del juego, o entre los propios elementos constitutivos, esenciales, la tutela de aquellos derechos.

Una teoría de los derechos “humanos”, de por sí, concluye con el anuncio de una pretensión deontológica, lo que debemos a los *seres humanos*, vinculada al menos a una teoría moral y probablemente a una antropología. Como he destacado más arriba, una teoría de los derechos fundamentales se esfuerza sin embargo en que nos concentremos en todo lo que es capaz de

contribuir a la existencia de una *sociedad* basada en derechos (o incluso a recomendar el modo en que debería o podría hacerlo): se trata de formular análisis o recetas que no se expresan en términos deontológicos, sino en términos éticos, institucionales, políticos, teleológicos. Por mantenerme en los márgenes netos, los derechos fundamentales tienen necesidad de concreción así como los derechos humanos la tienen de abstracción. Y entre los factores que integran tal concreción está ciertamente el hecho de la definición colectiva que determina su puesto en la escala de prioridades, a pesar de la necesaria evolución de la elaboración política de su contenido material.

Sobre los derechos humanos se pueden hacer elecciones filosóficas algo sutiles y coherentes defendiendo una gran variedad de posibles justificaciones¹¹⁰. La diferencia de perspectivas no afecta sólo a los países no occidentales sino también a los *western countries*, que adoptan ángulos visuales diferentes: por ejemplo, por lo que se refiere a la forma de tutela o *justiciabilidad* internacional, pero no sólo¹¹¹. El consenso universal sobre los derechos “universales” está a menudo ausente. Pero quien aspire a proteger pretensiones elementales de reconocimiento de la dignidad humana, debe considerar los derechos *humanos* por amor a la coherencia, como triunfos (siguiendo a Dworkin y Habermas). Estos derechos deberían ser adjudicados a los individuos gracias a la fuerza de los argumentos de principio y absolutamente independiente de todo obstáculo que pudiera encontrar la *policy*¹¹². ¿Porqué

¹¹⁰ En la redacción de la Declaración de la ONU, a Eleanor Roosevelt se le reconoce el mérito de haber permitido un *agreement* “sutil” aún en la diversidad a menudo radical de las posiciones filosóficas, éticas y políticas (Ignatieff mismo se refiere a la compleja situación en que se redactó la Declaración Universal: *Una ragionevole apologia dei diritti umani*, cit., pp. 79 y ss.). El carácter sutil de este *agreement* es un sinónimo de la abstracción a falta de mayores connotaciones. Según M. GLENDON, “Foundations of Human Rights: The Unfinished Business”, *American Journal of Jurisprudence*, 1999, p. 3: “The Framers of the Declaration did take account of the diversity of cultures by leaving room for a legitimate pluralism in interpreting and implementing its open-ended principles”.

¹¹¹ M. IGNATIEFF, *Una ragionevole apologia*, cit., pp. 17y ss. La oposición de los Estados Unidos a los acuerdos globales sobre política ambiental o a los Tribunales internacionales para la defensa de los derechos humanos o su persistente recurso a la pena de muerte son un ejemplo suficientemente elocuente.

¹¹² También J. HABERMAS ha construido a menudo la relación entre los derechos individuales y los bienes colectivos dando por descontado que los primeros sólo pueden ser postergados a favor de fines políticos cuando con los últimos se logran defender ulteriores derechos individuales, o sea retomando la tesis de Ronald Dworkin (J. HABERMAS, *Lotta di riconoscimento nello stato democratico di diritto*, en J. HABERMAS, Ch. TAYLOR, *Multiculturalismo. Lotte per il riconoscimento*, trad. di L. Ceppa, Milano, 1998, pp. 81-2).

una teoría de los derechos humanos, referida por definición a los seres humanos, capaz de identificar lo que en términos de justicia (esencial), sea debido a cada ser humano, debería después renunciar a defender su prioridad y su valor último?

Naturalmente, esto hace muy difícil sostener que, aun no siendo negociables, puedan tener algún contenido político consecuente con una específica (y contingente) deliberación pública. Si bien es cierto que, Habermas mismo, como ya he recordado, ha insistido acerca del desarrollo “democrático” de la universalidad de los derechos¹¹³ y al mismo tiempo ha defendido el carácter necesariamente moral e individual de los mismos.

Con este intento de cuadrar el círculo, se fortalece la idea de la doble e indecisa naturaleza de los derechos. Si Habermas no los considera triunfos en el terreno del reconocimiento judicial y asume la elaboración política de su naturaleza, otros (como Ignatieff) destacan su contenido mínimo (y todo sumado, “neutro”) pero renuncian después a su valor como pretensión triunfante a cambio de una pragmática clarificación intersubjetiva, y por lo tanto política. Como puede verse, en este punto, el debate teórico es particularmente complejo y no presenta una solución inmediata.

10.2. Los catálogos de derechos fundamentales no son la expresión de una simple moral de la autonomía, de una deontología mínima de respeto a la dignidad humana (implícita por ejemplo en el principio elemental del “permiso”¹¹⁴), sino que son, más bien, algo más: nos señalan aquellos bienes que resultan centrales para la realización de nuestros planes y concepciones de vida, especialmente en Occidente, así como para la consagración de un ideal de la vida buena (la libertad o la solidaridad, se pueden mencionar en-

¹¹³ Ibidem, p. 83.

¹¹⁴ T. ENGELHARDT Jr. (*Manuale di Bioetica*, trad. di S. Rini, Milano, 1999) lo defiende como el principio fundamental de la convivencia que es lógicamente irreprochable. El principio del consenso, el principio del permiso, son los presupuestos de una vida moral, cualquiera que esta sea; y son el fundamento de la corrección y de la posibilidad de una comunidad pacífica que no se imponga a los individuos por la fuerza. “El principio del permiso traza las fronteras de todas las comunidades morales. Violarlo significa ser enemigo de la comunidad moral en general. Honorarlo, sin embargo, no significa por sí mismo ser miembro de una comunidad moral. Lo que es cierto, en parte porque tal principio es sólo un principio de no interferencia. Es un principio negativo. (...) no está más allá, sino más acá de cada bien o mal concreto. Sólo gracias al principio positivo de beneficencia la vida moral adquiere un contenido. Así, no ser beneficiario no significa ser enemigo de una comunidad moral, pero no significa tampoco ser miembro de una comunidad moral” (p. 135).

tre los más habituales). Por ejemplo, la democracia y la igualdad no son condiciones mínimas de respeto y de convivencia, y el principio de la autonomía moral, traducido a menudo en el principio del consenso o del “permiso”, es una “prioridad conceptual”, pero no se le encuentra nunca solo. Una sociedad no es *solamente* un conjunto de individuos que conviven entre sí, sino un teatro de elecciones individuales y colectivas, de pretensiones normativas consecuentes con el presupuesto de la autonomía moral. Los derechos fundamentales protegen bienes mínimos y bienes más particularmente connotados: *son* o expresiones de respeto por la libertad de cada uno, o indicaciones algunas veces limitadas, otras analíticas, a veces mínimas y a veces máximas, de los bienes que un sistema tutela. Además, los derechos protegen la posibilidad de elegir y –dada una elección–, también sus contenidos; es decir, las preferencias éticas que de vez en cuando se convierten en preferencias propias de una colectividad o de un individuo.

Pero si hablamos de derechos humanos, en cuanto condiciones independientes del consenso de que se trate, no podemos aceptar después que tales derechos se plieguen al juego de las preferencias políticas.

En realidad, ideas como la de las condiciones morales mínimas de convivencia, de justicia, en sentido kantiano, no pueden ser sometidas a una politización, ni ser marginadas de una ética socialmente compartida. Si los derechos humanos son lo que se debe a cada uno en razón de su humanidad, tales derechos incorporan estas condiciones de justicia moral, y no pueden ser objeto de degradación en nombre de ningún valor considerado prioritario.

Lo justo no depende del “consenso”, sino que emerge de un ejercicio racional y argumentativo: *si* existen instituciones públicas e imparciales capaces de hacer prevalecer el método del argumento mejor, o el método comunicativo, la discusión sobre la justicia se desenvuelve en un canal potencialmente separado del que mantiene el poder y la negociación; utiliza recursos distintos, se orienta a la comprensión de los argumentos ajenos y no a obtener el éxito político, basado el “discurso”, como sucede en la teoría habermasiana, en la “corrección” de los procedimientos, en la racionalidad, en el principio de universalización, la comunicación paramétrica (si bien puede no haber nada que asegure que los resultados del “discurso” resulten ser siempre unívocos e incontrovertidos). No hay duda de que la persecución de lo justo entre los individuos, como condición de convivencia, es un acto de civismo. Pero, como es obvio, ni siquiera lo justo se afirma “por sí



mismo", o sea sin necesidad de ser incluido entre las implícitas e intangibles prioridades de las sociedades liberaldemocráticas. Esto no significa que dependa de la negociación política, tampoco en el sentido estricto del simple "consenso", ya que contiene precisamente las condiciones-marco del diálogo. En esta reflexión, el esfuerzo más avanzado es el que representa el concepto de cooriginariedad, que señala la relación que existe entre el sistema de los derechos y la idea de la soberanía democrática en la cultura occidental, concepto que Habermas ha propuesto en su *Facticidad y validez*. El sistema de los derechos, en su carácter fundamental para la historia constitucional europea y occidental, no asume una posición derivada respecto del principio de soberanía popular, en el que reside el poder democrático. La soberanía no es más que la práctica deliberativa gobernada por un procedimiento en el que los derechos individuales, dotados de una legitimación autónoma respecto de la voluntad soberana, se presentan como garantías esenciales de justicia en la puesta en marcha de tal procedimiento.

Pero se trata en todo caso de alejar el riesgo de una circularidad que no consiga salvar la recíproca independencia entre derechos y política, justicia y democracia, y, precisamente, para prevenir el colapso conceptual de los derechos. La cooriginariedad de la relación entre derechos y preferencias ético-políticas, entre autonomía privada y autodeterminación colectiva, pone de manifiesto que se trata de "pilastras" dotadas en cada caso de una fundamentación independiente. Sin embargo, en la práctica no se es inmune al riesgo de subordinar simplemente el contenido de los derechos a la decisión soberana, o al contrario, de sustraer a la decisión política, en nombre de la inviolabilidad de los derechos, amplias áreas de decisión (porque se hallan protegidas, por ejemplo, por la tutela constitucional).

Los derechos humanos deberían funcionar efectivamente como condiciones mínimas de convivencia allí donde los derechos fundamentales deberían señalar las formas de realización y de institucionalización más apropiadas desde el punto de vista del espesor y el significado ético. En otros términos, los derechos humanos constituyen un umbral que debe marcar la tutela mínima de una convivencia libre, mientras que los derechos fundamentales coinciden con los fines y los valores que de un modo variable a lo largo de la historia y la geografía, éticas diversas pueden configurar diversamente.

La consciencia de que existen valores materiales entre los que los derechos humanos deben ser reubicados, incluso a riesgo de entrar en contradic-



ción con algunos de ellos, es el nudo principal al que se debe dedicar una atenta reflexión. Los principios de libertad, dignidad o igualdad aparecen ligados al reconocimiento de los derechos humanos y a una idea sutil, libre de especificaciones controvertibles o unilaterales –y por tanto no discutible– de justicia. Pero precisamente esta naturaleza sutil muestra que el sentido de tales conceptos, de cuando en cuando, ha de reelaborarse y tiene que rendir cuentas en las condiciones de significado propias de cada contexto social. La consciencia del carácter también contextual que los derechos asumen puede tener consecuencias absolutamente positivas incluso para encauzar el éxito de la lógica de los derechos humanos que a menudo pretende garantizar, en cada lugar, una suerte de presencia abstracta y “pura”. El concepto de derechos fundamentales que expongo aquí ocupa un lugar jurídico e institucional que la idea “moral” de los derechos humanos como tal no posee todavía.

El hecho de considerar que el ejercicio de los derechos humanos es también una cuestión política (que ha de afrontarse, por tanto, en relación a las estructuras del poder) aunque señala un grado de consciencia acerca de la insuficiencia de los derechos humanos, no es un paso concluyente. De lo que se trata es de considerarlo como un problema ético. Garantizar los derechos humanos en un contexto específico significa operar en el plano ético, o sea evitar que su ejercicio represente una destrucción radical del tejido ético, de los valores fundamentales, de la sociedad en la que los derechos deberían ser garantizados. Esta garantía ética no significa otra cosa que su institucionalización entre los fines colectivos, y depende de su incardinación concreta entre los criterios de relevancia, de pertenencia, de valor, de una comunidad.

Por otro lado, no se debe infravalorar el hecho de que la definición de los derechos en el seno de una sociedad es un momento extremadamente delicado, dado que siempre supone el riesgo de diluir y debilitar la fuerza crítica y sobre todo la imperatividad con que los derechos humanos defienden la humanidad de cada uno, frente a otros.

John Rawls separó los derechos humanos de los derechos propios de las democracias liberales, distinguiendo, por ejemplo, el artículo 1 de la Declaración Universal de 1948 (“Todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos. Todos ellos están dotados de razón y conciencia y deben actuar los unos con los otros con un espíritu de fraternidad”) de artículos, como el 3 (derecho a la vida, libertad y seguridad personal) o el 5



(prohibición de la tortura y las penas crueles y degradantes), que recogen derechos humanos en sentido estricto y que, a su vez, han de diferenciarse de aquellas previsiones (seguridad social, igual salario por trabajo igual) que presuponen instituciones particulares. Según Rawls, el artículo 1 posee una inspiración “liberal”, aunque no sé si Rawls tiene razón en esto: probablemente, el artículo 1 en su conjunto esté fundado en una variedad de inspiraciones diferentes y no sólo liberales. Es más, parece establecer un nivel no mínimo, sino más bien “alto” de convergencia entre inspiraciones diversas. En algún modo, para Rawls no estamos dentro del marco de los derechos humanos que, en cambio, “establecen un *standard* necesario, aunque no suficiente, de decencia para las instituciones políticas y sociales de las distintas sociedades”¹¹⁵.

Parece que Rawls defiende que los derechos humanos son un *presupuesto* que no se halla resquebrajado por elaboraciones políticas. Pero es precisamente este punto el que puede habernos puesto frente al riesgo de un exceso de “comunitarismo” o más simplemente de un permanente reenvío a la elaboración “comunitaria” del sentido de los derechos humanos. La *fundamentación y la justificación* de los derechos humanos deben sustraerse a las formas positivas y culturales en las que asumirían su significado material y concreto. Por ello, la *separación conceptual*, sobre la que he insistido, entre derechos humanos y derechos fundamentales, resulta útil: permite individualizar los límites, o sea definir la frontera insuperable más allá de la cual, por poner un ejemplo, incluso la autonomía interna de un régimen no debe ya considerarse intangible¹¹⁶. Otra cuestión es en qué medida esta limitación resulta “objetiva”, compartida y sobre todo compartible por los pueblos que, por seguir a Rawls, están sometidos o por los regímenes “indecentes” que parecen ignorar la justicia de los derechos humanos. Cuando se hace referencia a los derechos humanos, se permanece en un área mínima que señala lo que es “justo”, un área deontológica absolutamente heterogénea respecto a la teleológica y colectiva de los fines sustanciales. Los derechos humanos no sólo son una “clase especial”, como Rawls sugiere, sino al mismo tiempo un *modo* de mirar a los derechos y una forma de concebirllos. Pensar en los derechos como presupuesto insustituible de la supervivencia del género humano, de los seres humanos como tales, significa concebirllos como derechos humanos. Las discusiones racionales y/o razonables para lograr individua-

¹¹⁵ J. RAWLS, *Il diritto dei popoli*, cit., p. 105.

¹¹⁶ *Ibidem*, pp. 104-5.

lizar los derechos que gozan de esta cualidad y están indisolublemente ligados a lo que es debido a los seres humanos, han avanzado en los últimos cincuenta años hacia *agreements* cada vez más profundos, que sin embargo, aún encuentran fallas y divisiones con las que se destruye el tejido de colaboración que pudiera existir entre los pueblos.

Por otra parte, lo que he subrayado como la pertenencia de los derechos (ética y políticamente) “establecidos” a los fines colectivos, impone una distinta elaboración conceptual de los derechos irreducible a aquella “filosófica” de los derechos humanos, y, como ya he explicado en estas páginas, también una definición separada de la de derechos “fundamentales”. El hecho de que algunos derechos sean considerados como presupuestos de instituciones “decentes” significa sólo que son candidatos a presentarse como si fueran derechos fundamentales. Pero se trata de una apariencia “peculiar”¹¹⁷. Mientras los derechos “fundamentales”, según la definición aquí propuesta, deben someterse a la circularidad del consenso democrático, los derechos humanos, por el contrario, deben quedar inmunes frente a las justificaciones puramente contextuales y a las jerarquías de “mérito” en la escala de los valores “particulares”. Estos últimos deben estimularnos de modo que la validez moral y universalista no sea íntimamente contradicha pero debemos ser conscientes de que su traducción en derechos “fundamentales” comporta un fatigoso ingreso “en sociedad”. Como tales, los derechos “fundamentales” responden a una función esencial en el Orden jurídico y al tiempo incorporan los significados éticos de los sistemas a los que pertenecen y de los que en varios sentidos no son el resultado. La prestación que el Derecho ofrece y puede ofrecer en relación a los derechos es pues la de acoger institucionalmente y afilar la incorruptible justicia de los derechos humanos, como abstracciones filosóficas, su agudo potencial preformativo, su profundo sentido moral, que incorpora pretensiones mínimas de respeto a los seres humanos como una condición de toda ética, de cualquier elección

¹¹⁷ Es obvio que el respeto a la vida o a la prohibición de la tortura en un Estado liberal-democrático occidental como Italia es en teoría un presupuesto de las instituciones “decentes”, pero tal presupuesto pertenece a un ambiente constitucional en el que ha de conciliarse con la persecución de otros valores: por ejemplo, la solidaridad y la igualdad. Nuestra sociedad constitucional no es neutra, y su reivindicación de derechos está inserta en un amplio proyecto axiológico, fines de base que incorporan y reelaboran le condiciones de justicia. Bajo este punto de vista, reconocemos que derechos fundamentales son criterios sustanciales de validez jurídica pero también fines colectivos principales de las instituciones mismas.



de valor, individual y colectiva. La “juridicidad” es aquí una cuestión institucional y no filosófica, y por tanto no afecta a derechos “debidos” en abstracto, sino a la correcta compenetración entre las “ideas” que se mantienen sobre los derechos y las éticas internas de los sistemas que deberían asumirlos como fundamentales, o sea convertirlos en pilastras y estructuras de la “forma de vida” propia. Por su parte, los derechos humanos permanecen como el presupuesto irrenunciable del que debemos partir: muestran una disciplina de *abstinencia del mal*¹¹⁸ siempre que no se confundan con una más de entre las posibles opciones éticas de una democracia.

GIANLUIGI PALOMBELLA

Dipartimento di Studi giuridici e sociali

Sezione Filosofia del Diritto

Via Università 12

43100 Parma Italia

E-mail: gianluigi.palombella@unipr.it

¹¹⁸ Vid. *supra*, nota 105.

