



DERECHOS Y FALSOS DERECHOS: DERECHOS RAZONABLES Y NO RAZONABLES

Isabel Trujillo

1. Entenderé por “derechos” los derechos humanos, bien en el sentido de aquellos derechos reconocidos a todos los humanos en el nivel supranacional, bien como derechos fundamentales reconocidos por las constituciones contemporáneas, que no se configuran exclusivamente como derechos de ciudadanía, sino que presentan un alcance universal aunque su reconocimiento surja en un contexto territorial determinado.

La idea de que existen derechos verdaderos y falsos puede interpretarse de diferentes maneras, algunas más plausibles que otras. Las diferentes versiones dependen de las posibles y distintas teorías de la verdad y de los diferentes modos de hacer uso de tales teorías en el derecho¹, así como de las distintas maneras de entender qué es un derecho. El examen de esta cuestión nos permite traducir la pareja verdaderos-falsos derechos en otras parejas dicotómicas y nos revela progresivamente aspectos importantes de la práctica jurídica de los derechos.

Si se asume una teoría de la verdad como correspondencia, según la cual es verdadera la proposición o el juicio que corres-

1. KIRKHAM, R. L., *Theories of Truth. A Critical Introduction*, MIT Press, Cambridge Mass., 1992; Id., “Truth”, voz en E. Craig (ed.), *Routledge Encyclopedia of Philosophy*, Routledge, London, 1998, vol. 9, pp. 470-480.

ponde a un “estado de cosas en el mundo” y es falsa la que no corresponde a ello, entonces un verdadero derecho es aquel que corresponde a un estado de cosas en el mundo. Esta afirmación, a su vez, puede interpretarse por lo menos de dos modos distintos.

La primera y más sencilla manera de hacerlo es pensar que los estados de cosas en el mundo son “hechos” empíricamente verificables. En el campo del derecho se piensa intuitivamente en hechos “institucionales”. Así, Norberto Bobbio sostiene que existen derechos (verdaderos) cuando existen hechos institucionales correspondientes: en particular, los derechos humanos existen porque existe la Declaración Universal de los Derechos humanos de 1948; es decir, un acuerdo de carácter fáctico por parte de la comunidad internacional que hace que esos derechos existan, sean verdaderos². Por eso el problema de los derechos, a partir de esa fecha, no sería ya el de fundarlos –al estar fundados en hechos– sino su protección; un problema político y no jurídico.

Desde entonces se ha discutido bastante sobre el particular: parece claro que los estados de cosas en el mundo no son tan incontrovertibles como Bobbio pensaba. Dejando de lado el problema de la problemática juridicidad de este nuevo fenómeno de los derechos humanos, se puede observar, mucho más simplemente, una dificultad a la que ya el autor de esta tesis prestaba atención: los derechos se han multiplicado y diversificado precisamente a través de hechos institucionales. Se diversificaron en los Pactos Internacionales de 1966 (de derechos económicos, sociales y culturales, por un lado, y de civiles y políticos, por otro); nacieron Declaraciones distintas desde el punto de vista territorial o temático (Carta Europea, Carta Árabe, Carta Americana; Declaraciones de los derechos de los niños, de la mujer,

2. BOBBIO, N., *Sul fondamento dei diritti dell'uomo*, luego en Id., *Il problema della guerra e le vie della pace*, Il Mulino, Bologna, 1979, p. 129.

del enfermo, etc.)³. Esa diversificación no necesariamente va en contra de los derechos⁴, lo que sí es seguro es que legitima una vez más la pregunta inicial: ¿cuáles son los verdaderos derechos? En la jungla de los derechos hay que orientarse de alguna manera. Casi sin querer, los derechos fundados en hechos institucionales son tantos que si se respetan unos, seguramente se descuidan otros⁵.

Otra contestación posible, aún desde la perspectiva de la teoría de la correspondencia, es la que se puede dar desde una cierta visión iusnaturalista. Puesto que hay derechos naturales y éstos son autoevidentes para la razón humana (son conclusiones lógicas de la razón), los verdaderos derechos son los que corresponden a los derechos naturales. Los derechos naturales se imaginan como pertenecientes a un ordenamiento jurídico natural, un sistema elaborado a través de la abstracción de la razón⁶. Se piensa, en ese sentido, en una doble dimensión jurídica: la de los derechos naturales y la de los derechos positivos (o positivados). La juridicidad de los primeros es independiente y paralela a la de los segundos. Esta teoría –que debería situarse en los orígenes históricos de los derechos humanos– no se ve libre de problemas, aunque distintos de los de la anterior. ¿Qué diferencia y qué relación hay entre los derechos naturales y los derechos humanos? ¿Cómo es posible esa doble articulación de lo jurídico? Pero, sobre todo: ¿son de verdad autoevidentes los derechos naturales y, por lo tanto, es evidente el criterio de la verdad o

3. Vid. PINTORE, A., “Diritti insaziabili”, en *Teoria politica*, 16, 2000, pp. 3-20.

4. COTTA, S., *Soggetto umano, soggetto giuridico*, Giuffrè, Milano, 1997, p. XI.

5. D’AGOSTINO, F., *Filosofia del diritto*, Giappichelli, Torino, 2000, pp. 245-246.

6. Una teoría de los derechos autoevidentes puede encontrarse en los clásicos de la Ilustración, pero una idea ingenua de derecho natural aparece difundida tanto entre sus partidarios como entre sus críticos. Vid. FINNIS, J., *Natural Law and Natural Rights*, Clarendon Press, Oxford, 1992, ch. 1.

falsedad de tales derechos? La época de la construcción *more geometrico* de los derechos naturales parece haber sido totalmente superada y la filosofía del conocimiento de la que se alimentaba se ha visto sustituida por otra en la que la razón resulta, por lo menos, problemática. Puestos a registrar lo evidente, de lo que no hay duda es de que el entorno cultural en el que se desarrollan los derechos humanos está caracterizado por el pluralismo. Además, está bastante claro que el mundo jurídico es un mundo artificial en el sentido de que pertenece a la esfera de la voluntad de los hombres. Eso no quiere decir que no haya un contenido indisponible del derecho, que garantiza su alcance y significado⁷.

Por otro lado, es típico de la reivindicación de todo derecho hacerlo dando la impresión de se trata de un derecho auto-evidente; en el sentido de natural, inevitable, irrenunciable. Sin entrar en dichas cuestiones, se puede observar que tanto la defensa del derecho de libertad de conciencia como la defensa del derecho a expresar una orientación homosexual se realizan apelando a la misma etiqueta “natural”. De esta similitud puede concluirse que sigue teniendo sentido preguntarse cuáles, entre los derechos propuestos como naturales, son verdaderos y cuáles son falsos; porque todos los derechos se proponen como verdaderos o “naturales” en ese sentido específico. No es la convicción subjetiva que hace tener un derecho, ni tampoco la fuerza con la que pretende constituirse como verdadero derecho una pretensión subjetiva.

Cabe aún una tercera posibilidad, que abraza significativamente una distinta teoría de la verdad: no ya como correspondencia respecto a estados de cosas en el mundo, sino como coherencia con reglas procedimentales. Serían verdaderos los derechos resultantes de la aplicación de un procedimiento puro,

7. Mientras la ley tiene su analogado principal (su modelo) en la ley natural, el derecho tiene su analogado principal en el derecho positivo: MARITAIN, J., *Neuf leçons sur la loi naturelle*, lección segunda (trad. it. de F. Viola, *Nove lezioni sulla legge naturale*, Jaca Book, Milano, 1984).



que, por no admitir un criterio independiente para juzgar de su resultado, será siempre justo⁸. Los derechos verdaderos serían los resultantes de ese procedimiento de formación de derechos.

Admitido que exista un procedimiento de ese tipo, en general, una teoría de la verdad como coherencia comunica poco. También en el ámbito científico, pero mucho más en lo relativo a la razón práctica, puede que una teoría funcione bien –es decir, que sea coherente y consistente– pero no tenga nada que ver con la realidad⁹.

2. Para buscar una respuesta adecuada al problema de los derechos verdaderos o falsos es preciso enfocar la cuestión de manera distinta. Una de las razones del fracaso de las versiones anteriores es no haber tenido demasiado en cuenta que cuando nos ocupamos de los derechos nos encontramos en el ámbito de la razón práctica y no en el de la razón teórica. La verdad práctica posee caracteres distintos.

Un parcial cambio de enfoque encontramos en las teorías sobre la “justificación” de los derechos, que pueden ser entendidas también como teorías de la verdad práctica. Es verdadero, desde esta perspectiva, lo que puede exhibir a su favor una justificación aceptable; justificación que debe ser convalidada intersubjetivamente¹⁰. Esta versión del problema no tiene por qué ser incompatible con la idea de que los derechos tengan un fundamento. Es bastante probable que una postura que cuenta con razones a su favor tenga fundamento, así como es improbable lo contrario. Por otra parte, no se trata tampoco de una teoría fundada sobre el

8. La idea de una justicia procedimental pura, como es sabido, ha sido elaborada por RAWLS, J., *A Theory of Justice*, Oxford University Press, Oxford, 1999, pp. 74-75.

9. SCANLON, T. M., “Contractualism and Utilitarianism”, en A.K. Sen-B. Williams (eds.), *Utilitarianism and Beyond*, Cambridge University Press, Cambridge, 1982, p. 107.

10. Entre otras cosas, ese significado recupera la idea de que una acción justa es una acción justificada.

consenso, pues éstas asumen el consenso como criterio de verdad, mientras que la teoría de la justificación, si acaso, lo entiende como método o expediente epistemológico. En ese sentido, es bastante plausible admitir que cualquier método de verificación sea intersubjetivo. El límite de esta postura –que coincide con el límite de las posturas fundadas sobre el principio mayoritario– es el peligro, bastante real, de que pueda darse un consenso en favor de falsedades o de injusticias¹¹, pues la búsqueda de la verdad resulta siempre problemática. Sin embargo, sin llegar a ese extremo, no hay duda de que la búsqueda intersubjetiva de la verdad implica un valor añadido, pues reconoce la dignidad de cada ser humano y el carácter positivo de su participación¹².

Clásicamente, al problema de qué es lo que justifica la existencia de un derecho se ha contestado de dos maneras, insatisfactorias ambas por un motivo común. Jhering decía que existe un derecho cuando existe un interés tutelado por el ordenamiento; mientras Winscheid sostenía que existe un derecho cuando hay una voluntad tutelada por el ordenamiento. Llevando a término este razonamiento y discutiendo las posturas mencionadas, Kelsen concluye que hay un derecho cuando hay normas del ordenamiento que lo tutelan, por lo que el derecho subjetivo no sería sino un mero reflejo del derecho objetivo¹³. En última instancia, es la existencia de las normas –si bien como *Sollen*– lo que confiere existencia a los derechos. Sin embargo, esta perspectiva no resulta acorde con los derechos humanos y fundamentales, que son reconocidos por las constituciones y percibidos como algo superior, que “exige” ese reconocimiento y no depende de él.

Existe otra aproximación al problema de la justificación de los derechos, que paradójicamente toma más en serio (de lo que lo

11. NINO, C. S., *The Constitution of Deliberative Democracy*, Yale U.P., New Haven, 1996, p. 119.

12. Esa es, en última instancia, la justificación del valor de la democracia.

13. KELSEN, H., *General Theory of Law and State*, Harvard University Press, Cambridge Mass., 1945, pp. 75-90.

hiciera Kelsen) la dimensión “normativa” de los derechos y su situación en la esfera práctica; entendiendo “normativo” no ya como dependiente de normas, sino como expresivo de una fuerza obligatoria, en un sentido bien preciso.

La explicación de ese significado implica dos estadios. Un primer paso en la construcción de esta nueva perspectiva consiste en modificar la estructura de la pregunta: no se trata ya de ¿qué hechos en el mundo testimonian que existe un derecho? sino, más bien, de ¿qué tipo de razón (valor deóntico) constituye tal derecho? o lo que es lo mismo: ¿qué consecuencias tiene sobre el plano de los hechos la existencia de un derecho? No se trata ya de adaptar las ideas o los juicios a los hechos, sino más bien de ajustar los hechos a las ideas y a los juicios. El discurso normativo tiene como especificidad que no va *de los hechos a los derechos*, sino *de los derechos a los hechos*: ésa es la dirección de la adaptación en el ámbito de la esfera práctica del hombre¹⁴. El derecho implica una razón normativa, es decir, una razón por lo que algo debe ser de un determinado modo. Por eso está claro que aunque aún no se haya visto realizado no por eso no existe: un ideal que no se haya realizado puede seguir siendo normativamente válido.

El segundo paso de la construcción de esta respuesta es mostrar que hay razones para reconocer un derecho. Sin embargo, las razones para justificar el reconocimiento de un derecho son de distintos tipos. La idea de que hay un derecho cuando hay capacidad de elección por parte del sujeto —en sintonía una vez más con la teoría de la voluntad— da por descontado que el sujeto de derecho tenga voluntad y sea capaz de ejercerla¹⁵, lo que plantea un problema cuando los derechos son reconocidos a todos los seres humanos, también a los que no pueden ejercer de manera libre y consciente la propia voluntad.

14. Vid. ANSCOMBE, G. E. M., *Intention*, Blackwell, Oxford, 1957, p. 32.

15. HART, H. L. A., “Are There Natural Rights?” (1955), en J. Waldron (ed.), *Theories of Rights*, Clarendon Press, Oxford, 1984, pp. 77-78.

Según la teoría de los intereses, hay un derecho cuando está en juego un interés fundamental del sujeto. La mayor capacidad de explicación de esta teoría se pone en evidencia si se piensa que el *test-case*, la prueba del nueve, de los derechos en esa perspectiva es el derecho de los niños. No hay duda de que los niños tienen derechos, aunque no ejerciten aún su voluntad de manera consciente y libre. Por otro lado, que los niños “tengan derecho” a ser nutridos y que los niños “deban” ser nutridos no es lo mismo: “it is *because* children have a right to care and nurture that parents have the duty to care for them”¹⁶. La primera expresión (indicadora de un derecho) constituye la justificación de un deber, lo que no ocurre al contrario. Con otras palabras, no se trata ya de que existe un derecho cuando hay un deber correspondiente, sino que *si hay* un derecho *tiene que haber* un deber correspondiente, aunque actualmente no lo haya¹⁷. Lo específico del derecho es su carácter de pretensión; el derecho existe aunque exista todavía únicamente en la forma de una pretensión normativa. Nada sorprendente, en el fondo, si la forma de ser del derecho es su normatividad. Los derechos se encuentran en una relación de prioridad axiológica respecto a los deberes correlativos y respecto a los hechos.

3. Un colofón no irrelevante de esta comprensión *dinámica* de los derechos nos permite reformular otra versión de la alternativa “derechos verdaderos y falsos”: la que identifica los falsos derechos con los llamados “derechos de papel”. Se trata de la distinción que se suele hacer entre los derechos de libertad y los derechos sociales. Los primeros serían verdaderos derechos, pues “aparentemente” no requieren “nada” para su ejecución (son *self-executing*), mientras “en la mayor parte de los casos, los derechos

16. MACCORMICK, N., “Children’s Rights: A Test-Case for Theories of Rights”, *Archiv für Rechts und Sozialphilosophie*, 62, 3, 1976, p. 313.

17. En Italia ha desarrollado esta idea desde la perspectiva positivista FERRAJOLI, L., *Diritti fondamentali*, Laterza, Roma-Bari, 2001.

sociales –como los derechos morales– son derechos “de papel”, no justiciables”¹⁸. Aun siendo reconocidos, los falsos derechos son los que se quedan en el papel, sin verse adecuadamente implementados.

Como es sabido, más que contra los derechos morales, la acusación se dirige contra los derechos sociales. Las principales sospechas contra éstos derivan de su falta de justiciabilidad, de su dependencia de datos contingentes, de su carácter no universal en relación a su titular y a su contenido, además de la dificultad derivada de la necesaria correlatividad entre deberes y derechos. No es ahora momento para examinar con detalle los problemas de los derechos sociales¹⁹. Podemos decir que si se acepta una concepción dinámica de los derechos, en lo que respecta a la correlación entre derechos y deberes, se ha demostrado ya la inconsistencia de la acusación.

Una de las principales objeciones a los derechos sociales tiene que ver con la dificultad de determinar su contenido, que depende de datos fácticos tales como el alcance del bien (un mínimo de alimentación, de instrucción, una vivienda adecuada a las circunstancias sociales) que se quiere garantizar con el derecho, que en general se traduce en términos “medios” o depende de la capacidad presupuestaria del Estado. Sin embargo, la necesidad de determinar su contenido no es una novedad en relación a los derechos: no hay duda de que también es difícil determinar el contenido de los derechos de libertad; por ejemplo, de la libertad de expresión. La dificultad sería relevante si no existieran

18. GUASTINI, R., “Diritti”, en P. Comanducci, R. Guastini (ed.), *Analisi e diritto 1994*, Giappichelli, Torino, 1994, p. 170.

19. Examiné las principales objeciones a los derechos sociales en “La discutida juridicidad de los derechos sociales”, en *Persona y Derecho*, 45, 2002, pp. 261-278.

instrumentos jurídicos para determinarlo, con lo que la determinación se convertiría en una cuestión política²⁰.

Por un lado, la teoría dinámica de los derechos, con su insistencia en el carácter normativo de éstos, resta fuerza a la distinción entre derechos verdaderos y falsos entendida de ese modo. Una vez reconocidos los derechos, su validez jurídica será razón suficiente para ejercitar su fuerza normativa también sobre el poder legislativo. Eso no quiere decir que la protección de los derechos sea automática, sino que más bien es “gradual”.

Por otro lado, pero en idéntica dirección, la idea de que la determinación de los derechos sea una cuestión jurídica remite al problema de la estructura de los derechos entendidos como principios, o preceptos de optimización “caracterizados por el hecho de que pueden ser cumplidos en diferente grado y que la medida debida de su cumplimiento no sólo depende de las posibilidades reales, sino también de las jurídicas. El ámbito de las posibilidades jurídicas es determinado por principios y reglas opuestos”²¹.

Resumiendo: los derechos son razones para la acción y puede entenderse que esgrimen razones suficientes (por lo menos) en favor de la tutela de un bien para un sujeto, en la mayor medida posible. Eso no quita ni que la determinación de qué bienes hay que garantizar sea problemática, ni que su interpretación resulte difícil.

La actividad de justificación reviste una cierta ambivalencia, ya que se puede justificar algo que ya existe, pero también antes de que exista o para que exista. El hecho de que esta actividad pueda realizarse *ex post* o *ex ante* no excluye que tenga que ver siempre con razones, pues la operación de justificar implica una actividad que aspira a encontrar, formular o avanzar “razones”.

20. Sobre el tema, vid. ALEXY, R., *Teoría de los derechos fundamentales* (1996), trad. esp., Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1997, pp. 494-501.

21. *Ibidem*, p. 86.

4. Partiendo de la estructura de los derechos como principios y del problema de su interpretación, es posible pensar otra versión más de lo que puede entenderse como derechos verdaderos y falsos: la dicotomía entre derechos en abstracto y derechos en concreto, que pone el acento sobre una dimensión jurídica bien subrayada por la corriente hermenéutica. Esta última ha puesto en evidencia la referencia estructural del derecho a los casos concretos, debiéndose entender el derecho como una práctica social compleja²² y no como una entidad dada ya una vez por todas; por ejemplo, dentro de un sistema de normas. La práctica jurídica obliga a una constante reformulación del derecho positivo, pues el contenido normativo de éste emerge en contacto con situaciones jurídicas concretas²³. Una de las implicaciones metodológicas de esta postura es la flexibilidad del método interpretativo que se hace dúctil al texto y al contexto jurídico en que se enmarca²⁴.

Como es sabido, la teoría de la interpretación constitucional ha elaborado una metodología específica para la interpretación de los principios y, dentro de éstos, de los derechos fundamentales. A tal propósito viene bien recordar la diferencia entre principios y políticas propuesta por Ronald Dworkin, para el que los principios son –por antonomasia– derechos: se llaman principios a estándares que deben ser observados, no porque producen o mantienen una situación económica o política deseada, sino en cuanto son exigencias de justicia, de corrección o de otra dimensión moral. Se llaman políticas a los estándares que señalan un objetivo a alcanzar, en general una mejora en algún aspecto –económico, político, o social– de la vida de la comunidad. En una caracterización que ya ha sedimentado en la cultura jurídica, el derecho es aquel interés individual que hay que tutelar aunque

22. VIOLA, F., *Il diritto come pratica sociale*, Jaca Book, Milano, 1990.

23. ZACCARIA, G., *Razón jurídica e interpretación*, Thomson-Civitas, Madrid, 2004, pp. 67-86.

24. VIOLA, F., ZACCARIA, G., *Diritto e interpretazione. Lineamenti di teoria ermeneutica del diritto*, Laterza, Roma-Bari, 1999, pp. 195-237.

hacerlo vaya en contra del interés general²⁵. A diferencia de las reglas, entendidas como preceptos definitivos que se aplican con el método de la subsunción, los principios –y los derechos encuadrados como tales– se aplican al caso concreto a través del método de la ponderación.

El método de la ponderación deriva de tres premisas: que los derechos son en cierta medida “exclusivos”, pues cada uno exige la excelencia en la garantía de un bien; son plurales, pues son muchos los bienes a garantizar; pero, simultáneamente, no pueden ser tutelados unos en detrimento de otros. De ahí que los derechos puedan ser conflictivos²⁶: por ejemplo el derecho a la libertad de expresión parece excluir limitaciones de todo tipo, lo que llevaría a negar el derecho a un orden democrático. Pero, en una situación concreta, los derechos se tienen que armonizar. En ese sentido la doctrina constitucionalista ha elaborado un principio de interpretación –el principio de razonabilidad– vigente, con formulaciones muy semejantes aun con historias distintas, en muchos ordenamientos²⁷. Tal criterio –ínsecamente conectado a la estructura de los principios– impone que la ponderación de los derechos siga la lógica de la proporcionalidad, de la gradualidad. La obligatoriedad *prima facie* de los derechos debe ser matizada con la de los demás derechos: en su concreto ejercicio los derechos deben ser compatibles con los demás derechos, así como con los demás principios (como posibilidades normativas del ordenamiento) y con las posibilidades fácticas del hoy y ahora en el espacio y en el tiempo. En resumidas cuentas,

25. DWORKIN, R., *Taking Rights Seriously*, Harvard University Press, Cambridge, Mass., 1978, p. 269.

26. ZAGREBELSKY, G., *Il diritto mite*, Einaudi, Torino, 1992.

27. CIANCIARDO, J., *El principio de razonabilidad. Del debido proceso sustantivo al moderno juicio de proporcionalidad*, Abaco de Rodolfo Depalma, Buenos Aires, 1998.

en un primer sentido, “razonable” quiere decir constitucionalmente compatible²⁸.

Los derechos fundamentales son constitucionalmente compatibles y en ese sentido *razonables*: no hay un derecho que excluya a los demás derechos ni a los demás principios constitucionales. Pero eso no es todo. La razonabilidad es también garantía de los derechos de todos, pues no es casual que el principio de razonabilidad haya nacido como aplicación del principio de la igualdad.

No es que no haya derechos incompatibles o no razonables, sino que derechos incompatibles con los demás derechos y con los derechos de los demás no serían razonables y, por lo tanto, por ser derechos “falsos”, no son derechos. Por el contrario, los derechos razonables son “verdaderos” derechos.

No creo que sea suficiente considerar a la razonabilidad como un criterio de carácter formal: es su carácter *iusfundamental* en el sistema de las fuentes del derecho lo que lleva a esta conclusión. La lectura de qué es un derecho razonable puede y debe ser entendida en sentido amplio. La tutela constitucional se aplica a una multiplicidad de bienes jurídicos a proteger, pues se reconoce carácter *iusfundamental* a todo lo que es importante por permitir el desarrollo de la personalidad de los sujetos²⁹, porque garantiza intereses fundamentales de los sujetos. Al mismo tiempo lo constitucionalmente fundamental representa una garantía de equilibrio entre todos los derechos y entre los derechos de todos; no sólo de los sujetos de derecho, sino también de terceros sobre los que recaen las consecuencias. Desde este punto de vista, a la idea de que sea necesaria una justificación para los derechos, es decir que deban apoyarse en razones, se añade la condición de

28. SPADARO, A., “I diritti della ragionevolezza e la ragionevolezza dei diritti”, en *Ars interpretandi. Annuario di ermeneutica giuridica*, 7, 2002, p. 340.

29. PECES-BARBA MARTÍNEZ, G., *Curso de derechos fundamentales. Teoría General*, Univ. Carlos III y BOE, Madrid, 1995, pp. 22-25.

que esas razones sean intersubjetivamente aceptables, respetuosas del equilibrio entre los sujetos.

5. El último aspecto que hemos de examinar es si hay algún foro, algún campo específico donde se pueda verificar, no ya la existencia de los derechos, sino más bien su carácter razonable y su compatibilidad con los derechos de los otros.

Hay que notar que la labor de individuación de los principios fundamentales en términos de derechos pertenece, en el nivel de la juridicidad estatal, a los poderes constituyentes, que se encuentran en la cúspide del poder político y jurídico. En esa fase inicial, lo que hay que preguntarse es si funciona el mecanismo representativo de la democracia y, sobre todo, si esa democracia consiste en el ejercicio de un poder contractual apoyado sobre intereses particulares o si es un proceso deliberativo dirigido a definir la acción política (común) adecuada³⁰. Si es cierto que la democracia está fundada sobre el respeto de la autonomía individual –por una parte– y en la oportunidad que todos participen libre y originalmente en la formación de la voluntad política común –por otra–, en la dimensión política no se intercambian ni intereses particulares difícilmente universalizables, ni derechos, que no son negociables. Se pueden intercambiar razones para el reconocimiento de un derecho, o interpretaciones del bien común.

Una vez individuados los bienes a proteger, la dimensión jurídica entra en juego para dotar a esos bienes de garantías adecuadas (la misma constitucionalización es una de ellas). Del magma político –en sentido constituyente– se pasa a la determinación jurídica. Por este motivo, algunos han hecho notar que los derechos implican una juridificación de la política³¹.

Esa realidad se complica cuando la determinación de los derechos se encuentra ya en un caldo de cultivo jurídico, como ha

30. Bibliografía en BOHMAN, J., “The Coming of Age of Deliberative Democracy”, en *The Journal of Political Philosophy*, 6, 1998, 4, pp. 400-425.

31. VIOLA, F., ZACCARIA, G., *Diritto e interpretazione*, cit., pp. 77-81.

pasado con la Comunidad Europea, que, en la fase de identificación de sus derechos fundamentales, nace en un contexto formado por tradiciones jurídicas nacionales en las que ya están presentes los derechos fundamentales.

Aún hay otro nivel —el del derecho internacional en sentido estricto— en el que se dan también formas de contaminación o entrelazamiento cada vez más intensas. Una primera conclusión se abre camino: esos distintos niveles de problematicidad siguen testimoniando la necesidad de sucesivos enfoques y ajustamientos, que podrán darse en el contexto de la interpretación de los derechos. A la luz de esos cruces entre el derecho nacional, regional e internacional, el criterio de razonabilidad puede constituir un buen parámetro interpretativo.

Los distintos niveles interactúan si la política y el derecho se conciben como prácticas sociales, es decir, contextos intersubjetivos con reglas de funcionamiento propias que implican roles definidos y actitudes subjetivas y que se actualizan en actos concretos, pero que inevitablemente tienen que ver con la actividad de la razón. Si el derecho se perfecciona en lo concreto, esos distintos niveles estarán más ligados de lo que lógicamente, o mejor abstractamente, quepa establecer. De ahí que el criterio de razonabilidad, siendo un criterio hermenéutico específico, pueda ampliar su ámbito de significado.

La práctica jurídica empieza con la proclamación y garantía abstracta de los derechos. Después implica una aplicación del derecho al caso concreto, a la situación específica. Para ello se exige una interpretación, que ha de tener en cuenta el nivel de interacción de muchas normas, de sistemas de distinto alcance, nacional y supranacional, y de otras aplicaciones a casos similares. Así como el derecho (subjetivo) es una razón para la acción —en el sentido de una razón normativa arriba ilustrado— así la práctica jurídica consiste en la actividad de validar razones. Hay razones débiles, fuertes, inciertas, claras, limitadas, suficientes. Con palabras de Robert Alexy, el derecho es un discurso

específico del discurso práctico general; es una forma de institucionalización de la razón que implica que el derecho no coincide con la ley ni con las decisiones arbitrarias de los jueces, sino que consiste en una práctica de argumentación, necesaria en todos los niveles de la acción jurídica. La ley, así como las sentencias judiciales, tienen que fundarse sobre la verificación de las razones presentadas por los sujetos. Una decisión tiene que ser justificada dentro de un marco de disposiciones jurídicas. De ahí que la señal más preocupante de la decadencia del derecho sea que la práctica jurídica se vaya despojando de razones, para dar paso a las voluntades, del legislador o del que estipula un contrato.

Si la práctica política ha permitido la identificación de razones, la práctica jurídica no representa una mera solución de continuidad. Simplemente, las razones jurídicas son de un tipo especial. En el derecho se trata de razones protegidas o razones autoritativas, es decir obligatorias³². Ambas dimensiones pueden interactuar pues manejan la misma 'materia prima' (y lo mismo cabría decir también de la moral).

Volviendo a Bobbio, el hecho de que en el derecho se encuentren razones, con minúsculas, no significa que sean menos importantes o sólidas que la Razón con mayúscula³³. Significa, en cambio, que estas razones son el fruto de una cooperación intersubjetiva, de un esfuerzo común, sostenido por el reconocimiento del otro y por la pertenencia a una común humanidad.

La búsqueda de algo es siempre problemática y más la de los derechos. No se trata de imaginar o de inventar los derechos, sino de determinarlos y administrarlos. Los derechos no son de por sí evidentes, de manera que no es posible darlos por descontado. Es en esa búsqueda en la que se encuentran falsos y verdaderos

32. RAZ, J., *The Authority of Law*, Clarendon Press, Oxford, 1979.

33. La distinción entre razón en sentido fuerte y débil ha sido elaborada por Bobbio (BOBBIO, N., *Contributi ad un dizionario giuridico*, Giappichelli, Torino, 1994, pp. 123-130), que se proponía excluir la Razón del derecho a favor de las razones en el razonamiento judicial.

derechos y es necesario saber reconocerlos. Una posible diferencia entre la pretensión de un derecho y un derecho verdadero puede ser que éste supone una pretensión “ajustada”³⁴, que es lo mismo que decir un derecho razonable.

6. Se ha discutido si hay que promover una Europa de los gobiernos, o parlamentaria, o más bien federal³⁵. Si no cronológicamente sí axiológicamente, la primera Europa a construir tenía que ser la de los derechos.

La Carta de los Derechos Fundamentales es, con seguridad, una señal de que “Europa busca conscientemente su alma”³⁶, con todos los problemas que la elaboración de esa carta ha llevado consigo y las críticas y polémicas que se han suscitado a causa de la sospecha de la incapacidad de ese documento para reflejar “correctamente” –desde unas y otras perspectivas– la verdadera herencia de Europa³⁷.

Un dato sobre el que vale la pena reflexionar es, dando por hecho que en el momento de la construcción de Europa el problema consistía simplemente en saber cuáles son los derechos

34. OLLERO, A., “Hacia una teoría jurídica de los derechos humanos”, en Id., *Derechos humanos y metodología jurídica*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1989, pp. 149-168.

35. Vid. la reconstrucción de las propuestas sobre Europa en HABERMAS, J., *Die postnationale Konstellation*, Suhrkamp Verlag, Frankfurt, 1998.

36. RATZINGER, J., *Europa. I suoi fondamenti oggi e domani*, San Paolo, Milano, 2004, pp. 9-29. La identidad de algo es la materialización del alma en una historia bien definida en el mundo. Hablar del alma significa referirse a la esencia, a lo que es inmortal en una identidad; con la identidad lo esencial cobra una semblanza real, que es así pero que podía haber sido distinto. Sería equivocado comparar el alma al espíritu y la identidad al cuerpo, porque la identidad es también espíritu pero con un rostro bien concreto. Así pues, en cierto sentido, alma e identidad están muy cercanas aunque no se reduzcan la una a la otra. La búsqueda del alma se ha de hacer a partir de una identidad concreta pero la reflexión sobre el alma puede mejorar la propia identidad.

37. Un libro –entre muchos– que trata del debate que ha surgido en torno a este tema es: STRAZZERI, V. (ed.), *Identità e diritti in Europa*, Edizioni Messaggero, Padova, 2004.

del ciudadano europeo, si no hubiera sido mucho más fácil adherirse a la Convención Europea de Derechos del hombre firmada en Roma el 4 de noviembre del 1950, en vez de elaborar una nueva declaración. Sin embargo, en Europa se ha querido discutir otra vez la cuestión de los derechos. Esa discusión –con sus límites y dificultades, subterfugios y riesgos– ha constituido a la vez el preludio de una nueva fase de la construcción de una práctica jurídica de los derechos en Europa.