

# Agustín Squella Nicolás López Calera

*Derechos humanos:  
¿invento o descubrimiento?*



**Presidente**

Ernesto Garzón Valdés

**Secretario**

Antonio Pau

**Secretario Adjunto**

Ricardo García Manrique

**Patronos**

María José Añón

Manuel Atienza

Francisco José Bastida

Paloma Biglino

Pedro Cruz Villalón

Jesús González Pérez

Liborio L. Hierro

Antonio Manuel Morales

Celestino Pardo

Juan José Pretel

Carmen Tomás y Valiente

Fernando Vallespín

Juan Antonio Xiol

**Gerente**

M<sup>a</sup> Isabel de la Iglesia

*Derechos humanos:  
¿invento o descubrimiento?*



Agustín Squella  
Nicolás López Calera

*Derechos humanos:  
¿invento o descubrimiento?*



FUNDACIÓN COLOQUIO JURÍDICO EUROPEO  
MADRID

© 2010 FUNDACIÓN COLOQUIO JURÍDICO EUROPEO

© Agustín Squella y Nicolás López Calera

I.S.B.N. : 978-84-613-7829-6

Depósito Legal: M-3673-2010

Imprime: J. SAN JOSÉ, S.A.

Manuel Tovar, 10

28034 Madrid

No está permitida la reproducción total o parcial de este libro, ni su tratamiento informático, ni la transmisión de ninguna forma o por cualquier medio, ya sea electrónico, mecánico, por fotocopia, por registro u otros métodos, sin el permiso previo y por escrito de los titulares del Copyright.

## ÍNDICE

¿QUÉ PUESTO OCUPAN LOS DERECHOS HUMANOS EN EL DERECHO? ( <i>Agustín Squella</i> ).....	9
¿Y SI LOS DERECHOS HUMANOS NO TIENEN UN PUESTO EN EL DERECHO? ( <i>Nicolás López Calera</i> ) .....	81



# ¿QUÉ PUESTO OCUPAN LOS DERECHOS HUMANOS EN EL DERECHO?

Agustín SQUELLA

*El derecho parece ligado a la  
barbarie del conflicto*

Claudio Magris

No se necesita adoptar la idea que el positivismo lógico tuvo de la filosofía para admitir que ésta presta uno de sus mayores servicios cuando se practica al modo de un examen de las palabras y de la clarificación de términos que, por alguna razón, consideramos importantes. Términos que utiliza la propia filosofía, como “ser” en aquel de sus capítulos que suele llamarse ontología, o “bien” como en aquel que llamamos ética; términos, además, que emplea a veces no ya la filosofía, sino la ciencia, y que quienes se dedican a ésta no se detienen suficientemente a explicar o actúan sobre la base de suponer un determinado sentido para el término del cual se trate, como “norma”, “norma jurídica”, “validez” y otras expresiones semejantes que emplean quienes cultivan la así llamada ciencia del derecho, o sea, los juristas; y términos –en fin– que es posible encontrar en el habla común y cotidiana de la gente, como “Dios”,

“alma”, “espíritu”, y otros que las personas utilizan para aludir a entidades, cosas, o acaso tan solo deseos e incluso meras ilusiones, que reputa igualmente importantes.

En un programa de la televisión británica, conducido hace ya tiempo por Bryan Magee, el entrevistador preguntó a Isaiah Berlin si no hay algo trivial y acaso empobrecido en la idea de que el objeto de la filosofía está constituido por el lenguaje y que, en consecuencia, los debates filosóficos sean poco más que discusiones sobre palabras.<sup>1</sup> Mencionó también Magee en dicha entrevista su preocupación acerca de si la filosofía y los filósofos no se habrían perjudicado en lo que respecta a su público, es decir, respecto a quienes compran libros de filosofía, asisten a conferencias filosóficas o concurren a seminarios o cursos de esta disciplina, en la medida en que, dejando de lado los viejos problemas filosóficos –el problema del ser, del conocer y del actuar correcto– han pasado a ocuparse de las palabras, del lenguaje, de los significados. A lo cual Berlin respondió que sí, que probablemente ha disminuido el interés por la filosofía como consecuencia de ese giro dado por ella

---

<sup>1</sup> Véase Bryan Magee, *Los hombres detrás de las ideas. Algunos creadores de la filosofía contemporánea*, México, Fondo de la Cultura Económica, 1986, traducción de José A. Robles García.

desde la preocupación por las cosas al examen de las palabras con las cuales nombramos las cosas, aunque, a la vez –dijo–, como pensamos con palabras, analizar éstas es, a fin de cuentas, el examen del propio pensamiento, lo cual no parece una tarea menor ni prescindible, descontado, por otra parte, que las palabras constituyen también auténticos problemas, de manera que no resulta adecuada la contraposición entre una filosofía ocupada de problemas y otra concentrada en las palabras. Por otra parte, una filosofía concentrada en los significados tampoco se aparta realmente de los tradicionales problemas filosóficos, puesto que no trabaja con cualquier palabra –mesa, por ejemplo, o sombrero–, sino que lo hace con términos que se consideran importantes y que acostumbran ser utilizados, precisamente, cuando tratamos de esos mismos problemas.

## 2

Si nos atenemos al título que he dado al presente trabajo, tenemos dos palabras o expresiones claves –“derecho” y “derechos humanos”–, puesto que lo que queremos preguntar es cuál es la posición que en el derecho tienen los derechos humanos. Una primera palabra –“derecho”– y una segunda expresión –“derechos humanos”– con las que cualquier persona está familiarizada, así no más

sea porque el derecho, y también los derechos humanos, están fuerte y permanentemente imbricados con la existencia de todo individuo. Una palabra y una expresión que, por otra parte, resultan aún más familiares para quienes se relacionan con el fenómeno jurídico en razón de las profesiones, oficios o actividades que realizan habitualmente, como es el caso de abogados, jueces, legisladores, profesores de derecho, notarios, registradores y otros a los cuales puede considerarse partes *del staff* jurídico, pero que, no obstante esa mayor familiaridad que tienen con palabras y expresiones jurídicas relevantes, no siempre se detienen a aclarar el o los sentidos que les acuerdan, o dan por supuesto un determinado sentido para ellas, o se contentan con una sencilla definición de aquellas que nos permiten salir del paso cuando queremos darnos a entender en un diálogo o conversación cualquiera.

En cualquier caso, y aunque nada de eso ocurriera con el lector del presente texto, lo cierto es que quien ha anunciado que se explayará acerca de “derecho” y de “derechos humanos”, tiene el deber, según creo, de aclarar qué entiende por aquél y por éstos, o sea, tiene que aclarar qué quiere decir con el término “derecho” y con la expresión “derechos humanos”.

Puestos a decir qué es el derecho, o, si se prefiere, qué entendemos por “derecho”, bastará que nos limitemos a los significados técnicos de la palabra, sin ocuparnos de las “acepciones coloquiales” que ella también tiene, según las denomina Enrique Cáceres Nieto<sup>2</sup>, entre las cuales se cuentan la de una dirección a seguir, como cuando digo a alguien que me pregunta por un lugar de la ciudad “Siga derecho”; la de oposición a izquierdo, como cuando expreso “Me duele el brazo derecho”; como sinónimo de erecto, como cuando ordeno a alguien “Ponte derecho”; como expresión destinada a resaltar el carácter confiable de una persona, como cuando afirmo “Mi amigo Juan es derecho”; como palabra que refiere a una injusticia, como cuando ante una mala acción exclamamos “¡No hay derecho!”; o como término que alude a una expectativa de comportamiento moral, como cuando digo que “Juan y María no tienen derecho a causar dolor a sus hijos con la separación que proyectan llevar a cabo”. Por no mencionar también el femenino “derecha”, ahora en la acepción política del término, esa que tantos, de lado y lado, no querrían oír más, como tampoco “izquierda”, pretendiendo hacer política manca, o, peor

---

<sup>2</sup> Véase Enrique Cáceres, *Qué es el derecho. Iniciación a una concepción lingüística*, México, UNAM, 2002.

aun, ambidiestra, o suavizando esos términos con la inocua y oportunista palabra “centro”, como gusta hacerse hoy cuando se habla de “centro derecha”, o de “centro izquierda”. Un lenguaje, este último, que puede responder al cálculo de un beneficio –captar eso que se llama el centro político–, o, simplemente, desligarse de toda responsabilidad por los crímenes que en algún momento se cometieron tanto en nombre de la izquierda como de la derecha.

En cuanto a sus significados técnicos, “derecho”, es una palabra complicada, y ello porque tiene a lo menos cinco significados, lo cual quiere decir que cuando la utilizamos podemos estar refiriéndonos a cinco cosas distintas, a saber, primero, a un orden regulador de la conducta humana, que, como tal, tiene, entre otras, la función de guiar u orientar comportamientos, como cuando digo, por ejemplo, que tal o cual conducta es “contraria al derecho chileno”; segundo, “derecho” refiere también a una facultad de que un sujeto puede estar dotado frente a otro u otros sujetos, como cuando digo que Juan “tiene derecho a recibir el precio de la casa que vendió a Pedro”; tercero “derecho” designa un saber acerca del derecho en el primero de los significados que he señalado, puesto que, con ser una palabra que alude a un determinado orden regulador de la conducta humana, “derecho”

es también una palabra que se utiliza para nombrar al saber acerca de ese orden, como cuando digo “Soy profesor de derecho”; cuarto, remite también la palabra “derecho” a unas determinadas prerrogativas que tiene todo ser humano como tal, independientemente de su edad, raza, género, posición social, situación económica, ideas políticas, religiosas o de cualquier otro orden, que adscriben a todo sujeto en nombre de la dignidad de la persona humana, prerrogativas, además, que incluyen algunos auténticos derechos en sentido subjetivo, o sea, derechos en el segundo de los significados previamente indicados, pero también bienes, expectativas, aspiraciones colectivas, y fines o propósitos que, más que concernir a las personas individualmente consideradas, atingen a los pueblos e, incluso, al conjunto de la humanidad, como cuando digo, por ejemplo, que “Tengo derecho a manifestar libremente mis opiniones”, o que “Tenemos derecho a la vida”, o que hay un “derecho al trabajo”, o que África tiene “derecho al desarrollo”, o que el mundo tiene “derecho a la paz”; y, quinto y último, con la palabra “derecho” se alude también a un cierto orden regulador de la conducta humana que es anterior y superior a aquel orden que el derecho constituye en el primero de los significados del término que hemos identificado, o sea, a un conjunto de normas y de principios que anteceden al derecho

positivo, al derecho creado o producido por actos de voluntad humana, y que provendrían directamente de Dios, de la naturaleza racional del hombre, de la naturaleza de las cosas o de determinados consensos morales socialmente dominantes, normas y principios que son también superiores a los ordenamientos jurídicos dotados de realidad y vigencia históricas, de manera que fundamentarían la validez de éstos, es decir, su existencia y consiguiente pretensión de obligatoriedad, como cuando alguien afirma “El matrimonio indisoluble es una institución de derecho natural”, o que “El matrimonio entre personas del mismo sexo es contrario al derecho natural”.

Concerniente al tercero de tales significados, que aparece cada vez que con la palabra “derecho” aludimos a un determinado saber, como cuando digo “Juan es estudiante de derecho”, se trata de un uso bastante frecuente del término, aunque puede conducir a las confusiones que resultan de que una misma palabra –derecho– se utilice tanto para designar un objeto por conocer –el derecho u ordenamiento jurídico vigente en un lugar y tiempo dados– como al saber acerca de ese objeto –derecho como sinónimo de ciencia del derecho. Los astros son objeto de un saber que se llama astronomía, y, por tanto, en tal caso el nombre del objeto queda claramente diferenciado del saber que lo estudia. Pero el

“derecho”, en el primero de los sentidos que hemos visto aquí, o sea, un determinado orden regulador de la conducta humana, es estudiado por el “derecho”, ahora en el tercero de los sentidos que hemos identificado, lo cual vuelve aconsejable reservar la palabra “derecho” para la primera de tales situaciones y la expresión “ciencia del derecho”, o “dogmática jurídica”, para la segunda, puesto que la confusión y probables malentendidos no se evitan utilizando en el primer caso la minúscula (derecho) y en el segundo la mayúscula (Derecho). Con todo, esas otras denominaciones aquí propuestas para el saber acerca del derecho no dejan de tener sus propios problemas: la primera, porque incluye la palabra “ciencia” y bien se podría controvertir que se trate de un saber propiamente científico; y la segunda, porque la palabra “dogmática” no es la más apropiada para referirse a un saber científico, o pretendidamente científico, de manera que los juristas deben dar siempre explicaciones de por qué llaman de ese modo al saber que cultivan, enseñan y difunden a propósito de un ordenamiento jurídico dado.

Tocante ahora al cuarto de los significados, que es el que parece cada vez que hablamos de “derechos humanos”, se parece bastante al segundo de ellos, o sea, a los derechos en sentido subjetivo, al derecho como facul-

tad de un sujeto frente a otro, aunque con dos importantes diferencias: se trata, aquí como allá, de “derechos”, en un caso del vendedor de una cosa al pago del precio, en el otro del de todo individuo a expresar libremente sus opiniones, aunque este segundo derecho corresponde no a uno o más sujetos determinados, sino a todos los hombres sin distinción, y por eso se les denomina “derechos humanos”, o, también, derechos fundamentales, un par de denominaciones que expresan bien dos cosas, a saber, que se trata de derechos que comparten todos los hombres y que tienen un carácter perentorio e insoslayable; y en cuanto a la segunda diferencia, es efectivo que la expresión “derechos humanos” cubre algunos derechos en sentido subjetivo que tienen el carácter de fundamentales, aunque incluye también determinados bienes, como cuando digo “Tengo derecho a la vida”, puesto que, en rigor, la vida es eso, un bien, no un derecho, el bien básico o primordial, el bien de los bienes, puesto que sin él ningún otro bien es posible; como cubre igualmente ciertas aspiraciones colectivas que es preciso satisfacer para que las personas tengan posibilidades de llevar una vida digna y de desarrollarse como tales, como cuando hablamos de derecho al trabajo o a la educación o a una previsión oportuna y justa; y, en fin abarca igualmente ciertas metas que sobrepasan el interés de las personas individualmente consi-

deradas y que conciernen a pueblos completos, si no a la total humanidad, como cuando digo “Los países tienen derecho al desarrollo” o “El mundo tiene derecho a la paz”. Sobre el particular, quizás valga la pena considerar la distinción de Luigi Ferrajoli entre derechos humanos y derechos patrimoniales<sup>3</sup>.

Véase, en consecuencia, como la palabra “derecho” tiene a lo menos los cinco usos recién indicados, de manera que siempre es preciso aclarar en cuál de ellos la empleamos al utilizarla, aunque, claro, el contexto en que se la utiliza, y el conjunto del enunciado oral o escrito en el cual la incluyamos, resulta muchas veces suficiente para que nuestro interlocutor entienda sin mayores explicaciones en cuál de esos sentidos la hemos empleado, como queda claro, según me parece, con los propios enunciados de los cuales me he valido aquí para ilustrar cada uno de los diferentes usos de la palabra “derecho”.

Pero la palabra “derecho” no sólo es complicada por lo ya expresado, a saber, porque tiene distintos significados, sino por-

---

<sup>3</sup> Véase Luigi Ferrajoli, *Democracia y garantismo*, Madrid, Trotta, 2008, edición de Miguel Carbonell, págs. 42 y siguientes; y *Derechos y garantías. La ley del más débil*, Madrid, Trotta, 2006, traducción de Perfecto Ibáñez y Andrea Greppi.

que, elegido que sea cualquiera de dichos significados, no resulta fácil concordar en una definición del mismo. Así, por ejemplo, si elegimos el primero de esos cinco significados, aquel que refiere al derecho como un orden, es decir, al derecho en sentido objetivo, queda abierta la discusión acerca de qué tipo de orden es, o sea, qué tipo de realidad es el derecho, lo cual trae consigo que algunos digan que se trata de una realidad normativa, otros de una realidad preferentemente normativa, otros de una realidad fáctica o conductual, otros de un valor, otros de una interacción dinámica entre normas, hechos y valores, y así. Lo mismo, podemos admitir que hay un segundo significado de la palabra “derecho” que la vincula a determinadas facultades de que está dotado un sujeto frente a otro, o sea, podemos comprobar que existe un uso de la palabra “derecho” en sentido subjetivo, aunque queda abierta ahora la discusión acerca de qué son los derechos subjetivos. En fin, podemos utilizar la palabra “derecho” en el quinto de los sentidos indicados, que es lo que hacemos cada vez que hablamos de “derecho natural”, aunque no hay acuerdo entre quienes afirman la existencia de un derecho como ese acerca de cuál es la fuente u origen de las normas y principios que lo constituyen, si Dios, por ejemplo, o la naturaleza racional del hombre, o la naturaleza de las cosas, una cuestión que divide las opiniones de quienes

afirman la existencia del derecho natural. Respecto de lo cual me gustaría decir que es en dicha afirmación, y no en otra cosa, donde radica la diferencia central e irreductible entre iusnaturalismo y positivismo jurídico, puesto que el primero, como doctrina dualista que es, sostiene que existen tanto el derecho positivo como el derecho natural, mientras que el segundo, como doctrina monista que es, afirma que sólo existe el derecho positivo, el derecho puesto o creado por determinados actos de conducta o de voluntad que discurren por determinadas fuentes a las que se suele llamar “fuentes del derecho”, o “fuentes formales del derecho”, hasta el punto de que para un positivista la expresión “derecho positivo” constituye un pleonasma, una redundancia, puesto que nada agregaría el adjetivo “positivo” al sustantivo “derecho”.

Pues bien: cinco cosas bien distintas podemos significar con la palabra “derecho”: un orden positivo o puesto que regula la conducta humana; una facultad de un sujeto para exigir de otro una determinada prestación; un saber; unas prerrogativas fundamentales y con carácter universal que comparten todos los individuos de la especie humana; y un orden natural que sería anterior y superior a aquel orden positivo al que alude el término “derecho” en el primero de estos cinco significados.

Por cierto que lo que aquí interesa son el primero y cuarto de tales significados, atendido que de lo que aquí tratamos es del puesto o posición que los derechos ocupan en el derecho, o sea, trata del puesto o posición que ciertos y determinados derechos –los derechos humanos– tienen en el derecho como orden de la conducta humana, vale decir, en el derecho positivo, en el derecho tanto nacional o interno de los estados como en el derecho internacional.

Por lo mismo quisiera extenderme un tanto más acerca del derecho en el primero de esos cinco significados, en el derecho como orden de la conducta humana, aunque no para sumar un nuevo concepto de derecho a los muchos que conocemos, sino para compartir con ustedes lo que yo considero, más modestamente, una “descripción” del derecho<sup>4</sup>. En verdad, es sumamente raro lo que pasa con el derecho, puesto que, sin perjuicio de los cinco significados técnicos que tiene la palabra, si nos quedáramos sólo con el primero de ellos, con el derecho como orden, nos encontramos con una multiplicidad de conceptos acerca del derecho en ese solo de sus significados, los mismos que llevaron a Hart a expresar su

---

<sup>4</sup> Véase Agustín Squella, *¿Qué es el derecho? Una descripción del fenómeno jurídico*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2007.

sorpresa y desconcierto en las primeras páginas de su libro “El concepto de derecho”<sup>5</sup>. Porque fíjense ustedes en que ya es raro el solo hecho de que promediando el siglo XX, esto es, muchísimo tiempo después de que sociedades de mil quinientos o más años antes de Cristo conocieron el derecho, como es el caso de Babilonia bajo el así llamado Código de Hammurabi, un reputado teórico contemporáneo escribiera un libro de más de 300 páginas para responder a la pregunta qué es el derecho, como si haber tenido y conocido al derecho desde tan largo tiempo no nos hubiere servido de nada para dar de éste un concepto que todos pudiéramos compartir. Una rareza que se acrecienta si se repara en el hecho de que no sólo tenemos derecho desde hace tan largo tiempo, sino que desde hace también un buen tiempo conocemos un derecho de excelencia, paradigmático incluso, como es el caso del antiguo derecho romano, el cual fue acompañado también de los inicios del saber que acerca del derecho llamamos hoy ciencia del derecho, o dogmática jurídica, y que en esos ya lejanos momentos cultivaron jurisprudencias de reconocida excelencia.

El propio Hart, según decíamos, se sorprende de que dispongamos de tantos y tan

---

<sup>5</sup> H.L.A Hart, *El concepto de derecho*, México, Editora Nacional, 1980, Traducción de Genaro R. Carrió.

variados y disímiles conceptos acerca del derecho, aunque el dramatismo de la cuestión se mitiga bastante en la medida que uno advierte que las diferencias entre tales conceptos provienen muchas veces de las distintas perspectivas que adoptan los autores para decirnos qué es el derecho. Así, hay quienes definen el derecho desde el punto de vista del tipo de realidad que es, como cuando se sostiene que es un conjunto de normas o una unión de reglas; o desde la perspectiva de alguna de las funciones que el derecho cumple en la sociedad, como cuando se dice que el derecho es la voluntad de una clase erigida en ley, esto es, una manera de legitimar el poder; o, en fin, desde la perspectiva de alguno de los fines que el derecho intenta realizar, como cuando se dice que el derecho es un orden que se atribuye con éxito el monopolio del uso de la fuerza, o bien que es la cosa justa, afirmaciones éstas que lo que hacen es relevar en un caso la paz y en el otro la justicia como fines del derecho.

### 3

Decía que quería compartir no un nuevo concepto de derecho ni tampoco una enésima definición de éste, sino, menos que eso, una descripción del derecho, algo así como un enunciado que procura identificar y articular los aspectos más resaltantes del fenómeno

jurídico, es decir, aquellos que de manera evidente e indubitada aparecen cuando fijamos nuestra atención intelectual en aquello que llamamos derecho. Porque cuando hablamos ahora de derecho, lo estamos haciendo en el primero de aquellos cinco significados que señalamos más arriba, o sea, en el sentido de algo, de algo que está allí, presente en toda forma de vida humana en sociedad, de algo que está por lo demás fuerte e inevitablemente imbricado con la existencia individual y colectiva de las personas, saliéndonos al paso, por decirlo así, en situaciones y comportamientos tan cotidianos o habituales como detener el coche cuando el semáforo está en rojo, bajar a partir de cierta hora de la noche el volumen de la música que escuchamos en casa junto a un grupo de amigos que hemos invitado a bailar para de ese modo no causar molestia a nuestros vecinos, pagar el valor del transporte público que utilizamos, efectuar nuestra declaración anual de renta, votar una huelga o abstenernos de agredir al árbitro que en un mismo partido lleva ya cobrados dos penales contra nuestro equipo.

En ocasiones podemos tener dudas razonables acerca de que al hablar de algo, e incluso de algo que consideramos importante, como del alma, por ejemplo, estemos hablando de algo que realmente exista, mientras que tratándose del derecho, y por múltiples, variadas

y contradictorias definiciones que dispongamos de él, nadie osaría negar la existencia del derecho. Pues bien, en tal sentido el derecho es un *fenómeno*, algo que se da y existe en la vida del hombre en sociedad, algo que está allí, como decíamos, aun cuando podamos discrepar en la manera de considerarlo y en la perspectiva que adoptemos a la hora de dar cuenta de él. Acostumbro prevenir a mis alumnos acerca de los aforismos jurídicos, porque suelen esconder grandes mentiras o francos disparates, como cuando se repite que “quien puede lo más puede lo menos”, o “donde la ley no distingue no corresponde al intérprete distinguir”, o “aplíquese la ley aunque perezca el mundo”, pero convengo en la exactitud de aquel que informa “donde hay hombres hay sociedad, y donde hay sociedad hay derecho”.

Si avanzáramos un tanto más repararíamos en que el derecho, con ser un fenómeno, es un fenómeno *cultural*. Cultural no en el sentido de hallarse vinculado a la creación, producción y difusión de las artes –que es un sentido restringido de la palabra “cultura”– sino en ese significado más amplio que tiene también dicha palabra cuando remite a todo lo que resulta de la acción conformadora y finalista del hombre, a todo lo que el hombre hace con miras a fines que quiere alcanzar, a todo lo que el hombre ha sido capaz de colocar entre

el polvo y las estrellas, según la breve y bella definición de cultura que se atribuye a Radbruch.

En efecto, el derecho es un fenómeno cultural en cuanto se trata de algo que el hombre produce para que cumpla determinadas funciones y para que realice ciertos fines, como son también fenómenos de cultura, por la misma razón, las comidas que el hombre prepara, las carreteras que construye, las catedrales y templos que levanta, los humildes cacharros de greda que un alfarero cuece en su horno de barro en una apartada zona rural, las obras que están en el Museo del Prado, la bicicleta, Internet, la economía, y las normas de cortesía o urbanidad que observamos a cada instante. Todas esas producciones humanas cumplen funciones y responden a fines muy distintos de las funciones y fines que tiene el derecho, pero comparten con éste la condición de obras que se orientan a fines.

Fenómeno cultural *normativo* –diríamos a continuación–, en cuanto el derecho consiste en normas, en cierto tipo de normas de conducta, y, mejor aun, *preferentemente* normativo, puesto que en el derecho no hallamos sólo normas sino también otros estándares que no son normas, que no funcionan como normas y que cumplen funciones distintas de las normas, como es el caso de los principios,

por ejemplo, que por eso se llaman principios jurídicos, o principios generales del derecho, o, por indicar otro ejemplo, como los valores superiores, según la Constitución española denomina a los estándares que refiere en su artículo primero. Fenómeno cultural preferentemente normativo no sólo por eso, no únicamente por contener estándares distintos de las normas, como principios y valores, sino también porque todo derecho contiene enunciados que parecen normas, aunque, bien vistos, son algo distinto de las normas, de las normas de deber u obligación, y que tienen funciones también distintas de las de mandar y prohibir que cumplen por su parte las normas propiamente tales, o sea, las que imponen deberes o establecen prohibiciones, algo que no sólo vio bien Kelsen con su alusión a lo que llamó “normas jurídicas no independientes”, sino desde luego Hart con su distinción más prolija entre reglas primarias y reglas secundarias, y también Austin –un normativista aun más extremo que Kelsen– con su mención a reglas que no funcionan como mandatos, como aquellas cuyo propósito es explicar el derecho positivo, o sea, interpretarlo, o derogar reglas, vale decir, privarlas de validez, o franquear en determinadas circunstancias conductas que en general se encuentran prohibidas, esto es, permitir positivamente una conducta, o reglas que –por último– imponen un determinado

deber u obligación y no anticipan la sanción que deberá hacerse efectiva en caso de incumplimiento, a las que Austin consideró “reglas imperfectas”<sup>6</sup>. Dicho lo cual, uno podría poner perfectamente en línea conceptos del derecho como los de Austin, Kelsen y Hart, todos normativistas, para señalar que, a pesar de serlo, vieron en el derecho distintos tipos de normas, o enunciados que simplemente no funcionan como reglas de deber u obligación, y que, además, si la distinción de Hart entre reglas primarias y secundarias es más elaborada que la de Kelsen entre normas jurídicas independientes y normas jurídicas no independientes, las explicaciones de Kelsen sobre estas últimas son más detalladas que las que dio Austin a propósito de las normas que no funcionan como mandatos.

Fenómeno cultural preferentemente normativo –llevamos dicho acerca del derecho–, y podríamos agregar ahora que se encuentra sustentado en el *lenguaje*, puesto que el derecho es también un relato, un texto, como es bien claro en el caso de una Constitución, de

---

<sup>6</sup> Hans Kelsen, *Teoría pura del derecho*, México, UNAM, 1979, traducción de Roberto Vernengo, págs. 67 a 70; H.L.A Hart, *El concepto de derecho*, cit., págs. 99 a 124; y John Austin, *El objeto de la jurisprudencia*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 2001, traducción y estudio preliminar de Juan Ramón de Páramo Argüelles.

un código, de una ley, de un tratado internacional, de un contrato de compraventa de un bien inmueble, y porque, además, el derecho desde el punto de vista de los usos del lenguaje, constituye un uso directivo de éste, vale decir, aquel que hacemos de las palabras para guiar o dirigir el comportamiento de nuestros semejantes.

Fenómeno cultural preferentemente normativo y sustentado en el lenguaje que, además, regula su propia creación, o, mejor, su propia *producción*, desde el momento que todo derecho contiene no sólo normas de deber u obligación, sino, como señalamos antes, otros tipos de normas, entre las cuales ocupan un lugar muy destacado las llamadas “normas de competencia”, que son aquellas que otorgan potestad para introducir nuevas normas u otros estándares, así como para modificar las existentes o incluso para derogarlas o dejarlas sin efecto. En tal sentido, en cuanto el derecho regula su propia producción, en cuanto establece, él mismo, quiénes, cómo y con cuáles límites de contenido están autorizados para continuar el proceso de producción jurídica al interior de un ordenamiento jurídico dado, es autopoyético, o, si se prefiere, es un sistema normativo dinámico en el que unas de sus normas se encargan de regular la producción de las demás de sus normas, lo cual nos muestra al derecho no en

estado de reposo, sino a través de los procesos de creación y aplicación de sus normas y otros estándares.

*Interpretable* es también el derecho, lo cual quiere decir que sus normas y demás estándares tienen o son susceptibles de significado, y no de un solo significado, sino de varios que conforman algo así como un marco de posibles interpretaciones, hasta el punto de que bien puede decirse que lo que leemos en un texto jurídico normativo cualquiera –una Constitución, un código, una ley– no es un conjunto de normas, sino, cosa distinta, un conjunto de enunciados normativos que, una vez interpretados, y sólo una vez interpretados, harán aparecer la o las normas del caso, las cuales, al revés de lo que suele considerarse, no preceden al acto de interpretación, sino que son el resultado de éste.

El derecho es también *argumentable*, cómo no, según han explicado autores como Manuel Atienza y Juan Ruiz Manero, quienes llegan incluso a considerar que el análisis del derecho desde la perspectiva del razonamiento o la argumentación jurídica podría conducirnos a un nuevo concepto de derecho. Se razona y argumenta jurídicamente en distintas sedes, en sede judicial, desde luego, pero también en sede legislativa y en sede académica, y se razona y argumenta jurídicamente por

distintos agentes u operadores jurídicos, tales como jueces, abogados, legisladores, funcionarios de la administración y profesores de derecho, y aunque el razonamiento jurídico sea por lo común un razonamiento de tipo práctico, se trata también de un razonamiento que no es igual al razonamiento moral. Pero el razonamiento jurídico no sólo es distinto del razonamiento moral en el sentido de que tiene lugar en contextos de derecho y no en contextos de moral, sino porque reconoce peculiaridades y diferencias al interior de sí mismo, según sea precisamente la sede en que él tenga lugar y el agente u operador jurídico que lo lleve a cabo. Así, por ejemplo, el razonamiento jurídico del legislador es práctico, puesto que se orienta a decisiones, a esas decisiones normativas que llamamos leyes, mientras que el de los juristas es teórico, en cuanto se orienta y expresa en enunciados de tipo cognoscitivo que aumentan el conocimiento y comprensión que tenemos del derecho. Por su parte, el razonamiento jurídico de los jueces, también práctico y de lejos el más estudiado por la teoría del derecho, tiene ese conjunto de “restricciones” que llama Paul Ricoeur<sup>7</sup>, las cuales le confieren un perfil bien característico dentro del razonamiento jurídico en general, a saber, que la discusión se

---

<sup>7</sup> Paul Ricoeur, *Lo justo*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1997, traducción de Carlos Gardení.

desarrolla en un recinto institucional bien delimitado, a saber, tribunales y cortes; que en ese recinto no todas las preguntas están abiertas, sino sólo aquellas que conciernen al respectivo proceso; que en el proceso los papeles de quienes intervienen se distribuyen en forma desigual; que la deliberación por parte del juez se sujeta a reglas procesales previamente codificadas; que la deliberación sucede en un tiempo limitado; y que, por último, la discusión no termina comúnmente por un acuerdo, de manera que el papel del juzgador es zanjar la cuestión controvertida por medio de una decisión revestida de autoridad.

Fenómeno cultural, preferentemente normativo, sustentado en el lenguaje, que regula su propia producción, interpretable a la par que argumentable –hemos dicho hasta aquí–, y podríamos agregar ahora lo siguiente: que rige relaciones de hombres y mujeres que viven en *sociedad*, es decir, que reconocen vínculos recíprocos y permanentes de intercambio, de colaboración, de solidaridad y de conflicto, a propósito de los cuales el derecho juega un papel muy importante en las primeras y en las últimas de ellas, o sea, en las relaciones de intercambio y en las de conflicto.

Entre cuyas características más resaltantes –podríamos añadir a lo que llevamos dicho acerca del derecho– se cuenta la *coercibilidad*, esto es, la legítima posibilidad de auxiliarse del uso de la fuerza socialmente organizada para conseguir el cumplimiento de sus normas y, mejor aun, para obtener una *eficaz* aplicación de las sanciones que el propio derecho prevé para los casos de incumplimiento. Porque no se necesita ser positivista, ni menos un distraído que confunde el derecho con la fuerza ni menos aún alguien que quiere reducir el derecho a la fuerza, para admitir el carácter coercible del derecho, que es por lo demás inseparable de éste, hasta el punto de que la sola idea de un derecho no coercible es tan absurda como la de fuego que no quema, o la de cuadrado redondo, o la de cuchillo sin mango ni hoja, por utilizar sólo algunas de las comparaciones que se han hecho a propósito de un derecho no coercible, esto es, inerme o desarmado. La principal y más obvia de las funciones del derecho es la de guiar comportamientos, aunque es propio del derecho no que lo haga bajo la amenaza de sanciones –todo orden normativo, jurídico o no, amenaza con sanciones–, sino que tales sanciones sean coercibles, es decir, que puedan imponerse y hacerse efectivas en uso de la fuerza socialmente organizada.

Es bien conocido lo que contestó Kelsen cuando se le preguntó qué podrían tener en común el derecho de los antiguos babilónicos con el que rige en los Estados Unidos de Norteamérica, o, más provocativamente, aquello que con el nombre de derecho impone el jefe despótico de una tribu y el que rige en una república como Suiza. En todos esos casos –dijo– lo que hay es una técnica social que consiste en inducir conductas que se consideran socialmente deseables, y en desalentar otras que se estiman socialmente dañinas, mediante la amenaza de sanciones coactivas. Aunque tampoco se necesita ser kelseniano para destacar a la coercibilidad como atributo inseparable del derecho, como lo hace hoy también, por ejemplo, Robert Alexy, cuyo concepto de derecho está bastante alejado de aquel que en su momento proporcionó Kelsen. Y aunque un énfasis excesivo en la coercibilidad como característica del derecho –y decimos coercibilidad, no coacción ni sanción– deja siempre expuesto a la acusación de estar confundiendo el derecho con la fuerza, el derecho, según se dice, con las bandas de ladrones, lo cierto es que habría que recordar lo que Ihering afirma respecto de la relación entre derecho y fuerza, a saber, que no por nada el derecho suele representarse por medio de la figura de una mujer que una de sus manos sostiene una espada, mientras que en la otra blande una espada. Balanza y

espada se complementan recíprocamente. El derecho sin la espada sería un derecho inerte, desarmado, mientras que sin la balanza sería fuerza bruta. Por eso es que el derecho no reina verdaderamente sino allí donde la fuerza que se emplea para blandir la espada iguala a la habilidad con que se sostiene la balanza.

Así las cosas, este es el extenso enunciado que transmite la anunciada descripción del derecho que podemos construir merced a la identificación y articulación de todos los aspectos que hemos considerado: *el derecho es un fenómeno cultural, preferentemente normativo, sustentado en el lenguaje, que regula su propia creación, interpretable a la vez que argumentable, que rige relaciones de hombres y de mujeres que viven en sociedad, y cuya nota identificatoria más propia consiste en la coercibilidad, esto es, en la legítima posibilidad de auxiliarse del uso de la fuerza socialmente organizada para conseguir el cumplimiento de sus normas y, sobre todo, para obtener una eficaz aplicación de las sanciones o consecuencias adversas o negativas que deban seguirse para los sujetos normativos en caso de incumplimiento.*

De una descripción como esa convendría remarcar sus palabras claves, a saber “fenómeno”, “cultural”, “normativo”, “preferen-

temente”, “lenguaje”, “creación”, “interpretable”, “argumentable”, “sociedad”, “coercibilidad” y “eficacia”, de manera que una inmersión en cada una de tales palabras, mas allá de la que ya hicimos a propósito de cada una de ellas, puede ayudarnos a comprender mejor de qué hablamos cuando hablamos de derecho en el primero de los cinco significados que fueron señalados en su momento.

Dicho enunciado, según me parece, da cuenta de qué tipo de realidad es el derecho –una realidad preferentemente normativa– y, a la vez, en tanto destaca que se trata de un fenómeno cultural, da cabida a las funciones y a los fines del derecho. Por otra parte, y en la medida en que alude al sustento del derecho en el lenguaje y a su carácter interpretable y argumentable, incluye aspectos del derecho que han sido bien estudiados por la teoría jurídica de los últimos 50 años, los cuales dieron lugar, por su indudable relevancia, a conceptos del derecho que fueron propuestos desde la perspectiva de cada uno de tales aspectos, conceptos que, por lo mismo, tuvieron el defecto o la limitación de ser unilaterales, o bien parciales, en cuanto identificaban y a la vez destacaban sólo un determinado aspecto o dimensión del derecho y omitían, olvidaban o no daban suficiente presencia o importancia a otros aspectos que también

muestra el derecho. Pareciera, en consecuencia, que en la medida que cada uno de esos aspectos del derecho ha sido advertido y estudiado, nuevos conceptos del derecho han ido apareciendo, ligado cada cual, precisamente, al aspecto de que se trate. Algo similar a lo que ocurre hoy cuando se pretende dar un nuevo concepto del derecho basándose en el carácter argumentable de éste, o sea, desde la perspectiva de lo mucho que es posible comprender del derecho –mucho, mas no todo– desde la perspectiva de las modernas teorías del razonamiento y la argumentación.

Con todo, queda siempre abierta la cuestión de si la descripción del derecho que hemos ensayado aquí es completa, o sea, si no deja fuera ningún aspecto relevante del derecho, o sobreabundante, es decir, si incluye aspectos que no pertenecen al derecho o que distan de tener suficiente relevancia como para considerarlos en una descripción de éste. Lo cual quiere decir que nuestra descripción puede pecar o de exceso o de defecto. De exceso si ella incluyera más de lo que debe, y de defecto si contuviera menos de lo que debe.

#### 4

Nuestra descripción del derecho puntualiza que éste es una realidad normativa, es decir, algo que contiene normas, aunque se

trata, en verdad, de una realidad preferentemente normativa, puesto que todo derecho, todo ordenamiento jurídico dotado de realidad y vigencia histórica, contiene también otros estándares, distintos de las normas, como principios, por ejemplo, pudiendo añadirse todavía, según dijimos antes, valores superiores, y, asimismo, derechos fundamentales. Así las cosas, y por utilizar la atinada y elocuente expresión de Atienza y Ruiz Manero<sup>8</sup>, el derecho no es de una pieza, sino que está hecho o conformado de diferentes “piezas”, donde esta última palabra no está tomada en el sentido de habitaciones –como si el derecho pudiera ser comparado con una vivienda que dispone de varios espacios en su interior–, sino en el de partes de un todo, en el de unidades o componentes de un conjunto, como sería el caso de las fichas de un juego, las cartas de una baraja o los objetos de una vajilla. En consecuencia, el derecho es un fenómeno complejo, en cuanto se halla compuesto no de un solo tipo de estándares, sino de varios, o, si se prefiere, se trata de un fenómeno que se nos ha vuelto cada vez más complejo, lo cual nos obliga a ajustar, ampliándolo sucesivamente, nuestro concepto del mismo, sin descuidar tampoco la cuestión,

---

<sup>8</sup> Manuel Atienza y Juan Ruiz Manero, *Las piezas del derecho*, Barcelona, Ariel, 1998.

apuntada por José Juan Moreso<sup>9</sup> a propósito de las normas de competencia, acerca de cómo encajan entre sí las diferentes piezas del derecho. A raíz de algo muy distinto del derecho –el gen–, el notable pensador chileno Roberto Torretti, en su prefacio a un libro sobre los conceptos de gen, expresa algo que conviene traer hasta aquí en relación con lo que acabamos de decir a propósito del cambio o fluidez que tienen los conceptos: “Quienes creen que el concepto de gen, inspirado por la obra del padre Mendel, ha devuelto a la vida sus formas y sus normas, algo de la fijeza que había perdido con Darwin y Wallace, tienen que aprender que, muy por el contrario, no solo el concepto mismo se ha probado cambiante, sino que es increíblemente maleable también la realidad que se intenta captar con él”<sup>10</sup>.

Todavía más: aun si diéramos cuenta del derecho como una realidad normativa y no preferentemente normativa, o sea, aun si dejáramos fuera de nuestra descripción del derecho los principios, los valores y los derechos fundamentales, nos encontraríamos con esa

---

<sup>9</sup> José Juan Moreso, *El encaje de las piezas del derecho*, México, Isonomía, número 15, 200.

<sup>10</sup> Roberto Torretti (compilador y traductor), *Conceptos de gen*, Santiago, Universidad Diego Portales, 2008, pág. 12.

variedad que mostramos antes a propósito de las distinciones de Austin, Kelsen y Hart al interior de esa sola pieza o componente del derecho que llamamos, genéricamente hablando, normas jurídicas. Sería interesante, desde luego, detenerse en el concepto de norma, en las distintas clases de normas que hay en el derecho, en la manera como Kelsen mejoró la comprensión normativa del derecho de Austin, mientras Hart perfeccionó a su turno la de Kelsen, en el modo como Dworkin amplió a su vez la noción normativa del derecho de Hart al poner atención a los principios, y, desde luego, resultaría también interesante detenerse en la especificidad de los estándares distintos de las normas jurídicas, a saber, los principios, los valores y los derechos fundamentales, y en las diferencias que es posible advertir entre ellos no obstante coincidir todos en el hecho de ser piezas del derecho. Podría señalarse, además, que nadie duda en incluir hoy a los principios entre las piezas del derecho, como tampoco a los así llamados valores superiores –por lo menos allí donde el ordenamiento jurídico vigente los consagra en ese carácter y con esa misma denominación–, aunque sí la hay a la hora de hacerlo con los derechos fundamentales de las personas. En cualquier caso, y sea que constituyan o no piezas del derecho distintas de las normas, de los principios y de los valores

superiores, o, como cree Alexy<sup>11</sup>, que ellos tengan naturaleza de principios, los derechos fundamentales existen como tales y se encuentran establecidos tanto en la Constitución política de los Estados, en leyes internas de éstos y, desde luego, en tratados internacionales, existiendo además un sistema universal de declaración y protección de los mismos, radicada en la ONU, y, asimismo, sistemas regionales que han sido establecidos en Europa, América, África e, incipientemente, en Asia. Por lo mismo, y tratando esta conferencia de la posición que ocupan los derechos humanos en el derecho, tenemos que pasar ahora a ocuparnos de ellos, empleando indistintamente la expresión “derechos humanos” y “derechos fundamentales”, porque no tengo suficientes razones para establecer la diferencia que entre ambos hace, por ejemplo, Antonio Enrique Pérez-Luño<sup>12</sup>, considerando “derechos fundamentales” a los que en tal carácter se encuentran reconocidos y positivados a nivel interno de cada Estado, y “derechos humanos” a aquellos que han sido positivados en declaraciones, acuerdos y tratados de carácter internacional, o que, incluso sin haberlo

---

<sup>11</sup> Véase Robert Alexy, *Teoría de los derechos fundamentales*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1993, traducción de Ernesto Garzón Valdés.

<sup>12</sup> Véase de este autor *Los derechos fundamentales*, Madrid, Tecnos, 1988.

sido, o sea, independientemente de que hayan alcanzado un estatuto jurídico positivo a nivel internacional o nacional, provienen de determinadas exigencias morales básicas relacionadas con la dignidad de las personas. Con todo, siempre he preferido, entre esas dos denominaciones, la de “derechos humanos”, así no más sea para no incurrir en la tentación a que suele aludir Adela Cortina<sup>13</sup> cuando nos previene acerca del noble y compasivo pero algo disparatado intento de ponernos sin más a la tarea de redactar un catálogo de derechos de todos los seres vivos. Y no es que yo no comparta la fe en la conveniencia y aun la justicia de dar protección jurídica a seres vivos no humanos, como también a determinados vegetales e incluso a simples objetos inanimados, como sitios o construcciones con valor patrimonial, aunque estoy lejos de creer que tales seres vivos, vegetales y sitios sean titulares de derechos en el mismo sentido que lo son los individuos de la especie humana. Sobre el particular, y aun sin compartir algunas de sus principales conclusiones, recomiendo la lectura del artículo de un joven profesor de la Universidad de Valparaíso, Luis Villavicencio, titulado “¿Derechos hu-

---

<sup>13</sup> Así, por ejemplo, en “Concepto de derechos humanos y problemas actuales”, en *Derechos y libertades*, Madrid, Instituto Bartolomé de las Casas, Universidad Carlos III, Año I, número 1, 1993.

manos para quiénes? Reflexiones sobre algunas cuestiones embarazosas”<sup>14</sup>. Este trabajo discute los criterios tradicionalmente defendidos para determinar la clase de sujetos que son titulares de los derechos humanos y sostiene que si evitar el dolor es algo valioso, tendríamos que concordar que ello nos compele a extender la comunidad moral a sujetos que no pertenecen a nuestra especie. Villavicencio es consciente del inconveniente al menos terminológico que se produce al hablar de derechos humanos respecto de individuos de otra especie, aunque su explicación para ello es ésta: “usamos la expresión “derechos humanos”, como cualquier otro concepto, por su capacidad de economizar las palabras a las que debemos echar mano para comunicarnos unos con otros. Si, a veces, ese concepto ha de ser precisado en el sentido de que, por ejemplo, el derecho a no ser torturado debería extenderse a otros seres distintos de los humanos, pues tendremos que hacerlo”. En una línea similar de pensamiento, Marco Aparicio y Gerardo Pisarello, en un reciente trabajo sobre la materia<sup>15</sup>, sostienen

---

<sup>14</sup> Luis Villavicencio, “¿Derechos humanos para quienes? Reflexiones sobre algunas cuestiones embarazosas”, Valdivia, *Revista de Derecho*, Universidad Austral, volumen XXI, número 2, diciembre de 2008.

<sup>15</sup> “Los derechos humanos y sus garantías. Nociones básicas”, en *Los derechos humanos en el siglo XXI*.

que “nada impediría que un ordenamiento reconociera “derechos a sujetos no humanos, como por ejemplo los embriones, los animales, los bienes naturales o las generaciones futuras”, a lo cual añaden todavía lo siguiente: “Naturalmente, la falta de “voluntad autónoma” de estos sujetos limitaría sus posibilidades de ejercicio de los derechos, pero no tendría por qué privarlos de su titularidad, ni impedir que el resto de la sociedad tuviera determinadas obligaciones respecto de ellos, empezando por los de minimizar el daño que se les pudiera producir” Lo que se me ocurre señalar, sin embargo, es que si la capacidad de sufrir dolor de los animales no humanos los habilita para ser titulares de derechos, su capacidad de dañar los convertiría en destinatarios de la acción penal y en sujetos de esos absurdos procesos seguidos en su contra como responsables de pretendidos delitos, según fue característico en sociedades primitivas y aun en la edad media, según muestra otro

---

*Continuidad y cambios*, Barcelona, Huygens Editorial. Véase también Pablo de Lora, “Los animales como sujetos de derecho”, en *Estado, justicia y derechos*, Elías Díaz y José Luis Colomer (eds), Madrid, Alianza Editorial, 2002. Véase también la parte correspondiente de la conferencia de Ernesto Garzón Valdés, *Una advertencia benévola acerca de cinco trampas tendidas por malvados relativistas y que hay que evitar si se quiere justificar la validez universal de los derechos humanos. Una modesta propuesta de su fundamentación* (sin publicar).

buen trabajo sobre la materia, también de un profesor de la Universidad de Valparaíso, José Luis Guzmán, y titulado “El delito de maltrato de animales”<sup>16</sup>. Por otra parte, no me parece que del solo hecho de que el derecho establezca determinadas obligaciones de los seres humanos en relación con animales, objetos e incluso, como es de toda razón, respecto del cadáver de alguien que fue una persona, pueda colegirse sin más que animales, objetos y cadáveres son, propiamente hablando, titulares de derechos. Y en cuanto al maltrato a los animales, y si bien no es mi ánimo trivializar la cuestión, estoy por cierto a favor de hacer de él una figura delictuosa, tal como defiende José Luis Guzmán. Pero no pienso lo mismo de los golpes de fusta que deja caer el jinete al caballo que monta en un clásico que se disputa en el hipódromo cuando los competidores se abalanzan sobre la meta que del que ese mismo jinete da con la fusta en la cabeza del finasangre, una vez transpuesta la meta, para castigarlo por no haber ganado la carrera.

## 5

Puestos a hablar ahora no del derecho, sino de los derechos, como de hecho venimos ya

---

<sup>16</sup> José Luis Guzmán Dálbora, *El delito de maltrato de animales* (copia impresa que no indica datos de publicación).

haciendo, convendremos en que son algo importante, pero también problemático. Problemáticos los derechos humanos en cuanto a su nombre, en cuanto a su concepto, en cuanto a su fundamentación, y en cuanto a su reconocimiento, protección y realización efectiva. Las tres primeras dificultades que presentan los derechos son cuestiones teóricas, mientras la cuarta lo es de carácter práctico, y aquellas tres primeras se encuentran estrechamente vinculadas entre sí, puesto que distintas fundamentaciones de los derechos humanos conducen a diferentes conceptos de éstos, mientras que diferentes conceptos conducen a la adopción de distintas denominaciones para esta clase de derechos. Esto lo ha explicado muy bien Nicolás López Calera en varios de sus trabajos sobre derechos humanos. Con todo, la cuestión más relevante que hay que tener siempre presente es la que mencionamos en cuarto lugar, o sea, la que concierne al reconocimiento, protección y realización efectiva de los derechos humanos. Que vivamos o no “el tiempo de los derechos”, empleando la conocida expresión de Bobbio<sup>17</sup>, depende de dicho reconocimiento, protección y realización efectiva, y no de que a nivel de la teoría jurídica o moral hayamos resuelto lo relativo a la fundamentación, concepto y nombre que

---

<sup>17</sup> Norberto Bobbio, *El tiempo de los derechos*, Madrid, Sistema, 1991, traducción de Rafael de Asís.

más les convenga. Además, siempre he pensado que las distintas fundamentaciones que se dan para los derechos humanos, no obstante las diferencias que muestran entre sí, pueden ser vistas como distintas maneras de argumentar a favor de los derechos y, en tal sentido, todas son bienvenidas. No es que me deje indiferente la cuestión de la fundamentación de los derechos humanos ni que me parezca tan acertada una como otra de las respuestas que se han dado sobre el particular –de hecho tengo serios reparos a aquella que los fundamenta en algo tan improbable como el derecho natural–, sino que el enfrentamiento teórico de las distintas maneras de fundamentarlos no resta un ápice de valor a los derechos humanos ni quita tampoco urgencia a la necesidad de consagrarlos, protegerlos y realizarlos, algo en lo que todos, o casi todos, estamos completamente de acuerdo.

Según mi manera de ver las cosas, las dificultades teóricas que presentan los derechos humanos se aclaran en parte si se reparan en ciertos procesos por los que, de hecho, y de manera bastante visible, han pasado los derechos humanos desde que empezó a hablarse de ellos, bajo ese nombre, en el tránsito del Medioevo a la Edad Moderna. Esos procesos suelen llamarse de positivación, generalización, expansión, internacionalización y espe-

cificación de los derechos humanos, y no es del caso referirse aquí a cada uno de ellos en particular, salvo a los de positivación e internacionalización, porque este último, al menos en una de sus dos caras, se relaciona directamente con la positivación de los mismos, hasta el punto de que aquella –la internacionalización– bien podría ser vista como una parte o fase de ésta –la positivación–.

En efecto, la positivación de los derechos humanos es el proceso en virtud del cual éstos pasan a ser declarados como tales por el derecho interno de los Estados, normalmente en un capítulo muy destacado de sus Constituciones políticas, en tanto que la internacionalización constituye el proceso merced al cual los derechos humanos, a partir de la Declaración Universal de 1948, pasan a ser reconocidos a nivel internacional por un número cada vez mayor de Estados, valiéndose para ello de declaraciones y luego de pactos y tratados sobre la materia, instalándose en la escena internacional, lo mismo que antes a nivel de cada Estado, diversas instancias y organismos encargados de velar por el respeto de los derechos y de sancionar las violaciones a éstos. La internacionalización de los derechos humanos se muestra también en el hecho de que su situación en cada país dejó ya de ser considerada un asunto interno de éstos

–y aquí aparece la otra cara de la internacionalización– pasando a constituir motivo de legítimo, y constante interés e ingerencia internacional. Sólo los dictadores o gobernantes autoritarios –lleven éstos uniforme regular o verde oliva, camisa de color blanco o rojo, para el caso da lo mismo– continúan invocando los principios de soberanía y de no intervención cada vez que la comunidad internacional denuncia las violaciones a los derechos humanos que tienen lugar en sus territorios.

La positivación de los derechos se vincula con la internacionalización de éstos en el primero de los dos aspectos o caras de la internacionalización, y ello porque la consagración de los derechos humanos en pactos y tratados que celebran los Estados ha ido formando un auténtico derecho positivo internacional de los derechos humanos, similar al que antes, mucho antes en verdad, se había consolidado al interior de los Estados. Vistas las cosas de este modo, el proceso de internacionalización podría ser considerado como una fase o expresión del proceso de positivación, puesto que mientras este último proceso daría cuenta de la incorporación de los derechos al ordenamiento jurídico interno de los Estados, aquél manifestaría el modo como los derechos se incorporan luego a la legislación internacional, consolidándose de

esta manera la base de sustentación objetiva que esta clase de derechos ha encontrado en el derecho positivo, en el derecho puesto o creado por actos de voluntad humana, tanto nacional como internacional. Sin embargo, cabe advertir que la internacionalización de los derechos humanos discurre no sólo a través de lo que por analogía hemos llamado “legislación internacional”, sino también a través de la doctrina y de los informes y decisiones normativas de comisiones y de cortes que han ido formando una jurisprudencia internacional sobre la materia.

No es poco, en consecuencia, lo que los derechos humanos deben a su positivación, es decir, a su efectiva incorporación tanto al derecho interno de los Estados como al derecho internacional. Como ha escrito Perfecto Andrés Ibáñez en su prólogo a “Derechos y garantías”<sup>18</sup>, de Luigi Ferrajoli, tomarse los derechos en serio, según la conocida fórmula de Dworkin, supone reconocerles existencia y carácter normativo y vinculante, con las consecuencias que de ello se derivan. “Entre otras –dice el citado autor– una dignificación, por la vía de la responsabilización, de la función legislativa y del principio de legalidad. En este contexto, el legislador no puede ser, ni ser considerado legítimamente, un

---

<sup>18</sup> Cit., pág. 9.

productor de humo; y los derechos –en particular, los derechos sociales y los derechos humanos de los grandes instrumentos internacionales– salen del descomprometido y envilecedor vacío de cierta retórica jurídica, para integrarse eficazmente en el orden jurídico”. Por tanto, habría que conceder, cuando menos –tal como admite Roberto Alexy– que “la discusión sobre los derechos humanos y civiles adquiere ciertamente un nuevo carácter en virtud de su positivación como derecho de vigencia inmediata”. De ahí también la importancia de desarrollar una dogmática de los derechos humanos, que, como tal, esté referida a los derechos que se encuentran positivados en un determinado ordenamiento jurídico nacional, o en alguna declaración, pacto o tratado internacional sobre la materia, incluyendo por cierto en ese estudio, según los casos, el análisis de la jurisprudencia constitucional y el de la jurisprudencia de cortes internacionales, tal como hace Alexy respecto de los derechos consagrados en la Ley Fundamental alemana y en los fallos del tribunal constitucional de su país<sup>19</sup>.

Anteriores o no al derecho positivo, superiores o no a este mismo derecho, configurados o no antes que en el derecho en algún

---

<sup>19</sup> Véase Roberto Alexy, *Teoría de los derechos fundamentales*, cit.

posible derecho natural o en exigencias éticas que se consideran insoslayables, lo cierto es que los derechos humanos, como resultado de los dos procesos que hemos analizado aquí, se han incorporado al ordenamiento jurídico internacional y a los ordenamientos jurídicos internos de cada Estado, configurándose un auténtico derecho positivo de los derechos humanos, algo así como un derecho de los derechos. “Recién con su positivación por la legislación o la Constitución los derechos humanos se convierten en algo tangible –expresa Eugenio Bulygin–, en una especie de realidad, aun cuando esa realidad sea jurídica. Pero cuando un orden jurídico positivo, sea éste nacional o internacional, incorpora los derechos humanos, cabe hablar de derechos humanos *jurídicos* y no ya meramente de derechos morales”<sup>20</sup>.

No es mi ánimo provocar innecesariamente a quienes ven el fundamento de los derechos humanos en el derecho natural o en ciertas exigencias éticas evidentes que derivan de la idea o principio de la dignidad de la persona humana, pero llegaría hasta afirmar que si tenemos derechos es porque tenemos dere-

---

<sup>20</sup> Eugenio Bulygin, “Sobre el status ontológico de los derechos humanos”, Madrid, *Doxa*, Centro de Estudios Constitucionales y Seminario de Filosofía del Derecho de la U. de Alicante, número 4, 1989.

cho. Si podemos hablar hoy de los derechos humanos y dar significado jurídico a esa expresión, es porque contamos, tanto a nivel nacional como internacional, con un derecho positivo de los derechos humanos. Sin ese derecho, los derechos humanos serían imprecisos, evanescentes, y quedarían librados a las distintas concepciones valorativas de quienes, afirmando la existencia de uno o más de ellos, los invocaran en un momento dado a favor propio o de otro u otros individuos o grupos de éstos. Como escribe Bobbio<sup>21</sup> a propósito de los derechos del hombre, “se ha producido históricamente el paso de un sistema de derechos en sentido débil, en cuanto estaban insertados en códigos de normas naturales o morales, a un sistema de derechos en sentido fuerte, como son los sistemas jurídicos de los Estados nacionales”, Aunque es preciso reconocer, como hace el propio Bobbio, que “hoy, a través de las distintas cartas de derechos en la comunidad internacional, se ha producido el paso inverso de un sistema más fuerte, como es el nacional no despótico, a un sistema más débil, como es el internacional, donde los derechos proclamados son sostenidos casi exclusivamente por la presión social, como sucede habitualmente en relación con los códigos morales, y son vio-

---

<sup>21</sup> Norberto Bobbio, *El tiempo de los derechos*, cit., pág. 126.

lados repetidamente sin que las violaciones sean, la mayoría de las veces, castigadas, y no tengamos más respuestas que una condena moral”. Con todo, desde que Bobbio escribió algo como eso han pasado veinte años, un tiempo durante el cual han mejorado notoriamente las condiciones necesarias para que en el sistema internacional pueda producirse la transformación de los derechos en sentido débil en derechos en sentido fuerte.

## 6

Con una planteamiento como el que he defendido aquí me aparto completamente de la concepción y fundamentación iusnaturalista de los derechos humanos, la cual tiene a su favor que en las primeras declaraciones de derechos de la modernidad –piénsese en la declaración de independencia de los Estados Unidos y en la misma Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789– se les considere y llame “derechos naturales”. Derechos naturales dados incluso por un todavía más improbable Creador de los individuos de la especie humana, aunque siempre he considerado que si los Padres Fundadores de los Estados Unidos, por ejemplo, llamaron naturales a derechos como la libertad, la igualdad y la búsqueda de la felicidad, ello obedeció al propósito de reforzar el carácter perentorio que se dio a tales derechos, lo cual

quiere decir que la mencionada denominación respondió a un respetable fin político, aunque no a una convicción teórica ni menos a un hallazgo de tipo científico. Por lo demás, siempre que alguien invoca el derecho natural en apoyo de una exigencia ética que considera importante y que debería verse reflejada en el derecho positivo –que el matrimonio sea indisoluble, o que sólo pueda celebrarse entre personas del mismo sexo, o que nadie pueda colaborar con las acciones que un enfermo terminal lleva a cabo para acabar anticipada y conscientemente con su vida–, no puedo evitar pensar que lo que pretende es dar una mayor fuerza persuasiva a sus planteamientos, cuando no terminar derechamente con la discusión, o, incluso, dar ese golpe sobre la mesa a que aludió Ross a propósito de quienes pronuncian no ya la expresión “derecho natural”, sino “justicia”, en medio de una discusión ética o jurídica relevante. A mí me parece que Ross fue demasiado lejos cuando afirmó que decir “justicia” es como dar un golpe sobre la mesa, aunque algo así acontece, por el contrario, cuando alguien menciona al derecho natural, con lo cual quiero significar que lo que me parece abusivo es invocar el derecho natural a favor de las propias convicciones acerca de la justicia y no pronunciar simplemente esta última palabra. El acuerdo en mi caso con quienes profesan fe en la existencia del derecho natural sería casi total

si consintieran que ésta es sólo la denominación que dan a sus personales convicciones o ideas acerca de lo justo, aunque, claro, igual rebatiría que “derecho natural” resulte una denominación apropiada para presentar la ideología o concepción que uno suscribe acerca de la justicia. Todos tenemos alguna concepción de la justicia, y a veces se trata de concepciones que comparte un amplio número de personas. Todos quienes trabajan con el derecho, ya sea en condición de legisladores, jueces o juristas, no sólo tienen, sino que deben tener alguna concepción de la justicia. Pero llamar “derecho natural” a la concepción que se tenga acerca de lo justo, por mucho que la comparta un alto número de personas, me parece no sólo inapropiado desde un punto de vista terminológico, sino también abusivo, puesto que decir que algo, un comportamiento cualquiera, está ordenado o prohibido por el derecho natural, parece liberar de toda argumentación a favor de lo que se dice y descalificar de entrada a quienes puedan tener una concepción diferente de la justicia.

Pero con el planteamiento que he hecho aquí me aparto también de una fundamentación ética de los derechos humanos, me aparto de autores tan prestigiados e importantes como Carlos Nino, Francisco Laporta, Ernesto Garzón Valdés, y del propio Nicolás López

Calera, lo cual quiere decir que me voy quedando bastante solo, aunque tampoco es que quede en mala compañía. Mi planteamiento es también el de Bobbio, el de Vernengo, el de Eugenio Bulygin, quienes aprecian los derechos humanos como derechos históricos. En mi parecer, no hay, propiamente hablando, una fundamentación historicista de los derechos humanos, aunque sí puede haber conceptos y definiciones de ese tipo de derechos. Lo que se llama “fundamentación historicista” de los derechos humanos es menos que eso y se trata sólo de una explicación acerca de esta clase de derechos, una explicación que los entiende tal como son –derechos históricos–, y una explicación que se reduce por tanto a eso y que no aspira a presentarse como fundamentación de los derechos.

Fundamentar puede significar dos cosas: dar razón de algo u ofrecer para algo una base cierta y concluyente. Así las cosas –reitero– la llamada fundamentación historicista de los derechos humanos no sería propiamente una manera de fundamentar esta clase de derechos en ninguno de los dos sentidos que acabo de dar a la palabra “fundamentar”, y, cuando más, podría hallarse próxima al primero de tales significados –dar razón de algo–, mas no del segundo. Además, y por emplear ahora la distinción que Gregorio Peces-Barba utiliza

en sus “Curso de derechos fundamentales”<sup>22</sup>, tratándose de derechos humanos no importa tanto el “por qué”, o sea, la cuestión de su fundamento, ni del “para qué”, la cuestión de su concepto y funciones, sino el “qué”, o sea, la cuestión de cuáles son los derechos que en tal carácter se consagran, garantizan y promueven en el derecho interno de los Estados y en el derecho internacional. Lo que urge, además de la consagración de los derechos, es la exigibilidad de éstos a partir del propio derecho que los declara, nacional e internacional, y que establece también sus garantías, esto es, según Ferrajoli<sup>23</sup>, las “técnicas idóneas para asegurar su efectiva tutela o satisfacción”, puesto que –continúa diciendo ese autor– “la divergencia abismal entre los derechos solemnemente proclamados en las diferentes cartas constitucionales y la desoladora ausencia de garantías que los aseguren, resulta contraria al derecho positivo vigente y se debe, principalmente, no ya a dificultades técnicas sino a la permanente falta de disposición de los poderes –cualesquiera que sean– a sufrir el coste de los límites, las reglas y los controles”.

---

<sup>22</sup> Gregorio Peces-Barba, *Curso de derechos fundamentales*, Madrid, Eudena, 1991.

<sup>23</sup> Luigi Ferrajoli, *Democracia y garantismo*, cit., pág. 62.

Nada de lo anteriormente expresado implica desinterés ni menos desdén por la fundamentación de los derechos ni tampoco prescindencia ante el problema de su concepto. Lo que implica es un llamado a focalizarnos en la única de aquellas tres preguntas en la cual podemos conseguir un total acuerdo en cuanto a su respuesta. Por lo demás, y otra vez en palabras de Peces-Barba, un derecho fundamental no está fijado del todo terminado en el enunciado jurídico constitucional o legal que lo expresa, “sino que entra en una dinámica de desarrollo, de interpretación y de aplicación que afecta al propio sentido y a la función de tal derecho”, lo cual ocurre, ante todo, merced a las actuaciones de los órganos jurisdiccionales y del correspondiente tribunal constitucional. Por lo mismo, y tal como sucede con todas las normas y demás estándares o piezas del derecho, puestos a identificar los derechos humanos no hay que revisar únicamente los tratados, constituciones y leyes que los consagran tanto en el ámbito del derecho interno como externo, sino que es preciso atender también a la jurisprudencia de las cortes internacionales y de los tribunales nacionales que, además de aquellos textos, es otra de las bases de sustentación objetiva que los derechos han ganado gracias a su proceso de positivación tanto en uno como en otro derecho, nacional e internacional. Robert Alexy<sup>24</sup>, por ejemplo, sostiene que sobre los

derechos fundamentales pueden formularse teorías de diferente tipo.” Las teorías históricas –escribe–, que explican el surgimiento de los derechos fundamentales, las teorías filosóficas que se ocupan de su fundamentación, y las teorías sociológicas acerca de las funciones de los derechos fundamentales en el sistema social”. Lo que me pregunto, sin embargo, es si las teorías filosóficas sobre la fundamentación de los derechos pueden correr aparte o de espaldas a las teorías históricas que explican el surgimiento de los derechos.

Según mi parecer, los derechos humanos son históricos, esto es, aparecen, e incluso bastante tardíamente, en el curso de la historia de la humanidad, y, en tal sentido, condicionan un concepto igualmente histórico de los mismos. Porque una cosa son los derechos humanos –un tipo de realidad, un determinado estándar jurídico, una de las piezas del derecho que identificamos con ese nombre–, y otra es el concepto que de ellos se tenga, con lo cual quiero decir que los derechos humanos son derechos históricos y que el concepto de ellos también lo es, de manera que así como los derechos humanos han ido expandiéndose en el curso de su historia, así también ha ido

---

<sup>24</sup> Robert Alexy, *Teoría de los derechos fundamentales*, cit., pág. 27.

modificándose, o cuando menos ajustándose, el concepto que tenemos de ellos. La expansión de los derechos humanos “no es la historia de un error” –en lo cual se puede y debe estar de acuerdo con Robert Alexy–, aunque no podemos ocultarnos el hecho de que esa expansión, la cual se expresa en distintas generaciones de derechos fundamentales, ha incorporado al catálogo de los derechos nuevos “derechos” que en rigor no responden al concepto o idea tradicional de los derechos subjetivos, afectándose de ese modo no sólo aquello que llamamos derechos humanos, sino, como era de esperar, el concepto que tenemos de ellos. Si los derechos cambian, y cambian porque se incrementan, también cambia o se modifica el concepto que pueda darse acerca de ellos, con lo cual quiero decir que dar un concepto de derechos humanos resultaba tarea fácil cuando sólo se contaba con la primera de sus generaciones, la de los llamados derechos civiles, y que esa tarea se volvió más compleja con la aparición luego de los derechos políticos, aún más con la de los derechos sociales y culturales, y ni qué decir cuando se filian como derechos humanos algunos que, como el derecho al desarrollo o el derecho a la paz, tienen como titulares a los pueblos e, incluso, a la completa humanidad.

Yo puedo estar de acuerdo con Nicolás López Calera, por ejemplo, cuando señala en

uno de sus trabajos<sup>25</sup> que ya en la antigua Grecia, de la mano de algunos literatos y filósofos, existió una “preocupación teórica por justificar las luchas por la defensa y realización de lo más propiamente humano”. Puedo convenir con él, asimismo, que en antiguos textos griegos y romanos –el caso de Antígona es emblemático en tal sentido– es posible encontrar “argumentos que afirman que hay algo humano de todos los hombres que no puede estar al arbitrio de los poderosos”, aunque en el mismo momento en que Sófocles invocaba por boca de Antígona leyes no escritas e inmutables a propósito de la sepultación de cadáveres, la élite intelectual, social y económica de Grecia aceptaba sin el menor cargo de conciencia una institución que, como la esclavitud, lesionaba algo humano mucho más importante que el derecho a dar sepultura a los muertos, a saber, la libertad.

Es efectivo que en el origen de los derechos humanos hay ideas morales fuertes y estables que todos hemos llegado a compartir –básicamente, la idea de dignidad de la persona humana–, pero tal origen no transforma a los derechos humanos en derechos morales ni,

---

<sup>25</sup> Nicolás López Calera, “Los derechos humanos: un concepto histórico y un concepto problemático”, en *Derechos humanos, educación y comunicación*, J.A. Ortega y otros (coordinador), Granada, Centro UNESCO de Antecedentes, 1999, págs. 25 a 35.

menos aún, permite afirmar que ellos estuvieron siempre allí, esperando a ser descubiertos por la inteligencia moral del hombre. En muchos derechos, incluso en derechos no fundamentales, es posible hallar una raíz de orden moral. ¿No es acaso moral que quien transfirió a otro la propiedad de una cosa que le pertenecía reciba el pago del precio que se hubiere convenido entre él y el comprador de esa cosa? Para nadie, ni siquiera para un positivista bastante extremo como Kelsen, constituye un misterio que todo ordenamiento jurídico refleja algún sistema de moralidad imperante en la sociedad de que se trate, aunque no por ello podemos afirmar que el derecho sea algo así como un subproducto de la moral. Lo único que podemos decir es que el derecho tiene vínculos con la moral, como también diferencias, y es por eso que la tesis positivista correcta acerca de las relaciones entre derecho y moral es aquella que postula la distinción, no la separación, entre uno y otra.

Ernesto Garzón Valdés ha escrito estimables páginas acerca de la relación entre dignidad, derechos humanos y democracia<sup>26</sup>, aunque no puedo estar de acuerdo con él en que

---

<sup>26</sup> Ernesto Garzón Valdés, “Dignidad, derechos humanos y democracia”, Buenos Aires, *Revista de Derecho Penal*, 2000-1, págs. 13 a 33.

tales derechos deriven simplemente “de la inherente dignidad de la persona humana”, por mucho que así lo expresen habitualmente los textos constitucionales y los convenios internacionales que los incorporan a sus cláusulas y articulados, como tampoco puedo estarlo con la afirmación de que los derechos fundamentales existen en tal carácter, antes de su formulación, “en un código moral o jurídico”. Lo que llamamos derechos humanos, o derechos fundamentales, fueron concebidos como tales a partir de un momento relativamente reciente de la historia de la humanidad –el tránsito del Medioevo a la Edad Moderna–, como bien ha explicado Peces-Barba en varios de sus textos sobre la materia, e incorporados entonces al derecho interno de los estados y al ordenamiento jurídico internacional, y todo eso en medio de procesos de generalización, expansión y especificación graduales y no exentos de dificultades. No digo que antes del Medioevo no puedan encontrarse antecedentes de los modernos derechos humanos –puede encontrárselos incluso en libros del Antiguo Testamento–, aunque se trata de eso, de antecedentes, de ideas y declaraciones que forman una suerte de prehistoria de los derechos humanos, sin dar a la palabra “prehistoria” ninguna connotación peyorativa.

Si aplicáramos a los derechos humanos la distinción que suele utilizarse a propósito de la filosofía, es decir, la distinción entre “comienzo” y “origen”, es efectivo que el primero, el comienzo de los derechos humanos, puede ser situado en un determinado momento histórico, mientras que el segundo, el origen, proviene de ideas que vinieron abriéndose paso lenta y dificultosamente a lo largo de varios siglos anteriores a ese momento –en especial la idea de dignidad de la persona humana, tanto en cuanto género o especie (la humanidad), como en cuanto persona (individuo). Pero ese origen, menos que ofrecer un fundamento a los derechos, es sólo la fuente material o “fuerza modeladora”, como diría Bodenheimer<sup>27</sup>, que se encuentra en su génesis y desarrollo. Si las normas y otros estándares de una Constitución, de una ley o de una resolución administrativa reconocen su origen, más allá de la voluntad de quién o quienes las ponen en vigencia y de los actos normativos que se ejecutan en un momento dado con esa finalidad, en determinados factores políticos, económicos, sociales, morales, culturales, o en una combinación de éstos, ¿por qué ver en tales factores el fundamento de tales normas y estándares y no

---

<sup>27</sup> Edgard Bodenheimer, *Teoría del derecho*, México, Fondo de Cultura Económica, 1971, traducción de Vicente Herrero.

únicamente su explicación? Además, la idea de dignidad de la persona humana, si bien situada en el origen de los derechos humanos, está o se encuentra también al término de la historia que éstos empezaron a recorrer a partir de su comienzo como tales. Como razona Luis Prieto Sanchos<sup>28</sup> “la esencia humana no es punto de partida, sino que constituye un resultado, es decir, “no se concibe como aquel parámetro presocial y racional definidor de un modelo de justicia intemporal, sino acaso como un horizonte adecuado para guiar la forma de convivencia desde el presente histórico”.

Si tuviera que resumir mi planteamiento, diría que los derechos humanos no siempre han estado allí. Se trata de un invento, no de un descubrimiento, de una construcción, no de un hallazgo, y, por tanto, no puede decirse de ellos lo que Stephen King afirmó de los cuentos y novelas que descubre un escritor, por sugerente que resulte la bella imagen de que se vale el irregular escritor norteamericano para explicar esto. “Las historias –dice King<sup>29</sup>– son reliquias, fragmentos de un mun-

---

<sup>28</sup> Luis Prieto Sanchís, *Estudios sobre derechos fundamentales*, Madrid, Debate, 1990.

<sup>29</sup> Stephen King, *Mientras escribo*, Barcelona, Plaza&Janés, pág. 180, traducción de Jofre Homedes Beutnagel.

do preexistente que no ha salido a la luz. El trabajo del escritor es usar las herramientas de su caja para desenterrarlas lo más intactas que se pueda. A veces aparece un fósil pequeño, una simple concha. Otras lo que aparece es enorme: un *Tyrannnnnosaurus Rex* con todo el costillar y la dentadura. Tanto da que salga un cuento o un armatoste de mil páginas, porque en lo fundamental las técnicas de excavación son las mismas”. Lo que quiero significar con esta cita de un escritor al que pocos toman en serio es que no veo a la humanidad, por lo que respecta a los derechos humanos, en la actitud que Stephen King describe para un escritor respecto de las historias que nos transmite. No la veo inclinada sobre la tierra ni provista de las sutiles herramientas con las que un arqueólogo limpia el suelo y aparta con delicadeza y paciencia el polvo que cubre la trama de la pieza que permanecía oculta en espera simplemente de ser descubierta.

No se trata de una argumentación concluyente a favor del planteamiento que he defendido aquí, pero es evidente que por los derechos humanos ha habido que luchar. Luchar en el curso de su todavía breve historia, y luchar, desde luego, en los larguísimos siglos de su prehistoria. Luchar porque se abrieran paso en la inteligencia y en el corazón de los hombres ideas y convicciones que sostienen a tales derechos –en especial la de dignidad de

la persona humana-, y no sería del caso remarcar aquí los múltiples hitos de esa lucha. Todos los conocemos. Pero baste con recordar que los derechos que fueron declarados en la Carta Magna inglesa de 1215 no derivaron pura y simplemente a partir de esa dignidad ni fueron tampoco dados por el monarca, sino arrebatados a éste por nobles, clérigos y comerciantes que consiguieron instalar frente a su castillo un imponente ejército de hombres a caballo. Del mismo modo, los plebeyos de la antigua Roma tuvieron que luchar largo tiempo por su derecho a conocer el derecho que los regía y a que éste fuera escriturado y puesto a los ojos del público en la famosa Ley de las Doce Tablas, de manera que el derecho dejara de ser patrimonio de los patricios gobernantes y de los magistrados que lo aplicaban. Y pasando ahora a la historia de los derechos humanos, la propia Acta de Habeas Corpus, de tanta importancia para los derechos civiles o de primera generación, no fue un documento fruto de la inspiración ni de la bondad del Rey Carlos II, sino que tuvo origen en el encarcelamiento arbitrario de opositores políticos al monarca y en la decisión de los partidarios de éstos de enfrentar esa situación y de ponerle término. La declaración de Derechos de 1688 se originó también en un hecho político concreto, aunque algo menos elegante, puesto que, redactada por el parlamento, fue firmada por Guillermo

de Orange, quien había destronado al rey Jacobo II, como una condición para hacerse con la corona. Y para que apareciera la primera declaración universal de derechos humanos, casi tres siglos más tarde, tuvieron que ocurrir los horrores de la segunda guerra mundial, que con los de la primera no fue suficiente.

Como indica Bobbio<sup>30</sup>, “el elenco de los derechos humanos se ha modificado y va modificándose con el cambio de las condiciones históricas, esto es, de las necesidades, de los intereses, de las clases en el poder, de los medios disponibles para su realización, de las transformaciones técnicas, etc”. Por muy fundamentales que sean –agrega todavía Bobbio–, los derechos humanos son derechos históricos, es decir, nacen gradualmente, no todos de una vez y para siempre, en determinadas circunstancias, caracterizadas por luchas por la defensa de nuevas libertades contra viejos poderes”.

Una visión de los derechos humanos como la que he propuesto aquí podría resultar desalentadora, aunque en verdad no lo es, porque a lo que nos invita no es a la resignación y menos a la complacencia con nuestra natura-

---

<sup>30</sup> Norberto Bobbio, *El tiempo de los derechos*, cit., págs. 18 y 56.

leza humana, sino a la acción, e, incluso, a la lucha. Nada más consolador que creer que los derechos humanos han estado siempre allí. Lo que digo es que si están es porque hubo que luchar por ellos, uno tras otro, una en pos de otra generación de los mismos, y que si han continuado estando, e incluso expandiéndose, es justo en la medida en que nos hemos mostrado dispuestos a seguir luchando. De ahí, por lo mismo, la importancia de la democracia como forma de gobierno y de la lucha que también es preciso dar por ella en el plano teórico como en el práctico. Cuando tantos bostezan hoy ante la palabra “democracia”, sobre todo jóvenes, yo les recuerdo que una muy buena razón para preferirla como forma de gobierno es que está probado que ella es la que mejor examen rinde en cuanto a la declaración, protección y realización de los derechos humanos., porque, en efecto, y tal como escribe David Bondia<sup>31</sup>, “se presenta difícil imaginar otro régimen político, diferente de la democracia, que pueda ofrecer condiciones adecuadas para el desarrollo de los derechos humanos”, o sea, no únicamente para su consagración y garantía, sino también para su promoción y avance. En consecuencia –digo a esos jóvenes–, si das valor a tus derechos

---

<sup>31</sup> David Bondia, “Democracia, derechos humanos y sociedad civil”, en *Los derechos humanos en el siglo XXI. Continuidad y cambios*, cit., pág. 312.

fundamentales tienes que darlo también a la democracia, por mucho que ésta realice sólo los “valores fríos” del voto, las garantías jurídicas formales y la observancia de las leyes, puesto que no hay otra forma de gobierno que asegure mejores resultados en todo lo que concierne a tales derechos<sup>32</sup>.

Una visión como la que aquí propongo de los derechos humanos tampoco impulsa la idea de que éstos se encuentran al arbitrio de los gobernantes o de las mayorías, puesto que los derechos constituyen efectivamente ese “coto vedado” del cual nos habla Garzón Valdés. Los derechos humanos, así como los valores superiores de un ordenamiento jurídico, constituyen eso que suele llamarse también “territorio inviolable” o “esfera de lo indecible”, por utilizar ahora las expresiones de Bobbio y de Luigi Ferrajoli, aunque no se trata de un territorio, una esfera o un coto al que no pueda penetrarse del todo, sino al que sólo puede ingresarse para ampliarlo y mejorarlo, nunca para restringirlo y menos aun para suprimirlo. Tal como puede leerse en la Constitución alemana, según nos recuerda Tugendhat<sup>33</sup>, ninguno de los derechos fundamentales “puede ser alterado en su conteni-

---

<sup>32</sup> Para la expresión “valores fríos”, véase Claudio Magris, *Literatura y derecho ante la ley*, Madrid, Sextopiso, pág. 82, traducción de María teresa Meneses.

do esencial”. Sin embargo, no puedo estar de acuerdo con Tugendhat cuando, no obstante admitir que respecto de los derechos fundamentales “se ha dado un proceso histórico”, concluye que “sólo su descubrimiento (de los derechos humanos) estuvo en cada caso condicionado históricamente, dependiente de las experiencias concretas que sensibilizan a las personas acerca de determinados males y efectos del poder estatal y no estatal”. Creer lo contrario –sostiene el filósofo alemán– equivaldría a que a los derechos humanos les afecta una “relatividad histórica”, aunque no se muy bien que qué quiere decir exactamente con esa expresión, puesto que si con ella se quisiera significar que los derechos humanos están a disposición de los vaivenes de la historia, que no son otra cosa que los vaivenes de los hombres –de los poderosos, de los gobernantes, de las mayorías, de las minorías, de quienes sean–, yo también rechazaría esa “relatividad”, aunque no tendría inconveniente en hacerla mía si la expresión significara simplemente que los derechos humanos son unos derechos que con carácter de fundamentales han ido siendo creados e incorporados con ese nombre en textos constitucionales, legales e internacionales a partir de cierto

---

<sup>33</sup> Ernts Tugendhat, *Un judío en Alemania*, Barcelona, Gedisa, 2008, págs. 73 y 77, traducción de Daniel Gamper Sasche.

momento histórico, pasando por esos procesos de positivación, generalización, expansión, internacionalización y especificación que hemos mencionado aquí, los cuales han evolucionado también, paso a paso, en el curso de los humanos acontecimientos de los últimos 400 años. Sí, tiene razón Tugendhat cuando afirma que “una vez que se presta atención a un derecho fundamental que no había sido reconocido hasta entonces, ya no es posible anularlo”, aunque me cuesta admitir que en el momento en que se presta atención a un derecho que no había sido reconocido pueda decirse que ese derecho es “descubierto”, al modo diríamos de un tesoro, me imagino, que permanecía oculto bajo tierra o en el fondo oscuro del mar hasta que un afortunado dio con él y lo sacó a la luz para que todos lo vieran, menos, claro está, los millones de desafortunados seres humanos que tuvieron la mala suerte de haber nacido y vivido antes de ese hallazgo. Si los derechos humanos son descubiertos, según afirma Tugendhat, poco a poco, se entiende, tal como su historia lo muestra, ¿dónde estaban antes de ser hallados y quién o quiénes los mantuvieron ocultos por tan largo tiempo? No niego en absoluto lo que podríamos llamar “progreso moral de la humanidad”, ese proceso de “humanización de la vida” al que se refirió Mario Vargas Llosa en una de sus recientes colaboraciones periodísticas. Antes

por el contrario, la propia creación de los derechos humanos y su posterior despliegue en sucesivas generaciones de derechos confirman ese progreso, esa continua humanización de la vida, aunque tal progreso ha consistido en desarrollar el mayor y mejor sentido moral que condujo a la sucesiva creación de ciertos derechos con el carácter de fundamentales y las demás propiedades que les adjudicamos y no a una mera sofisticación de unos censores que nos hubieran permitido ir detectando por etapas las generaciones de derechos que hoy conocemos. Si hay algo así como un progreso moral de la humanidad, un proceso que podemos llamar civilizatorio, un proceso de humanización de la vida, un avance en la consolidación del principio que ordena tratar a las personas como a fines y no como medios, me parece que la conciencia que hace posible ese progreso y esa consolidación resulta más estimable si se considera que ella es capaz de producir los derechos fundamentales y no meramente descubrirlos. Más alerta, fecunda y digna de elogio, según me parece, es una conciencia que crea derechos con carácter de fundamentales que una que se limita a sacarlos simplemente a la luz, derechos que, por otra parte, se transforman en lo que Bobbio<sup>34</sup> llama “indicadores principales del progreso histórico”.

---

<sup>34</sup> *El tiempo de los derechos*, cit., pág. 16.

La propia idea de dignidad de la persona humana, tanto en cuanto género humano como en cuanto individuos, tanto como el especial valor que conferimos a la especie humana como a cada sujeto en particular, es también histórica, porque la dignidad es individual y es también del conjunto de la humanidad. Pero no siempre estuvo allí y tampoco fue siempre compartida. La igual dignidad de cada persona por el solo hecho de ser tal es una conquista, no un hallazgo, un valor o principio que vino abriéndose paso desde tiempos muy remotos, lenta, dificultosamente, y que ha sido también desmentida por múltiples, condenables y en ocasiones nada breves ni tampoco lejanos sucesos históricos de cuyo acaecimiento los hombres somos tan responsables, en ese caso para mal, como de los derechos que hemos creado, en ocasiones a partir de esos mismos lamentables sucesos, en este caso para bien. Pero cada vez que se atropellan los derechos humanos, y, sobre todo, cada vez que estamos en presencia de violaciones masivas y sistemáticas de parte de agentes del Estado, no basta, según creo, con denunciar a los cuatro vientos que se está pasando por encima de la naturaleza humana, o de la dignidad de la persona humana, sino que se hace necesario echar mano de alguna de las diferentes modalidades de desobediencia al derecho por razones morales, tales como la protesta, la objeción de conciencia, la

desobediencia civil, e, incluso, la desobediencia revolucionaria. Precisamente, porque la moral no es lo mismo que el derecho podemos invocar la primera para desobedecer al segundo en situaciones excepcionales. En esto estoy con la fórmula de Hart, que no es la de decir en tales circunstancias “Esto no es derecho”, sino “Este es derecho, pero resulta demasiado inicuo para obedecerlo”.

La significativa mayor parte de la historia no conoció los derechos humanos. La significativa mayor parte de los individuos que han vivido en este planeta no disfrutó de los derechos humanos. Ahora mismo hay millones de personas para quienes se trata sólo de derechos en el papel. Los derechos humanos son tanto una creación como una conquista. Una creación humana, esto es, un fenómeno cultural, o una pieza de ese fenómeno cultural más amplio que es el derecho, algo que el hombre ha producido con vistas a ciertas funciones y fines o en nombre de determinadas razones o ideas, algo de lo mucho que es producto de la acción conformadora y finalista del hombre, algo de lo mucho que éste ha sido capaz de colocar entre el polvo y las estrellas, mas no algo que haya bajado alguna vez desde las estrellas ni emergido tampoco desde la naturaleza como el polvo que de pronto levanta un viento favorable.

Todos recordamos que la declaración Universal de Derechos Humanos reconoce en su Preámbulo que “la aspiración más elevada del hombre es el advenimiento de un mundo en que los seres humanos, liberados del temor y de la miseria, disfruten de la libertad de palabra y de la libertad de creencias”, un propósito que puede extenderse sin dificultad a los restantes derechos fundamentales, es decir, a los que no tienen que ver con esas dos determinadas libertades que menciona el citado Preámbulo. Por otra parte, el “advenimiento” de ese mundo no es algo que ocurrirá por obra de la naturaleza ni de hechos que haya que sentarse a esperar o de hallazgos que todavía permanezcan ocultos o no suficientemente definidos en la caverna donde habitarían los derechos humanos. Por el contrario, tal advenimiento sólo puede ser resultado de acciones humanas concretas y continuadas que consoliden los derechos que ya tenemos con carácter de fundamentales, así como las garantías que son indispensables para hacerlos efectivos, y que, a la vez, prolonguen debidamente la historia de unos derechos que siempre han requerido tanto de la intervención como de la imaginación moral, política y jurídica de hombres dispuestos a asociarse entre sí y a concordar lo que sea necesario para culminar la liberación del temor y de la miseria. Las distintas generaciones de derechos no han llegado hasta nosotros como lo

hacen las estaciones del año o el relevo de las mareas ni son tampoco algo así como un metal precioso que se nos hubiere ido mostrando en sucesivas vetas que sólo la mayor sofisticación del aparato detector de ese metal –la conciencia moral–, y no la voluntad o determinación de producirlas, ha hecho posible que ellos aparezcan y se consoliden. Lo que es preciso hacer, en consecuencia, es continuar trabajando por los derechos humanos, tanto en el plano teórico como en el práctico, pero situados siempre entre el polvo y las estrellas, sin creer que esos derechos están escritos en éstas u ocultos bajo aquel.

Sin necesidad de transformarme por ello en un heideggeriano, el hombre es un ser arrojado al mundo y destinado a la muerte, o, mejor aún, un ser arrojado al mundo y cuyo término es el morir, que no la muerte, puesto que no hay nada como un estado en el que nos podamos encontrar y al que sea posible llamarle muerte. Morir es algo, la muerte nada. Pero así y todo, constituyendo el hombre y cada hombre un delgado y efímero haz de luz entre dos inconmensurables oscuridades –la que precede a nuestro nacimiento y la que seguirá al hecho de morir–, entretanto bien podemos tomarnos un vaso de vino, como escuché decir cierta vez en Chile a Claudio

Magris<sup>35</sup>, y donde vino significa mucho más que ese delicioso licor que fabricamos de las uvas, puesto que alude a todo lo que con algún sentido podemos hacer con nuestras vidas individuales y con nuestra colectiva existencia como humanidad.

Los derechos humanos forman ahora parte de ese todo, una de las partes más preciosas y en absoluto no negociables de cuanto hemos conseguido colocar entre el polvo y las estrellas.

---

<sup>35</sup> Claudio Magris, *Entre el Danubio y el mar: itinerario de un escritor*, Conferencias Presidenciales de Humanidades, Santiago, República de Chile, págs. 285 a 314.

¿Y SI LOS DERECHOS HUMANOS  
NO TIENEN UN PUESTO EN EL  
DERECHO?

*Nicolás LÓPEZ CALERA*

I

Si las reglas del juego de este seminario es contestar el Prof. Squella con una contraponencia, esto es, con otra ponencia que se ponga en contra de lo que dice mi buen amigo, tal vez les frustren mis palabras, entre otras cosas porque en muchas de las cosas que dice estoy de acuerdo. Pero, siendo sinceros, no en todo. En todo caso elaboro esta contraponencia como una contraponencia amiga. La ponencia de Agustín Squella es para mí un pretexto o una ocasión para exponer algunas convicciones personales, que no originales, sobre los derechos humanos. En todo caso, debo manifestar mi satisfacción y mi agradecimiento por esta oportunidad, así como felicitar al Prof. Ernesto Garzón Valdés y la Fundación Coloquio Jurídico Europeo por esta feliz iniciativa. Como concluiré en mi intervención, quizás lo más importante de este coloquio sea haber puesto sobre la mesa de este seminario, que reúne a juristas que se

la andan normalmente con leyes, reglamentos, resoluciones judiciales o escrituras públicas, el tema y el problema de los derechos humanos. Espero que Agustín y yo sepamos decir algo que pueda servir para algo con todas nuestras limitaciones, en un mundo en el que los derechos humanos no gozan de buena salud.

El argumento central de mi intervención nace de la pregunta que me hago a partir del título de la ponencia: ¿qué pasa con los derechos humanos cuando no están en el derecho? Cuando están “en el derecho estatal”, esto es, cuando son “derechos legales”, siguen los avatares normales que los derechos subjetivos sufren en general en todos los ordenamientos jurídicos. Cuando están “en el derecho internacional” las cosas cambian, pues los derechos humanos están entonces en el interior de un derecho débil y sin una organización política efectiva que los garantice. Pero cuando no están ni en un derecho (estatal) ni en otro (internacional), ¿qué pasa con los derechos humanos?, ¿existen o no existen?, ¿qué son en este caso?

El esquema de mi trabajo es el siguiente. Voy a exponer algunas tesis centrales de la ponencia de Agustín Squella de las que discrepo modesta y levemente (aunque tampoco faltará incienso para su ponencia) para aña-

dirles algunos argumentos de mi propia cosecha y así, entre los dos, dejar sobre la mesa problemas y argumentos para su discusión por los participantes en este seminario y obtener así quizás algunas conclusiones más sustanciosas.

Agustín Squella, en las primeras líneas de su ponencia, hace alabanza y comparte la tesis del positivismo lógico de que la filosofía presta uno de sus mayores servicios cuando se concentra en el examen de las palabras. Personalmente pienso que el examen de las palabras no es pura lógica ni, en última instancia, es tampoco una tarea inocente. Por ello me parece acertado que un poco más adelante Squella recoja la convicción de Isaiah Berlin de que analizar las palabras es también el examen del propio pensamiento. Squella añade que no le parece adecuada la contraposición entre una filosofía ocupada de problemas y otra concentrada en las palabras. Sin embargo, me parece que en su ponencia hay demasiada filosofía preocupada de las palabras, una filosofía que se olvida de las causas de la existencia miserable de millones de hombres y mujeres.

En esta línea de preocupación por la palabra, Agustín Squella hace una primera excursión sobre los términos “derechos fundamentales” y “derechos humanos”. La primera

cuestión de palabras que plantea esconde graves y complejos problemas de fondo que en mi opinión hay que desvelar y sobre los cuales se debe tomar posición. Squella resuelve de manera bastante “lógica” el problema de los nombres, esto es, como una mera cuestión de palabras. Afirma que emplea indistintamente los nombres de “derechos fundamentales” y “derechos humanos”, porque no tiene –dice– suficientes razones para establecer la diferencia entre ambos, aunque siempre ha preferido la denominación “derechos humanos”. No tiene –añade– razones para establecer la diferencia que entre ambos hace, por ejemplo, Antonio Enrique Pérez-Luño, considerando “derechos fundamentales” a los que se encuentran reconocidos y positivados a nivel interno de cada Estado, y “derechos humanos” a aquellos que han sido positivados en declaraciones, acuerdos y tratados de carácter internacional, o que, incluso sin haberlo sido, o sea, independientemente de que hayan alcanzado un estatuto jurídico positivo a nivel internacional o nacional, provienen de determinadas exigencias morales básicas relacionadas con la dignidad de las personas.

Sin embargo, quizás la tesis central de su ponencia sea un reconocimiento encendido de la positivación de los derechos humanos, esto es, de su incorporación a los derechos internos y al derecho internacional. En la ponencia

hay un fuerte entusiasmo por la positivación de los derechos humanos, por su efectiva incorporación tanto al derecho interno de los Estado como al derecho internacional. Squella dice, de la mano de Perfecto Andrés Ibáñez, que tomarse los derechos en serio supone reconocerles existencia y carácter normativo y vinculante. Si los derechos humanos tienen reconocido su carácter normativo y vinculante (Perfecto Andrés Ibáñez), si los derechos humanos se convierten en algo tangible por su incorporación a un orden jurídico positivo y pueden llamarse ya “derechos humanos jurídicos” (Bulygin), entonces ya no hay que entrar a valorar lo que ha significado el derecho natural como fundamento de estos derechos.

En esta línea argumentativa, de corte indudablemente positivista, da un paso más cuando afirma, sin ánimo de provocar a los iusnaturalistas ni a los que creen en ciertas exigencias éticas derivadas del principio de la dignidad de la persona humana, que “si tenemos derechos es porque tenemos derecho”. El reconocimiento de este *factum* (la positivación) parece como si descargara a Squella de considerar lo que son o no son los derechos humanos antes de o más allá de su reconocimiento y tutela por un ordenamiento jurídico, esto es, lo que son o no son cuando no están positivados en un orden jurídico. Rehuye por supuesto

también el debate de si son anteriores o superiores al derecho positivo. Con este planteamiento reconoce que se aparta completamente de la concepción y fundamentación iusnaturalista de los derechos humanos. Incluso llega a calificar a la concepción iusnaturalista de abusiva, pues la referencia al derecho natural parece liberar de toda argumentación a quien lo defiende y descalifica a quienes pueden tener una concepción diferente de la justicia. En suma, la tesis de “si tenemos derechos es porque tenemos derecho” me parece arriesgada, pues puede llevar a una conclusión demasiado fuerte y es que los millones de seres humanos que viven en Somalia o en Etiopía, por ejemplo, no tendrían derechos, porque no están en el derecho.

Pues bien, aquí viene mi primera “anti-tesis”. Squella pasa demasiado de prisa sobre la cuestión de los nombres. Porque no se trata sólo de una cuestión de palabras. Definir el alcance y el sentido de las palabras obliga a construir y manifestar alguna filosofía de los derechos humanos que no se quede en simples cuestiones lógicas. Por ejemplo obliga a hablar del puesto que ocupan los derechos que no están en el derecho (por darle la vuelta al título de la ponencia), esto es, de los derechos humanos que no son legales, cuestión conceptual a la que inexcusablemente hay que añadir

el dato dramático de que esos derechos que no están en el derecho son la contundente prueba de la miseria de centenares de millones de personas.

Vayamos a mi tesis inicial. Personalmente daría un concepto más restringido y simple de derechos fundamentales como aquellos derechos que constituyen el fundamento de un orden jurídico positivo. Es decir, una determinada comunidad política entiende que hay determinadas exigencias y pretensiones que reconoce como “derechos subjetivos”, que valora como importantísimas y que, en consecuencia, las constituye como base de su sistema jurídico para autoconsiderarse así y pretender ser considerado por otros como orden jurídico y político justificado o legitimado.

El sentido de "fundamento" de un orden jurídico y político histórico atribuido a estos llamados “derechos fundamentales” se explica porque una determinada sociedad política considera su peculiar naturaleza (bien porque moralmente los entiende como propios de todo ser humano o bien porque les atribuye excepcional importancia moral y política) y los pone como base de su derecho, esto es, los “constitucionaliza”. ¿Por qué se eligen estos derechos y no otros? Más tarde quizás hable de esta importante cuestión, pero adelanto que no hay una criteriología objetivista (al

estilo iusnaturalista) capaz de discernirlos y determinarlos. Ello quiere decir que el concepto de “derechos fundamentales” no puede tenerse como un criterio objetivo o definitivo para justificar órdenes jurídicos, pues cada orden jurídico tiene como derechos fundamentales los que quiere o los que puede y en todo caso nunca a va negarse a sí mismo legitimidad porque no tenga en su base los derechos fundamentales que otros reconocen como tales. Por ejemplo, los juristas islamistas no deslegitimarán sus sistemas jurídicos porque no contengan los derechos propios de las sociedades avanzadas occidentales. Ellos asumen “otros derechos” que están reconocidos en su libro sagrado y en esas sociedades hay poderes fácticos capaces de imponerlos como fundamentales. Así pues, en mi opinión, cuando se habla de “derechos fundamentales” se hace referencia a derechos positivados, a “derechos legales” (*legal rights*) y, más específicamente, a “derechos constitucionales”. Son derechos, porque están en el derecho, son “un poder jurídico otorgado por el orden jurídico a un individuo”<sup>1</sup>. Son, pues, derechos fácilmente identificables, esto es, se sabe con facilidad cuáles son y dónde están declarados.

---

<sup>1</sup> Hans Kelsen, *Teoría pura del derecho*, traducción de R.J.Vernengo, UNAM, México, 1981, pág. 146.

Ahora bien, estén o no estén en el derecho se habla de “derechos humanos”. ¿Por qué? En principio, porque ni todos los derechos fundamentales son derechos humanos, ni todos los derechos humanos son derechos fundamentales. Pero además y sobre todo, porque hay un hecho histórico incontrovertible y es que desde siempre los seres humanos han luchado y luchan por tener o hacer “cosas importantes” que consideran esenciales para su supervivencia en libertad y con dignidad, aunque las leyes positivas e históricas no les reconocen. A esas pretensiones, reivindicaciones o demandas radicales se les suele llamar “derechos humanos”. ¿Qué relación y diferencia puede haber entonces entre ambos conceptos? La relación puede ser tan estrecha que se identifiquen. Así, en las sociedades avanzadas, los derechos fundamentales, entendidos sobre todo como “derechos constitucionales”, suelen coincidir en una gran mayoría con los que usualmente se llaman “derechos humanos”, esto es, son derechos de toda persona humana al margen de cualquier condición de razón, sexo, religión o ideología. Normalmente, en un sistema democrático, los llamados “derechos humanos” (como referencia inicial esos derechos humanos serían los contenidos en la Declaración Universal de 1948) suelen ser “derechos fundamentales”. Sin embargo, no todos los derechos fundamentales pueden ser considerados como “de-

rechos humanos", porque los derechos fundamentales, entendidos como "derechos constitucionales", tienen contenidos que están más allá de lo que podrían ser las pretensiones, facultades o necesidades más básicas de todo ser humano. Robert Alexy mantiene que las Constituciones incluyen derechos que no cabe considerar como derechos humanos<sup>2</sup>. Resultaría difícil admitir que un derecho constitucional, como es el que establece el artículo 25.2 de la CE ("el derecho –de los condenados a pena prisión– a un trabajo remunerado") pueda ser tenido como "derecho humano".

Ahora bien, hay ya inicialmente una cuestión especialmente grave que demuestra que no estamos ante un mero debate terminológico y es que los derechos fundamentales, aunque en su mayoría "humanos", se tienen en razón de una ciudadanía, por la pertenencia a un Estado ("Staatsangehörigkeit") y no solamente por ser propios de todo ser humano. Cuando Ferrajoli define los derechos fundamentales como "aquellos *derechos subjetivos* que las *normas* de un determinado ordenamiento jurídico atribuyen universalmente a todos en tanto *personas, ciudadanos y/o personas capaces de obrar*"<sup>3</sup>, está aceptando que la titu-

---

<sup>2</sup> Robert Alexy, *Teoría del discurso y derechos constitucionales*. Distribuciones Fontamara, México, 2005, pág. 50.

laridad de los derechos sigue inexorablemente la secuencia persona-ciudadano-capacidad de obrar. A este respecto, convendría llamar la atención sobre la problematicidad que el concepto de ciudadanía como fundamento de la titularidad de derechos fundamentales plantea hoy. Si los derechos fundamentales se tienen por ser ciudadano de un Estado y gran parte de esos derechos fundamentales son reconocidos como derechos humanos, puede suceder, como de hecho sucede en la Unión Europea, que los extracomunitarios (ilegales o sin pasaporte europeo) no tengan esos derechos fundamentales, esto es, no tengan importantes derechos humanos, simplemente porque no son ciudadanos europeos.

Aunque lleva razón Alexy cuando dice que el concepto de derechos fundamentales es un concepto formal, en cuanto son los derechos contenidos en una Constitución, sin embargo inevitablemente se plantea la cuestión de si los derechos fundamentales son simplemente la positivación de los derechos humanos<sup>4</sup>, esto es, habrá que preguntarse por qué y por quién se consideran fundamentales o fundamento de un orden jurídico y político. Aunque no se les

---

<sup>3</sup> Luigi Ferrajoli, *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, Editorial Trotta, Madrid, 2001, pág. 291.

<sup>4</sup> Robert Alexy, *ibid.*, pág. 48.

haga siempre equivalentes, es evidente que hay una tradición y unas convicciones sociales que afirman su “fundamentalidad” en razón de que los conciben como derechos humanos. Sin embargo, el término “derechos fundamentales” tiene sin duda una clara connotación positivista, ya que en definitiva se consideran “derechos legales” (“legal rights”). Las preguntas sobre por qué son “éstos” y no otros, se resuelve por referencia a una cuestión fáctica de poder: porque ha habido un poder capaz de definirlos, declararlos y establecerlos como tales. Pero si traspasamos esa barrera de los derechos fundamentales como un *factum* sociológico-jurídico y nos planteamos su relación con el inevitable y discutible concepto de “derechos humanos”, indudablemente no queda más remedio que meterse en el proceloso camino de una filosofía de los “derechos humanos”.

El término “derechos humanos” complica enormemente los discursos sobre los derechos subjetivos, porque ese concepto conduce inexorablemente a terrenos que positiva o negativamente podríamos llamar idealistas, metafísicos o, si se quiere, iusnaturalistas. No obstante y más allá de la fragilidad que este concepto puede llevar consigo a causa del idealismo o el dogmatismo con el que históricamente ha sido justificado, sobre todo si lo identifica con los “derechos naturales” de la

escolástica, habrá que reconocer que los derechos humanos son un concepto que circula por todos los ámbitos de vida social y política. Tanto la teoría como la práctica política están todo el día impregnadas de referencias a los derechos humanos. Las bases de datos dicen que son multitud los centros de investigación, las revistas, los libros que tienen como motivo central los derechos humanos. Son un concepto recurrente en los parlamentos, en las instituciones internacionales, en los “media”. Sobre todo son la bandera que más se utiliza cuando los sujetos individuales o colectivos reivindican exigencias fundamentales o fuertes de justicia, que no están reconocidas y tuteladas por las leyes positivas. Todos los utilizan, aunque desde luego no haya acuerdo sobre lo que son. En todo caso, sin entrar ahora en polémicas, creo que no es un desvarío decir que los derechos humanos son exigencias o pretensiones universalizables de ser, tener o hacer que se entienden como propias del ser humano como tal.

Puede haber consensos relativamente asequibles sobre una definición de los derechos humanos, pero evidentemente el gran problema consiste siempre en fundamentar esta clase de posibles derechos y determinar sus contenidos. Como se comprenderá no es posible aquí resolver definitivamente tan compleja e inacabada cuestión, pero algo se puede

decir. Robert Alexy refiere una serie de teorías que tratan de fundamentar el concepto de derechos humanos. Así habla del “modelo religioso”, el “modelo intuicionista”, el “modelo consensual”, el “modelos biológico o sociológico”, el “modelos instrumentalista y utilitarista” y otros<sup>5</sup>, aunque Alexy añade la inexcusable necesidad de una aproximación teórico-discursiva, esto es, afirma la necesidad del discurso, del dar y demandar razones, sobre todo postula una acción discursiva basada en la autonomía, la igualdad y la democracia para elaborar ese discurso.

Desde luego si nos metemos a reflexionar sobre lo qué es lo humano de todo ser humano acabamos mareados y sin salida o transitando por los cauces milenarios y secos del iusnaturalismo más rancio e insostenible. La situación existencial de centenares de millones sin unas necesidades básicas o de sobrevivencia digna cubiertas, obliga a una aproximación más directa para fundamentar o justificar que hay derechos humanos, derechos universales que debe ser la base de todo orden social de convivencia en igualdad y libertad. Creo que, dada la existencia de “injusticias globales y radicales” que persisten en la sociedad actual, hay un argumento

---

<sup>5</sup> Robert Alexy, *ibid.* págs. 54-57.

inicial y simple que debe ser tenido como especialmente contundente. Cuando se dice que hay “derechos humanos”, quizás lo que prioritariamente se quiere decir es que hay millones de seres humanos que se mueren de hambre o de enfermedades remediabiles, que no tienen agua potable o simplemente agua, que no saben leer ni escribir, que viven al día con un dólar, si es que viven, y que no tienen las más elementales libertades de conciencia, de pensamiento, de expresión, de información, de asociación o de participación. Así pues, sin complicar demasiado ahora las cosas, cuando hablamos, reivindicamos o exigimos derechos humanos, todos sabemos, al menos al nivel del sentido común más simple, que estamos hablando de unos mínimos éticos de sobrevivencia y de reconocimiento de una elemental dignidad humana. Desde un punto de vista epistemológico más trascendental, es evidente que si tratamos de teorizar sobre estas carencias o estas necesidades básicas, entramos a debatir cuestiones de “deber ser”, cuestiones de “justicia”, sobre la que –como ya dijo Kelsen– no hay ciencia posible y, por tanto, las respuestas serán siempre relativas y contradictorias

La dificultad de la tarea de construir una filosofía de los derechos humanos es evidente. Incluso hay doctrinas que consideran ese intento intrínsecamente inútil o que entienden

que no es razonable plantearse esa cuestión, porque los derechos humanos no existen o simplemente no son derechos. Por ejemplo, Peces-Barba sostiene que los derechos humanos, no reconocidos y tutelados por un orden jurídico, son valores o paradigmas. Mientras que no se produzca ese reconocimiento por el derecho positivo interno “no se puede hablar de éstos en un sentido estrictamente jurídico”<sup>6</sup>. Aunque las teorías no dan resultados definitivos, nunca estorban al progreso de la justicia y la paz. Quiero decir con todo esto que tenemos que hablar, teorizar, justificar un concepto de derechos humanos por mucho que ello signifique traspasar las barreras de la experiencia y adentrarse en mundo de ideas, ideales e incluso también de ideologías. Personalmente asumo un planteamiento positivista moderado que me permite tratar a fondo este concepto sin caer en las fauces del iusnaturalismo. Y mi tesis es que hay “derechos humanos” y que los derechos humanos, aunque no estén positivados, son auténticos derechos. Por supuesto, si los derechos humanos son o no derechos, dependerá lógicamente de lo que se entienda por derecho. Está claro que si se acepta un concepto muy estricto o positivista de derecho, esos “derechos”

---

<sup>6</sup> G. Peces-Barba, *Derechos fundamentales. I. Teoría General*, Guadiana Publicaciones, Madrid, 1973, págs. 57 y 59.

no serán tales hasta que no estén incorporados a un orden jurídico positivo. Si al concepto de "derecho" se le da un sentido más amplio, por ejemplo, como exigencia ética realizable por la fuerza, se podría hablar de "derechos", aunque no estén reconocidos en un ordenamiento jurídico histórico.

Mi propuesta ahora, frente aun positivismo reduccionista, es que me parece razonable afirmar *la naturaleza jurídica de los derechos humanos, aunque no estén declarados o reconocidos por las leyes positivas*. Decir "tengo un derecho humano a X" es una expresión llena de sentido no sólo ético, sino también jurídico, esté o no esté puesta en el derecho. Los derechos humanos ponen de relieve dos dimensiones normativas de la existencia humana: que hay *cosas que deben hacerse y que además tienen que hacerse*. *Lo que debe hacerse* representa esa dimensión moral que permite a algunos teóricos hablar de "derechos morales". Los derechos humanos son exigencias éticas que deben cumplirse por respeto a la libertad y a la dignidad de los seres humanos. Pero hay cosas que no sólo deben hacerse, sino que también *tienen que hacerse* porque se refieren a exigencias muy radicales. Los derechos humanos son *exigencias morales radicales*, concretamente aquellas que se refieren a la virtud moral de *la justicia*. Son exigencias éticas de justicia, en

el sentido de que el sujeto pretende disponer de lo propio, lo necesario, lo que a cada uno corresponde, lo justo, para existir y ser tratados como seres libres. Por ello se habla de "derechos" y no de meras exigencias éticas subjetivas. Lo que "tiene que hacerse" representa la dimensión potencialmente más jurídica que lo que pretende significar el concepto de "derechos "morales". Cosas que *tienen que hacerse* quiere decir *cosas que podrían exigirse por la fuerza*. No hay un "derecho al amor" o un "derecho a la amistad", salvo que hablemos en sentido totalmente figurado. No tendría sentido hablar de "derechos", si no es porque en alguna medida estamos hablando de exigencias coercibles. Sería realmente escandaloso que, en razón de argumento teórico de que los derechos humanos no serían derechos sino simples reivindicaciones políticas o morales, resultara que los gritos de millones de personas que sufren la miseria del hambre no pudieran ser traducidos como que esas gentes "tienen derecho a comer todos los días". Por supuesto los derechos humanos quieren ser derecho en un sentido estricto, esto es, ingresar en ordenamiento jurídico positivo. La vocación última de los derechos humanos es *convertirse en estrictos derechos subjetivos ("legal rights")*, derechos reconocidos y tutelados por la ley jurídico-positiva.

Ahora bien, el problema de los derechos humanos casi siempre empieza o termina cuando se pregunta *qué es lo humano de todos los seres humanos y quién determina "eso"* que es del hombre y de todos los hombres (*lo universal humano, lo humano en todo lugar y en todo tiempo*, como dirían los iusnaturalistas; o *lo universalizable hoy* para todos los seres humanos, que podrían decir las doctrinas positivistas e historicistas). En ese "qué" y en ese "cómo" están las grandes diferencias entre iusnaturalistas y positivistas.

En este orden de cosas pienso que *la solución iusnaturalista hoy no convence a casi nadie*. Parece insuficiente e inaceptable, porque el problema no es si hay o no hay un núcleo ontológico de lo humano, invariable en el espacio y en el tiempo, sino que el problema es que no hay un método, un estatuto epistemológico, una criteriología aceptable por todos y capaz de asegurar con objetividad y certeza esa determinación. Como ya se ha dicho, la existencia de iusnaturalismos distintos y contradictorios a lo largo de la historia es una fuerte confirmación de la impotencia y fracaso de la doctrina iusnaturalista para demostrar su hipótesis, esto es, la existencia objetiva de una naturaleza humana, base de leyes y derechos.

Por otra parte, *la solución positivista tampoco parece razonable*, si se la entiende de un modo muy radical, esto es, si es que sostiene la imposibilidad de que un individuo o grupo de individuos comprendan y conciban que hay "algo" de su ser que lo entienden como común e inalienable, sin cuyo respeto se considerarían tratados "in-humanamente", como animales, como cosas. Hay "derechos" que son de los europeos, pero también de los etíopes y de los somalíes, aunque su derecho no se los reconozca. En todo caso *la perspectiva positivista es válida*, si lo que pretende sostener es que no hay una "ciencia de las esencias humanas" y, por consiguiente, no es posible elaborar una tabla eterna de derechos humanos.

Nuestra propuesta es *positivista por antiiusnaturalista*. En primer lugar, nos parece inaceptable la soberbia o el optimismo gnoseológico que trasluce el iusnaturalismo escolástico. Los iusnaturalistas creían que había una "*iuris naturalis scientia*" y que los teólogos eran los excluyentes portavoces de lo que eran justo por naturaleza. Sin embargo, tampoco estamos por un positivismo jurídico fuerte que negara absolutamente toda posibilidad de consenso sobre mínimos éticos de convivencia más allá de lo que dicen las leyes positivas y quien alguien no pudiera decir que tiene derecho a la libertad de expresión, porque simplemente no está reconocida en el

derecho de su sociedad política. La Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948, que no es una norma internacional, tiene un enorme valor ético y político, a pesar de que muchos de esos derechos siguen sin estar “en el derecho” según la expresión de Squella.

Frente a planteamientos extremos, entendemos que es posible determinar desde una perspectiva historicista un *núcleo mínimo de valores y de intereses* como *razón constitutiva* de un orden para la convivencia justa y pacífica, razón sin la que la vida colectiva resultaría profundamente inhumana. La *conciencia histórica de individuos, clases y pueblos*, a través de la comunicación y el diálogo, puede expresar razonablemente lo que demanda el "ser propio" más propio del hombre. Esa conciencia no es una categoría abstracta, sino que es sobre todo el resultado del diálogo racional y de las luchas políticas de individuos, clases y pueblos, conciencia que se plasma en acuerdos, pactos y documentos políticos y jurídicos, como sucede hoy con las constituciones democráticas y las declaraciones y textos internacionales.

La construcción de esa conciencia histórica colectiva remite a dos instancias sociales e históricas de enorme importancia. Una instancia son las luchas de toda clase, a veces dramáticas e incluso sangrientas, que indivi-

duos y grupos han realizado y realizan a lo largo de la historia para que determinados intereses, valores y libertades sean reconocidos como determinantes de la propia dignidad de todos los seres humanos. Y otra instancia son las construcciones teóricas, las filosofías y las ideologías que han intentado demostrar con razones, con argumentos que determinados intereses, valores y libertades deben ser reconocidos como propios del ser humano como tal. Dado que se trata con los derechos humanos de exigir, defender o realizar "algo" que valora como de todos los hombres para su convivencia justa y pacífica, todos los hombres, todos los pueblos, debieran participar en esa confrontación teórico-práctica para concluir los contenidos de esos derechos humanos. Pero esa legitimidad democrática de esa conciencia histórica no debe limitar nunca los derechos de las minorías, que han de tener la oportunidad o el derecho de reivindicar otros contenidos para los derechos humanos, diferentes de los determinados por una conciencia histórica dominante. Este conflicto de "conciencias" (mayorías-minorías) es el dramatismo anejo e inevitable a la historia de los derechos humanos y sin el que no habría progreso humano. Lo que no es posible es una unanimidad inmutable. Esta perspectiva positivista moderada considera que esa conciencia histórica nunca es definitiva y que puede y debe progresar (cambiar) en sus contenidos.

En este sentido, cuanta más igualdad y libertad haya entre los interlocutores (individuos, pueblos, minorías, etc.) más razonables o legitimadas serán las conclusiones a las que pueda llegar esa conciencia histórica. Esto es, dado que hemos admitido la historicidad del ser humano y la relatividad de los valores, se debe ser especialmente sensibles ante la posibilidad de que puede haber una evolución, un cambio, unas perspectivas nuevas sobre lo que se entiende por lo propio del hombre y que, por consiguiente, debe haber especial cuidado por respetar las reivindicaciones que en este sentido puedan hacer las minorías.

En la actualidad hay datos empíricos que permiten verificar que hay "conciencias" nacionales o estatales, conformadas por amplias mayorías y plasmadas en Constituciones democráticas, como también hay una conciencia internacional mínima plasmada en pactos internacionales. Estos datos confirman la idea de que esa conciencia histórica no es, pues, instancia abstracta y puede tenerse como una explicación válida para la fundamentación de los derechos humanos, *explicación exenta del dogmatismo iusnaturalista o del relativismo desintegrador de un positivismo radical*.

Dentro de esta línea argumentativa, Robert Alexy se ha referido a la llamada "aproximación consensual" como aquella que consiste

en la “convergencia de creencias” y que no es, dice, sino un “intuicionismo colectivo, cuya única fuente de objetividad es el hecho de la coincidencia”, aunque se puede conectar con una argumentación y desplazarse así al ámbito de la teoría del discurso<sup>7</sup> Esta aproximación consensual está también, en mi opinión, estrechamente ligada a la que Alexy llama la “aproximación cultural”, esto es, a “la convicción pública de que existen derechos humanos”, que es un logro de la cultura humana<sup>8</sup>. En todo caso, coincido con Alexy en la necesidad del razonamiento para establecer con mayor fundamento la universalidad relativa de estos derechos<sup>9</sup>. No basta la simple apelación a una difusa conciencia histórica colectiva. La colaboración real y efectiva de una larga historia de teorías sobre los derechos humanos indica que esa conciencia histórica no es un simple “intuicionismo colectivo” como la calificaba o la descalificaba Robert Alexy.

La positivación de los derechos humanos que continuamente subraya Squella se relaciona también con otra tesis suya, expresada con brillantez, que dice que los derechos humanos como derechos históricos *son un*

---

<sup>7</sup> Robert Alexy, *ibid.*, pág. 54.

<sup>8</sup> Robert Alexy, *ibid.*, págs. 56-57.

<sup>9</sup> Robert Alexy, *ibid.*, pág. 57.

*invento*, no un descubrimiento o una construcción, no un hallazgo, porque los derechos humanos no siempre han estado ahí y ha habido que luchar por ellos. Una visión así podría resultar desalentadora, según el mismo Squella, pero no es así porque nos invita no a la resignación, sino a la acción e, incluso, a la lucha. Sin embargo, en mi opinión, precisamente porque no son invento ha habido que luchar por ellos. La lucha por los derechos humanos es la mejor prueba de que no son un invento, sino que están potencialmente ahí en la conciencia de los individuos y las colectividades. Squella comparte, a su manera, mi tesis de la conciencia histórica de individuos y colectividades, cuando dice que el progreso moral y civilizatorio de la humanidad depende prioritariamente de la conciencia capaz de producir los derechos fundamentales y no meramente de descubrirlos. Los derechos humanos son tanto una creación como una conquista de los seres humanos, concluye. El “advenimiento” de ese mundo en que los seres humanos disfruten de sus libertades, como se decía ya en el Preámbulo de la Declaración Universal de Derechos humanos de 1948, suele puede ser, insiste, el resultado de acciones humanas, concretas y continuadas. Los derechos humanos, termina, son “una de las partes más preciosas y en absoluto negociable de cuanto hemos conseguido colocar entre el polvo y las estrellas”.

## II

Ahora bien, estén o no estén en el derecho (en los ordenamientos jurídicos positivos) los derechos humanos, sigue siendo incuestionable la vieja tesis de Norberto Bobbio, escrita ya en 1965, de que el problema más grave de nuestro tiempo en esta cuestión no era el problema de su conceptualización o de su fundamentación, sino el de su protección<sup>10</sup>. La pregunta sobre por qué no se realizan los derechos humanos es la más directa, la más radical que una filosofía de los derechos tiene que afrontar siempre y quizás ahora más que nunca.

Es evidente que la realización de “todos los derechos humanos en todos los seres humanos” es la utopía absolutamente irrealizable. Pero no nos referimos aquí a esa realización imposible por radical, sino a una *realización razonable*. ¿Por qué a millones de personas se les niegan los derechos más elementales? ¿Por qué en las sociedades avanzadas siguen habiendo también importantes negaciones y limitaciones de estos derechos? Porque el problema de la no realización, del no respeto de los derechos humanos no es una cuestión

---

<sup>10</sup> Norberto Bobbio, “Sul fondamento dei diritti dell’uomo”, en *Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto (RIFD)*, 1965, pág. 302.

sólo de los países del tercer mundo. En los países avanzados se siguen encontrando importantes retos en este sentido cuando se trata, por ejemplo, de la inmigración, de la privacidad, de la muerte digna, del aborto etc. En suma, preguntarse por qué no se realizan y se respetan efectivamente los derechos humanos, aun a sabiendas que puede ser una de esas preguntas-límite de que hablaba Karl Jaspers, resulta una cuestión insoslayable para cualquier teoría de los derechos humanos. Como se comprenderá, no voy a tratar aquí y a fondo de responder a interrogante tan fuerte, amén de que no tengo respuesta, pero sí creo que se pueden siempre apuntar caminos a recorrer para que la pregunta no se siga planeando en términos tan dramáticos y sobre todo para intentar resolverla con realismo y, al mismo tiempo, con efectividad. ¿Por qué los derechos humanos no se realizan o no se respetan?

Hay dos perspectivas que me parecen importantes de tener en cuenta para indicar esos caminos a recorrer y que quizás no tengan final. La primera es la que llamaría *una perspectiva sociológico-política*. Esta perspectiva se ha de referir a los impedimentos históricos o coyunturales que suelen presentarse, impedimentos que en gran medida, no totalmente siempre, son superables. En este sentido, hay tres motivos generales que expli-

can esta problematicidad real, concreta. Uno es la existencia, en determinadas sociedades políticas, de *poderes absolutos*, totalitarios, dictatoriales que para afirmarse o mantenerse necesitan marginar y oprimir a las mayorías y, consecuentemente, les niegan esos derechos humanos. El segundo es que en determinadas sociedades políticas existen *profundas desigualdades económicas y culturales* que hacen impotentes a esas masas de individuos para hacer valer sus derechos fundamentales e incluso a veces les hacen incapaces de ser conscientes de su propia dignidad de hombre, conciencia a partir de la cual podrían actuar, defenderse y rebelarse contra esos poderes y esas circunstancias. Este último caso es una de las situaciones más dramáticas en que se puede encontrar el hombre. Ambos motivos se interrelacionan. Hay poderes absolutos porque hay desigualdades económicas y culturales y esas desigualdades se dan porque hay poderes absolutos. Pero hay otro tercer motivo quizás todavía más complejo y sin duda relacionado con lo que acabo de decir y es la *existencia de sistemas económicos injustos* que parecen casi imposibles de superar y que son una flagrante negación de los derechos humanos, como es el sistema capitalista o neocapitalista, que rinde sus frutos en los países avanzados, pero que condena a la miseria a dos tercios de la población mundial. Se trata de sistemas de producción, de distri-

bución de bienes y de organización del trabajo dominados por unos importantes niveles de desigualdad y que impiden la plenitud real de esos derechos. Todos los sistemas económicos existentes e imaginables, incluso los más avanzados están llenos de graves desigualdades (unos más y otros menos), son sistemas que no permiten una igualdad económica inicial y básicas que pueda hacer reales o efectivos todos los derechos humanos en todos los seres humanos. Ni la libertad de expresión, ni la libertad de información, ni la igualdad ante la ley, ni el derecho a la educación etc., pueden ser plenos en una sociedad política donde unos tienen más que otros, donde unos tienen mucho y otros prácticamente nada. En resumen, que como la igualdad económica absoluta no existe y parece que no es posible, las reglas jurídicas que condicionan y ordenan la realización de los derechos humanos no estarán incondicionalmente orientadas a la realización total de todos los derechos humanos de todos hombres.

La segunda perspectiva se refiere a una comprensión, llena de realismo y si se quiere paradójicamente llena de metafísica, del ser humano que lleva a tener que afirmar lo que he llamado *la naturaleza dialéctica de los derechos humanos*.

¿Qué se puede entender por *la naturaleza dialéctica de los derechos humanos*? Partimos de la tesis de que la realidad es en sí misma contradictoria: "las cosas son en sí mismas contradictorias", decía Hegel. "*Alle Dinge sind an sich selbst widersprechend*"<sup>11</sup> Cada cosa es ella misma y su contraria, porque es inconclusa, porque es inacabada y porque lleva en sí y en su finitud el germen de su propia negación. La experiencia es en sí contradicción. "*Die gemeine Erfahrung spricht von einer Menge widersprechender Dinge*"<sup>12</sup>. La dialéctica es "*der Gang der Sache selbst*"<sup>13</sup>. Y los conceptos tienen también inevitablemente una naturaleza dialéctica. Porque no tienen un momento fijo que exprese de manera definitiva lo que las cosas son o los sujetos piensan. Toda realidad y todo concepto tienen dos caras. Como dijo Theodor Adorno quien se ajuste a la disciplina de la dialéctica tendrá que pagar un tributo de amargo sacrificio en lo tocante a la variedad cualitativa de la experiencia. Tal perspectiva dialéctica de la realidad y de los conceptos implica sin duda

---

<sup>11</sup> G.W.Fr.Hegel, *Wissenschaft der Logik.I*, Jubiläumsausgabe, Fr. Frommanns Verlag, Bd. 4, pág. 545.

<sup>12</sup> G.W.Fr.Hegel, *Wissenschaft der Logik.I*, op. cit. pág. 547.

<sup>13</sup> G.W.Fr.Hegel, *Phänomenologie des Geistes*, Jubiläumsausgabe, Fr. Frommanns Verlag, Bd. 2, pág. 154.

un cierto relativismo metodológico e incluso axiológico<sup>14</sup>. No cabe una sentencia definitiva sobre lo que las cosas son o lo que las cosas valen.

Pues bien, la propia estructuración histórica (conceptual y sustancial) de los derechos humanos pone de relieve un constante proceso de contradicciones, de afirmaciones y negaciones respecto a los sujetos y los contenidos que los constituyen. No hay una historia lineal de los derechos humanos. Tal vez lo que suceda es que, en el fondo o al final, los derechos humanos están edificados sobre *contradicciones reales, previas e insalvables*. Parece como si cualquier concepto y realización de los derechos humanos tropezara con una especie de *contradicciones pre-constitutivas* que no pueden resolverse. Hasta podría afirmarse que los derechos humanos llevan en sí, por definición o Constitución, *el germen de su propia negación*. Como el día lleva en sí, en su desarrollo y afirmación, su propia negación, que es la noche, así el derecho a la vida, por ejemplo, lleva en sí su negación que es el derecho a matar, la legítima defensa. Casi todo es posible en la historia de los derechos humanos. En definitiva, tal vez pueda decirse que los derechos humanos son un ir

---

<sup>14</sup> Theodor Adorno, *Dialéctica negativa*, Editorial Taurus, Madrid, 1975, pág. 93.

y venir, *una manifestación de la intrínseca contradictoriedad del ser humano*. Pero veamos cuáles son algunas de esas contradicciones pre-constitutivas.

*La identidad humana*. La dialéctica más elemental y primaria que presentan los derechos humanos se encuentra, inicialmente, en *las contradicciones de la identidad humana*, que inicialmente ya se expresa en la contradicción entre *lo que es y debe ser el hombre*. Hay una contradicción particular dentro del proceso de identificación de lo humano: *la contradicción ser-deber ser*. Muchos de los debates sobre los derechos humanos giran más alrededor de lo que debe ser el hombre que respecto a lo que es. Lo que es el hombre, al menos desde una perspectiva empírica, permite algunos consensos sociales. Esta perspectiva existencial, basada en una experiencia elemental, fue la que permitió a un positivista como Hart hablar de un "contenido mínimo de derecho natural". Sin embargo, frecuentemente el debate teórico y los conflictos más fuertes en torno a los derechos humanos se centran en lo que debiera ser el hombre. Resulta difícil ponerse de acuerdo sobre un ideal del ser humano. Los "modelos" de hombre, a partir de los cuales se fundamentan exigencias radicales de realización personal o de convivencia social, son contradictorios. Y las contradicciones se agravan cuando esos

"modelos" o "ideales" se presentan como alternativas concretas (programas políticos) para ordenar una sociedad histórica determinada.

Esta contradicción se expresa además a veces de manera dramáticamente radical. A veces *el ser-hombre para unos es el no-ser hombre para otros*. La diversidad de conceptos en este sentido es inevitable. En algunos momentos y lugares una concepción de la identidad humana puede significar un motivo para que algunos seres humanos sean tratados como animales, como objetos. El esclavo es la consecuencia de una determinada identificación de lo humano.

Por todo ello se puede hablar, en este terreno tan decisivo para una teoría y una práctica de los derechos humanos, de la gran contradicción ontológica: *el ser del hombre es su no-ser*. Cualquier identidad que se quiera atribuir al hombre encuentra siempre la contradicción de otra identidad distinta en términos absolutos. El hombre puede ser "A" y "no-A". La historia de los derechos humanos se asienta en esta fuerte contradicción ontológica. El hombre es un lobo para el hombre (Hobbes), el hombre es un buen salvaje (Rousseau). El hombre es pura individualidad y es también socialidad. Kant expresaba así esa contradictoriedad con su concep-

to de la insociable socialidad del hombre ("*ungesellige Geselligkeit*"). Esta dialéctica ser-no ser se manifiesta en toda su radicalidad en las luchas políticas, cuando se enfrentan dos concepciones opuestas del mundo, de la vida y, en definitiva, del hombre.

El problema se agrava. Aunque se busquen sólo unas identificaciones genéricas y abstractas sobre el "ser humano", la cuestión no queda resuelta. Cuando se trata de extraer consecuencias concretas de lo que implica ser hombre, entonces los procesos de identificación se complican y las contradicciones son todavía más fuertes. El proceso de identificación de lo humano está además, como puede suponerse, condicionado por intereses parciales y por ideologías. Así se ha construido un "ser humano europeo u occidental", al que se pretende elevar a categoría universal e imponer a otras sociedades de culturas muy distintas.

Debe señalarse que esas contradicciones ontológicas son *fenómenos reales* y no meras disquisiciones teóricas, porque esos procesos de identificación humana (individual o colectiva,) llegan en muchas ocasiones a convertirse en enfrentamientos violentos. Baste recordar lo que significan los nacionalismos como procesos frecuentemente violentos de identificación colectiva. Y en general las

luchas políticas son, de algún modo, expresión particularizada de estas contradicciones entre concepciones distintas sobre el ser y el deber-ser del hombre. El dictador es el caso extremo de violencia ontológica: uno sólo decide lo que es el hombre y se autoproclama salvador de las "esencias" de todos los seres humanos de una sociedad política.

A pesar de todo, actualmente en sistemas sociales, culturales y políticos diversos, hay *amplios consensos* sobre ese ser y deber-ser. Por eso hay también consenso sobre qué son y cuáles son los derechos humanos, que permite su reconocimiento en textos políticos y jurídicos cada vez más aceptados por la comunidad internacional. Si se puede hablar así, existe ya un importante *consenso ontológico*, aunque solamente en las sociedades más desarrolladas cultural y económicamente.

*Universalidad-historicidad.* Las contradicciones ontológicas sobre la identidad humana se expresan también en esa otra contradicción que se da entre *universalidad-historicidad*. Esta contradicción se manifiesta, porque los derechos humanos tienen, en principio, una cierta *vocación universalista*. Cuando se habla de derechos humanos, cualquier que sea la perspectiva ideológica que los considere, se está hablando de *algo universalmente valioso*, por lo que se lucha y a lo que se le

pretende dar cobertura jurídica. Sin el respeto de ese "universal humano" –se afirma desde las teorías de los derechos humanos– no puede edificarse una existencia y una coexistencia auténticamente humana.

Sin embargo, la contradicción aparece porque esas mismas teorías constatan otro elemento constitutivo del hombre: *la inevitable historicidad del ser humano*, historicidad del ser humano que es el fundamento de la diferencia. Porque el ser humano es histórico, no es único, sino diverso en el espacio y en el tiempo. Propiamente no existe la esencia del hombre como una realidad metahistórica e inmutable. No existe la "esencia" del hombre, sino convicciones, intereses y necesidades generalizadas en los hombres concretos de cada tiempo. Lo que es el hombre, aun desde un esencialismo moderado, no puede ser entendido ni realizado sino desde unas coordenadas históricas, desde un espacio y un tiempo determinados, esto es, *desde la diversidad*. Por eso se ha podido hablar de un "ser humano medieval", de un "ser humano moderno". Y hay varones y hembras. Hay niños y ancianos. Hay sobre todo *culturas jurídicas distintas*. Hay *derechos humanos diferentes*. Sin embargo, las pretensiones de las teorías y las prácticas sobre los derechos humanos son en principio universalistas: afirmar los derechos de todos los hombres en cuanto hombres.

*Individualidad-socialidad.* Finalmente hay otra contradicción ontológica que condiciona los derechos humanos: *la contradicción individualidad-socialidad.* El esencialismo que, de alguna manera, comportan los derechos humanos, se ve limitado por la relatividad que impone la misma socialidad del hombre. Es cierto que cualquier limitación o negación de los derechos humanos es, de alguna manera y en alguna medida, una negación o limitación grave del ser humano. Pero los derechos humanos no son absolutos, porque paradójica o contradictoriamente lo absoluto de cada ser humano implica la negación del absoluto de otros sujetos. La afirmación de mi libertad, como mi absoluto personal, implicaría la negación de tu libertad. La razón fundamental de esta contradicción está, como decíamos, en el inevitable carácter social del hombre. La realización de lo humano exige la realización de todos los seres humanos. La individualidad es un fundamento primero de lo que es del hombre, pero también es cierto que lo individual no puede tener lugar sino en la socialidad, donde todas las partes tienen el mismo derecho a proclamar lo absoluto de su ser. La individualidad es un fundamento de los derechos humanos, pero la socialidad es la condición inevitable de su realización y, en consecuencia, el fundamento de su limitación. Si no se relativizara lo absoluto de lo humano, la coexistencia humana se convertiría en una

guerra de todos contra todos, al final de la cual sólo quedaría el derecho del más fuerte.

Ya en 1789 la Declaración francesa de derechos del hombre y del ciudadano, decía en su artículo 4º: "Así, el ejercicio de los derechos naturales de cada hombre no tiene más límites que los que aseguran a los demás miembros de la sociedad el goce de estos mismos derechos". Y la Declaración Universal de derechos humanos de la ONU de 1948, en su artículo 29.2, establecía: "En el ejercicio de sus derechos y en el disfrute de sus libertades toda persona estará solamente sujeta a las limitaciones establecidas por la Ley, con el único fin de asegurar el reconocimiento y el respeto de los derechos y libertades de los demás, y de satisfacer las justas exigencias de la moral, del orden público y del bienestar en una sociedad democrática". El Convenio Europeo para la protección de los derechos humanos de 1950, en su artículo 10, habla de "condiciones, restricciones o sanciones, previstas por la ley," sobre el ejercicio de las libertades fundamentales. La misma Constitución Española de 1978, como otras Constituciones democráticas, establece incluso en su art. 55 la suspensión de los derechos y libertades fundamentales en determinados supuestos, cuando se declare el estado de excepción y sitio.

En suma, estas contradicciones permanentes e irresolubles permiten hablar de la naturaleza dialéctica de los derechos humanos que por ello no pueden afirmarse de modo tranquilo, sino siempre en medio de conflictos en el interior del mismo concepto e incluso en la realidad. Esta naturaleza dialéctica de los derechos humanos es un argumento para proporcionar una importante dosis de realismo (nunca estas contradicciones podrán ser resueltas de modo absoluto) y de relativismo (nunca será posible una concepción unívoca y universal de lo que es lo humano de todo los hombres).

### III

Queda quizás una valoración global de la ponencia. Sin duda esta ponencia, aunque centrada en la cuestión del puesto de los derechos humanos en el derecho y no tan ocupada en los derechos humanos que no están en el derecho, forma parte de una teoría radicalmente comprometida en la defensa de los derechos humanos y que afirma y reafirma que los derechos humanos son una de las piezas más esenciales del derecho, del mundo del derecho, incluso parece que incluso más importante que las normas, si bien Squella rehúye plantear la relación norma-derechos, esto es, si los derechos son un producto de las normas o las normas están condicionadas por

los derechos, cuestión que soslaya, como he dicho, para no entrar, al menos aquí, a polemizar con el derecho natural. En suma, se trata de una ponencia excelente de un autor excelente que, a sus méritos científicos, hay que añadir le mérito de haber hablado y escrito sobre los derechos humanos en circunstancias políticas nada propicias e incluso peligrosas.

Ahora bien, quisiera terminar con una reflexión que hoy más que en otros tiempos debe hacerse. Es simplemente ésta: necesitamos más teoría, más filosofía sobre los derechos humanos. Es evidente que los derechos humanos no gozan de buena salud en el mundo de hoy pese a los enormes avances efectuados en relación a siglos pasados. Pues bien expreso mi convicción de que el progreso en el reconocimiento y efectiva realización de los derechos humanos depende en gran medida de la elaboración de rigurosas, profundas y valientes teorías sobre su concepto, fundamentación y determinación. Una correcta praxis de los derechos humanos depende en gran medida de una rigurosa teoría de los derechos humanos. El fracaso de tanto voluntarismo al afrontar este reto se debe, entre otras cosas, a la falta de rigor conceptual y rigor argumentativo en torno a lo que son y deben ser los derechos humanos.

En torno a esta cuestión no podemos caer en el pesimismo ni en el negativismo que, en estos temas, promueven las filosofías más conservadoras. Basta recordar la tesis de MacIntyre de que los problemas de la moral moderna emergen claramente como producto del fracaso del proyecto ilustrado. Y una de las pruebas de ese fracaso son los derechos humanos, entendidos como "aquellos derechos que se dicen pertenecientes al ser humano como tal y que se mencionan como razón para postular que la gente no debe interferir con ellos en su búsqueda de la vida, la libertad y la felicidad". Ya es raro –escribe MacIntyre– que "el concepto no encuentra expresión en el hebreo, el griego, el latín o el árabe, clásicos o medievales, antes de 1400 aproximadamente, como tampoco en el inglés antiguo, ni en el japonés hasta mediados del siglo XIX por lo menos". Según MacIntyre la verdad es sencilla: no existen tales derechos. Los derechos humanos son *ficciones morales* en el sentido de que "se proponen proveernos de un criterio objetivo e impersonal, pero no lo hacen". "El concepto de derechos fue generado para servir a un conjunto de propósitos, como parte de *la invención social del agente moral autónomo*"<sup>15</sup>. Los derechos humanos son así, desde esta perspectiva, un grave riesgo para el

---

<sup>15</sup> Alasdair MacIntyre, *Tras la virtud*, Ed. Crítica, Barcelona, 1987, págs. 87 y 95-97.

objetivismo moral y un rechazo de todo constructivismo en la formación de una moral cívica.

En un mundo donde el cientificismo más vulgar, el economicismo y el pragmatismo dominan, hay que proclamar y fundamentar la esperanza en la teoría, en la palabra. François Châtelet escribía: “El filósofo afirma que la exigencia de la palabra, la necesidad del discurso son capaces de reducir y de canalizar la realidad de la violencias<sup>16</sup> Esos males civilizatorios aludidos no dejan mucho espacio intelectual para construir y desarrollar una teoría de los derechos humanos. Soy de la convicción que si queremos caminar hacia esa utopía de “todos los derechos humanos en todos los seres humanos”, debemos atender con más mimo y dedicación a una teoría de los derechos.

Pero seguimos necesitando no sólo más teoría, sino también más optimismo sobre la teoría, aunque tampoco se trata de dejarnos llevar por ensoñaciones. Kant recordaba la ingenuidad del tabernero holandés que había dedicado su local a la paz perpetua y escribía: “Puede dejarse a un lado la cuestión de si esta satírica inscripción (a la paz perpetua), escrita

---

<sup>16</sup> F. Châtelet, *Hegel según Hegel*, Ed. Laia, Barcelona, 1973, pág. 61.

en el rótulo de una posada holandesa en el que había dibujado un cementerio, la dedicaba a los hombres en general, o a los jefes de Estado en particular, o solamente a los filósofos, que suelen soñar ese dulce sueño”<sup>17</sup>.

No creo que teorizar sobre los derechos humanos sea un dulce sueño, ni siquiera un sueño. Es una obligación ética, aunque quedaría por saber si es una obligación soportada por cierta esperanza y un mínimo de realismo. Hay que volver a Kant no como argumento de autoridad, sino por sus razones. Recordemos su escrito de 1797 que titulaba sobre el “Replanteamiento de la cuestión sobre si el género humano se halla en continuo progreso hacia lo mejor” (escrito que, por cierto, le fue censurado en Berlín cuando iba a ser publicado en los *Berliner Blätter* y tuvo que publicarlo en Halle como parte de su trabajo sobre “El conflicto de las facultades”). En este escrito Kant se manifestaba en contra de los que mantenían que el género humano se encuentra en retroceso y acusaba a estos pesimistas y los calificaba como “terrorismo moral”. Y Kant fundaba su medido optimismo en una experiencia, en un signo histórico que apuntaba a una predicción positiva, a un progreso moral, “el progreso hacia lo mejor”. Esa experiencia

---

<sup>17</sup> I. Kant, *La paz perpetua*, Editorial Tecnos, Madrid, 1985, pág. 3.

o ese signo era la Revolución Francesa, “la revolución de un pueblo plebético de espíritu” que demuestra “en la naturaleza una disposición y una capacidad meliorativa”, “una disposición moral en el género humano”<sup>18</sup>.

Un pensamiento final. No basta la teoría. Hace falta también la sentimentalidad. Me permito recordar el argumento final con el que termina Richard Rorty las críticas de anti-racional y anacrónico con las que descalifica el “fundacionalismo” (teorías partidarias de fundamentar los derechos humanos) al estilo de Aristóteles, Tomás de Aquino o Kant. “Nosotros los pragmáticos argumentamos a partir del hecho de que la emergencia de la cultura de los derechos humanos no parece deber nada al incremento del conocimiento moral y en cambio lo debe todo a la lectura de historia tristes y sentimentales... Nada útil se consigue con insistir en una naturaleza humana ahistórica, probablemente no exista tal naturaleza o al menos nada de ella que sea relevante para nuestras decisiones morales”<sup>19</sup>.

---

<sup>18</sup> I. Kant, *Replanteamiento de la cuestión sobre si el género humano se halla en continuo progreso hacia lo mejor*, Editorial Tecnos, Madrid, 1985 pág. 82, págs. 88 y 92.

<sup>19</sup> Richard Rorty, “Derechos humanos, racionalidad y sentimentalidad”, en *De los derechos humanos. Las conferencias Oxford Amnesty de 1993*, Editorial Trotta, Madrid, 1998, pág. 123.

Por supuesto, no comparto este negativismo anti-racionalista de Rorty, pero sí comparto otro argumento central con el que completa esta visión de los derechos humanos. Rorty está en contra de la increíble tesis de Kant de que la sentimentalidad no tiene nada que ver con la moralidad, cuando precisamente nuestra diferencia con los animales es que “nosotros podemos sentir los unos por los otros más que ellos”<sup>20</sup>. Por eso, dice Rorty, hay que concentrar las energías en la educación sentimental, en que la persona no permanezca indiferente al sufrimiento de los extraños. Para hacer que los blancos sean más amables con los negros, los hombres con las mujeres, los serbios con los musulmanes, los heterosexuales con los homosexuales, para hacer de nuestra especie una comunidad planetaria regida por una cultura de los derechos humanos no sirve de nada decir con Kant: lo que tienes en común, tu humanidad, es más importante que estas triviales diferencias<sup>21</sup>. La tarea de la educación moral no es contestar a la pregunta del egoísta racional de ¿por qué debo ser moral?, sino más bien contestar a una pregunta más frecuente: ¿por qué debo preocuparme por un extraño, una persona que no es de mi familia, una persona cuyas costumbres me parecen detestables? La

---

<sup>20</sup> Richard Rorty, *ibid.*, pág. 126.

<sup>21</sup> Richard Rorty, *ibid.*, pág. 129.

respuesta tradicional era: porque pertenece a la misma especie. La respuesta de Rorty es: “porque su madre lloraría por ella<sup>22</sup>.”

Creo que debemos felicitar a la Fundación Coloquio Jurídico Europeo y a su presidente Ernesto Garzón Valdés por la feliz y acertada iniciativa de debatir de nuevo sobre los derechos humanos. Ha sido darle una nueva oportunidad a la razón.

---

<sup>22</sup> Richard Rorty, *ibid.*, pág. 135.

