

# Cuestiones disputadas sobre los Derechos Humanos

## Disputed issues on Human Rights

Fernando Rovetta Klyver\*

### Resumen:

Las cuestiones disputadas se planteaban en las universidades medievales sobre temas que se podían y necesitaban debatir. Los derechos humanos, como invención moderna, plantean cuestiones -asumidas en este trabajo- cuya necesidad es impostergable, pero sospechamos que no todas las teorías del derecho pueden definirlos, fundamentarlos y garantizarlos.

### Abstract:

Disputed questions were already raised in the medieval universities on issues that could and needed to be debated. Human rights, as a modern invention, raise questions -assumed in this paper- whose need cannot be put off, but we suspect that not all law theories can define, substantiate and guarantee them.

### Palabras clave:

Derechos humanos - Garantías - Comunicación - Propiedad - Límites - Constitución Global

### Keywords:

Human rights - Guarantees - Communication - Properties - Limits - Global Constitution

### Sumario:

1. Introducción - 2. Si los derechos humanos son solo el discurso de unas minorías - 3. Si toda orientación iusfilosófica puede definir los derechos humanos - 4. Si sólo existen tres modelos históricos de derechos humanos - 5. Si todos los modelos de derechos garantizan su universalidad - 6. Bibliografía

\* Profesor contratado y doctor en Filosofía del Derecho, en la Universidad de Castilla-La Mancha. Especialista en Derechos Humanos por la U. Complutense, con seminarios en Estrasburgo y Ginebra. Licenciado en Filosofía por la U. Nacional de Tucumán donde como miembro del Consejo Superior presidió la comisión de derechos humanos, presentó un informe-denuncia sobre sus detenidos-desaparecidos. Dirigió en UCLM-Albacete el Centro de estudios sobre las Brigadas Internacionales (CEDOBI). Autor de El descubrimiento de los derechos humanos, capítulos de manuales y libros monográficos, co-director del Curso sistemático de derechos humanos, Iepala. Contacto: Fernando.Rovetta@uclm.es

## 1. Introducción

En un mundo donde se sostiene que las ideologías se han agotado, que los grandes relatos religiosos han muerto junto con Dios, los derechos humanos conservan un trato preferencial. Se presentan como un mito que merece ser respetado desde diferentes formas de concebir al ser humano y su circunstancia. Como lo más valioso que pervive de una modernidad ilustrada, ante el asedio de una posmodernidad pragmática y escéptica. Como la última tabla a la que puede acogerse la humanidad ante tantos naufragios: desigualdad y armamentismo crecientes, rechazo a inmigrantes económicos y refugiados, desempleo, trabajos precarios, destrucción de ecosistemas.

Estos naufragios no pueden negar hechos que generan puertos de esperanza: como el desarrollo de las ciencias y las tecnologías, que posibilitan el avances en el terreno sanitario, educacional, habitacional, laboral y político. Nuevos medios y modos de comunicación capaces de desafiar a regímenes tradicionalistas, de abrir modos inéditos de participación basados en el conocimiento y la transparencia. Aunque estos hechos sean promovidos por minorías, recogen una larga tradición de lucha contra la injusticia y por la dignidad de todo ser humano.

Ante este crecimiento simultáneo de trigo y cizaña, parece oportuno destacar la potencialidad de los derechos humanos. Sin pretender negar su carácter polémico, no neutral, comprometido con un determinado proyecto de convivencia mundial. Proyecto que respete las diferentes culturas, en cuanto se presenten como vías para desarrollar la libertad de cada ser humano, en armonía con la igualdad y la fraternidad entre todos.

Desde esta perspectiva, que tiende a confrontar la historia de las ideas con la historia de los hechos, nos proponemos presentar diferentes cuestiones disputadas respecto a estos derechos, sin pretender ofrecer soluciones definitivas, sino solo señalar algunas orientaciones para responderlas. Cuestiones tales como: (1) qué son los derechos humanos, si se reducen a ser un conjunto de normas o son también facultades de los seres humanos; si en tanto que normas son sólo éticas o si precisan ser reforzadas por las jurídicas; (2) si en la polémica relación entre el derecho y la ética los derechos surgen de teorías iusnaturalistas, positivistas, realistas o del derecho de gentes. (3) Si sólo existen tres modelos históricos de derechos humanos o es posible admitir la existencia de un modelo alternativo; si todos los modelos comparten el mismo fundamento de los derechos; (4) si todos admiten límites a los derechos para garantizar su universalidad; (5) si todos tienen igual carácter global como para hacer frente a los desafíos de la globalización neoliberal.

## 2. Si los derechos humanos son solo el discurso de unas minorías

Así como los griegos distinguían entre opinión (*doxa*) y ciencia (*episteme*), podemos constatar la coexistencia de dos modos de entender los derechos humanos: la mediática y la académica. Los medios de comunicación, que con frecuencia modelan la opinión pública, presentan a diferentes colectivos que se especializan por reclamar determinados derechos, así los sindicatos -o las recientes "mareas" en España- reivindican derechos de los trabajadores (de la salud, de la educación), las oenegés feministas, pacifistas, ecologistas... reivindican derechos ya explícitos en sus nombres. Además, en países iberoamericanos los derechos humanos se vinculan a aquellos colectivos de familiares de las víctimas que pugnaron para no dejar impunes los crímenes de lesa humanidad, como las desapariciones forzadas, las torturas y ejecuciones sumarias, perpetrados por las dictaduras de décadas pasadas.

Por su parte, el discurso académico -sin negar el valor de verdad que pueda tener la percepción mediática de los derechos- pretende mostrarlos como un todo, recuperando su carácter de "indivisibles e interdependientes", tal como los califica la Declaración del derecho al desarrollo. Como un conjunto de normas éticas y jurídicas, simultáneamente, de allí que Peces-Barba hablara de su "naturaleza bifronte". Como normas de carácter universal que pretenden ser asumidas en las Constituciones de los diferentes Estados, momento en que pasan a llamarse "derechos fundamentales". Como normas que pretenden regular

comportamientos civiles y políticos (1ª generación), económicos, sociales y culturales (2ª generación) y las referidas al vínculo entre Estados y pueblos: autodeterminación, desarrollo sostenible y paz (3ª generación).

## 2.1. Si los derechos humanos son sólo normas

Considerando la historia reciente, con la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948 y los Pactos Internacionales que le confirieron carácter vinculante u obligatorio desde 1966, o un antecedente como la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, parece que estos derechos se reducen a ser un conjunto de normas positivas, puestas por escrito.

No obstante, para una historia de los derechos humanos, ya es un lugar común aludir a la tragedia de Sófocles, donde Antígona reivindica su derecho de dar sepultura a su hermano Polinice, en virtud de una ley no escrita (*agraphta nomina*) que contradice la norma escrita por el tirano Creonte. Luego parece que la norma jurídica en el mejor de los casos se limitaría a reconocer una cierta facultad del sujeto, que le permite percibir qué se adecua a su propia dignidad y a la dignidad ajena. Esa percepción de lo que sea un justo trato, es lo que induce a cualquier persona a exclamar ante ciertas circunstancias: ¡no hay derecho!. Por más que lo haya, por más que esté escrito y establecido en una norma de obligado cumplimiento, los derechos humanos surgen como una suerte de evidencia que induce a la desobediencia ante ciertas normas jurídicas. No se trata sólo de una evidencia descriptiva, como que el todo es más que la suma de las partes; se trata de una evidencia prescriptiva, que induce a actuar aunque no estuviera reconocida tal vía de actuación en una norma vigente.

### 2.1.1. Si los derechos humanos son sólo normas éticas

Conforme al caso de Antígona, parece que sería suficiente una determinada conciencia crítica, una cierta capacidad de juicio, para que podamos constatar la existencia de alguno de los derechos humanos. Ya se trate de una ética material de valores y virtudes como la de Aristóteles, o de una ética formal de imperativos categóricos, racionales y universales como la de Kant, si todos los seres humanos los cultivaran o respetaran no serían necesarias las normas jurídicas, ni los Estados que las crean. Algo similar llegó a plantear Lutero, respecto a una sociedad en la que todos respetaran los preceptos evangélicos. O el mismo Marx, en la sociedad comunista en la que ya no hubiera lucha de clases, ni Estado, en la que “cada cual produjera según sus posibilidades y consumiera según sus necesidades”.

Sin embargo, los naufragios aludidos al comienzo de este trabajo, la lectura de cualquier periódico o la experiencia cotidiana parecen inducir a lo contrario: si las normas éticas no fueran reforzadas por las jurídicas, el mundo sería menos habitable aún. Pero aquí, es necesario, hacer una distinción entre “ética” y “moral”, dos palabras que, etimológicamente, significan lo mismo: costumbre. Se ha convenido en reservar la palabra que procede del *mos/moris* latino, para aludir a las costumbres, asignada a la que proviene del *ethos* griego la teoría que pueda elaborarse sobre tales costumbres.

De tal modo, las normas jurídicas, con su respaldo estatal coactivo tienen un innegable carácter práctico por el que sólo pueden regular las costumbres, no las teorías que sobre ella puedan hacerse. Pero entonces, si el Derecho busca garantizar la pacífica convivencia de una sociedad, y a ello contribuye una cierta moralidad popular, el Derecho deberá reforzar tal moralidad, como sostenía Lon Fuller. Sin embargo, L.Hart distingue entre dos modos de moralidad: la mayoritaria, que suele ser conservadora y estar plagada de prejuicios, y la moralidad crítica, que sostiene pautas de conductas que pueden justificarse racionalmente y por ello universalizarse, según las exigencias kantianas. Luego no parece que sea deseable que el Derecho refuerce cualquier tipo de moralidad, sino sólo aquella que pueda pasar las pruebas de generar conductas racionales y universalizables<sup>1</sup>.

1 F. Laporta, “Ética y Derecho en Victoria Camps (ed.)”, *Historia de la Ética*, vol.III. (Barcelona: Planeta, 1989).

No admitir la relevancia de las normas jurídicas y considerar que los derechos son sólo expresión de normas éticas, puede inducir a confundir el ser (*Sein*) de las normas vigentes, con su deber ser (*Sollen*). Pretender fusionar lo que de hecho (*de facto*) está reconocido, con lo que (*de iure*) debiera reconocerse conforme a nuestros valores. Esto supondría incurrir en lo que desde D.Hume hasta Kelsen, se denomina *falacia naturalista*.

### 2.1.2. Si los derechos humanos son sólo normas jurídicas

Conforme a lo visto, parece que sería suficiente una buena Constitución o una legislación garantista, como para proteger si no todos los derechos humanos, al menos los derechos de los ciudadanos. Es decir, si la Declaración Universal de 1948 ha sido incorporada como norma constitucional al menos en los países, jurídicamente más avanzados, en éstos no sería necesaria ni conveniente la objeción de conciencia o la desobediencia civil. Bastaría con acatar las leyes, pese a que en la misma Declaración (a.18) se proclama la libertad de conciencia. Además, J.Maritain que participó en la redacción de tal Declaración, observaba que podía haber acuerdos en el contenido material de diferentes artículos, pero tal acuerdo se rompía si se entraba a considerar desde qué fundamentos se acordaba sostenerlos. Luego, parece que no sería conveniente profundizar en principios éticos, porque podrían surgir divergencias que atentaran contra la pacífica convivencia. Las normas constitucionales garantistas serían suficientes.

En este sentido, para el positivismo legal de T.Hobbes, no le correspondía al ciudadano cuestionar las leyes ni preguntarse ante cada circunstancia qué solución podía considerarse como justa. Para ello, ya estaban las leyes que expresaban la voluntad del soberano. Se trataba, particularmente, de afianzar la seguridad jurídica, la misma que se rinde culto en los territorios de baja tributación o paraísos fiscales y la que reclama el neoliberalismo.

No obstante, advierte L. Prieto Sanchís que, si bien resulta conveniente para defender un determinado derecho fundamental comenzar por estudiar con qué términos está recogido o reconocido en la propia constitución, esto no es suficiente. Porque los derechos humanos han surgido -conforme las teorías contractualistas- como el resultado de un pacto entre el soberano y sus súbditos. De tal modo que el soberano concede derechos en tanto y cuanto los súbditos acaten sus leyes. Luego los derechos sólo serán reconocidos en su menor expresión, de modo que limiten lo menos posible los poderes del soberano. Por lo tanto, luego de consultar las leyes, corresponde que cada ciudadano pueda juzgar si la formulación, hasta ese momento vigente, satisface sus expectativas respecto al modo de garantizar el derecho en cuestión. Quedarse sólo con lo que digan las leyes o normas constitucionales, o sólo con las interpretaciones que los jueces hayan realizado al aplicarlas, sería tanto como pedirle al zorro que cuide de las gallinas. Supondría incurrir en una *falacia positivista*.

De modo similar, L.Ferrajoli insiste en que la misma ciencia jurídica no puede presentarse como neutral -como proponía Kelsen- sino como comprometida con la garantía de los derechos fundamentales. Y esto se funda en el carácter histórico de éstos, es decir, que son contingentes, que fueron reconocidos de una determinada manera, conforme a la constelación de poderes en el momento de su reconocimiento. Pero siempre puede mejorarse el modo de reconocer y garantizar cada uno de tales derechos. Es más, pueden incorporarse derechos que hasta el momento no habían sido reconocidos como tales. Negar este carácter histórico y perfectible de los derechos humanos y fundamentales, nos induciría a incurrir en la *falacia realista*.

En consecuencia, los derechos humanos no son sólo normas jurídicas, sino también éticas, en tanto que éstas expresen la capacidad humana de juzgar entre lo debido y lo no debido, entre lo justo y lo injusto. Conviene entonces analizar de qué manera se articulan estos dos modos normativos: la ética y el derecho, para concluir considerando cómo articular el derecho con un particular valor ético, la justicia.

### 3. Si toda orientación iusfilosófica puede definir los derechos humanos

Conforme a lo visto, los derechos surgen en el proceloso mar donde se relacionan lo ético y lo jurídico. Históricamente, la relación entre Derecho y ética ha sido interpretada desde cuatro versiones de la filosofía del derecho: iusnaturalismo, iuspositivismo, realismo jurídico y derecho de gentes. Cada una de estas orientaciones iusfilosóficas -al menos en alguna de sus versiones- esgrime sus razones para ser considerada la cuna de los derechos humanos.

#### 3.1. Si los derechos sólo pueden reconocerse desde teorías iusnaturalistas

Las teorías iusnaturalistas -como su nombre lo indica- admiten la existencia de un derecho natural que tendría primacía sobre el derecho jurídico positivo, en caso de entrar en conflicto con él. Durante toda la historia del pensamiento occidental se sostuvo -con mayor o menor énfasis- esta doctrina.

##### 3.1.1. El iusnaturalismo clásico

Encuentra su primera formulación en Aristóteles y su desarrollo en los Estoicos. Aristóteles toma de los sofistas la distinción entre “lo justo por ley” y “lo justo por naturaleza”. “Existe lo justo o injusto común, por naturaleza, que todos reconocen, aunque no haya ningún mutuo consentimiento, (ni haya sido mandado), ni acuerdo entre unos y otros. Es lo que, por ejemplo, aparece proclamado en la Antígona de Sófocles, cuando afirma que es justo dar sepultura a Polinice, puesto que ello es naturalmente justos”<sup>2</sup>. Cicerón, afirma: “hay una ley verdadera, razón recta conforme con la naturaleza, presente en todos, invariable, eterna, capaz de guiarnos con sus órdenes al deber... de esta ley no nos podemos desvincular por obra del senado o del pueblo... Ella no es distinta en Roma o en Atenas”<sup>3</sup>.

##### 3.1.2. El iusnaturalismo medieval

Fusiona la filosofía griega con la religión hebreo cristiana, encuentra su reconocimiento en San Agustín y Tomás de Aquino. Así, para Agustín de Hipona<sup>4</sup>: “no parece que sea ley la que justa no fuese”. Y, para Tomás de Aquino<sup>5</sup>, “una ley injusta no es ley, sino corrupción de ley”. Con esta falta de reconocimiento a la ley que atentara contra la justicia, se legitima la desobediencia a tal tipo de leyes.

La principal diferencia entre este modo de concebir el derecho natural respecto al clásico griego, consiste -según J.B.Metz (1972)- en una perspectiva de carácter ontológico. Para los griegos, lo más perfecto es el cosmos, el orden de los astros que se presenta como modelo de la Polis; para Tomás de Aquino, por el contrario, lo más perfecto es lo más libre, las personas. Por ello, el derecho natural griego era compatible con la existencia de esclavos por naturaleza, gente más dispuesta a obedecer que a ejercer su cuota de soberanía popular; en cambio el derecho natural que prelude la modernidad demanda cada vez mayores espacios para el ejercicio de la libertad, en el marco de lo que S. Agustín llamaba el *ordo amoris*.

##### 3.1.3. El iusnaturalismo moderno o racionalista de los ss.XVII y XVIII

Tiende a prescindir del refuerzo teológico que dieron los medievales a la doctrina del derecho natural. Para autores como el primer T. Hobbes y J. Locke, la razón humana es necesaria y suficiente para descubrir leyes válidas para todo tiempo y lugar, universales. En esto, recuperan la orientación de los estoicos, aun cuando tal universalidad estará condicionada a la pertenencia a las naciones más civilizadas (*moratiores*), dirá Grocio. Para este autor, “el derecho natural existiría aun cuando Dios no existiese, cosa que no se puede decir sin blasfemia”. Este último añadido pretendía ponerlo a salvo de los rigores de la Inquisición.

2 Retórica, I, 10, 1368b.

3 De República III, 22, 33.

4 S.V, de Lib.arb. 1.

5 S.XIII, I-II, 91, 2.

### 3.1.4. El iusnaturalismo contemporáneo

Como el cultivado por Ronald Dworkin, resurge como respuesta de unos siglos XIX y XX con tendencia más positivista, para sostener que el Derecho no es sólo un conjunto de normas primarias y secundarias (esto es, normas dirigidas a los ciudadanos o a los poderes que las crean o aplican) sino también, de principios. Estos principios, de naturaleza ética, permitirían que su Juez Hércules omnisciente encuentre la respuesta correcta (*right answer*) para cada caso.

En el escenario español y tributario de sus clásicos del Siglo de Oro, Antonio-Enrique Pérez Luño ofreció una definición que se adoptó como idónea en un congreso internacional en el que los cultores del positivismo eran mayoría:

*“Los derechos humanos representan el conjunto de facultades e instituciones que, en cada momento histórico, concretan las exigencias de la dignidad, la libertad y la igualdad humanas, las cuales deben ser reconocidas positivamente por los ordenamientos jurídicos a nivel nacional e internacional”*

Observamos que entre los valores propuestos en esta definición, se sustituye la fraternidad por la dignidad, conforme al tríptico de la Revolución francesa. Este giro de carácter kantiano parece enfatizar más en la libertad de cada persona, mientras que la fraternidad reforzaba el vínculo igualitario entre las mismas, a la vez que ponía en evidencia cierto resabio hebreo cristiano en una Francia secularizada.

No obstante, la relación entre los iusnaturalistas y los iuspositivistas no siempre fue pacífica, como pudo anticiparse en la confrontación entre Antígona y Creonte (1.1). Tras el Holocausto, el magistrado Gustav Radbruch realizó una dura crítica al positivismo porque su doctrina, de que por más dura que sea una ley debe cumplirse (*dura lex sed lex*), habría dejado inermes a los juristas alemanes frente al totalitarismo nacionalsocialista.

## 3.2. Si el iuspositivismo ofrece alguna definición de los derechos

Frente a la crítica de Radbruch, Ernesto Garzón Valdez contraatacó reinterpretando el latinazgo de “*dura lex*” como una mera defensa de la seguridad jurídica, y acusando al iusnaturalismo de haber dotado al nazismo de una herramienta muy peligrosa, como es el concepto de “naturaleza humana”, que pudo ser interpretada de modo que legitimara el culto a la “naturaleza aria” como superior a la semita.

Si para los iusnaturalistas había dos tipos de normas: la escrita y la no escrita (o conciencia ética), para los positivistas sólo existe un tipo de normas, las puestas por escrito. Los valores como la justicia, sólo admiten una interpretación subjetiva, no científica. Por ello, lo propio de juristas será su neutralidad, ello significa equidistancia respecto a interpretaciones opuestas respecto a si una norma era justa o no lo era.

Con antecedentes clásicos entre los sofistas y medievales como W. Ockham, durante el s.XIX el positivismo se impone en las diferentes escuelas jurídicas: así la Escuela Histórica en Alemania, la Analítica en Inglaterra y la Escuela exegética francesa, comparten que el objeto propio de la ciencia jurídica o jurisprudencia es el derecho escrito, como por ejemplo, el Código napoleónico de 1804.

Dejando de lado la geografía, que supuso diferentes modos de desarrollar el positivismo, podemos encontrar desde una óptica teórica tres orientaciones iuspositivistas: la teórica, la metodológica o conceptual y la legal.

### 3.2.1. El iuspositivismo teórico

Postula que el derecho es la principal producción del Estado. Esto supondrá cierta dificultad para admitir un conjunto de normas internacionales que reivindiquen para sí la

condición de jurídicas. Además, el derecho es un conjunto de normas que se aplican según el silogismo subsuntivo: en el que la norma actúa como la premisa mayor, el caso como la menor y la sentencia sería la conclusión. Es decir, que si un caso en concreto cupiera entre los supuestos de hecho contemplados en una determinada norma general, la sentencia es automática y debe aplicarse la consecuencia normativa prevista. Este rigorismo normativo no deja espacio para la actividad interpretativa del juez, ni para considerar principios de carácter ético. Luego, no parece que desde esta forma de concebir el positivismo jurídico pueda ofrecerse una definición de los derechos humanos.

### 3.2.2. *El positivismo metodológico o conceptual*

Supera el reduccionismo del silogismo subsuntivo y admite la ponderación como un método para aplicar principios a casos concretos, porque es en éstos cuando surge la necesidad de que para proteger un derecho de una persona (por ejemplo, su derecho al honor), sea necesario fijar límites al derecho de otra (v.g.: su libertad de expresión), según veremos. El énfasis de esta doctrina iuspositivista está en separar el derecho de la moral, y no para condenar al derecho a la condición de inmoral o amoral, sino, casualmente, para poder criticarlo desde una instancia diferente. En esta opción, se encuadra la advertencia de L. Prieto (1.2.2) contra la falacia positivista. Esto supondría superar la doctrina platónica del rey-filósofo, defendida en su *Carta séptima*, por la que sólo los especialistas en ética podrían crear leyes. Parece más razonable la posición de Kant, en su opúsculo *Hacia la Paz Perpetua*, cuando advierte que dado que el ejercicio del poder obnubila la razón, no es conveniente suponer que quien legisla esté dotado de cierta infalibilidad ética, por el contrario, es necesario que se permita a la ciudadanía y a los especialistas en ética ejercer su derecho a la crítica respecto a lo legislado.

Esta doctrina iusfilosófica insiste además en el carácter histórico, contingente y perfectible de toda norma jurídica en oposición a un presunto derecho natural, que se presume necesario y perfecto reclamando su aplicación universal. Esta condición de la norma jurídica se traduce en una nueva concepción de la ciencia jurídica, que ya no se conforma con la validez formal de las normas, para la que era suficiente saber *quién* y *cómo* generó una determinada norma, sino que exige una validez sustancial para la que es menester considerar también *qué* dice la norma en cuestión, es decir, si su contenido no contradice principios constitucionales. Esta doctrina de Ferrajoli, deja atrás el formalismo de Kelsen, más cercano al iuspositivismo teórico, según la que bastaba con considerar si cada norma había sido creada por el legislador o sujeto competente, conforme al procedimiento establecido en normas previas; ahora es necesario verificar además si las normas no contradicen los derechos fundamentales recogidos en cada Constitución. Y, esto si bien para los iusnaturalistas podrá significar que se admiten los valores superiores contenidos en cada constitución o en sus derechos fundamentales, para este nuevo positivismo se trata de enfatizar la exigencia de coherencia del sistema jurídico, conforme a la cual una norma de menor rango no puede contradecir lo que sustente una norma superior.

Este neopositivismo, superador del paleo-positivismo kelseniano, ha dado origen al neoconstitucionalismo, que recupera a las normas constitucionales como normas aplicables y como criterios de validación de normas que no pueden ni recortar libertades atentando contra los derechos de primera generación, ni dejar de desarrollar derechos sociales o de segunda generación. Por esta razón, a esta doctrina se le llama también "garantismo", porque como dice Marina Gascón, trata de garantizar los derechos fundamentales. Estos son definidos por Ferrajoli<sup>6</sup> como:

*"Todos aquellos derechos subjetivos que corresponden universalmente a `todos` los seres humanos en cuanto dotados de status de personas, de ciudadanos o personas con capacidad de obrar; entendiéndose por `derecho subjetivo` cualquier expectativa positiva (de prestaciones) o negativa (de no sufrir lesiones) adscritas a un sujeto por una norma jurídica;*

6 L. Ferrajoli, *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, (Madrid: Trotta, Madrid, 2001), 19.

*y por 'status' la condición de un sujeto, prevista asimismo por una norma jurídica positiva, como presupuesto de idoneidad para ser titular de situaciones jurídicas y/o autor de los actos que son ejercicio de éstas."*

Conforme a esta definición técnica, Ferrajoli infiere cuatro tesis que analizaremos más adelante. Por el momento, cabe destacar su énfasis en la universalidad en tres niveles: sólo el primero (personas) alude a los derechos humanos, los otros dos son propios de los derechos fundamentales de cada Estado (ciudadanos e inmigrantes o "personas con capacidad de obrar"). Aquí no alude a valores éticos (dignidad, libertad, etc.) sino a normas jurídicas positivas que, aparentemente, serían sólo las constitucionales de cada Estado. Pero, la propuesta de Ferrajoli apunta a una Constitución global, cuyo preámbulo lo compondría la misma Declaración Universal. De este modo, tenemos una definición de los derechos, que cumple con la exigencia positivista de separar derecho y ética.

Ante esta exigencia, sospechamos que es posible cuestionar la dicotomía entre lo ético y lo jurídico, como reflejo entre la contraposición entre lo natural y lo histórico. Porque la propia naturaleza humana es histórica, es decir, no está, totalmente, construida desde el código hereditario, ni desde el genoma, como en los animales. Está confiada a la propia libertad de cada ser humano, y esto es, casualmente, lo que se pretende defender desde este conjunto de normas jurídicas y éticas que pretenden ser universalizables.

### 3.2.3. *El positivismo legal*

Sostenido por T. Hobbes en su madurez, curiosamente, propone subsumir lo ético en lo jurídico. Si para el iusnaturalista lo justo era el criterio para cuestionar una norma; en este caso, la voluntad del soberano -la norma jurídica- es la que establece qué es lo justo para cada caso. El espacio de libertad para el ciudadano quedará reducido a aquel tipo de actividades que el soberano olvidó legislar.

De esta versión del positivismo jurídico no cabe esperar definición de derecho fundamental alguno, por el contrario, puede inferirse la más radical negación de todos los derechos. No en vano, Hannah Arendt incluyó la doctrina de T. Hobbes en su obra sobre *Los orígenes del Totalitarismo*.

## **3.3. Si el realismo jurídico ofrece una definición de los derechos**

El realismo jurídico es el nombre que se atribuye a ciertas escuelas que radicalizan el positivismo en su suspicacia contra toda intromisión de valores éticos como la justicia. Con un sesgo más pragmático y utilitario fija como objeto de la ciencia jurídica las causas y consecuencias de una determinada norma jurídica. Podemos señalar tres escuelas realistas: la norteamericana, la escandinava y la iberoamericana.

### 3.3.1. *El realismo jurídico norteamericano*

Comenzó con el Juez de la suprema Corte, Oliver W. Holmes, para quien la ciencia jurídica debía proporcionar al ciudadano los criterios para mantenerse alejado de los tribunales. En todo caso, estaría sustentando una defensa de la autonomía del individuo -propia de los derechos de primera generación- que le induce a tomar distancia de las consecuencias negativas que pueden acarrearle normas heterónomas, producidas por otros.

### 3.3.2. *El realismo jurídico escandinavo*

Cuyo principal exponente es Alf Ross, propone que el objeto de estudio de la jurisprudencia es el derecho vigente, o todavía más concretamente, el derecho en acción. Porque hablar de justicia es algo tan racional como dar un puñetazo sobre la mesa. Lo que consideramos justo o injusto es aquello que se adecua a nuestros intereses, luego no parece que entre un sindicato y la patronal sea tarea sencilla acordar condiciones de un trabajo digno, ni un salario justo. Sin embargo, la experiencia demuestra que no es imposible.



### 3.3.3. El realismo jurídico iberoamericano

Tendría como representantes en España a Liborio Hierro, para quien “el derecho es un sistema normativo que regula (instituye y organiza) el uso de la fuerza institucionalizada como monopolio de un grupo social”<sup>7</sup> y en América Latina a C. Isler Soto. Acusando cierta influencia marxista, a través de la Escuela de Budapest y Agnes Heller o de J.C. Mariategui, considera al derecho como un instrumento idóneo para sufragar las necesidades humanas, particularmente, la de los habitantes originarios y su tenencia colectiva de tierra. Y son casualmente éstas las que pueden identificarse con los derechos humanos. Para Liborio Hierro<sup>8</sup>:

*“Los derechos humanos son aquellas libertades, inmunidades, pretensiones y potestades que corresponden a todo ser humano como condición necesaria para realizarse como sujeto moral y cuya satisfacción es condición necesaria y suficiente para justificar la existencia, el origen y el contenido de un sistema jurídico.”*

Es decir, los derechos atienden a las condiciones necesarias tanto para la realización de cada ser humano, como para legitimar a cada Estado. Podríamos incluir aquí la llamada escuela del uso alternativo del derecho, es decir, del derecho que proteja, principalmente, los derechos de la clase trabajadora frente al tradicional derecho de la burguesía.

### 3.4. Si el derecho de gentes (*ius gentium*) es idóneo para definir los derechos

En muchos manuales de filosofía del derecho se suele omitir esta escuela cuyos orígenes se remonta al Derecho Romano, sin embargo, su desarrollo dio lugar al moderno derecho internacional público y al contemporáneo derecho internacional de los derechos humanos. Cabría señalar al menos cuatro momentos de esta doctrina.

#### 3.4.1. El derecho de gentes en la época romana

Según Gayo, era el *ius inter homines*. Un derecho común a todos los hombres de los pueblos del Imperio romano, compatible con los diferentes derechos civiles, propios de cada Ciudad (*cives*). El derecho de gentes funcionaba como un techo de racionalidad práctica común a todos los individuos y territorios conquistados, suponía el pago de determinados tributos a cambio de cierta seguridad frente a quienes pretendieran hostigarlos. Era, claramente, un derecho con respaldo coactivo del Imperio.

#### 3.4.2. El derecho de gentes para Francisco de Vitoria pasa a ser el *ius inter gentes*

Un derecho de los pueblos, constituidos por personas que pertenecen a diferentes culturas, a los que conocemos como derechos de tercera generación (1.). Esta doctrina, surge por una búsqueda de justos títulos que legitimaran la presencia española, en América, durante el conocido como Siglo de Oro español. No prescinde de su carácter coactivo, porque va acompañado de una doctrina sobre la guerra justa, pero ésta será tal sólo si es defensiva. Por ello, no legitima una conquista violenta, ni los actos de genocidio que se cometieron, mucho menos el magnicidio de Atahualpa. Porque “estaban ellos (los pueblos originarios) en pacífica posesión de sus bienes pública y privadamente”. Este *ius gentium* pasa a convertirse en un *ius communicationis*, un derecho por el que todo hombre y pueblo puede intercambiar con otros información, bienes y servicios sin causar daño. Por estos antecedentes, la ONU ha reconocido en este fundador de la llamada Escuela de Salamanca, como el fundador del derecho internacional público, el que regula la relación entre los Estados y los pueblos, y la de estos con sus habitantes. Esta doctrina, en cierto modo es tributaria del iunaturalismo medieval de Tomás de Aquino (2.1.2), aunque posterga la cuestión metafísica hasta su relectura por Francisco Suárez, y desarrolla su interpretación de la historia a partir de los datos que les proporcionaban los cronistas y los misioneros.

7 L. Hierro, *Estado de Derecho: problemas actuales*, (México: Fontamara, 1998), 304.

8 L. Hierro, *Estado de Derecho: problemas actuales*, (México: Fontamara, 1998).

Para Domingo de Soto, que sucede a Vitoria en su cátedra prima en Salamanca, el derecho natural se presenta como un eslabón entre el derecho natural y el derecho positivo. Toma del primero su pretensión de universalidad y su carácter de necesidad fáctica, como es el caso de admitir cierta propiedad privada para evitar conflictos; pero toma del segundo, su carácter histórico y coactivo.

### 3.4.3. *El derecho de gentes (The law of peoples) de John Rawls (1995)*

Es una obra que viene a subsanar el formalismo de su *Teoría de la justicia* (1971). En ésta, por vía contractualista, pretende que accedamos a ciertas normas de justicia en la que todos -igualados por un “velo de ignorancia”- podríamos coincidir si desconociéramos cuál es nuestra condición social, económica y cultural. Con su Derecho de Gentes -por el contrario- asume las dificultades que suponen la convivencia o superposición (*overlapping consensus*) de diferentes culturas en Estados multiétnicos.

Esta cuestión fue, también, estudiada por T. Todorov (1982) en *Conquista de América. El problema del otro*, donde se plantea la necesidad de conjugar los principios de igualdad (en naturaleza y dignidad humanas) y diferencia (cultural e histórica). Analiza allí tres respuestas posibles: la de Sepúlveda, que subrayaba tanto la diferencia que negaba la igualdad, para poder esclavizar a los aborígenes y apropiarse de sus tierras como *res nullius*; la de Bartolomé de las Casas, que subrayando la igualdad negaba la diferencia, por lo que tuvo problemas al tratar de proponer a los nativos modos de producción aplicable a extremeños; y la de Malinche y Hernán Cortés, que superando sus diferencias se respetaron como iguales, lo que les permitió nada menos que la conquista de México. Frente a este ejemplo, cuya belicosidad y posterior desarrollo puede hacer sospechar de una instrumentalización de los nativos, proponemos otro de carácter pacífico: las reducciones jesuíticas de Paraguay o la Chiquitanía, rigurosamente, recreada en la película *La Misión*, de Roland Joffé (1986). El respeto por las lenguas nativas -que para A. Maalouf, constituyen el primer elemento de una cultura- se puede constatar en su pervivencia como lenguas oficiales en las Constituciones de Paraguay 1992, Ecuador 2008 y Bolivia 2009.

### 3.4.4. *El derecho de gentes recuperado por L. Ferrajoli*

Reconstruye su evolución, desde los Romanos hasta Vitoria, configura cierto límite al ejercicio del poder político de cada territorio. Este límite desaparece, en el s.XVII, por la concepción de soberanía como “*potestas soluta*” (poder absoluto) de J. Bodin y T. Hobbes. Generan así un concepto antinómico al derecho (y a la ética), porque lo propio del derecho (y de toda norma) es reconocer y limitar el ejercicio de poderes y libertades. Esta concepción ilimitada de soberanía estatal es la que condujo a la Guerra de los 30 años, que concluyó con la Paz de Westfalia (1648). Tratado con el que se logró pacificar Europa *de facto*, pero *de iure* el problema continuaba sin ser resuelto: la *potestas soluta* no había sido desactivada. Esto llevó a una nueva guerra de 30 años en el s.XX, entre 1914 y 1945 (época en la que se inscribe la Guerra Civil española 1936-39), que requirió de un nuevo tratado: la Declaración Universal de los Derechos Humanos (1948). Tres siglos necesitó Europa para ver la necesidad de limitar las soberanías estatales y esto lo consagra en la Carta de Naciones Unidas (1945) a.2. De este modo, la función que antaño tuviera el derecho de gentes pasa a ser asumida por lo que hoy llamamos derechos humanos. Concluye Ferrajoli, señalando una insospechada actualidad del pensamiento de Vitoria, cuyo *ius communicationis* habría legitimado el derecho a un comercio justo (*ius commercii*) el derecho a la migración y el asilo (*ius migrandi*), entre otros.

## 3.5. Si para una teoría de los derechos la justicia es previa al derecho

Después de considerar las diferentes orientaciones iusfilosóficas respecto al vínculo entre la ética y el derecho, entendemos conveniente recuperar una cuestión que dejó planteada Aristóteles, en su *Ética a Nicómaco*, el vínculo etimológico evidente entre *dike-justitia* y *dikaion-ius*-derecho, aunque no precisa cuál de ellos antecede al otro. Las respuestas clásicas pueden resultar paradójicas, un jurista romano como Ulpiano, entiende que lo

primero es la justicia; por su parte, un teólogo moral como Tomás de Aquino sostiene que el derecho (ajeno) es el objeto de la justicia, luego previo a ella.

La respuesta de Ulpiano hubiera complacido a Platón, el rey-filósofo justo es capaz y debe generar derecho. Aunque se expone a la crítica de Kelsen y de todo positivista- lo que sea justo para ese rey, puede que no lo sea para sus súbditos o su sucesor.

Por el contrario, la respuesta de T. de Aquino evita incurrir en subjetivismo, porque es previo el derecho ajeno a sufragar sus necesidades, luego será justa la norma que respete tal derecho e injusta la que no lo respete. Pero se podría objetar a su vez, que hemos desplazado el subjetivismo: lo que cada cual considere como su derecho, por ejemplo: a disponer de un latifundio, puede variar con cada persona; sin embargo, las necesidades básicas de todas las personas son las mismas: comida saludable, vivienda digna, y esto está reconocido en documentos del derecho internacional de los derechos humanos. Pero, tampoco se trata de un objetivismo inmutable, sino de un reconocimiento intersubjetivo por el que -dependiendo del tiempo y lugar- se podrá distribuir los bienes que cada cual necesite para su vida digna, tendiendo a que nadie padezca necesidad extrema. O, asumiendo la conocida fórmula de Rousseau: "que nadie sea tan rico como para comprar a otros, que nadie sea tan pobre como verse forzado a venderse".

Y, lo que sostenemos del derecho de la otra persona, sea hombre o mujer, también podemos predicarlo de todo otro pueblo. Cada pueblo tiene el derecho a decidir sobre si quiere ejercer su derecho a la autodeterminación, como también tiene el derecho al desarrollo sostenible y a la paz. Luego, parece que las leyes que respeten y promuevan tales derechos serán justas, las otras no. Esta cuestión se plantea, actualmente, frente a las propuestas independentistas de algunos catalanes. Al respecto, propuse la inversión del ideario franquista "una, grande y libre", porque supone la primacía del orden unitario frente a la libertad. Por el contrario, sostener: "libre, grande y una" supondría partir otorgando primacía a la libertad, tales leyes magnánimas hablarían de una grandeza cualitativa o política y no sólo cuantitativa o territorial, y es muy probable que ante una consulta así, reconocida como un derecho, resulten mayoritarios quienes opten por conservar la unidad.

#### 4. Si sólo existen tres modelos históricos de derechos humanos

N. Bobbio y G. Peces-Barba sostenían la existencia de tres modelos históricos de derechos humanos: el inglés, el francés y el norteamericano, en cursos de posgrado del Instituto de Derechos Humanos de la Universidad Complutense. Esto ocurría, en la década del `80, en un centro en el que más del 80% del estudiantado provenía de América Latina. Fue en ese contexto en el que surgió la sospecha de la existencia de un modelo alternativo de derechos humanos, que fuera capaz de explicar por qué el reconocimiento de los derechos sociales que admite la Constitución soviética de octubre de 1917, había ya sido reconocidos en la Constitución de Querétaro en febrero del mismo año, o por qué tantas Repúblicas de América Latina -que habían sufrido el terrorismo de Estado, en nombre de la doctrina de la seguridad nacional aprendida por militares golpistas en la norteamericana Escuela de las Américas- habían sabido recuperar sus democracias y llevaban adelante procesos de memoria histórica.

Se señalaban algunas diferencias entre los tres modelos. El carácter evolutivo del modelo inglés que se iniciaría con la *Carta Magna* de Juan sin Tierra (15/jun/1215), frente a la impronta revolucionaria del modelo francés (14/jul/1789) y la independentista del norteamericano (4/jul/1876). La apuesta por el empirismo entre los teóricos ingleses desde Locke a Hume, frente al racionalismo de los franceses de Bodin a Descartes, y una conjunción de ambas doctrinas entre los autores de *El federalista*, de Harrington a T. Payne. El paso del iusnaturalismo al positivismo en Hobbes, la permanencia en un iusnaturalismo racionalista de Bodin, o la influencia de Suárez en el constitucionalismo norteamericano. Finalmente, respecto a la extensión de los sujetos titulares de tales derechos, se constata la defensa de sus ciudadanos en el caso inglés, la apertura universalista en el caso francés, y una apuesta por la universalidad que termina reduciéndose a sus ciudadanos, en el caso norteamericano.

Para el reconocimiento de tales modelos históricos, que ubican la emergencia de los derechos humanos desde el s. XVII, se requería tres condiciones: que se pudiera constatar la existencia de un Estado absoluto, con capacidad suficiente como para proponer y garantizar ciertos derechos, que se pudiera verificar cierta humanización del derecho penal y del procesal correspondiente, y que se admitiera un debate sobre la tolerancia en materia religiosa.

#### **4.1. Si es posible admitir la existencia de un modelo iberoamericano de derechos humanos**

Las tres condiciones exigidas para el reconocimiento de un modelo histórico eran cumplidas por España y su vínculo con los pobladores de América, al menos en el plano de la teoría o de una praxis incipiente. Que, España fuera un Estado absoluto ya, en los tiempos de los Reyes Católicos, es algo sostenido por historiadores como Francisco Tomás y Valiente, no en vano el mismo Maquiavelo pensaba en Fernando el Católico al momento de escribir su obra *El Príncipe*. Respecto a la humanización del derecho procesal y penal, resulta más difícil de admitir teniendo en cuenta la singularidad de la Inquisición española. No obstante, Vitoria y otros juristas se oponían a que los bienes de los herejes fueran confiscados. Y, en materia de tolerancia, rechazaban que la diferencia de religión pudiese esgrimirse como una causa de guerra justa, aunque admitían para el caso en que la mayoría de una tribu se hubiera convertido al cristianismo y su príncipe les negara libertad de culto, estos pudieran sustituirlo.

Es posible que la negación española a considerar que documentos como Las leyes de Burgos (1512) o las Nuevas leyes (1542) pudieran considerarse documentos liminares de derechos humanos, se deba a que el Siglo de Oro español fue estudiado con cierto sesgo triunfalista durante la época franquista. Estudios que negaban que para Vitoria, lo mismo que para Mariana o Suárez, estuviera legitimado el tiranicidio. Otra hipótesis que explique esta omisión puede estar vinculada a los Pactos de la Moncloa y a aquella opción por no revisar el pasado, pese a que la Audiencia Nacional española terminará resultando relevante para la memoria histórica en Argentina, Chile, Guatemala, etc.

Ante la violencia de la Conquista española de América, se produjo una firme crítica por parte de frailes dominicos como Vitoria y Soto en la teoría, Antonio de Montesinos o Bartolomé de las Casas en la praxis. Este último polemizó con un jurista de la Corona como Ginés de Sepúlveda en la Junta de Valladolid (1550-1). Logró que se prohibiera la esclavitud de los aborígenes y métodos de evangelización forzosa. Como antecedentes, de estos debates que pretendían humanizar la expansión colonial o el ejercicio del poder, podemos considerar la situación creada respecto a reconocer la humanidad de los Guanches, cuando se tuvo acceso a Canarias en 1312.

También, pueden encontrarse antecedentes medievales de los derechos en documentos estudiados por Jesús Lima Torrado: El Pacto convenido en las Cortes de León en 1188 entre Alfonso IX y su reino, las 7 Partidas de Alfonso X para Castilla de 1256-65, el Privilegio General de Aragón de 1283, otorgado por Pedro III en las Primeras Cortes de Zaragoza, los Privilegios de la Unión Aragonesa de 1286, el Acuerdo de las Cortes de Burgos de 1301, el Acuerdo de las Cortes de Valladolid de 1322 y el Fuero de Vizcaya de 1452<sup>9</sup>.

A diferencia de los tres modelos históricos antes aludidos, el Iberoamericano emerge en expansión, durante la construcción del "Imperio en el que no se ocultaba el sol", y perdura en su unidad hasta el s.XIX, cuando tras las malogradas Cortes de Cádiz y el cautiverio de Fernando VII, se inicia el proceso de independencia de las antiguas provincias ultramarinas, anticipadas por Haití en 1904 hasta la pérdida de Filipinas, Puerto Rico, Guam y Cuba en 1898.

<sup>9</sup> J. Lima Torrado, "Antecedentes normativos de los derechos humanos" *Rev. Direito*. (Brasil: UFMS): 7-34. [seer.ufms.br/index.php/revdir/issue/download/98/73](http://seer.ufms.br/index.php/revdir/issue/download/98/73)

Richard Morse sostuvo que Occidente generó dos modelos teóricos jurídico-políticos: el angloamericano, que nace en el s.XVII inspirado en obras de Hobbes y Locke y se prolonga hasta nuestros días, y el iberoamericano, que nace y muere en el Siglo de Oro español (s.XVI y comienzos del XVII), inspirado en obras de Vitoria y Suárez. El prolongado desarrollo del modelo angloamericano -que tras la caída del Muro de Berlín llegó a presentarse como "pensamiento único"- habría generado aporías, frente a las que el modelo iberoamericano podía ofrecer algunas salidas.

En un trabajo anterior, sostuve que el modelo Iberoamericano no se agotó en el s.XVII, dado que había logrado proyectarse en el pensamiento y la acción de prohombres latinoamericanos del s.XIX, como S. Bolívar, J. Martí, J.B. Alberdi y J.C. Mariategui. No obstante, es posible que se trate de un nuevo modelo emergente del impacto que supuso el modo napoleónico de expandir el modelo francés, con su pretensión de universalidad, compatible con la concepción del *ius gentium*.

#### 4.2. Si todos los modelos de derechos humanos compartían fundamento

Los modelos históricos de derechos humanos que reconocieran Bobbio y Peces-Barba, admitían algunos rasgos que los diferenciaban entre sí. Sin embargo, podemos sostener que lo que tenían en común era su fundamento: el individualismo posesivo, fórmula empleada por MacPherson para aludir a las doctrinas de Hobbes y Locke. Según estos, el sujeto titular de los derechos es cada individuo (*w.a.s.p.*: blanco, anglosajón y propietario), y su principal derecho es la propiedad privada. El fin de todo contrato social -para Locke- es la protección de las *properties*, expresión con la que aludían a la vida, la libertad y los bienes exclusivamente propios.

El culto a las *properties* es claro para los modelos Inglés y Norteamericano, a diferencia del Francés. Porque J.J. Rousseau -que tuvo cierta influencia antes de la Revolución de 1789- había cuestionado a la propiedad privada como origen de la desigualdad. Sin embargo, en la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano, en su a.17, se reconoce a la propiedad privada como un derecho "inviolable y sagrado". Tratamiento análogo recibe la libertad (aa.1, 4-11), y la vida (a.1) aunque de un modo tácito. Luego habría triunfado la doctrina de Locke sobre la de Rousseau.

Nuestro modelo ibero(latino)americano adopta otro fundamento para los derechos: el personalismo comunicativo, conforme a las doctrinas de Vitoria y Suárez. Para quienes el sujeto titular de los derechos era no sólo cada persona, en tanto que participa de sociedades (doméstica, civil, eclesial, internacional) sino, también, los pueblos de los que formaban parte; y el derecho paradigmático es el *ius communicationis*.

En resumen, se puede constatar una doble diferencia entre los modelos históricos que resultaron funcionales al capitalismo y el modelo ibero(latino)americano más próximo a cierto eco-socialismo internacionalista. Por un lado, difieren en la percepción del sujeto titular de los derechos: individuos aislados frente a personas y pueblos. Por otro, el antagonismo entre los derechos paradigmáticos defendido por cada modelo: la propiedad privada alude a un tipo de relación que cada individuo puede mantener con las cosas, porque si pretendiera aplicarlo a otro individuo lo denigraría, lo reduciría a la condición de siervo, lo esclavizaría. La comunicación -por el contrario- alude a un modo de relación entre personas libres e iguales, que cultivan un trato fraterno; y para el caso de que se aplicara a las cosas del ecosistema -como cuando nuestros aborígenes hablaban de la "Pacha Mama"- lejos de denigrarlas, les confieren mayor rango ontológico, las liberan.

#### 5. Si todos los modelos de derechos garantizan su universalidad

Entre los modelos históricos, el modelo francés explicita, en su Declaración de 1789, la tensión original de los derechos: son universales y reconocen la titularidad de todos los hombres, las mujeres y las diferentes opciones sexuales, o se trata de garantizarlos sólo a quienes ostentan el título de ciudadanos. Ferrajoli considera a la ciudadanía como el último

privilegio, esto se hace, particularmente, evidente ante la actual crisis de refugiados que cuestiona a Europa y su doctrina de derechos universales. Un privilegio anterior, la raza, fue capaz de legitimar genocidios. El racismo, según Michel Foucault: “representa el modo en que ha sido posible introducir una separación entre lo que debe vivir y lo que debe morir”... “es la condición sobre cuya base se puede ejercitar el derecho de matar”<sup>10</sup>. Se ha generado cierto “ciudadanismo”, o un racismo institucional.

### **5.1. Si para garantizar la universalidad de los derechos es necesario fijar ciertos límites a su ejercicio**

Cuando se trata de derechos económicos, de distribución de recursos, el sentido común sugiere que es necesario un procedimiento que garantice igual accesibilidad a tales bienes. Al respecto, Rawls sugiere que quien tenga que distribuir una tarta sea el último en escoger su porción. Pero, puede surgir una duda sobre si también con los derechos políticos, como la soberanía y la libertad de expresión, es necesario fijar ciertos límites a su ejercicio de modo que otro derecho se garantice a terceros.

#### *5.1.1. Si la propiedad privada es un derecho fundamental*

Entre las cuatro tesis que infiere Ferrajoli de su definición de los derechos fundamentales, la primera sostiene que los derechos patrimoniales no son derechos fundamentales. Porque estos últimos son universales, mientras que aquellos sólo pertenecen a unos cuantos, que denominamos propietarios. Esta tesis parece tributaria de Rousseau o de la crítica de Marx a la propiedad privada de los medios de producción.

En un sentido, totalmente, opuesto, para la teoría del individualismo posesivo de Hobbes y Locke, la propiedad privada es el paradigma de todos los derechos fundamentales, porque así como somos propietarios de nuestro cuerpo lo somos del producto de nuestro trabajo. Sin embargo, cuando pretende ejemplificar esta doctrina, incurre en el lapsus de reivindicar la propiedad “de lo que recogí, del pasto que come mi caballo o del que recoge mi criado”. No deja claro por qué el criado no pasa a ser propietario. Al respecto, F. Hinkelamert nos informa que Locke tenía inversiones en el comercio de esclavos en Estados Unidos, luego lo de siervo, era sólo un eufemismo.

Equidistante de las dos posiciones anteriores, la teoría del personalismo comunicativo surge en Vitoria y llega a Mariategui, admite la propiedad privada con tres límites que la circunscriben a aquello necesario para la vida digna. Y, la admiten para evitar conflictos y porque cada cual cuida mejor lo propio que lo común, aunque también se podía defender la tenencia colectiva de la tierra. Según el primer límite, cada cual puede decirse propietario de aquello que haya recogido y sea capaz de consumir antes que se pueda echar a perder. El segundo, que haya dejado suficiente cantidad e igual calidad para otros posibles consumidores. El tercero, que en caso de extrema necesidad admita que las cosas vuelvan a ser comunes. Estos tres límites están expuestos en un tratado sobre el deber de restituir aquello de lo que injustamente alguien se hubiera apropiado, como el rescate por la prometida liberación de Atahualpa.

Para Locke, el primer límite podía no tenerse en cuenta respecto a la tierra y el dinero que no se echan a perder, sin considerar los fenómenos de la inflación o de la desertización. Al tercero, no lo considera. Y, al segundo, responde que no debe tenerse en cuenta considerando la cantidad de recursos que encontraban los *pioners* de las 13 Colonias en su expansión hacia el oeste, tampoco aquí se reconoce derecho alguno de las poblaciones originarias. Curiosamente, este segundo límite, que R. Nozick (1974) califica como “la estipulación de Locke”, le resulta convincente para legitimar la propiedad privada. Will Kymlicka (1995) y Roberto Gargarella (1999), también, parecen admitirlo aun cuando insistan en el mismo error de atribución en el que incurrió Nozick.

<sup>10</sup> L. Ferrajoli, *El racismo institucional en Democracia y Garantismo*, (Madrid: Trotta., 2008): 314. donde cita M.Foucault: Corso del 17 de marzo de 1976, en *Bisogna difendere la società* (1977), (Milán 1998), 200 y 221.

En resumen, para Locke la propiedad privada no sólo es un derecho inviolable y sagrado, sino también ilimitado. En consecuencia, no es un derecho universalizable. Por el contrario, se puede admitir que la propiedad sea un derecho fundamental de aquello que necesitamos para vivir dignamente, como las parcelas que reivindicaba el Movimiento de los Sin Tierra en Brasil. Los latifundios no pueden ser considerarse objeto de derecho fundamental, por ello resultaría necesaria una reforma agraria como para garantizar la accesibilidad a esos recursos, es decir, para garantizar que tal derecho sea en los hechos universal.

### 5.1.2. Si puede admitirse un derecho fundamental al lucro

Desde los tiempos de Tales de Mileto, se realizaba una clara distinción entre la *economía* (de *oikos-nomos*), actividad regida por *normas domésticas* para sufragar necesidades con recursos escasos, y la *crematística* (de *Khrema*: riqueza), técnica por la que, a través de préstamos, se pretendía incrementar el dinero o las propiedades. Aristóteles admitía la primera actividad y despreciaba a la segunda. Shakespeare presentó a Shylock, en su Mercader de Venecia, como un monstruoso usurero.

Para Vitoria y Domingo de Soto, era lícito el lucro para estimular el comercio, porque si no pudiera aumentar el precio en ventas minoristas quien compró al por mayor nadie se tomaría el trabajo de ir al mercado y surtir de mercancías su tienda. Pero todavía avanzan un paso más, al admitir el lucro en préstamos a largo plazo, por tres razones: *lucrum cessans*, *periculum sortis* y *titulus morae*. Está claro que quien presta, se priva de lucrar en el comercio, se arriesga a que su deudor no le pague o a que entre en mora. Pero ya para el comercio, pero sobre todo para las finanzas que pretenden estimularlo, el lucro habrá de ser razonable, porque de lo contrario se podría incurrir en usura, lo que es ética y, jurídicamente, punible. También, critica lo que denomina *usura de la usura*, es decir, que si el deudor no pagó en término se le obligue a pagar intereses no sólo por el monto prestado o principal de la deuda, sino, también, sobre los intereses que no pagó, oportunamente.

A fines del s.XVIII, Jeremy Bentham escribe su *Apología de la usura*, reivindicándola como un derecho fundamental de quien posee un capital para prestarlo al interés que, individualmente, considere más lucrativo para sí mismo. Esto lo refuerza, en su obra *Psicología del homo oeconomicus*, en la que sostiene el "principio de autopreferencia" por el que todo agente en el mercado busca el máximo beneficio para sí, con independencia del beneficio o perjuicio que pueda causar a los demás, incluso a los más próximos. Puede considerarse a este principio como el primer dogma del neoliberalismo contemporáneo que niega la legitimidad de la Tasa Tobin.

Es decir, los representantes del modelo iberoamericano admiten al lucro como un derecho humano o fundamental en tanto no exceda el límite de lo razonable y promueva el comercio como modo de sufragar necesidades. Los que desarrollan el individualismo posesivo no admiten un límite ético ni jurídico para lucrar incurriendo por ello en usura. Cabe la sospecha de que las especulaciones de *Lehman Brothers Holdings*, las hipotecas *subprime* y los fondos de inversión fraudulentos calificados con la triple A por *Standars & Poors* y *Fisch* son el resultado de la usura y la autopreferencia de unos pocos. Efectos todavía más devastadores provocó en España el ilimitado afán de lucro de sus entidades crediticias: ofrecían cuantiosas hipotecas a quienes el propio sistema dejaría sin trabajo, en función de una cláusula por la que el beneficiario se obligaba a pagar lo prestado con todos su bienes presentes y futuros, pese a que otro artículo de la ley hipotecaria admitía que la garantía se redujese al bien comprado con el préstamo.

### 5.1.3. Si el derecho al trabajo es un derecho fundamental que deba limitarse

Concebir al trabajo como un derecho es algo moderno. En la antigüedad, el trabajo era un deber de los esclavos, y en el medioevo, de los siervos de la gleba. Durante la Conquista española de América con instituciones como la encomienda, el trabajo fue impuesto a los indios, a los esclavos negros y, posteriormente, a los *coolis* chinos en la costa del Pacífico. Se pueden constatar algunas resoluciones que se orientan a poner límites a determinados

trabajos: "porque no se puede excusar a los dichos indios y negros el peligro de la muerte, cese la pesquería de las dichas perlas, porque estimamos en mucho más, como es razón, la conservación de sus vidas que el interés que nos pueda venir de las perlas"<sup>11</sup>. Mariategui señala una importante diferencia respecto a la Colonización de América del Norte, donde eran los propios *pioners* los que asumían el trabajo rural. Advierte que "el régimen del trabajo está determinado, principalmente, en la agricultura, por el régimen de propiedad". En la América hispana, la existencia de latifundios prolongó un régimen feudal o de yaconazgos. "La propiedad de la tierra (...) permite explotar, ilimitadamente, la fuerza de trabajo del indio. La usura practicada sobre esta fuerza de trabajo -que se traduce en la miseria del indio- se suma a la renta de la tierra, calculada al tipo usual de arrendamiento"<sup>12</sup>.

Junto al trabajo manual de pesca, minería y agricultura, el trabajo intelectual hizo posible la creación de máquinas que terminaron generando las revoluciones industriales. Este nuevo instrumental que hubiera podido servir para mejorar las condiciones del trabajo manual, no parece que haya cumplido con tal función en la Inglaterra del s.XIX conforme a las descripciones literarias de Charles Dickens o las científicas de Karl Marx. En consecuencia, si la humanización del trabajo rural termina remitiendo a la necesidad de una reforma agraria que evite los latifundios, parece conveniente que toda persona sea de algún modo propietaria de los medios de producción. Otra alternativa, es de la renta básica, un salario para quienes queriendo trabajar no pueden acceder a un trabajo decente.

#### 5.1.4. Si la soberanía como derecho político ha de limitarse

La soberanía admite dos espacios de expresión: el externo o internacional y el interno o relativo al vínculo entre el gobernante y los ciudadanos. Vimos ya que para el modelo iberoamericano el *derecho de gentes* actuaba como límite externo de la soberanía estatal (2.4.2), mientras que los modelos históricos -que definían la soberanía como "*potestas soluta*" según Bodin y Hobbes- no admitían límite alguno (2.4.4), proyectando al ámbito internacional el estado de naturaleza hobbesiano de *lucha de todos contra todos* que se habría superado en el ámbito interno.

En el ámbito interno, conforme al contractualismo de Hobbes a Rousseau, los derechos fundamentales de los ciudadanos limitan el poder del soberano (1.2.2.). Y, este límite tendrá más eficacia en cuanto tales derechos sean incorporados en una Constitución. Al respecto, cabe señalar dos singularidades del modelo angloamericano. Inglaterra, que desde John Austin s.XIX hasta L.Hart cultiva el positivismo jurídico, carece de una constitución escrita. Estados Unidos, señalado como la cuna del constitucionalismo moderno, reivindica como primer texto constitucional *The Fundamental Orders* de Connecticut de 1639. También, se atribuyeron a J. Locke los principios incluidos en tal documento, pero J. Steverlick mostró cómo -por obra de Thomas Hocker- ese primer texto constitucional asume las tesis de Francisco Suárez de la soberanía popular en su obra *De Legibus*, añadiendo que para entonces J. Locke era un niño de 7 años.

#### 5.1.5. Si el derecho a una guerra justa admite límites

Por su concepción de soberanía externa limitada por el derecho de gentes, el modelo ibero(latino)americano es pacifista, no obstante admite que así como existe un derecho de cada persona a su legítima defensa, los pueblos pueden defenderse. Vitoria fija tres límites: autoridad legítima, causa justa y recta intención. La autoridad legítima es el pueblo en caso de que pueda repeler una agresión con posibilidades ciertas de victoria, pero si éstas no se dieran, lo será el príncipe, previa consulta a su consejo. La causa justa es siempre una gravísima agresión recibida, porque la respuesta bélica es siempre grave y debe guardarse proporcionalidad entre el delito y la pena. En este sentido, no está permitido abusar de la violencia contra el enemigo: si está herido o desarmado, será suficiente con apresarlo. El preso de una "guerra culta" dice José Martí no sólo debe salir vivo, sino agradecido del trato

11 Carlos V, 1542.

12 J.C. Mariategui, *7 Ensayos de interpretación de la realidad peruana*, (Caracas: Biblioteca Ayacucho, 1979), 57 y 61.



recibido. La recta intención es recuperar la paz a través de un trato ecuánime, que no se aproveche de la debilidad del vencido.

Conforme a su concepción de *potestas soluta* ilimitada, los modelos históricos resultan belicistas. El jurista holandés a servicio de la Corona Británica, H. Grocio, propuso que la autoridad para declarar una guerra sólo puede ser el príncipe. Que no hace falta una agresión recibida, basta con la voluntad de querer ampliar sus dominios. Que durante la guerra todo uso de la violencia está permitido, conforme al principio de eficacia. Que terminada una guerra el vencedor tiene un poder leonino sobre el vencido. Sorteas así los límites humanitarios vitorianos. Esto explica por qué J.B. Alberdi en su obra *El crimen de la guerra*, condena todo acto bélico concebido según Grocio.

#### 5.1.6. Si la libertad de expresión puede admitir algún límite

“No estoy de acuerdo con lo que dices, pero estoy dispuesta a defender con mi vida tu derecho a decirlo”. Esta expresión, erróneamente, atribuida a Voltaire, y que corresponde a Evelyn Beatrice Hall, un biógrafo inglesa del filósofo francés, ha sido tomada como la más alta defensa de una libertad de expresión ilimitada. No obstante, parece que existen ciertos límites a la libertad de expresión, desde el momento es que la difamación, la difamación o la apología del terrorismo están tipificadas como delito.

Robert Alexy propone, como ejemplo explicativo de su teoría de la ponderación, un caso de conflicto entre libertad de expresión y derecho al honor. La revista satírica alemana *Titanic*, publica mensualmente la lista de las 10 personas más patéticas. En una ocasión, incluyó a un militar que tras sufrir un accidente no quiso acogerse a la jubilación y permaneció como oficinista en el Ejército, además, con una leve variación su apellido podía presentarse como “nacido para matar”. El militar llevó a juicio a la revista, al enterarse los editores sacaron un segundo artículo calificándole de “tullido”. El tribunal, finalmente, emitió dos sentencias, en la primera ponderó, favorablemente, la libertad de expresión de la revista, porque decirle un militar “nacido para matar” no llega a ser injurioso; pero en la segunda, reivindica el derecho al honor del militar, porque la expresión empleada resulta ofensiva para cualquier persona con movilidad reducida.

Partiendo de condenar la matanza de los periodistas de la revista satírica *Charlie Hebdo*, cabría considerar el paralelismo con el caso planteado por Alexy. Quizá si el máximo tribunal francés hubiera admitido a trámite los primeros reclamos de una comunidad islámica que se sentía ofendida por una serie de viñetas referidas a su Profeta, se hubiera podido evitar la masacre. No parece que sea justo insultar a ninguna persona, tampoco a una comunidad, menos aun cuando quienes participan de ella no tienen fácil acceso a los derechos de la ciudadanía.

## 5.2. Si para garantizar la universalidad de los derechos cabe reconocer el deber de promover el respeto a la diferencia entre diferentes culturas

Siete meses antes que se aprobara en París la Declaración Universal del 10/dic/1948, se aprobaba en Bogotá la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre. “el cumplimiento del deber de cada uno es exigencia del derecho de todos. Derechos y deberes se integran, correlativamente, en toda actividad social y política del hombre.” Afirmaba en el preámbulo de 28 derechos, expresiones de la libertad y 10 deberes, que expresan la dignidad.

El sujeto concebido, desde el “individualismo posesivo”, sólo está dispuesto a ratificar documentos en los que se reconozcan sus derechos. Proponer, además, deberes supone una dimensión intersubjetiva de toda persona. El apropiarse de algo es una acción centrípeta y tiende a ser excluyente, por el contrario, comunicarse con alguien es una acción bidireccional que tiende a ser incluyente. Esto nos permite sospechar que sobre la Declaración universal de los derechos, pudieron incidir más los modelos históricos y su correspondiente fundamento; mientras que en la Declaración Americana parece reflejarse

supuestos del modelo ibero(latino)americano, con su correspondiente referencia a los límites de todos los derechos, particularmente la soberanía limitada internamente por la constitución (4.1.4) y externamente por el derecho de gentes (2.4.2).

El proyecto garantista de Ferrajoli se orienta a cierta fusión de estos dos límites, a través de una constitución global, inspirada en el derecho de gentes. Para quienes consideren que se trata de una utopía inalcanzable, les propone considerar como preámbulo de la misma la Carta de la ONU de 1945, la Declaración Universal de 1948 y los Pactos internacionales de 1966.

Para avanzar hacia una *communitas orbis* resultan muy relevantes las comunidades regionales que pueden llegar a constituirse. Al respecto, los hechos muestran cierta paradoja: La Unión Europea, que fuera cuna de al menos dos modelos históricos de los derechos humanos, ha sabido estructurar lazos de comunicación desde lo económico y monetario hasta lo político, entre 28 países que difieren en lenguas, religiones y culturas. Por el contrario, América Latina, en la que se habría proyectado un modelo comunicativo de los derechos humanos, no consigue generar una comunidad semejante.

Es posible albergar ciertas esperanzas en un continente que supo hacer frente al Consenso de Washington y que superó las dictaduras militares impuestas desde la potencia hegemónica mundial. Por su parte, resulta preocupante que la Unión Europea se muestre -en menor medida Alemania- tan poco generosa con los demandantes de asilo, poniendo así en duda la universalidad de los derechos. Además, la inminente consulta en Inglaterra para resolver si continuará formando parte de la UE, el llamado *Brexit*, amenaza con comenzar a destruir lo que para su construcción demandó tanta "sangre, sudor y lágrima".

## 6. Bibliografía

F. Laporta. 1989. "Ética y Derecho en Victoria Camps (ed.)". *Historia de la Ética*, vol.III. Barcelona: Planeta.

J. Lima Torrado. "Antecedentes normativos de los derechos humanos". 7-34. *Rev. Direito*. Brasil: UFMS. [seer.ufms.br/index.php/revdir/issue/download/98/73](http://seer.ufms.br/index.php/revdir/issue/download/98/73)

L. Ferrajoli. 2001. *Los fundamentos de los derechos fundamentales*. 19. Madrid: Trotta.

L. Ferrajoli. 2008. *El racismo institucional en Democracia y Garantismo*. 314. Madrid: Trotta. 2008): 314.