

LOS DERECHOS HUMANOS COMO JUSTIFICACIÓN POLÍTICA DEL ESTADO. EL PELIGRO DE UNA DESLEGITIMACIÓN ÉTICO-JURÍDICA DE LOS DERECHOS HUMANOS

TERESA VICENTE GIMÉNEZ

SUMARIO: 1.- Una mirada a la historia. 2.- La alternativa del consenso. 3.- Algunas reflexiones críticas. 4.- La necesaria universalización de los derechos humanos.

1. UNA MIRADA A LA HISTORIA

A partir del mundo moderno, aparece en términos nuevos el problema de los derechos del hombre. La aparición de estos derechos, en los siglos XVI y XVII, en el ámbito jurídico-positivo, se plantea sobre todo como limitación del poder del Estado en relación con sus súbditos en cuanto individuos. Ya en el siglo XVIII los derechos humanos aparecen definitivamente como derechos del individuo, expresión de la nueva conciencia liberal europea. En segundo lugar, se presentarán como derechos de participación política, aunque se desarrollarán en el siglo XIX. En el continente Europeo, la Revolución Francesa inicia un nuevo orden político en el que dominan los valores burgueses de signo liberal e individualista, frente al absolutismo del Antiguo Régimen. En el ámbito jurídico, la *Declaración de los derechos del hombre y del ciudadano de 26 de agosto de 1789*, se convirtió para Europa en el nuevo hito de la evolución de los derechos del hombre.

En esta trayectoria histórica el término **derechos humanos** sufre una evolución conceptual. En este sentido, es importante advertir cómo, en los siglos XVI y XVII, aparece el término **derechos naturales**, que viene a significar el origen de la subjetividad de estos derechos. Durante la segunda mitad del siglo XVII, se va sustituyendo paulatinamente el término **derechos naturales** por el de **derechos del hombre**. Esta expresión, junto a la de **derechos fundamentales**, que aparece en Francia en el contexto político que condujo a la *Declaración de los derechos del hombre y del ciudadano*, pone de manifiesto el deseo de convertir en derecho positivo de máximo rango los derechos naturales del hombre.

La nueva terminología y la concepción de los derechos humanos, da lugar a distintas tesis, en la doctrina actual, sobre sí el descubrimiento de los derechos natu-

rales subjetivos del iluminismo significa o no una ruptura con el Derecho natural clásico:

De un lado, es defendida la tesis de que la nueva doctrina de los derechos fundamentales significa el desarrollo de la doctrina iusnaturalista clásica, al afirmar los aspectos subjetivos del Derecho natural¹. Sin embargo, tal afirmación objetiva de los derechos fundamentales, como derechos naturales cuyo origen es anterior al orden jurídico-político, despierta duras críticas. Críticas en el sentido de que este supuesto orden objetivo, previo y superior donde se asientan los derechos naturales se encuentra desentendido de la evolución socio-cultural en la historia, y, por tanto, resulta cuestionable su eficacia social. Sobre todo, se le reprocha, la confusión que tal fundamentación ontológica provoca entre la moral, de la que pueden desprenderse exigencias éticas o pretensiones justificadas y, el Derecho, al que siempre acompañan las notas de coactividad y eficacia, en cuanto aspectos particulares de su *juridificación*, consecuencia primaria, fundamental, del planteamiento subjetivo.

En definitiva, el mayor rechazo, en este debate doctrinal, lo depierta la afirmación de la existencia de un Derecho Natural, que justifica y del que derivan los derechos naturales. Menos recelos provoca los matices que comporta una posición deontológica, para la cual la justificación última de los derechos naturales se encuentra en unos principios suprapositivos y objetivamente válidos, o en unas exigencias de dignidad, libertad e igualdad que se concretan en cada momento histórico; siempre que estos principios o exigencias previas no sean calificados de jurídicos, sino que se mantengan en un plano ético².

La discusión sobre la continuidad iusnaturalista implica, en rigor, momentos que es preciso distinguir: un primer momento fundamentador, un segundo momento crítico y, un tercer momento generalizador y positivador. Esquivar, renunciar, al dere-

1 Frente a la difundida tesis de que mientras el **iusnaturalismo clásico** construyó una doctrina del derecho natural objetivo, el **iusnaturalismo moderno** supuso el descubrimiento de los derechos naturales subjetivo, el Profesor Pérez Luño afirma su necesaria continuidad. Así, Pérez Luño nos dice: «esa afirmación de los aspectos subjetivos del derecho natural, que desemboca en la construcción de la teoría de los derechos humanos, no debe inducir a considerar al humanismo moderno como un fenómeno de ruptura respecto a la tradición iusnaturalista» (In: Los Derechos Fundamentales. Tecnos. Madrid, 1984. Pág. 33).

2 El Profesor G. Peces-Barba distingue entre un *iusnaturalismo ontológico* donde encontramos hoy ejemplos en Castberg o en Fernández-Galiano en España, que defiende la existencia de un sistema de Derecho Natural del que derivan esos derechos naturales y, un *iusnaturalismo deontológico*, donde la fuente de estos derechos naturales son principios suprapositivos y objetivamente válidos, o bien la concreción histórica de las exigencias de la dignidad, la libertad y la igualdad, como señala en nuestro entorno doctrinal el Profesor Pérez Luño. Peces-Barba critica ambas posiciones calificándolas de «reduccionismo iusnaturalista moderno», aunque advierte que se encuentra más próximo a los matices de la posición deontológica, siempre que esos principios suprapositivos no sean considerados como jurídicos sino como simples pretensiones éticas. Vid: Curso de Derechos Fundamentales. Teoría General. Universidad Carlos III de Madrid. Boletín Oficial del Estado, pp. 41-46.

cho natural significa, simplemente, un iusnaturalismo deontológico. Parece preferible hablar de *fundamentos deontológicos* —sin iusnaturalismo—, donde tiene cabida la axiología o, incluso, tesis convencionalistas. En fin, lo que se afirma es la continuidad de la fundamentación valorativa, ética y crítica, implicada ya en el derecho natural. Sin perjuicio del acento moderno que recae sobre el momento crítico, y prevalece sobre toda tesis fundamentadora. Es ese acento *crítico* una especie de presupuesto directo para la *generalización* y *positivación* como tal³.

Continuando con la historia de los derechos humanos, la Edad Contemporánea se caracteriza por lo que algún autor ha llamado el *proceso de positivación* y el *proceso de generalización* de los derechos humanos. El primero se refiere a la incorporación de los derechos fundamentales en el derecho positivo por la acción del poder soberano, lo cual implica una caracterización radicalmente nueva de la validez jurídica o de la justicia del propio ordenamiento, así como de la estructura metódica del mismo. En este sentido, aparecen en el continente europeo las llamadas «declaraciones de derechos», la mayor parte de ellas situadas en la Constitución como norma de máximo rango de los ordenamientos jurídicos positivos. Por su parte, el proceso de generalización significa el avance hacia el disfrute efectivo derechos naturales por todos los hombres. Qué duda cabe de que la conquista del sufragio universal y el derecho de asociación, junto con la reivindicación de los derechos económicos, sociales y culturales, en los siglos XIX y XX, han significado un importante avance en este proceso de generalización de los derechos humanos.

La dura situación laboral y humana que trajo consigo el proceso de industrialización que siguió a la Revolución Industrial, puso de manifiesto la relativa ineficacia histórico-social de los derechos humanos sobre todo como protección y defensa de la dignidad del hombre. Cuando esta nueva masa trabajadora toma conciencia de clase, reivindica, en otra etapa posterior, junto a los derechos humanos formulados como derechos individuales, signo del triunfo de la burguesía liberal, unos «derechos económicos, sociales y culturales», planteando así la necesidad del desarrollo de los derechos humanos, como exigencia de la libertad y la igualdad del individuo, desde un plano más realista que en la etapa anterior. A partir de la segunda mitad del siglo XIX, y a lo largo del siglo XX, estas reivindicaciones sociales van a tener una

3 En términos rigurosos para la teoría de sistemas, sólo el momento de la *fundamentación* del sistema jurídico en los derechos humanos corresponde al *código*, tal como Luhmann lo afirma en relación con el *derecho natural* en su concepción primitiva, históricamente anterior al siglo XIX. Los momentos de la *positivación* y de la vigencia *generalizada* de los derechos fundamentales tienen significación para la teoría sistémica en las discusión del *programa*, es decir, en la reflexión sobre la justicia. El resultado —expresamente para N. Luhmann— consiste en la negación del carácter jurídico del *derecho natural* dentro de la unidad del ordenamiento jurídico primitivo, en el cual se incluya la recta disposición para el momento fundacional de interpretación y aplicación de los valores de lo justo o injusto como justicia de los derechos fundamentales. Nicklas Luhmann. *Ökologische Kommunikation*. Westdeutsher Verlag, Opladen, 1966, pp. 94-96.

fuerte influencia en los ordenamientos jurídicos, cuyas «declaraciones de derechos», van a cambiar su perfil liberal-burgués por un carácter democrático y social. Como ejemplos, cabe señalar la Constitución Francesa de la Segunda República (1848), que reconoce ya el sufragio universal y el escrutinio secreto, e incluye en su artículo derechos relativos al trabajo, educación, o asistencia sanitaria; la legislación laboral que adoptó Bismark entre 1883 y 1890 y la Constitución del Reich Alemán de 1919, donde se inicia el esfuerzo de integrar los derechos civiles y políticos con los derechos económicos sociales y culturales. También la nueva Constitución Soviética, tras el triunfo de la Revolución de 1918, incorporó la *Declaración de los derechos del pueblo trabajador y explotado*, con fuerte influencia del Manifiesto Comunista, como réplica a la *Declaración Francesa de los derechos del hombre y del ciudadano*. Sin olvidar la repercusión tanto en las Constituciones occidentales de postguerra, como en otros países Latinoamericanos, de la Constitución Mejicana de 1917, que junto a la Constitución de Weimar de 1919, aparecen como símbolo de la síntesis superadora de la tensión entre individualismo y el colectivismo y sus consecuencias económico-sociales.

En definitiva, se trata, de la paralela evolución que sufre el Estado de Derecho desde el Estado liberal al Estado social, y la nueva manera de concebir los derechos humanos: en el Estado social de Derecho, los derechos humanos ya no son únicamente los derechos individuales civiles y políticos, sino también los derechos sociales, económicos y culturales. Es importante detenernos en este aspecto, resaltando cómo el carácter histórico-evolutivo de los derechos humanos es paralelo a la evolución que han sufrido el Derecho y el Estado Moderno. Se trata de la necesaria vinculación y, por tanto, mutua dependencia, entre Poder Político y derechos fundamentales, conforme a la fórmula del Estado de Derecho.

Hemos de considerar, en primer lugar, la nueva concepción que en el Estado moderno presentan las ideas de Derecho y Poder. En cuanto al origen del poder, surgen las justificaciones contractualistas características del mundo moderno, donde el consenso entre los individuos pondrá como condición a la delegación de su soberanía en el gobernante, la exigencia del respeto a los derechos fundamentales. De ese modo, la vinculación entre poder y derechos fundamentales se inicia formalmente con el contractualismo; origen también del constitucionalismo y de la concepción de la democracia modernas. Es así como el reconocimiento y la protección de los derechos naturales aparecen como causa del pacto social, supuesto que permite construir la nueva legitimidad del poder político. A su vez, el Estado de Derecho significa el presupuesto de la garantía con que cuentan los derechos humanos para su protección⁴.

4 Para la interrelación entre derechos fundamentales y Estado de Derecho, Vid: PÉREZ LUÑO, Antonio E.: *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución*, en especial, el capítulo 5. Para la relación entre Derecho y Poder, entre Poder político y derechos fundamentales, Vid: Gregorio Peces-Barba. Curso de derechos fundamentales. Teoría general, en especial, el capítulo XIII.

2. LA ALTERNATIVA DEL CONSENSO

Los orígenes del consenso sobre los derechos fundamentales podemos situarlos a finales del siglo XVIII y principios del XIX, en el seno del movimiento contractualista propio del Estado Moderno. En este contexto, juega un papel importante el concepto del Estado de Derecho, la teoría del contrato social y los procesos de positivación y generalización de los derechos humanos, en cuanto consecuencias últimas del iusnaturalismo racionalista.

La posibilidad para el sujeto abstracto del *ciudadano* de instaurar un consenso racional sobre el contenido de los derechos fundamentales, confirma la transposición —ya advertida anteriormente—, de la concepción del iusnaturalismo del Derecho Natural objetivo, a los derechos naturales subjetivos, y a la correspondiente facultad de los sujetos de determinar a través del orden jurídico y en definitiva político (poder político legitimado a su vez contractualmente), cuáles son los derechos básicos del hombre, los cuáles quedarán determinados por la voluntad racional y libre de los sujetos, no por una voluntad trascendente⁵.

El marco actual donde se expresa el consenso sobre los derechos fundamentales es el Estado social y democrático de Derecho. El Estado social de Derecho se presenta, ante todo, como conciliador de las exigencias de libertad e igualdad —guías de los derechos humanos— y la fuerza del poder. Recordemos que para ello ha sido necesaria una nueva comprensión del Derecho, como expresión de la soberanía popular que condiciona su traslación al poder político o Estado, mediante el reconocimiento y sometimiento de éste al Derecho, cuyo corolario serán los derechos fundamentales. De este modo, el Poder hace posible la positivación del Derecho y, a su vez, el Derecho regula y abarca al Poder.

En cuanto al contenido de estos derechos humanos, así como su razón y justificación, aparece en la cultura jurídica moderna una solución conciliadora de las dos posiciones en principio antagónicas —iusnaturalismo y positivismo—: Se trata de la *alternativa del consenso*. Lo que significa una fundamentación intersubjetiva de los derechos humanos, estableciéndose las condiciones para que mediante el discurso racional, se llegue a un consenso sobre los valores que justifican y dan contenido a los derechos humanos. Este sistema de valores construido a partir del diálogo moral intersubjetivo, como punto central de la actual reflexión ética, deberá estar basado

5 Resultan esclarecedoras en este punto las palabras de Guido Fassó: «A partir de Grocio, el Derecho Natural va a ser como una norma humana puesta por la autonomía y la actividad del sujeto, libre de todo presupuesto objetivo (y en particular teológico) y explicable mediante la razón, esencial instrumento de la subjetividad humana. Una confirmación de ello ha sido vista por muchos, para no decir por todos, en la trasposición de la visión iusnaturalista de la norma del Derecho Natural objetivo, a la facultad inherente al sujeto, a los derechos naturales subjetivos, o derechos innatos, y en la concepción iusnaturalista, para la cual el orden jurídico —político se entiende por medio del contrato— por la libre voluntad de los sujetos, antes que por la naturaleza o por una voluntad trascendente». In: *Historia de la Filosofía del Derecho*, tomo 2, Ed. Pirámide, Madrid, 1979, p. 79.

en la satisfacción de necesidades humanas básicas⁶. Ahora bien, el consenso racional necesita de la mediación del *poder* —del poder democrático— para convertir en derecho positivo las necesidades básicas del hombre determinadas y consensuadas en un determinado momento histórico⁷.

Esta posible fundamentación última de los derechos humanos en unos contenidos que han de adquirir estatuto moral y ético, como necesidades básicas de los hombres en un determinado momento histórico, basadas en una comunicación intersubjetiva y traducidas en el ordenamiento jurídico, fruto del poder político democrático, nos conduce a la difícil tarea de una fundamentación racional de la Moral⁸.

El reconocimiento de un contenido moral como exigencia común del obrar social da lugar a lo que se ha llamado «ética del diálogo». La remisión de las «éticas del diálogo» al *consenso* como fundamentador de normas, al movernos en el mundo ético, no debe ser entendido como un consenso fáctico que se da en un determinado momento histórico y no evoluciona, sino como un acuerdo abierto al tiempo⁹. El

6 En este sentido, nos dice el Profesor Pérez Luño: «Pienso, con Norberto Bobbio, que «el fundamento de los valores debe buscarse en las necesidades del hombre». Toda necesidad supone una carencia: el hombre tiene necesidades en cuanto carece de determinados bienes y sienta la exigencia de satisfacer esas carencias. Lo que satisface una necesidad humana tiene valor, lo que la contradice es un disvalor. Por ser abstracciones mentales —tesis defendida por Bobbio—, los valores son un producto del hombre, que se configuran a partir del discurso racional intersubjetivo basado en las necesidades humanas...». Cfr: Derechos humanos, Estado de Derecho y Constitución. Ob. cit. p. 181.

7 Para el Profesor Peces-Barba, los valores que fundamentan los derechos humanos necesitan del poder para su inclusión en el Ordenamiento, sólo así se convertirán en verdaderos derechos. «El poder que convierte en Derecho positivo a esa moralidad de la dignidad humana debe participar de la creencia en los mismos valores y situarlos como decisiones políticas fundamentales para ser integrados en su ordenamiento jurídico». (In: Derecho y Derechos fundamentales. Ob. cit. p. 340 y ss.).

8 Para Adela Cortina, esta tarea de reflexión sobre la moral, esta «metamoral», nos muestra la clara diferenciación entre moral y ética, «porque configuran dos niveles distintos de pensamiento y lenguaje». Al primer nivel lógico corresponden aquellos códigos y juicios que pretenden regular las acciones concretas de los hombres, y al segundo nivel lógico, una reflexión sobre el primero. Es decir, «la reflexión ética constituye un metalenguaje filosófico con respecto al lenguaje moral». «El tránsito de la moral a la ética implica un cambio de nivel reflexivo, el paso de una reflexión que dirige la acción de modo inmediato a una reflexión filosófica, que sólo de forma mediata puede orientar el obrar; puede y debe hacerlo. A caballo entre la pregunta “asepsia axiológica” del científico y el compromiso del moralista por un ideal de hombre determinado, la ética, como teoría filosófica de la acción, tiene una especial tarea que cumplir» (In: Ética mínima. Introducción a la filosofía práctica. Ed. Tecnos. Madrid, 1986, pp. 74 y ss.).

9 Para Rafael de Asís, la institucionalización concreta, en un momento histórico determinado, del consenso dentro del mundo moral puede que se dé, pero siempre sabiendo que va a evolucionar de un día para otro, e incluso de hora en hora. «Como puede observarse, la idea del consenso lleva consigo la del disenso. Si se habla de disenso es porque ha habido una situación de consenso anterior, y se se habla de consenso es porque ha habido una situación de disenso anterior. Por una parte, un consenso que evoluciona en la historia funciona gracias al disenso, que no es más, a su vez, que un consenso que podríamos llamar “crítico”. El disenso, en forma de participación con todo tipo de propuestas en la comunicación, de crítica al sistema, de moralidad crítica, está presente en toda esta fundamentación» (Vid: Algunas notas para una fundamentación de los derechos humanos. In: El fundamento de los derechos humanos. Javier Muguerza y otros autores, p. 68 y ss.).

carácter dinámico y abierto de este consenso debe estar presidido por la *racionalidad* del consenso. La racionalidad consistirá, pues, en perseguir el descubrimiento de los verdaderos intereses del hombre, intereses básicos y universales, aunque, su verificación dependerá del modelo de hombre que se reconozca¹⁰.

El intento de descubrir el significado filosófico y social del *consenso racional* nos lleva al estudio de las condiciones de esa comunidad ideal de interlocutores, de argumentación y diálogo, como paso previo y necesario al discurso ético del procedimiento argumentativo. Tal planteamiento nos acerca a la teoría social y la teoría ética de autores tan prestigiosos como Jürgen Habermas, y K. O. Apel, en especial el desarrollo de «la teoría consensual de la verdad»; también la teoría de la justicia de John Rawls, así como al nuevo liberalismo de Ronald Dworkin¹¹.

3. ALGUNAS REFLEXIONES CRÍTICAS

La alternativa de una fundamentación ética dialógica de los derechos humanos, que remite al consenso racional y que precisa de la mediación del poder para su realización, nos muestra, en todo caso, un cuadro axiológico que pretende inspirar, legitimar y justificar al orden jurídico y político vigente en una sociedad. Lo que nos lleva a algunas reflexiones críticas:

Sí bien este punto de encuentro entre Derecho, Moral y Política, puede significar el resurgimiento en nuestra época del «ethos social», como unidad inseparable de estos tres órdenes normativos¹². Ahora bien, vivimos momentos de auténtica expansión del orden de la Política y, existe el peligro de que invada y domine los

10 Para Adela Cortina, «El sello de la **racionalidad** consistirá en tomarse en serio la pretensión de validez intersubjetiva de las normas, en buscar verdaderamente cuáles pueden ostentar tal pretensión y en percartarse de que este «verdaderamente» supone no impedir aportación alguna, eliminar la coacción y atenerse a los intereses generalizables». «...el diálogo racional debe constituir la verificación de qué intereses son verdaderamente universalizables y, por consiguiente, cuál es la imagen del hombre en la que los hombres nos reconocemos. Cuantos tengan pretensión de veread, deben fomentar el progreso material y moral que posibilite a los hombres reconocer su propia identidad» (In: *Ética mínima*. Ob. cit. p. 120 y ss.).

11 Vid: HABERMAS, Jürgen (1981): *La reconstrucción del materialismo histórico*. Ed. Taurus. Madrid, especialmente las páginas: 23-31, 163, 170-172, 179-180, 250, 258, 297-300, 307. Ronald Dworkin defiende una concepción de la justicia a partir del «modelo constructivo», frente al que llama «modelo natural», concibiendo a partir del primer modelo a los derechos y libertades básicos del hombre como derechos naturales, como derechos morales individuales. In: *Los Derechos en serio*, Ariel, Barcelona, 1984, en especial páginas 247-256, 295. RAWLS, John (1979): *Teoría de la Justicia*. Fondo de Cultura Económica. México, en especial páginas 10, 26, 30-31, 40-41, 558. OTTO APEL, Karl (1985): *¿Límites de la ética discursiva? Epílogo a la obra de Adela Cortina, Razón Comunicativa y Responsabilidad Solidaria*. Ediciones Sígueme. Salamanca.

12 El Profesor Pérez Luño reivindica la actualidad del concepto de *ethos social*, ya que «frente a cualquier intento de ignorarlo u olvidarlo emerge cíclicamente en sucesivos momentos de la evolución cultural». Para el catedrático de Sevilla «...nuestra época registra también importantes esfuerzos teóricos

otros órdenes, precisamente mediante la instrumentalización de los derechos fundamentales.

La cuestión que se plantea es, cómo la estrecha vinculación entre Derecho y Poder, entre derechos fundamentales y poder político, que surge como consecuencia del Estado de Derecho, puede no ser tanto la mayor garantía para el desarrollo de los derechos humanos, sino la propia utilización de estos derechos por el poder político, convirtiéndolo a éstos en simple instrumento legitimador de su acción.

Que el reconocimiento de los derechos humanos sea un poderoso argumento en favor de la justificación y legitimación del poder político, no quiere decir que tal legitimación política entrañe la propia legitimación de los derechos naturales del hombre. Las razones básicas de los derechos humanos, su justificación constituye una reflexión previa e independiente del orden político, donde la razón humana, libre de coacción, se atenga a los intereses humanos universales y generalizables. Ahora bien, la coincidencia actual entre los intereses socio-políticos y los intereses éticos (como fundamento ético-racional que justifica el acuerdo sobre los derechos fundamentales) puede suscitar, como afirma alguna autora, la impresión relativizadora de una «ética domesticada»¹³. Por otra parte, se trataría de una reflexión ética fundamentadora de una moral que se conforma con el consenso fáctico para la pragmática solución de los conflictos, una «ética de mínimos»¹⁴. Aunque ya hemos advertido de la necesaria flexibilidad y apertura de este consenso, lo que comúnmente se ha llamado «moralidad crítica».

El peligro de que la legitimación política, que se garantiza con la positivación de los derechos humanos, se traduzca en un menoscabo de la propia legitimación de los derechos humanos, se advierte desde los propios orígenes de la positivación. Así, el recelo ante la *Declaración de los derechos del hombre y del ciudadano de 26 de agosto de 1789*, en cuanto se muestra como primera manifestación del «despojo de la legitimidad del pueblo —el francés—»: Si los derechos humanos son universales, ¿por qué empieza por «nosotros, el pueblo francés»?¹⁵.

dirigidos a restablecer la conexión necesaria e ineludible entre el derecho, la moral y la política. En función de ese propósito, un iusnaturalismo de nuevo cuño mantiene hoy la exigencia de que el derecho positivo se halle inspirado e informado por criterios procedimentales de justicia que lo trascienden y son el fundamento de las “sociedades bien ordenadas”» (In: *Teoría del Derecho*. Ed. Tecnos, Madrid, 1997, p. 124).

13 Para Adela Cortina, la impresión de esta «ética domesticada» podría suscitarla «el hecho de que el mapa ético de nuestros días coincide “felizmente” con el trazado de los mapas geográficos socio-políticos. La ética marxista-leninista se impone en los llamados países del Este; en los anglosajones, el utilitarismo arrasa; en América Latina surge como un grito la ética de la liberación, mientras que en el oeste del continente europeo ya ocupando los primeros puestos la ética del diálogo, que pretende recoger en su seno los logros de la hermeneútica y del marxismo humanista» (In: *Ética mínima*. Ob. cit. pp. 38-39).

14 Vid: *Ibidem*. p. 12.

15 Vid: LYOTARD, Jean Francois (1990): *La Postmodernidad (explicada a los niños)*. Ed. Gedisa. Barcelona, p. 45.

Se plantea la cuestión de cómo los derechos humanos sancionados por el poder político, legitiman al poder, sin incluir al sujeto del consenso, y neutralizando así la instancia crítica radical portadora de la legitimidad ética, y justificando, en cambio, dentro de sus límites cualquier decisión de la autoridad política. Se tratará, en definitiva, de una sustitución de la legitimación ética y jurídica de los derechos humanos por una estructura puesta al servicio del poder político absoluto. De este modo, el sistema político elimina la fundamentación de los derechos humanos con los contenidos de justicia que le son propios, para utilizar estos derechos como fundamentación y justificación del poder. Así, el poder político ya no tendrá que preocuparse por el contenido justo o injusto de sus acciones, porque sus acciones están ya justificadas con el reconocimiento de los derechos fundamentales¹⁶.

Desde esta perspectiva, cobra sentido la concepción sociológica de los derechos fundamentales de la teoría de los sistemas, donde los derechos fundamentales aparecen como mecanismos jurídicos al servicio de la estabilidad, estructuración e independencia del sistema jurídico. Se trata de elementos invariables que aseguran la diferenciación del Derecho como sistema jurídico respecto al exterior, ya que el sistema determina sus propios límites, evitando invasiones frente a otros sistemas sociales, impidiendo así que el Derecho sea un mero medio, entre otros, del sistema político, como en el caso de los totalitarismos¹⁷.

16 Esta crítica a la deslegitimación por parte del poder político, de los derechos humanos como contenidos de justicia, desde la perspectiva del derecho natural del racionalismo moderno, es puesta de manifiesto por Jürgen Habermas, para quien «la tarea real de las teorías absolutistas del Estado es, en realidad, no tanto justificar los derechos del hombre, cuanto fundamentar la concentración de toda la fuerza coercitiva en manos del soberano». In: *Apories d'une théorie du pouvoir. Le Discours Philosophique de la Modernité*. Traduit de l'allemand par Christian Buuchindhomme et Rainer Rochlitz. Ed. Gallimard. París, 1988, en especial p. 321. Vid También Michel Foucault. *Surveiller et punir*. Gallimard. París, 1975. También Nicklas Luhmann advierte cómo, a partir del siglo XIX, se parte de la pura facticidad del poder, al vincular el sistema jurídico al político, sin tener en cuenta el contenido de justicia propio de los derechos fundamentales, como contenido trascendente proporcionado por el Derecho Natural: «En vez de ello, en el siglo XIX se parte de modo definitivo de la pura facticidad del poder público. De este modo, se vincula el sistema jurídico, sin tener en cuenta sus propias funciones, al sistema político. Así, la unidad del sistema jurídico no queda de modo adecuado reflejada. Se elimina el contenido exterior trascendente proporcionado por el derecho natural, y, temporalmente, no se sustituye por ningún otro. En el sistema jurídico se debe, pues, renunciar a utilizar el derecho natural como teoría jurídica». In: *Ökologische Kommunikation*. Ob. cit. pp. 94 y 95.

17 Luhmann entiende los derechos fundamentales no desde la perspectiva burguesa como espacios de libertad delimitados; su paradigma no es la persona humana que justifica los derechos subjetivos, él utiliza para ello el concepto de sistema e interpreta los derechos fundamentales como estabilizadores de los límites del sistema jurídico en sus mutuas relaciones con los otros sistemas, o subsistemas del sistema social. Así, para Luhmann «los derechos fundamentales como instituciones del orden social industrial burocrático, sirven (entre otras cosas), para ordenar el sistema de comunicación intersistémica, de tal manera que gracias a ellos se permite una diferenciación del sistema jurídico con los otros sistemas» (In: Jörg Münstermann. *Politik und Recht. Zur Rechtstheorie* Nicklas Luhmann. In: *Politik ohne Herrschaft? Antworten auf die systemtheoretische Neutralisie-*

4. LA NECESARIA UNIVERSALIZACIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS

Parece que una respuesta al peligro de manipulación política de los derechos fundamentales, que puede conducir a la pseudolegitimación de los Estados autoritarios, podría ser el reconocimiento internacional de los derechos humanos. De este modo, la protección internacional de los derechos actúa como directriz y control de una posible instrumentalización nacional. A ello se puede oponer el carácter político de estas organizaciones internacionales, lo cual ha sido puesto de manifiesto desde sus comienzos.

Recordemos en este sentido que para llegar al consenso de Naciones Unidas que dio origen a la *Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948*, fueron necesarias dos guerras mundiales. Habría que considerar la correspondencia de este acuerdo con los presupuestos políticos y democráticos de las naciones de las potencias victoriosas, y la posibilidad de un consenso distinto sobre los valores y contenido de los derechos humanos, de haber vencido las potencias del eje. El consenso sobre los derechos humanos no debe ser, en ningún caso, un acuerdo político, sino una discusión teórica, que persiga la verdad sobre las necesidades básicas de la humanidad, en cuanto materia y origen de legitimidad de los derechos humanos¹⁸.

A pesar de reconocer la importancia de la internalización de los derechos humanos como característica de su actual etapa histórica, hemos de advertir sobre los peligros del mero carácter formal de la protección universal de estos derechos, y aún de su carácter subsidiario y dependiente de otros poderes como el político o el económico¹⁹.

zung der Politik. Herausgegeben von Volker Ronge/Ulrich Weihe. R. Piper&Co. Verlag München 1976, especialmente páginas 114 y 115. Vid también: Nicklas Luhmann. Grundrechte als Institution. Ein Beitrag zur politischen Soziologie. Duncker&Humblot. Berlín, 1965, en especial la p. 26.

18 Este planteamiento internacional es recogido por el Profesor Ginés Navarro, quien no acepta que el *acuerdo*, como aspecto pragmático del consenso, sea la solución a una fundamentación de los derechos humanos. Por ello, nos dice, que una «solución» de corte pragmático no es una buena solución. «Si el problema es teórico la solución se debe dar en el campo teórico, es decir semántico, lo cual no quiere decir que no se tengan en cuenta en el razonamiento las consecuencias pragmáticas de la argumentación y sus presupuestos». «La solución pragmática debe ir acompañada, si pretende ser una solución, de una solución teórica. De no ser así, caeremos de nuevo en viejas ideas resumidas en expresiones como «Dios está con nosotros», o bien en su versión laica «el bien y la verdad están de nuestra parte y la prueba de ello es que hemos vencido». En definitiva, el nivel argumentativo no habría pasado de la ordalía». Vid.: La Fundamentación de los Derechos Humanos. In: Los Fundamentos de los Derechos Humanos desde la Filosofía y el Derecho. Editorial Amnistía Internacional (EDAI). Madrid, 1998, especialmente páginas 24-27.

19 Tales denuncias, que conducen a la negación de la universalidad propia de los derechos humanos son recogidas por Victoria Camp, quien para evitar que esto ocurra recuerda una serie de características que los derechos humanos básicos no pueden olvidar: son **derechos individuales**, son **derechos universales**, son **derechos irreversibles**, y son **derechos mejorables**. Vid.: Evolución y Características de los Derechos Humanos. In: Los Fundamentos de los Derechos Humanos desde la Filosofía y el Derecho. Ob. cit. pp. 18-22.

Se trata de la difícil tarea de asegurar que el poder político, positivador de los derechos humanos, como condición necesaria de su reconocimiento, protección y efectividad, no determine el contenido de estos derechos. La puesta en práctica de un programa de derechos humanos implica la necesidad de un conjunto de organismos, instituciones, o decisiones, es decir, un conjunto de factores de integración del contenido material, así como de la función positivadora que supongan «implementar» el sentido normativo de los derechos fundamentales²⁰. Pero la otra cara de la moneda es que los organismos políticos encargados de la puesta en práctica de un determinado programa tienden a influir sobre el contenido de los mismos. Y esto es muy peligroso en un terreno tan comprometido con la emancipación de la humanidad como son los derechos básicos del hombre, y que goza de gran transcendencia práctica, al actuar como legitimador del sistema social en su conjunto.

Un ejemplo de organización internacional de defensa de los derechos humanos que no acepta por principio ser creada ni dirigida por poder político, económico o ideológico alguno, son en la actualidad, las Organizaciones No Gubernamentales (ONGs). Tal vez ellas puedan demostrar la posibilidad real de un compromiso que muestra grandes dosis de utopía.

20 Vid. en este sentido: FARIÑAS DULCE, María José y ARNAUD, André-Jean (1996): *Sistemas Jurídicos: Elementos para un Análisis Sociológico*. Universidad Carlos III de Madrid. Boletín Oficial del Estado. Madrid, especialmente páginas 193 y ss.