SOBRE EL CONCEPTO Y EL FUNDAMENTO DE LOS DERECHOS HUMANOS

Carlos Peña González*

La reflexión filosófica acerca del problema de los derechos humanos plantea tres tareas distintas, aunque no necesariamente distantes advierte el autor. Una tiene que ver con la determinación de los distintos significados que pueden ser atribuidos a la expresión derechos humanos. Se trata, en otras palabras, de un trabajo de elucidación conceptual. Otra, consiste en explicar el referido concepto, dando cuenta del contexto sociológico o histórico en que se inserta. La tercera tarea, en fin, se ocupa de la justificación de esta idea, preguntándose por la existencia de argumentos que tiendan a fundamentarla. El profesor Peña se detiene en la primera y en la última de estas cuestiones: qué son los derechos humanos y qué razones hay para valorarlos. Luego, discurre sobre la protección de estos derechos, problema no ya filosófico, sino de carácter jurídico y político. Por último, el autor ofrece un registro de las principales dificultades que debe enfrentar una teoría de los derechos humanos.

Los derechos humanos plantean para quien los encara con ánimo inquisitivo, al menos tres problemas, o grupos de problemas, que, al ser distintos, aunque no necesariamente distantes, reclaman, cada uno, una reflexión por separado. Por una parte, y en primer lugar, plantean el problema de su elucidación conceptual, o sea, el problema de establecer qué son los derechos humanos o, más cautelosamente tal vez, el problema de determinar qué significado cabe atribuir a la expresión "derechos humanos". De otra parte, y en segundo lugar, plantean el problema de su explicación, o sea, el problema de auscultar y, luego, registrar, el conjunto de circunstancias de las más variada índole que han contribuido o podrían contribuir a su formulación, reconocimiento y promoción. En fin, y en tercer lugar, los derechos humanos plantean el problema de su justificación, esto es, el problema de fundamentarlos, o sea, y puesto lo mismo en otras palabras, el problema de establecer qué tipo de argumentos racionales e intersubjetivos pueden allegarse en favor del valor que, a primera vista, les atribuimos.

Se trata, como denantes se advirtió, de problemas distintos atendido que el primero indaga sobre "significados", el segundo sobre circunstancias empíricas, el tercero sobre tipos o formas de

---

* Profesor de Derecho Civil en la Universidad de Chile y de Derecho Civil y Filosofía del Derecho en la Universidad Diego Portales.

argumentación moral; pero, a la vez, y no obstante que son problemas distintos, no se trata de problemas que estén distantes los unos con respecto de los otros, establecido que la respuesta a la pregunta relativa a qué son los derechos humanos supone ya algún tipo de fundamentación, la que, de otra parte, tendrá seguramente que ver con las específicas circunstancias históricas que se crean ver tras el surgimiento de esos mismos derechos.

Pues bien, las palabras y explicaciones que siguen se ocuparán del primero y el último de los problemas que se acaban de registrar, es decir, se ocuparán de indagar acerca del concepto de los derechos humanos y de la fundamentación de los mismos, sin ocuparse específicamente de su explicación sociológica o histórica más no sea en la medida que lo requieran los otros dos asuntos.

I

Ocuparse del concepto de "derechos humanos", importa, como denantes se dijo, indagar acerca del significado que cabe atribuir a la expresión "derechos humanos", esto es, importa darse a la tarea de identificar un cierto fenómeno que, dotado de ciertas características, es mentado o referido por esa misma expresión. O sea, y para decirlo una vez más, supone proveer de alguna respuesta a la pregunta ¿a qué se llama usualmente "derechos humanos"?

Es obvio -y así se ha observado- que la expresión "derechos humanos" alude, antes que todo a "derechos" y que, por lo mismo, para hablar con fundamento de "derechos humanos", tenemos antes que saber hablar de "derechos" sin más.

Ahora bien. La palabra "derecho" es, como es fácil advertirlo, una palabra ambigua, con lo cual se quiere decir que se trata de una palabra que posee a la vez, varios significados. Con esa palabra, en efecto, se alude a un conjunto sistemáticamente entrelazado de normas, a una cierta disciplina cognoscitiva que tiene como objeto suyo a esas normas y, en fin, a un conjunto de facultades de las que, se supone, son titulares algunas o todas las personas. Cuando en algún lenguaje natural se usa la expresión "derechos humanos", la palabra "derechos" aparece empleada en el tercer sentido que se acaba recién de registrar, esto es, aparece empleada para aludir por modo predominante, a títulos o facultades que asisten a las personas y no, en cambio, para aludir a normas o a disciplinas cognoscitivas acerca de esas normas. Cuando, a su turno, a tales derechos se les adjetiva de "humanos" se quiere decir con ello que se trata de facultades para cuya titularidad es condición necesaria y a la vez suficiente pertenecer a la clase de

los seres humanos, o sea, se quiere poner de manifiesto que se trata de derechos cuya única condición de aplicación es la pertenencia a la especie humana, excluyéndose cualesquiera otro atributo idiosincrásico, biológico, institucional o socialmente adquirido que sea extraño o distinto al hecho sencillo, y a la vez magnífico, de pertenecer a esa extraña especie de seres que son capaces de deseo, de esperanza, de frustración y de dolor, o, como agrega el artículo 1º de la Declaración Universal, que "están dotados de razón y de conciencia", o, en fin, como observa por allí Sábato en una ironía dolorosa, a esa clase de seres que es capaz de albergar, a la vez, a un torturador y a un santo.

Al decirse, pues, que se trata de "derechos humanos", no sólo se está recalcando el hecho harto obvio de que sus titulares son seres humanos, sino que se está explicitando, además, que para poseer tales derechos basta exhibir única y exclusivamente la característica de miembro de la especie humana. Así, por ejemplo, el derecho a la vida o a la libertad es un derecho humano, si y sólo si estamos dispuestos a reconocerlo a cualesquiera que sea hombre con prescindencia de toda otra consideración, sea ella biológica como la raza; idiosincrásica como el aspecto físico o el carácter; institucional como la de ser padre; ideológica como la de ser marxista, liberal o fascista; social como la de ser rico o pobre. Si eso es así, esto es, si los derechos humanos se asignan a todo ente que exhiba la cualidad de miembro de la especie humana y nada más, entonces los derechos humanos presentan todas y cada una de las siguientes características, a saber:

a) Son <u>intrínsecos</u> con lo que se quiere decir que su posesión no depende de ninguna cualidad o característica diversa o distinta a la de ser nada más que un hombre, esto es, se trata de derechos para cuya tenencia es requisito necesario y suficiente la de pertenecer a la clase de los seres humanos, distinguiéndose, así, de los derechos extrínsecos para cuya titularidad si bien es necesario ser un hombre, ello no es suficiente, requiriéndose, además, de parte de quien los reclama, exhibir títulos anexos o distintos.

b) Son <u>universales,</u> esto es, se trata de derechos que se adscriben a todos los seres humanos, de donde se sigue, que no existe ningún miembro de la clase de los seres humanos que no sea titular de estos derechos, cualesquiera que sea su contexto, características idiosincrásicas y circunstancias. En las sencillas y bellas palabras de la Declaración Universal, se trata de derechos de "todos los miembros de la familia humana". Para decirlo en términos menos bellos, pero

más precisos: "Para todo X, tal que X sea hombre, entonces X tiene derechos".

c) Son igualitarios, es decir, todos los seres humanos poseen un título igual a tales derechos, puesto que todos exhiben, en la misma medida, la única propiedad relevante que es menester para adquirirlos -la de ser hombre- de donde resulta, por otro lado, que el concepto de "derechos humanos" rechaza, de principio, toda forma de discriminación respecto a su reconocimiento, promoción y protección (salvo, claro está, la discriminación inversa), y ello por que de cara a los derechos humanos, y en palabras de J.S. Mill "todo el mundo cuenta como uno, nadie más que uno" siendo eso, tal vez, lo que quiso dar a entender Machado cuando expresó -por boca de Juan de Mairena- que "Ningún hombre vale más que otro hombre, porque ninguno puede reclamar para sí un mayor valor que el mero hecho de ser hombre".

d) Son absolutos, esto es, los derechos humanos son expresión de bienes de fundamental relevancia para sus titulares, motivo por el cual constituyen exigencias últimas, superiores o fuertes, respecto de cualesquier otra exigencia que provenga de consideraciones prudenciales o consecuencialistas de carácter económico o político. Se trata, pues, de requerimientos que " en caso de entrar en conflicto con otros requerimientos los desplazan y anulan, quedando ellos como la exigencia moral que hay que satisfacer". Para decirlo con las palabras de un importante teórico de los derechos - John Rawls-: que los derechos humanos sean absolutos significa que no son susceptibles de "negociación o regateo", o sea, no son susceptibles de ser puestos en una balanza para ser contrapesados y, eventualmente, desplazados por consideraciones extrañas a los propios derechos. En caso de conflicto, pues, los derechos humanos desplazan a cualesquiera otra consideración que no se refiera a derechos. Entre la utilidad y los derechos, han de preferirse los derechos.

Por lo mismo- creo que es necesario enfatizarlo- cuando se dice que los derechos humanos son absolutos, no se quiere decir que se trate de derechos que no admitan ninguna restricción, sino que se quiere decir que se trata de derechos que no admiten ninguna restricción que no esté fundada, a su vez, en derechos, o sea, se quiere decir que la única hipótesis moralmente legítima de restricción de derechos es la concurrencia o el conflicto entre los mismos derechos y que, en consecuencia -repito aquí palabras de

Rawls- "los derechos pueden restringirse sólo por amor a los propios derechos".

Ahora bien, la precedente característica de los derechos humanos, plantea dos problemas que me parece útil consignar aquí:

- El primero, es el problema de la extensión de los derechos humanos. Parece obvio que conforme crece la clase de los derechos humanos, decrece su intensidad moral y su carácter de absolutos. Así, por ejemplo, parece claro que los derechos económicos-sociales ceden, desde el punto de vista moral, frente a consideraciones consecuencialistas. Se trata, pues, de una característica que los derechos humanos no presentan todos con igual grado o intensidad.

- El segundo, dice relación con la declaración universal de los derechos humanos, la que, al parecer, no recoge esta característica que los derechos humanos presentan en el lenguaje moral. El artículo 29 de la Declaración no otorga esta característica a los derechos puesto que los somete a consideraciones derivadas de "las justas exigencias de la moral, del orden público y del bienestar general de la sociedad". Los derechos humanos parecen así, enfrente de la Declaración, ceder en alguna medida a consideraciones consecuencialistas referidas al bienestar general.

e) Son individualizados y no agregativos, o sea, ningún ente que no sea individuo humano posee tales derechos, de donde resulta, vuelvo de nuevo a Dworkin y Rawls, que nunca la mayoría, el Estado o la Sociedad posee derechos concurrentes que puedan entrar en conflicto con los derechos humanos y que puedan justificar -no digo excusar -su violación. Es esta una característica que, como se verá más adelante, plantea importantes consecuencias respecto a la legitimidad moral de las políticas públicas.

El conjunto de características precedentemente expuestas resultan todas, en conjunto, implicadas en el uso que, desde un punto de vista ético, cabe hacer de la expresión "derechos humanos". Olvido aquí el análisis, ya no del concepto, sino, esta vez, de la terminología mediante la cual se habla de estos derechos. Fácil es advertir que esa terminología es variada según lo que, respecto de los derechos humanos, se quiera enfatizar: su fundamento (humanos o naturales): su función (fundamentales): su contenido básico (libertades); el

modo de su consagración en el derecho interno (subjetivos públicos).

II

Pues bien. Las precedentes consideraciones, según ya se advirtió, sólo han tenido por objeto elucidar lo que se quiere decir cuando se habla de "derechos humanos", con lo cual, como se comprende, hemos nada más proveído de una respuesta a la pregunta relativa al significado que cabe atribuir a esa expresión, sin pronunciarnos, todavía, acerca de su justificación o fundamentación, esto es, sin que aún nos hallamos referido a cuáles son las razones, si las hay, que puedan invocarse en apoyo del valor, y el consiguiente respeto, de esos mismos derechos.

Convenir en el significado que una expresión posee en un lenguaje, es una cosa, ocuparse de si ese significado posee un fundamento suficiente de carácter racional, es otra. Saber lo que significa la palabra "Dios" es una cosa; saber si "Dios" existe y si merece ser respetado y por qué es, como se comprende, otra cosa distinta. De la misma manera, convenir, como lo acabamos de hacer, en un cierto significado para la expresión "derechos humanos", es cosa distinta a convenir respecto a cuáles son los fundamentos que acreditan su existencia y que, desde un punto de vista racional, apoyan su reconocimiento, su promoción y su protección por parte del derecho positivo nacional o internacional.

Se observa, a primera vista, que el fundamento de tales derechos no puede reconducirse nada más que al derecho positivo, puesto que el discurso de los derechos humanos se utiliza precisamente para criticar o evaluar a este último. Cuando los ordenamientos jurídico-positivos recogen en el conjunto de sus prescripciones a los derechos humanos -cuestión en la que, como se sabe, se avanza cada vez más- contamos con una razón adicional para protegerlos o defenderlos, pero es claro que no es esa la razón por la cual nos parecen dignos de defensa y protección. Su fundamento no consiste en el hecho de que sean recogidos o formulados en instrumentos jurídico-positivos, sino que, más bien, es en virtud del fundamento o la valía que en ellos se cree ver aquello por lo cual se les formula jurídico-positivamente.

Por lo anterior, parece abrirse paso, cada vez más, en el ámbito de la filosofía, la idea de que los derechos humanos son derechos de carácter moral, esto es, derechos cuyo fundamento radica, en último análisis, en un conjunto de directivas o

principios de carácter ético, con lo que, por su parte, el problema del fundamento de los derechos humanos se traduce, en verdad, en el problema de si es o no posible argumentar racionalmente en favor de ciertas prescripciones de carácter moral. Así, si el problema de formular los derechos humanos es un problema que, desde el punto de vista del análisis filosófico, pertenece al ámbito de la ética normativa (puesto que da respuesta a la pregunta relativa a, que derechos deben ser, en todo caso, promovidos y respetados), el problema de fundamentar esos derechos es un problema que, a su turno, y siempre desde el punto de vista del análisis, pertenece al ámbito de la meta-ética (puesto que da respuesta a la pregunta relativa a cuales son los procedimientos racionales e intersubjetivos a cuyo través es posible obtener proposiciones éticas absolutamente válidas). De esa manera, cuando yo digo, "debes respetar la vida del prójimo", he emitido una proposición ética enfrente de la cual puede plantearse, todavía, una cuestión metaética, a saber, la siguiente: ¿Porqué vale la proposición "debo respetar la vida de mi prójimo"?

Ahora bien. Quizá el principal obstáculo que se erige en contra de la búsqueda de un fundamento absoluto para los derechos humanos, sea la imposibilidad de derivar lógicamente prescripciones a partir de descripciones, esto es, la imposibilidad de obtener, a partir de premisas puramente descriptivas de hechos, proposiciones referidas a valores o prescripciones de conducta, o, si se prefiere, la imposibilidad de fundar decisiones a partir de la constatación de hechos. Esta es, como se sabe, la crítica más frecuente y profunda que se ha dirigido al que tal vez sea el modo más antiguo y conocido de fundamentar los derechos humanos: el iusnaturalismo.

El iusnaturalismo, como se sabe, intenta fundar proposiciones referidas a derechos a partir de la constatación de ciertas características que, de hecho presentarían entre sí los seres humanos y que en conjunto, configurarían su naturaleza. Esa crítica, como es fácil advertirlo, es metodológica y no ideológica, esto es, se encuentra dirigida a la manera en que el iusnaturalismo intenta fundar sus postulados, es decir, a su método, y no al contenido de sus postulados, es decir, no a su ideología; se encuentra dirigida, para enfatizarlo una vez más, no a lo que dice, sino a la manera en que fundamenta lo que dice. Se trata, pues, de una crítica formulada en el plano de la metaética y no en el plano de la ética.

La anterior dificultad -constituida por la imposibilidad, ya recordada, de derivar prescripciones a partir de descripciones-ha

conducido, de otra parte, a algunos autores a un profundo escepticismo, en materias metaéticas y, de consiguiente, a la conclusión de que no es posible argumentar racional e intersubjetivamente en apoyo de valores o decisiones morales últimas, convicción ésta que, a su turno, se trasunta en la tantas veces citada afirmación de Kelsen de que la "justicia es un ideal irracional", o en esas duras y descarnadas palabras de Alf Ross según las cuales "invocar la justicia o los valores absolutos es como dar un golpe sobre una mesa, nada más que una expresión emocional que hace de la propia exigencia un postulado absoluto", agregando, ácidamente, que hay que desconfiar del derecho natural puesto que su historia muestra que, con frecuencia, el derecho natural semeja una cortesana puesta al servicio de los más disímiles intereses. Este profundo escepticismo metaético de los autores que se acaban de citar -escepticismo, que no les impidió, desde luego, poseer una lúcida y admirable actitud a favor de la democracia, la tolerancia y los derechos de las personas- se encuentra fundado en una concepción de la racionalidad humana que llega a identificarla con la racionalidad científica de la que es muestra, en el ámbito de la filosofía general, el positivismo lógico.

Pues bien. Entre la excesiva confianza del iusnaturalismo y la franca desconfianza del escepticismo metaético, respecto a la posibilidad de fundar en términos lógicamente compulsivos los derechos humanos, se encuentran en el mercado iusfilosófico un conjunto de tendencias metaéticas para las cuales es posible argumentar racionalmente en favor de ciertos derechos morales básicos. Deseo referirme brevemente a dos de ellas.

Se encuentra, por una parte, el llamado "constructivismo ético" cuyo más característico representante es John Rawls y su "Teoría de la Justicia". Para este autor -quien recurre, para sus agudos análisis, a cosas tan diversas como el contractualismo anglosajón, la ética Kantiana, los análisis de Wilfredo Pareto y la teoría matemática de juegos- es posible convenir racionalmente en un conjunto básico de principios de moralidad social o de justicia sobre la base de un cierto procedimiento en el debate moral.

Satisfechas ciertas condiciones procedimentales -que Rawls denomina "posición originaria"- los partícipes del debate acordarían necesariamente unos determinados principios de justicia. Si es el caso, piensa este autor, que los partícipes del debate moral desconocen sus propias capacidades y su destino futuro y si es el caso que cada uno persigue sus propios intereses, entonces,

agrega, el acuerdo más racional posible se traduce en la formulación de los dos siguientes principios de justicia, a saber:

1.- Toda persona tiene igual derecho a un régimen plenamente suficiente de libertades básicas iguales, que sea compatible con un régimen similar de libertades para todos.

2.- Las desigualdades sociales y económicas han de satisfacer dos condiciones. Primero, deben estar asociadas a cargos y posiciones abiertos a todos en las condiciones de una equitativa igualdad de oportunidades; y, segundo, deben procurar el máximo beneficio de los miembros menos aventajados de la sociedad.

Los precedentes principios -alcanzados al través del acuerdo "originario", verdadero modelo de justicia procedimental perfecta- fundan, a su turno, el carácter deontológico de la teoría de Rawls -esto es, la primacía del "deber" por sobre el "bien". Con ello, empero, no se sacrifica la tradición liberal, en la medida que esos principios se refieren, nada más, a las estructuras básicas de cooperación social. En conformidad a la tradición liberal, se reconoce a todo individuo humano la capacidad de definir, e intentar alcanzar, su propia noción del "bien". Ello, piensa Rawls, ha de hacerse sin infringir los acuerdos públicos y racionales de intercambio social representados por los dos principios de justicia. La búsqueda del propio "bien" ha de ser, así, "razonable" y "equitativa", es decir, satisfacer las condiciones de universalidad de las máximas del propio actuar que reclamaba Kant. La sujeción a esos acuerdos públicos y el respeto de los derechos que esos mismos acuerdos establecen, constituyen, así, ese tipo de obligaciones morales que Kant reunía bajo el título de officia juris, o sea, obligaciones cuya moralidad no radica en la adhesión autónoma de la voluntad al deber, sino en la distribución correcta de la libertad humana incluso heterónomamente impuesta.

A su turno, el famoso autor de "El Concepto de Derecho" -me refiero al filósofo de Oxford, H.L.A. Hart- ha emprendido, también algún intento de fundamentación de los derechos humanos y ello no obstante que, después de ese mismo intento, haya declarado que "no se puede decir que exista una teoría suficientemente detallada o adecuadamente articulada que muestre el fundamento de los derechos humanos"."

En un ensayo que lleva por título "¿Existen los derechos naturales?" ese autor sugiere que la expresión "tener un derecho" implica tener una justificación moral para limitar la libertad de otra persona y para determinar cómo debe actuar o, si se prefiere, importa tener razones justificatorias de tipo ético para que ciertas acciones puedan convertirse en objeto de reglas legales coercitivas. Ahora bien, esa expresión lingüística -"tener derecho a ..."- se usa, piensa Hart, en dos tipos principales de situaciones, a saber, primera, para interferir con la libertad de alguien; segunda, para objetar la interferencia en la propia esfera de actuación. Reclamar un derecho importa, en consecuencia, según el autor oxoniano, reclamar títulos justificatorios para invadir la esfera de autodeterminación de otro o impedir que interfieran en la propia. Al primer tipo de derechos los llama Hart "especiales" y al segundo "generales". Ahora bien. ¿Qué tipo de justificación se esgrime cuando se reclama uno u otro tipo de derechos?. En el caso de los "derechos especiales" usualmente se esgrime algún tipo de hecho institucional que, desde el punto de vista interno, opera como razón justificatoria -v. gr. el contrato, la promesa, la reciprocidad de la convivencia. Esos hechos institucionales -que permiten la interferencia de un sujeto enfrente de otro, el que, así, deberá ejecutar una acción o abstenerse de ella-, fundan a su vez, su carácter justificatorio, según el filósofo oxoniano, en el "derecho igual de todos a ser libres". Porque cuando reclamamos algún tipo de interferencia especial invocando hechos institucionales "en realidad estamos diciendo (...) que esta pretensión de interferir en la libertad de otro se justifica porque este otro, en ejercicio de su derecho igual a ser libre, ha escogido libremente la creación de esta pretensión; y en el caso de las restricciones mutuas estamos diciendo en realidad que (...) sólo así habrá una distribución igual de las restricciones y, por tanto, de la libertad entre los hombres". Así, pues, según Hart, el reconocimiento de derechos especiales -v. gr. el reconocimiento de un derecho emanado de un contrato- implica el reconocimiento del derecho igual de todos los hombres a ser libres. Ese mismo derecho es el que, por su parte, ya no indirecta, sino, ahora, directamente, funda los derechos generales, esto es, justifica los reclamos de no interferencia en la propia esfera de autonomía o privacidad -esto es, buena parte de los derechos humanos- y esto, piensa Hart, "es probablemente todo lo que los filósofos políticos de la tradición liberal necesitaban haber proclamado para apoyar cualquier programa de acción. Porque, en efecto, lo que mostraría el precedente análisis es que en ausencia de hechos institucionales específicos ha de reconocerse a todo hombre la capacidad de elegir sus planes de vida y de perseguirlos en consecuencia, motivo por el cual, piensa Hart, "todo adulto humano capaz de elegir tiene el

derecho de que todos los demás lo toleren sin usar la coerción, y está, (igualmente), en libertad de ejecutar cualquier acción que no sea de coerción o restricción. o esté destinada a perjudicar a otras personas". Se trata, con todo, agrega el propio Hart, de derechos que nada más obligan a omisiones, esto es, operan como defensa frente a las interferencias por parte de terceros en la propia autonomía.

Por lo mismo, más tarde, esta vez en su obra "El Concepto de Derecho", Hart ha intentado argumentar en favor de ciertos derechos básicos a partir de un conjunto de características puramente descriptivas de la naturaleza humana de los que se seguiría la demanda justificada de ciertos bienes y que podría conducir a una fundamentación adecuada de ciertos derechos humanos de carácter económico-social. Si aceptamos, dice Hart, que la supervivencia es una meta necesaria, entonces se sigue que debemos proveer a las personas de ciertos bienes básicos para su subsistencia porque, con ello, no sólo garantizamos la supervivencia ajena, sino también la propia, establecido que la supervivencia requiere de un cierto grado de cooperación social que resulta favorecido cuando las necesidades de funcionamiento de los actores sociales están, al menos, mínimamente satisfechas.

Si, en fin, dice el filósofo oxoniano, se nos pregunta porqué la superviviencia es una meta necesaria habría que responder que esa meta está supuesta en los propios términos de la discusión, puesto que si nos preguntamos cómo deben vivir los hombres, ello es porque presuponemos que su propósito, y el nuestro, es, en términos generales, vivir. "Nos ocupamos -concluye- de medidas sociales para una existencia continuada, no de reglas para un club de suicidas".

Con todo, agregaría yo por mi cuenta, no hay que olvidar, tampoco, que con frecuencia los hombres actuamos como si fuéramos un club de suicidas, motivo por el cual quizá lleve razón Norberto Bobbio cuando observa que no hay que detenerse demasiado en el problema del fundamento de los derechos humanos, puesto que atendida la creciente positivización de esos derechos, más que fundamentarlos, urge protegerlos. Empero, ello nos conduce a la tercera -y última- de las cuestiones que hoy día nos proponemos tratar.

III

Si el problema del concepto y el fundamento de los derechos humanos, es un problema filosófico, el problema del que, enseguida,

nos vamos a ocupar -el problema de la protección- es, en cambio, un problema jurídico y político. Si el primer problema requiere, por modo predominante, razones lógicamente compulsivas; el segundo, en cambio, requiere acciones y conductas decididas y urgentes. Queda descontado que los primeros problemas -el del concepto y el de la fundamentación- son lógicamente independientes respecto del tercero, o sea, respecto del problema de la protección, atendido que aquellos se refieren, por modo predominante, a una creencia, en tanto este último a una actitud. Como es fácil comprenderlo, de las creencias (o sea, de la convicción de que las cosas son de tal o cual manera) no se derivan necesariamente determinadas actitudes (o sea, no se deriva la convicción de que debemos comportarnos de tal o cual manera frente a esas mismas cosas). Quizá ello explique que personas de creencias distintas respecto del fundamento de los derechos humanos e, incluso, algunas que descreen francamente de cualesquier fundamento, tengan, todas en conjunto, una misma actitud de respeto, promoción y protección de esos derechos y que, por la inversa, personas con creencias claras en el fundamento de esos derechos, no siempre guarden una actitud de cautela y de respeto hacia los mismos.

Establecido lo anterior -establecido, pues, que fundar y proteger son cosas distintas- me parece necesario, todavía, distinguir entre proclamar, proteger y promover los derechos. Proclamar los derechos humanos equivale a declarar su existencia y exhortar a los hombres y a los Estados para que los reconozcan y los respeten. Proteger los derechos equivale, a su turno, a dotar a los derechos de mecanismos institucionales, coercitivos y eficaces para reclamarlos y hacerlos valer. Promover los derechos, en fin, significa crear, de modo progresivo, las condiciones políticas, sociales y económicas que sean necesarias para que los titulares de esos mismos derechos puedan gozar cotidianamente de ellos. Pues bien. De esas tres diversas tareas que desde el punto de vista jurídico y político plantean los derechos humanos, es claro que la más simple y aquella en la que se han hecho los más notorios avances es la primera, o sea, la tarea de proclamarlos. Pero es claro que "para protegerlos no basta con proclamarlos", para protegerlos es necesario instituir mecanismos coercitivos que permitan reclamarlos y hacerlos valer dentro del Estado y, todavía más, contra el Estado. Para lo primero, para protegerlos dentro del Estado es quizá indispensable aumentar el control recíproco entre aquellos órganos estatales que por monopolizar la fuerza, o administrarla en su caso, poseen mayores probabilidades de infringirlos. Para lo segundo, para protegerlos contra el Estado, se hace necesario, cada vez más, fortalecer los órganos supraestatales y la jurisdicción internacional como cosa distinta

y jerárquicamente superior a las jurisdicciones nacionales. Para lo tercero, en fin, para, ya no sólo proclamar y proteger los derechos, sino para promoverlos, o sea, para asegurar su goce y disfrute cotidiano y progresivo, se requieren ciertas y específicas condiciones relativas al desarrollo político, económico y cultural. Se requiere, en particular, me parece a mí, una cierta vigencia de la democracia, es decir, una cierta vigencia de esa forma de gobierno que acuerda a todas las personas por igual el derecho a participar periódicamente en la generación de los órganos y las políticas públicas, o sea, una cierta vigencia de ese mecanismo que concede a las mayorías el derecho a decidir los asuntos públicos, guardando, a la vez, a las minorías la posibilidad de dejar de ser tales y convertirse, a su turno, en mayorías. Esa forma de desarrollo político que es la democracia, empero, no es del todo suficiente. Se requiere, además, un cierto desarrollo económico que asegure a todas las personas el acceso a ciertos bienes básicos y primarios, que convierta el derecho a hacer ciertas cosas, en la posibilidad efectiva de llevarlas a cabo, o sea, que permita pasar desde un conjunto de libertades formales a un conjunto de libertades reales, de la libertad de hacer cosas, a la libertad y los medios para poder hacerlas.

Ahora bien. Entre la protección de ciertos derechos humanos básicos y la promoción y realización efectivas de otros, median, con frecuencia, relaciones contrapuestas y, a veces, contradictorias, puesto que el desarrollo económico para el goce y disfrute cotidiano de algunos derechos -por ejemplo, los económico-sociales- exige, a veces, cálculos consecuencialistas o utilitaristas de carácter global o agregativo que entran en conflicto con el carácter individual de los derechos humanos.

Los "derechos humanos" presentan, así, una doble, y a veces conflictiva relación con las políticas públicas, puesto que los "derechos humanos" al ser, como anota Ronald Dworkin, individualizados y no agregativos operan como límite que el individuo y las minorías hacen valer contra los cálculos consecuencialistas que el poder público podría hacer en pos del mayor beneficio de las mayorías.

Si el individuo tiene derechos -observa lúcidamente Dworkin- entonces los tiene aún cuando la mayoría o el gobierno piensen, incluso con buenas razones, que el beneficio social agregativo sería mayor de no existir tales derechos. Ningún sentido tendría jactarnos de que los individuos poseemos derechos -concluye Dworkin- si no estamos dispuestos a conceder que esos derechos existen incluso contra el beneficio general. De esa manera los

derechos humanos operan como restricciones al Bien Común y como test de legitimidad de las políticas públicas. Son, como gusta decir el autor anglosajón, verdaderas "cartas de triunfo" del individuo frente al Estado, motivo por el cual, si en una democracia hay verdaderos derechos, ellos corresponden, antes que nada, a las minorías las que, al no poder realizar su voluntad, disponen, al menos, de una salvaguardia frente a las decisiones de la voluntad ajena.

Pues bien. Al concluir estas ya excesivas palabras, quisiera efectuar un cierto balance de las principales dificultades que ha de encarar una teoría de los derechos humanos. Algunas de esas dificultades han sido ya insinuadas o expuestas en las palabras precedentes, otras, las menos, las ofrezco, nada más a la discusión:

a) En primer lugar, creo que todavía está pendiente la tarea de fundamentar los derechos humanos en términos suficientemente detallados y rigurosos. Me parece que, en esta parte, la dificultad esta en directa relación con el número y el carácter de esos derechos. La extensión de la categoría de los derechos humanos -que va desde aquellos que trazan límites a la acción del poder público a aquellos que suponen participación en ese poder y en la distribución del producto social -no siempre va a parejas con su intensidad moral y la posibilidad de su realización efectiva. Al parecer, diferentes tipos de derechos exigen diversos tipos de fundamentación.

b) En segundo lugar, creo que la tarea de fundamentar los derechos humanos, siendo lógicamente independiente de la tarea de proclamarlos, protegerlos, promoverlos y realizarlos, es igualmente urgente. Me parece necesario avanzar, cada vez más, <u>desde la ideología de los derechos humanos, a la teoría de los derechos humanos.</u> De esa manera, creo yo, podrá forjarse una conciencia racional suficientemente arraigada que haga frente a las múltiples concepciones ideológicas que enarbolando los más diversos y atractivos slogans -el del mercado perfecto o el de la sociedad sin clases- conciben a los hombres como simples recursos para la prosecución de beneficios colectivos o históricos.

c) En tercer lugar, me parece necesario poner atención, en el problema de los <u>límites y restricciones</u> de los derechos humanos, para lo cual, creo, resulta indispensable ocuparse de algunos principios relativos a los derechos <u>concurrentes</u> y de algún orden de <u>prioridad,</u> al modo de la teoría de Rawls por ejemplo, entre derechos de diversa intensidad moral.

d) En cuarto lugar, creo que también resultaría útil e importante ocuparse de los deberes generales -y no sólo estatales- a que podrían dar origen a esos derechos -sobre todo los de carácter económico-social-, problema este que, como lo muestra la literatura, se encuentra relacionado con el valor causal que asignemos a las omisiones. Los derechos humanos -en particular los de carácter económico-social-, en la medida en que suponen, por parte de todos, algunos deberes generales, permitirían transitar "desde una solidaridad basada en pautas de "caridad" a una solidaridad basada en pautas éticas referidas a "derechos". Para usar palabras de J. S. Mill, permitirían transitar desde una ética de beneficencia a una ética de justicia.

e) En quinto lugar, me parece útil llamar la atención acerca del hecho, no suficientemente destacado, de que los derechos humanos ponen en crisis y hacen insostenible la noción de soberanía con que se ha venido caracterizando al Estado moderno. Si soberano es aquel ente -como decía Austin- al que todos deben obediencia sin que él, por su parte, preste obediencia a nadie, es evidente que hoy no existe soberano.

f) En sexto lugar, y pensando esta vez en los órganos llamados por modo más frecuente a interpretar el derecho, esto es, pensando en los jueces, me parece necesario resaltar, una vez más, la función que los derechos humanos cumplen en el ámbito del discurso moral. Me parece necesario resaltar -sobre todo en presencia de la actual redacción del artículo 5 de la Carta Constitucional- que una cosa son los derechos de las personas y que otra cosa, distinta, son las políticas públicas o legislativas que persiguen objetivos sociales que la autoridad política define como valiosa, y que mientras corresponde a la autoridad política fijar los objetivos sociales, corresponde a los jueces asignar los derechos, incluso, si es necesario, contra esas mismas políticas. La sujeción tantas veces reclamada de la judicatura a los órganos ejecutivos o administradores, se refiere, nada más, a la formulación de las políticas, no a la asignación de derechos. Defender a estos últimos enfrente de las políticas públicas es, precisamente, aquello que hace digna y estimable a la función judicial. Es esta la única manera de -para repetir el título de una famosa obra- tomarnos los derechos en serio.

g) En fin, y esta vez en séptimo lugar, creo que las precedentes observaciones y consideraciones nos enseñan que, si bien enfrente de la situación actual de los derechos humanos en el ámbito filosófico y jurídico, no hay motivos para ser pesimistas y abandonarnos a la desesperación, tampoco los hay para ser "muy

optimistas y mostrarnos presuntuosos". Esto último -un excesivo optimismo- podría embriagarnos de una excesiva confianza histórica y política que, al cegarnos, no nos dejase ver los múltiples obstáculos y enemistades que los derechos humanos concitan. Lo primero -un excesivo pesimismo- podría ser todavía peor: podría conducirnos a una resignación de despechados, como le ocurrió a aquella zorra del cuento que por ver las uvas lejanas y difíciles acabó por despreciarlas. Tal vez, de cara a los derechos humanos sea especialmente cierto aquello que alguna vez observó Norberto Bobbio. Tal vez no seamos ni moscas en la botella -desconcertados en busca de una salida que es segura- ni, tampoco, peces en la red -esperanzados en busca de una salida inexistente- sino, cosa distinta, seres en un laberinto, quienes, para alcanzar la salida han de estar dispuestos a conceder, a retroceder y, en todo caso, a dar nada más que "un paso a la vez".

BIBLIOGRAFIA

Bobbio, Norberto, El problema de la guerra y las vías de la paz, Gedisa, Barcelona, 1982 (Trad. de Jorge Binaghi).

Dworkin, Ronald, Los Derechos en Serio, Ariel, Barcelona, 1984 (Trad. de Marta Guastavino).

El Imperio de la Justicia, Gedisa, Barcelona, 1988 (Trad. de Claudia Ferrari).

Hart, H.L.A., "¿Existen Derechos Naturales?", en Filosofía Política, F.C.E., 1974 (Traducción de E.L. Suárez).

Laporte, Francisco, "Sobre el Concepto de derechos humanos", en Doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho, Alicante, Nº4, 1987.

Melden, A.I., Los Derechos y las Personas, F.C.E.; México, 1980 (Traducción de Celia Haydée).

Mc Closkey, H.J., Derechos y Sociedad en la Filosofía Analítica, Departamento de Estudios Humanísticos de la Universidad de Chile, Santiago, 1976 (Trad. de Fernando Quintana).

Rawls, J., Teoría de la Justicia, F.C.E., México, 1978 (Trad. de María Dolores González).

Sobre las Libertades, Paidós, Barcelona, 1990 (Trad. de Jorge Vigil).

Squella, Agustín, Estudios sobre Derechos Humanos, Edeval, Valparaíso, 1991.