

## LA EVOLUCIÓN DEL CONCEPTO DE DERECHOS HUMANOS Y SUS MODERNAS CRÍTICAS

Caridad VELARDE QUEIPO DE LLANO

SUMARIO: I. *Origen liberal de los derechos humanos. Relación con la noción de tolerancia.* II. *Actualidad del modelo liberal de derechos humanos y sus críticas.* III. *Recuperación de la idea de tolerancia. ¿Una universalidad posible?* IV. *Bibliografía.*

A sólo dos años del cincuentenario de la Declaración Universal de los Derechos Humanos proclamada por las Naciones Unidas tras la segunda gran guerra, y dos siglos después de las primeras declaraciones francesa y americana, las perspectivas desde las que cabe estudiar el fenómeno de estos derechos se han multiplicado. Mucha tinta ha corrido al respecto y no se trata de incrementar gratuitamente la literatura que ya existe, ni de volver a presentar un estado de la cuestión, intento que ha contado ya hasta el momento con muchas y muy buenas aportaciones. En cambio, quizá sea esta una buena ocasión para detenerse a analizar lo que del espíritu que animó a aquellas declaraciones sigue vigente. No deja de ser significativa la evolución del lenguaje de los derechos, no sólo porque cada vez más en documentos de todo tipo se hace referencia a versiones que se alejan del individualismo que originalmente se encontraba en el sustrato de los derechos, sino sobre todo por el cuidado con que se evita añadir el término 'humanos', con toda la carga de significación que esto puede llevar consigo.

Es el nuestro un momento cultural que se gloria de estar poniendo en entredicho las mismas bases en las que se asienta el proyecto ilustrado, a pesar de considerarse su heredero. El acuerdo generalizado que reconocía la legitimidad democrática y la noción de derechos como los pilares sobre los que se asienta la moderna sociedad occidental está siendo sometido a revisión, así como la mentalidad racionalista que los sustenta y la creencia en el progreso indefinido, del cual la versión económica es sólo una de sus facetas. El giro lingüístico y las aportaciones de la hermenéutica,

las tendencias contextualizadoras y las distintas formas de realismo, son algunos de los núcleos de influencia desde los cuales se ha venido minando la confianza en que se haya alcanzado el conocimiento de un modelo de hombre y de sociedad universales en el espacio y en el tiempo.

## I. ORIGEN LIBERAL DE LOS DERECHOS HUMANOS. RELACIÓN CON LA NOCIÓN DE TOLERANCIA

Los derechos humanos son, como los códigos civiles o la escuela de la exégesis, uno de los productos característicos del pensamiento ilustrado y de la mentalidad liberal en lo que al fenómeno jurídico se refiere. Comprenderlos en toda su extensión exige conocer la incidencia de los planteamientos filosóficos que se encuentran en el origen del liberalismo, así como la relación que necesariamente tiene esta ideología con la noción de Estado. Los derechos humanos son una construcción histórica,<sup>1</sup> que se sustenta sobre unas determinadas bases filosóficas;<sup>2</sup> veamos cuáles son los elementos conformadores de aquella noción para poder analizar a continuación lo que de ella queda y hacia dónde se dirigen las críticas en la actualidad.

El fenómeno ilustrado que está en el fondo de los movimientos sociales y políticos del XVIII, es una revolución que afecta al núcleo del pensamiento por lo que genera tendencias en ámbitos diferentes, y propicia asimismo distintas interpretaciones del papel y límites del entendimiento.<sup>3</sup> Desde un punto de vista político y económico, la distinción entre una Ilustración americana y una continental ha sido ampliamente estudiada, así como su repercusión en las declaraciones de derechos humanos. La primera, guiada por principios individualistas y en la que la clave de determinación de los derechos es la libertad, guardaría sólo un más o menos cercano parentesco con su homónima europea, más predispuesta a ver en los derechos un contenido material, que a considerarlos como simples limitaciones.<sup>4</sup> En términos económicos, también puede hablarse de diferen-

1 Carpintero, F., *Derecho y ontología jurídica*, Madrid, 1993, pp. 61 y ss.

2 Cfr. el volumen publicado por la Unesco bajo el título precisamente de *Philosophical Foundations of Human Rights*. Aquí se sigue la versión castellana de G. Baravalle titulada *Los fundamentos filosóficos de los derechos humanos*, Barcelona, 1985. Tienen especial interés las páginas a cargo de Ch. Taylor, pp. 52-61.

3 Cfr. Kriele, M., *Liberación e ilustración*, citada por la versión castellana de C. Gancho, Barcelona, 1982, pp. 17 y ss.

4 Acerca de la tesis ya comunmente aceptada de dos versiones distintas de la Ilustración que

cia, en razón de que se dé una mayor o menor libertad a los individuos; o, mejor dicho, en razón de que haya o no una meta común a la que los individuos se tengan que ajustar.

Ahora bien, es posible también establecer entre ambas una distinción según, no ya el contenido de los derechos, sino el método de su obtención, que implica la cuestión de su fundamento.<sup>5</sup> Si bien ambas se inspiren en una cierta forma de iusnaturalismo, en el caso de la Declaración francesa se trata de un iusnaturalismo racionalista,<sup>6</sup> según el cual, la fuerza de la razón es capaz de conocer el mejor derecho posible (podríamos hablar de un iusnaturalismo autónomo con respecto a cualquier instancia externa), en tanto que en el caso americano, se trata de un iusnaturalismo conectado con una norma moral que viene dada y que en último término no se puede independizar del fenómeno religioso.<sup>7</sup> En tanto que la Declaración francesa es una pretensión abstracta, la americana quiere encontrar el modo de hacer viable la convivencia entre concepciones muy diferentes de la vida buena. La base de este segundo sistema es la tolerancia frente a la pura autonomía continental.

Aunque en la distinción de poderes Locke antecedió a Montesquieu, la asunción francesa de este dogma resultó muy diferente de la anglosajona. En Francia se tradujo en un principio de legalidad que santificaba la

generarán dos formas de entender el liberalismo *cfr.* Negro Pavón, D., *Liberalismo y socialismo. La encrucijada intelectual de Stuart Mill*, Madrid, 1975. Es interesante la aportación de Hayek, en varios de sus trabajos entre los que podría citarse por ejemplo, *The Constitution of Liberty*, citada según la versión castellana *Los fundamentos de la libertad*, Valencia, 1961, tr. de J.V. Torrente. Puede ser útil también consultar el escrito de Gentz, F., “Comparación entre la revolución norteamericana y la revolución francesa”, *Cuadernos del pensamiento liberal*, núm. 2, marzo de 1986, pp. 55-82.

5 *Cfr.* la polémica Boutmy-Jellinek, recogida en J. G. Amuchástegui (de.), *Orígenes de la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano*, Madrid, 1984. La discusión se centra en la filiación de la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano y sobre si puede atribuirse a influencia americana o, por el contrario, a la ilustración francesa, concretamente a Rousseau. La diferencia entre una y otra concepción es vital porque el punto de partida de la versión de los derechos americana es la idea de libertad individual como contraposición al poder público, que, como consecuencia, debería justificar cada una de esas interferencias en el comportamiento privado. Lo contrario sucede con la versión continental que se funda en una idea fuerte de derechos y precisa la intervención del Estado para reconocerlos y sostenerlos. Otros autores consideran esta tesis demasiado simplista, *cfr.* Peces Barba, “Los derechos del hombre en 1789. Reflexiones en el segundo centenario de la Declaración Francesa”, *Anuario de Filosofía del Derecho*, VI, 1989, pp. 57-128.

6 Acerca de la distinción entre el iusnaturalismo clásico y iusnaturalismo racionalista, *cfr.* Gil Cremades, J. J., “¿Que es el derecho natural clásico?”, *Temis*, núm. 23-24, 1968, pp. 51-72; y F. Carpintero, “Los tres iusnaturalismos”, *Ars Iuris*, núm. 12, 1994, pp. 87-106.

7 La obra de Locke ha recibido interpretaciones divergentes pero lo cierto es que el texto del *Segundo Tratado del Gobierno Civil* es claro al respecto.

norma emanada del legislador y pretendía independizarla radicalmente de cualquier posible injerencia por parte del Poder Judicial. Parece como si lo que se tratara de proteger fuera la ley misma, buscando en su creación y aplicación un principio racional y científico que ningún criterio político más o menos personalizado pudiera turbar. En el ámbito anglosajón no es tanto esto lo que se proteje como la libertad individual frente a la presumible tendencia a la tiranía del poder público o de otras fuerzas sociales. Por otra parte, la concepción americana determina la justicia de una ley atendiendo a su elaboración democrática como un requisito formal, pero también según el respeto y coherencia con lo establecido en la Constitución. En cambio, la francesa considera justa cualquier norma democráticamente elaborada. Como tal, el Poder Legislativo es absoluto y no hay norma por encima de él que pueda limitar sus competencias, lo que es lo mismo que decir que no tiene límite externo.

Ahora bien, las declaraciones de derechos en sus tres versiones más representativas comparten un elemento común que es su carácter negativo, de oposición a un peligro encarnado en una forma de poder ilimitado. El concepto mismo exige una noción de Estado con su consiguiente monopolio de la fuerza y, si se trata de darle alcance internacional, una organización supraestatal. El ideal político ilustrado y en general liberal, tiene como fin último el logro de la paz con la consiguiente estabilidad social. Esto exige que el poder esté centralizado, sea cual sea la extensión de ese poder que el Estado ejerza efectivamente. En el fondo es lo mismo que decir que lo público queda reducido a lo estatal. No se reconocen otras esferas de desarrollo o ejercicio de lo público más allá del poder político, o que éste de algún modo no cree, controle o permita. Estas premisas obligan a la teoría política liberal a concentrar sus esfuerzos en el control de la actividad del Estado. No se trata de propugnar exclusivamente el sistema democrático, o de considerar que la democracia sea exclusivamente un participar de algún modo en la toma de decisiones. A esto no se puede reducir la libertad política. Ya lo pusieron de manifiesto Condorcet en su discurso *Sobre la libertad de los antiguos comparada con la libertad de los modernos*<sup>8</sup> y Tocqueville en *La democracia en América*<sup>9</sup> al hablar de la tiranía de las mayorías. Dicho de otro modo, la simple participación política no supone libertad sino que lo que realmente genera

8 Publicado en castellano en los *Cuadernos del Pensamiento Liberal*, núm. 7, junio de 1987, pp. 67-78.

9 Cfr. Tocqueville, A. de, *De la Democratie en Amerique*, París, 1961, pp. 261 y ss.

libertad en los individuos es que puedan moverse en libertad dentro de la sociedad, y que se vean respetados sus derechos.

Si la idea liberal de Estado y sociedad se asienta sobre dos pilares básicos, las libertades políticas y los derechos humanos,<sup>10</sup> esos pilares a su vez podrían resumirse en dos principios siempre en equilibrio inestable: libertad e igualdad. Pues bien, las críticas más importantes de que está siendo objeto el liberalismo en este momento se refieren precisamente a ambos, y en buena medida tienden a poner de manifiesto la imposibilidad de hacerlos conciliar en los temas realmente importantes. Un primer nivel de críticas con la consiguiente necesidad de reexplicación por parte de la ideología se refiere a la libertad y a la tolerancia, en tanto que un segundo nivel cuestiona no ya el fundamento o el contenido sino la misma noción de derechos humanos.

Desde el punto de vista de la ciencia jurídica, su carácter definidor es el de tratarse de una noción que se funda en una visión personalista del derecho en lugar de realista. El centro de atención no es la cosa que se debe sino la persona a la que le es debida, o, mejor aún, las vías de que dispone para la reclamación de esa deuda. Baste ver cómo el acento se pone no en los bienes que se protegen sino en la dignidad del individuo, que, por otra parte, no siempre se trata de algo reconocido, sino otorgado. Pero la base en la que se asientan no es sólo personalista sino individualista, en el sentido de que los derechos protegen intereses individuales que, por definición, entran en conflicto con los intereses de otros. Es precisamente el entenderlo en clave de conflicto lo que le da ese carácter abstracto. Tener un derecho no confiere un poder inmediato sobre una cosa, sino que constituye exclusivamente una facultad de reclamación que puede, como se ha dicho, entrar en conflicto con otras. Así, es posible hablar de que el derecho a la vida tenga que ceder ante el derecho de libertad, o viceversa. Precisamente ese carácter abstracto es el que posibilita, e incluso propicia las declaraciones.

Ese subjetivismo tiene una base política en el individualismo y el contractualismo liberales. Con orígenes nominalistas y sustentado en una tesis social contractualista, su incidencia aparece de modo claro en el plano económico, pero también en un plano más general de teoría de los derechos, puesto que implican una postura de los individuos con respecto a

10 Cfr. Habermas, J., "Human Rights and Popular Sovereignty: The Liberal and Republican Versions", *Ratio Juris*, vol. 7, núm. 1, March, 1994, pp. 1-13.

la organización estatal. Los derechos son poderes de los individuos frente al poder soberano del gobernante. Esto tiene consecuencias, como digo, no sólo económicas, sino de una amplitud mucho mayor, puesto que el liberalismo considera al individuo como un todo tanto frente al gobernante como frente al conjunto de la sociedad que, al fin y al cabo, no es más que la suma de otros individuos como él. Así tiene sentido entender los derechos en clave dialéctica, por oposición a los derechos de otros. Pero no hay que olvidar que, paradójicamente, el individualismo guarda relación directa en sus orígenes con el universalismo que es propio del modo de pensamiento racionalista ilustrado.

En cualquier caso parece que una de las consecuencias comunes a todo el empeño racionalizador de la Ilustración es el tratar de poner por escrito la relación de características del individuo humano que han de ser respetadas por todos los demás. De aquí se deriva la tendencia universalista en lo que al derecho se refiere a la que se ha aludido. Con palabras de Locke:

Desde este punto de vista, todo hombre tiene un derecho a castigar al ofensor y ser ejecutor de la ley de la naturaleza. No dudo que esta parecerá doctrina muy extraña a algunos, pero antes de que la condenen me gustaría que me contestasen por qué derecho cualquier rey o estado pueden condenar a muerte o castigar a un extraño por cualquier crimen cometido en sus países.<sup>11</sup>

Desde el punto de vista del pensamiento político y jurídico continental, probablemente la primera quiebra del racionalismo ilustrado (cuya traducción jurídica fuera aun en mayor medida que las declaraciones de derechos el esfuerzo codificador que entre otras cosas supone el refrendo del monopolio absoluto de lo jurídico por parte del Estado) vino dada por la oposición de la escuela historicista; frente a la Ilustración del derecho natural racional, que cree haber encontrado la clave para construir el sistema jurídico perfecto, se alza el pensamiento de los que, por el contrario, mantienen la inexistencia de ese derecho abstracto, así como la necesidad de acomodar el contenido de las normas al “espíritu del pueblo”.

El liberalismo, en cambio, tiene vocación universal; no se considera a sí mismo un producto cultural, sino la solución a los problemas de dife-

11 Locke, J., “The Second Treatise of Government”, *Two Treatises of Government*, Cambridge, 1988, p. 272.

rencias culturales y olvida que en sí mismo también es cultura. La cristalización del liberalismo sobre el papel es abstracta y por tanto irreal, pero sus frutos en la práctica son indudablemente culturales.<sup>12</sup> Tanto en el nivel político como en el de los derechos el factor fundante del liberalismo, su presunta neutralidad, constituye un espejismo. La propuesta liberal de ofrecer un marco de actuación dentro del cual quepan todas las culturas y todos los planteamientos exige en el fondo pagar un alto tributo pues es a costa de que la organización social no tenga ninguna cultura ni ningún planteamiento. Aparentemente es inocente, pero en la práctica es reductor.

Es muy interesante la percepción de cómo en la historia del pensamiento un objetivismo racionalista, generado en la exigencia de tolerancia, da paso a un escepticismo primero y a un relativismo después.<sup>13</sup> Es preciso, sin embargo, tener en cuenta que con frecuencia se utilizan como intercambiables nociones que, en realidad, no deberían aplicarse a los mismos fenómenos. Así, por ejemplo, el binomio tolerancia-neutralidad está constituido por conceptos políticos, en tanto que los que constituyen el de objetivismo-relativismo son conceptos éticos. La primera y la segunda parte de ambos binomios se corresponden entre sí, aunque la neutralidad tiene dos lecturas: una se correspondería con el relativismo total, en tanto que la otra se limita a mantener la separación entre moral pública y moral privada. El principal peligro del mundo liberal es el de quedar convertido en una abstracción a pesar de sus orígenes prácticos. No importaría tanto si no fuera por sus promesas y no sirve como justificación apelar a una neutralidad de lo público que no se adecua con la realidad.

## II. ACTUALIDAD DEL MODELO LIBERAL DE DERECHOS HUMANOS Y SUS CRÍTICAS

Apelar a una noción de derechos humanos implica optar por uno de los siguientes métodos: seguir la vía del consenso, partir de unos bienes humanos básicos o bien, por último, imponer una determinada concepción en ámbitos distintos de aquél en el que se tiene legitimidad. En cuanto a la primera posibilidad, en las modernas sociedades occidentales lo que parecía posible está empezando a no serlo precisamente por el creciente

12 Cfr. Arechederra, L., "Revolución, tecnocracia y demagogia", *Persona y Derecho*, núm. 26, 1992, pp. 29-50.

13 Sobre el paso del objetivismo racionalista al relativismo, cfr. Arregui, J.V., y C. Rodríguez Lluésma, *Inventar la sexualidad*, Madrid, 1995, pp. 104 y ss.

fenómeno multiculturalista. La tercera tampoco parece aceptable. La segunda, en cambio, ha de ser razonada o rechazada. Cabe desarrollarla según los planteamientos de un racionalismo abstracto o siguiendo unas pautas de carácter realista que, a su vez, pueden basarse en criterios consensualistas, objetivistas. Constituye, por otra parte, probablemente la única posibilidad de intentar escapar al escepticismo de este fin de siglo.<sup>14</sup>

### 1. *Problemas que se plantean y situación actual*

Los motivos por los que el lenguaje de los derechos humanos se ha visto cuestionado son diversos: para algunos es excesivamente pretencioso y supone una injerencia en asuntos en los que quien habla carece de autoridad. Para otros es más sencillo: el contenido de los derechos varía a tenor de las culturas o las circunstancias históricas. Los argumentos pertenecen, como es obvio a dos niveles diferentes: político el primero, ético el segundo. Mientras a uno le preocupa la legitimidad y la autoridad de la que emanan las normas jurídicas, otro pone en duda la posibilidad de asentarlas sobre fundamentos éticos comunes u objetivos (aunque, esas dos nociones “común” y “objetivo” no son en realidad intercambiables).

El iusnaturalismo racionalista que amparaba las declaraciones de derechos se ha desintegrado. Los que hablan de derechos tratan de hacerlo de un modo contextualizado: referidos a las Constituciones de sus respectivos países o a una tradición cultural determinada. Desde el punto de vista de la teoría del derecho se aduce que la apelación a unos presuntos derechos humanos carece propiamente de carácter jurídico; de ahí la distinción anglosajona, que tan contradictoria suena a oídos continentales,<sup>15</sup> entre derechos legales y derechos morales reduciendo los primeros a la consideración de derechos subjetivos.<sup>16</sup> Sólo tienen sentido entendidos como facultades. Alguien tiene un derecho si tiene una posibilidad real de hacerlo valer, de otro modo no se tratará de derecho sino de una ilusión; todo lo más de un derecho moral. Plantear objeciones a este punto de vista exigiría partir de una noción realista y constituiría en consecuencia una enmienda a la totalidad del sistema. A pesar de ello es ésta una de las vías que está siguiendo una amplia línea de pensamiento que

14 En este punto *cfr.* Farrara, A., “Universalism: procedural, contextualist and prudential”, en Rasmussen (ed.), *Communitarianism vs. Universalism*, Cambridge, London, 1990, pp. 11-37.

15 Ollero, A., *Positivismo conceptual y derechos humanos*, Madrid, 1986.

16 *Cfr.* Taylor, Ch., “Los fundamentos filosóficos de los derechos humanos. Complemento a la relación del profesor Mathieu”, en AA. VV., *Los fundamentos filosóficos...*, p. 52.

trata de recuperar una visión de los derechos en clave de protección de bienes sociales en lugar de intereses individuales.<sup>17</sup>

Una crítica habitual en los últimos años ha sido la que se opone al individualismo liberal, entendido como una forma de egoísmo, poniendo el acento en lo social, ahora desde un punto de vista económico. Dentro de las mismas filas liberales se han alzado voces cuestionando la noción de derechos entendidos exclusivamente como libertades negativas y exigiendo un contenido positivo de los mismos.<sup>18</sup> Desde instancias más cercanas al republicanismo otros han apelado a la noción de sociedad civil manteniendo la existencia de una obligación por parte de la sociedad de salir al paso de las necesidades de los individuos, obligación que, sin embargo, no necesariamente es responsabilidad directa de los poderes públicos, aunque éstos deberán asumirla de modo subsidiario. Ahora bien, la propuesta de alternativas al individualismo va más allá del terreno estrictamente económico. Es posible trascender la visión de los derechos como exigencias individuales y a determinar desde el punto de vista del interés individual, y esto tiene mucho que ver con una crítica fuerte al universalismo racionalista.

Por último, merece atención la nueva versión del pragmatismo que ha resurgido con fuerza renovada en nuestros días. Rorty, reconocido como uno de sus máximos representantes, se considera a sí mismo liberal, al tiempo que propone un ideal de solidaridad social; pero no le preocupa que ese ideal responda a nada real mientras funcione. La política —dice— sigue un camino distinto del de la filosofía, y las razones por las que se actúa no deben categorizarse como fundamento. Pretende, paradójicamente, una forma de universalismo que excluye intentos fundantes del tipo que sean.

## 2. *Continuadores de la tradición universalista*

Aunque el universalismo racionalista inicial pertenece a la historia, hoy perviven formas de universalismo de distinto signo y con diferente fortuna.<sup>19</sup> La determinación de lo que debe entenderse por universalismo

17 Cfr. Raz, J., “Rights and Politics”, *Indiana Law Journal*, núm. 71, 1995, pp. 27-44.

18 Cfr. Waldron, J., “Liberal Rights: Two Sides of the Coin”, en *Liberal Rights. Collected Papers 1981-1991*, New York, 1993, pp. 1-34.

19 Muestra de un universalismo actual es el artículo de Bayefsky, A., “Cultural Sovereignty, Relativism and International Human Rights: New Excuses for Old Strategies”, *Ratio Juris*, vol. 9, núm. 1, March, 1996.

no es tarea fácil, sobre todo porque este término puede adquirir su significado en niveles de conocimiento distintos y oponerse a términos que, a su vez, son contradictorios entre sí. Así, universalismo puede oponerse a relativismo, con lo que podría identificarse con alguna forma de objetivismo ético.<sup>20</sup> Pero puede también oponerse a realismo, lo que le haría significar una forma de abstraccionismo racionalista. Por otra parte, desde un punto de vista puramente pragmático, universalismo puede significar la necesidad de encontrar cauces de actuación que hagan viable la vida política; esto es lo que Rorty, que no es universalista en los sentidos anteriores, defendería.

En este lugar se tendrán en cuenta fundamentalmente las dos últimas formas, que se combinan en un universalismo entendido en un sentido racionalista y al mismo tiempo pragmático, como el intento de construcción de un universo moral en el que una noción como la de los derechos encuentre justificación. En este sentido, el universalismo ha sido representado en estos últimos años fundamentalmente por autores que mantienen lo que se ha dado en llamar un constructivismo ético<sup>21</sup> como Nagel<sup>22</sup> o Gewirth,<sup>23</sup> que siguen de cerca las tesis de Rawls. No proponen tanto la existencia de derechos universales, como la construcción de un sistema universal de derechos.<sup>24</sup> Lo que a su entender no significa que se trate de un sistema arbitrario sino perfectamente justificable por su deducción a partir de unos presupuestos conceptuales, así como la aceptación de unas bases sociales y funcionales que vienen dadas.

El intento de Rawls y su escuela se caracteriza por un individualismo que otros, entre ellos Habermas, han tratado de corregir. Este autor con su pragmática universal pretende encontrar un sistema universal que no sea ya consecuencia de una actividad individual, sino de un proceso comunicativo, de una actividad dialogal. Intenta por esa vía superar el individualismo de Rawls, pero sin anclarse en el caos relativista al que puede conducir una apelación descontrolada a la hermenéutica.

20 En este sentido, universalismo puede asociarse tanto a una visión positivista del derecho como a un iusnaturalismo.

21 Cfr. sobre este punto el excelente análisis de Serna, P., *Positivismo conceptual y fundamentación de los derechos humanos*, Pamplona, 1990, pp. 227 y ss.

22 Cfr. *The View from Nowhere*, Oxford, 1986 o *Equality and Partiality*, Oxford, 1991.

23 Cfr. *Reason and Morality*, Chicago, 1978, *The Community of Rights*, Chicago, 1996.

24 Acerca de las referencias habermasianas de estos intentos cfr. McCarthy T., *Ideales e ilusiones*, Madrid, 1992, p. 21; tr. de A. Rivao.

No obstante, es preciso hacer notar que algunos confunden este debate con otro referido a la posibilidad de establecer la existencia de derechos absolutos, lo que no es lo mismo que universales. Según ese esquema, la cuestión se reduciría a si hay algún derecho que todas las personas, hombres o mujeres, tengan siempre, en cualquier momento de la historia o de su propia biografía, y sean cuales fueren sus circunstancias personales.<sup>25</sup> Así dicho, la respuesta se hace difícil y pone sobre el tapete la necesidad de determinar cuál sea la naturaleza de los derechos antes de pasar a hablar sobre su contenido.<sup>26</sup>

### 3. *El universalismo neopragmatista*

En los últimos años la tradición pragmatista se ha visto renovada e implementada por la obra de autores como Rorty o Bernstein, cuyos escritos guardan una indudable relación con los de sus antecesores del pragmatismo clásico aunque recogen necesariamente las aportaciones de la filosofía de la última mitad del siglo.<sup>27</sup>

Aunque el pragmatismo sea habitualmente conocido, desde sus orígenes, como una escuela de pensamiento propia de América del Norte,<sup>28</sup> no por ello debe considerarse que no tiene interés en el continente por partir y desarrollarse según premisas y tradiciones diferentes. Su importancia radica principalmente en que constituye una de las versiones (y no la menos coherente) del procedimentalismo ético. Su relación, tanto con la filosofía del lenguaje como con la ética utilitarista, lo dota de una mayor proyección de la que a primera vista se puede

25 Cfr. AA. VV., *On Human Rights*, S. Shute y S. Hurley eds., New York, 1993.

26 Gewirht, "Are There Any Absolute Rights?", *Waldron Theories of Rights*, Oxford, 1984, pp. 91-109.

27 Resulta sorprendente cómo una filosofía que había ido perdiendo fuerza a lo largo del siglo, ha sobrevivido a las corrientes positivista, fenomenológica, analítica y deconstructivista. Lo que trae al pragmatismo de vuelta, según Goodman, es la percepción de una convergencia profunda en la filosofía del siglo veinte en la que coinciden los pragmatistas clásicos James, Peirce y Dewey con filósofos europeos como Heidegger y Wittgenstein, en cuyas obras emergen nuevos modos de pensar sobre problemas filosóficos en los que comparecen la 'práctica' y lo 'humano'. Cfr. Goodman, R., "Introducción", *Pragmatism. A Contemporary Reader*, New York, 1995, pp. 1 y 2.

28 Esto es así entendido de forma habitual, y Peirce, Dwey y James son considerados como los representantes, no solamente del pragmatismo, sino también, de modo genérico, del pensamiento norteamericano. Sobre esta corriente cfr. Gunn, G., *Thinking Across the American Grain. Ideology, Intellect, and the New Pragmatism*, Chicago, 1992, Bernstein, R., *Beyond Objectivism and Relativism. Science, Hermeneutics and Praxis*, Philadelphia, 1983; así como del mismo autor *The New Constellation. The Ethical-Political Horizons of Modernity-Postmodernity*, Cambridge, Massachusetts, 1991.

percibir. Además, no cabe duda que entre nosotros está comenzando a ser objeto de merecida atención.<sup>29</sup>

Por otra parte, si bien es cierto que se trata de una problemática ética y de filosofía del lenguaje, también es más que evidente la relación de ambas formas de conocimiento con la filosofía jurídica. En cuanto que filosofía del lenguaje, la relación es clara en un momento en el que el pensamiento sobre el derecho ha adoptado el lenguaje como su objeto central de estudio. Pero además, la ética, como diría Nietzsche, es el banco de pruebas de la filosofía, allí donde se descubren las más ocultas intenciones, y esto afecta a la filosofía jurídica. Hace ya tiempo que se abandonó por imposible el empeño de convertir la iusfilosofía en una ciencia neutra, en una suerte de técnica que garantizara al menos la igualdad y la seguridad. En este sentido, cualquier nueva propuesta ética ha de ser reconocida como materia propia por la filosofía jurídica.

La clave de la posmodernidad es la ironía, la pérdida de la inocencia.<sup>30</sup> Se persiguen los ideales sabiendo que no se han de alcanzar, y por eso se habla de ellos con una cierta dosis de cinismo. Todo ha sido ya intentado y nada ha funcionado por completo. Proponer una solución sin tener esto en cuenta es una ingenuidad, y la ingenuidad es el único pecado que lo posmoderno no tolera. La posmodernidad no es exactamente una interpretación de la historia sino lo que sucede a la historia misma. No se puede decir que su objeto sea la historia ni que considere al individuo como un ser histórico, y sin embargo, está claro que su aportación se refiere fundamentalmente al tiempo. Es una forma de ver la relación hombre-tiempo que pretende no contar con ella. Es cualquier cosa menos una teoría sobre la historia. En esta lógica no tiene sentido apelar a la variabilidad histórica de la conducta ética, ni siquiera a la idea de tradición. Todos esos conceptos, así como sus implicaciones temporales, dejan de tener sentido desde el momento en que la sucesión histórica no existe. Lo mismo habría que decir de la implicación espacio-temporal de la hermenéutica.

El pragmatismo es una de las perspectivas desde la que se pueden poner de manifiesto al mismo tiempo las insuficiencias del proyecto ilustra-

29 Ciertamente, ha sido más tratado en el terreno de la ética que en el de la Filosofía del derecho propiamente. Muestra de ese interés es Rubio Carracedo, J., "El ethos posmoderno", *Philosophica Malacitana*, suplemento núm. 1, con el título *El giro posmoderno*, pp. 175-194. En el campo de la lógica y por su relación con la filosofía analítica lo han tratado, entre otros, Nubiola, J., *La renovación pragmatista de la filosofía analítica*, Pamplona, 1994.

30 Cfr. Klappenbach, A., *Ética y posmodernidad*, Alcalá de Henares, 1990, p. 18.

do y la pervivencia de su propuesta. Si bien perdura el deseo de construir una sociedad en la que los hombres puedan convivir en paz unos con otros, hacerlo tomando como premisa un modelo de hombre que no es real no conduce a ningún lugar; no dejaremos de movernos en el terreno de la utopía. Estudiar el pragmatismo conduce, por lo mismo, a poner de manifiesto las contradicciones internas de la tradición cultural a la que pertenece.

En cuanto a la noción de derechos humanos que el pragmatismo comporta, ésta se justifica por su eficacia y se asienta sobre los caracteres negativos de no universalidad y ausencia de contenido objetivo. La tesis de Rorty tiene su base en una negación de la razonabilidad humana y, en consecuencia, de los comportamientos humanos. Detrás de nuestros parámetros morales de conducta no hay pautas guiadas por razonamientos, sino principios culturalmente asumidos.<sup>31</sup> Se caracteriza a sí mismo como filósofo posfilosófico, que ha dejado atrás la etapa de la filosofía. Al mismo tiempo es liberal porque establece una rígida distinción entre lo público y lo privado. La filosofía, como la poesía, pertenece al terreno de lo privado, y no puede pensarse que puedan servir para construir con ellas la esfera de lo público.

Valga como ejemplo el conocido fragmento de *La filosofía y espejo de la naturaleza*, en donde expone y hace suya la tesis Quine-Seller:

La verdad y el conocimiento sólo pueden juzgarse por los parámetros de los investigadores de nuestro propio tiempo.[...] Es sencillamente decir que nada vale como justificación excepto en referencia a lo que ya aceptamos y que no hay forma de salir fuera de las propias creencias o lenguaje para de esta forma encontrar otra prueba que no sea la coherencia.<sup>32</sup>

Probablemente la gran aportación de Rorty sea su pretensión de separar política y filosofía en beneficio de la primera. Los parámetros culturales no pueden juzgarse de forma externa, descontextualizada. No hay más criterio que la coherencia interna de los planteamientos. Ahora bien, si ni las culturas ni los criterios en ellas generados pueden ser juzgados de forma externa, las mismas tesis de Rorty resultan contradictorias, porque constituyen una toma de postura situándose en un sistema que se caracteriza por tendencias universalistas de diverso signo y que porta desde su

31 Cfr. Rorty, *Philosophy and the Mirror of Nature*.

32 *Ibidem*, p. 178.

mismo origen la pretensión de haber logrado el criterio de racionalidad. Paradójicamente, aunque él sienta la base de que las culturas no pueden ser juzgadas de modo externo sino conforme a su propia coherencia interna cae, con respecto a la cultura occidental, en el mismo vicio que critica.<sup>33</sup>

Como se ha dicho, Rorty dice ser un liberal: considera que la moral occidental es superior a la de otras culturas, pero que debemos abandonar el empeño de la modernidad de establecer esa superioridad con parámetros racionales; dicho de otro modo, hay que renunciar a buscar un fundamento para la moral occidental. Es preciso no apelar a parámetros transculturales en esa defensa. Es fácil ver la contradicción en los términos que se aloja en esta expresión, ya que si algo es mejor debe haber algún parámetro que lo determine. Si el único criterio es la coherencia interna de los sistemas, entonces en principio no debiera hablarse en términos comparativos; no tiene lugar decir que un sistema es mejor que otro, ni siquiera en razón de sus resultados prácticos. En realidad, no hace otra cosa que seguir las tesis liberales cuando hace afirmaciones como la siguiente:

Thomas Jefferson estableció el tono de la política liberal americana cuando dijo: “a mí no me causa ningún daño que mi vecino diga que hay veinte dioses o que no hay ninguno”. Su ejemplo me ayudó a hacer respetable la idea de que la política puede estar separada de las creencias en cuestiones de importancia, que las creencias compartidas por los ciudadanos en estas materias no son esenciales en una sociedad democrática.<sup>34</sup>

Pero las lleva al extremo al sostener que una tesis pragmática que se deriva de lo dicho por Jefferson es que

Cuando el individuo descubre en sí mismo creencias que son relevantes en la esfera política pero que no se pueden defender sobre la base de creencias compartidas por el resto de los ciudadanos, tiene que renunciar a su conciencia por el beneficio público.<sup>35</sup>

33 Como dice McCarthy: “El irónico resultado es que un proyecto diseñado para una franca autoaceptación de nuestra cultura a través de la curación de sus enfermedades filosóficas se ha metamorfoseado en un revisionismo deflacionista apoyado básicamente por argumentos filosóficos”. McCarthy, *Ideales e ilusiones*, p. 26.

34 Rorty, *Objectivity, Relativism and Truth*, New York, 1991, p. 175.

35 *Idem*.

Da la impresión de que confunde los términos, porque una cosa es que el acto de fe no sea cuestión de la autoridad pública, y otra bien distinta que la actuación del poder público pueda ser neutral para lo cual los valores por los que se rige la actuación pública (que no pueden no existir) tendrían que ser absolutamente relativos y sin ninguna clase de fundamento.<sup>36</sup>

De todo lo dicho se deduce que la tesis central de Rorty puede reducirse a dos cuestiones diferentes: en primer lugar, la imposibilidad de fundamentar la moral, unida a un necesario contextualismo y la improcedencia de juzgar de forma externa cualquier sistema. En segundo término, su propia propuesta acerca de la sociedad liberal, que no pretende ser una propuesta justificada sino basada en consideraciones prácticas y no de principio.

En cuanto a los derechos se refiere, no construye una teora de los mismos, ni pretende analizar si su naturaleza es moral o jurídica. Sin embargo, su interés es grande porque la suya es, al menos aparentemente, una crítica a la racionalidad universalista de la modernidad, que es precisamente la que está detrás de un intento de construcción de una política, además de una moral de derechos. En consecuencia, no interesa tanto por sus tesis acerca de los derechos humanos cuanto porque la lógica de su teoría no admite un lenguaje universal acerca de los derechos, al menos no un lenguaje racional, aunque sí uno sentimental fundado en la solidaridad. Lo que dice el neopragmatismo de Rorty en este punto es que no tiene ninguna utilidad práctica plantearse el fundamento de los llamados derechos humanos. A lo único que conduce es a consumir tiempo y energías. No tiene sentido plantearse si en realidad existe algo objetivo que debería inculcarse, fomentarse,... sea cual sea el momento cultural o histórico del que se parta.

La aportación de Rabossi de que el fundacionalismo en los derechos humanos está pasado de moda, me parece verdadera e importante, y será el tema principal que toque en esta conferencia. Yo incrementaré y defenderé esa afirmación de Rabossi de que la cuestión de si los seres humanos tienen realmente los derechos enumerados en la Declaración de Helsinki no merece la pena ser tratada. En particular, defenderé que nada relevante para la

36 No pienso que se pueda mantener en este punto la relación directa de la que habla Rorty en *ibidem*, p. 177 y la obra de Rawls. Cfr. Mulhall S., S., y Swift, A., *Liberal and Communitarians*, Oxford, 1992, pp. 232 y ss.

elección moral separa a los seres humanos de los animales excepto factores históricamente contingentes del mundo, factores culturales.<sup>37</sup>

La idea es proclamar un pragmatismo absoluto sobre la base de que no hay razones para hacer lo que hacemos. La pregunta tiene que dejar de ser ¿qué es el hombre?, con su pretensión de racionalidad, para transformarse en la esteticista ¿qué mundo queremos legar a nuestros nietos?<sup>38</sup> En realidad, confiesa, el único verdadero argumento para erradicar el fundacionalismo es que nos quita demasiado tiempo sin conducir a nada, por lo que podría decirse que es un criterio de eficiencia. La preocupación por los otros, que Rorty considera como algo positivo, no debe tratar de operar por una vía racional, ni debe buscar una “comunidad global” a través de la universalización de los presuntos “derechos humanos”. En realidad, la única solución para aunar sentimientos y hacer posible la convivencia tendría mucho más que ver con la educación que con la imposición.

Las críticas a Rorty no se han hecho esperar desde puntos de vista muy diferentes. Muchos ponen en duda que su argumentación sea coherente con las tesis liberales, siendo así que ése es uno de los puntos en los que él pone un mayor empeño. Desde las mismas filas del neopragmatismo, Bernstein le ha hecho objeto de comentarios no precisamente positivos.<sup>39</sup> A pesar de todo ello, indudablemente tiene el mérito de haber abierto un debate y de haber puesto sobre el tapete los puntos centrales de la discusión, aunque no puede decirse que sus conclusiones lo hayan cerrado en absoluto.

#### 4. *La crítica comunitarista*

Como es sabido, el comunitarismo no es propiamente una corriente de pensamiento, sino que se aplica a autores muy diferentes cuyo nexo de unión viene constituido por un factor negativo como es la crítica del liberalismo, y en el que el factor positivo es tan difuso como la noción de “comunidad”.<sup>40</sup> Eso explica que en ocasiones se acoja bajo el mismo tér-

37 Rorty, R., “Human Rights. Rationality and Sentimentality”, en S. Shute y S. Hurley (eds.), *On Human Rights*, New York, 1993, pp. 111-134.

38 *Ibidem*, p. 122.

39 *Cfr.* Bernstein, R., “One Step Forward, Two Steps Backward”, recogido en *The New Constitution*, Cambridge, Mass., 1992, pp. 230-257.

40 Sobre la caracterización de este grupo puede resultar de interés el artículo de R. Rorty, “Priority of Democracy to Philosophy”, incluido en el volumen *Objectivity...*, pp. 175-196.

mino a autores que ya han encontrado alojamiento bajo otros rótulos intelectuales, como es el caso de R. Mangabeira Unger o A. MacIntyre.

Se trata de un movimiento de corte fundamentalmente anglosajón, nacido en Estados Unidos y Canadá, a cuyas universidades pertenecen sus más importantes representantes. En cuanto a quienes son, de lo ya dicho se desprende que es ésta una cuestión complicada de responder. Aunque en general hay un grupo de estudiosos que son catalogados como tales, no todos ellos se reconocen a sí mismos dentro del grupo, sino que los hay que se niegan a ser etiquetados, como es por ejemplo el caso de MacIntyre. Hay un cierto acuerdo en incluir entre ellos a Charles Taylor, Michael Sandel, Michael Walzer y Robert Bellah.<sup>41</sup> Indudablemente, parte de la relevancia de las críticas comunitaristas radica en que han sido escuchadas y contestadas; autores como Rawls, Dworkin o Habermas en Europa, han hecho eco de su contenido en sus últimas obras, lo cual, por otra parte, no es más que una muestra de lo atinado de sus críticas.

Charles Taylor quizá sea el único de ellos que se autodenomina comunitarista, e incluye dentro del movimiento a otros. Según sus mismas palabras:

En realidad, el término “comunitarismo” es aplicable a pensadores muy diferentes como Sandel, MacIntyre o yo mismo. Considero el comunitarismo como un tipo de liberalismo entre otros. Se inserta en la tradición del pensamiento de Tocqueville, que fue un pensador liberal. Lo que nos aún a es la crítica del liberalismo estandar. Este factor hace que se considere el comunitarismo como un bloque, aunque nuestra ética se hace desde posiciones muy diferentes, desde la izquierda y desde la derecha.<sup>42</sup>

Esto reafirma que la crítica al liberalismo es la nota que unifica a una serie de autores que, por lo demás, tienen bien poco en común. Partiendo de la misma frase de Taylor antes citada, se puede decir que ese algo común es una forma de liberalismo político. Tocqueville no era un liberal en el sentido pleno de la expresión, sino un representante del liberalismo político, un demócrata que abogaba por la igualdad. Dicho de otro modo,

41 Puede hablarse de una segunda generación, constituida por el grupo de autores, encabezado por A. Etzioni, que tratan de construir el nuevo discurso de la izquierda y cuyos intereses son fundamentalmente políticos, antes que intelectuales. Indudablemente, presentan un menor interés para quienquiera entender los presupuestos filosóficos del comunitarismo. Cfr. Etzioni, A., *Rights and the Common Goods: the Communitarian Perspective*, New York, 1995.

42 Cfr. Taylor, “Cross Purposes: the Liberal-Communitarian Debate”, en *Liberalism and the Moral Life*, N.L. Rosenblum ed., Cambridge, Mass., London, 1989, p. 159.

el nexa central del comunitarismo, si existe, es político y social, y es un intento de recuperar la noción de comunidad como central para entender al individuo.

Su importancia es grande en ámbitos muy diferentes. Así, por ejemplo, en lo que hace a la educación, frente a la pretensión liberal de educar al individuo de una forma neutra, como independiente de cualquier contexto, el comunitarismo propugna la necesidad de remarcar el aspecto social preparando al individuo para ser un buen ciudadano a través, entre otras cosas, del fomento de determinadas virtudes cívicas. Aunque la noción de comunidad es externa a la filosofía jurídica (pertenecer a ámbitos afines como son la filosofía social o política) su incidencia en lo que respecta al fenómeno jurídico puede ser decisiva en múltiples aspectos. Sin embargo, el contenido de que se dote a tal noción determina más divergencias que semejanzas en el pensamiento de los autores que la sustentan, pudiendo ir desde tesis que apoyan un multiculturalismo atomizador basado en el respeto a la autodeterminación de las comunidades que se alojen en un mismo ámbito estatal, hasta otras que sostienen que el hecho social debe traducirse en un incremento de la fuerza de la dimensión pública sobre la privada.

La primera versión sería la que promueve la toma de conciencia de las diferencias existentes en el seno de una comunidad que, a su vez, puede mantenerse dentro de los límites del monopolio estatal característico del liberalismo, o bien puede dirigirse a mermar dicho monopolio a través de la atomización de las fuerzas sociales. Las opciones van desde el pluralismo liberal de Walzer, que propone apelar a diversas esferas dentro de las cuales se perseguirán distintas nociones de bien, hasta la promoción de diversas formas de nacionalismo o de unidades sociales de nivel inferior al estatal. Podría decirse que esta postura se mueve en el ámbito de las estructuras políticas.<sup>43</sup>

El segundo grupo de tesis lleva al terreno moral y (paradójicamente, por ser denominado con terminología política) constituye las diversas formas de republicanismo dentro del cual también hay divergencias. Algunos proponen una tesis fuerte a través de la vuelta a los valores que inspiraron los derechos en sus formulaciones iniciales como, por ejemplo, la Constitución americana.<sup>44</sup> Otras formas constituyen más bien una alterna-

43 Cfr. Walzer, *The Spheres of Justice*, New York, 1993.

44 En este punto destacan las aportaciones de algunos de los seguidores de L. Strauss como T. Pangel.

tiva a la posición dominante a través de la propuesta de un perfeccionismo por oposición a la neutralidad del poder público.<sup>45</sup> Se distinguen, en consecuencia, de un comunitarismo atomizador en que, donde uno pone el acento en la disminución del poder centralizado, otro propone una mayor incidencia de lo social por oposición a lo individual. Esto no significa necesariamente un incremento del poder estatal; en concreto, tiene mucho que ver con la recuperación de nociones, como la de sociedad civil y la protección de instituciones y mecanismos previos a los estatales.<sup>46</sup>

El hecho comunitario cambia de significado con la emergencia de la modernidad. En este momento en el que el fenómeno asociativo irrumpe con fuerza según modelos contractuales más o menos voluntarios, en cuya génesis hay una forma individualista de entender las relaciones sociales, incompatible con formas de corte comunitario que quedan aparentemente obsoletas.<sup>47</sup> La comunidad se convierte así en un hecho residual, al menos en las sociedades avanzadas. Hablar de comunidad o de la necesidad de su pervivencia, podría ser interpretado como la consecuencia de un afán colectivista, o como un sentimiento nostálgico absolutamente trasnochado y sobre todo ineficaz, y en ese sentido peligroso. Pero los comunitaristas ponen el dedo en la llaga al decir que el debilitamiento de la ideología liberal iría en primer lugar por la vía de una crisis de la ideología del progreso, como ponen de manifiesto movimientos actuales como los distintos ecologismos. Pero en segundo lugar, y esto es más importante, guarda relación con la crisis de la razón pura y el individuo abstracto.

En clave de derechos Waldron pone sobre el tapete una de las cuestiones que más perplejidad suscitan en este debate, que es el papel del consenso social en la determinación de los derechos por oposición a la consideración individualista de los mismos.<sup>48</sup> El ejemplo en que se apoya es el de una sociedad en la que se plantee una cuestión moral difícil, sin que se pueda decir con claridad de que exista un daño a terceras personas, como puede ser el de la legitimidad de las relaciones homosexuales. Según él, la postura comunitarista apelaría a la concepción moral que sostenga dicho grupo social. Los liberales, por el contrario, consideran que la

45 Una de las más inteligentes es la de J. Raz.

46 Uno de los trabajos más claros acerca de esas distinciones es el de Gardbaum, S.A., "Law, Politics and the Claims of Community", *Michigan Law Review*, núm. 90, 1992, pp. 685-760.

47 Sobre este tema *cfr.* las tesis de Hayek, siguiendo en este punto a Popper y su noción de "sociedad abierta", en las que distingue entre modos de organización arcaicos y actuales.

48 Waldron, J., *Liberal Rights. Collected Papers 1981-1991*, Cambridge, 1993, pp. 168 y ss.

voluntad de la mayoría no puede vulnerar el derecho soberano de libre elección individual. El concepto liberal de derechos se entiende en clave de intereses individuales, con el consiguiente necesario choque de intereses. La clave de la determinación de lo que deba ser prohibido o permitido no puede ser el principio de daño entendido exclusivamente como el no perjudicar los intereses de otro individuo. Evidentemente, la apelación a una comunidad (a una forma u otra de bien común) puede implicar posturas que van de un mayor o menor relativismo hasta alguna forma de objetivismo. Ahora bien, lo que de un modo u otro plantea el comunitarismo, en primer lugar es la imposibilidad de construir un sistema de derechos sobre la base de un individualismo descontextualizado. Los problemas que genera hablar de derechos serían en buena medida obviados si esa categoría se sustituyera por la de bienes.<sup>49</sup>

### III. RECUPERACIÓN DE LA IDEA DE TOLERANCIA.

#### ¿UNA UNIVERSALIDAD POSIBLE?

La cuestión estriba en si es posible mantener una forma de universalismo ético sin apelar por ello a un universalismo de derechos.<sup>50</sup> O, al menos, si es posible conservar una forma de universalidad a pesar de haber rechazado un planteamiento racionalista y estatista de los derechos. Ciertamente, los llamados derechos humanos son contingentes y, por otra parte, no hay garantía de que el texto que los recoja sea el que mejor se adecue a su contenido. Eso es una cosa, y otra muy distinta es que no se correspondan con nada real o, dicho de otro modo, que no haya ninguna realidad que nos permita hablar de lo humano como de aquello que “hay” que respetar y de lo que se deducen obligaciones no sólo morales sino también jurídicas.

El problema es visto con mucha claridad por Ronald Beiner, quien lo resume del siguiente modo:

En el fondo de esta cuestión está lo que podríamos llamar la opción “universalismo/particularismo”. Optar totalmente por un universalismo implica alienación, falta de raíces. Optar totalmente por un particularismo implica parroquialismo, exclusivismo y una gran estrechez de horizontes. Sin em-

49 Cfr. Beiner, *What's the Matter with Liberalism*, Berkeley, 1992.

50 Precisamente lo opuesto a la tesis liberal de Rawls que promueve un universalismo de derechos junto a un relativismo en cuanto a la noción de bien.

bargo, no está claro que sea viable filosófica o prácticamente una síntesis entre la raigambre particularista y la amplitud universalista. En la práctica, y quizá también en la teoría parece que siempre estamos oscilando entre uno y otro extremo. Esa síntesis, que trata de evadir un cosmopolitanismo liberal y un particularismo no liberal, hasta donde sea posible conseguirla, es lo que yo llamo “ciudadanía”.<sup>51</sup>

Hablar hoy en día de alguna forma de universalidad en los derechos desde un objetivismo ético exigiría, bien volver a las raíces históricas de la Ilustración, o bien proponer otra solución al margen del proyecto ilustrado. Es preciso plantear la cuestión en los distintos ámbitos a los que afecta que son, no sólo el moral, sino también el político y el jurídico. El problema con el que se enfrenta el poder político, así entendido, y el liberalismo, en definitiva, es la determinación de los límites de lo tolerable. Aquí aparece el derecho en su faceta no dispositiva sino protectora, es decir, la más específicamente atribuida a la autoridad por no poder quedar a merced de la voluntad de los individuos, como sí queda, al menos hasta los límites trazados por las necesidades del tráfico jurídico, la vertiente contractual del derecho. Desde este punto de vista, la recuperación del concepto de tolerancia tiene un interés especial, porque implica simultáneamente una recuperación de la razón práctica y la posibilidad de hablar de libertad en la esfera política. Evidentemente, el gobernante no hace al hombre libre, y concederle una esfera de movimiento autónomo tampoco es precisamente libertad. El gobernante sólo puede actuar o conceder, pero no hacer al hombre de una determinada manera.

La modernidad se apoya como en su quicio en la noción de autonomía, fundamentalmente en sus facetas de principio de conocimiento y criterio de especificación de las ciencias y, en este sentido, clave del progreso de las mismas. Pero es también principio de moral desde el momento en que lo que determina la moralidad de un comportamiento es un principio interno y no la sujeción a ninguna instancia externa, sea esta del tipo que sea. Y precisamente la autonomía es la que se ve puesta en tela de juicio por el empeño contextualizador, como se verá a continuación.

La traducción política liberal del principio de autonomía ha sido también el principio de neutralidad. La neutralidad es un espejismo, un imposible, y, en términos lógicos, constituye una contradicción. El poder público, el orden social, las pautas de comportamiento en una sociedad, no

51 Beiner, R., “Introducción”, *Theorizing Citizenship*, Albany, 1995, p. 12.

pueden ser neutrales como ha venido comprobándose en los últimos años. No sólo porque necesariamente a través de su política un gobierno incentivará determinado tipo de conductas sobre otras, sino porque la misma pretensión de neutralidad constituye una opción que excluye la neutralidad misma. Una ética de mínimos ya es una propuesta válida, sean esos mínimos tendentes a facilitar un libre mercado o una moral progresista.

El pluralismo en sí mismo no se compadece con la neutralidad, puesto que no es, como ésta, un principio formal sino sustantivo, y pueden incluso llegar a ser incompatibles. El elemento común probablemente está en que no se imponga a todos una noción de bien, pero pluralismo parece sugerir una consideración sociológica por oposición a meramente racional y, en consecuencia, real. Ahora bien, el pluralismo sería susceptible de ser sometido a crítica, ya que en sí mismo no contiene los límites de lo tolerable. Ni siquiera contiene, como los sistemas consecuencialistas, un principio de determinación de lo éticamente correcto. De una base pluralista no pueden extraerse criterios de justicia porque pertenecen a dos órdenes de conocimiento diferentes.

El universalismo abstracto del que habla la tradición kantiana no tiene por qué ser el único existente.<sup>52</sup> Ahora bien, cualquier propuesta que se haga en este momento no puede prescindir de los cambios que, tanto el pensamiento político y jurídico como la realidad social misma, han sufrido en los últimos tiempos.

En primer lugar, el individualismo liberal ha muerto. No es posible entender los derechos en esa clave puesto que las pautas de comportamiento moral no son consecuencia de una elección individual sino que son, al menos hasta cierto punto y desde una perspectiva aristotélica, determinaciones sociales.<sup>53</sup> Eso no significa que sean constructos sociales, sino más bien descubrimientos que el individuo no puede realizar en solitario. No por ello es preciso compartir la tesis progresista de Habermas porque el simple hecho de suceder en el tiempo no puede ser garantía de probidad de una tesis, aunque puede admitirse una cierta idea de progreso

52 En realidad, todos los planteamientos filosóficos (salvo los escepticismos extremos) nacen con una pretensión de verdad. Pero eso no significa pretensión de universalidad. Para que un determinado planteamiento se considere universal se ha de partir de una igual consideración de las personas en un aspecto del conocimiento que afecte a todas ellas. Es decir, deben considerarse como iguales al menos en ese aspecto.

53 En este punto es muy importante la aportación de Raz fundamentalmente en *The Morality of Freedom*, Oxford, 1986.

si se entiende la moral en clave de descubrimiento personal en un entorno de tradición cultural.

La onda literaria de la posmodernidad ha tenido el mérito de poner de manifiesto lo problemático de un lenguaje descontextualizado acerca del individuo; trasladado al derecho, esto significa que no tiene sentido la pretensión de elaboración de un código perfecto desconociendo la realidad a la que ha de ser aplicado. En pura teoría jurídica afecta directamente a la interpretación de las normas, sean o no escritas. Pero en lo que hace a los derechos humanos si se acepta ese término se ha de aceptar también que esos derechos existen independientemente de un texto y, en consecuencia, la crítica al racionalismo no puede ir por la vía de la interpretación de ese texto, adopte éste la forma que adopte. Es evidente que quien hoy desee hacer revivir el debate iusnaturalismo-positivismo habrá de hacerlo a través de la dicotomía objetivismo-relativismo.

La moral tiene mucho que ver con la práctica social, lo que, como se vio es muy distinto de decir que sea un constructo social o que varíe del mismo modo que lo hacen los usos sociales. De hecho, como bien puso de manifiesto Mill, pueden estar vigentes en una sociedad normas morales que no se correspondan con usos sociales y que, en consecuencia, sean vulneradas sistemáticamente. Ya se ha dicho que las pautas morales no pueden ser elecciones individuales; la moral es una cuestión de práctica real y de cristalización en el tiempo. No puede ser tampoco el resultado de una moda que fácilmente puede sufrir las influencias de agentes externos. La ciencia es incapaz de establecer reglas fijas aunque el carácter finalizado del hombre sí es capaz de percibir los límites de lo tolerable. Hay que aplaudir la idea de hacer frente a la neutralidad a través de una propuesta perfeccionista en un doble sentido: no sólo que la autoridad no puede limitarse a una actividad de control negativo, sino también que la moral misma implica una búsqueda continua. Como diría MacIntyre, vida buena es aquella dedicada a la búsqueda de la vida buena.<sup>54</sup>

En otro orden de cosas, pese a la tradición de los dos últimos siglos, los derechos no necesariamente han de entenderse en clave de derechos subjetivos, es decir, no lo son porque existan vías para su reconocimiento, sino que éstas responden a exigencias previas de carácter jurídico. Cuestión distinta es la de su posibilidad. Sólo hay derecho cuando hay una obligación correlativa (aunque en ocasiones pueda ser difícil identificar al

54 MacIntyre, A., *After Virtue*, London, 1985, p. 204.

titular de esta última), y esto sólo puede darse cuando existe objeto de esa obligación. Otorgar categoría de derecho a imposibilidades sólo contribuye a devaluar el concepto de derecho mismo. La mayor o menor capacidad de protección de los ciudadanos por parte del gobernante se manifiesta en los compromisos que asume frente a los gobernados, y sobre todo, a la credibilidad de aquéllos. De otro modo, se tratará de un desideratum, de mayor o menor perfección en su redacción, pero no cabe duda que es peligroso que el gobernante se comprometa a lo que en realidad no puede hacer.

Para abordar la cuestión de cuál es el método de determinación del contenido de los derechos resulta indispensable ver el nivel de conocimiento científico en el que la noción de derechos humanos debe ser desarrollada. Y lo primero a analizar es si nos hallamos ante una categoría moral o jurídica. A oídos continentales esto suena muy extraño, pero no en la teoría jurídica anglosajona, que sí admite habitualmente la distinción entre derechos legales y morales. En cambio, desde una perspectiva continental, si todos los derechos son jurídicos y no necesariamente deben estar amparados en una norma legal, habría que admitir que hay derechos que son previos a la legislación, y, a continuación, discutir si esto implica una forma de objetivismo en cuanto a los derechos o si, por el contrario, sería compatible con formas de relativismo en el sentido de que los derechos se configuran como tales en el seno de tradiciones culturales que, por tanto, varían necesariamente de unos lugares a otros.

La tesis que aquí se sustenta es que si no es posible determinar lo que sea justo para todos los hombres de todos los tiempos sí lo es, en cambio, la determinación de cuál sea la conducta justa aquí y ahora. Ciertamente, el lenguaje jurídico (lo mismo que el lenguaje moral, pero de una forma aún más limitada) no ofrece una sola respuesta para los problemas con que la razón práctica se enfrenta. Pensar de otro modo nos conduciría, dentro del paradigma liberal, a planteamientos hermenéuticos como los de Dworkin.<sup>55</sup> En cambio, sí es posible delimitar lo que no pueda ser considerado derecho. Podríamos decir, en consecuencia que, no es posible determinar a priori el contenido de los derechos y sí, en cambio, lo que sea justo en el caso concreto aunque la misma naturaleza no sólo práctica

55 Crítica en Finnis, J., "Natural Law and Legal Reasoning", *Natural Law Theory*, R. George ed., Oxford, 1992, pp. 135-157.

sino instrumental del derecho permite que ordinariamente las soluciones sean más de una.

#### IV. BIBLIOGRAFÍA

- “Are There Any Absolute Rights?”, en Waldron *Theories of Rights*, Oxford, 1984, pp. 91-109.
- “Cross Purposes: the Liberal-Communitarian Debate” en N. L. Rosenblum (ed.), *Liberalism and the Moral Life*, Cambridge, Harvard University Press, Cambridge, London, 1989, pp. 159-182.
- “Human Rights. Rationality and Sentimentality”, en S. Shute y S. Hurley (eds.), *On Human Rights*, New York, 1993, pp. 111-134.
- “Los tres iusnaturalismos”, *Ars Iuris*, núm. 12, 1994, pp. 87-106.
- Beyond Objectivism and Relativism. Science, Hermeneutics and Praxis*, Philadelphia, University of Pennsylvania Press, 1983.
- Equality and Partiality*, Oxford, Oxford University Press, 1991.
- Objectivity, Relativism and Truth*, New York, Cambridge University Press, 1991.
- S. Shute y S. Hurley (eds.), *On Human Rights*, New York, 1993.
- The Community of Rights*, Chicago, The University of Chicago Press, 1996.
- The Morality of Freedom*, Oxford, Oxford University Press, 1986.
- What's the Matter with Liberalism?*, University of Berkeley, California Press, 1992.
- AA. VV., *Orígenes de la Declaración de derechos del hombre y del ciudadano*, J. G. Amuchastegui ed., Madrid, Editora Nacional, 1984.
- ARECHEDERRA, L., “Revolución, tecnocracia y demagogia”, *Persona y Derecho*, núm. 26, 1992, pp. 29-50.
- ARREGUI, J. V. y RODRÍGUEZ LLUESMA, C., *Inventar la sexualidad*, Rialp, Madrid, 1995.
- BAYEFSKY, A., “Cultural Sovereignty, Relativism and International Human Rights: New Excuses for Old Strategies”, *Ratio Iuris*, vol. 9. núm. 1, March, 1996.
- BEINER, R., “Introducción”, *Theorizing Citizenship*, Albany, State University of New York Press, 1995.
- BERNSTEIN, R., “One Step Forward, Two Steps Backward”, recogido en *The New Constellation*, Cambridge, The MIT Press, 1992, pp. 230-257.

- CARPINTERO, *Derecho y ontología jurídica*, Madrid, Actas, 1993.
- CONSTANT, B., “De la libertad de los antiguos comparada con la libertad de los modernos”, *Cuadernos del Pensamiento Liberal*, núm. 7, junio de 1987, pp. 67-78.
- ETZIONI, A., *Rights and the Common Goods: the Communitarian Perspective*, New York, 1995.
- FARRARA, A., “Universalism: procedural, contextualist and prudential”, en *Communitarianism vs. Universalism*, Rasmussen (ed.), The MIT Press, Cambridge-London, 1990, pp. 11-37.
- FINNIS, J., “Natural Law and Legal Reasoning”, R. George (ed.), *Natural Law Theory*, Oxford, Oxford University Press, 1992, pp. 135-157.
- GARDBAUM, S. A., “Law, Politics and the Claims of Community”, *Michigan Law Review*, núm. 90, 1992, pp. 685-760.
- GENTZ, F., “Comparación entre la Revolución norteamericana y la Revolución francesa”, *Cuadernos del Pensamiento Liberal*, núm. 2, marzo de 1986, pp. 55-82.
- GEWIRTH, A., *Reason and Morality*, Chicago, The University of Chicago Press, 1978.
- GIL CREMADES, J. J., “¿Qué es el derecho natural clásico?”, *Temis*, núms. 23-24, 1968, pp. 51-72.
- GOODMAN, “Introducción”, *Pragmatism. A Contemporary Reader*, New York, Routledge, 1995, pp. 1-19.
- GUNN, G., *Thinking Across the American Grain. Ideology, Intellect, and the New Pragmatism*, Chicago, University of Chicago Press, 1992.
- HABERMAS, J., “Human Rights and Popular Sovereignty: The Liberal and Republican Versions”, *Ratio Juris*, vol. 7, núm. 1, marzo, 1994, pp. 1-13.
- HAYEK, F. A., *Los fundamentos de la libertad*, tr. de J. V. Torrente, Valencia, 1961.
- KRIELE, M., *Liberación e ilustración*, tr. C. Gancho, Barcelona, Herder, 1982.
- LOCKE, J., *Two Treatises of Government*, Cambridge University Press, Cambridge, 1988.
- MACINTYRE, A., *After Virtue Duckworth*, London, 1990.
- MCCARTHY, T., *Ideales e ilusiones*, tr. A. Rivao, Madrid, Tecnos, 1992.
- MULHALL, S. y SWIFT, A., *Liberal and Communitarians*, Oxford, Blackwell, 1992.

- NAGEL, T., *The View from Nowhere*, Oxford, Oxford University Press, 1986.
- NEGRO PAVÓN, D., *Liberalismo y socialismo. La encrucijada intelectual de Stuart Mill*, Madrid, Centro de Estudios Políticos, 1975.
- NUBIOLA, J., *La renovación pragmatista de la filosofía analítica*, Pamplona, Eunsa, 1994.
- OLLERO, A., *Positivismo conceptual y derechos humanos*, Madrid, Centro de estudios constitucionales, 1986.
- PECES BARBA, G., “Los derechos del hombre en 1789. Reflexiones en el segundo centenario de la Declaración Francesa”, *Anuario de Filosofía del Derecho*, VI, 1989, pp. 57-128.
- RAZ, J., “Rights and Politics”, *Indiana Law Journal*, núm. 71, 1995, pp. 27-44.
- RORTY, R., *Philosophy and the Mirror of Nature*, Princeton, Princeton University Press, New Jersey, 1979.
- RUBIO CARRACEDO, J., “El ethos posmoderno”, *Philosophica Malacitana*, suplemento núm. 1, pp. 175-194.
- SERNA, P., *Positivismo conceptual y fundamentación de los derechos humanos*, Pamplona, Eunsa, 1990.
- TAYLOR, Ch., “Los fundamentos filosóficos de los derechos humanos. Complemento a la relación del profesor Mathieu”, AA. VV., *Los fundamentos de los derechos humanos*, Barcelona, G. Baravalle, Serbal, 1985, pp. 52-61.
- TOCQUEVILLE, A. de, *De la Démocratie en Amérique*, París, Gallimard, 1961.
- WALDRON, J., *Liberal Rights. Collected Papers 1981-1991*, New York, Cambridge University Press, 1993.
- WALZER, M., *The Spheres of Justice*, New York, Basic Books, 1983.