

La Universalidad Racional de los Derechos¹

The Rational Universality of Rights

Cristina HERMIDA DEL LLANO

Universidad Rey Juan Carlos

Recibido: 15/04/2013

Aprobado: 02/05/2013

Resumen:

Los derechos humanos representan un mínimo ético universal que permite calificarlos como derechos morales. Sus rasgos son la racionalidad y la abstracción, congruentes con la titularidad que ostentan todos los seres humanos. Los derechos fundamentales encierran siempre valores o bienes que se han considerado lo suficientemente relevantes como para ser dignos de protección por un determinado sistema normativo y representan en nuestros días el corazón de las identidades constitucionales. Por ello están garantizados judicialmente. Una gran amenaza para la universalidad de los derechos es el relativismo cultural y el nacionalismo pues olvidan la idea de la unidad de la condición humana y de una universalidad humanista sobre los fines morales del hombre.

¹ Este artículo ha sido realizado en el marco del proyecto de investigación “Principio de no discriminación y nuevos derechos” (DER2011-26903). La primera versión de este texto ha sido publicada en el libro colectivo *Prawo w służbie państwu i społeczeństwu. Prace dedykowane Profesorowi Kazimierzowi Działosze z okazji osiemdziesiątych urodzin*, ed. Luxembourg Foundation of Human Rights (Katowice) & Institute of Constitutional Law at the University of Wrocław. Wydawnictwo Uniwersytetu Wrocławskiego Sp. z o. o., Polonia, 2012, pp. 320-334.

Palabras Clave: Derechos humanos, universalidad, racionalidad, ética, derechos fundamentales, identidad constitucional, generaciones de derechos, internacionalización de los derechos, multiculturalismo comunitarista, moralismo legal, relativismo cultural, moral crítica, moral positiva.

Abstract:

Human rights represent a minimal set of universal ethics that permit them to qualify as moral rights. They are characterized by reason and abstraction, consistent with the fact that all of mankind is endowed with them. Fundamental rights, on the other hand, encompass values or aims that are considered to be of sufficient importance to be accorded protection by the rule of law—these represent the core of our constitutional identities in the modern age. For this reason, these rights are protected by the judicial system. Nonetheless, the universality of rights is under threat by cultural relativism and nationalism, as these undermine the idea that there is unity in the human condition and a humanistic universality of man's moral purposes.

Keywords: Human rights, universality, rationality, ethics, fundamental rights, constitutional identity, generations of rights, internationalization of rights, multiculturalism, legal moralism, cultural relativism, critical morality, positive morality.

Asistimos a una “inflación retórica de la expresión «derechos humanos»”, al ser utilizada ésta en la mayoría de los debates políticos y morales en la actualidad². En buena parte ello se debe a que constituye uno de los temas más importantes en el ámbito de las ciencias sociales y humanas, que termina siempre reenviando a los grandes interrogantes del ser humano, que justifican incluso la propia existencia de la filosofía del derecho³. La discusión teórica en torno a los derechos humanos ha venido usualmente centrada en la cuestión de su fundamentación⁴, aunque también hay quien, como Bobbio, no ha dejado de insistir en que más que discutir eternamente sobre la fundamentación lo que verdaderamente debería preocuparnos es la cuestión práctica de su efectiva o verdadera protección.

² Como ha llamado la atención Francisco J. Laporta, es el recurso a palabras (como Derechos Humanos) con una fuerte dimensión emocional, la que provoca “dejar en la penumbra, cuando no en la más oscura de las sombras, el significado más estricto que tales términos pudieran tener y su posible utilidad como instrumentos rigurosos de descripción de los idearios políticos”. Vid. Francisco J. Laporta: “Sobre el uso del término “libertad” en el lenguaje político”, *Sistema*, nº52, Instituto de Técnicas Sociales, Madrid, enero de 1983, p.23.

³ Cfr. Andrés Ollero Tassara: *¿Tiene razón el derecho?*, Publicaciones del Congreso de los Diputados, Madrid, 1996, p. 385.

⁴ Encontramos diversas teorías sobre el modo de fundamentar los derechos: La fundamentación de tipo moral vendría a calificarlos de “derechos morales” de los individuos. De este modo Dworkin ha sostenido que “junto a los derechos legales existen los derechos morales de los individuos” Vid. Albert Calsamiglia: “Ensayo sobre Dworkin”, introducción a R. Dworkin, *Los Derechos en serio*, trad. de Guastavino, Barcelona, Ariel, 1985, p. 17. Junto a ella, se sitúan otras fundamentaciones: la fundamentación que relaciona los Derechos humanos con el iusnaturalismo (Finnis); críticas utilitaristas y realistas que niegan autoridad a esta categoría (Bentham y el realismo escandinavo); y, por supuesto, fundamentaciones jurídico-positivas que entienden exclusivamente a los Derechos humanos bajo la categoría de derechos subjetivos o, más actualmente, bajo una categoría restringida de derechos fundamentales.

La Declaración Universal de los Derechos Humanos, aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 10 de diciembre de 1948⁵, puso de relieve no solo la importancia de la cuestión de la fundamentación, concretamente, en el contenido de su Preámbulo⁶, sino que por primera vez encontramos ante una norma internacional que resalta la igual dignidad de cada persona humana y su igualdad de derechos para desarrollar libremente su personalidad, “prohibiendo así las relaciones de dominación interpersonales, características del modelo social extendido por todo el planeta”⁷. Los poderes públicos tienen la obligación de ir creando las condiciones de igualdad para garantizar una digna calidad de vida a toda la población. Si el mínimo vital no está cubierto, resulta ridículo pensar en los derechos de ciudadanía⁸. En este texto internacional se entrecruzan diferentes perspectivas que emergen cuando uno se adentra en el terreno de la universalidad de los derechos humanos y que producen cierta perplejidad.

Como acertadamente explica Peces-Barba, existen tres aspectos distintos de la universalidad que conviene clarificar: el lógico, el temporal o el espacial⁹. El análisis de este último aspecto pone de manifiesto que, desgraciadamente, los derechos humanos no están vigentes ni son efectivos en todas las sociedades actuales. Ahora bien, siempre cabe

⁵ Aurelio de Prada: “Un doble y único aniversario: el nuestro. A propósito de la Declaración Universal de Derechos Humanos y Mayo del 68”, *Persona y Derecho* nº 59 Pamplona 2008, p. 357-376, publicado también en Robles, G. y Medina, D.: *Ensayos sobre el derecho y la justicia. Libro Homenaje a Ana Cebeira Moro*. Editorial SFD, Córdoba 2009. p. 223-246.

⁶ “Considerando que la libertad, la justicia y la paz en el mundo tienen por base el reconocimiento de la dignidad intrínseca y de los derechos iguales e inalienables de todos los miembros de la familia humana;

Considerando que el desconocimiento y el menosprecio de los derechos humanos han originado actos de barbarie ultrajantes para la conciencia de la humanidad, y que se ha proclamado, como la aspiración más elevada del hombre, el advenimiento de un mundo en que los seres humanos, liberados del temor y de la miseria, disfruten de la libertad de palabra y de la libertad de creencias;

Considerando esencial que los derechos humanos sean protegidos por un régimen de Derecho, a fin de que el hombre no se vea compelido al supremo recurso de la rebelión contra la tiranía y la opresión;

Considerando también esencial promover el desarrollo de relaciones amistosas entre las naciones;

Considerando que los pueblos de las Naciones Unidas han reafirmado en la Carta su fe en los derechos fundamentales del hombre, en la dignidad y el valor de la persona humana y en la igualdad de derechos de hombres y mujeres, y se han declarado resueltos a promover el progreso social y a elevar el nivel de vida dentro de un concepto más amplio de la libertad;

Considerando que los Estados Miembros se han comprometido a asegurar, en cooperación con la Organización de las Naciones Unidas, el respeto universal y efectivo a los derechos y libertades fundamentales del hombre, y

Considerando que una concepción común de estos derechos y libertades es de la mayor importancia para el pleno cumplimiento de dicho compromiso;

LA ASAMBLEA GENERAL proclama la presente DECLARACIÓN UNIVERSAL DE DERECHOS HUMANOS como ideal común por el que todos los pueblos y naciones deben esforzarse, a fin de que tanto los individuos como las instituciones, inspirándose constantemente en ella, promuevan, mediante la enseñanza y la educación, el respeto a estos derechos y libertades, y aseguren, por medidas progresivas de carácter nacional e internacional, su reconocimiento y aplicación universales y efectivos, tanto entre los pueblos de los Estados Miembros como entre los de los territorios colocados bajo su jurisdicción”.

Así como su artículo 1: “Todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos y, dotados como están de razón y conciencia, deben comportarse fraternalmente los unos con los otros”.

⁷ Eva Martínez Sampere: “La universalidad de los derechos humanos”, *Thémata. Revista de Filosofía*, nº 39, 2007, Universidad de Sevilla, p. 66.

⁸ Vid. *Ibidem*, p. 67.

⁹ En el plano racional estamos refiriéndonos a una titularidad que se predica de todos los seres humanos. En el plano temporal significa que tienen un carácter racional y abstracto al margen del tiempo y válidos para cualquier momento histórico. En el plano espacial estamos ante la extensión de la cultura de los derechos a todas las sociedades sin excepción. Gregorio Peces-Barba: “La universalidad de los derechos humanos”, *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, nº 15-16, Volumen II, Universidad de Alicante, 1994, pp. 613-633.

instar a que el legislador positivo los asegure a través de las disposiciones constitucionales correspondientes y que los hombres se muestren respetuosos con la Constitución¹⁰.

Desde la perspectiva filosófico-jurídica, que es la que aquí abrazo, preocupa de un modo especial el primer aspecto situado en el ámbito de la razón: “Si nos situamos en el plano lógico, por universalidad hacemos referencia a una titularidad de los derechos que se adscriben a todos los seres humanos. Sus rasgos son la racionalidad y la abstracción, congruentes con esa titularidad de todos los hombre”¹¹. Esta valoración encaja perfectamente con mi apreciación de que los derechos humanos representan un mínimo ético universal que permite así calificarlos como derechos morales. Si esto es así parece razonable pensar que el ámbito propio de los derechos será el de la ética: “son una moralidad y por esto propugnan la denominación de derechos morales para asegurarse este valor universal”¹².

Partiendo de esta premisa, quedaría fuera de toda duda que los derechos humanos no se pueden considerar como realidades exclusivamente jurídicas circunscritas al derecho positivo que los contempla, puesto que ello equivaldría a decir que es el legislador en cada caso el que los crea, decide sobre su contenido, y reconoce al plasmarlos en un texto legal. En tal caso, sería imposible predicar de ellos el rasgo de la universalidad, al quedar reducidos a pura “fuerza convencionalmente organizada”¹³, quedando en tal caso el hombre como mero espectador ante el escenario creado coyunturalmente por el legislador.

Los derechos humanos nos abren al mundo de una ética que es común a todos los seres humanos, en su calidad de agentes morales. Esto quiere decir que somos titulares de los derechos humanos en nuestra condición de hombres y no de ciudadanos adscritos a un determinado ordenamiento jurídico. Precisamente, en ello, a mi modo de ver, se encuentra la diferencia conceptual entre la categoría de derechos humanos y de derechos fundamentales. Como precisa Bulygin, “los derechos humanos no son algo dado, sino una exigencia o pretensión. Recién con su «positivación» por la legislación o la constitución los derechos humanos se convierten en algo tangible, en una especie de realidad, aun cuando esa «realidad» sea jurídica. Pero cuando un orden jurídico positivo, sea éste nacional o internacional, incorpora los derechos humanos, cabe hablar de derechos humanos *jurídicos* y no ya meramente morales”¹⁴.

Los derechos humanos o *derechos morales* son más bien “el título”, “el justificante”, “la razón”, de que se pongan en funcionamiento y se activen mecanismos de protección normativa, en aras de que un determinado derecho humano se convierta en derecho fundamental. En este sentido, los derechos humanos serían previos a las normas, “las cuales sólo operarían como vehículos de protección de aquéllos”¹⁵. Las normas jurídicas son, por tanto, condición necesaria, aunque no suficiente para favorecer la universalidad de los derechos en sentido espacial, precisamente porque constituyen un medio para alcanzar el deseado fin. Evidentemente, mucho más difícil que el reconocimiento normativo es que se produzca por parte de los ciudadanos una adhesión espontánea interna a esos valores morales.

¹⁰ Eugenio Bulygin: “Sobre el status ontológico de los derechos humanos”, *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, nº 4, Universidad de Alicante, 1987, p. 84.

¹¹ Gregorio Peces-Barba Martínez: “La universalidad de los Derechos Humanos”, op. cit., p. 614.

¹² Francisco J. Laporta: “Sobre el concepto de derechos humanos”, *Revista Doxa*, nº 4, Centro de Estudios Constitucionales y seminario de filosofía del Derecho de la Universidad de Alicante, Alicante, 1987, pp. 33 y ss.

¹³ Andrés Ollero Tassara: *¿Tiene razón el derecho?*, op. cit., p. 390.

¹⁴ Eugenio Bulygin: “Sobre el status ontológico de los derechos humanos”, *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, nº4, op. cit., p.83.

¹⁵ Francisco Laporta: “Sobre el concepto de derechos humanos”, *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, nº4, op. cit., pp.26-28.

Si creo importante insistir en la diferencia entre derechos humanos y derechos fundamentales es porque desde ella se hace posible valorar si un determinado sistema jurídico está traicionando esas exigencias morales básicas a las que denominamos derechos humanos. De este modo, los derechos humanos constituirían “el marco dentro del cual es posible la crítica de las leyes o instituciones del Derecho positivo”¹⁶, hasta el punto de que “su desconocimiento justifica acciones como la desobediencia a las leyes y la resistencia a la opresión jurídico-positiva”¹⁷.

Alfred Verdross¹⁸ dedicó uno de sus últimos trabajos monográficos al tema del derecho natural, titulándolo “*El derecho natural estático y dinámico*”¹⁹. Cabría pensar que los derechos humanos se encuadran dentro de ese derecho natural estático nutrido de principios “que preceden al derecho positivo y que pueden deducirse a partir de la luz natural de la razón”²⁰. Estos principios fundamentales son constantes²¹ y por eso funcionan como la “conciencia del derecho positivo”²², al destacar la dignidad del ser humano como fundamento de los fines humanos²³.

La transformación de los derechos humanos en derechos fundamentales no hace sino poner de manifiesto la dimensión histórica de estos últimos. Este revolucionario acontecimiento se producirá en el tránsito a la modernidad, momento “que sirve de catalizador a una concepción del hombre y su dignidad como centro del mundo y como centrado en el mundo”²⁴ y que desembocará en las revoluciones burguesas del siglo XVIII.

Los derechos fundamentales aparecen como respuesta a nuevas y justificadas demandas sociales, jurídicas y políticas en forma de «necesidades básicas»²⁵. Particularmente, será el disenso de la burguesía frente a la monarquía el punto de partida de la construcción del

¹⁶ Eugenio Bulygin: “Sobre el status ontológico de los derechos humanos”, *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, nº4, op. cit., p.79.

¹⁷ Francisco Laporta: “Respuesta a Pérez Luño, Atienza y Ruiz Manero”, *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, nº4, op. cit., p.74.

¹⁸ Vid. Alfred Verdross: *Zum Problem der Rechtsunterworfenheit des Gesetzgebers*, *Juristische Blätter*, 45 Jg., 1916, pp. 471 y ss. Y pp. 483 y ss., nueva impresión en: *Die Wiener Rechtstheoretische Schule*, Volumen 2, pp. 1545 y ss.; también *Primäres Naturrecht, sekundäres Naturrecht und positives Recht in der christlichen Rechtsphilosophie*, en: *Ius et lex, Festschrift für Max Gutzwiller*, Basel, 1959, pp. 447 y ss., nueva impresión, Volumen 1, pp. 787 y ss. Y también *Dynamisches Naturrecht*, *Forum XII/137*, Mayo 1965, pp. 223 y ss., nueva impresión, Volumen 1, pp. 933 y ss.

¹⁹ Alfred Verdross: *Statisches und dynamisches Naturrecht*, Friburgo, 1971.

²⁰ Vid. *Ibidem*, p. 9.

²¹ Vid. *Ibidem*, p. 116.

²² Vid. *Ibidem*, p. 114.

²³ Vid. *Ibidem*, p. 117.

²⁴ Gregorio Peces-Barba: “Historia y Derechos Humanos”, *ABC*, Madrid, 24 de agosto de 2001, p. 3. Son así para el autor el antropocentrismo y la secularización los dos pilares para la comprensión del origen de los derechos fundamentales.

²⁵ Desde mediados de la década de los setenta han venido proliferando los trabajos que entienden el concepto de derechos humanos como necesidades básicas. Así, entre otros, cabría recordar los trabajos de Neil MacCormick: “Children’s Rights: A test-case for Theories of Right”, *Archiv für Recht und Sozialphilosophie*, nº 62, 1976, pp. 305-317, recogido posteriormente en el capítulo 8 de *Derecho legal y socialdemocracia*, Tecnos, Madrid, 1990, texto original: *Legal Right and Social Democracy*, Clarendon Press, Oxford, 1982; Liborio L. Hierro: “Derechos humanos o necesidades básicas? Problemas de un concepto”, *Sistema*, nº 46, op. cit., pp. 45-61; Len Doyal – Ian Gough: *Teoría de las necesidades humanas*, Fuhem/Icaria, Madrid, 1994, texto original: *A Theory of Human Needs*, The MacMillan Press, Londres, 1991; María José Añón: *Necesidades y derechos: un ensayo de fundamentación*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1994. Incluso cuando Rawls se refiere a los bienes primarios termina por considerar a éstos como “necesidades” del ciudadano. Vid. John Rawls: *Justicia como equidad. Materiales para una teoría de la Justicia*, Tecnos, Madrid, 1986. Traducción y presentación de M. A. Rodilla. Como apunta Liborio L. Hierro en *Justicia, igualdad y eficiencia*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2002: “cabe señalar que todos los bienes primarios básicos, en términos rawlsianos, se corresponden con derechos subjetivos fundamentales”, p. 95.

posterior consenso²⁶. Como explica Peces-Barba: “Si se desconfiaba y se rechazaba un poder absoluto, arbitrario y por encima de la Ley, se debía construir una filosofía que limitase, regulase y racionalizase ese poder. En ese consenso que es el del incipiente constitucionalismo del Estado liberal, surgirá la filosofía y el Derecho positivo de los derechos fundamentales”²⁷. Es así la preocupación por garantizar ciertas «necesidades morales básicas», en sentido rawlsiano²⁸, lo que provocará el nacimiento de los derechos fundamentales.

El nacimiento de los derechos fundamentales contribuirá a alimentar la confianza en la tesis de la universalidad de los derechos humanos, gracias al impulso conjunto del humanismo jurídico, del iusnaturalismo renacentista y de la filosofía ilustrada. Concretamente, serán dos direcciones doctrinales las que posibilitarán el apogeo de la universalidad como rasgo esencial de los derechos humanos: el iusnaturalismo racionalista y el contractualismo. Como explica Pérez-Luño: “El primero, al postular que todos los seres humanos desde su propia naturaleza poseen unos derechos naturales que dimanen de su racionalidad, en cuanto rasgo común a todos los hombres, y que esos derechos deben ser reconocidos por el poder político a través del derecho positivo. A su vez, el contractualismo, tesis cuyos antecedentes remotos cabe situar en la sofística y que alcanza amplia difusión en el siglo XVIII, sostendrá que las normas jurídicas y las instituciones políticas no pueden concebirse como el producto del arbitrio de los gobernantes, sino como el resultado del consenso o voluntad popular. Ambas concepciones tienen en común el postular unas facultades jurídicas básicas comunes a todos los hombres. Por tanto, el rasgo esencial que marca el origen de los derechos en el modelo continental, es precisamente el de su carácter universal: «el de ser facultades que deben reconocerse a todos los hombres sin exclusión»”²⁹. La declaración de derechos del hombre y del ciudadano (1789) se convertiría así, dentro de este contexto, en un texto de referencia, por su vocación universalista, al tratar de representar un modelo para toda la humanidad, que predica que los derechos son naturales, inalienables e iguales “para todos”. Aunque, verdaderamente, la pionera en la expresión de tales derechos fue La Declaración de Derechos de Virginia (1776) ya que en ella se pone de relieve la idea de que todos los hombres son, por naturaleza, igualmente libres e independientes y tienen derechos innatos a su condición humana. Asistimos con ello a la consagración de la conocida como “primera generación de los derechos” centrada en el reconocimiento de la libertad y la participación en la vida política.

²⁶ Sobre el fundamento negativo o disensual de los derechos vid. Javier Muguerza: “La alternativa del Disenso”, en la obra *El fundamento de los derechos humanos*, edición preparada por Gregorio Peces-Barba, Debate, Madrid, 1989, pp.19-56.

²⁷ Gregorio Peces-Barba: *Curso de Derechos Fundamentales (I) Teoría General*, Eudema Universidad, Madrid, 1991, p. 121. En este mismo sentido se ha pronunciado Rafael Lasaga Sanz en su trabajo “Los derechos fundamentales en los albores del constitucionalismo español”, recogido en Javier Corcuera Atienza (Coordinador): *La protección de los derechos fundamentales en la Unión Europea*, Dykinson, Instituto Internacional de Sociología Jurídica de Oñati, Madrid, 2002, p. 265.

²⁸ Como ha explicado Juan Carlos Bayón en *La normatividad del Derecho: deber jurídico y razones para la acción*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1991, en relación con la tesis de Rawls de que “los bienes primarios son cosas generalmente requeridas o necesitadas por los ciudadanos en tanto que personas morales libres e iguales...”: “la idea de un derecho remite a principios morales acerca del *bien* de los individuos y acerca de la *distribución* del mismo, de manera que afirmar que los individuos *tienen un derecho (general)* equivaldría a afirmar que cierta situación o estado de cosas se considera moralmente una necesidad o un aspecto del bienestar de cada uno de ellos suficientemente importante como para garantizarles el acceso a esa situación o estado de cosas ... lo que *justifica* la imposición en favor de cada uno de obligaciones generales tanto positivas como negativas”, p. 442.

²⁹ Antonio Enrique Pérez-Luño: “La universalidad de los derechos humanos”, *Los derechos: entre la ética, el poder y el derecho*, José Antonio López García y J. Alberto del Real (eds.), Dykinson, Madrid, 2000, pp. 52-53.

Las generaciones de derechos acontecidas en el tiempo no deberían entenderse como una sustitución global de un catálogo de derechos por otro, sino que unas veces se traducirá en la aparición de nuevos derechos como respuesta a nuevas necesidades históricas, mientras que otras implicará la redimensión o redefinición de derechos anteriores para adaptarlos a los nuevos contextos en que deben ser aplicados³⁰. Me gustaría que quedara claro que aun cuando la historia está llena de errores y graves equivocaciones y no cabe hacer un uso de ella para la “demostración o justificación de su validez científica o moral”³¹ ni tampoco se pueden derivar de sus tendencias “leyes generales exactas sino abiertas y flexibles”³², sin embargo, es indiscutible que los derechos fundamentales no son comprensibles sin una aproximación histórica, asumida ésta –esto es importante– como punto de partida que no de llegada.

De otro lado, el hecho de que paulatinamente haya aumentado y aumente la cuantía de derechos humanos positivizados en el orden jurídico nacional e internacional no me parece que tenga que ir en detrimento de su fuerza justificativa o argumentativa, desde el momento que los nuevos derechos fundamentales son elaborados y construidos a partir de “esas viejas premisas éticas” o de esas “exigencias morales básicas” en las que encuentran precisamente aquéllos su fundamento. Buena prueba de ello es la práctica jurisdiccional europea. Así, por ejemplo, el Tribunal Constitucional Federal de Alemania introdujo, tomando como base la dignidad humana y el derecho general a la personalidad (art. 1 y 2.1 de la Ley Fundamental), diversos derechos relevantes, tales como garantías de la libertad contra peligros procedentes del avance tecnológico, la protección de datos de carácter personal o garantías en el ámbito de la bioética³³.

Los derechos fundamentales o *derechos legales* encierran siempre valores o bienes que se han considerado lo suficientemente relevantes como para ser dignos de protección por un determinado sistema normativo. Una cuestión completamente distinta será así la de su legitimidad que en nada depende del grado de legitimación, esto es, del respaldo social habido. Pues no hay que olvidar, como observa Hierro, que “cuáles y cuántas sean las libertades, las pretensiones, las potestades y las inmunidades que merecen la protección normativa no es un problema conceptual, es un problema de fundamentación moral y

³⁰ Antonio-Enrique Pérez Luño: “Concepto y concepción de los derechos humanos. (Acotaciones a la Ponencia de Francisco Laporta)”, *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, n°4, op. cit., p. 56. Como explica más adelante Pérez-Luño, la dimensión generacional de los derechos ha producido consecuencias en lo que a técnicas jurídicas de positivación y tutela se refiere: “Así, en el ámbito de la doctrina iuspublicista se ha considerado apremiante la necesidad de completar la célebre teoría de los *status* público-subjetivos elaborada por Georg Jellinek, ampliándola mediante el reconocimiento de un *status positivus socialis*, que se haría cargo de las exigencias de los derechos de la segunda generación, es decir, de los derechos sociales; un *status activus processualis*, para hacerse eco de la trascendencia actual de las jurisdicciones constitucionales de la libertad, así como de las modalidades de tutela innovadas por las instancias jurisdiccionales internacionales; y un *status de habeas data*, que se hallaría encarnado por cuanto han supuesto para la teoría de los derechos humanos el reconocimiento de la libertad informática y el derecho a la autodeterminación”, p. 59.

³¹ Francisco Laporta: “Respuesta a Pérez Luño, Atienza y Ruiz Manero”, *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, n° 4, op. cit., p. 75.

³² Gregorio Peces-Barba: “Historia y Derechos Humanos”, *ABC*, op. cit., p. 3.

³³ Rainer Arnold: “El desarrollo de la protección de los derechos fundamentales en la Unión Europea”, en Javier Corcuera Atienza (Coordinador): *La protección de los derechos fundamentales en la Unión Europea*, op. cit., p. 32. Según explica el autor, los jueces extienden el alcance de protección de los derechos fundamentales a todas las amenazas derivadas del desarrollo de la técnica. De tal manera que los textos formulados tradicionalmente se amplían considerablemente mediante la interpretación judicial. Vid, *ibidem*, pp. 35-36.

decisión política”³⁴. Es tal la relevancia de la decisión fáctica que sea asumida en este sentido que incluso el catálogo de derechos llegará a conformar, a mi juicio, la identidad constitucional al nivel nacional³⁵.

Precisamente, este punto lo puso de relieve el TCF alemán en la decisión que adoptó frente al Tratado de Lisboa el 30 de junio de 2009. Como ya ocurriera con la resolución Maastricht, esta sentencia advertiría sobre la imposibilidad de traspasar aquellos principios que, de acuerdo con la cláusula de intangibilidad, conforman la identidad constitucional alemana³⁶. Se dejaba patente con ello que la identidad constitucional alemana se identificaba con el Estado democrático y social de derecho, el principio federal y la dignidad humana y dicha identidad constitucional no se encuentra a disposición de ningún órgano, siendo su garante el TCF³⁷, operando aquélla como límite absoluto para las organizaciones internacionales³⁸.

Si los derechos fundamentales representan en nuestros días el corazón de las identidades constitucionales, valdría la pena reflexionar sobre las características de los mismos. A mi modo de ver, las dos primeras características de los derechos fundamentales a las que me referiré, a continuación, son rasgos propios de los derechos humanos, lo que confirma que los derechos fundamentales emanan necesariamente de los primeros:

En primer lugar, se caracterizan por la *universalidad* de su adscripción, es decir, se atribuyen a todos los seres humanos, sin discriminaciones de ningún tipo³⁹. Como precisa Ferrajoli, al diferenciarlos de los derechos patrimoniales, “están reconocidos a todos sus titulares en igual forma y medida”⁴⁰.

En segundo lugar, su *inalienabilidad*, esto es, los derechos son inviolables, irrenunciables, intransigibles, personalísimos, indisponibles⁴¹. Indisponibilidad aquí debería entenderse en un doble sentido, pues, paradójicamente, los derechos constituyen un límite no sólo para los poderes constituidos sino también para la propia autonomía de sus titulares⁴². Por una parte, se encuentra la «indisponibilidad activa», en cuanto no son alienables por el sujeto que es titular, es decir, el propio titular está obligado a respetar sus

³⁴ Liborio L. Hierro: “Conceptos jurídicos fundamentales (I). De las modalidades deónticas a los conceptos de derecho y deber”, *Revista Jurídica Universidad Autónoma de Madrid*, n° 3, Dykinson, Madrid, 2000, p. 173.

³⁵ SCHMALE, WOLFGANG Y TINNEFELD, MARIE-THERES, “Identität durch Grundrechte”, *DuD • Datenschutz und Datensicherheit*, N° 1, 2010, pp. 523-528.

³⁶ BVerfG, 2 BvE 2/08 vom 30.6.2009, Párrafo 208. www.bundesverfassungsgericht.de

³⁷ BVerfG, 2 BvE 2/08 vom 30.6.2009, Párrafo 218. www.bundesverfassungsgericht.de

³⁸ Esta decisión no sólo previene sobre las consecuencias que tendría la vulneración de la identidad constitucional alemana, sino que pone claramente en entredicho la legitimidad democrática de la UE. Asimismo, manifiesta un claro recelo frente a la jurisprudencia de Luxemburgo. En concreto y frente a la llamada a la cooperación con Luxemburgo en Maastricht, afirma que le corresponde examinar si se produce una interpretación extensiva de los tratados por parte de la jurisprudencia del TJUE que equivalga a una inadmisibles modificación autónoma de los Tratados BVerfG, 2 BvE 2/08 vom 30.6.2009, Párrafo 338. www.bundesverfassungsgericht.de

³⁹ Vale la pena recordar que Norberto Bobbio exige la universalidad en la titularidad del derecho, para que éste pueda ser considerado como fundamental. De este modo, el filósofo italiano precisa: “son fundamentales los derechos que en una determinada Constitución están atribuidos a todos los ciudadanos indistintamente”, fórmula que sirve de fundamento al principio de igualdad. Vid. Norberto Bobbio: “Liberalismo e democrazia”, recogido en el libro colectivo dirigido por Gian Mario Bravo y Silvia Rota Ghibandi *Il pensiero político contemporáneo*, Milán, 1985, pp. 23-88.

⁴⁰ Luigi Ferrajoli: *Derechos y garantías. La ley del más débil*, Trotta, Madrid, segunda ed. 2001, p. 46.

⁴¹ Como ha precisado Francisco Laporta, al referirse a la inalienabilidad de los derechos, como rasgo esencial y característico de ellos, en *Entre el Derecho y la Moral*, op. cit.: “... nadie puede renunciar a tales derechos, ni siquiera en el uso o ejercicio de uno de ellos: el derecho de libertad”, p. 84. O, como advierte también en “Sobre el concepto de derechos humanos”, *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, n° 4, op.cit.: “Los derechos humanos, en tanto en cuanto son “inalienables”, se le adscriben al individuo al margen de su consentimiento, o contra él, y se le inmuniza moralmente incluso frente a su propia voluntad”, p. 44.

⁴² Luigi Ferrajoli: *Derechos y garantías. La ley del más débil*, op. cit., pp. 47-48.

derechos; y, por otra, la «indisponibilidad pasiva», al no ser expropiables o limitables por otros sujetos. El derecho de un sujeto despierta siempre en otro la obligación de no impedir su ejercicio⁴³. Y es que las expresiones referidas a la tenencia de un derecho se sitúan necesariamente dentro de un lenguaje normativo, debido a que, como explica Laporta: “(...) la ausencia de normas por sí sola no atribuye un derecho sino cuando va acompañada de un deber para otros de abstenerse de interferir en las acciones dentro del ámbito no regulado, es decir, cuando va acompañada de una *presencia* de normas”⁴⁴.

Dentro de este contexto, valdría la pena recordar el art. 52 de la Carta de Derechos Fundamentales en la Unión Europea porque precisamente garantiza que los derechos fundamentales resulten indisponibles para los poderes constituidos, al ordenar que cualquier limitación del ejercicio de los derechos y libertades de la Carta deba hacerse mediante ley y respetando siempre su contenido esencial. Al mismo tiempo, exige que las limitaciones respeten el principio de proporcionalidad⁴⁵, las cuales deberán ser siempre necesarias y

⁴³ No está de más subrayar que si repasamos la historia de los derechos fundamentales nos encontramos con que los derechos suelen aparecer solos, sin sus obligaciones o deberes correspondientes, con excepciones, eso sí, como la que representa J. Locke, quien no sólo simultáneamente habla de los deberes y de los derechos, sino que deriva éstos de aquéllos. Esta práctica general no se entiende bien si tenemos en cuenta que la mayor parte de los juristas y los teóricos de los derechos defienden que no puede haber derechos sin deberes correlativos, como mínimo el deber general, aunque sea un deber meramente negativo, de respetar o abstenerse de impedir el ejercicio de un derecho. Un buen representante de este modo de pensar es Hohfeld, quien defiende una auténtica correlación entre derechos (de alguien) y deberes (de otros u otros) o, más próximo a nuestro entorno, Liborio Hierro, quien precisamente ha argumentado en contra de posiciones como la de Hart o Feinberg, opuestas ambas a la tesis de la correlatividad. Vid. Liborio L. Hierro: “Conceptos jurídicos fundamentales (I). De las modalidades deónticas a los conceptos de derecho y deber”, *Revista Jurídica Universidad Autónoma de Madrid*, nº 3, Dykinson, Madrid, 2000, pp. 168-169. Una explicación a este fenómeno, de que los derechos suelen aparecer sin la expresión de sus obligaciones o deberes correlativos, la ofrece José María Rodríguez Paniagua en el siguiente pasaje de su obra *Moralidad, derechos, valores*, Cuadernos Civitas, Madrid, 2003: “(...), entre nosotros parece que el hablar sólo de derechos es señal de progresismo, y hablar de deberes síntoma de ser reaccionario. Tal vez por eso se habla tanto de los primeros y tan poco de los segundos. Esto se está poniendo especialmente de manifiesto con ocasión de los nuevos derechos, de los llamados de la tercera y aún de la cuarta generación”, p. 78. En cualquier caso, lo que parece importante subrayar aquí es que “mientras los derechos son siempre correlativos a determinados deberes, los deberes no son siempre correlativos a determinados derechos”; pensemos, por ejemplo, en el deber de ser miembro de un jurado. Aparte de que puede ocurrir también que a un determinado derecho le corresponda no sólo una sino diversas obligaciones, una pluralidad de ellas. Vid. Liborio L. Hierro: “Conceptos jurídicos fundamentales (I). De las modalidades deónticas a los conceptos de derecho y deber”, *Revista Jurídica Universidad Autónoma de Madrid*, nº3, op. cit., p.168. A pesar de lo asentada que está la “teoría de la correlatividad”, creo que valdría la pena reflexionar sobre si constituye verdaderamente un riesgo la actitud de reducir los derechos a deberes en el sentido de que puede llegar a convertir al lenguaje de los derechos en redundante, aparte de conceder una prioridad, no sólo lógica sino axiológica, a los deberes u obligaciones sobre los derechos.

⁴⁴ De este modo parece claramente criticable la posición de autores como Hobbes que entienden que existen los derechos con anterioridad a la existencia de normas, al considerar erróneamente que tener derecho a “algo” no es sino expresión de la libertad de hacer “ese algo” por no existir una norma que regule el supuesto. Vid. Francisco Laporta: “Sobre el concepto de derechos humanos”, *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, nº4, op. cit., p. 24.

⁴⁵ Creo que aquí “proporcionalidad” puede entenderse de tres modos diferentes pero complementarios, siguiendo a Robert Alexy en *Teoría de los derechos fundamentales*. Traducción de Ernesto Garzón Valdés, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993, p. 100: como necesidad, adecuación y proporcionalidad. Mario Ruiz Sanz en *Sistemas jurídicos y conflictos normativos*, *Cuadernos Bartolomé de las Casas* nº 23, Dykinson, Madrid, 2002, explica cada uno de ellos del siguiente modo: “La adecuación supone que el medio debe ser apto para alcanzar un fin propuesto, así como que ese medio no impida ni dificulte la realización de otro fin que contemple un principio diferente. Por necesidad cabe entender que el medio empleado no se puede considerar apto si existe otro medio alternativo igualmente idóneo para la consecución del fin, y menos gravoso para el fin exigido por otro principio. Y en último lugar, la proporcionalidad en sentido estricto significa que en la aplicación de un principio hay que tener en cuenta las exigencias de los principios contrapuestos en función de las circunstancias del caso”, p.123. En cualquier caso, el principio de proporcionalidad, desarrollado por el Tribunal Constitucional Federal Alemán y exportado no sólo al ordenamiento comunitario sino al de los demás países europeos, legitima

responder efectivamente a objetivos de interés general de la Unión o a la necesidad de protección de los derechos y libertades de los demás. Con otras palabras: los derechos de la Carta no pueden ser ignorados ni limitados por el legislador comunitario a su libre arbitrio⁴⁶.

En tercer lugar, los derechos fundamentales se encuentran *garantizados judicialmente*. Aquí está el rasgo que, en mi opinión y en la de la mayoría de los teóricos y filósofos del derecho, nos permite diferenciar los derechos humanos de los derechos fundamentales, y que fue resaltado por el ilustre teórico del Derecho Hans Kelsen: el derecho provoca el surgimiento de una *norma* que autoriza a su titular, por medio de una acción, a entablar un procedimiento judicial cuando sus intereses se han visto violados por incumplimiento de la obligación.

Este significado eminentemente técnico es el que me interesa subrayar aquí, desde el momento en que resalta la idea de que de poco sirve atribuir a los individuos retóricos derechos cuando en la práctica éstos últimos se encuentran claramente desprotegidos o, lo que es lo mismo, el titular del derecho subjetivo siempre tiene la posibilidad de provocar el nacimiento de una norma individual que prescribe la ejecución de una sanción contra aquel que incumplió sus obligaciones⁴⁷, esto es, contra aquel sujeto que violó sus “intereses jurídicamente protegidos”⁴⁸. Como dice en otro lugar Kelsen, de nada sirve atribuir a los

únicamente intervenciones del poder, bien estatal o supranacional, en la libertad del individuo siempre y cuando sean indispensablemente necesarias. Como precisa Rainer Arnold en “El desarrollo de la protección de los derechos fundamentales en la Unión Europea”, trabajo recogido en Javier Corcuera Atienza (Coordinador): *La protección de los derechos fundamentales en la Unión Europea*, op. cit.: “Mediante estas intervenciones solamente se perseguirán fines tendentes a la promoción del individuo. (...) El núcleo de este concepto es que la persona, su dignidad y su libertad son la regla y la intervención del poder público, la excepción”, pp. 33-34.

⁴⁶ Aun cuando más adelante me detenga en este tema, adelanto ya al lector que en la Cumbre de Bruselas de junio de 2004, los Jefes de Estado o de Gobierno añadirían un nuevo apartado (el nº7) al art. II-52 del texto constitucional.

⁴⁷ Vid. Hans Kelsen: “El concepto de habilitación: distintos significados de esta palabra. El “derecho en el sentido subjetivo””, en *Teoría General de las Normas*. (Traducción a cargo de Hugo Carlos Delory Jacobs. Revisión técnica de Juan Federico Arriola), México D.F., Ed. Trillas, 1994, pp. 142-143.

⁴⁸ Como se sabe, la dogmática iusprivatista ha estado dividida en torno a dos importantes teorías que explican la naturaleza jurídica del derecho subjetivo: por un lado, la teoría de la voluntad, que tiene como representantes a Savigny, Puchta, Windscheid, Zitelmann o Del Vecchio, entiende el derecho subjetivo como “un poder de la voluntad” protegido por el ordenamiento jurídico; por otro lado, la teoría del interés, cuyo más conocido representante es R. Von Ihering, concibe el derecho subjetivo como “un interés jurídicamente protegible”. Aunque no ha faltado tampoco quien, como Jellinek a finales del siglo XIX, defiende una teoría ecléctica que aglutina las dos anteriores, al definir el derecho subjetivo como “un interés tutelado por la ley mediante el reconocimiento de la voluntad individual”. En lo que aquí interesa, tanto la teoría de la voluntad como la teoría del interés han sido secundadas por ilustres filósofos del Derecho como Hugo Grocio, para quien el derecho subjetivo consistía en una “cualidad moral de la persona, en virtud de la cual puede hacer o tener algo lícitamente” (vid. *De iure belli ac pacis*, 1625. *Del derecho de presa. Del derecho de la guerra y de la paz*. Selección de P. Mariño, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1987, p.54) o Jeremy Bentham, defensor éste de la teoría del interés. De este modo, si observamos la teoría de los derechos encontramos una reproducción de las dos grandes teorías enunciadas en el ámbito iusprivatista. Pues bien, si más arriba me he referido a los derechos con la expresión “intereses jurídicamente protegibles” es porque creo que la denominada “teoría del interés o teoría del beneficiario”, defendida por autores de la talla de MacCormick, responde mejor al concepto de derecho fundamental que aquí se sostiene. Las razones que me hacen decantarme por esta teoría y no por la llamada “teoría de la voluntad o teoría de la elección”, a pesar de contar ésta con representantes tan relevantes como Hart, son las siguientes: en primer lugar, porque creo que el elemento que mejor define al derecho subjetivo es el “beneficio que se protege para su titular y del que se deriva el deber o deberes que se imponen sobre otro u otros”; en segundo lugar, porque hay “derechos obligatorios”, siguiendo la terminología de Feinberg, que representan pretensiones, potestades, inmunidades, tan sumamente importantes que escapan a la discrecionalidad del titular (pensemos, en el derecho de los niños a la alimentación, al cuidado o a la educación); en tercer lugar, porque “permiten, de un lado, incluir en el concepto un sinnúmero de necesidades, intereses o deseos como contenido de un correspondiente derecho y, de otro lado, incluir entre los titulares a todo ser del que se puedan

individuos determinados derechos, si aquella atribución no se encuentra debidamente protegida⁴⁹.

Conforme a ello, los derechos fundamentales deberían concebirse, con palabras de Gregorio Robles, como “derechos humanos positivizados, es decir, como auténticos derechos subjetivos, a los que el ordenamiento jurídico dota de un tratamiento normativo y procesal privilegiado” frente a los derechos humanos que quedan como “mera expresión de criterios morales relevantes para la convivencia humana”⁵⁰. De este modo, mientras que los derechos humanos vendrían definidos por las características de universalidad, fundamentalidad de su objeto, abstractibilidad, validez moral, y prioridad frente al Derecho positivo, siguiendo en ello a Robert Alexy⁵¹, por su parte, los derechos fundamentales vendrían caracterizados por la protección procesal de los mismos, ya que como se viene señalando en el ámbito anglosajón “if there is no remedy, there is no right” o, lo que es lo mismo, los derechos valen tanto como lo que vale su garantía judicial⁵².

El proceso de internacionalización de los derechos nos obliga, como ha recordado Ban Ki-moon, Secretario General de las Naciones Unidas, con motivo del 60 aniversario de la Declaración Universal de Derechos Humanos, a que los derechos humanos sean entendidos como una responsabilidad no sólo individual sino colectiva a la hora de defenderlos y aplicarlos plenamente⁵³. Estas palabras del Secretario General ponen de relieve algo muy importante y es que no se puede aceptar la desigualdad social, la injusticia o la pobreza como inevitable, tal y como defiende el fundamentalismo neoliberal y neoconservador, ni las tesis que sostiene el multiculturalismo comunitarista, que le llevan a llegar a justificar la supresión de los derechos de ciertos individuos en aras de la identidad cultural de un grupo o comunidad étnica o religiosa. Evidentemente, es notoriamente injusto que recaiga sólo sobre uno o varios sujetos la tarea de decidir los rasgos esenciales del grupo sin los cuales éste dejaría de existir.

predicar intereses (como los colectivos, los animales e incluso la naturaleza)”, p.172. Vid. Liborio L. Hierro: “Conceptos jurídicos fundamentales (I). De las modalidades deónticas a los conceptos de derecho y deber”, *Revista Jurídica Universidad Autónoma de Madrid*, n°3, op. cit., pp.170-172.

⁴⁹ Hans Kelsen: *Teoría General del Derecho y del Estado* (traducción de Eduardo García Máynez), UNAM, México, 1969, p.94. Un buen trabajo sobre el pensamiento jurídico kelseniano se encuentra en Mario G. Losano: *La nozione di sistema giuridico in Hans Kelsen*, Amaliensträssler Heft n°4, Università degli Studi di Milano – Dipartimento Giuridico-Politico. Sezione di Teoria Generale e Informatica del Diritto, Cuesp, Milano, 1998.

⁵⁰ Vid. Gregorio Robles: *Los derechos fundamentales y la ética en la sociedad actual*, Cuadernos Civitas, Madrid, 1992, pp. 19-23.

⁵¹ Robert Alexy: “Sobre el desarrollo de los derechos humanos y fundamentales en Alemania”, en *Diálogo Científico*, vol.11, n° 1/2, Centro de Comunicación Científica con Ibero-América, Tubinga, 2002, pp. 15-16. Sobre las características de universalidad, inalienabilidad y fundamentalidad de su objeto al ser absolutos, remito a las páginas de Francisco Laporta: “Sobre el concepto de derechos humanos”, *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, n°4, op. cit., pp. 32-44.

⁵² Alberto López Basaguren: “Comunidad Europea, integración de ordenamientos y pluralidad de jurisdicciones en la protección de los derechos fundamentales”, Javier Corcuera Atienza (Coordinador): *La protección de los derechos fundamentales en la Unión Europea*, op. cit., p. 121. Como explicita el autor enseguida: “Ciertamente, la efectividad de una institución jurídica se resuelve en la eficacia de los mecanismos de protección establecidos para ello por el ordenamiento jurídico, mecanismos que no pueden reducirse a la simple previsión jurídica del interés de que se trate, sino que debe ser capaz de articular una instrumentación *accesoria* dirigida a reforzar la posibilidad de materialización del interés tutelado normativamente”, p. 121.

⁵³ Vid. Ban Ki-Moon: Mensaje del Secretario General sobre el Día de los Derechos Humanos, 10 de diciembre de 2008.

Dentro de la perspectiva comunitarista, el multiculturalismo comunitarista o multiculturalismo fuerte tipo mosaico, según denominación de Seyla Benhabib⁵⁴, llega a sacrificar a algunos seres humanos (mujeres, niñas y niños) con el objetivo de mantener la identidad cultural del grupo o de la comunidad. Esta corriente de pensamiento no sólo es incompatible con los derechos humanos sino con el propio Estado democrático al alentar la defensa de la pureza de la identidad cultural por encima de la de los derechos individuales⁵⁵. Como precisa Martínez Sampere: “Todos estos pretendidos argumentos no son más que la vuelta del viejo *Volksgeist*, el espíritu del pueblo: la sangre, la etnia, la religión, las costumbres de la tribu, a la que se pertenece por vínculos supuestamente prepolíticos, y, por ello, prejurídicos, i.e., no modificables por la acción humana, olvidando de nuevo que los modos de vida son humanamente creados y humanamente modificables”⁵⁶.

Me parece conveniente traer aquí a colación el error del denominado «moralismo legal» cuando predica que “el hecho de que ciertas pautas morales sean asumidas y vividas en una comunidad constituye una razón suficiente para que las normas jurídicas les presten su mecánica de coacción y las impongan forzosamente”⁵⁷. Si se recuerda, Patrick Devlin fue un defensor de esta tesis al subrayar que las leyes nos obligaban a realizar conductas morales simplemente porque de acuerdo con la opinión social general eran morales. Para el juez del Queen’s Bench y posterior miembro de la Cámara de los Lores, las convicciones morales profundas compartidas por los miembros de una comunidad constituían elementos estructurales de su propia identidad como sociedad, hasta el punto de que las leyes tenían la tarea de defender la pervivencia de esa moralidad, esto es, de la sociedad. Desde Mill hasta Dworkin, cuando proclama que los derechos son triunfos frente a la mayoría, e incluyendo a Hart, encontramos la idea de que existen límites morales que las leyes no pueden rebasar, aun cuando éstas vengan apoyadas por la mayoría social. Y es que el mero hecho de que una norma jurídica sea aprobada por la mayoría no justifica en términos morales su contenido y alcance. Como precisa Laporta, a propósito de Mill: “El poder jurídico no sólo se legitima por su origen “consentido” sino por no violar los límites de un ámbito dibujado por líneas o criterios morales”⁵⁸. Como ha resaltado Schambeck, la violación de los derechos humanos se produce no sólo por el entendimiento equivocado de los derechos básicos sino por decisiones políticas mal tomadas en la vida social y económica⁵⁹.

Es importante no confundir las pautas morales establecidas de facto en una determinada sociedad con las pautas morales exigibles para el Derecho. Como con acierto resaltó Hart, una cosa es la moralidad positiva que es aquella “efectivamente aceptada y compartida por un grupo social dado” y otra distinta es la moralidad crítica que son “los principios morales generales usados en la crítica de las instituciones sociales reales incluida la moralidad positiva”. Esta moralidad crítica encierra dentro de sí a los derechos humanos como categoría, los cuales funcionan no meramente desde pautas positivas sino como principios críticos que controlan moralmente al derecho⁶⁰, y, parafraseando a Ollero, contribuyen a

⁵⁴ Seyla Benhabib: *The Claims of Culture*, Princeton University Press, Princeton, 2002.

⁵⁵ Vid. Eva Martínez Sampere: “Derechos Humanos y Diversidad Individual”, en *Araucaria, Revista Iberoamericana de Filosofía, Política y Humanidades*, nº 8, segundo semestre, 2002.

⁵⁶ Eva Martínez Sampere: “La universalidad de los derechos humanos”, op. cit., p. 68.

⁵⁷ Francisco Laporta: *Entre el Derecho y la Moral*, Fontamara, México D.F., primera ed. 1993, segunda ed. 1995, p. 48.

⁵⁸ Vid. *Ibidem*, p. 51.

⁵⁹ Herbert Schambeck: “Derecho Natural en la era de la responsabilidad”. Traducción a cargo de Cristina Hermida del Llano, en *Revista Persona y Derecho* nº 62, Navarra, 2010, pp. 153-179.

⁶⁰ Francisco Laporta: *Entre el Derecho y la Moral*, op. cit., pp. 52-53.

que el derecho tenga razón⁶¹. ¿Es qué acaso las culturas han de gozar de un contenido prescriptivo además de descriptivo? Me resulta obvio que no son las culturas sino el mismo Derecho quien se define por el contenido prescriptivo de ciertas normas, siguiendo en ello a Von Wright, expuestas siempre –insisto– al examen de la moralidad crítica, que tiene el deber de determinar los límites de lo que la propia soberanía democrática legitimada puede hacer⁶².

Asimismo una gran amenaza para la universalidad de los derechos es el relativismo cultural y el nacionalismo⁶³, pues olvidan la “idea de la unidad de la condición humana y de una universalidad humanista sobre los fines morales del hombre”⁶⁴. Como precisa con claridad Peces-Barba: “La universalidad se formula desde la vocación moral única de todos los hombres, que deben ser considerados como fines y no como medios y que deben tener unas condiciones de vida social que les permita libremente elegir sus planes de vida (su moralidad privada). (...) Lo universal es la moralidad básica de los derechos, más que los derechos mismos, al menos en esta consideración «a priori»”⁶⁵.

De acuerdo con ello, podría concluir, que de lo que verdaderamente se puede predicar la universalidad racional es de la moralidad básica que sirve de fundamento a los derechos, y, por qué no decirlo, al Derecho en general. Es precisamente ese carácter moral, siempre a la luz de la razón, el que servirá de control o freno frente al legislador, que es a fin de cuentas –insisto– quien da luz verde a la transformación de los derechos humanos en derechos fundamentales. De ahí que podamos afirmar que los derechos fundamentales reposan en el poder de los fuertes mientras que, en realidad, los derechos humanos descansan sobre el poder de la moral. Es, por todo lo anterior, responsabilidad de todos los ciudadanos que formamos parte de la Unión Europea, y no sólo de nuestros dirigentes políticos, luchar por la comunidad de valores que con gran orgullo une a nuestro continente. Y estoy convencida de que una buena manera de dar virtualidad a este ideal es que no perdamos de vista que el humanismo, la diversidad y la universalidad son los principios básicos que representan lo esencial del ser europeo y los que han de dirigirnos hacia el futuro.

⁶¹ Andrés Ollero Tassara: *¿Tiene razón el derecho?*, op. cit.

⁶² Banaszak/Jablonski: “Das Naturrecht in der Polnischen Verfassung vom 2. April 1997”, en *Die Wiederkehr des Naturrechts und die Neuevangelsierung Europas*, edit. Rudolf Weiler, Viena, 2005, p. 220.

⁶³ Gregorio Peces-Barba: “La universalidad de los derechos”, *Doxa* n° 15-16, op. cit., p. 620.

⁶⁴ Vid. *Ibíd.*, p. 621.

⁶⁵ Vid. *Ibíd.*, pp. 624- 625.