

LA UNIVERSALIDAD DE LOS DERECHOS HUMANOS

El tema de la universalidad de los derechos, o en una dimensión más amplia, que abarca la anterior, la universalidad de la democracia está en la preocupación actual y en la reflexión de muchos estudiosos y científicos de las ciencias sociales y humanas. Esta pretensión de universalidad arranca el humanismo laico de la Ilustración, como hubo antes otras propuestas de universalidad con otros orígenes. Así la Gran construcción del orden natural, en la trilogía ley eterna, ley natural, ley positiva del tomismo católico o la propuesta universalista del marxismo. E incluso existen conexiones entre ellas. La actualidad del tema deriva tanto de las impugnaciones que no cesan desde particularismos, relativismos, perspectivismos o historicismos, como de la necesidad de precisar y de estipular, con una cierta precisión lingüística lo que queremos decir hablando de estos temas.

Por mi parte pienso que muchas veces una posición nominalista en la consideración del uso imprescindible de un término, puede favorecer las meras disputas verbales, tan frecuentes como nocivas en las ciencias sociales. En mi curso de derechos fundamentales he intentado no incurrir en ese defecto y no se plantea de frente el debate, aunque esté presente en cada una de sus páginas¹.

Lo cierto es que sin hacer exhaustivas búsquedas bibliográficas, inadecuadas en este tipo de trabajos nos encontramos con varias reflexiones recientes que de una u otra forma abordan la universalidad de los derechos. Así en el notable ensayo de Juan José Gabrieli «El Asedio a la modernidad»² que subtitula significativamente «Crítica del relativismo cultural», donde plantea el problema especialmente

¹ Vid. «Curso de derechos fundamentales» (I) Teoría General, con la colaboración de Rafael de Asís y Ángel Llamas, Eudema, Madrid, 1991.

² Editorial Sudamericana, Buenos Aires, 1ª. edición octubre de 1991, 7ª. edición, agosto de 1992.

el capítulo primero «El relativismo cultural, los particularismos antiuniversalistas». También en un número monográfico sobre «La politique et les droits», dirigido por Otfried Höffe, de una prestigiosa publicación dirigida por la profesora Simone Goyard Fabre, la segunda parte se denomina «Universalisme et relativisme», con trabajos notables del propio Höffe, de Pinkard, de Laberge, Bujo, Sosoe y Seel³.

El siguiente volumen de la misma publicación con el título de «Sujet de Droit et objet de Droit» tiene también presente el problema del universalismo jurídico y en concreto el de los derechos humanos, tanto en la defensa del humanismo jurídico que hace Simone Goyard Fabre, como en la reflexión de Eusebio Fernández «Le Droit positif dit-il se fonder sur une éthique?» o en los trabajos de Agnès Lejbowiez o de Luc Bégin⁴.

Son desde otra perspectiva, la de la historia de las ideas, interesantes como todas las suyas, las reflexiones de Isaiah Berlin en su trabajo «La apoteosis de la voluntad romántica, la rebelión contra el mito de un mundo ideal»⁵. Por fin es justo señalar un capítulo en la obra de Carlo Donolo «Il sogno del buon governo». Apología del «régime democrático»⁶, donde plantea, en el marco de unas reflexiones sobre los conceptos de inclusión y conexiones en la dinámica de la democracia, lo que llama «Universalismo» en comparación con lo que denomina «differenze».

Esta pequeña muestra de aportaciones próximas en el tiempo pone de relieve la pertinencia de reflexionar sobre este tema e intentar aportar algunos elementos que ayuden a esclarecer una dimensión clave en la historia política y jurídica.

Algunas precisiones de significado

Cuando se habla de universalidad de los derechos se están diciendo al menos tres cosas diferentes, aunque vinculadas en su raíz. 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 hombres. Si nos situamos en el plano temporal, la universalidad de los derechos supone que

³ «Cahiers de Philosophie politique et juridique». Presses Universitaires de Caen, nº. 21-1992, págs. 131 a 251.

⁴ Vid. «Cahiers de Philosophie Politique et juridique», nº. 22, Caen, 1992.

⁵ En su obra «El fuste torcido de la humanidad. Capítulos de historia de las ideas», en Península, Barcelona, 1992, con prólogo de Salvador Giner.

⁶ Editorial Anabasi, Piacenza, 1992.

tienen un carácter racional y abstracto al margen del tiempo y válidos para cualquier momento de la historia. Si, por fin nos situamos en el plano espacial por universalidad entendemos la extensión de la cultura de los derechos humanos a todas las sociedades políticas sin excepción. Es evidente que la primera noción es el núcleo central de la que teóricamente arrancan las raíces de las demás, pero sin embargo, tanto por los intereses y problemas implicados como por las perspectivas de aproximación que suponen, cada una de ellas exige esta delimitación conceptual. Podemos decir que la primera supone situarse en el ámbito de la razón, la segunda en el de la historia y la tercera en el de la cultura y en el del cosmopolitanismo. Si la perspectiva es la del pensamiento jurídico la primera suscita el interés especial de los filósofos del Derecho, la segunda de éstos y de los historiadores del derecho, y la tercera de los constitucionalistas, de los comparatistas y de los internacionalistas, aunque naturalmente esta adscripción teórica no evita la intercomunicación de las problemáticas ni excluye el interés de otros especialistas. Si vemos, por fin, quienes son los contrarios de esos postulados, es decir qué aproximaciones doctrinales se oponen a ellas, encontramos frente a la noción racional al utilitarismo y al relativismo, frente a la histórica al historicismo y al romanticismo y frente a la cultural y cosmopolita al nacionalismo. También pues desde la otra trinchera, desde los enemigos del universalismo, se aprecia la pluralidad de los problemas que se plantean y lo diferentes que son éstos entre sí.

Finalmente, hay que llamar la atención sobre el uso indistinto de dos términos en castellano, donde se utiliza «universalismo de los derechos» y «universalidad de los derechos». En las obras en italiano y en francés se utiliza el primer término y Sebrelí, igualmente emplea indistintamente los dos. Desde mi punto de vista cabría una mayor precisión y procedería hablar de universalismo de los derechos, en referencia a una cualidad propia y exclusiva de éstos, sin relación o comunicación con ningún contexto. Sería la reflexión racional, pura, que corresponde al primer uso del término, aunque hay que señalar que Laporta usa en ese sentido el término «universalidad» como veremos. La universalidad de los derechos hace referencia a derechos universales, en el sentido de racionales y válidos para todos los hombres, pero situados en un contexto histórico o geográfico, es decir en los usos segundo y tercero del término. De todas formas es muy difícil pretender esa estipulación tan precisa, cuando los dos términos, en castellano se usan indistintamente.

Si nos aproximamos a las tesis básicas del universalismo racional, por ejemplo a través del excelente artículo del profesor

Francisco Laporta «Sobre el concepto de derechos humanos»⁷ podemos señalar que la universalidad o más propiamente el universalismo de los derechos representa lo siguiente:

1. Con el requisito de ser humano se es titular de los derechos humanos, y basta sólo con esa condición en cualquier contexto y circunstancia.

2. Los derechos no se sitúan en el ámbito del Derecho positivo, lo que supondría una contextualización y una diferencia de acuerdo con el tenor de cada sistema jurídico. Son excluyentes, para esta tesis, la universalidad de los derechos y su atribución a sujetos de un ordenamiento jurídico concreto.

3. El ámbito de los derechos es el de la ética, son una moralidad y por eso propugnan la denominación de derechos morales para asegurarse ese valor universal.

4. La descontextualización de los derechos les desvincula de instituciones éticas concretas, de culturas históricas, y de escuelas filosóficas o religiosas.

5. Ese camino conduce a la consideración de todos los seres humanos como agentes morales, «con la superación de las moralidades positivas «locales» en favor de una ética común y general, de un código realmente impersonal de acción moral»⁸.

6. Este planteamiento exige una gran abstracción en la formulación de los derechos y una ausencia de escenario concreto. y ello supone «fundamentar la presencia de obligaciones generales y no tanto de obligaciones especiales, es decir de obligaciones de todos y no tanto de obligaciones meramente posicionales...»⁹.

Este punto de vista moderno sobre la universalidad de los derechos humanos, dimensión racional, es equiparable a los planteamientos iusnaturalistas de la escuela protestante moderna desde Grocio en adelante, cuando pretendía estudiar el Derecho, prescindiendo de sus formas históricas, como si fuera una figura geométrica abstracta, y es susceptible de las críticas que se han hecho y, muy sólidamente, contra el iusnaturalismo.

La universalidad de los derechos humanos desde el tiempo, su validez para todos los tiempos, trae causa de la universalidad racional analizada. La descontextualización de los derechos supone situarlos también por encima de la historia, aunque esta afirmación plantee problemas adicionales que la vinculan con la tercera perspectiva, la universalidad de los derechos en el espacio, especialmente

⁷ Vid. Revista «Doxa», nº. 4. Alicante, 1987, págs. 33 y ss.

⁸ Vid. el artículo de Laporta citado, pág. 34.

⁹ Vid. el mismo artículo, pág. 35.

importante para el análisis del Derecho internacional y para los problemas de la guerra y de la paz, que es también deudora de la primera concepción.

Podríamos decir que la universalidad racional es una forma de legitimar a las otras dos aproximaciones o que éstas, en última instancia, descansan o se enraízan en aquélla. De todas formas conviene matizar desde ahora que los modelos teóricos puros se presentan con perfiles más complejos y difuminados en la realidad y que se puede presentar frente a este universalismo fuerte, un universalismo débil, menos completo y cerrado, que repercutirá también en la universalidad temporal y espacial de los derechos. Aunque así como la temporal reduce el factor histórico hasta hacerlo irrelevante, porque los derechos son de todos los tiempos, la espacial convierte en esencial el factor territorial y el esfuerzo por extender los derechos por todas partes.

Desde el punto de vista de los tipos de reflexión que suscitan cada una, hay que precisar que la universalidad racional se plantea en la discusión sobre el fundamento y el concepto de derechos humanos, la histórica en lo que he llamado el proceso de generalización de los derechos y la espacial, en él de internacionalización. Las dos primeras son hoy más teóricas y doctrinales, aunque la generalización representó una importante lucha especialmente en el siglo XIX, y la tercera está hoy, además de en un plano teórico, en el núcleo de una lucha práctica por la extensión a todas las zonas del mundo de los derechos humanos, superando la idea de que se encuentran en el ámbito de la jurisdicción doméstica de los Estados y con el lento avance de normas a nivel regional (europeo o americano) o mundial (de Naciones Unidas). En este campo es meritorio y digno de señalarse el esfuerzo adicional de las organizaciones no gubernamentales.

Los problemas teóricos de la universalidad

Sin perjuicio de los antecedentes greco-romanos o medievales, la idea de universalidad de los derechos aparece en el mundo moderno, desde el humanismo jurídico, y el iusnaturalismo renacentista y alcanza su plenitud con la filosofía de la Ilustración, que fortalecía la idea de universalidad, desde principios racionales y abstractos válidos para todos los tiempos y todas las naciones. El universalismo racional aparece desde entonces como motor del histórico y del espacial.

La Declaración de 1789 era más que una declaración de derechos, era todo el programa político y constitucional de la modernidad,

y en él ocupará un lugar preeminente la idea de universalidad de los derechos. Son naturales, inalienables e iguales para todos, y de ahí derivará su universalidad, que convierte a la Declaración en un modelo de organización política, con el poder limitado, con la supremacía de la ley, y con la afirmación capital de que una sociedad que carece de separación de poderes y de garantía de los derechos no tiene Constitución.

Tocqueville expresará muy hermosamente esta vocación universalista de la Revolución de 1789 y de su Declaración de derechos.

«La Revolución francesa no ha tenido territorio propio, más bien su efecto ha sido el de borrar, de alguna manera, del mapa todas las antiguas fronteras. La hemos visto acercar y dividir a los hombres al margen de las leyes, de las tradiciones, de los caracteres, de la lengua, haciendo a veces a los adversarios compatriotas y a los enemigos hermanos; o más bien ha formado por encima de las nacionalidades particulares, una patria intelectual común donde los hombres de todas las naciones han podido convertirse en ciudadanos...»¹⁰. De forma magistral, este texto, por encima de las matizaciones lingüísticas y conceptuales que hemos esbozado, presenta la unión profunda entre la universalidad racional de los derechos y sus prolongaciones históricas y espaciales.

Es verdad que la afirmación del artículo 16 de la Declaración es contradictoria con la universalidad, al exigir la garantía de los derechos y su positivación Constitucional, al menos con el modelo de esa universalidad que presenta el profesor Laporta.

Pero este modelo que será el del humanismo laico, frente a los textos americanos, como la Declaración de los Derechos del Buen Pueblo de Virginia, que es de 1776, con mayor influencia religiosa, encontrará ya desde sus primeros pasos la crítica del historicismo y del utilitarismo, desde el modelo del viejo y buen Derecho de los ingleses. Por señalar una posición, que junto con la de Bentham es de las más significativas, recordemos la de Burke en sus «Reflexiones sobre la Revolución Francesa».

«El Gobierno no se crea en virtud de derechos naturales, que pueden existir y existen, totalmente independientes de él y con mucha mayor claridad y un grado mucho mayor de perfección abstracta; pero su perfección abstracta es su defecto práctico... Estos derechos metafísicos que entran en la vida común como rayos de luz que penetran a través de un medio denso son, por lo general, refractarios. Es más, en la grande y complicada masa de pasiones y preocupaciones humanas, los derechos primitivos de los hombres sufren una variedad tal de refracciones y reflexiones que resulta absurdo hablar

¹⁰ Vid. «L'Ancien regime et la Revolution», Flammarion, París, 1988, pág. 105.

de ellos como si mantuvieran la simplicidad de su dirección original...»¹¹. Sin perjuicio de su raíz política conservadora estas observaciones de Burke deberán ser tenidas en cuenta. En general en relación con las críticas al modelo racionalista de la Ilustración y sobre todo a los excesos escolásticos que llegan hasta nuestros días o a formulaciones que coinciden, en parte, con el modelo, es necesario prestarles mucha atención, aunque se compartan los planteamientos decisivos del mismo. Defender hoy el modelo de los derechos que arranca de la Revolución exige muchas matizaciones y yo preferiría hablar de modelo ilustrado corregido, especialmente en relación con la universalidad de los derechos. También hay que distinguir las críticas internas que pretenden corregir y rectificar, pero desde el interior y aceptando la filosofía y sus raíces ideológicas.

Para concretar nuestra tesis tenemos en cuenta las plurales aportaciones críticas internas, aunque debemos conocer y valorar las dimensiones que puedan tener las externas.

Así una valoración hoy, a finales del siglo XX, de la universalidad de los derechos humanos, debe conocer las críticas externas desde las que rechazan el concepto mismo, como la reacción antimoderna de Bonald o de Maistre o la posición de la Iglesia católica en el siglo XIX, desde la Encíclica «*Mirari Vos*» de 1832 hasta la «*Libertas*» de 1888, que convierte en rechazable esa pretensión de inocencia histórica cuando afirma hoy que es defensora permanente de los derechos.

Basta como botones de muestra estos ejemplos. La Iglesia sitúa en la Encíclica «*Quod Apostolici Muneris*» entre los errores modernos aquellos que «... atribuyeron al hombre cierta desenfrenada libertad», y en la «*Diuturnum*» León XIII rechaza el consentimiento como origen del poder o Gregorio XVI en la «*Mirari Vos*» califica de «pestilente error» a la libertad de conciencia. Los ataques a la libertad de prensa, al conjunto de las libertades modernas, la defensa de la censura y la represión frente al error, la defensa como único derecho humano, rechazando los demás, de la propiedad o la condena del sufragio o del principio de las mayorías, sitúan a la Iglesia del siglo XIX en las antípodas de los derechos humanos. Aquí la crítica al concepto mismo y por consiguiente a la posibilidad de su universalidad se hace desde otra universalidad, que pretende imponer su modelo de ética privada a través de la ética pública, desde propuestas cerradas y dogmáticas.

También en esta línea está la crítica del romanticismo, con Möser, con Herder o con Schelling, de la Escuela Histórica, o de las filosofías

¹¹ Reflexiones sobre la Revolución Francesa en «*Textos Políticos de Burke*», Fondo de Cultura Económica, México, 1ª. ed., 1942. 1ª. reimpresión 1984, pág...

cíclicas de la historia de Spengler, de Toynbee o de Schubart, e incluso de Max Scheller, que en su Sociología del saber atacaba el prejuicio europeísta de Hegel o de Marx. Foucault, después de la segunda guerra mundial, llevará su relativismo hasta relativizar la propia idea de hombre, y le considera «... como una invención reciente, una figura que no tiene ni dos siglos, un simple pliegue en nuestro saber y que desaparecerá en cuanto éste encuentre una nueva forma»¹². Althusser le seguirá sosteniendo la irrelevancia del concepto de humano o de humanidad, que está en la raíz de la universalidad de los derechos.

«El hombre es un mito de la ideología burguesa. La palabra hombre es sólo una palabra. El lugar que ocupa y la función que ejerce en la ideología y la filosofía burguesa le confieren su sentido...»¹³.

En realidad estas críticas que van de Spengler a Foucault, como recuerda Sebrel¹⁴, señalan como «la idea de humanidad y universalidad de la historia surge en un lugar determinado de Europa, y en una época determinada, los siglos XVIII y XIX...». Señala un nuevo flanco a las críticas externas que afectan al universalismo en el tiempo y en el espacio. Resulta que esas concepciones están situadas en el tiempo y en el espacio, y pretenden estar fuera de esas coordenadas al defender la universalidad de los derechos. Se introduce un factor político, de poder y de exportación de modelos de convivencia. Por eso la universalidad de los derechos se combate desde el relativismo cultural y desde el nacionalismo. En esta línea, Levy Strauss acusará a la humanidad de instalarse en la monocultura y afirma tajantemente que «... ninguna fracción de la humanidad dispone de fórmulas aplicables al conjunto y que una humanidad confundida en un género de vida único es inconcebible porque sería una humanidad cosificada...»¹⁵.

En «Race et histoire» continuará su planteamiento «... No hay y no puede haber una civilización mundial en el sentido absoluto que se concede a ese término, pues la civilización implica la coexistencia de culturas que ofrecen el máximo de diversidades entre sí...»¹⁶. Es una buena plataforma que la Unesco ampliará desde la idea de la identidad cultural para impugnar el proceso de internacionalización de los derechos que expresa la universalidad territorial de los mismos. Una buena expresión de hasta dónde ha calado esta mentalidad está en la voz «derechos humanos» de la Enciclopedia del pensamiento

¹² Las palabras y las cosas, Siglo XXI, México, 1968, pág. 89.

¹³ «Para una crítica de la práctica teórica», Siglo XXI, México, 1974, pág. 37.

¹⁴ Vid. «El Asedio a la modernidad», citado, pág. 32.

¹⁵ «Tristes Tropiques», Plon, París, 1955, pág. 27.

¹⁶ París, 1967, pág. 77.

político dirigida por David Miller, y que redacta Peter Jones. profesor en la Universidad de Newcastle upon Tyne.

«El carácter universalista de los derechos humanos ha conducido a algunos a expresar sus temores ante el imperialismo cultura que podría suponer. La idea de que los individuos de todo el mundo deben llegar a un acuerdo sobre sus derechos humanos, podría autorizar a los entusiastas de este peculiar desarrollo de la cultura europea para tratar sin miramientos otras culturas que no compartan esta concepción de la vida buena y la sociedad justa...»¹⁷.

Es verdad también que la universalidad de los derechos ha sido utilizada muchas veces para justificar la intervención de las potencias hegemónicas, y ha estado presente en el lenguaje y en los razonamientos de imperialismo y del colonialismo. La política de Estados Unidos es un buen ejemplo, pero con todo y aunque se deba denunciar esas manipulaciones, esas técnicas que envilecen un hermoso ideal, no se puede prescindir de una idea de la unidad de la condición humana y de una universalidad humanista sobre los fines morales del hombre. En todo caso las críticas internas han corregido, al menos en parte los excesos del racionalismo abstracto que expresa una posición como la del profesor Laporta.

Entre estas críticas internas podemos señalar la corrección positivista, la corrección histórica y la corrección realista, que afectan al Derecho en general y también a las teorías sobre los derechos fundamentales y sobre su universalidad. Como veremos, estas críticas afectarán a las tres dimensiones de esa universalidad, la racional estará afectada por la positivista, la temporal por la histórica y la espacial por la realista.¹⁸

La corrección positivista, la más antigua de todas, pero también la más viva, actúa sobre la dimensión iusnaturalista del universalismo, que resucita reiteradamente. La corrección histórica actúa sobre la idea de razón abstracta y la realista recuerda las dimensiones fácticas, económicas y sociales de los derechos y la incidencia sobre la idea de universalidad.

Ya en la propia Declaración de 1789 en su artículo 16¹⁹, se afirma que la garantía de los derechos, junto con la separación de poderes es condición para la existencia de la Constitución, como veíamos, y en el propio iusnaturalismo racionalista, fundamentalmente contractualista, está el caballo de Troya de la positivación de los derechos. En efecto, estos derechos para ser efectivos necesitan incorporarse al

¹⁷ Alianza Diccionarios, Madrid, 1989, págs. 150 y 151.

¹⁸ Citado por Sebrelí en «El asedio a la modernidad».

¹⁹ Vid. Peces-Barba, Hierro, Iñiguez de Onzoño y Llamas. «Derecho positivo de los Derechos Humanos», Debate, Madrid, 1984.

Derecho positivo (Pufendorf). La corrección sobre la idea más radical de la Universalidad de los derechos, es que moral y Derecho no pueden confundirse, que se deben distinguir, y que los derechos no lo son plenamente hasta incorporarse al Derecho positivo. Anteriormente son pretensiones morales y no Derecho, y no se alcanza a comprender la razón de esa confusión, aunque parece que deriva precisamente de la necesidad de defender el, a priori, de la universalidad.

En definitiva, el Derecho no se identifica por su moralidad, sino a través de los cauces de identificación que sus normas establecen (norma básica de identificación de normas) y de la práctica de sus operadores jurídicos al aplicar sus normas. Veremos como se puede plantear, si es que se puede, la universalidad de los derechos, después de esta corrección positivista.

Por otra parte, se impugnará también la idea del carácter intemporal y abstracto de los derechos, desde un cierto historicismo moderado que señala que la razón está siempre situada en la historia y que el factor histórico es decisivo en los derechos humanos, que son un concepto histórico propio del mundo moderno, impensable desde categorías premodernas. En efecto, las condiciones económicas, sociales, culturales y políticas del tránsito a la modernidad, precipitarán y explicarán la idea de derechos humanos²⁰. Estamos ante una impugnación frontal de la universalidad temporal de los derechos humanos. Los rasgos de evolución de los derechos, desde los iniciales modelos inglés, americano y francés, de los siglos XVII, el primero y XVIII, los dos restantes, que he caracterizado como de positivación, generalización, internacionalización y especificación²¹, confirman desde la realidad, el fundamento de esa corrección al modelo abstracto y racionalista del iusnaturalismo, que hoy defienden los partidarios de los derechos morales.

Finalmente, la crítica realista que pone de relieve la dimensión fáctica de efectividad, y la imposibilidad de un normativismo que prescinda de los factores culturales, sociales y económico tiene especial incidencia en nuestro tema. Ya no es sólo una crítica al enfoque iusnaturalista, sino también al positivismo clásico, que culminará en la ingente propuesta de Kelsen. La universalidad espacial se verá condicionada por el analfabetismo, la escasez, la pobreza, el hambre y desde luego por la inexistencia real de sistemas políticos democráticos únicos que asumen e impulsan la cultura de los derechos fundamentales.

²⁰ Vid. mi libro «Tránsito a la Modernidad y Derechos Fundamentales», Mezquita, Madrid, 1982.

²¹ Vid. mi «Curso de Derechos Fundamentales», citado «Las líneas de evaluación de los derechos fundamentales», págs. 134 a 168.

La universalidad de los derechos, como rasgo a priori de los mismos que condiciona su concepto es impugnada desde sectores del pensamiento que comulgan con sus objetivos, tanto en su dimensión racional, la base de las demás, como en su dimensión temporal y espacial y eso puede conducir al rechazo de la idea de universalidad de los derechos, separándoles de su raíz ilustrada y de sus orígenes liberales. Sería, a mi juicio, una conclusión precipitada que dañaría este concepto decisivo para el desarrollo de la democracia y para que el hombre pueda elegir libremente su moralidad en las sociedades actuales. Pero por otra parte esas críticas internas, que tienen fundamentos sólidos, obligan a una reelaboración del concepto de universalidad de los derechos humanos, tal como lo presentan hoy los defensores de un modelo racionalista abstracto. Una propuesta razonable parece posible con la doble función de atender esos argumentos de peso críticos y al mismo tiempo mantener las virtualidades de la idea de universalidad.

Una propuesta sobre la universalidad de los derechos

No se puede mantener la propuesta de universalidad en el modelo abstracto que hemos expresado con las palabras del profesor Laporta, porque partimos de que los derechos no lo son plenamente hasta que se incorporan el ordenamiento positivo. También lo entiende así el profesor Prieto, «por la obvia razón de que todos los sistemas jurídicos conocidos presentan un ámbito de validez limitado»²². Propone un mantenimiento de la idea de la universalidad desde el Derecho positivo, afirmando que «... un derecho será universal cuando su ejercicio se atribuya a toda persona dependiente de la jurisdicción de un país...»²³. No me parece el buen camino porque desaparecerá, lisa y llanamente, la universalidad racional, que es el fundamento de la temporal, y de la que es más importante hoy prácticamente, que es la espacial. Me parece más razonable seguir por el camino de Laporta, para ver si las discrepancias son meramente verbales y no de fondo. La universalidad como a priori no se puede predicar desde la positividad, tampoco tiene mucho sentido afirmar para proclamarla como hemos dicho, que los derechos son morales y deben ser considerados exclusivamente desde esa vertiente. Lo importante es, a mi juicio, que la universalidad tiene que plantearse desde la moralidad y en nuestro caso desde la de los derechos, desde las pretensiones morales justificadas que se convierten en derechos,

²² «Estudios sobre Derechos Fundamentales», Debate, Madrid, 1990, pág. 80.

²³ Obra y página citadas en nota anterior.

cuando se positivizan. En el fondo, al menos en parte, estamos ante una mera disputa verbal estipulando un sentido u otro para el término «derechos».

Hay, sin embargo, una discrepancia más de fondo, puesto que las pretensiones morales que fundamentan cada derecho, tienen un carácter histórico que aparece cuando surge la necesidad, o cuando el progreso técnico lo permite. No hay pretensión moral que conduce a la libertad de prensa hasta que ésta se consolida en la Europa de los siglos XVIII y XIX, ni secreto de las comunicaciones, que sustituye a la inviolabilidad de la correspondencia, hasta que aparece el telégrafo, el teléfono o el correo electrónico, ni derecho al medio ambiente hasta que la humanidad se siente amenazada por la polución, o la suciedad en el aire o en el agua. Tampoco aparece la necesidad, ni por consiguiente la pretensión moral, para crear derechos de la persona concreta, hasta que no se comprende, desde finales del siglo pasado, que los derechos del destinatario abstracto, del «homo iuridicus», no resuelven algunas necesidades específicas, de la mujer, de los niños, de los ancianos, de los consumidores, etc. Por cierto, que la aparición de estas pretensiones morales, luego convertidas en derechos en el proceso de especificación son una forma visible de impugnación de la universalidad abstracta, como lo es también la aparición de los derechos que se fundan en el disenso y no el consenso, como la objeción de conciencia.

Para mantener la imprescindible idea de universalidad a priori hay que elevarse desde las pretensiones morales concretas que respaldan cada derecho, a la moralidad genérica que respalda al conjunto de los derechos. Quiero decir que una afirmación sobre la universalidad se puede hacer desde la moralidad de los derechos, que es la idea de dignidad humana y de los grandes valores de libertad, de igualdad, de seguridad y de solidaridad, que de una forma y otra han estado siempre presentes en la historia de la cultura, aunque es indudable que las grandes formulaciones han aparecido principalmente, aunque no exclusivamente en la cultura europea y occidental²⁴. 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). La universalidad a priori es de esa ética pública de la modernidad que es la ética de la democracia (principios de organización del poder) y de los derechos humanos. Me parece que los objetivos que se pretenden, en relación especialmente con la universalidad espacial se consiguen

²⁴ Vid. en «El Derecho de ser hombre», edición de Jeanne Hersch para la Unesco, Tecnos, Madrid, 1973.

con este planteamiento de la universalidad de la moralidad básica que justifica los derechos humanos, y que permite mantener su permanencia, junto con la historicidad y la variabilidad de algunas pretensiones morales que fundamenten derechos, al hilo de un tiempo histórico. Lo universal es la moralidad básica de los derechos, más que los derechos mismos, al menos en esta consideración «a priori». No se puede dudar que la construcción teórica de este gran edificio de la cultura que es la ética pública ilustrada, de la modernidad, tiene una vocación de universalidad que se fundamenta en los valores básicos que defiende y que arrancan de la idea de dignidad humana. Esta dignidad se expresa en que el hombre es un ser comunicativo, y social que vive en diálogo con los demás, a través del lenguaje racional, capaz de construir conceptos generales, y un ser moral y de fines que construye su propio ideal de vida, su propia moralidad privada, en convivencia con los demás. Son los valores morales que hacen posible una vida social conforme con esa dignidad humana, a través de una organización social democrática y que desarrolla esa moralidad pública en forma de principios de organización social y de derechos humanos, lo que es universal. Hablar de universalidad de los derechos humanos en ese sentido racional es sostener la universalidad de esa moralidad básica que fundamenta los derechos. La universalidad temporal sería congruente, con esa concepción, si se acepta su limitación en cuanto a la cristalización de la moralidad en la forma «derechos humanos», al mundo moderno y como concepto histórico. Es decir, que afirmar que los derechos humanos son un concepto histórico, no es incompatible con la universalidad de la moralidad básica de la dignidad humana.

Finalmente, en cuanto a la universalidad espacial, donde caben, en líneas generales, las argumentaciones anteriores, se puede sostener, porque eso tiene sentido para luchar contra los nacionalismos y los que consideran que los derechos son cuestión doméstica e interna de los Estados, una universalidad de los derechos, de los que vayan apareciendo en cada momento histórico, que normalmente suponen la impugnación de los ya existentes, siempre que se considere como una meta, como un punto de llegada y no como un punto de partida. El Derecho internacional de los derechos humanos no debe encontrar dificultades teóricas para propugnar su generalización a todos los Estados, tanto en su sistema interno, como en el sistema jurídico internacional. Sus problemas vienen de cómo alcanzar un auténtico cosmopolitismo jurídico, sin monopolio efectivo de la fuerza legítima, en un auténtico estado de naturaleza entre los Estados. También encontrará dificultades en la escasez, en la deuda o en el control de la producción de los países ricos respecto a los pobres, en la desigualdad y en la pobreza de las personas y también de muchos Estados.

Creo que con estos matices la defensa teórica de la universalidad de los derechos está ganada y nadie tiene buenas razones que oponerle.

Si tuviéramos que resumir la idea de la universalidad de los derechos la centraríamos en los siguientes puntos:

1. La universalidad racional es de la moralidad básica de los derechos, y no de cada derecho como derecho moral.

2. Este punto de vista se extiende tanto a la temporal como a la espacial, aunque en esta última deben tenerse en cuenta la crítica realista y los elementos sociales culturales y económicos que son obstáculo para la efectiva implantación de los derechos.

Sin la solución de estos problemas, muchos derechos serán imposibles en esas sociedades, e incluso los que no tienen relación directa con la escasez y con la pobreza, sufrirán por el analfabetismo y la falta de nivel cultural.

3. La universalidad espacial o territorial es una meta a alcanzar o un punto de llegada que debe superar los nacionalismos, los particularismos, y las teorías de la jurisdicción doméstica en este campo.

La universalidad de los derechos específicos

El proceso de especificación de los derechos supone que frente a los derechos del hombre y del ciudadano que son los del modelo inicial de la ética pública de la modernidad, los individuales, civiles y políticos, se produce una concreción de los titulares, que no abarcan ya al genérico «homo iuridicus», destinatario general de esas normas de derechos humanos de las primeras generaciones, sino que se centran en aquellos colectivos situados por razones culturales, sociales, físicas, económicas, administrativas, etc., en una situación de inferioridad que es necesario compensar desde los derechos humanos. Son derechos fundados en el valor igualdad y que utilizan la técnica de la equiparación, si lo vemos desde el punto de vista de los objetivos, y de la diferenciación, si lo vemos desde el punto de vista de los medios empleados. Lo que identificará, al menos inmediatamente a esos derechos es esta técnica de la diferenciación, tratar desigualmente a los desiguales, aunque la cabal comprensión del problema de la universalidad de esos derechos sólo se podía producir atendiendo a los objetivos de equiparación. En todo caso, se trata de derechos otorgados apartadamente y específicamente a colectivos como las mujeres, los niños, los ancianos, los minusválidos, los usuarios de los servicios públicos o los consumidores²⁵, para resolver situaciones

²⁵ Vid. el «Curso de derechos fundamentales», citado, págs. 154 y siguientes.

de inferioridad de esos colectivos, consiguientemente con criterios distintos que suponen derechos subjetivos, libertades, potestades o inmunidades sólo para los miembros de esos grupos, aunque la finalidad es que con esas ayudas, en forma de derechos fundamentales, puedan equipararse al resto de los hombres y ciudadanos, que no están concernidos y no son titulares de esos derechos porque no lo necesitan. Podríamos decir que son derechos que surgen precisamente para que sus destinatarios puedan llegar a gozar igual que el resto de los titulares, de los derechos individuales, civiles y políticos de los mismos. También podríamos aproximarnos a su identificación señalando que son apoyos adicionales que esos colectivos necesitan, y no los hombres y ciudadanos que no forman parte de los mismos, para poder alcanzar el pleno desarrollo de su personalidad, es decir, para elegir libremente su ética privada.

Si lo vemos desde este punto de vista, debemos convenir que la razón de su existencia puede abarcar también a aquellos derechos económicos, sociales y culturales que, impulsados por el socialismo democrático y el liberalismo progresista, se ponen en marcha en el seno del Estado social para favorecer a los trabajadores y a los menos favorecidos para que puedan satisfacer necesidades básicas para su desarrollo personal, y que no podrían alcanzar sin esa ayuda. Aunque Bobbio no esté pensando en ellos al plantear esa noción del proceso de especificación²⁶, se pueden equiparar a los derechos de los colectivos concretos que aparecerán en el siglo XX, como derechos de un colectivo marginado, político, social y económicamente, en el siglo XIX y que entonces se identificaba con la noción de clase trabajadora.

Planteado en esos términos el problema, conviene reflexionar sobre la posibilidad del rasgo de la universalidad y las modalidades que tendría, en estos derechos colectivos que son específicos y que no abarcan a todos los hombres. La respuesta que se dé, es no sólo de gran importancia teórica, sino que puede abrir una vía de salida a los problemas derivados de la crisis del Estado social, y que se centran principalmente en el esfuerzo económico que este proceso de especificación exige de los poderes públicos y de los presupuestos. En definitiva, este tipo de derechos choca para su eficacia plena con la barrera de la escasez.

Partiendo de las precisiones de significado iniciales, y de la propuesta que sobre la universalidad de los derechos se formula, son necesarias algunas matizaciones complementarias para poder situar el tema. Esta aproximación analítica se puede concretar en las siguientes perspectivas:

²⁶ Vid. «El tiempo de los derechos», citado, introducción, págs. 15 y siguientes.

1. La universalidad concernida es la racional, y por consiguiente de lo que se trata en el fondo, es de saber si estos derechos lo son, en su fundamento y su concepto, igual que los individuales, civiles y políticos. Los problemas de universalidad espacial y temporal se resolverían según sea la respuesta a la universalidad racional. La respuesta negativa permitiría rechazar la identificación de estos derechos, incluidos los económicos y sociales que arrancan en el XIX, con los derechos clásicos y por consiguiente limitar su concepto, identificándolo sólo con esos derechos clásicos. Esta es la posición liberal clásica y también la neoliberal actual. Coincide prácticamente, en los efectos y en las consecuencias, con la posición marxista, en su revisión leninista, que afirmaba el valor igualdad, realizándolo desde el poder del Estado y no desde la técnica de los derechos. La postura liberal valora los derechos clásicos y rechaza como derechos los económicos y sociales, y aunque no de manera tan expresa el resto de los derechos de la persona situada, sí la técnica de la especificación diferenciada como apropiada a la cultura de los derechos. La postura del revisionismo leninista, no valora los derechos clásicos, ni tampoco los derechos específicos. Para los primeros la igualdad como diferenciación no cabe en el concepto de los derechos y para los segundos el concepto de los derechos no vale en general ni tampoco para realizar la igualdad como diferenciación.

2. De acuerdo con nuestra propuesta general, la universalidad racional es de la moralidad básica, de los grandes valores que son la raíz de los derechos y no de cada derecho en particular, como derecho moral. Esto significa que realmente a lo que debemos responder es a si esos derechos específicos están amparados y responden en última instancia la moralidad básica y universal, que aparece claramente en los derechos clásicos. La universalidad deriva de que esos derechos, como desarrollo de la moralidad básica, son los instrumentos de organización de la sociedad, del poder y del Derecho, adecuados para hacer posible el desarrollo moral de todas las personas. Es una universalidad, a priori, del punto de partida predicable de todas las personas, titulares de esos derechos, aunque sabemos que esa universalidad del punto de partida derivada de la afirmación de que todos los hombres nacen y permanecen libres e iguales en derechos, y de la idea de que esos derechos son derechos naturales, propias ambas del modelo inicial clásico de la ética pública de la modernidad, tuvo dificultades prácticas en la historia, porque se negaba su efectividad a quienes no tuvieran una cultura y unos medios económicos²⁷.

²⁷ Vid. el proceso de generalización en «Curso de Derechos Fundamentales», citado págs. 139 y siguientes.

Hoy, superado ese problema, se puede afirmar la universalidad de la moralidad básica de los derechos clásicos que se concibe como una universalidad conceptualmente a priori, es decir como un punto de partida igual para todos, como destinatarios de esos derechos, con independencia de las incidencias históricas de su implantación temporal y espacial. Si limitamos la universalidad a esa dimensión aquí dibujada como universalidad del punto de partida, tendríamos que negar ese rasgo a los derechos situados en el ámbito del proceso de especificación, incluidos los derechos económicos y sociales del XIX, puesto que su desarrollo de la moralidad básica, no se concreta en una titularidad de todas las personas, sino sólo de colectivos concretos.

3. Debemos, por consiguiente, indagar si universalidad debe ser equiparada a universalidad del punto de partida o si se podría concebir una universalidad del punto de llegada. A mi juicio se pueden distinguir dos modalidades en la universalidad racional de los derechos: una universalidad del punto de partida y una universalidad del punto de llegada. La primera parte de una moralidad básica afirma que todos los hombres nacen y permanecen libres e iguales en derechos (art. V de la Declaración de los derechos del hombre y del ciudadano de 1789), desde la mentalidad de los derechos naturales propia de la época. Los derechos individuales, civiles y políticos arrancan de esa moralidad básica y reflejan en su concepción esa universalidad del punto de partida. Históricamente aparecen en ella mezcladas dimensiones del ser y del deber ser, o dicho de otra manera, participan de la cultura del iusnaturalismo que confunde el deber -ens et bonum convertuntur-. Hoy el problema ha dejado de serlo, puesto que la moralidad básica que sustenta a los derechos civiles y políticos es generalmente reconocida en su generalidad, y por consiguiente es aceptada la universalidad como punto de partida.

La segunda que hemos llamado la universalidad como punto de llegada distingue claramente entre el ser y el deber ser. En el ser, en la realidad de muchas relaciones sociales la desigualdad impide que se pueda hablar de universalidad, o, si lo vemos desde otra perspectiva, que la moralidad básica de los derechos -libertad, igualdad, solidaridad y seguridad-, de la que se predica la universalidad racional, pueda afectar a esas situaciones. Lo que se genera de la comparación entre esa moralidad básica y esa realidad de desigualdad de determinados colectivos, es la toma de conciencia de la necesidad de acciones positivas para superar esa situación y restablecer el equilibrio, entre aquellas que pueden, por sí mismos, resolver sus problemas de educación de salud, de seguridad social, de vivienda, etc., y que no se encuentran en relaciones sociales de inferioridad (mujeres, niños, minusválidos, consumidores, etc.), con los que son incapaces por sí

mismos de satisfacer una serie de necesidades básicas o de actuar en las relaciones sociales en condiciones de igualdad.

El gran descubrimiento cultural, a raíz de los derechos económicos y sociales, y después por imitación de los colectivos marginados o de las personas situadas en relaciones sociales de inferioridad, es la utilización de los derechos fundamentales para resolver esos problemas, atribuyendo derechos a esos colectivos específicos, con la finalidad de restablecer la igualdad, a través de las técnicas que algunos llaman de discriminación inversa, pero que yo prefiero denominar menos escandalosamente de igualdad como diferenciación, tratando desigualmente a los desiguales, es decir construyendo derechos no para todos, sino sólo para los que necesitan el restablecimiento de la igualdad. No estamos en una universalidad del punto de partida y los medios de la igualdad como diferenciación así lo acreditan, pero si estamos en la universalidad del punto de llegada, puesto que el objetivo de esa organización de derechos específicos, es restablecer, o al menos acercarse a la equiparación de todos, superando esa desigualdad, con el trato desigual a los menos favorecidos. Se trata con los derechos específicos no de arrancar de la moralidad básica, sino de llegar a esa moralidad básica, que configura los grandes valores de la ética pública de la modernidad. A ese objetivo lo podemos identificar como la universalidad del punto de llegada. Así se explica ahora la afirmación que hacíamos al principio de que estos derechos integrados en el proceso de especificación se basan y se fundamentan en el valor igualdad. Utilizan como medio la igualdad como diferenciación, y pretenden alcanzar como fin la igualdad como equiparación.

Esta caracterización de los derechos en el proceso de especificación con este dinamismo desde la igualdad como diferenciación a la igualdad como equiparación, y la atribución a los mismos de este rasgo de la universalidad en el punto de llegada distingue a los derechos del hombre situado, de los privilegios del hombre medieval, que no tenían un objetivo de igualación, sino de trato diferenciado estático a determinados colectivos, no por encontrarse en situación de inferioridad, sino por encontrarse en situación de superioridad, o por pretender que llegase a alcanzar una situación de superioridad. En los derechos modernos del hombre situado, el trato diferenciado pretende conseguir la igualdad, en el privilegio medieval, el trato diferenciado pretende conseguir y mantener la desigualdad.

Podemos, por consiguiente, concluir en esta reflexión que los derechos situados en el llamado proceso de especificación son universales en el sentido que hemos dado aquí a ese concepto, con la precisión añadida de la distinción entre universalidad del punto de partida y universalidad del punto de llegada. Se puede decir que esta

distinción entre el ser y el deber ser, y la utilización de la técnica de la igualdad como diferenciación, plantea siempre una acción positiva de los poderes públicos, y muchas veces exige la cooperación de particulares y grupos sociales, y que está afectada por el problema de la escasez, puesto que los derechos en este ámbito tienen contenido económico, o suponen una inversión o un esfuerzo económico. Una vez más vemos cómo una dimensión identificadora de los derechos, su universalidad, como aquí la hemos planteado, debe ser también resuelta en el ámbito de la eficacia y no sólo en el de la justicia y de la validez. La cooperación de particulares y grupos sociales añadirá al valor igualdad, el de solidaridad, como fundamento de estos derechos.

La universalidad de los derechos económicos y sociales y la crisis del Estado Social

Esta forma de entender la universalidad, y la inclusión, entre los derechos específicos y de la persona situada, de los derechos económicos y sociales, permite plantear una propuesta ante la crisis del Estado social, en aquellas dimensiones de la misma generadas por demandas excesivas de titulares de esos derechos y, por el déficit económico, que alcanza a la crisis fiscal del Estado, producido por la financiación de los mismos.

En la organización práctica de derechos económicos y sociales, como el derecho a la educación o a la protección de la salud, se equipara a estos derechos con los individuales, civiles y políticos, y se les sitúa en la universalidad como punto de partida. Esta equiparación tiene como consecuencia que no sean derechos para unos sectores concretos de la población, sino que la meta ideal, el objetivo político, será su generalización. Se convierten en derechos del hombre y del ciudadano, atribuidos a todos, y no tienen como meta alcanzar la igualdad como equiparación, que sólo sería posible en el caso de que se hubiera utilizado como medio la igualdad como diferenciación. El serio error de concepto en estos derechos es que sirven para mantener la desigualdad, y actúan, para aquellos beneficiarios que no los necesitan realmente, como los privilegios medievales y potencian la desigualdad. Tratan igualmente a desiguales con consecuencias injustas. Por ser concebidos como derechos universales desde el punto de partida, no consiguen mantener la universalidad en el punto de llegada. Sin embargo, estos derechos que satisfacen necesidades que sus titulares no pueden satisfacer por sí mismos, y que comprometen fondos públicos, y una acción positiva de los poderes públicos, como derechos de crédito, se sitúan claramente,

como hemos señalado, en el ámbito de los derechos específicos, de las personas situadas. Es por consiguiente un exceso no justificado atribuir esos derechos a personas que tienen posibilidades de satisfacer por sí mismos esas necesidades, por tener una capacidad económica suficiente. Su universalidad no es del punto de partida y no están amparados por la moralidad básica, mas que en aquellos supuestos que, al no poder satisfacer por sí mismos esas necesidades, necesitan del tratamiento de la igualdad como diferenciación, por la acción de apoyo y promoción del Derecho del Estado social. La extensión de esos derechos a todos crea un amplio grupo de titulares de los mismos, que no tienen un apoyo en la moralidad básica, puesto que no necesitan esos derechos para el desarrollo pleno de su personalidad. En un contexto de escasez suponen un despilfarro que carece de razón, y como hemos visto carecen del rasgo de la universalidad, que no es ni la del punto de partida, ni tampoco la del punto de llegada. Si situamos a estos derechos como derechos del hombre concreto, en el ámbito del proceso de especificación, y con una universalidad en el punto de llegada, eso exige un trato desigual a través de la igualdad como diferenciación, excluyendo de la titularidad de los mismos a quienes no los necesitan. Es posible que ese planteamiento complique la gestión administrativa, exija inspecciones y vigilancias y pueda producir algún tipo de fraudes o de ocultaciones, para acceder a esos derechos, por parte de personas que deberían estar excluidas. Pero es igualmente cierto que puede ser una solución práctica, que disminuya los problemas de escasez y de falta de recursos que están en la raíz de la crisis del Estado social. A veces las demandas excesivas pueden favorecer las críticas al Estado social, y esta reconducción de las demandas, especificando sus titulares, con un serio apoyo en la reflexión y el pensamiento sobre el auténtico sentido de la universalidad de los derechos, puede al contrario permitir su relanzamiento y su potenciación.

Generalizar la titularidad del derecho a la educación, en sus contenidos y prestaciones de carácter económico, o la gratuidad de las prestaciones sanitarias, o de la sanidad pública es un error de concepto con graves efectos prácticos. No parece que pueda oponerse a este planteamiento el argumento de que esas personas pagan sus impuestos y tienen derecho a esas prestaciones. A ninguno de ellos, aunque paguen impuestos se les ocurriría reclamar derechos de los niños o de los minusválidos, si no lo son. En el mismo sentido, no deben reclamar la satisfacción de necesidades básicas, con contenido económico, a cargo de los poderes públicos si pueden satisfacerla por ellos mismos. Quizá la fórmula correcta sería que quienes no lo necesiten puedan acceder a esos servicios públicos de la enseñanza o de la sanidad, pagando la totalidad de su coste o, al menos, parte

importante de él, mientras que el derecho fundamental, de crédito, quedaría reservado a aquellos colectivos concernidos por la imposibilidad de satisfacerlos por sí mismos. Así aplicando la igualdad como diferenciación, para alcanzar la equiparación, en una universalidad del punto de llegada, se pueden encontrar salidas y soluciones a la crisis del Estado social.

La universalidad de los derechos es un buen instrumento intelectual de uso político y jurídico para sostener y luchar por la efectiva implantación de los derechos en todas partes, pero una convencional aproximación a la misma puede ser insuficiente, e incluso, inadecuada para alcanzar esos fines. Una reflexión más problemática, más crítica, desde la Filosofía del Derecho, puede a la larga ofrecer más instrumentos útiles para los objetivos principales. Con esa intención he planteado los problemas y esbozado las soluciones que se presentan en este trabajo.

DOXA 15-16 (1994)

