

Los derechos humanos ante la crisis sistémica del siglo XXI

Emilio Polo Garrón¹
Universidad Complutense de Madrid – España
y Universidad Nacional de Colombia

Recibido: 17/05/2019 – Aprobado: 27/11/2019

DOI: <https://doi.org/10.22490/26655489.3164>

Resumen

Nunca en la historia de la humanidad se ha tenido tanta certeza de la finitud de las posibilidades espaciales a la que se enfrenta el ser humano dentro de este planeta. Las infraestructuras y los medios de comunicación, entre otros, nos han acercado al último confín de la Tierra. Ya prácticamente nadie en este universo finito puede refugiar su pensamiento en lo local exclusivamente. Aunque sea por resistencia al pensamiento civilizatorio hegemónico capitalista global, las identidades locales también están forzadas a pensar desde lo global para entender a lo que se enfrentan. El primer escollo que aparece cuándo nos preguntamos qué es la dignidad del ser humano, está totalmente condicionado desde la posición geoespacial e identitaria desde dónde nos hacemos la pregunta. Toda forma de pensamiento o conocimiento está *situado*. Por lo anterior nos vemos obligados a encontrar una respuesta en torno a los interrogantes planteados sobre la dignidad humana que sirva al conjunto de la humanidad desde el estudio de los Derechos Humanos. Entre los grandes inconvenientes para llegar a un punto en común en torno a los derechos humanos destaca la mirada eurocéntrica de la academia, de las instituciones o desde los distintos ámbitos económicos, políticos o sociales que dificultan los espacios de intercambio honesto de ideas entre diversas formas culturales de entender el mundo.

Palabras clave: derechos humanos, desarrollo, eurocentrismo, desigualdad social, derechos fundamentales, violencia.

¹ Politólogo Universidad Complutense de Madrid, magíster en Cooperación Internacional y Desarrollo de la Universidad Pontificia de Comillas. Docente Universidad Nacional de Colombia y Universidad Nacional Abierta y a Distancia.

Introducción

Nunca en la historia de la humanidad se ha tenido tanta certeza de la finitud de las posibilidades espaciales a la que se enfrenta el ser humano dentro de este planeta. Las infraestructuras y los medios de comunicación, entre otros, nos han acercado al último confín de la Tierra. Ya prácticamente nadie en este universo finito puede refugiar su pensamiento en lo local exclusivamente. Aunque sea por resistencia al pensamiento civilizatorio hegemónico capitalista global, las identidades locales también están forzadas a pensar desde lo global para entender a lo que se enfrentan.

Ya no existe la mirada perdida en el horizonte, en la puesta de sol más allá de la línea que define el inmenso océano. Ya no existe el sueño que imagina qué habrá del otro lado del mar o de la montaña que son los únicos espacios posibles de nuestra existencia en este mundo. El interrogante en todo caso sigue estando en qué hay más allá de nuestra propia existencia. El ser humano ha llegado y está y sabe, aunque sea de manera manipulada y sin procesos de reflexión alguna, lo que ocurre en todos los lugares del planeta casi en tiempo real.

A pesar de este momento histórico en el que las sociedades andan desorientadas ante sucesos colosales como lo es el cambio climático o la cada vez mayor desigualdad a escala mundial, no dejan de oírse una y otra vez preguntas que han estado desde la noche de los tiempos detrás de la mirada de las ciencias sociales: ¿qué es ser humano?, ¿qué es la dignidad del ser humano?, y, más aún, ¿existe la posibilidad de dar una respuesta universal a estos interrogantes?

Uno de los primeros problemas que subyacen a esta cuestión deviene de la concepción lineal de la historia como única posibilidad de entender los procesos que nos han hecho ser como somos. La mirada lineal en esta reflexión del pensamiento eurocéntrico que está detrás de la práctica totalidad de las manifestaciones académicas occidentales² pone a prueba el propio concepto de universalidad. Estas preguntas que nos hacemos no son planteadas

² No nos estamos refiriendo a occidental en unas coordenadas precisas desde el punto de vista geoespacial, sino a la forma de mirar al mundo desde lo cultural-identitario. El pensamiento eurocéntrico está presente en el andamiaje social tanto en las sociedades de países de Europa, como en Japón o en Chile.

ni respondidas de igual manera en las diferentes sociedades. Por tanto, el primer escollo que aparece cuándo nos preguntamos qué es la dignidad del ser humano está totalmente condicionado desde la posición geoespacial e identitaria desde dónde nos hacemos la pregunta. Toda forma de pensamiento o conocimiento está *situada*.

Entre los grandes inconvenientes para llegar a un punto en común en torno a los derechos humanos destaca la mirada eurocéntrica de la academia, de las instituciones o desde los distintos ámbitos económicos, políticos o sociales que dificultan los espacios de intercambio honesto de ideas entre diversas formas culturales de entender el mundo. Este eurocentrismo sólo es capaz de entender la historia del ser humano como un proceso lineal desde un punto cero hasta el infinito, cuyo vector temporal lo demarca la idea de progreso en términos capitalistas. Esta miopía epistémica facilita posturas que defienden la violencia como única solución de ruptura con ese esquema, como única posibilidad de cambio en la situación opresor-oprimido (Arendt, 2005, p 40). Es más, la idea de progreso choca con el límite medioambiental que nos acerca a una situación de colapso civilizatorio, si no cambia la mirada hacia los ecosistemas como un lugar exclusivamente de uso y transformación de los recursos naturales para la satisfacción de las necesidades materiales del ser humano.

A pesar de todo no son pocas las resistencias globales no eurocéntricas que cuestionan si los derechos humanos son un patrimonio puramente europeo (o si se quiere occidental) que debe ser asumido con total naturalidad por otras miradas desde otras latitudes que, además, no ha de olvidarse han sufrido procesos largos de colonialismo y que en estos momentos aún soportan lo que Aníbal Quijano y otros autores definen como colonialidad (Quijano, 2006). Nos referimos al mantenimiento de las relaciones asimétricas desiguales entre el centro y la periferia dentro del sistema mundo en el que nos encontramos una vez concluida la fase de emancipación de las colonias con relación a las metrópolis durante el siglo pasado. Esta situación la observamos en aquellos países que se han esforzado por defender la relación inseparable entre derechos humanos y democracia, al mismo tiempo que exportan este ideario a través de acciones militares como coartada para adquirir zonas de influencia estratégica con relación a sus intereses económicos o el del poder corporativo al que están vinculados. La reacción ante este suceso de la persona sometida u oprimida es la de rechazar no sólo el carro de combate o el uniforme del invasor

sino todo lo que representa culturalmente. Las artes, la ciencia o el universo epistémico no serán separados de la acción violenta del invasor. Las personas oprimidas rechazarán todas estas esferas que legitiman una situación que se les impone a través de la violencia³.

Nos vemos obligados a encontrar una respuesta en torno a los interrogantes planteados sobre la dignidad humana que sirva al conjunto de la humanidad. Por extensión, se debiera considerar que los derechos humanos deben estar orientados en su definición e interpretación a ser inclusivos con las diferentes maneras de ver el mundo. Claro está, asumiendo que nos adentraremos en una discusión relacionada a cómo se resuelven los conflictos que se puedan dar sobre este asunto complejo sin caer ni en el relativismo cultural ni en la imposición civilizatoria por asimilación.

Es preciso, pues, no rehuir la pregunta sobre qué son los derechos humanos, no ya desde una definición clara y precisa, sino intentando diferenciarlos de otros conceptos. Posiblemente, en este sentido, asumiendo su carga eurocéntrica, el desarrollo del constitucionalismo europeo con sus avances y retrocesos puede ayudar a determinar cómo se han ido considerando los derechos intrínsecos al ser humano por el hecho de ser persona hasta llegar a la actualidad y si es posible establecer una universalidad cuando se propone fijar su alcance.

Por último, se tratará una cuestión polémica y de gran complejidad, esto es, si es factible y/o necesario poner límites a estos derechos inherentes a la condición de ser persona, es decir a los derechos humanos.

1. Los derechos humanos y otros conceptos afines

Los derechos humanos son difíciles de definir. Quizás esta aseveración es la que pone de acuerdo con la academia al enfrentarse a esta cuestión. De las múltiples complejidades

³ Esta situación descrita no debería ser ajena a la experiencia histórica de España. Situación similar, con todas las cautelas temporales que se deben tener ante esta comparación, aconteció tras las invasiones napoleónicas. Este momento histórico es clave para entender cómo el rechazo al invasor supuso simultáneamente el rechazo a todo lo que representaba, Ilustración y valores adquiridos tras el proceso revolucionario francés incluidos, y que sometería a España en un pozo de sombras que aún hoy la siguen condicionando como nación. Sobre las invasiones francesas: Álvarez Junco, José. *Mater Dolorosa*. Madrid, Taurus (2001), p 119 y ss.

que aparecen cuando se quiere acotar una definición de estos derechos sería conveniente referirse a dos. Por un lado, cuesta llegar a la conclusión de si todos los derechos son humanos. Si esto fuera así, una definición de estos dejaría de tener sentido. Por otro lado, los cambios de necesidades y percepciones de la sociedad hacen que se vayan sumando a la complejidad de la definición cada vez más característica, anexa a la idea inicial que se podría tener sobre qué son estos derechos. Para poder arrojar algo más de luz y lograr mantener una postura que no caiga en la ambigüedad, puede ayudar la distinción entre las diferentes tesis que reflexionan sobre la naturaleza jurídica de los derechos. Nos referimos a la tesis suprajurídica, a la tesis positivista y, finalmente, se encontraría la que se podría definir como tesis ambivalente. (Escalona, 2004)

La primera tesis citada defiende la naturaleza suprajurídica de los derechos humanos, esto es, son cercanas a las posturas iusnaturalistas. Se trata de una defensa del uso de categorías relacionadas con los derechos naturales o derechos morales para referirse a estos derechos. El punto de partida de la reflexión gira en torno a la existencia de lo que se podría definir como derecho natural en tanto en cuanto a la firme creencia en un orden jurídico por encima de las leyes positivas. Ese derecho natural es asumido como un derecho objetivo. Dicho de otra manera, como un conjunto de normas que tienen su origen generalmente en anclajes religiosos⁴, en la naturaleza humana o en la razón de los seres humanos. De esas normas del derecho natural objetivo se derivan unos derechos subjetivos, que se definieron como derechos naturales y que hoy podría decirse sin problemas que son los que se refieren como derechos humanos. Esta tesis sostiene que el derecho positivo debe reconocer los derechos naturales que la persona por el hecho de ser tal posee; es decir, derechos que tienen plena validez jurídica como facultades intrínsecas de las personas. Lo que en última medida se está haciendo es reconocer aquello que ya existe, por tanto, lo que se propone es constatar que algo tiene existencia previa. ¿Previa a qué? Clarísimamente se está refiriendo previa a la existencia del Estado mismo. En definitiva, el acto de reconocimiento por parte del derecho positivo es un acto declarativo, no constitutivo. Cobra gran importancia esta reflexión porque es donde residiría la legitimación del carácter de universalidad de estos derechos, es decir, serán extensibles a cualquier ser humano y en cualquier lugar. Por consiguiente, los derechos humanos serían facultades de las que disponen todas las personas apoyadas, no ya en las normas positivas, sino en un orden suprapositivo.

⁴ Imposible negar la tradición judeocristiana occidental cuando se reflexiona sobre la universalidad de los derechos de todas las personas en tanto que, según esta doctrina, todas las personas son hijas de Dios.

El siguiente grupo de tesis defienden exclusivamente la naturaleza positiva de los derechos humanos. Estos derechos deben tener una naturaleza jurídica si se les quiere denominar derechos. Esta tesis es sostenida por quienes defienden el uso de la expresión derechos públicos subjetivos, y por la mayoría de quienes usan la expresión "libertades públicas" o "derechos fundamentales". Estaríamos ante una concepción legalista de los derechos, en la que sólo las leyes positivas pueden dar origen a derechos. Si estos llamados derechos no están incorporados al ordenamiento jurídico no se pueden considerar como tales y, al incorporarlos, habría que definirlos como fundamentales. Consecuentemente se entendería que el derecho positivo no reconoce derechos anteriores a la existencia del Estado. Es el derecho positivo el que constituye los derechos, los hace nacer a la vida jurídica. En este punto es importante hacer mención, a lo que podría llamarse ciudadanía (como categoría de pertenencia social y sujeta a garantías de derecho), por la que cada persona reconocida como ciudadana⁵ va a disponer de una serie de derechos que son exclusivamente los formulados en las leyes positivas y que presentan medios eficaces para su garantía, tutela y efectividad. ¿Y entonces antes de la positivización de los derechos cómo podríamos llamar a estos? Según estas tesis se podría hablar de valores, de exigencias morales o de situaciones futuras deseables, pero no propiamente de derechos o de pretensiones jurídicamente exigibles.

Por último, podríamos hablar de tesis que defienden la ambivalencia de estos derechos, o lo que es lo mismo, que en los derechos humanos convergen tanto valores como la positividad ya mencionada. Estaríamos en presencia de la defensa de la esencia de los derechos humanos desde dos dimensiones. Una de ellas refuerza la idea de que estos derechos no se pueden entender sin los valores éticos y morales que focalizan el camino a seguir, el anhelo deseable o lo que estos derechos deberían ser. La segunda dimensión apunta a que estos derechos encarnan un proyecto de ruptura por la vía emancipadora concreta frente a una situación anterior no reconocida, ya no de lo que "debería ser",

⁵ Por tanto, todas las personas en tránsito o que no esté regularizada su situación de residencia tendrán problemas para que se les reconozcan uno de los derechos humanos que establece las propias Naciones Unidas. Ejemplo de esto fácilmente visible se puede encontrar en casos tan graves como pueden ser el de las personas que están recluidas en los Centros de Internamiento para Extranjeros (CIE) o las famosas situaciones denominadas "devoluciones en caliente" que están llevando a cabo las fuerzas y cuerpos de seguridad del estado español desde Ceuta y Melilla.

sino de lo que “es”, lo que se define como derechos subjetivos. Los derechos humanos, de este modo, serían pretensiones de un derecho futuro basado en valores morales, y, de la misma manera, desde el momento que se introducen al ordenamiento jurídico, son entendidos como derecho positivo.

Ya no es tan sencillo distinguir claramente estos derechos en función de su naturaleza si nos referimos a titulares o a destinatarios de los derechos. Robert Alexy aparentemente logra clarificar esta cuestión porque se atreve a dotar a los derechos humanos de unas características que los definen y que intentaremos analizar a continuación. (Alexy, 2007)

a. Universalidad. Titular de los derechos humanos es toda persona por el mero hecho de serla. En cuanto a los destinatarios, interpretando a Alexy, está bastante claro que, más allá de otras consideraciones, los derechos humanos se dirigen hacia el estado, es decir, dirigidos a poner límites al poder del Estado y, por extensión, al de las mayorías dentro del Estado Democrático de Derecho (y en la actualidad a una fase posterior de entender al Estado, esto es, como Estado Constitucional Democrático). Pero hay que ser consciente de la dificultad a la que hay que enfrentarse a sabiendas que muy pocas personas pueden ejercer estos derechos⁶. Dicho de otro modo, los derechos humanos hoy en día están más cerca de deseos o categorías morales de futuro que incluidos en los ordenamientos jurídicos de gran parte de los estados. Vermengo, comentando a Francisco J. Laporta, intenta superar esta preocupación defendiendo que a pesar de que no podemos eludir tal realidad, *“para hablar de una norma universal en cuanto a su ámbito personal basta admitir que todo ser humano individual es sujeto de derecho en algún sistema de derecho positivo, sistemas estos coordinados por normas internacionales”* (Vernengo, 1990). En este punto varios autores, entre ellos el propio Laporta, intentan aterrizar la universalidad de los derechos humanos desde posturas suprajurídicas, más o menos argumentando que es más lógico y menos controvertible ubicar los derechos humanos en su componente moral más que legal. Es decir, podemos pensar en una moral universal que poseen todos

⁶ El propio Alexy también reconoce esta situación cuando comenta los tres problemas, al menos, que presenta la universalidad de los derechos humanos. Véase Alexy, Robert “La institucionalización de los derechos humanos en el estado constitucional democrático”, *Derechos y Libertades*, N.º 5 (2000) p 24 y ss.

los seres humanos. Esta cuestión, volviendo a las líneas que se han estado defendiendo desde el principio de este artículo, es más que discutible si creemos que la moral "eurocéntrica" es la moral que debería ser intrínseca a la condición humana de todas las personas que habitan el planeta. De hecho, no es de extrañar que detrás de muchas de las acciones coordinadas en el exterior de gobiernos occidentales se utilice como legitimación este aspecto de superioridad moral de nuestra manera de entender el mundo. Estaríamos frente a lo que desde las Teorías de Construcción de Paz se denomina violencia cultural como legitimadora de la violencia directa y la estructural. (Galtung,2003)

Quizás es muy probable que si de lo que se trata es de defender la existencia de los derechos humanos, de los que fueron, de los que son y de los que serán, se debería aceptar como una premisa más que válida que el derecho es la razón de ser de la norma y, por tanto, cualquier tipo de reflexión racional llegaría a la conclusión de que estos derechos deberían estar situados antes de los propios derechos subjetivos asumiendo conscientemente la carga ideológica que puede tener esta afirmación. No se puede dejar de hacer mención de que las teorías iusnaturalistas sirvieron como legitimación a la burguesía liberal y al pensamiento individualista (pensamientos anclados en su génesis a un modelo de exclusión claro hacia mujeres, esclavos, clases populares campesinas que aún perdura en el tiempo) para fortalecer su posición en una sociedad estructurada en jerarquías. Por tanto, las tesis actuales de los derechos humanos harían bien, tal y como refleja Marcelo Neves (2004), en señalar la dimensión inclusiva de los mismos, haciendo a todos los seres humanos partícipes del ordenamiento jurídico y rechazando cualquier tentación de justificación de valores éticos de carácter particular que deberían ser asumidos colectivamente y que pretenden ser exportados a todo el universo conocido. Este punto es clave, sobre todo cuando Neves (2004) llega a definir los derechos humanos "como expectativas normativas de inclusión jurídica de todos y cada una de las personas en la sociedad (mundial) y, por consiguiente, de acceso universal al Derecho en cuanto subsistema social (autónomo)". Por tanto, será la dimensión negadora de los derechos humanos por la exclusión jurídica de grandes grupos de

población mundial lo que justamente dará el sentido a la necesidad de estos y a su positivización. Y lo que es más importante, se erigirán como derechos frente al Estado, pero también ante el orden internacional, dando una nueva dimensión al concepto de ciudadanía que, interpretando a Neves (2004) puede determinarse como una dimensión reflexiva de los derechos humanos que es asumida por el ordenamiento jurídico estatal y supranacional.

b. Validez moral. Los derechos humanos para Alexy son derechos morales. No existiría posibilidad de disociación con relación a esta característica. Estamos ante una justificación de estos derechos cercana a posturas iusnaturalistas. Se justifica la validez de estos más allá de su positivización. Como ya se ha ido reflejando con anterioridad no se trata de que la moralidad de estos derechos esté desconectada de su inclusión en el ordenamiento jurídico, al contrario, es que la autoridad moral de estos derechos es lo que justamente motiva el proceso de legalización positiva. Alexy nos recuerda que lo que logra determinar la concepción moral de estos derechos es el proceso racional que debe acompañar cualquier reflexión sobre los mismos. Alexy, si se sigue el proceso lógico que propone, lograría romper con la justificación temporal de los derechos humanos en cuanto a derechos desarrollados, entendidos y compartidos a lo largo de la historia dentro de la franja fijada por la Modernidad. Va a ser la capacidad del ser humano para entender su esencia en términos racionales la que derive en la validez de la existencia de derechos moralmente asumibles por todas las personas del planeta y no para centrarse exclusivamente en un estudio histórico de cómo han surgido. De nuevo es inevitable toparse con la dificultad ya señalada de si es posible determinar una moralidad universal. No obstante, quizás sería más útil situar la moralidad de estos derechos como la fórmula que nos permite diferenciar a los derechos humanos de otros derechos positivos, garantizando, al mismo tiempo, su validez moral jurídica y su proceso de positivización. Esta justificación racional consigue que los derechos humanos sean incluidos en el ámbito de la legalidad sin perder su validez moral y sin renunciar a sus contenidos. A la validez racional moral se le suma la legal. El verdadero problema surge cuando es necesario preguntarse sobre qué derechos son los que deberían ser considerados como humanos; esto es, qué derechos poseen ese rasgo moral. Cuestión que sin lugar a duda nos traslada hacia el problema de su fundamentación⁷.

⁷ A esta inquietud de Alexy habría que insistir en añadir la obligación que deberían tener las posiciones más eurocéntricas de analizar cuáles son los derechos que desde la

c. Fundamentalidad. O lo que viene a ser la legitimación y justificación de normas morales que garantizarían que los derechos humanos no son meros deseos. Alexy nos propone una defensa de la obligación que existiría en la protección de las necesidades fundamentales del ser humano y que determinaría el componente de dignidad intrínseco que posee toda persona. La conexión entre fundamentalidad y el valor moral de un derecho se situaría dentro de un proceso lógico-racional de reflexión por el que cuanto más se pueda argumentar un derecho frente a todos más se justificaría su fundamentalidad. De nuevo surge la pregunta de qué se está entendiendo por todos. Si la cuestión se circunscribe a una reflexión dentro de un marco estatal, donde exista la más cuestionable certeza de que haya parámetros identitarios comunes más allá de cuestiones que deriven en conflictos, se podría estar de acuerdo con Alexy. Pero si se procede a hacer el mismo ejercicio desde una perspectiva supranacional, la cuestión se complica. Sobre este asunto, Vermengo cuestionando a Laporta (y se entiende que por extensión a Alexy) tiene muchas dificultades para aceptar la validez de la reflexión racional o lógica que fundamenta, desde la moralidad, los derechos como parte de una teoría, es decir no es posible desde esta postura darles tratamiento teórico. Para Vermengo claramente *"no es la moral el orden que justifica y funda valorativamente al derecho, sino que, en el mundo contemporáneo, la moral sólo vale como un modo subalterno del derecho, como una forma de manifestación del poder social"* (Vernengo, 1990). Habría que atreverse a añadir que la moral como modo subalterno del derecho podría explicar la justificación de las políticas exteriores de muchos países occidentales.

La fundamentalidad de los derechos humanos es entendida no sólo como parte de la reflexión racional que permite determinar que hay unos derechos intrínsecos al ser humano y vitales para garantizar la dignidad de este. También los derechos humanos se entienden como fundamentales en el momento que son incorporados a los procesos constitucionales desde la modernidad. Posturas desde esta perspectiva siguen preguntándose si es posible hablar de derechos previamente a la existencia del Estado moderno. Desde la postura positivista más rigurosa se insiste en que

Modernidad se han considerado moralmente defendibles e irrenunciables y que además se considerarían como universales.

va a ser la legitimidad formal la que determine si un derecho es fundamental para el ser humano. Para el positivismo los derechos han de ser incorporados al ordenamiento jurídico y pasarían a definirse como fundamentales, como ya se ha señalado. Si se analiza este asunto desde la legitimidad material plantearíamos que los derechos humanos deben integrarse a las leyes positivas, señalando la importancia de estos como valores éticos mediadores entre política y derecho y que definen la esencia del estado de derecho, dentro del sistema democrático liberal representativo, como modelo de organización jurídico-política (Escalona, 2004). En este sentido, si se echa un vistazo a los procesos constitucionales de varios países, tanto occidentales como de otras latitudes del planeta, podría comprobarse que hay derechos que por su carácter vital han sido incorporados a las distintas constituciones pero que a menudo pareciera que no son más que una declaración o proclama de los mismos. Por lo tanto, no está tan claro que esto quiera decir que estén protegidos o que puedan ser ejercidos. De nuevo, se volvería a una disyuntiva sobre si es posible hablar de derechos que, aun estando en las constituciones, no estén protegidos y puedan ser disfrutados. Palombella (1999), sostiene que tratar este asunto, que de alguna forma sitúa a las garantías de los derechos como una cuestión vital para determinar su fundamentalidad, puede llevarnos a confusiones y que la única manera de salvarlas es separando los derechos de las garantías; esto es, que estas se definan claramente separadas de la esencia y el enunciado del derecho subjetivo al que se esté haciendo referencia (Palombella,1999). Palombella (1999) lo que está pretendiendo es crear una secuencia lógica que logre hacer entender la importancia de que los derechos fundamentales sean tomados como normas jurídicas en sí mismos gracias a su carácter de supraordenación en vez de simples derechos subjetivos. Para este autor quizás se hace necesario distinguir entre garantías, que nos recuerda la escasa protección de un bien, y el valor normativo autónomo del derecho fundamental, que da validez a las normas y a la actuación de los poderes constituidos (Ibid, p, 545). De aquí se ha de deducir que la fundamentación de un derecho no es fácil y que no cualquier opción dentro de una sociedad se va a señalar como fundamental, sino sólo aquella que logre jurídicamente ser un criterio de validez de las decisiones del alcance jurídico vinculantes con el citado derecho (Ibid, 567).

Esta complejidad para diferenciar entre derechos humanos y derechos fundamentales ha llevado incluso a posturas que defienden que son lo mismo y que una posible salida para evitar confusiones sería establecer que el uso correcto que debería utilizarse al referirse a los derechos cuando son positivados e incorporados al ordenamiento jurídico, gozando así de plenas garantías jurídicas, es el de derechos fundamentales. Y cuando estos derechos están recogidos en declaraciones o convenciones internacionales o que representen exigencias en cuanto a la dignidad humana, a pesar de no poseer garantías jurídicas, deberían denominarse derechos humanos (Escalona, 2004)

d. Prioridad. Los derechos humanos serían prioritarios frente al derecho positivo. Alexy condiciona la legitimidad del derecho positivo a que observe en todo momento a los derechos humanos. Que estos derechos son la medida para el contenido del derecho positivo y no a la inversa es lo que el autor señala como prioridad débil. No se concibe un derecho positivo que viole los derechos humanos, aunque habría que hacer el análisis de cuántos ordenamientos jurídicos respetan de verdad esta cuestión y qué implicaciones tiene en la realidad la no observancia de estos. Para Alexy, dentro de esta prioridad débil, incluso el no respeto de los derechos humanos no le haría perder su relevancia jurídica. Esto sólo podría ocurrir en el caso de que se afronte una situación que se denomina prioridad fuerte, esto es, que cuando se vulnera un derecho humano reconocido por parte del derecho positivo, este pierde cualquier tipo de validez. Quizás el ordenamiento jurídico que se pliega dentro de un estado a normas de carácter suprajurídico, por ejemplo, en el caso de reconocerse un ámbito jurídico superior al estatal, puede permitir la existencia de esta prioridad fuerte, aunque lo más común es que esta prioridad no suela darse (Alexy, 2000).

e. Abstracción. Referida a la dificultad para poder circunscribirse a una definición dogmática de los derechos humanos. Esta dificultad, ya no es poner de acuerdo a las diversas posturas sobre qué son estos derechos, sino que radica en cómo se llega a dimensionarlos. Alexy establece tres tipos de dimensiones en las que se puede situar esta abstracción a la que nos referimos. Por un lado,

en cuanto a los *destinatarios*, se reconoce la dificultad de señalar claramente frente a quién están dirigidos los derechos humanos. Pero ¿esta afirmación es correcta? Se podría pensar, viendo el proceso de asunción por parte del constitucionalismo en estos dos últimos siglos, que los derechos humanos dentro del Estado están dirigidos hacia él o, si se quiere, en el caso de las democracias liberales, hacia las mayorías. Si además la obligación a hacer esta reflexión es desde la universalidad, es decir, más allá del estado-nación, es cuando es muy probable que aparezcan mayores dificultades hasta que no existan espacios políticos y jurídicos por encima de los estados encaminados a la gobernanza (democrática) y que establezcan patrones jurídicos de obligado cumplimiento frente a los estados. Alexy, prosigue, una segunda dimensión de la abstracción estaría definida por la modalidad del *objeto del derecho*. Se está refiriendo a si los derechos humanos estarían del lado del respeto absoluto a la libertad de la persona, es decir, a lo que llamamos derecho de defensa en cuanto a la voluntad/ obligación del Estado a no intervenir (tesis defendidas por el liberalismo burgués y que están en el núcleo central de muchas constituciones) o si, por el contrario, el derecho está encaminado a una voluntad positiva, es decir, derechos de protección de intervenciones que atenten contra la dignidad del ser humano. Es muy probable que esta reflexión, en cuanto al objeto de los derechos humanos, determine uno de los campos de discusión y disputa sobre las llamadas generaciones de derechos y su nivel de prioridad. Esta cuestión está totalmente condicionada por las pulsiones sociales que ha vivido el mundo occidental aproximadamente en los dos últimos siglos y que es pertinente pensar que es momento de analizar si se quiere dotar al concepto de derechos humanos de un alcance universal, es decir, más allá de la situación geoespacial central del pensamiento eurocéntrico dentro del sistema mundo. Alexy también sugiere una tercera dimensión en cuanto a la abstracción, esto es, sobre la *restricción del derecho*. Se trataría de ser conscientes de que ningún derecho es ilimitado. Por tanto, los derechos humanos deberían tener límites. Tarea compleja la de poner límites a unos derechos que cuesta tanto trabajo definir y establecer la moralidad (valor) de sus principios como universales.

Parece claro que la abstracción del derecho se hace más compleja cuando se pretende hacer una compilación de derechos que llamamos humanos en el ámbito supranacional y con vocación de universalidad. Entre otras cuestiones porque, para aquellos que sitúan su análisis desde disciplinas no jurídicas, se percibe con claridad la importancia de lo identitario-cultural, político o antropológico en el momento en que se establecen los parámetros que hacen posible un ordenamiento jurídico. Esto no quiere decir otra cosa que las tensiones políticas, tanto en el ámbito estatal como en el supranacional, habitualmente derivan en articulaciones de tratados, convenios, constituciones según el caso, que, al estar diseñadas para alcanzar consensos, suelen usar deliberadamente la abstracción o la generalidad de conceptos como herramienta política, dificultando posteriormente el desarrollo de ordenamientos jurídicos en los que las interpretaciones de lo que reflejan o incorporan no se traduzcan en interminables discusiones jurídicas en cuanto a su aplicabilidad y alcance.

2. Los límites a los derechos humanos y fundamentales

Enorme reto determinar si existen o deberían existir límites a los derechos humanos. Si existe una gran dificultad para llegar a acuerdos sobre lo que son estos derechos ¿cómo podría ser menos complejo determinar sus límites? A pesar de todo (en gran medida desde las esferas políticas y económicas más que jurídicas), no faltan las voces que llaman a la imposibilidad de establecer una serie de derechos universales que tengan como principio y fin la dignidad del ser humano. El relato hegemónico que se impone actualmente es que los derechos humanos son un límite al desarrollo. El desarrollo entendible como crecimiento económico exponencial basado en la acumulación, el crédito financiero y el consumo infinitos (y que además se reparte desigualmente) es el argumento insignia de los paradigmas defendidos desde el pensamiento capitalista neoliberal más ortodoxo que acerca al ser humano por esta apuesta basada en el ecocidio medioambiental a un abismo como nunca se ha conocido. Aquellos países que apuesten por establecer, tanto en su política interior como exterior, patrones de conducta basados en los derechos humanos, se quedarían rezagados en la competitividad salvaje por el crecimiento económico sostenido. No hay que ser muy perspicaz para darse cuenta de que los estados que apuntan estas

reflexiones son los que más están aplicando en el ejercicio político los intereses concretos de grandes corporaciones por encima del interés general (global) de los habitantes de este planeta. Por tanto, la cuestión del límite hacia los derechos humanos no se presenta como una barrera al abuso de poder político o por negar la posibilidad de libertad y soberanía desde posturas cercanas al derecho defensa. La cuestión vuelve a ser ideológica, donde cálculos coste-beneficio se imponen a las reflexiones basadas en la moralidad y en la justicia⁸.

Totalmente relacionado con este asunto la ausencia de instituciones eficaces de carácter supranacional que asumieran decisiones basadas en los derechos humanos y que éstas fueran vinculantes para los estados, es otro de los límites claros a los que se enfrentan los citados derechos. Un límite vital para los derechos humanos que se quisieran impulsar por parte de los organismos internacionales, estaría situado en los propios ordenamientos jurídicos presentes en el estado-nación. Si las constituciones y los ordenamientos jurídicos de un estado no incorporan estos derechos a su ámbito de actuación es muy probable que no sean reconocidos, al menos en su dimensión jurídica⁹. Y si son reconocidos, de alguna manera, se hablaría de derechos fundamentales. Por tanto, cuando las reflexiones conceptuales giran en torno al límite de los derechos, suelen pivotar, más bien, hacia las posibles limitaciones (consideradas como legítimas) a los derechos fundamentales que están recogidas en las constituciones y ordenamientos jurídicos más que limitaciones al logro del ejercicio real de los derechos humanos.

Recordemos que entendemos que los derechos fundamentales se consideran como un límite al poder del Estado y/o de las mayorías dentro de las democracias liberales representativas que son las que (de momento) más abundan en el mundo en la actualidad. Quedaría dirigir la mirada a si es posible establecer límites en el sentido inverso; esto es, hacia el ejercicio de los derechos fundamentales. Prieto Sanchís (2000) entre otros, sostiene que ningún derecho es ilimitado y que en el caso de los derechos fundamentales el límite estará recogido en la propia Constitución o estará en función de la norma que los desarrolle. Pero si se partiera de la idea de que el derecho

⁸ Las restricciones de las posibilidades de articular procesos basados en la justicia universal sería un ejemplo muy claro de esta triste deriva de la geopolítica actual.

⁹ La incorporación de normas supranacionales al ordenamiento jurídico nacional se entiende como una cesión de soberanía que suele tener muchas resistencias en la mayor parte de los países. Un ejemplo muy concreto de esto lo tenemos dentro de la UE en diferentes momentos de su evolución, como es el caso de Tratado de Maastricht o el de Lisboa por poner algunos ejemplos.

fundamental está recogido, entre otras cuestiones, para evitar el abuso de poder del legislador, ya parece más inquietante el hecho de que el propio legislador pueda llegar a cercenar un derecho fundamental, tentación que desafortunadamente ocurre muy a menudo. Se esgrimirá la razón de Estado o el interés general (que muchas veces será un recurso retórico a favor de los intereses particulares de unas élites) para justificar decisiones políticas que afectan seriamente a la esencia de estos derechos¹⁰. No obstante, de manera afortunada hay posiciones que defienden la ilimitabilidad de estos derechos en tanto en cuanto las constituciones deberían proteger la esencia del derecho fundamental en cuestión por muy justificada que esté políticamente la amputación de este, o como señala Sanchís (2000), "no es que los derechos sean ilimitados, sino que la limitación devendría de cómo están expresados en las constituciones". De tal forma que aquellos derechos no catalogados como fundamentales por el texto constitucional serían los que podrían ser limitados por el legislador. Serán, por tanto, las definiciones precisas de los contenidos protegidos por estos derechos las que lograsen evitar la multiplicidad de debates en torno a este asunto.

Pensando en las condiciones de la limitación de los derechos, destacan dos posiciones relacionadas con la cláusula de contención como máxima garantía que tienen los derechos fundamentales frente al poder constituido. Desde la teoría relativa se defiende que el contenido esencial del derecho al que se esté refiriendo es aquel que queda en pie una vez que la medida limitadora adecuadamente justificada ha hecho su labor. Desde la teoría absoluta, en cambio, se señala con rotundidad que todo derecho presenta un núcleo resistente o esencial a cualquier tentación de ser limitado y justifica esta posición alertando que lo contrario abriría una puerta a que el poder político pueda buscar argumentos para dañar el contenido fundamental de un derecho. Teniendo en cuenta las ambigüedades de ciertos textos constitucionales, que han sacrificado claridad a favor de consensos políticos, no pareciera excesivo que la norma limitadora tuviera que justificar por qué se sacrifica el derecho en cuestión; en definitiva, explicar sin rodeos qué beneficio superior es el que se contrapone por medio de esta delimitación.

¹⁰ Ejemplos como el de la prisión en la base norteamericana de Guantánamo o cómo se puede justificar políticamente algo tan atroz como la tortura por fuerzas y cuerpos de seguridad del Estado son buena prueba de ello.

Si se atendiera a la experiencia de cómo el poder político de manera recurrente antepone en su mirada la razón de Estado ya mencionada (que habría que insistir que no siempre está en relación con el interés general) parece claro que se hace necesario proteger la posibilidad de que derechos fundamentales fueran omitidos o dañados por una acción política. Nótese que, si hacemos una traslación de esta idea al ámbito supranacional, donde no hay algo que pueda compararse a un texto constitucional de garantía y protección de los derechos humanos, la conclusión puede ser desoladora. Si el estado que intenta por todos los medios sortear el articulado constitucional para poder llevar a efecto una decisión política que puede lesionar un derecho constitucional, al menos, se cuenta con una barrera importante para poder salir airoso de este hostigamiento. Sin embargo, este mismo Estado no tendrá esas dificultades cuando mire al exterior, siendo su límite su posición de poder en términos geopolíticos frente a otros Estados. Esto podría explicar por qué un país puede torturar a seres humanos en bases militares en el exterior, o externalizar la lesión de derechos por políticas migratorias de vecindad, o invadir países. En definitiva, establecer prácticas que serían intolerables para el ordenamiento jurídico dentro de sus fronteras, pero donde cuenta con mucho margen de maniobra en la escena internacional.

Portanto, bienvenidas sean todas las garantías que supongan que el legislador tenga que justificar una ley que pueda atentar contra un derecho fundamental. Y no habrá mayor justificación que la que emana de la racionalidad cuando se analiza la lesión de un derecho para favorecer otro derecho o una legitimación moral de un fin. La situación ideal sería aquella donde el texto constitucional reflejase sin posibilidad de interpretación los contenidos precisos de los derechos fundamentales y, además, que estos fueran totalmente sensibles a la heterogeneidad y la complejidad de las sociedades que se están conformando globalmente en la época que estamos transitando. Tal y como defiende Neves (2004) las democracias, y su ordenamiento constitucional y jurídico, deberían estimular el disenso como una oportunidad de ir logrando que los derechos humanos pasen a ser los principios rectores de nuestra existencia. Desafortunadamente se está lejos de esta meta que como tal ni tan siquiera está en la mente de los legisladores que articulan sistemas de control migratorio como el FRONTEX¹¹ de la Unión Europea o los Centros de Internamiento para Extranjeros (CIE).

¹¹ Agencia Europea para la Gestión de la Cooperación Operativa en las Fronteras Exteriores

Al no estar en la situación ideal descrita, será la proporcionalidad una de las pocas herramientas que se dispone para resolver la colisión de derechos y, por tanto, la limitación de alguno de ellos. Aunque no deja de ser relevante subrayar que no siempre esta colisión hace referencia a la concepción de los derechos en cuestión, sino a la aplicación de estos. Esta cuestión no es menor, porque de alguna manera nos libra de la preocupación de si la esencialidad de un derecho puede estar en riesgo.

Esta justificación del principio de proporcionalidad no puede conducir a una posición conformista en vez de presentar una crítica constructiva que llevara a plantear la posibilidad de abrir una reflexión sobre cómo mejorar un texto constitucional, siempre desde la perspectiva de no dañar los avances constitucionales en materia de derechos humanos ya recogidos. Si desde el sentido común pareciera que las constituciones deberían ser consideradas como fuente del derecho, lo cierto es que se puede reprochar poco a las posturas que de manera responsable asumen que los textos constitucionales puedan presentar conflictos entre distintos bienes y que lo más sensato es que sea la racionalidad con altas dosis de moralidad la que prevalezcan gracias al proceso de ponderación sobre las manifestaciones de carácter autoritario. Se entendería que ante la dificultad de estar esperando a la reforma o superación de una constitución que presenta zonas de penumbra para arrojar luz sobre la oscuridad, sería el principio de proporcionalidad el que presente algún tipo de solución asumiendo que es difícil encontrar un criterio seguro que aclare cuándo una obligación jurídica puede ser un límite a un derecho fundamental o cuándo se está erigiendo en una interferencia a la libertad esencial. Y sobre todas las cosas porque es importante insistir en que el principio de proporcionalidad no se puede entender sin partir de la premisa de que él mismo forma parte de la interpretación que subraya como necesario controlar el poder limitador del poder político. De aquí se observa que la situación ideal se da cuando el legislador sólo podría intervenir limitando un derecho considerado como fundamental respetando su contenido vital y haciéndolo de manera ponderada. Pero, una vez más, se hace inevitable moverse en zonas interpretativas porque al asumir zonas de penumbra, sin remedio, se presentan dudas sobre la relación entre el principio de proporcionalidad y la esencialidad del contenido de los derechos.

Esta postura no debería llevar a la ingenuidad de no percibir que el abuso del principio de proporcionalidad puede derivar en situaciones desagradables si un texto constitucional presenta severas vaguedades. Su uso indiscriminado o excesivamente habitual llevaría inexorablemente a situaciones incómodas en las que se pone de manifiesto la dificultad para controlar las decisiones judiciales que interpretan constantemente decisiones políticas que han sido traducidas a las constituciones como principios fundamentales para una comunidad determinada¹². Una vez más existen dificultades para situar las fronteras entre la dimensión política y la jurídica; es decir, cuándo se extralimita el poder político atentando contra los derechos o la función del ámbito jurídico. O cuándo este último, por omisión del primero habitualmente, asume funciones que deberían estar en el campo de actuación del legislador.

Estamos ante las dificultades de legitimación de un Estado que se autodefine como democrático y que, por las ambigüedades de su texto constitucionales, a la vez, deja una esfera excesiva de protagonismo al principio de proporcionalidad. O, dicho de otro modo, el legislador que debería obtener su legitimación a través de mecanismos representativos del poder popular puede encontrarse con dificultades a la hora de tomar decisiones legítimas si hay un exceso de normas que le son impuestas. Esta precaución, por otra parte, totalmente certera, sobre la limitación que puede llegar a ejercer el poder jurídico-normativo frente al ejecutivo o legislativo está aún muy lejos de ser tan dañina en términos democráticos como lo es el poder coercitivo que ejercen las grandes corporaciones y el poder financiero internacional condicionando o limitando el mandato popular que le es otorgado a quienes ejercen el poder político del Estado.

3. Conclusiones

Reflexionar en torno a los derechos humanos es transitar por un camino lleno de obstáculos. Esto es cierto, pero no debe servir para llenar de desaliento los pasos encaminados a construir un futuro en el que la dignidad del ser humano esté en

¹² En este sentido, surge la pregunta de cuál es el papel que debería asumir el legislador o, si se quiere, el ámbito del poder político, sobre la limitación de los derechos fundamentales. Si un texto constitucional presentara zonas de vaguedad sería adecuado que al menos el legislador hubiera pensado los mecanismos que serían necesario que operasen al poner en marcha el principio de proporcionalidad como solución a la más que probable colisión de derechos.

todas las miradas y decisiones de las instituciones y las personas que las representan, tanto dentro de los Estados, como en el ámbito supranacional. Es probable que muchas de las personas que asistieron a los primeros procesos constituyentes de la modernidad jamás se pudieran imaginar que determinados derechos, impensables en su momento, ahora hacen parte del ordenamiento jurídico. Qué importante para alcanzar este ideal es entender que la universalidad de los derechos humanos no se puede construir sobre procesos de asimilación de unos parámetros civilizatorios a costa de otras culturas, y mucho menos utilizar la violencia directa, estructural y cultural para este fin. Será la plena consciencia de unos valores compartidos dentro de la diversidad los que darán sentido a la universalidad de la dignidad del ser humano.

Diferenciar semánticamente unos derechos de otros no será tan importante como constatar que hay una serie de derechos que están protegidos en diferentes textos constitucionales y otros, que, sabiendo de su validez moral, no se han logrado incorporar al ordenamiento jurídico que forma parte de los marcos de convivencia dentro de las sociedades contemporáneas. Como ya se ha señalado, será la fundamentalidad de ciertos derechos para los seres humanos la motivación necesaria para darles un marco jurídico, trasladando una serie de valores y deseos a la posibilidad de hacerse realidad. Esto es lo que transformó los derechos humanos en fundamentales a través de procesos de positivización. A pesar de todo sigue existiendo una serie de derechos considerados esenciales para el ser humano y que aparecen recogidos en diversas declaraciones internacionales que nos muestran un camino que debemos seguir pero que aún no ha sido posible alcanzar. Probablemente la postura que mejor sintetiza estas consideraciones es aquella que defiende la ambivalencia de los derechos humanos, donde estos derechos deberían ser entendidos como pretensiones de un derecho futuro basado en valores morales, pero, al mismo tiempo, exigen que sean introducidos al ordenamiento jurídico.

Que los derechos fundamentales se entienden como un límite al poder del Estado y de las mayorías, parece estar fuera de toda discusión. Junto a esta aseveración se materializa la idea de que los derechos no son ilimitados, por lo que se entiende desafortunadamente con frecuencia que es posible hacer el camino inverso; esto es, limitar el alcance de los derechos

fundamentales. Tratar este asunto es extremadamente delicado y más cuando muchos textos constitucionales nacen de procesos complejos de tensión sociopolítica que motivan que los derechos que se recogen en ellos sean interesadamente expresados con vaguedad o ambigüedad, es decir, sujetos a interpretaciones. Estas zonas de sombra son especialmente delicadas cuando se producen colisiones entre derechos, cuestión que, junto a la necesidad de proteger un bien fundamental, ha obligado a desarrollar una argumentación rigurosa basada en la racionalidad que justifique la lesión de un derecho para favorecer a otro. Este proceso de racionalización exige que la decisión última que establece un orden de preferencia entre derechos esté caracterizada por la proporcionalidad.

Para concluir, no se debería pasar por alto que con mayor frecuencia y no sin dificultades, sobre todo en un campo tan poco dado a la flexibilidad epistemológica como es el ámbito jurídico, aparecen reflexiones que, saliendo de esa localización geoespacial occidental o eurocéntrica, aportan miradas muy convenientes para intentar lograr puntos de encuentro sobre cómo entender de manera universal la esencia de los derechos humanos. Compartimos que se hace necesario explorar la idea que defiende de que es el disenso y no el consenso lo que realmente debería definir a las democracias y, por extensión, a los derechos humanos. El disenso en sus coordenadas estructurales y simbólico-culturales en un mundo globalizado, podría ser la medida de los derechos humanos. El conflicto inherente a cualquier sociedad y claramente representativo del mundo global no tiene por qué ser considerado como algo negativo. No debiera ser el conflicto lo que tenga que causar preocupación, sino el que se oculte donde reside la naturaleza del mismo o cuáles son los mecanismos moralmente útiles para superarlo. Los enfoques basados en los derechos humanos que tomen como referencia al disenso nos pueden servir para encauzar la solución a estos conflictos. Pero claro está, dentro de un espacio mínimo que rechace cualquier tentación de caer en el relativismo cultural; esto es, estas diferencias deben estar sujetas a la inclusión jurídica universal y la autonomía discursiva. De aquí se deduce que los derechos humanos se erigirían como la guía de una respuesta normativa que, partiendo de la aceptación de la realidad que nos muestra el disenso, exigirían una formalización de procedimientos de alcance jurídico que tuvieran en cuenta la complejidad y los distintos sistemas de

opresiones sistémicas de la sociedad mundial actual. Sobre esta cuestión se pone de manifiesto cómo a través de las sucesivas incorporaciones de derechos a los textos constitucionales dentro del ámbito estatal se ha logrado incluir al ordenamiento jurídico una serie de derechos que se denominarán fundamentales pero, desafortunadamente, no existe prácticamente la misma posibilidad en estos momentos de hacer lo propio en el ámbito supranacional, trazándose así, uno de los imperativos morales al que tendríamos que dar una rápida respuesta desde los espacios académicos y desde la acción política.

Referencias

- Alexy, Robert (2007) "¿Derechos humanos sin metafísica?". En: *Doxa*, N.º 30.
- Ibídem, (2000) "La institucionalización de los derechos humanos en el Estado constitucional democrático". En: *Derechos y Libertades*, N.º 5.
- Álvarez Junco, José (2001) *Mater Dolorosa*. Madrid, Taurus.
- Arendt, Hanna. (2005) *Sobre la Violencia*. Alianza Editorial.
- Escalona Martínez, Gaspar. (2004) "La Naturaleza de los Derechos Humanos". En: *Pasado, Presente y Futuro de los Derechos Humanos*, UNED, México.
- Galtung, Johan. (2003) *Paz por medios pacíficos; paz y conflicto, desarrollo y civilización*. Colección: Red Gernika. Bakeaz. Centro Documentación Estudios Para La Paz, España.
- Hierro, Liborio (2007) "Los derechos económico-sociales y el principio de igualdad en la teoría de los derechos de Robert Alexy". En: *Doxa*, N.º 30.
- Neves, Marcelo (2004) "La fuerza simbólica de los derechos humanos". En: *Doxa*, N.º 27.
- Palombella, Gianluigi (1999) "Derechos fundamentales. Argumentos para una teoría". En: *Doxa*, N.º 22 (1999)
- Prieto Sanchís, Luis (2000) "La limitación de los derechos fundamentales y la norma de clausura del sistema de libertades". En: *Derechos y Libertades*, N.º 8.
- Quijano, Aníbal. (2006) "Don Quijote y los molinos de viento en América Latina". En: *Revista Pasos*, N.º 127. DEI, San José, Costa Rica. (2006)
- Vernengo, Roberto J. (1990) "Los derechos humanos como razones justificatorias". En: *Doxa*, N.º 7.