

LA INSTITUCIONALIZACIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS EN EL ESTADO CONSTITUCIONAL DEMOCRÁTICO*

Robert Alexy

Catedrático de la Universidad Christian-Albrecht de Kiel



ON frecuencia se dice que existe una estrecha conexión entre derechos humanos y organización del Estado y difícilmente se duda de ello. Problemas presenta la pregunta existente detrás de esta fórmula general, a saber, cómo está constituida esta conexión. Mi tesis dice que la mejor concepción de los derechos humanos puede ser realizada a nivel nacional de la mejor manera en un Estado constitucional democrático. Esta tesis es también de importancia para el problema del cumplimiento internacional de los derechos humanos, el cual no ha de ser tratado aquí. Si sólo hubieran Estados constitucionales democráticos bien organizados, estarían dadas las mejores condiciones para la solución del problema internacional. Para fundamentar mi tesis voy a bosquejar, en

* Traducción: María Cecilia Añaños Meza. Agradezco a Rodolfo Arango su significativa colaboración en la revisión de la traducción. Original: *Die Institutionalisierung der Menschenrechte im demokratischen Verfassungsstaat*, en: «Philosophie der Menschenrechte», ed. por G. Lohmann/S. Gosepath, Suhrkamp, Frankfurt am Main 1998.

primer lugar, una concepción de los derechos humanos definida por cinco características y expondré algunos argumentos en favor de la preeminencia de esta concepción sobre otras. En un segundo paso, he de demostrar que esta concepción de los derechos humanos sólo puede ser realizada tan extensamente en un Estado constitucional democrático, como en realidad es factible.

I. EL CONCEPTO DE DERECHOS HUMANOS

1. De la estructura de los derechos

Los derechos humanos son derechos. Los derechos pueden clasificarse de acuerdo a diferentes criterios. Bajo el punto de vista formal, se recomienda diferenciar entre derechos a algo, libertades y competencias¹. Aquí deben interesar solamente los derechos a algo. Derechos a algo son relaciones normativas entre tres elementos: el *titular* (*a*), el *destinatario* (*b*), y el objeto (*G*) del derecho. Esta relación triádica debe ser expresada a través del operador de derechos «*D*». La forma más general de un enunciado sobre un derecho a algo puede ser expresada como sigue:

DabG

De este esquema surge algo totalmente diferente, dependiendo de lo que se coloque en *a*, *b* y *G*. Si se escoge para *a*, el titular, a una persona natural; para *b*, el destinatario, al Estado; y para *G*, el objeto, la abstención de intervenir en la vida, libertad y propiedad, se obtiene un derecho de defensa dirigido al Estado, propio de la tradición liberal. Si, en cambio, se interpreta *G* como una acción positiva en forma de una prestación de ayuda médica o de asistencia, aparece así un derecho de prestación, como lo recomienda la línea del Estado social y lo enfatiza la línea socialista. Si finalmente, se permite tomar para *a*, el *titular*, también a Estados o pueblos, entonces sólo se tendrá que representar *G* como prestación para la promoción del desarrollo, a fin de obtener los llamados derechos humanos de la

¹ Cfr. al respecto R. ALEXY, *Theorie der Grundrechte*, 2. ed., Frankfurt am Main 1994, pp. 171 ss. (R. ALEXY, *Teoría de los derechos fundamentales*, trad. Garzón Valdés: Centro de Estudios Constitucionales, Madrid 1993, pp. 186 ss.).

tercera generación o dimensión². De este modo, el esquema es neutral frente a las diferentes concepciones de derechos humanos.

Contra la estructura triádica expuesta podría objetarse que en los catálogos convencionales de derechos humanos, en lo general, sólo se trata de un titular y un objeto. Así, el Art. 6 inc. 1, frase 1 del Pacto Internacional de derechos civiles y políticos dice llanamente: «todo ser humano tiene un derecho innato a la vida»³. No se alude aquí a ningún destinatario. Por lo tanto, se podría pensar en atribuir los derechos humanos la categoría de una relación diádica entre un titular y un objeto. De ser así, los derechos humanos no corresponderían a lo que se designa en la terminología clásica como *ius in personam*, sino mejor a lo que allí se denomina *ius in rem*.

No puede dudarse que, por motivos de simplicidad, es a menudo adecuado hablar sencillamente de una relación entre un titular y el objeto del derecho. Sin embargo, ésta es sólo una denominación abreviada⁴. Así, el aludido derecho a la vida, al ser visto más de cerca, resulta ser un haz de derechos al que pertenecen, sobre todo, el derecho dirigido a todos los hombres y a todos los Estados de no ser privado de la vida por ellos y el derecho de ser protegido ante privaciones de la vida por otros seres humanos, cuyo destinatario es el respectivo Estado competente.

La proposición *a* tiene frente a *b* un derecho a *G*, es equivalente a la proposición *b* tiene frente a *a* una obligación a *G*:

ObaG

Esta proposición manifiesta una obligación relacional⁵. Derechos a algo y obligaciones relacionales son dos lados de una misma cosa. Son, hablando en sentido lógico, relaciones conversas. Esto último hace patente que entre derechos y normas existe una conexión necesaria. Ahora bien, no a toda norma válida le corresponde siempre un derecho, pues hay normas que sólo estatuyen obligaciones objetivas; pero siempre que exista un derecho, tiene que valer una norma que lo conceda. La existencia de derechos y

² Cfr. al respecto K. J. PARTSCH, «Das Recht auf "internationale Solidarität" – ein neues "Menschenrecht der dritten Generation"?, en: *Europäische Grundrechte-Zeitschrift* 1980, pp. 511 s.; E. Riedel, «Menschenrechte der dritten Generation», en: *Europäische Grundrechte-Zeitschrift* 1989, pp. 12 ss.

³ BGBl. II 1973, p. 1536.

⁴ Cfr. al respecto m.w.N. ALEXY, *Theorie der Grundrechte*, op. cit. (Nota 1), pp. 172 s. (ALEXY, *Teoría de los derechos fundamentales*, pp. 187 s.).

⁵ *Ibidem*, pp. 185 ss. (R. ALEXY, *Teoría de los derechos fundamentales*, pp. 201 ss.).

la validez de normas son, por tanto, correlativos. El problema de la fundamentación, aplicación y cumplimiento de los derechos humanos es así también el problema de la fundamentación, aplicación y cumplimiento de normas con determinadas estructuras y determinados contenidos.

2. De la estructura de los derechos humanos

No todos los derechos son derechos humanos. Los derechos humanos se diferencian de otros derechos por cinco características: su universalidad, su validez moral, su fundamentalidad, su prioridad y su abstracción.

a) *Universalidad*

En el primer rasgo esencial para los derechos humanos, la universalidad, hay que distinguir entre la universalidad del titular y la de los destinatarios.

La universalidad de la *titularidad* consiste en que los derechos humanos son derechos que corresponden a todos los seres humanos. Esta determinación del círculo del titular plantea tres problemas. El primero resulta de la utilización del concepto de ser humano. La delimitación más clara del círculo de los titulares se logra cuando se define este concepto biológicamente. Contra esto se objeta que ello implica un especieísmo, que se aproxima al racismo⁶. Sin embargo, esta objeción pasa por alto que en la utilización del concepto biológico de ser humano para delimitar el círculo de los titulares, sólo se trata del concepto de derechos humanos, no de su fundamentación. Si las mejores razones hablasen, por ejemplo, en favor de reconocer a los animales el derecho a la vida con el mismo alcance que a los seres humanos, caducaría el derecho a la vida *como derecho humano* y debería crearse algo así como un «derecho de las criaturas» con un círculo de titulares ampliado.

El segundo problema surge cuando, según la determinación aducida aquí del círculo de titulares, sólo los seres humanos, como individuos, pueden ser titulares de derechos humanos. Según esto, los llamados derechos humanos de la tercera generación o dimensión, en cuanto son derechos de comunidades o Estados, no caben en el concepto de derechos humanos. Contra esto podría objetarse que hay buenas razones para los derechos de

⁶ Cfr. C. S. NINO, *The Ethics of Human Rights*, Oxford 1991, p. 35.

comunidades o Estados, como los derechos de los Estados del Tercer Mundo a la ayuda al desarrollo. Nuevamente debe enfatizarse que no se trata aquí de la fundamentación de un derecho específico, sino sólo de la construcción adecuada de un concepto. Si las mejores razones hablan en favor de los derechos de las comunidades y Estados, como por ejemplo, del derecho al desarrollo, debería designarse estos derechos según lo que son, a saber, «derechos de comunidades» y «de Estados». Para los defensores de estos derechos llegaría a perderse, en efecto, la carga valorativo-positiva de significación de la expresión «derechos humanos»; sin embargo, esta desventaja podría ser compensada calificando estos derechos como medios para la realización de los derechos humanos. Esto último tendría la ventaja de aguzar la vista para que estos derechos no devengan en derechos de funcionarios.

El tercer problema se origina en que, aunque siendo los derechos humanos derechos que corresponden a todos, algunos derechos humanos, sin embargo, no siempre pueden ser exigidos por todos. Así, sólo el indigente puede exigir asistencia para sí mismo, sólo el niño, una educación y sólo el amenazado, una protección. Esto hace evidente que los derechos humanos no se diferencian de otros derechos porque son derechos categóricos de acuerdo a su estructura lógica, sino más bien, porque son derechos que corresponden a todos sin necesidad de ser adquiridos. Basta con que alguien sea un indigente, un niño o un amenazado. La situación es diferente en el caso del derecho sobre un inmueble. Por consiguiente, los derechos humanos son categóricos sólo en tanto que no están condicionados a un título adquisitivo⁷.

Lo dicho acerca de la universalidad de la titularidad se puede resumir en que los derechos humanos son derechos que tienen todos los seres humanos, como individuos, independientemente de un título adquisitivo. La universalidad por el lado de los *destinatarios* es más complicada. Se dice frecuentemente que los derechos humanos son derechos *erga omnes*, lo que significa que los derechos humanos son derechos de todos frente a todos. Observando las cosas más de cerca, se hace necesaria una diferenciación. Una primera diferencia consiste en que, como titulares, sólo entran en consideración los seres humanos, pero como destinatarios, tanto los seres

⁷ Condiciones de tipo especial son las cláusulas restrictivas. Sin embargo, detrás de ellas no se encuentra el problema de la titularidad universal, sino la cuestión de la restringibilidad de los derechos humanos.

humanos como también grupos y Estados. Una segunda diferencia no es menos importante. Es la que existe entre derechos humanos absolutos y relativos. Los derechos humanos absolutos son derechos que tienen todos frente a todos los seres humanos, grupos y Estados. El derecho a la vida es un ejemplo. Los derechos humanos relativos son derechos que tienen todos frente a, por lo menos, un ser humano, un grupo o un Estado. Un ejemplo de un derecho humano relativo frente al Estado es el derecho al voto. Todos los ciudadanos de todos los Estados tienen este derecho frente a su Estado. Como ejemplo de un derecho humano relativo frente a un grupo, puede ser mencionado el derecho de todos los niños a recibir asistencia y educación por parte de sus familias.

b) *Validez moral*

La segunda característica esencial para los derechos humanos consiste en que se trata de derechos morales. Un derecho moral existe cuando la norma que lo concede vale moralmente. Una norma vale moralmente cuando puede ser justificada frente a todo el que toma parte en una fundamentación racional⁸. De este modo, los derechos humanos existen precisamente cuando, en el sentido expuesto, pueden ser justificados frente a todos. A la *universalidad de la estructura* de los derechos humanos, la cual consiste en que son básicamente derechos de todos frente a todos, se suma una *universalidad de la validez*, la cual es definida por su fundamentabilidad frente a todo el que toma parte en una fundamentación racional.

Podría pensarse que el carácter moral de los derechos humanos se opone a su institucionalización jurídica. Esta objeción sería acertada, si la calificación de los derechos humanos como derechos morales significara su adscripción al ámbito de la moralidad en sentido kantiano⁹. Este sería el caso, si los derechos humanos fuesen derechos que sólo pueden ser realizados por deber, es decir, por su propia voluntad. Sin embargo, ahora no puede haber duda de que los derechos humanos también pueden hacerse cumplir con la ayuda de la coacción. En la pregunta, si un derecho humano es cumplido o

⁸ Cfr. al respecto R. ALEXY, «Diskurstheorie und Menschenrechte» en: el mismo, *Recht, Vernunft, Diskurs. Studien zur Rechtsphilosophie*, Frankfurt am Main 1995, pp. 127 ss. (R. ALEXY, «Teoría del discurso y derechos humanos», trad. Villar Borda, Bogotá 1995, pp. 63 ss.).

⁹ Cfr. I. KANT, *Metaphysik der Sitten*, en: Kant's gesammelte Schriften, ed. por Königlich Preußischen Akademie der Wissenschaften, T. 6, Berlin 1907/14, pp. 219 s. (I. KANT, *La Metafísica de las Costumbres*, trad. A. Cortina/J. Conill S., Tecnos, Madrid 1989, pp. 23 s.)

no, no es relevante la motivación, sino sólo el acto externo. Por lo tanto, los derechos humanos pertenecen, hablando en sentido kantiano, al ámbito de la legalidad. De este modo, su calificación como derechos morales, tiene exclusivamente el fin de delimitarlos con respecto a los derechos positivos.

Un derecho es un derecho positivo, cuando la norma que lo concede vale social o jurídicamente¹⁰. Aquí sólo debe interesar la validez jurídica. Un derecho que se basa en una norma que vale jurídicamente, debe ser designado como «derecho jurídico-positivo». La adscripción de los derechos morales al ámbito de la legalidad en sentido kantiano, tiene la ventaja de que los derechos humanos pueden ser transformados en derechos jurídico-positivos, esto es: en derecho positivo, primero, sin ningún cambio de su contenido, y segundo, sin pérdida de su validez moral. Con la positivación, se les suma a ellos, solamente la validez jurídica como un fundamento adicional de validez, el que, desde luego, constituye el fundamento de validez decisivo en la discusión jurídica. Así, el carácter moral de los derechos humanos no se opone a su institucionalización como derechos jurídico-positivos.

Objeto de discusión es lo concerniente a qué derechos valen moralmente como derechos humanos. Este es el problema de la fundamentación de los derechos humanos. El problema de la fundamentación de los derechos humanos es el problema más importante y más difícil en la discusión sobre derechos humanos. Sin embargo, éste no será tratado aquí, en aras de una concentración en el tema de la institucionalización de los derechos humanos. La elección de este tema presupone, por cierto, la posibilidad de una fundamentación de los derechos humanos, pues, si éstos no fueran susceptibles de fundamentación, perdería mucho sentido la pregunta por su institucionalización. Sería la pregunta sobre la institucionalización de una ilusión, una decisión o una ideología. Pero, si los derechos humanos son fundamentables, entonces, no son solamente derechos humanos por sí mismos¹¹, sino también derechos humanos fundamentables con determinados contenidos. Aún cuando se tenga que remitir a otros desarrollos¹² para la

¹⁰ Cfr. al respecto R. ALEXI, *Begriff und Geltung des Rechts*, 2. ed., Freiburg/München 1994, pp. 31 ss., 139 ss. (R. ALEXI, *El concepto y la validez del derecho*, trad. M. Seña, Gedisa, Barcelona 1994, pp. 21 ss., 87 ss.).

¹¹ Derechos humanos por sí mismos, serían así como la forma de los derechos humanos.

¹² ALEXI, *Theorie der Grundrechte*, op. cit. (nota 1), pp. 410 ss., (R. ALEXI, *Teoría de los derechos fundamentales*, pp. 435 ss.); el mismo: «Eine Diskurstheoretische Konzeption der praktischen Vernunft», en: *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie*, suplemento 51 (1993), pp. 26 ss.; el mismo: «Diskurstheorie und Menschenrechte», op. cit. (nota 8), pp. 144 ss., (R. ALEXI, «Teoría del discurso y derechos humanos», pp. 97 ss.).

fundamentación, debe decirse al menos qué derechos están presupuestos aquí como derechos frente a todos, esto es, moralmente fundamentables. Éstos son: (1) los derechos de defensa de la tradición liberal, que como derechos a la abstención de otros, esto es, como derechos negativos, protegen bienes de derechos humanos como la vida y la libertad; (2) derechos de protección, que obligan al Estado a proteger al individuo con un actuar positivo ante intervenciones de otros; (3) derechos políticos, que permiten a los miembros de una comunidad jurídica tomar parte en el proceso de formación de la voluntad política; (4) derechos sociales, que protegen el mínimo de subsistencia; y (5) derechos procesales, que garantizan el cumplimiento de los derechos nombrados en (1) hasta (4).

c) *Fundamentalidad*

La tercera característica de los derechos humanos es su fundamentalidad. La fundamentalidad concierne al *objeto* de los derechos. En los derechos humanos se trata de la protección y satisfacción de intereses y necesidades fundamentales. Un interés o una necesidad es fundamental, cuando su violación o su no satisfacción significa, bien la muerte o padecimiento grave, o bien toca el núcleo esencial de la autonomía¹³. Entre la fundamentalidad de los derechos humanos y su validez moral hay una conexión, pero las dos cosas no son idénticas. La conexión resulta de que un derecho, mientras más fácil pueda ser justificado frente a todos, es más fundamental. El amplio consenso sobre el derecho a la vida es un ejemplo. Sin embargo, la fundamentalidad en el sentido definido aquí, no es una condición necesaria de la validez moral. Así, la validez moral de la regla según la cual, uno no debe burlar una fila de personas —a excepción de casos de emergencia—, debería ser moralmente fundamentable en forma leve; aquí entonces, no se trata de algo fundamental para la existencia o la autonomía del hombre.

La limitación de los objetos de los derechos humanos a lo fundamental para la existencia o la autonomía del ser humano, significa que el ámbi-

¹³ Esta definición une elementos de la teoría de la voluntad (cfr. al respecto Fr. C. v. SAVIGNY, *System des heutigen Römischen Rechts*, T. 1, Berlin 1840, pp. 7, 331 ss.) con los de la teoría del interés (cfr. al respecto R. v. JHERING, *Geist des römischen Rechts auf den verschiedenen Stufen seiner Entwicklung*, 5.ª ed., Leipzig 1906, p. 339). A la primera se le adscribe el núcleo esencial de la autonomía, a la última, la muerte y el sufrimiento grave. Ambas están abovedadas en un concepto amplio del interés, pues es posible admitir que los seres humanos no sólo tienen un interés en determinados objetos o situaciones, como la vida o la evitación del sufrimiento, sino también un interés en determinar por sí mismos qué es lo que les interesa. La autonomía es, por tanto, un interés de nivel más alto.

to de los derechos humanos no coincide con el de la justicia. Lo que viola los derechos humanos es necesariamente injusto, mas no todo lo que es injusto viola siempre al mismo tiempo derechos humanos. Así pues, como ya se mencionó, existe un derecho humano a un mínimo de subsistencia¹⁴. Es fácil imaginar una distribución del bienestar que asegura a todos un mínimo de subsistencia, pero que, sin embargo, es sumamente injusta. En este caso, el asunto no es tanto un problema de los derechos humanos, sino uno de justicia distributiva que debe decidirse en el proceso político –avalado por los derechos humanos–. Por ello, los derechos humanos como tal, expresan sólo una mínima concepción de justicia¹⁵.

Dentro de la mínima concepción de justicia definida a través de los derechos humanos, puede diferenciarse aún más, pues la fundamentalidad de los derechos humanos es un asunto de grado. De esta forma, se puede distinguir un núcleo de los derechos humanos que en su centro se vuelve crecientemente más insensible frente a la historia¹⁶ y un marco, que al alejarse del centro, se hace en medida creciente susceptible a las variaciones históricas.

d) *Prioridad*

La cuarta característica propia de los derechos humanos es su prioridad frente al derecho positivo. Se debe diferenciar entre una prioridad débil y una fuerte. La prioridad *débil* consiste en que no es el derecho positivo la medida para el contenido de los derechos humanos, sino los derechos humanos son la medida para el contenido del derecho positivo. La observancia de los derechos humanos es una condición necesaria de legitimidad del derecho positivo. El derecho positivo que viola derechos humanos es en su contenido un derecho incorrecto. Es discutible si esta incorrección es sólo una incorrección moral o si tiene también un carácter jurídico. Pero esto no se discutirá aquí¹⁷. En este lugar es solamente de importancia que,

¹⁴ Aquí la existencia de tal derecho sólo puede ser afirmada, pero no fundamentada. Para los elementos de una fundamentación, cfr. ALEXY; *Theorie der Grundrechte*, op. cit. (nota 1), pp. 454 ss. (R. ALEXY, *Teoría de los derechos fundamentales*, pp. 482 ss.).

¹⁵ Cfr. E. TUGENDHAT, *Vorlesungen über Ethik*, Frankfurt am Main, 1993, pp. 390 s. (E. TUGENDHAT, *Lecciones de Ética*, trad. L. R. Rabanaque, Gedisa, Barcelona, 1997, pp. 370 s.).

¹⁶ Cfr. R. ALEXY, «Law, Discourse, and Time», en: *Archiv für Rechts-und Sozialphilosophie*, suplemento 64 (1995), pp. 4 ss.

¹⁷ Para los argumentos por una incorrección jurídica o deficiencia, cfr. el mismo: *Begriff und Geltung des Rechts*, op. cit. (nota 10), pp. 64 ss., 129 ss. (ALEXY, *El concepto y la validez del derecho*, pp. 41 ss., 81 ss.).

sólo en una prioridad débil, la incorrección resultante de la violación de derechos humanos no implica la pérdida de la validez jurídica o del carácter jurídico. Este caso se da, más que nada, en una prioridad *fuerte*. En ésta, la violación de un derecho humano suprime el carácter jurídico y con ello también la validez jurídica del derecho positivo contradictorio. La aceptación o no de tal prioridad fuerte constituye el núcleo de la disputa acerca del positivismo jurídico. A favor se dice que no toda violación, pero sí toda extrema violación de los derechos humanos, priva al derecho positivo, esto es, al derecho creado de acuerdo al ordenamiento y socialmente eficaz, del carácter jurídico y, con ello también, de la validez jurídica. Pero esto tampoco debe seguir siendo explorado¹⁸. Para las reflexiones que aquí nos ocupan, basta con la aceptación sólo de una prioridad débil de índole moral o jurídica.

e) *Abstracción*

La quinta propiedad característica de los derechos humanos consiste en que los derechos humanos son derechos abstractos. Hay diferentes dimensiones y grados de abstracción. Se toma como ejemplo el enunciado: «todos tienen un derecho a la libertad». El derecho correspondiente a este enunciado es abstracto en tres aspectos o dimensiones. La primera dimensión concierne a los destinatarios. No está dicho frente a quién se dirige el derecho, por tanto, se abstrae el destinatario. La segunda se refiere a la modalidad del objeto del derecho. Queda abierta la cuestión de si el derecho es sólo un derecho a la abstención de intervenciones en la libertad, esto es, un derecho de defensa liberal, o si también está dirigido a una acción positiva, la que, por otro lado, puede consistir en sólo una protección frente a intervenciones de otros, o también en el aseguramiento de las condiciones reales, por ejemplo, las económicas, para el uso de la libertad. La tercera dimensión de la abstracción afecta a la restricción del derecho. Ningún derecho a la libertad es ilimitado. Encuentra su límite por lo menos allí donde choca con la libertad de otros. En el enunciado citado arriba, nada se menciona al respecto. Hace falta una cláusula restrictiva. A las tres dimensiones de abstracción se suma el alto grado de generalidad del objeto del derecho. Un derecho a la libertad de expresión, de emigración o de profesión, sería, por ejemplo, más especial.

¹⁸ Cfr. al respecto *ibídem*, pp. 70 ss. (R. ALEXY, *El concepto y la validez del derecho*, pp. 45 ss.).



Es posible tratar de formular catálogos de derechos humanos con el menor grado posible de abstracción. Las declaraciones y pactos de derechos humanos del derecho internacional son ejemplos de tales intentos. Sin embargo, tales catálogos son con frecuencia muy abstractos allí donde sólo fue posible un acuerdo mediante un compromiso formal. Pero dejando de lado estos problemas políticos, existen límites teóricos para la concreción de los derechos humanos mediante un catálogo. Un verdadero catálogo concreto terminaría, por último, en una casuística de los derechos humanos. No obstante, una concreción que se extienda hasta en los detalles es posible sólo en los procesos e instituciones de un determinado sistema jurídico en la correspondiente situación histórica. Por ello, con su alejamiento del centro, crece el papel de la contingencia, como se acotó en la discusión sobre la fundamentalidad.

II. LOS DERECHOS HUMANOS EN EL ESTADO CONSTITUCIONAL DEMOCRÁTICO

Si existen derechos humanos que son derechos universales, morales, fundamentales, prioritarios y abstractos, entonces su institucionalización jurídica está mandada, tanto en el nivel del derecho internacional como del nacional. Aquí se tratará —como ya se mencionó— sólo de la positivación de los derechos humanos como derecho interno.

1. La necesidad de la transformación en derecho positivo

Hay tres razones para la necesidad de la transformación de los derechos humanos en derecho positivo: el argumento del cumplimiento*, el argumento del conocimiento y el argumento de la organización.

a) *Cumplimiento*

Los derechos humanos como derechos morales pueden ser ciertamente exigidos; también es posible condenar moralmente su violación; pero

* El término ›cumplimiento‹ traducido aquí es equivalente al término ›ejecución‹, utilizado por Villar Borda en su traducción (cfr. R. ALEXY, Teoría del discurso y derechos humanos, pp. 98 s.); ambos corresponden a la expresión original ›Durchsetzung‹ en los trabajos de R. Alexy. Se ha preferido traducir ›Durchsetzung‹ como ›cumplimiento‹, por tener en este contexto una amplia connotación, esto es, en sentido de ›realización‹ de los derechos humanos.

tales instrumentos de cumplimiento se componen de «un material muy etéreo», como Tugendhat acertadamente lo ha señalado¹⁹. Nadie estaría seguro «ante la violencia recíproca de unos contra otros»²⁰. Cuando hay un derecho moral, por tanto, un derecho fundamentable frente a todos, como el derecho a la vida por ejemplo, entonces debe haber también un derecho fundamentable frente a todos a la creación de una instancia común para hacer cumplir aquel derecho. De otro modo, el reconocimiento de derechos morales no sería un reconocimiento serio, lo que sería contrario a su carácter fundamental y prioritario. La instancia común que ha de establecerse para el cumplimiento de los derechos humanos es el Estado. Por lo tanto, existe *un derecho humano al Estado*. Con el establecimiento de un Estado como instancia de cumplimiento, los derechos morales que tienen los individuos frente a otros se transforman en derechos del derecho positivo con contenidos iguales. Adicionalmente, surgen los derechos de los individuos a defensa, protección y procedimiento frente al Estado como derechos nuevos.

El argumento expuesto hasta ahora se basa en la existencia y en el carácter de los derechos humanos, así como en la premisa de que la validez moral por sí sola, aún tratándose de derechos humanos, no siempre garantiza un comportamiento respectivo por parte de todos. Este es el principal argumento de la transformación de derechos humanos en derecho positivo. A éste se pueden agregar dos argumentos como argumentos secundarios. El primero se refiere a la inequidad en cuanto a las ventajas de comportamientos inmorales. Cuando existen individuos a quienes la desaprobación moral no los disuade, de forma que pueden sin más sacar ventajas con la violación de derechos humanos, será muy difícil exigir a aquéllos que desean actuar moralmente la renuncia a esas ventajas. Este problema de equidad puede ser resuelto con la introducción de un derecho reforzado con coerción, que aumente los riesgos del comportamiento inmoral y baje los costos del comportamiento moral. El segundo argumento secundario es la conocida tesis de la maximización de utilidad para todos. La alternativa a la protección estatal es la autodefensa de todos contra todos, en suma, una u otra variante de la guerra civil. Desde luego, en todos los casos esto no es óptimo para

¹⁹ TUGENDHAT, *Vorlesungen über Ethik*, op. cit. (nota 15), p. 349. (E. TUGENDHAT, *Lecciones de Ética*, p. 337).

²⁰ KANT, *Metaphysik der Sitten*, op. cit. (nota 9), p. 312. (KANT, *La Metafísica de las Costumbres*, p. 141).

nadie, cuando es inevitable una coexistencia a largo plazo o es ventajosa una cooperación a largo plazo.

b) *Conocimiento*

Mientras el problema del cumplimiento surge, sobre todo, del carácter moral de los derechos humanos, el problema del conocimiento resulta esencialmente de su abstracción. La aplicación de los derechos humanos a situaciones concretas, plantea con frecuencia cuestiones delicadas de interpretación y ponderación. Una pena privativa de la libertad de muchos años por asesinato, con seguridad no viola los derechos humanos; la misma pena por el hurto de una manzana, sí lo hace sin duda alguna. Entre dichos extremos se encuentran muchos casos cuya solución correcta puede ser discutida. En la destruída Alemania de la postguerra, una asistencia material mínima satisfacía las exigencias de los derechos humanos. Si en la Alemania de ahora se aplicaran los criterios de antes en la determinación de la ayuda social, infringiría ésto el derecho humano a un mínimo de subsistencia. Lo que sí puede discutirse es, a saber, cuánto más que antes se está obligado a prestar. Los dos ejemplos se podrían ampliar con una lista interminable de casos dudosos. Lo que en estos casos es discutible, no es el derecho humano abstracto como tal, sino el *juicio concreto de derechos humanos*, en el que tiene expresión la aplicación de uno o más derechos humanos a un caso determinado o a un grupo de casos determinados. Ahora, en muchos casos controvertidos, por un lado, está fuera de alcance un consenso en breve tiempo, mas, por otro lado, la decisión no es aplazable. Pero, entonces la decisión sólo puede ser una decisión, según un procedimiento jurídicamente regulado, tomada por muchas personas en razón del constituido principio de la mayoría, o bien por una persona. En suma, el problema del conocimiento conduce también a la necesidad del derecho²¹.

c) *Organización*

Los derechos negativos, a la abstención de intervenir en la vida y en la libertad, están dirigidos a todos. La universalidad de los destinatarios no acarrea ningún problema en estos derechos. Cosa distinta ocurre con los

²¹ El argumento del conocimiento se puede vincular con el argumento del cumplimiento, ya que una controversia sobre el contenido de los derechos humanos puede ser con facilidad motivo para su no observancia. Para la vinculación de ambos argumentos, cfr. KANT, *ibídem*.

derechos positivos como el derecho a un mínimo de subsistencia. Éste no presenta la misma universalidad de los destinatarios como un derecho de defensa. En este último, todos tienen la obligación de abstenerse de hacer todo lo que viole el derecho. En aquél, por el contrario, no todos tienen que satisfacer el derecho plenamente. Si se acepta que el mínimo de subsistencia se pague en dinero, ello significaría que el indigente obtendría un derecho a una suma de dinero que equivaldría al mínimo de subsistencia multiplicado por el número de los no-indigentes. Tampoco es razonable una repartición. Se optaría por ella, cuando, por ejemplo, a los indigentes les correspondiera un derecho frente a cada uno de los no-indigentes a una cantidad que equivaliese al mínimo de subsistencia dividido entre el número de los no-indigentes. En una sociedad grande, el indigente tendría que imponer fragmentos diminutos de su derecho a un mínimo de subsistencia frente a un número incalculable de obligados. Los costos de transacción y de ejecutoria aumentarían demasiado el valor del derecho. A este argumento de adecuación se le añade un argumento de justicia. Sería injusto exigir a todos los no-indigentes un apoyo igual, pues dentro de la clase de los no-indigentes pueden haber diferencias considerables en la capacidad de rendimiento. Otras injusticias adicionales serían inevitables, si a cada indigente se le permitiera elegir a un no-indigente para que le pague el mínimo de subsistencia. Entonces podría suceder que un no-indigente sea elegido por muchos, y otro, por ninguno de los indigentes. Si se le reconociera al no-indigente, que ya pagó el mínimo de subsistencia a un indigente, un derecho a objetar la prestación frente a otros indigentes, se daría nuevamente un problema de adecuación. Los indigentes tendrían que buscar afanosamente a no-indigentes que todavía no sean titulares de objeción de la prestación, lo cual, con la carencia de organización, sería en muchos casos una búsqueda interminable. Tampoco sería una solución conceder a los no-indigentes la elección de los indigentes y el importe del pago. Ello eliminaría el derecho a un mínimo de subsistencia, como derecho, y haría del asunto un caso de misericordia, generosidad y sensatez.

Sería erróneo concluir de todo ello que, como destinatario, sólo el Estado podría entrar en consideración. Ante todo, los padres y parientes, y quizás también otras comunidades más pequeñas, son los obligados²². Mas, cuando éstos están imposibilitados, entonces puede entrar en considera-

²² Cfr. TUGENDHAT, *Vorlesungen über Ethik*, op. cit. (nota 15), pp. 355 s. (E. TUGENDHAT, *Lecciones de Ética*, pp. 342 s.).

ción, como destinatario, sólo una instancia común para todos, esto es, el Estado. Pero el Estado sólo existe como organización jurídica. Entonces, el derecho y el Estado deben existir, no para el cumplimiento primero, sino antes para la existencia de derechos a la asistencia, siempre dirigidos a determinados destinatarios y, en este sentido, completamente constituidos.

Aquí no se ha de analizar la cuestión cuando el Estado, al que pertenece el indigente, no tiene la voluntad o no está en condición de otorgar la asistencia. ¿Tienen entonces otros Estados una obligación de asistencia? En todo caso, parece claro que, cuando, en tales situaciones existen obligaciones de otros Estados, nuevamente surge un problema de organización. El indigente, en caso de tener un derecho a la asistencia frente a otros Estados, no tiene derecho a la libre elección de su asistente al quedar su Estado imposibilitado. De existir obligaciones de asistencia de otros Estados, la asignación de contingentes de asistencia a los asistentes que entran en consideración, es un problema de distribución justa de cargas, y como tal, uno de justicia distributiva, que debe ser solucionado por una organización jurídica.

2. **La necesidad del Estado constitucional democrático**

El resultado de los argumentos de cumplimiento, conocimiento y organización, así como la necesidad del derecho y del Estado, contrasta de manera peculiar con la experiencia, según la cual nada puede amenazar más los derechos humanos que el Estado mismo, y por tal motivo, son esencialmente derechos de defensa del ciudadano contra el Estado. Este doble carácter conduce a la necesidad del Estado constitucional democrático. El Estado constitucional democrático comprende los principios del Estado formal de derecho y del Estado democrático de derecho. Por ello, voy a comenzar con la forma históricamente más antigua y sistemáticamente más elemental, el Estado formal de derecho, para luego pasar al Estado democrático de derecho y, por último, avanzar al Estado constitucional democrático.

a) *El Estado formal de derecho*

Una auténtica transformación de los derechos humanos en el derecho de un Estado sólo existe cuando éstos se despliegan allí con fuerza jurídica vinculante. Este no es el caso cuando están a disposición de las respectivas

fuerzas políticas dirigentes. Una condición necesaria para que esto no ocurra es la separación de poderes. Cuando, ni siquiera la independencia de los tribunales, ni la legalidad de la administración están aseguradas, entonces dependerá todo exclusivamente de la voluntad política de aquellas fuerzas a cuyo servicio se colocan, junto al legislativo, también el judicial y el ejecutivo. La experiencia enseña que en tales Estados los derechos humanos no juegan ningún papel o sólo uno muy escaso. Las fuerzas dirigentes los pueden conceder o suprimir arbitrariamente, de acuerdo a la oportunidad política. Típico ejemplo es la transformación del «deshielo» y «período glacial». En una fuerza vinculante de política como derecho, no pueden desarrollarse los derechos humanos bajo tales circunstancias. Por ello, la separación de poderes es una condición necesaria para una transformación de los derechos humanos en el derecho, adecuada al postulado de prioridad, y en este sentido, auténtica²³. El conocimiento al respecto es viejo. Así, es significativo que en la declaración de derechos humanos más antigua, la *Virginia Bill of Rights* del 12 de junio de 1776, encuentra el principio de organización estatal de la separación de poderes una formulación expresa: «That the legislative and executive powers of the State should be separated and distinct from the judiciary²⁴.»

b) *Estado democrático de derecho*

Tan irrenunciable es la separación de poderes para la institucionalización de los derechos humanos como insuficiente. La legislación en un Estado formal de derecho, definido sólo por la separación de poderes, no está sometida a limitación alguna, con la sola excepción de que no deban ser suprimidas la independencia de la justicia y la legalidad de la administración. Una vinculación jurídica del legislativo a los derechos humanos no existe.

El recurso clásico para el logro de tal vinculación es la incorporación de los derechos humanos en la Constitución. Los derechos humanos se convierten así en derechos fundamentales. De esta manera, obtienen no sólo una validez jurídica, sino también rango constitucional. Su contenido se

²³ Cfr. M. KRIELE, «Menschenrechte und Gewaltenteilung», en: *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie*, suplemento 33 (1988), pp. 22 ss.

²⁴ Capítulo 5 de la *Declaración de Derechos de Virginia*, impresa en: F. HARTUNG y G. COMMICHAU, *Die Entwicklung der Menschen- und Bürgerrechte von 1776 bis zur Gegenwart*, 5.ª ed., Göttingen/ Zürich, 1972, p. 52.

mantiene el mismo. Sin embargo, se produce una modificación en su estructura. Los derechos fundamentales son derechos contra el Estado; en cambio los derechos humanos son, además, derechos frente a otros seres humanos. Mas esta modificación estructural es menos decisiva de lo que parece a primera vista. Esto se evidencia en la discusión sobre el efecto de los derechos fundamentales frente a terceros. En esta discusión se trata de si, y en qué medida, los derechos fundamentales, como derechos del ciudadano frente al Estado, tienen repercusiones en las relaciones del ciudadano frente a otro ciudadano (el tercero)²⁵. Tales repercusiones existen, y son con más claridad detectables, en la obligación de protección por el Estado. Las obligaciones iusfundamentales de protección por el Estado²⁶ no son inferiores, en su proporción, a las obligaciones de derechos humanos de abstención de los ciudadanos. De esta forma, los efectos de los derechos humanos en la relación ciudadano-ciudadano no se pierden con su transformación en derechos fundamentales. Solamente surge un problema de construcción jurídica.

Una Constitución que no contiene todos los derechos humanos como derechos fundamentales no es legítima. Asimismo, una Constitución puede conceder más derechos fundamentales que los que exijan los derechos humanos. Los problemas de los derechos fundamentales exigidos por los derechos humanos y de los derechos fundamentales adicionales en lo referente a la vinculación de los poderes estatales y al control de esta vinculación, son en esencia los mismos. Por tanto, se puede hablar, en adelante, también de derechos fundamentales en lugar de derechos humanos.

La incorporación de derechos fundamentales en una Constitución no basta. La pregunta decisiva consiste en saber quién controla la observancia de los derechos fundamentales por parte del legislador. Existen dos respuestas fundamentales: el proceso democrático o un tribunal constitucional.

Quien vota a favor de que el legislador deba ser controlado exclusivamente mediante el proceso democrático, opta por un *Estado democrático de derecho*. Quien, además, defiende un control por un tribunal constitucio-

²⁵ Cfr. al respecto ALEXY, *Theorie der Grundrechte*, op. cit. (nota 1), p. 480. (R. ALEXY, *Teoría de los derechos fundamentales*, p. 510).

²⁶ Cfr. al respecto J. ISENSEE, «Das Grundrecht als Abwehrrecht und als staatliche Schutzpflicht», en: *Handbuch des Staatsrechts*, ed. por J. Isensee y P. Kirchhof, T. 5, Heidelberg, 1992, § 111 Núm. marginal 77 ss.

nal, interviene en favor de un *Estado constitucional democrático*²⁷. La relación entre el Estado democrático de derecho y el Estado constitucional democrático no es de estricta alternativa, sino de complementación. Mi tesis dice que tanto el Estado democrático de derecho como el Estado formal de derecho son una condición necesaria para la institucionalización de los derechos humanos, pero son insuficientes. Deben ser complementados con una jurisdicción constitucional hacia un Estado constitucional democrático.

El Estado democrático de derecho no es más que la unión del Estado formal de derecho con la democracia. Desde la perspectiva de los derechos humanos, la necesidad de la democracia, y con ello, la del Estado democrático de derecho, puede apoyarse en dos argumentos: el de la autonomía y el de la corrección.

La autonomía es un bien fundamental de derechos humanos²⁸. Tiene dos dimensiones: una privada y otra pública. En la autonomía privada se trata de la elección individual que uno hace y de la realización de una concepción personal del bien. Objeto de la autonomía pública es la elección que se toma conjuntamente con otros y la realización de una concepción política de lo justo y lo bueno. Si se limitaran los derechos humanos a la autonomía privada, habría para el individuo sólo una autodeterminación en un marco de leyes con determinación totalmente ajena. Ello sería contrario a la idea de la autonomía. Si algún aspecto de la autonomía es susceptible de justificación, entonces tal limitación no es fundamentable. La autonomía no puede dividirse. Empero, pueden haber situaciones políticas en las que haya que tolerarse una autonomía incompleta; lo que no hay, son buenas razones para que esto permanezca así. Con ello, el derecho a la participación en el proceso de la formación de la voluntad estatal, es un derecho humano. Este derecho humano, en forma de derechos fundamentales políticos, que abarcan desde las libertades de opinión, reunión, asociación y prensa hasta el derecho de sufragio general, directo, libre, igual y secreto, debe ser transformado en derecho positivo con rango constitucional. Cuando estos derechos son ejercidos y garantizados, impera la democracia.

²⁷ Cfr. al respecto H. H. KLEIN, «Verfassungsgerichtsbarkeit und Verfassungsstruktur», en: *Steuerrecht. Verfassungsrecht. Finanzpolitik, Homenaje a Franz Klein*, ed. por P. Kirchhof, K. Offerhaus y H. Schöberle, Köln, 1994, p. 514.

²⁸ Cfr. ALEXY, «Diskurstheorie und Menschenrechte», op. cit. (nota 8), pp. 148 ss. (R. ALEXY, «Teoría del discurso y derechos humanos», pp. 104 ss.).



El segundo argumento se refiere a la corrección de la legislación. Leyes que violan los derechos humanos son leyes incorrectas. Si los derechos humanos existen, entonces es válida la exigencia de no violarlos, la cual comprende, la no promulgación de leyes incorrectas en dicho sentido. De esta forma, el concepto de corrección conecta el concepto de derechos humanos con el de la democracia, de haber una conexión entre democracia y corrección. Tal conexión existe cuando, primero, por «democracia» se entiende la democracia deliberativa o la «forma estatal de la discusión»²⁹, y segundo, cuando hay un vínculo entre discurso y corrección³⁰.

c) *Estado constitucional democrático*

En atención al vínculo bosquejado entre democracia, autonomía y corrección, se podría pensar que, con el Estado democrático de derecho, está concluida la institucionalización de los derechos humanos a nivel nacional. Que esto sea acertado, depende del concepto de democracia con que se trabaje: uno ideal o uno real. En una democracia *ideal* rigen sólo aquellas leyes que mediante un proceso discursivo de formación del derecho han encontrado *de hecho* la aprobación de todos los miembros de la comunidad jurídica. Ya que la aprobación en este modelo ideal es una auto-determinación mejorada discursivamente y por tanto racional, ninguna ley puede violar un derecho fundamental. La democracia ideal se acerca tanto al discurso ideal que, en éste como en aquélla, los derechos humanos encuentran la aprobación de todos y una ley que los viole es discursivamente imposible. La identidad de los destinatarios del derecho con sus autores, de la que Habermas habla con tanta frecuencia³¹, estaría en este modelo perfectamente establecida. La democracia sería la perfecta garante de los derechos humanos y de los derechos fundamentales. Toda tensión entre derechos fundamentales y democracia estaría eliminada. Derechos fundamentales y democracia estarían reconciliados sin reserva. Sin embargo, el precio de todo esto es alto. Consiste en una completa idealización.

²⁹ M. KRIELE, *Recht und praktische Vernunft*, Göttingen, 1979, p. 31.

³⁰ Con más detalles al respecto en R. ALEXY, «Grundgesetz und Diskurstheorie», en: W. Brugger (Ed.), *Legitimation des Grundgesetzes aus Sicht von Rechtsphilosophie und Gesellschaftstheorie*, Baden-Baden, 1996, pp. 315 ss.

³¹ J. HABERMAS, *Faktizität und Geltung*, 4. ed., Frankfurt am Main, 1994, pp. 52, 135, 153, 160, 492, 503. (J. HABERMAS, *Facticidad y Validez*, trad. M. Jiménez Redondo, Trotta, Madrid, 1998, pp. 96, 169, 186, 192, 491, 501).

Quien desee la institucionalización y con ello la realización de los derechos humanos en el mundo, así como es, no puede pagar este precio.

En toda democracia *real* se manifiesta rápidamente la tensión entre derechos fundamentales y democracia. En ella, los derechos fundamentales juegan un papel doble. Por un lado, son presupuestos del proceso democrático; por el otro, al vincular también al legislador, privan a la mayoría legitimada democráticamente de competencias de decisión³². Esto puede ser legítimo, si es correcto que tampoco debe confiarse ilimitadamente en el legislador democrático. La historia enseña que no hay motivo para una confianza ilimitada. El principio de mayoría es una amenaza constante para minorías permanentes, difícilmente organizables y marginadas. Poder y dinero pueden distorsionar el proceso político y los compromisos, reemplazar la argumentación racional. La comunidad política puede experimentar períodos de carstificación, somnolencia y degeneración. Por tanto, el proceso democrático real, como tal, no ofrece todavía una garantía suficiente para los derechos humanos y los derechos fundamentales.

Esto hace necesaria la institucionalización de la vinculación del legislador, también a los derechos fundamentales. Entran en consideración un autocontrol del legislador que pueda estar más o menos organizado en forma judicial³³ o el control por un tribunal constitucional. Contra un autocontrol, se dice que nadie debería ser juez en su propia causa. Para que la vinculación del legislador a los derechos fundamentales sea auténticamente controlada, es indispensable una jurisdicción constitucional.

Que sólo una jurisdicción constitucional representa un auténtico control, todavía no significa que la solución del problema del control haya sido encontrada. Las desventajas de una jurisdicción constitucional podrían ser más grandes que las ventajas del control del proceso democrático efectuado por ella. Las desventajas consisten en los riesgos de un paternalismo del tribunal constitucional³⁴, el que podría dar como resultado una «transición del Estado legislativo parlamentario a un Estado de potestad jurisdiccional del tribunal constitucional»³⁵.

³² ALEXY, *Theorie der Grundrechte*, op. cit. (nota 1), p. 407. (R. ALEXY, *Teoría de los derechos fundamentales*, pp. 432 ss.).

³³ Cfr. al respecto HABERMAS, *Faktizität und Geltung*, op. cit. (nota 31), pp. 295 s. (J. HABERMAS, *Facticidad y Validez*, pp. 313 s.).

³⁴ Cfr., *ibídem*, p. 323. (J. HABERMAS, *Facticidad y Validez*, p. 339).

³⁵ E.-W. BÖCKENFÖRDE, *Staat, Verfassung, Demokratie*, Frankfurt am Main, 1991, p. 190.



Estos riesgos sólo pueden ser evitados con una incorporación exitosa de la jurisdicción constitucional en el proceso democrático. Esto presupone que el tribunal constitucional se conciba, primero, como una instancia de reflexión del proceso político, y segundo, que sea, de hecho, aceptada como tal. Un tribunal constitucional que con argumentos de derechos humanos y iusfundamentales se pronuncie contra un resultado del proceso político, se concibe como instancia de reflexión del proceso político, siempre y cuando no sólo reclame *negativamente* que dicho resultado no se aviene con los parámetros de derechos humanos y derechos fundamentales, sino que además exija *positivamente*, que los ciudadanos aprobarían los argumentos del tribunal, si formaran parte de un discurso racional jurídico-constitucional. Un tribunal constitucional es aceptado como instancia de reflexión del proceso político, cuando los argumentos del tribunal encuentran un eco en la opinión pública y en las instituciones políticas, lo que conduce a reflexiones y discusiones, las cuales resultan en convicciones examinadas. Cuando este proceso de reflexión entre la opinión pública, el legislador y el tribunal constitucional se estabiliza en forma permanente, puede hablarse de una exitosa institucionalización de los derechos humanos en el Estado constitucional democrático.

