

## LOS DERECHOS CULTURALES ¿SON DERECHOS CONSTITUCIONALES?

**Albert Calsamiglia**

*Universitat Pompeu Fabra.*

### LA IMPORTANCIA DE LOS DERECHOS CONSTITUCIONALES.



A idea de que debemos tomar los derechos en serio caracteriza al pensamiento liberal contemporáneo. Históricamente los derechos constitucionales hacían referencia a los individuos, como por ejemplo los derechos a la vida o la integridad física, después se han añadido los derechos de participación —como por ejemplo los derechos al voto—<sup>1</sup>. Una vez conseguidos éstos, el reino de los derechos se ha ampliado a los derechos sociales como, por ejemplo, el derecho

---

<sup>1</sup> Véase esta tesis defendida por T. H. MARSHALL: *Citizenship and Social Class*, Cambridge Mass, 1950. Véase P. ALSTON: «A Third Generation of solidarity rights. Progressive development or ofuscation of international human rights law?», *Netherlands International Law Review*, 29, 1987, pp. 307-65. En la doctrina española desde un punto de vista historicista véase la obra de Gregorio PECES BARBA, *Escritos sobre Derechos Fundamentales*, Madrid, Eudema, 1988.

a la educación (art. 27 CE) el derecho al trabajo (art. 35 CE) el derecho a la salud (art. 43 CE), el derecho a la vivienda digna (art. 47 CE). En la última década se ha sugerido la defensa de los derechos constitucionales de cuarta generación: los derechos culturales. Existe una auténtica inflación de derechos y estamos amenazados por tantas oleadas que quizá pierden fuerza<sup>2</sup>. Incluso se ha llegado a sugerir que estamos en el tiempo de los derechos<sup>3</sup> y que la reclamación sucesiva de derechos tiene una función emancipadora importante. No voy a discutir este aspecto. Por supuesto que es deseable que todo el mundo tenga vivienda o que todo el mundo vea respetada su identidad cultural. Mi problema es otro. Quisiera en primer lugar plantear en qué sentido hablamos de derechos cuando decimos que tenemos derechos sociales y culturales y quisiera, también, destacar el papel que tienen los derechos en la resolución de los conflictos.

## ASPIRACIONES Y DERECHOS

La inflación de derechos no debe hacer perder de vista una distinción importante. Los ciudadanos tienen aspiraciones acerca de cómo debe ser la sociedad, sobre cuáles son los valores que colectivamente debería garantizar una sociedad. Muchas de estas aspiraciones son legítimas —es decir, no son incompatibles con los principios básicos que rigen nuestra convivencia social— pero no todas las aspiraciones legítimas son derechos.

Existe una gran confusión en la filosofía y la teoría política cuando se habla de derechos. ¿A qué nos referimos cuando hablamos de derechos? Simplemente ¿a aspiraciones de cómo se debe regular la sociedad?, ¿aspiraciones de carácter individual o colectivo?, o ¿a algo más?

## LOS DERECHOS JURÍDICOS

Los juristas distinguen entre un derecho y una aspiración. Un derecho es un interés jurídicamente declarado y protegido especialmente. Que sea

---

<sup>2</sup> Véase Francisco LAPORTA, *Sobre el concepto de derechos humanos*, Doxa, 4, 1987.

<sup>3</sup> Véase el libro de Norberto BOBBIO, *El tiempo de los derechos*, Madrid, Sistema, 1991.



protegido especialmente significa que está institucionalizado, es decir, que existen una serie de órganos y procedimientos especialmente establecidos para su protección<sup>4</sup>. En cuanto al contenido hay un mínimo de consenso, lo que se ha venido denominando el contenido esencial en nuestra jurisprudencia y doctrina constitucional. Es esperable que exista un grado de acuerdo superior en los principios y libertades básicas que sobre los principios de justicia económicos y sociales<sup>5</sup>.

Pero no sólo eso, el dominio de los derechos es muy fuerte porque vence a la mayoría. Cuando tenemos un derecho tenemos en nuestra mano un arma especialmente poderosa: ninguna mayoría ni ningún interés social puede vencer al derecho individual. Pero el mundo de la resolución de conflictos no puede reducirse al sistema de los derechos. Los derechos constitucionales quedan fuera de la negociación política ordinaria y suponen un sistema de resolución de conflictos en el que no existe la posibilidad de negociación. En principio, el sistema institucional está diseñado para declarar si se tiene o no se tiene un derecho constitucional, es un sistema de resolución de conflictos en la que se dan vencedores o vencidos. Es cierto que existe la posibilidad de una aceptación parcial de un derecho, pero no olvidemos que el sistema de resolución de conflictos supone que uno acude a un juez para que declare si tiene o no tiene derecho.

Esta concepción jurídica de los derechos –que coincide básicamente con la que los ordenamientos jurídicos modernos consideran como derechos constitucionales– supone no sólo una declaración sino algo mucho más fuerte. Esta sociedad garantiza que los derechos no pueden ser negociados por la mayoría. Quien tiene el derecho a la integridad física no puede ser torturado porque su derecho individual es más fuerte que la decisión de la mayoría. Por esto podemos decir con Dworkin que los derechos son

---

<sup>4</sup> La concepción del derecho como interés jurídicamente protegido no es pacífica, pero no quisiera entrar en la discusión con teorías alternativas como la del beneficio, el título o la de la elección. Me interesa resaltar el criterio diferenciador de los derechos jurídicos por el tipo de protección. Si no existe esta especial protección nos encontraremos con un derecho moral o una aspiración justificada pero no con un derecho jurídico. Para una discusión del tema véase Geoffrey MARSHALL, «Rights, Options and Entitlements», en A. Simpson ed. *Oxford Essays in Jurisprudence*, Oxford University Press, 1973. Véase Francisco LAPORTA, *Sobre el concepto de derechos humanos*, op. cit., pp. 27 y ss.

<sup>5</sup> No se debe desconocer que existen situaciones que provocan conflictos entre derechos. Pero su resolución no supone una negociación en el sentido político del término. Una de las técnicas más utilizadas es la ponderación.

triumfos frente a la mayoría <sup>6</sup>. Por esto podemos decir con Laporta que los derechos en serio son absolutos. <sup>7</sup>

Esta concepción jurídica de los derechos supone el triunfo del ideario liberal individualista. Sin duda es una conquista histórica muy importante y de su propio éxito algunos han sugerido que la vía de la emancipación humana exigía la ampliación de los derechos a los derechos sociales y a los culturales. Pero, como después veremos, esta vía conduce a la disolución de algunos aspectos importantes de la democracia o bien a una noción débil de derechos.

## LAS ASPIRACIONES

Junto a los derechos jurídicos –reconocidos e institucionalizados por los derechos positivos como por ejemplo el español– existen aspiraciones y valores individuales y sociales que pretenden imponerse como criterios de resolución de conflictos en las sociedades <sup>8</sup>. Existen aspiraciones justas que no son reconocidas como derechos jurídicos mientras que pueden existir derechos jurídicos que no merezcan el calificativo de justos. El hecho de que exista una especial protección de una aspiración no dice nada acerca de su legitimidad.

Tengo serias dudas de que todo lo que sean aspiraciones deba convertirse en derechos porque si es así nos quedamos sin otros procedimientos de resolución de los conflictos que el de los derechos. Ello supondría que las reglas de juego que por mayoría deciden los ciudadanos de una sociedad determinada no tendría ningún objeto al que aplicarse. Es posible que el procedimiento institucionalizado de los derechos sea muy útil para ciertas pretensiones y aspiraciones pero pienso que si se generaliza este procedimiento se desvirtúa la democracia. La democracia exige que se respeten los derechos pero sin un principio de mayoría, sin un papel para las mayorías no hay democracia.

---

<sup>6</sup> Véase Ronald DWORKIN, *Taking Rights Seriously*, Cambridge Mass, Harvard University Press, 1977, p. xi, y su trabajo «The Moral Reading and the Majoritarian Premise», en *R. Dworkin: Freedom's Law*, Harvard University Press, 1996, pp.20 y ss.

<sup>7</sup> Véase Francisco LAPORTA, *op. cit.*, p. 36.

<sup>8</sup> Algunas de estas aspiraciones son derechos morales y constituyen las razones que justifican los derechos jurídicos.



La idea básica de la democracia supone el pluralismo. Un demócrata piensa que es posible que gentes que tienen diversas concepciones del bien, –diversas concepciones filosóficas y religiosas, diversas concepciones y planes de vida– pueden encontrar unas reglas de juego comunes, que no coinciden con sus concepciones personales del bien, pero no le impiden desarrollarlas. El demócrata renuncia a que las reglas de juego jurídicas sean sus concepciones del bien. Admite, por tanto, que las reglas de juego democráticas son un **second best**, –es decir, de segundo orden– pero permiten la convivencia de gentes que sostienen diversas concepciones del bien. La democracia es un «arreglo» que exige renunciaciones, pero tiene la ventaja de ofrecer la posibilidad de la convivencia<sup>9</sup>.

Ahora bien ¿cómo deben ser esas reglas de juego? En las democracias modernas rige el principio básico de que la mayoría es el criterio más importante y que la negociación entre intereses y aspiraciones da como resultado esas reglas de juego. Pero una concepción excesivamente procedimental de la democracia tiene sus problemas<sup>10</sup>. No es difícil encontrar ejemplos que muestren que siguiendo reglas mayoritarias pueden producirse resultados inaceptables desde el punto de vista de la justicia. Las aspiraciones de los ciudadanos que logren mayoría serán las que triunfen siempre y cuando respeten los límites que la democracia establece. La democracia moderna tiene unos límites: los derechos. Los derechos son aspiraciones individuales protegidas institucionalmente de la negociación de la mayoría. La mayoría no puede conculcar los derechos. El límite de la negociación mayoritaria son los derechos. Para saber qué derechos jurídicos tenemos no debemos acudir a la moral sino a cuáles son las pretensiones jurídicamente protegidas por los tribunales en este estado. Otra cuestión muy distinta es si deberían existir aspiraciones que se conviertan en derechos en sentido fuerte, es decir, jurídicos.

Me parece que una manera posible de distinguir entre derechos y aspiraciones no es en su carácter moral o fundante sino *qué tipo de protección tienen*<sup>11</sup>. Si aceptamos este criterio podemos responder a una cues-

<sup>9</sup> Véase sobre este punto John RAWLS, *Political Liberalism*, New York, Columbia University Press, pp. 131 y ss. para su concepción política de *overlapping consensus*.

<sup>10</sup> Véase la crítica de DWORKIN a la democracia procedimental mayoritaria frente a la que denomina democracia constitucional en *The Moral Reading and the Majoritarian Premise*, op. cit., pp. 20 y ss.

<sup>11</sup> No me opongo aquí a la categoría derechos morales que se ha utilizado especialmente en la literatura anglosajona contemporánea. Por supuesto que existen estados que no respetan los derechos morales de los ciudadanos como por ejemplo el estado español durante la dictadura franquista. El pro-

tión muy importante: Saber qué derechos tenemos y qué significa tener un derecho. Yo diría que tener un derecho es tener un arma muy poderosa, es una auténtica bomba. Pero al mismo tiempo también diría que en la literatura existe una enorme confusión porque se habla de derechos que no tienen la protección que tienen los derechos. No me importa mucho cómo los queramos llamar, pero me interesa que sepamos bien qué es lo que reclamamos cuando decimos que tenemos derechos sociales o derechos culturales. ¿Estamos reclamando el mismo tipo de protección que los derechos jurídicos? ¿Estamos reclamando que no se produzca negociación sino que se declare si se tienen o no se tienen esos derechos? ¿Estamos pensando que los jueces son los competentes para resolver los problemas? ¿De qué estamos hablando? Sobre este punto volveré más adelante. Pero, antes de continuar, quisiera poner de manifiesto dos aspectos que son también importantes que se refieren a la relación de los derechos con el individualismo y con el contexto <sup>12</sup>.

## INDIVIDUALISMO Y VALORES COLECTIVOS

Existe la tendencia a considerar que los derechos jurídicos son individuales. Se piensa en muchas ocasiones que el interés del individuo es contradictorio con el interés de la colectividad y que por eso se garantiza el derecho. Creo que esta tesis es equivocada. El mundo de los derechos individuales puede verse desde la perspectiva del interés individual y desde esta perspectiva es evidente que aparece como individualista, es decir como garantizadora de intereses particulares. Pero los derechos pueden verse también desde el punto de vista de la colectividad. Los derechos y los valores sociales pueden ser dos aspectos de la misma cosa. No tiene sentido la libertad de expresión individual como derecho si a su vez no existen unos

---

blema que planteo es distinto basado en el tipo de protección que tienen o que deberían tener los derechos sociales y culturales.

<sup>12</sup> Dejo al margen la discusión sobre el déficit democrático de la concepción constitucional de la democracia. Véase sobre este punto las observaciones de Víctor FERRERES, *Justicia Constitucional y Democracia*, Madrid, CEC, 1997, y Roberto GARGARELLA, *La Justicia frente al gobierno*, Barcelona, Ariel, 1996. En principio la crítica más importante al déficit democrático sugiere que los jueces no tienen por qué imponerse a los criterios de la mayoría en cuestiones importantes. La judicialización del constitucionalismo conduce a un despotismo de la elite judicial. En realidad las mayorías intervienen –con mayorías muy calificadas al votar la Constitución– al declarar los derechos y al establecer también los modelos de judicialización de la democracia.



valores compartidos por toda la sociedad que defienden la libertad de expresión. La idea de que los valores colectivos e individuales *siempre* son contradictorios es falsa. Algunas veces puede haber enfrentamiento entre un derecho individual y una aspiración colectiva, pero una sociedad que defiende los derechos individuales no sólo defiende un valor del individuo sino también un valor colectivo y público. El derecho individual sólo es derecho jurídico si también es un valor jurídico colectivo.

## CONTEXTUAL

Esta es otra de las ideas que conviene aclarar. Por su origen los derechos se consideran a-contextuales, naturales, exigencias de la moral que son necesarios y valiosos en todo lugar y circunstancia. En realidad los derechos son contextuales. Sólo tienen sentido en un determinado contexto y en otros pueden carecer de sentido. Por ejemplo en nuestras sociedades es muy importante la libertad de expresión. El que sea tan importante lleva a algunos a sostener que es importante para cualquier situación. No parece el caso. Por ejemplo, en una Cartuja, en donde una de las reglas fundamentales es el silencio, la libertad de expresión carece de sentido. Quizá, por esto podríamos decir que sólo tenemos derechos jurídicos en contextos en que el valor no sólo es individual sino colectivo. El ejemplo de la Cartuja muestra que si la libertad de expresión no es un valor colectivo tenemos dificultades. Por otra parte, cuando reclamamos libertad de expresión frente a una tiranía, tenemos una aspiración –todo lo legítima que se quiera– pero no tenemos derecho porque no es un valor compartido colectivamente<sup>13</sup>.

Hasta aquí he tratado de distinguir entre lo que es un derecho jurídico de lo que son aspiraciones. Creo que el criterio del tipo de protección y el tipo de sistema de resolución del conflicto es importante para discutir lo que es un derecho y lo que es una aspiración. Con este criterio veamos qué derechos tenemos.

---

<sup>13</sup> Esta idea ha sido desarrollada por Joseph RAZ en «Rights and Politics», *Indiana Law Review*, 1996.

## ¿QUÉ DERECHOS JURÍDICOS TENEMOS?

Si leemos nuestra constitución y los tratados internacionales veremos que existen numerosos candidatos a derechos. Por una parte están los derechos individuales que son derechos jurídicos reconocidos como tales por la mayoría de las constituciones. Nuestra constitución es explícita y el diseño constitucional no sólo recoge su declaración sino un procedimiento jurídico de garantía que los protege y ese proceso deja fuera de la negociación política el ámbito de los derechos individuales. Eso implica que existen una serie de órganos del estado que bajo ciertos procedimientos preestablecidos declaran quién tiene derecho. Los derechos individuales son derechos jurídicos porque están declarados, institucionalizados, garantizados por órganos del estado y se acude al procedimiento de vencedor y vencido. O se tiene o no se tiene el derecho. No se negocia sobre derechos sino que el estado los declara y los garantiza <sup>14</sup>.

Pero si nos vamos a los derechos sociales ¿qué ocurre? En la Constitución española están declarados los derechos sociales. Pero, ¿están protegidos? La respuesta es que no, los derechos sociales como ha dicho el Tribunal Constitucional son derechos programáticos, son directrices que indican hacia dónde debe ir el legislador. Pero lo que está claro es que uno no puede ir a un juez y pedirle que le garantice el derecho a la vivienda. Se denominan derechos pero no tienen el mismo ámbito de protección ni el sistema institucional responde frente a su violación con las mismas garantías. Por otra parte, tampoco han conseguido un consenso suficientemente profundo en lo que se ha denominado el contenido esencial en terminología de nuestro Tribunal Constitucional <sup>15</sup>.

¿Cuál es el sistema de resolución de los conflictos entre diversas aspiraciones sociales? La respuesta es el principio de la mayoría. Es el Gobier-

---

<sup>14</sup> La idea de negociación que aquí se sugiere tiene que ver con el regateo político. Es cierto que en el ámbito de los derechos existe también una discusión y una ponderación. También es cierto que los derechos se van acomodando a las nuevas circunstancias. Existen diversas concepciones políticas sobre los derechos que pretenden convertirse en la concepción jurídica y en este sentido sí que existe discusión pero no negociación en el mismo sentido que existe en la conformación de las mayorías del Parlamento. La racionalidad quizá juega un papel más fuerte —como señalara Fishkin— en las decisiones judiciales porque exigen motivación.

<sup>15</sup> Es cierto que los derechos son controvertidos pero el grado de desacuerdo es mayor en las aspiraciones que en los derechos. Una sociedad pluralista —como es la sociedad liberal y democrática— supone convergencia en los derechos y divergencia en las concepciones del bien. Supone reglas que no son buenas para todos sino que permiten la convivencia, es decir, reglas de segundo orden.





no y el Parlamento quienes tienen competencia para decidir cuál es la política a llevar a cabo en el tema de las aspiraciones a derechos sociales. Si los ciudadanos no están de acuerdo con la política del Gobierno en relación a la vivienda o la sanidad pueden dejar de votar al partido del Gobierno pero no pueden acudir a un tribunal para que les dé la vivienda.

Los derechos sociales ¿podrían usar un sistema de resolución de conflictos del mismo tipo que los derechos jurídicos? Pienso que la respuesta es negativa porque en los derechos sociales existe asignación de recursos y éstos son escasos y no todos pueden disfrutar de los mismos recursos porque no hay suficientes para todos<sup>16</sup>. Las políticas públicas siempre perjudican a algunos ciudadanos o benefician a otros. Sólo en el caso en que no hubiere recursos escasos sería posible declarar derechos en sentido fuerte a los derechos sociales, es decir, convertirlos en derechos individuales y universales. En algunos casos –como, por ejemplo, el acceso a la sanidad– así ha sucedido e incluso podría suceder si triunfara la idea del salario obligatorio. Pero si así fuera los derechos sociales se transformarían en derechos individuales.

Eso no quiere decir ni que los derechos sociales no constituyan una aspiración legítima, ni que el Gobierno no deba hacer todo lo posible para resolver estos problemas. Lo único que quisiera argumentar es que en nuestro derecho los derechos sociales no son derechos en el mismo sentido que los derechos individuales. Son aspiraciones legítimas y defendibles pero no tienen ni la protección ni las armas de los derechos en serio. Los derechos sociales son programas, directrices a seguir, pero no son triunfos frente a la mayoría ni suponen limitaciones a la negociación. Simplemente en nuestras sociedades es la mayoría quien tiene la competencia para decidir qué equilibrio entre derechos sociales y qué asignaciones son las correctas desde el punto de vista de su posición. Es posible negar esta tesis desde el punto de vista moral pero no debemos olvidar la escasez de recursos: en el mundo de las políticas del gobierno existen limitaciones.

Pero inmediatamente se nos plantea una cuestión ¿Eso quiere decir que las mayorías pueden hacer lo que quieran? No, no pueden discriminar a los individuos ni por su raza ni por su religión ni por su sexo. Las mayorías sólo pueden decidir si respetan los derechos individuales.

---

<sup>16</sup> Los derechos individuales se consideran universales y una aspiración que no es universalizable no es un buen candidato a derecho en sentido fuerte. Sobre las posibilidades de universalización y sus relaciones con la redistribución véase Jeremy WALDRON, «Rights», en Robert Goodin y Philip Pettit eds., *A Companion to Contemporary Political Philosophy*, Oxford, Blackwell, 1993.

¿Sería constitucional dedicar recursos para luchar contra el SIDA en vez de dedicar ese presupuesto a luchar contra los infartos con más energía? Parece que la respuesta debe ser que sí y que eso es lo que hacen los gobiernos, decidir, entre otras cosas, la política de sanidad, que en este caso beneficiará a los futuros enfermos de SIDA y perjudicará a los futuros enfermos del corazón. Pero no sería constitucional dejar sin acceso a la sanidad a los gitanos o a los catalanes.

¿Quiere decir eso que la imposición de la mayoría es el criterio último? En los casos en los que tiene competencias constitucionales sí; en otros, el criterio último lo tienen las instituciones que deciden qué derechos tenemos.

Existe la tendencia a pensar que cuando se habla de mayorías los criterios son irreconciliables y que las mayorías son de piñón fijo, es decir, que mantienen sus ideas sin ceder nada a la minoría. La política de mayorías puede llevarse a cabo a base de la táctica de imponerse sin condiciones. La oposición no puede impedir nada y limitarse a protestar porque sus aspiraciones legítimas no son respetadas. Pero es posible y frecuente que la política de consenso pueda jugar un papel importante en la conformación de diseño de las políticas públicas. También es posible que si las minorías siempre son desatendidas se quiebre la creencia en el sistema democrático y que los perdedores se transformen en críticos del sistema ya que sus aspiraciones no quedan en ningún caso reflejadas en la política pública. Podríamos señalar que una desconsideración exagerada de la minoría la conduce fuera del sistema y a usar procedimientos que son anticonstitucionales. De nuevo el equilibrio juega un papel muy importante en las instituciones democráticas que dan la victoria a la mayoría pero es responsabilidad de la mayoría tratar a la minoría de tal forma que no abandone el sistema<sup>17</sup>. Por último, la crítica también es importante para la mayoría porque le ofrece los puntos débiles de su política, le obliga a contestar y a justificar, y, en último término, le propone alternativas.

Si nos preguntamos si los derechos sociales son derechos jurídicos en el sentido en que los hemos definido anteriormente debemos sostener que —en líneas generales— no lo son porque sólo son declarados en la Constitución pero no son intereses jurídicamente protegidos, no existe un procedimiento legal que los garantice y el tipo de criterio de resolución del conflicto no es el del vencedor o vencido sino es la negociación y el compromiso. Es cierto que en última instancia las votaciones dan vencedores y

---

<sup>17</sup> Véase sobre este punto las tesis de Albert HIRSCHMAN en su famoso libro *Exit, Voice and Loyalty*, Harvard University Press, 1970.

vencidos, pero, a pesar de esto, creo que las diferencias procedimentales son significativas. También es importante tener en cuenta que la discusión sobre los derechos es quien tiene razón mientras que en los casos de aspiraciones legítimas el consenso es uno de los objetivos a alcanzar.

¿Sería conveniente que los derechos sociales fueran derechos jurídicos? ¿Tiene sentido la ampliación del círculo? Creo que la respuesta depende de los recursos económicos. Si no hay suficientes recursos, si los recursos son escasos no es posible convertir los derechos sociales en derechos jurídicos porque siempre se conculcarían algunos derechos sociales de algunos ciudadanos. La cuestión importante de los derechos sociales no es su valor declarativo y simbólico sino si son derechos jurídicos y si el estado los puede garantizar a todos los ciudadanos.

Otra cuestión es si debería eliminarse de la competencia de la mayoría, es decir, de la negociación y del compromiso, el tema de los derechos sociales. Creo que la respuesta sensata es que los problemas de justicia se dan cuando nos encontramos en las circunstancias de la justicia en el sentido humeano-rawlsiano. Si no hay escasez entonces podrían convertirse los derechos sociales en derechos jurídicos, pero mientras haya escasez la respuesta debe ser siempre la misma. No es posible convertirlos todos en derechos jurídicos<sup>18</sup>. El sistema del todo o nada, del vencedor y del vencido característico del reino de los derechos no es un sistema adecuado para los problemas de asignación de recursos escasos. Por tanto, mi conclusión es que los derechos sociales ni son ni es deseable que se conviertan en derechos jurídicos en las actuales circunstancias de escasez<sup>19</sup>. Sólo una visión

---

<sup>18</sup> Véase en contra Jeremy WALDRON, «Rights», en Robert Goodin y Philip Pettit eds., *A Companion to Contemporary Political Philosophy*, Oxford, Blackwell, 1993. Waldron defiende la idea de que los derechos sociales son más básicos que los derechos individuales y también sostiene que las cuestiones de costo son también relevantes para los derechos individuales. Sin embargo, sólo un núcleo muy básico de los derechos sociales son conditio de todos los derechos y cuando hablamos de derechos sociales muchas veces nos referimos a cuestiones más amplias. En todo caso para que los derechos sociales se conviertan en derechos deben convertirse en derechos individuales y cada individuo debe tener la posibilidad de acudir a un juez para exigirlo.

<sup>19</sup> Esta idea no es aceptada. Algunos sostienen, con razón que los derechos individuales cuestan dinero, que el sistema de orden público también cuesta dinero y que la libertad de expresión sólo se tiene si además de tener la posibilidad se tienen los recursos. Esa es una aspiración pero la libertad de expresión no significa que tengamos *El País* o *El Mundo* a nuestra disposición como lo tienen sus propietarios. Otra cosa distinta es que eso se considere más o menos justo o que sea una aspiración justificable la dotación de recursos para que la libertad de expresión no sea meramente una libertad negativa. Sobre las nociones de libertad positiva y negativa véase Isaiah BERLIN, *Cuatro Ensayos sobre la Libertad*, Madrid, Alianza, 1988. Véase el trabajo de Philip PETTIT, *Republicanism*, Oxford University Press, 1997, y su idea de libertad como no dominación.

muy restrictiva de los derechos sociales podría preservar el pluralismo de las diversas concepciones del bien puesto que en cuestiones de política económica y social el grado de consenso es muy inferior que en los derechos y libertades de la primera generación.

Por último, cabría preguntarse si la defensa de los derechos sociales como derechos en serio supone cercenar al poder legislativo sus competencias y ceder al poder judicial más competencias de las que tiene ya<sup>20</sup>. ¿Volvemos a una nueva forma de elitismo?

## LOS DERECHOS CULTURALES

En los últimos tiempos se habla con mucha frecuencia de los derechos culturales y se plantea el problema de la identidad cultural como un elemento importante de los derechos constitucionales. Sin duda, existe esta aspiración y ésta es una aspiración legítima. Es indudable que mucha gente considera que el entorno cultural forma parte de su identidad personal y quiere vivir en ese entorno y por eso lo defiende<sup>21</sup>. También es posible que una de las principales desigualdades en la actualidad venga generada por la pertenencia a una cultura determinada. En la filosofía política contemporánea el problema de las identidades culturales y del nacionalismo es uno de los principales no sólo por su vertiente política<sup>22</sup> sino también en relación al problema de la persona, la identidad personal y los problemas que genera la igualdad. Una de las consecuencias de esta preocupación es la atribución de derechos a los colectivos frente a o junto a los derechos individuales. Entre ellos el derecho a la autodeterminación de los pueblos es uno de los más importantes y controvertidos.

Quisiera preguntarme en primer lugar en qué sentido decimos que son derechos y si son derechos jurídicos del mismo tipo que los derechos indi-

---

<sup>20</sup> En realidad sería concebible que los jueces empezaran a admitir su competencia en la cuestión de los derechos sociales basándose en la constitución —que como la nuestra los declara— y con ello quizá se acabaría con las competencias más importantes del órgano mayoritario por excelencia. Por último, el órgano jurisdiccional también se rige por la mayoría en su interior.

<sup>21</sup> Véase Will KYMLICKA, *Multicultural Citizenship*, Oxford University Press, 1995, y David MILLER, *On Nationality*, Oxford University Press, 1995.

<sup>22</sup> Véase por ejemplo Brian BARRY, «Nacionalismo», en David Miller, ed., *Enciclopedia del Pensamiento Político*, Madrid, Alianza, 1989, pp. 420 y ss. Véase también Brian BARRY, «Self-government revisited», en D. Miller y L. Siedentop, *The Nature of Political Thought*, Oxford Clarendon Press, 1983.



viduales reconocidos en las constituciones. La respuesta es negativa. Es verdad que existen declaraciones muy importantes sobre el derecho de la autodeterminación de los pueblos. Esta aspiración constituye una directriz que en los tratados internacionales se cita y se defiende. Pero lo que caracteriza a un derecho jurídico no es su reconocimiento formal sino su garantía, institucionalización y el tipo de criterios para resolver los problemas. Pues bien, el derecho internacional y los tratados internacionales sólo han logrado la mera declaración pero no la protección jurídica que merecen los derechos colectivos de los pueblos. Los derechos culturales, y en especial, el derecho de la autodeterminación de los pueblos no son derechos en el mismo sentido que los derechos individuales.

Y, sin embargo, muchos autores mantienen que el conflicto entre minorías culturales debería resolverse con la estrategia de los derechos. Pero realmente, ¿estamos pensando que deben protegerse las minorías culturales hasta el punto de que tengan esta arma tan poderosa como los derechos jurídicos? ¿O quizá lo que se mantiene es que los derechos individuales deberían de dejar de ser un arma tan poderosa y dejarlo todo en manos de la negociación, es decir en el de la mayoría? Existe una gran ambigüedad en este punto.

Estas son las posiciones básicas que me gustaría discutir.

1. Si aceptamos la estrategia de los derechos jurídicos para las minorías culturales deberíamos exigir no sólo su reconocimiento formal sino también su garantía jurisdiccional, su institucionalización y, además, sostener abiertamente que la negociación está excluida. Lo único que necesitamos es proclamar quién tiene el derecho, quién es el vencedor. Una minoría cultural tendría el derecho de veto frente a la mayoría. Esta es la idea básica. No sé hasta qué punto los defensores del derecho de la autodeterminación de los pueblos están dispuestos a convertir el derecho de autodeterminación en auténtico derecho jurídico. Pero si lo sugirieran deberían enfrentarse a una serie de problemas.

El primero, si existen conflictos entre diversas minorías y el tipo de criterio de resolución de los conflictos es a base de los derechos, el conflicto es irreconciliable. Se tienen o no se tienen derechos. No hay una búsqueda de cuál es la solución más aceptable para las dos partes sino que se busca quién tiene la razón y se le da. La estrategia de los derechos jurídicos es muy estricta y no está nada claro que declarando quién tiene derecho se solucione el problema. En muchas ocasiones el vencido inicia la ruptura con la legalidad y eso se convierte en una espiral de violencia.

El segundo. Es posible que se planteen conflictos de derechos colectivos y derechos individuales. Si aumentamos considerablemente los derechos el peligro de conflicto aumenta. Si no existe una prioridad protectora entonces se adultera un principio importante como es el de tener en cuenta las reglas de juego para resolver los conflictos. Al final lo que tendremos es muchos derechos en el mismo plano que no cumplen su función de ser un arma fuerte sino que es débil y estará a la merced de los avatares de los decisores. Si tenemos derechos sociales, individuales y colectivos, y no tenemos un metacriterio para resolver los conflictos, hemos desvirtuado los derechos individuales y hemos renunciado a ser gobernados por reglas. Parece que la jurisdicción sin sujetarse a reglas tiene toda la decisión y la legislación se queda sin terreno.

2. Podría sostenerse que el procedimiento para resolver los conflictos que se planteen no debe ser el de los derechos sino el de la negociación. Debido a los problemas de las minorías lo mejor es dejarlo todo en el campo de la negociación incluso los derechos individuales. La extensión de los derechos no significa la extensión de los derechos jurídicos sino su anulación. Es cierto que históricamente los derechos individuales son vetos frente a la mayoría pero su protección excesiva ha tenido como consecuencia la infravaloración de los derechos de los colectivos y debería colocarse el reino de los derechos en el mismo nivel tanto para unos como para otros. Pero ¿acaso eso no significaría que las mayorías gobernarían siempre sin límites a su negociación? ¿No supondría esta estrategia la eliminación definitiva de la protección de la minoría? ¿Estamos dispuestos a renunciar a los derechos individuales que tanto éxito han tenido para prevenir la tiranía?

Me parece que el problema de los derechos culturales no se puede plantear como un tema de derechos jurídicos sino que debe plantearse desde el punto de vista de la negociación. Eso supone que los intereses de los derechos culturales son más débiles que los derechos individuales y que éstos son innegociables mientras que aquéllos lo son. Pero el criterio de la mayoría pura tampoco es un criterio que produzca estabilidad. El criterio adecuado es el de la *mayoría integradora* que supone que el estado ha encontrado una regla de juego que no coincide con todas las aspiraciones culturales —eso no es posible— pero es la regla de todos, la regla que no excluye a nadie. En España, por ejemplo, se ha mantenido que el Senado debería ser el órgano de representación territorial y que las diversas nacionalidades deberían tener el derecho de veto. Pero si todos tienen el derecho



a vetar ¿Judicializamos los conflictos o buscamos acuerdos? El lenguaje de los derechos es muy valioso pero la sucesiva extensión de los derechos conduce necesariamente a declarar vencedores y vencidos. Se ha olvidado la estrategia de la búsqueda de un consenso entrecruzado entre las diversas naciones y con ello la posibilidad de su integración.

## LA TRANSICIÓN ESPAÑOLA COMO EJEMPLO.

Si el tema de las minorías nacionales se plantea desde la perspectiva de los derechos, entonces estaremos obligados a aceptar la estrategia de un conflicto que acaba con razones, vencedores y vencidos. Cuando los problemas de las minorías nacionales se plantean como conflicto de derechos la polarización es inevitable y acaba o con el reconocimiento de una nacionalidad triunfante o bien con una guerra de liberación nacional. En el País Vasco tenemos un buen ejemplo de esta estrategia de la intolerancia. El derecho de autodeterminación es irrenunciable. El argumento es que no se está dispuesto a negociar nada que afecte a la autodeterminación del mismo modo que no se está dispuesto a negociar la tortura. El derecho de autodeterminación es anterior e independiente y condiciona toda negociación. Los ejemplos históricos del Ulster, el Quebec y el País Vasco abonan estas consecuencias duras, muy duras, al utilizar una estrategia tan poderosa y tan inflexible que convierte el tema en irresoluble desde el punto de vista de la negociación. Para que se pueda resolver se necesita abandonar la estrategia de los derechos en el sentido fuerte y ceder. Históricamente no deja de ser significativo que la Constitución española no fuera votada por muchos vascos y ahí sigue el problema pendiente.

Otra estrategia es la de la negociación. Aquí ya no se busca quién tiene la razón sino una salida razonable al conflicto. Se buscan unas reglas de juego que permitan salidas a las situaciones sin colocar el problema en el terreno límite que produce consecuencias que no tienen salida. Frente al reino de los derechos, el reino del consenso y de la negociación. En la negociación, el consenso básico es el fundamento de la estabilidad. Un demócrata cree que es posible encontrar reglas de juego comunes para resolver los conflictos. Cuando existen conflictos entre aspiraciones nacionales y autodeterminación de los pueblos el criterio democrático consiste en buscar un punto de equilibrio que permita el desarrollo posterior de la negociación

y de la discusión y que todas las partes en el conflicto las acepten. Pero para eso las dos partes deben ceder y las dos partes deben ser flexibles. Que las reglas de juego sean las reglas de juego de todos, no la imposición de una parte, es garantía de estabilidad y de democracia. Tenemos un buen ejemplo en España en relación con Cataluña.

Es cierto que los partidos nacionalistas catalanes han utilizado y utilizan la retórica del derecho de autodeterminación de los pueblos, pero su actitud política no ha sido la de exigir ese derecho sino la de pactar.

Cuando los nacionalistas catalanes —que dicho sea de paso no son los catalanes ni representan a todos los catalanes pues Cataluña es más plural que la Cataluña de los nacionalistas— hablan de la autodeterminación de los pueblos no quieren decir que el camino hacia la autodeterminación y la independencia va a ser independiente de la Constitución. Están afirmando una aspiración nacionalista pero adoptan la estrategia de la negociación. Es cierto que se han originado muchos problemas y que muchos más surgirán en el futuro pero el resultado de todo ello no ha sido la violencia sino la negociación. Obsérvese que en la práctica política el hecho de que haya triunfado la negociación ha llevado a un consenso muy importante en nuestra sociedad ya que muy pocos catalanes son independentistas, el terrorismo no tiene presencia ni apoyo y no existen voces políticas relevantes que no acepten la autonomía catalana.

El caso español es un buen ejemplo de cómo una política de reconocimiento de los derechos y de la estrategia de los conflictos de derechos puede conducir a un resultado muy violento, mientras que una política de reconocimiento de intereses y aspiraciones legítimas con negociación y consenso como instrumento tiene un resultado mejor no sólo para las aspiraciones de los ciudadanos sino también para la cohesión de un Estado que si tuviera varios territorios con la misma problemática que el País Vasco sería ingobernable<sup>23</sup>.

Como conclusión general cabría señalar que existe una gran confusión sobre los derechos. Convertir todas las aspiraciones sociales en derechos diluye la democracia y deja a la mayoría sin objeto de decisión. Por

---

<sup>23</sup> Dejo de lado una cuestión importante que no puedo analizar aquí. Es el tema de si la violencia consigue una mayor cuota de beneficios que el pacto. En el caso vasco parece que desde un punto de vista económico el conflicto ha permitido una posición negociadora con el estado claramente dominante. El País Vasco es deficitario con el Estado español —es decir cuesta dinero al Estado— mientras que no ocurre lo mismo en Cataluña. Pero junto a eso debería calcularse también el deterioro económico del País Vasco.





otra parte, la estrategia de solución de los conflictos a base de los derechos polariza los temas hasta tal punto que los vencidos son siempre vencidos y están en desacuerdo por la falta de reconocimiento. Por último, quisiera llamar la atención sobre el papel de las reglas de juego y de la democracia. Si no es posible encontrar unas reglas de juego comunes para resolver los conflictos, si no es posible la negociación y la cesión, tampoco es posible el imperio de la ley democrática sino únicamente el imperio de la fuerza.

## UNA ÚLTIMA CUESTIÓN ABIERTA

La tesis de la inflación y generaciones de derechos favorece paulatinamente la incorporación de más derechos –y especialmente los derechos sociales y culturales– en la Constitución. Pero esta transferencia lleva implícitamente una transferencia de poder al poder judicial. Y es muy discutible si deben ser los jueces constitucionales los que nos deben decir qué es lo que debemos hacer. Más bien los jueces constitucionales deberían ser los guardianes de qué es lo que no puede hacer el Gobierno y los parlamentos. Las políticas públicas no deben ser monopolio del feudo judicial. Una de las grandes preocupaciones de la democracia ha sido prevenir la tiranía y, ciertamente, los sistemas constitucionales han tratado de dispersar la soberanía para que no se abusara del poder. En esta lucha contra el exceso de poder, la institución judicial ha jugado un papel importante. Pero quizá no debemos ceder a los jueces lo que no quisimos ceder ni al Gobierno ni al Parlamento.

