

1993

Dos tradiciones de derechos: derechos de libertad y derechos de justicia

Zagrebelsky, Gustavo

Universidad Carlos III de Madrid. Instituto Bartolomé de las Casas : Boletín Oficial del Estado

Derechos y Libertades: revista del Instituto Bartolomé de las Casas. ISSN: 1133-0937. I (2)

p.355-376 (Oct 1993-mar 1994)

<http://hdl.handle.net/10016/1459>

Descargado de e-Archivo, repositorio institucional de la Universidad Carlos III de Madrid

DOS TRADICIONES DE DERECHOS: DERECHOS DE LIBERTAD Y DERECHOS DE JUSTICIA *

Gustavo Zagrebelsky

Universidad de Turín.

SUMARIO: 1. Programa.—2. Dos ejemplos cruciales: el derecho al trabajo y el derecho al salario.—3. Concepción moderna y concepción antigua de los derechos.—4. Los beneficiarios de los derechos: vencedores o vencidos.— 5. La función instauradora y restauradora de los derechos.—6. Visión subjetiva y objetiva de los derechos.—7. El tiempo de los derechos y el tiempo de los deberes.—8. El límite de los derechos.—9. De los derechos a la justicia.

1. Programa



AS concepciones de los derechos que han influenciado las diversas declaraciones constitucionales pertenecen a las grandes corrientes del pensamiento político moderno, liberalismo, socialismo y cristianismo social. Cada una de ellas ha dado su aportación, promoviendo unos derechos más que otros, de forma que el cuadro resultante

* (Traducción de Andrea Greppi.)

es muy complejo y a menudo problemático¹. Pero estas aportaciones no se diferencian sólo por la diversidad de sus contenidos. Si así fuera, se podría fácilmente llegar, si no a una simple agregación, cuando menos a una confluencia o a una composición entre ellas. La universalidad actual del lenguaje de los derechos permitiría albergar la esperanza de una superación de las tradicionales controversias y una cooperación, de cada una de las tradiciones, en aras de un objetivo común, como es la promoción de los derechos humanos.

Lamentablemente no ocurre así. Las declaraciones constitucionales de derechos no reflejan solamente diferencias de contenidos que puedan explicarse a la luz de las aspiraciones político-ideales que históricamente las han promovido. En su base hay una divergencia profunda, que explica también la diversidad de contenidos, pero que sobre todo tiene que ver con el *ethos* general que está implícito en ellas.

Los derechos del hombre se sitúan en dos grandes horizontes de la vida colectiva, cada uno de los cuales es muy exigente y está dispuesto en muy pequeña medida a dejarse reducir para dejar espacio al otro.

Estos dos horizontes están representados hoy por el humanismo laico y por el humanismo cristiano². Ellos ponen en relación los derechos con dos nociones inevitablemente conectadas, pero cuya integración no es fácil en absoluto: la libertad y la justicia. Se podría decir: el primero consiste en aquellos derechos cuya violación afecta a la pretensión de libertad del hombre; el segundo, en aquellos derechos cuya violación afecta a su pretensión de justicia. O también: desde la opresión hacia la libertad por medio de los derechos, en el primer caso; desde la injusticia hacia la justicia por medio de los derechos, en el segundo caso³.

¹ N. BOBBIO: "I diritti dell'uomo, oggi", en *I diritti dell'uomo*, mayo-agosto 1991, 8, y en *L'età dei diritti*, Einaudi, Torino, 1990 (traducción castellana de R. de Asís, Ed. Sistema, Madrid, 1991).

² La tradición socialista de los derechos se sitúa entre ambos horizontes, sin una especial originalidad propia con respecto al punto que aquí nos interesa desarrollar. Para mayores detalles sobre este tema, ver mi trabajo *Il diritto müe - Legge, diritti, giustizia*, Einaudi, Torino, 1992, cap. IV.

³ Obsérvese cómo, al querer convertirse en absolutas, cada una de las dos posiciones lleva a excluir la otra por medio de un doble y opuesto reduccionismo: de la justicia a la libertad o de la libertad a justicia. El primer reduccionismo (sociedades justas son aquellas en las que impera la libertad) es el de las concepciones radicalmente individualistas, la segunda (sociedades libres son aquellas en las que impera la justicia) es el de las concepciones holistas, de las cuales han existido numerosísimas versiones. No es posible desarrollar aquí el significado de estos reduccionismos opuestos. Lo único que interesa señalar es que sirven para indicar de la forma más clara el diferente significado de los derechos cuando son considerados desde una u otra perspectiva.

Esta diferencia debe ser puesta de manifiesto de la manera más radical, porque sólo así se puede poner claridad en este problema y llegar a ser conscientes de las dificultades que el tema de los derechos humanos encierra. Frente al simplismo de los guardianes de los derechos humanos, estos derechos están destinados a convivir con grandes dificultades, a pesar de que —es preciso añadir— no estaríamos dispuestos a sacrificar a causa de esas dificultades ninguna de las dos tradiciones.

2. Dos ejemplos cruciales: el derecho al trabajo y el derecho al salario

Entre los muchos ejemplos posibles se pueden escoger dos derechos que están presentes en ambas concepciones y que, por lo tanto, a primera vista, podrían parecer un punto de encuentro entre ellas: el derecho al trabajo y el derecho al salario.

a) Frente a la opinión general, la proclamación del derecho al trabajo no es ni cristiana ni socialista, sino ilustrada. En su contexto originario, poseía un significado específico. En el edicto regio de 1776 que abolía la pertenencia obligatoria de los trabajadores a las corporaciones, Turgot pone en boca del joven Luis XVI las siguientes palabras: *Dieu, en donnant à l'homme des besoins, en lui rendant nécessaire la ressource du travail, a fait du droit de travailler, la propriété de tout homme; et cette propriété est la première, la plus sacrée et la plus imprescriptible de toutes. Nous regardons comme un des premiers de notre justice, et comme un des actes les plus dignes de notre bienfaisance, d'affranchir nos sujets de toutes les atteintes portées à ce droit inaliénable de l'humanité.*

En la doctrina social de la Iglesia, la cuestión del trabajo va siempre precedida del recuerdo de las maldiciones divinas: “Comerás el pan con el sudor de tu frente” (Génesis, III, 11) y “Maldita sea la tierra en tu trabajo, comerás de ella con esfuerzo durante todos los días de tu vida” (Génesis, III, 17). El trabajo —que en la encíclica *Rerum novarum*, del Papa León XIII (1891) antes que un derecho es considerado como un deber— sirve para que el trabajador “tenga comida y vestido, y pueda vivir con menor incomodidad su vida”⁴; el derecho al trabajo sirve para “permitir que el trabajador y su familia posea un tenor de vida acorde a la dignidad humana”⁵; el “funda-

⁴ *Rerum novarum*, encíclica del Papa León XIII (1891), n. 14.

⁵ *Pacem in terris*, encíclica del Papa Juan XXIII (1963), n. 8.

mental derecho de todo hombre al trabajo da a todo aquel que trabaja iguales derechos, para que el nivel de vida de los hombres del trabajo en cada sociedad presente siempre en menor medida esas chocantes diferencias que son injustas y que llegan a producir violentas reacciones”⁶.

Se está hablando siempre del derecho al trabajo. Pero aquí se trata del hombre que quiere aliviar sus sufrimientos en y con el trabajo, para alcanzar una condición conforme a su dignidad. Antes se trataba del hombre que, para desarrollar de la mejor manera posible sus fuerzas creativas, pretendía romper las cadenas corporativas que le ataban y le impedían ser libre. Aquí se trata de la demanda de un “puesto de trabajo”⁷; allí, de la reivindicación de la libertad económica. Aquí se trata del hombre débil que reclama protección; allí del hombre seguro de sí mismo que quiere convertirse en empresario.

b) Otro ejemplo significativo es el de principio del “salario justo” de los trabajadores, proclamado también por la *Rerum novarum*⁸.

Según la concepción individualista, la medida del salario quedaba establecida por el acuerdo entre la voluntad de las partes, puestas en condición de contratar libremente sus prestaciones respectivas. Se trataba por lo tanto de una medida variable, dependiente de las condiciones del mercado de trabajo e independiente de consideraciones de justicia en las relaciones sociales. El único elemento “rígido” de la retribución estaba relacionado con el nivel mínimo de subsistencia del trabajador, es decir, con las exigencias de reproducción del sistema económico. La atenuación de la dureza de esta concepción habría podido derivar sólo de la relevancia que se atribuyera a razones de justicia.

Para la doctrina social de la Iglesia católica, en cambio, la medida del salario es, al menos en una parte mínima, objetiva e independiente de la voluntad de los contratantes. Ella deriva de los deberes de justicia que vinculan recíprocamente a las partes, trabajador y empresario. La *Rerum novarum* prohíbe a los patronos que traten a sus obreros como esclavos y reivindica para ellos la exigencia de que sean tratados como personas humanas, que no sean degradados por el trabajo y que les sea respetada la posibilidad de hacer frente a sus propias obligaciones de orden moral y religioso frente a la familia y a la Iglesia. El elemento fundamental de esta relación es el “salario justo”, es decir, el salario determinado no por medio de la libertad contractual sino

⁶ *Laborem exercens*, encíclica del Papa Juan Pablo II (1981), n. 18.

⁷ De nuevo *Laborem exercens*, *op cit.*.

⁸ Sobre este tema, A. VERMEERSCH: “La justice dans la ‘Rerum novarum’”, en AA.VV., *Il XL anniversario della Enciclica “Rerum novarum”*. Escritos publicados a cargo de la Università cattolica del Sacro Cuore, con la ayuda de la Unione cattolica per le scienze sociali, Vita e pensiero, Milano, 1931, pp. 549 y ss.

por la justicia. No satisfacer dicho salario es un pecado, precisamente contra la justicia, un gran crimen que exige la venganza del cielo.

En aquel momento histórico, el salario justo era evidentemente una reivindicación en favor de los trabajadores. Pero, una vez modificadas las condiciones, ello podría servir también para moderar sus reivindicaciones. Y esto porque se trata de una noción objetiva que no puede ser destruida por la voluntad ni de los propietarios ni, en su caso, de los proletarios, ni incluso, por medio del libre acuerdo de las dos partes. Como ha sido señalado⁹, la voluntad no sólo de los empresarios sino también de los trabajadores puede ser contraria a la justicia: *Que le patron et l'ouvrier fassent tant de telles conditions qu'il leur plaira, qu'ils tombent d'accord notamment sur le chiffre de salaire; au-dessus de leur libre volonté il est une loi de justice naturelle plus élevée et plus ancienne, à savoir que le salaire ne doit pas être insuffisant à faire subsister l'ouvrier sobre et honnête.*

No nos interesa ahora señalar que el concepto del salario justo estuviera destinado a ampliarse, con el desarrollo de la doctrina social de la Iglesia, hasta abarcar no sólo alimentos y vestidos, sino también los medios para satisfacer el deseo de desarrollo personal y la legítima aspiración a una (pequeña) propiedad de tierra cultivada. Interesa, en cambio, la perspectiva objetiva, ligada a la visión de un orden social que respetar, en la cual la "cuestión social" queda enmarcada y en la cual se neutraliza toda potencialidad destructiva, para "lograr que el conflicto sea mucho menos violento"¹⁰.

3. Concepción moderna y concepción antigua de los derechos

a) Los derechos del hombre del humanismo laico son herederos de la tradición antiescolástica, que nació de la fractura producida por el espíritu del Renacimiento. El significado de esta fractura fue expresada de la forma más clara y programática en el célebre fragmento de la *Oratio de hominis dignitate* de Giovanni Pico della Mirandola en el que se manifiesta el carácter indeterminado del hombre en el orden de la creación y la tarea que le está asignada de definir con sus propias fuerzas aquello que él mismo desea ser¹¹.

⁹ P. L. Goossens (Obispo de Malines), cit. por A. VERMEERSCH: *La justice, op cit.*, p. 569.

¹⁰ *Rerum novarum*, cit., n. 13.

¹¹ Merece la pena reproducir por entero el fragmento citado en el texto: "Pero, concluido el trabajo, buscaba el Demiurgo alguien que apreciara el plan de tan grande obra, amara su hermosura, admirara su grandeza. (...) Pero ya no quedaba entre los arquetipos una nueva raza

La antropología del Renacimiento planteaba así la cuestión fundamental que el hombre moderno, durante medio milenio, desde el Renacimiento a Descartes al Iluminismo y, en el campo de la fe, desde la Reforma al “modernismo” y hasta nuestros días, no ha dejado de intentar resolver. No es (ya) la pregunta “antigua”, dominante hasta entonces: “cuál es el lugar que me ha sido asignado en el Universo”, sino la cuestión nueva: “cuál es el lugar que voy a ocupar en el todo”.

Es una pregunta que apela a la libre conciencia individual, a ese factor esencial y determinante, aunque tan difícil de definir, de los derechos humanos nacidos de esta tradición. En lo esencial consiste en la visión individual del propio ser en el mundo, una visión de la cual deriva la pretensión de poder obrar en conformidad a ella. En síntesis, todos los derechos del hombre que pertenecen a esta tradición no son más que manifestaciones particulares de esta pretensión.

b) Los derechos del humanismo cristiano y, específicamente, católico ¹²

que forjar, ni en las arcas más tesoros como herencia que legar al nuevo hijo, ni en los escaños del orbe entero un sitio donde asentarse el contemplador del universo. Ya todo lleno, todo distribuido por sus órdenes sumos, medios e ínfimos. (...) Decretó al fin el supremo Artesano que, ya que no podría darse nada propio, fuera común lo que en propiedad a cada cual se había otorgado. Así pues, hizo del hombre la hechura de una forma indefinida, y, colocado en el centro del mundo, le habló de esta manera: No te dimos ningún puesto fijo, ni una faz propia, ni un oficio peculiar, ¡oh Adán!, para que el puesto, la imagen y los empleos que desees para ti, éstos los tengas y poseas por tu propia decisión y elección. *Para los demás, una naturaleza contralida dentro de ciertas leyes que les hemos prescrito. Tú, no sometido a cauces algunos angostos, la definirás según tu arbitrio al que te entregué.* Te coloqué en el centro del mundo para que volvieras la vista a tu alrededor y miraras todo lo que hay en este mundo. Ni celeste ni terrestre te hicimos, ni mortal ni inmortal, para que tu mismo, como modelador y escultor de ti mismo, mas a tu gusto y honra, te forjes a la forma que prefieras para ti. Podrás degenerar a lo inferior con los brutos; podrás realzarte a la par de las cosas divinas. (...) Los brutos, nada más nacidos, ya traen consigo (...) del vientre de su madre lo que han de poseer. Los espíritus superiores, desde el comienzo o poco después, ya fueron lo que han de ser por eternidades sin término. Al hombre, en su nacimiento, le infundió el Padre toda suerte de semillas, gérmenes de todo género de vida. Lo que cada cual cultivare, aquello florecerá y dará su fruto dentro de él. Si lo vegetal, se hará planta; si lo celestial se convertirá en un viviente celestial; si lo intelectual en un ángel y en un hijo de Dios.” (*Oratio de hominis dignitate e altri scritti*, editado por E. Garin, La Nuova Italia, Firenze, 1942, pp. 105 y ss.) [En esta traducción se ha seguido la versión de L. Martínez Gómez, Editora Nacional, Madrid, 1984, pp. 104 y ss. —N. del t.—.] Sobre la importancia de este texto, véase E. CASSIRER, *Individuum und Kosmos in der Philosophie der Renaissance*, G. B. TEUBNER, Leipzig, 1927 (trad. italiana de F. Federici, *Individuo e cosmo nella filosofia del Rinascimento*, La Nuova Italia, Firenze, 1935, pp. 138 y ss.).

¹² En el mundo protestante, los derechos humanos están ligados principalmente a la libertad de conciencia, como condición de una relación entre el hombre y Dios que no admite mediaciones de instituciones terrenales autoritarias. Desde este punto de vista, la idea de los derechos en la tradición protestante está, en líneas generales, más próxima a la tradición laica que a la cristiano-católica. Sobre este tema, recientemente, J. LUTHER, “L’idea dei diritti fondamentali nel Protestantismo, en *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 1991, pp. 329 y ss.

pueden ser entendidos en la tradición antigua¹³, en la cual la escolástica medieval construyó su sistema. Una tradición —y adelante el contenido de páginas posteriores— que, si bien es cierto que es antigua, no lo es tanto como para no poder ser ya actual. Se podría incluso llegar a admitir, sin que falten buenos argumentos, que uno de los caracteres del Derecho de nuestro siglo que lo diferencia respecto del Derecho del siglo anterior, es el redescubrimiento, quizá inconsciente y la forma que hoy es posible, de esta tradición.

Esta tradición asume que todo ente, y también el hombre, posee en el universo su “justo lugar”, acorde con la armonía general. En esta visión no puede estar legitimada ninguna pretensión individual de autorrealización subjetiva y voluntarísticamente motivada. Dicha pretensión sería un acto de orgullo destructivo del orden dentro del cual todo ente —incluido el hombre— está situado. Existe en cambio un deber fundamental de todos que consiste en respetar el “lugar” que a cada uno le ha sido asignado por la razón universal, en conformidad con la naturaleza o, por emplear el lenguaje escolástico, con la “dignidad” en la escala del ser reservada a cada uno.

Al tratar en este contexto los derechos en sentido subjetivo —tal como en este siglo, y no sin dificultad, se ha comenzado a hacer incluso dentro de esta tradición¹⁴—, es evidente que el significado de esta fórmula no tiene

¹³ “Se comprenden”, pero no “radican”, en la tradición antigua. Es sabido que la idea de los derechos del hombre es ajena al mundo antiguo, en el cual cabía sólo el Derecho y no los derechos (especialmente M. VILLEY, *Leçons d'histoire de la philosophie du droit*, Sirey, París, 1957, pp. 249 y ss.; *Les droits et les devoirs de l'homme*, PUF, París, 1983 —escrito en polémica contra el discurso papal sobre los derechos del hombre—, y *Le droit et les devoirs de l'homme*, PUF, París, 1983, donde se discute la ideología de los derechos del hombre, denunciándola como una típica ilusión moderna. En general, *vid.* también L. FERRY, *Los derechos del hombre*, en F. Furet (editor), *L'eredità della Rivoluzione francese*, Laterza, Bari, 1989, pp. 273 y ss.

¹⁴ La Comisión pontificia “Justitia et Pax”, en el documento *La Chiesa e i diritti umani* de 1976 (n. 18) ha reconocido que la Iglesia católica, hasta León XIII, ha tenido una pésima relación con los derechos humanos, una relación marcada por “dudas, objeciones y reservas” y en algunos casos por un abierto y violento rechazo. Pío VI, Pío VII, Gregorio XVI y Pío IX se manifestaron de forma radical contra los derechos del hombre de raíz ilustrada y revolucionaria, a causa de su presunto trasfondo de tendencias inmanentistas, antirreligiosas, relativistas y, en definitiva, antieclesiásticas. El estilo de esta condena se expresa en la *Mirari vos*, encíclica de Gregorio XVI (1832), motivada por las aperturas “liberales” en Francia del grupo del *Avenir* guiado por el abate Lamennais. La libertad de conciencia —fuente de todos los derechos del humanismo laico— eran tachados de “demencia” y de “error contagioso”.

Es con la *Rerum novarum* cuando aparecen por vez primera, en relación con las reivindicaciones obreras, los derechos humanos en la doctrina de la Iglesia (el derecho de asociación sindical en primer lugar). El contexto general de la encíclica, sin embargo, contrariamente a lo que suele decirse, no es una reflexión sobre los derechos, sino más bien sobre los deberes que derivan de la virtud y de la caridad.

Posteriormente, la referencia a los derechos humanos será más frecuente, no tanto, quizá, en las encíclicas conmemorativas de la *Rerum novarum*, sino a partir de la *Mit brennender Sorge*, encíclica de Pío XII (1937) en vísperas de la guerra y sobre los peligros del totalitarismo nazi, en algunos mensajes navideños de Pío XII durante la época de la guerra, en las encíclicas *Mater*

casi nada en común con el del humanismo laico. Aquí, el Derecho no es una pretensión de respeto a la propia autodeterminación, según la conciencia individual, sino la pretensión de poder actuar en la dirección necesaria según una razón, o un orden o una ley universal. No es, por lo tanto, el poder actuar según la propia voluntad (al igual que en la tradición moderna) sino de poder actuar según el propio deber; lo cual es conforme a la vieja idea del *status*, más que a la idea moderna del Derecho. Si se quiere hablar de derechos, habrá que hablar de pretensiones de *status*, es decir, del reflejo de un orden que influye a todo sujeto.

Se puede incluso llegar a pensar que, al hablar de derechos humanos, no se esté hablando de la misma cosa y que la universalidad actual del lenguaje de los derechos esconda un simple compromiso lingüístico¹⁵. Por otro lado, la Iglesia católica —según parece—, aunque ha adoptado el lenguaje de los derechos, nunca ha llegado a convertirse a los derechos de la tradición laica y nunca ha anulado sus objeciones radicales frente a los derechos de la Revolución francesa, que constituyen uno de sus momentos principales. Por razones políticas de “reconciliación”, de *ralliement*, con el mundo secularizado o “moderno”, se han podido matizar o atenuar las divergencias¹⁶ pero, en definitiva, ningún católico coherente renunciará a la originalidad de su propia visión. Lo mismo puede decirse, evidentemente, de la posición contraria: de la visión laica respecto de la católica¹⁷. Una pacificación general, en nombre de los derechos humanos, no ha sido ni será posible (y quizá tampoco sea deseable).

magistra (1961) y *Pacem in terris* (1963) del Papa Juan XXIII; *Populorum progressio* (1967) del Papa Pablo VI, en numerosos documentos del Concilio Vaticano II (en particular en la Constitución *Gaudium et spes* sobre la Iglesia en el mundo y la Declaración *Dignitatis humanae* sobre libertad religiosa), hasta las innumerables tomas de posición del Papa Juan Pablo II, quien en la Asamblea General de la ONU (2 de octubre de 1979), ha definido los derechos humanos como “piedras miliare del largo y difícil camino de la humanidad” y ha hecho de ellos el tema quizás más importante de su predicación.

¹⁵ E. W. BÖCKENFÖRDE, en E. W. Böckenförde - R. Spaeman (editores): *Menschenrechte un Menschenwürde*, Klett Cotta, Stuttgart, 1987, 12.

¹⁶ A este propósito es muy interesante la entrevista de François Furet al Cardenal de París, titulada “L’Eglise, la Révolution et les Droits de l’Homme”, en J. M. LUSTINGER: *Dieu merci - Les droits de l’Homme*, Côtierion, París, 1990, p. 111 y ss.

¹⁷ Es significativo, P. FLORES D’ARCAIS: “Pacifismo, papismo, fundamentalismo: la santa alianza contro la modernità”, en *Micromega*, 1991, 2, p. 11.

4. Los beneficiarios de los derechos: los vencedores y los vencidos

a) Según la concepción moderna, los derechos son el armazón jurídico de la voluntad, una forma para que ésta llegue a ser eficaz al quedar protegida frente a sus enemigos. En unas definiciones ya clásicas de uno de los fundadores del Derecho privado moderno, C. v. Savigny ha hablado de “señorío de la voluntad” y de derechos como pretensiones de la voluntad garantizadas por el Derecho¹⁸. El derecho subjetivo, asumido por el Derecho privado y transferido al Derecho constitucional como elemento “constitutivo” de la sociedad, ha sido elevado a la enésima potencia. La voluntad que en él se protege no es una voluntad “local”, relativa a una determinada relación jurídica, sino que es la voluntad universal del hombre en sí y por sí, independiente de cualquier contexto específico de relación, es decir del hombre que se manifiesta para la realización de sí mismo como sujeto independiente.

El hombre que posee dicha voluntad, e incluso pretende afirmar su “señorío”, es el hombre triunfante, seguro de sí, que ha resuelto los problemas básicos de su supervivencia y que partiendo de esta base, desea romper las cadenas que le impiden desarrollar su voluntad. El derecho al trabajo, del que se hablaba más arriba, es un excelente ejemplo de lo que se pretende decir. “Quiero, luego tengo derechos” podría ser el lema parafraseando a Descartes.

b) Por el contrario, las repetidas manifestaciones de la Iglesia católica acerca de los derechos humanos contienen siempre, usando los tópicos habituales, referencias a hombres humillados, ofendidos en su dignidad de personas, a los pobres, a los niños, a los últimos, a los infelices, a los débiles, a los perseguidos, a los miserables, a los desheredados.

Ello se manifiesta claramente en las ocasiones elegidas por la Iglesia para referirse a los derechos humanos. Desde la explotación de los trabajadores por el capitalismo de finales del siglo pasado en Europa y, hoy en día, en los países subdesarrollados, hasta la reificación del cuerpo y de la imagen de la mujer propia de la incultura contemporánea, desde el abandono que

¹⁸ F. C. v. SAVIGNY: *System des heutigen Römischen Recht*, (1840), nueva edición Scientia Verlag, Aalen, 1973, I, p. 7: “Al considerar la consistencia del Derecho, como en cada una de sus partes *umbibi und durchdringt*, ella se presenta en primer lugar como un poder atribuido a toda persona: una esfera en la cual su voluntad reina y reina con nuestro consenso. Esta fuerza nosotros la denominamos derecho de una persona.” *Ibid.*, 333: “a la voluntad individual se le asigna un campo, en el cual ella domina independientemente de toda voluntad ajena”.

sufren los ancianos y desde la supresión de la vida en formación como consecuencia del edonismo dominante, hasta la carencia de bienes elementales para la vida en los pueblos del tercer y cuarto mundo, desde el sufrimiento de los pueblos en guerra, hasta las injusticias y las arbitrariedades de los regímenes dictatoriales, etc. Todas las situaciones determinadas por un mal, por un “desorden” que debe ser subsanado devolviendo las cosas a su orden: el capitalismo salvaje, el edonismo permisivo, el subdesarrollo, la guerra, etc. Incluso los derechos espirituales —que se reducen esencialmente a la libertad de profesar la propia fe religiosa, con el consiguiente derecho de la Iglesia de desarrollar su propia labor —el problema es esencialmente el de combatir los regímenes ateos y materialistas que ignoran lo que se denomina “dimensión vertical” o espiritual del hombre.

5. La función instauradora o restauradora de los derechos

a) Coherentemente con su matriz ideal, el humanismo laico asume que el mundo no posee un orden, que es un caos, no un cosmos, y que somos nosotros quienes podemos y debemos darle un orden por medio de nuestros actos de voluntad, que pueden ser renovados continuamente porque pueden ser continuamente mejorados. Los derechos, que garantizan el ejercicio de esta voluntad, adquieren de esta forma una función instauradora y restauradora del orden social. Su reivindicación tendrá pues una función polémica en relación con el orden existente, calificado como “desorden” y que, por ello, exige una refundación o reforma. Es significativo, a este propósito, el valor que asumió la reivindicación de los derechos del hombre en la época de la Revolución francesa, y, en primer lugar, el derecho a la libre manifestación del pensamiento, frente a la estructura del *Ancien Régime*.

En este orden de ideas, y al contrario de lo que puede decirse desde una perspectiva antigua, la reivindicación de los derechos es una manifestación de fuerza y de madurez por parte de una sociedad, una señal de progreso hacia la meta que representa la autonomía humana frente a toda realidad social aceptada como “dato”.

b) Todo lo contrario es, en cambio, la perspectiva de la concepción antigua de los derechos. Se asume, en ella, que el mundo posee un orden y que no somos nosotros quienes podemos establecerlo; que el mundo es un cosmos (o el resultado de un acto de creación inteligente) y no un caos. Frente a este orden, que debemos antes que nada aceptar tal como es, es

decir, como verdadero, justo y bueno, nosotros tenemos sólo un deber: el de respetarlo y, en su caso, el de restaurarlo cuando haya sido alterado. Pero ciertamente no podemos reivindicar el derecho a modificarlo según nuestra propia voluntad. La voluntad, en efecto, es una función subordinada e inferior a la razón, puesto que debe moverse dentro de la comprensión del orden dado, fuera del cual es ciega, injustificada y subversiva, además de ser fundamentalmente injusta, en cuanto que la justicia consiste en la correspondencia con la *ratio* universal¹⁹.

Si en este contexto se quiere hablar de derechos, el único significado que puede ser aceptado es el de una pretensión de restablecimiento, es decir, de restauración de un orden que haya sido corrompido. Téngase en cuenta, además, que la corrupción es precisamente consecuencia de la voluntad de los hombres cuando ésta se antepone a la inteligencia y al respeto de la realidad, es decir, es la consecuencia del ejercicio de los derechos en sentido moderno. En esto consiste precisamente la reforma de una sociedad en decadencia, según la concepción antigua²⁰.

El contraste entre las dos posiciones no podría ser más claro. Son elocuentes los catálogos de derechos que provienen del magisterio social de la Iglesia católica: todos ellos asumen el valor de un remedio contra las disgregaciones sociales determinadas por la voluntad desordenada del hombre²¹.

¹⁹ Aquí está presente la gran y fundamental discusión, desarrollada en términos aristotélicos por Sto. Tomás de Aquino, en torno a la preferencia de la *ratio* sobre la *voluntas*. Véase la XXI de las XXIV Tesis "Intellectum sequitur, non paecedit, voluntas."

²⁰ No he encontrado una referencia más explícita que las afirmaciones contenidas en el núm. 22 de la *Rerum Novarum*: "Es un principio solemne que, para reformar una sociedad en decadencia, es necesario devolverla a los principios que le han dado su ser. La perfección de toda sociedad consiste en el aproximarse a su fin: de ahí que el principio generador del movimiento y de las acciones sociales sea el mismo que generó su asociación. Por lo tanto, desviarse del fin primitivo es corrupción; volver a él, es salud".

²¹ Es muy significativa —entre las innumerables fuentes que podrían citarse— el catálogo de derechos humanos que la encíclica *Centesimus annus* del Papa Juan Pablo II (1991) contiene (en su número 47) como programa para los pueblos de Europa que están redescubriendo el "ideal democrático": "El derecho a la vida, del cual es parte integrante del derecho a crecer bajo el corazón de la madre después de haber sido generados; el derecho a vivir en una familia unida y en un ambiente moral, favorable al desarrollo de la propia personalidad; el derecho a madurar la propia inteligencia y la propia libertad en la búsqueda y en el conocimiento de la verdad; el derecho a participar en el trabajo para valorizar los bienes de la tierra y para obtener de ellas el sustento personal y de las personas queridas; el derecho de fundar libremente una familia y de acoger y educar a los hijos, ejerciendo responsablemente la propia sexualidad." Se indican a continuación, como "fuente y síntesis de estos derechos, en un cierto sentido, la libertad religiosa, entendida como el derecho a vivir en la verdad de la propia fe y en conformidad con la trascendente dignidad de la propia persona". En el mensaje de Año Nuevo de 1992, los derechos de los cuales se invoca el respeto son el derecho a la vida, a la dignidad, esto es, a la "no discriminación", a los bienes naturales necesarios para la vida y el derecho al trabajo, además

6. Visión subjetiva y objetiva de los derechos

a) Los derechos como pretensiones de la voluntad tienen una naturaleza esencialmente subjetiva, en un doble sentido. Son, en efecto, medios para la realización de intereses individuales, sometidos a la valoración de sus titulares y cuya violación autoriza a estos últimos a actuar en su tutela en las diversas formas posibles: autotutela, recurso al juez, resistencia. Pero tratándose de derechos en función de un interés particular, el titular podrá también optar por su no ejercicio o por renunciar a ellos, posibilidad completamente incompatible con cualquier visión objetiva.

b) En la concepción "antigua", por el contrario, los derechos no sirven para liberar la voluntad del hombre, puesto que ella, de por sí, es fuente de arbitrio y de desorden. Su realización tiene lugar a través de medidas políticas orientadas a la justicia o, como suele decirse, al bien común. La visión que deriva de ello es, pues, fundamentalmente de derecho objetivo: los derechos como consecuencia o como reflejo de un derecho justo; los derechos como deber que los gobernantes tiene que cumplir, como deber de los poderosos en favor de los más desfavorecidos²².

Pero también aquí, por lo tanto, existe un contraste. Mientras, según la concepción moderna, los derechos son la culminación de la naturaleza positiva del hombre, según la tradición antigua son, en cambio, el antídoto de su naturaleza malvada y de los males que pueden derivar del ejercicio de su voluntad libre. La concepción antigua, objetiva de los derechos, o de los derechos en función de la justicia, habla de derechos esencialmente en una concesión al espíritu de nuestro tiempo, pero en realidad se refiere principalmente a los deberes. Sobre todos nosotros recae el deber de no impedir a los demás el ejercicio de sus respectivos deberes y de cumplir el propio deber. La categoría primaria es la del deber, de la cual los derechos no son más que una posible consecuencia, en el caso de que los deberes no vayan a ser violados. Ninguna renuncia a los derechos puede ser contemplada, pues-

del derecho a la libertad religiosa, como marco general en el que los demás derechos adquieren su significado.

Es clara la función de justicia, característica de este catálogo, en la cual no aparecen algunos de los derechos clásicos de la tradición moderna.

²² En un congreso de constitucionalistas en Taormina (30 de noviembre/1 de diciembre de 1990) sobre el tema: "Los derechos fundamentales, hoy" (sus Actas están en prensa), L. Elia, en su intervención de clausura, ha llamado la atención sobre el hecho de que, para la Iglesia (pero, en general, podría decirse también para todas las concepciones basadas en la justicia en lugar de en la voluntad individual), es válido el *panem nostrum quotidianum dona nobis hodie*, en la cual la exhortación a "donar" excluye de manera evidente la autotutela.

to que ello significaría negar los deberes de los cuales derivan y a los deberes, evidentemente, no es posible renunciar.

La concepción antigua no hace más que recordar a cada uno el respeto del lugar que le ha sido asignado a él y a los demás, y este lugar no es más que el punto de encuentro de un conjunto de deberes.

7. El tiempo de los derechos y el tiempo de los deberes

a) Los derechos en función de la libertad, esto es, de la voluntad, son una exigencia permanente porque permanente es la voluntad para cuya protección han sido creados. A la idea de los derechos perennemente en acto está estrechamente ligada la de un progreso individual y social, una idea en la cual está contenida esencialmente la ausencia de una conclusión, de un final. En las sociedades encaminadas hacia el progreso, los derechos son una exigencia estructural y su difusión y reforzamiento constituyen factores de aceleración en una dirección considerada fisiológica. El tiempo de estos derechos es inagotable.

b) No podría decirse lo mismo con respecto a los derechos en la perspectiva de la tradición antigua. No se trata de *progressio* en sentido moderno, sino de *perfectio*, entendida tanto en el sentido de perfección como de realización²³.

Los derechos como pretensión de reparación de la injusticia tienen un valor solamente transitorio, en vista de la vigencia del orden justo y pierden su significado una vez alcanzado el resultado deseado. En ese momento, los derechos en sentido subjetivo están destinados a confundirse con el derecho objetivo. En una situación de justicia realizada, si alguna cosa es debida a alguien no es porque esta persona tenga un "derecho" en el sentido de una pretensión de su voluntad, sino porque ello se impone como un deber que proviene del orden del ser. Son los deberes de todos hacia cada uno los que están destinados a prevalecer establemente, como situación fisiológica permanente²⁴. En las sociedades justas, en otras palabras, la categoría dominante es la de los deberes, y no la de los derechos.

²³ Para esta distinción, R. KOSSELLECK-C. MEIER: "Forschrift", en *Geschichtliche Grundbegriffe. Historisches lexikon zur politisch sozialen Sprache in Deutschland* (1975), trad. italiana, *Progresso*, Marsilio, Padova, 1991.

²⁴ La *Rerum novarum*, que a menudo es considerada como la encíclica de los derechos, inicia su exposición de las relaciones entre clases sociales (n. 16) con las elocuentes palabras que se recogen a continuación: "Y antes que nada, toda la doctrina cristiana, de la cual es intérprete y custodio la Iglesia, es potentísima para la conciliación y el acuerdo entre los ricos y los proletarios, porque recuerda a los unos y a los otros sus mutuos deberes [ino sus recíprocos derechos!], a comenzar por aquellos que impone la justicia."

Esta manera de caracterizar las sociedades en las que está vigente la libertad, y por lo tanto los derechos, y de caracterizar las sociedades en las que está vigente la justicia, y por lo tanto los deberes, pone de manifiesto el carácter dinámico de las primeras y el carácter estático de las segundas. También aquí hay una contradicción fundamental²⁵.

8. El límite de los derechos

a) Los derechos en función de la libertad, reconocidos a los individuos en cuanto tales, es decir, reconocidos como garantía del “señorío de su voluntad”, son intrínsecamente ilimitados. Se comprende fácilmente como detrás de esta concepción de los derechos, se haya podido ver una sobrevaloración del hombre, casi una religión de la humanidad²⁶.

Sin embargo, si no se acepta la lógica radical de los derechos en función de la voluntad que es propia, por ejemplo, del darwinismo social radical a la manera de Spencer, los límites son posibles e incluso necesarios, pero como límites solamente extrínsecos y con la única finalidad de prevenir la colisión destructiva de los derechos y de hacer accesible a todos el ejercicio de los mismos, tal como se expresa el artículo 4 de la Declaración de derechos del hombre y del ciudadano de 1789²⁷. En esta perspectiva, en el fondo, los únicos límites a los derechos son siempre y sólo los derechos (de los demás), y a la ley —tal como ocurre en la filosofía política kantiana— no se le puede ser atribuida otra función que la de determinar las líneas de demarcación entre los diferentes derechos atribuidos a cada sujeto jurídico.

²⁵ Hasta un pasado aún reciente, esta constatación habría sonado a elogio de las primeras y a rechazo de las segundas. Hoy en presencia de tantas voces que se levantan contra un “progreso” alimentado por la alianza entre economía y tecnología que se mueve hacia no se sabe dónde, y en favor de una “desaceleración” del progreso, estas valoraciones tendrían ya un apoyo mucho menor.

²⁶ Sobre esta objeción a la teoría de los derechos humanos, en el ámbito de la teología de la Reforma, U. SCHEUNER, *Menschenrechte und christliche Existenz*, en J. List (editor), *Schriften zum Staatskirchenrecht*, Dunkler & Humblot, Berlín, 1973, 424. Otras indicaciones en G. THIL: “Droit de l’homme et perspectives chrétiennes”, *Cahiers de la Rev. théologique de Louvain*, núm. 2, 1981, 14 y ss.

²⁷ “La liberté consiste à pouvoir faire tout ce que ne nuit pas à autrui: ainsi, l’exercice des droits naturels de chaque homme n’a des bornes que celle qui assurent aux autres membres de la société la jouissance de ces mêmes droits. Ces bornes ne peuvent être déterminées que par la loi.”

b) La concepción antigua no se limitaba a esto. En su ámbito, la voluntad individual es un peligro latente y perenne para el orden social. Apelar a un orden objetivo, verdadero y justo, como límite intrínseco de la voluntad individual y, por lo tanto, de los derechos que existen en función de ella, es una necesidad imprescindible.

En la doctrina de la Iglesia, por ejemplo, el anclaje de los derechos en un orden objetivo (y la implícita apelación a una autoridad, si bien sólo moral, como garantía de dicho orden) queda en algunas ocasiones matizado y esos matices consienten una aproximación a la otra tradición de los derechos. Ello, por lo demás, salta a la vista en todas aquellas ocasiones en las que la Iglesia, incluso en tiempo muy recientes y en los documentos conciliares en los que es mayor la propensión al diálogo con el “mundo moderno”, condena las “falsas concepciones” de los derechos que son aceptadas hoy en día²⁸. El reconocimiento de la libertad de conciencia, contenido en la Constitución pastoral *Gaudium et spes* del Concilio Vaticano II (1965), considerado en algunos casos (quizá de manera forzada) el punto de encuentro entre visión antigua y moderna de los derechos y el sentido de la conversión de la Iglesia a la tradición del humanismo laico, está rodeada de condicionamientos que se enfrentan a esta tradición, allí donde su reconocimiento queda subordinado al hecho de que la conciencia sea “recta” y por lo tanto conforme a las “normas objetivas” de la moralidad.

Las enseñanzas pontificias actuales son particularmente explícitas y, puede decirse, han disipado los equívocos suscitados por los textos conciliares. Por ejemplo, en la encíclica *Redemptor hominis* (1979) del Papa Juan Pablo II, se lee que los derechos humanos “radican en un orden ético objetivo”. El mismo pontífice, en la presentación del documento de la Congregación para la Doctrina de la Fe sobre teología moral en 1989, ha acusado a la cultura contemporánea de “haber perdido en gran medida el esencial vínculo de verdad, de bien, de libertad”. Es una fórmula que vuelve a proponer, podría decirse, en estado cristalino, los fundamentos de la visión antigua de los derechos²⁹.

²⁸ Téngase en cuenta que la *Pacem in terris*, encíclica del Papa Juan XXIII (1963), definida por R. La Valle (*Pacem in terris*, Edizioni Cultura della Pace, Firenze, 1987) como “la encíclica de la liberación”, comienza con una visión estrictamente aristotélica o tomista del “orden del universo” y del “orden en los seres humanos”.

²⁹ Conceptos análogos se encuentran en numerosas polémicas del Cardenal J. Ratzinger contra el “espíritu protestante” que habría hecho irrupción en la teología católica posterior al Concilio Vaticano II, a causa de sus presuntas aperturas en favor de puntos de vista subjetivos y pluralistas, tanto en la teología moral como en la social.

Mientras en la concepción moderna de los derechos, los límites destinados a imponer a la voluntad individual su adhesión a una determinada voluntad social, a un determinado bien común, destinados por lo tanto a “dirigir” los derechos hacia fines que se encuentran más allá de sus titulares, serían una contradicción, los mismos límites son consustanciales a la concepción antigua. También aquí, una contradicción puntual.

9. De los derechos a la justicia

Habrá quedado claro ya que detrás del lenguaje de los derechos se esconden significados, aspiraciones, ideales y concepciones de la vida social profundamente diferentes. Los derechos en su significado “moderno” son, sin lugar a dudas, los de la tradición liberal. Por lo que respecta a su significado “antiguo”, se ha hecho referencia principalmente a las concepciones de la Iglesia católica porque ciertamente son hoy aquellas que tienen un mayor desarrollo y precisión. Pero —no hay que olvidar— que la Iglesia católica no posee en absoluto el monopolio de los derechos que presuponen un orden objetivo, verdadero y justo. No es necesario ser católicos-romanos para sostener, por medio de derechos, el valor de la justicia. Baste pensar en los movimientos que hoy propugnan la defensa del ambiente o de la vida en sus formas “naturales”, contra el consumo incontrolado los primeros, contra las manipulaciones de la ingeniería genética los segundos. También en estos contextos se habla frecuentemente de “derechos”. Si se llegara hasta el fondo, se descubrirían sorprendentes analogías con el pensamiento de la Iglesia católica, sobre la naturaleza de estos derechos y sobre su significado polémico frente a los derechos como garantía de la voluntad libre (a pesar de que, en cuestiones específicas de contenido como la relación entre el hombre y los demás seres, pueden existir diferencias incluso profundas).

En este punto, sin embargo, el discurso se debería desplazar naturalmente y directamente sobre la justicia, es decir sobre los principios que determinan ese orden objetivo, cuya definición es el segundo gran objetivo de la Constitución.

Por otra parte, que entre los derechos orientados hacia la justicia y la justicia *tout court* no exista una separación radical, puede ser observado claramente en las discusiones actuales sobre la incorporación en Constituciones o en documentos internacionales de la protección de nuevas aspiraciones colectivas ligadas a la definición de nuevos parámetros de justicia en las relaciones humanas. Es el tema que suele ser conocido con la denominación, un

poco fácil, de “nuevos derechos” o de “derechos de la cuarta generación”³⁰, en los cuales no es fácil establecer si debe prevalecer al aspecto objetivo de los deberes o el aspecto subjetivo de los derechos³¹.

Por lo que respecta al “derecho a la paz” o al “derecho al desarrollo”, por ejemplo, no habría dudas de que el aspecto objetivo es dominante, y quizá el único que posea algún sentido³². Pero para el “derecho al ambiente” la cuestión queda abierta³³. Aquí no existen divisiones de principio sino divergencias sobre aspectos también importantes pero más limitados, como la valoración acerca del *déficit* hipotético de efectividad frente a los tribunales que tendría un derecho de este tipo, o como las dificultades que, por el contrario, la tutela individual podría plantear sobre la planificación pública de sectores estratégicos para la vida y los intereses colectivos, como la política de energética o la política de residuos urbanos, u otras similares.

En conclusión, podemos afirmar que existe un *continuum* entre el tema de los derechos y el de la justicia y que el elemento común a ambos está formado por los derechos en función de la justicia. Como se ha dicho al principio, la profunda diferencia entre los derechos en la visión moderna y los derechos en la visión antigua que deriva de su relación, respectivamente, con la idea de libertad y con la idea de justicia, hace que en su coexistencia no estén ni mucho menos ausentes los puntos de fricción, exactamente igual que en todas aquellas ocasiones en las que se pretende compatibilizar dos grandes horizontes diferentes de la vida colectiva. Puesto que ambos horizontes son una parte constitutiva de la cultura jurídica actual, debemos llegar a ser expertos no sólo en la ciencia teórica que permite su conocimiento, sino también en la ciencia práctica que hace posible su integración concreta, en la vida de nuestras sociedades. La *scientia iuris* debe ir acompañada de una *iuris prudentia* de los derechos fundamentales.

³⁰ La “primera generación” estaría formada por los derechos liberales; la “segunda” por los derechos relativos al mundo laboral; la “tercera” por los derechos sociales en general. La “cuarta” incluiría los derechos relativos a la supervivencia misma del hombre (de la generación actual y de las futuras) y a la conservación de su ambiente vital. Es de gran interés señalar que todos los derechos de la última generación pertenecen a la categoría de los derechos de justicia, lo cual explica que en el texto, cuando se habla de tradición antigua o moderna de los derechos, estos adjetivos son presentados entre comillas.

³¹ G. PECES-BARBA: *Curso de derechos fundamentales*, tomo I, *Teoría General*, Eudema, Madrid, 1991, 156 ss.

³² Sobre este tema, L. CHIEFFI: *Il valore costituzionale della pace*, Liguori, Napoli, 1990, 167 y ss.

³³ U. KARPEN: *La tutela dell'ambiente come diritto fondamentale o come finalità statale? Un elemento per una nuova Costituzione dopo la riunificazione della Germania*, en *Giurisprudenza costituzionale*, 1991, 1055 y ss., y J. LUTHER: “Antropocentrismo e ecocentrismo nel diritto all'ambiente in Germania e in Italia”, en *Politica del diritto*, 1989, 673 y ss. (y en particular 676 y ss.).