

POR LOS DERECHOS DEL HOMBRE CON OBLIGACION Y SANCION *

Simone Goyard-Fabre



En este fin de siglo vivimos el tiempo de las paradojas, hasta el punto de proclamar los más altos valores del humanismo sin atender a la desvalorización de la que, por las mismas carencias de los hombres, ellos son objeto. La cuestión de los *derechos del hombre* es, actualmente, el caso típico de esta contradicción que corre el peligro de ser mortal. El riesgo es tan grave que exige la profundización en su concepto, en el que, a pesar de una literatura prolífica, la esencia y el sentido están a menudo ocultos.

No es suficiente, en efecto, en una perspectiva de ética social y política, con denunciar y deplorar, la violación, diaria aquí o en cualquier lugar del mundo, de los derechos del hombre. Para la conciencia moral, ciertamente, es necesario, pero, todos lo sabemos, generalmente inoperante. El problema fundamental que tiene el concepto de los derechos del hombre tiene otro

* Traducción de Francisco Javier Ansuátegui.

cariz: es el del fundamento de su sentido y de su valor jurídico. A esta temible cuestión quisiera dedicar algunas reflexiones. Digamos más simplemente que me interrogaré, desde un punto de vista teórico y especulativo, sobre las condiciones de posibilidad y de validez jurídicas de esta noción.

Para intentar responder a esta cuestión, importa por de pronto vencer los vértigos que, después de dos siglos, rodean la noción de los derechos del hombre, sin embargo inscrita, desde la toma de conciencia que ha suscitado, sobre un horizonte de esperanza. Sólo cuando su concepto sea liberado de todas las escorias en las que su despliegue desconsiderado le ha sumido, será posible descubrir el fundamento trascendental y constatar las exigencias esenciales que impone en el orbe universal del Derecho. Hoy es urgente comprender estas exigencias y asumir la carga si queremos poner fin a la ceguera por efecto de la cual nuestra época corre el riesgo de ver aniquilada la más alta conquista de la humanidad.

I. EL PESO ANFIBOLOGICO DEL CONCEPTO DE DERECHOS DEL HOMBRE

Normalmente decimos que la idea de los derechos del hombre encuentra sus raíces en el humanismo racionalista e individualista del pensamiento "moderno". Históricamente, esto no es demasiado justo, ya que no podemos guardar silencio sobre los textos anglosajones inspirados en la *Magna Carta*, de Juan Sin/Tierra (1215). Sin embargo, es cierto que la declaración de los derechos, su juridificación y su internacionalización son actos de la modernidad marcada por un profundo humanismo. Solamente, con estos mismos actos, han comenzado los vértigos en los que su anfibología envuelve el concepto. Tras las *Declaración* solemne de 26 de agosto de 1789, los equívocos se acumulan peligrosamente. No retengamos aquí más que algunas de las ambigüedades en las que la noción de derechos del hombre es el motivo.

1. ¿DERECHOS DEL HOMBRE O DERECHOS DEL CIUDADANO?

La Declaración francesa, a la cual es necesario remontarse como a un origen, se titula *Declaración de derechos del hombre y del ciudadano*. Este título no es fortuito: en el curso de los largos trabajos preparatorios, fue ásperamente discutido. Las actas de las sesiones a lo largo de las cuales las comisiones establecieron el texto indican la importancia que se le atribuyó al sentido de las palabras. Ahora bien, si es incontestable que se entremezclan

en la *Declaración* las inspiraciones filosóficas diversificadas más o menos claras, no habría que olvidar las preocupaciones políticas que animaron a los Constituyentes. Preocupados por dotar a Francia de las bases de una nueva política que quebrantara para siempre el *Antiguo Régimen*, proclamaron, contra el absolutismo, los derechos del *hombre-ciudadano*. Ciertamente, el texto reconocía en todo hombre los “derechos naturales, inalienables y sagrados” (Preámbulo) que son “imprescriptibles” (art. 2); la inclinación iusnaturalista que evocan estos términos está fuera de dudas. Pero es poco probable que los autores del texto —que no eran ni moralistas ni filósofos— hubieran tenido la voluntad de universalismo que hoy les es tan pacíficamente atribuida por numerosos comentadores. Ellos pensaban menos en el fundamento ontológico de los derechos del hombre en tanto que persona que en el estatuto del hombre en tanto que *ciudadano* en el Estado: el humanismo jurídico de los hombres de 1789 es ante todo un civismo¹. El legicentrismo explícitamente ligado (en 14 artículos sobre un total de 17) a los derechos de los ciudadanos no niega ciertamente el iusnaturalismo ligado a los derechos del sujeto normal, pero le supera. Las leyes del Estado tienen para el hombre-ciudadano más importancia que la “ley-natural” que rige universalmente la humanidad.

Desde entonces, aunque se intenta hoy descifrar en la *Declaración* solemne de 1789 la expresión de un individualismo y de un universalismo éticos, este paso es históricamente discutible. Llega a ser por otra parte francamente contradictorio cuando ciertos comentadores, calificando el individualismo de “burgués” —para desvalorizarlo— no subrayan menos el universalismo de los derechos —para glorificarlo!—. Esta interpretación del texto fundador desemboca en la equívocidad: en los derechos del hombre-ciudadano ve los derechos del hombre; tras una categoría política, privilegia una perspectiva ética; más allá del legicentrismo de los constituyentes, cree descubrir una voluntad de universalismo. Esta “lectura flexible” de la *Declaración* la transporta fuera de su orden.

2. ¿DERECHOS-LIBERTADES O DERECHOS-CREDITOS?

Después de dos siglos, la historia ha visto nacer, varias “generaciones” de derechos y las ha comentado, sin mucho espíritu crítico, a partir de la distinción establecida por J. Rivero² entre los “derechos-libertades” de la

¹ En el texto de 1789, los derechos del hombre son ante todo los derechos de los ciudadanos que forman la nación soberana (arts. 3 y 4); estos “derechos”, así como sus “límites”, “no pueden ser determinados más que por la ley”.

² J. RIVERO: *Les libertés publiques*, PUF, tomo I, p. 19.

“primera generación” y los “derechos-créditos” de la “segunda generación”. Ahora bien, en esta dicotomía, se acumulan varios equívocos.

Ciertamente, este dualismo es atractivo y, además, cómodo, para referirse a la sucesión de las legislaciones relativas a los derechos individuales, y luego a los derechos económicos y sociales: los derechos-libertades son generalmente los *derechos de* (libertad de pensamiento, de religión, de domicilio, de circulación...) ligados al sujeto; los derechos-créditos son los *derechos a* (derecho al trabajo, a un salario mínimo, a la seguridad social) a los que corresponden las prestaciones en las que el Estado sería deudor hacia los ciudadanos. Así entendida, esta distinción posee una resonancia *política* que R. Aron ha subrayado especialmente³: en la medida en que los derechos-libertades son oponibles al Estado, son, como había observado B. Constant, la piedra angular del individualismo liberal; en la medida en la que los derechos-créditos expresan la deuda del Estado hacia los ciudadanos, son el principio rector de todas las políticas socializantes.

Pero la doctrina política no es una filosofía del derecho. Por ello la pareja conceptual de los derechos-libertades y de los derechos-créditos, situada en el marco de una reflexión *jurídica*, se revela aparente —e incluso doblemente aparente—. En primer lugar, si admitimos, desde el punto de vista conceptual, la diferencia sustancial entre, de una parte, las libertades individuales que son los derechos naturales ligados al sujeto moral y que indican la dignidad de la persona humana y, de otra parte, las prestaciones socioeconómicas que no tienen existencia más que sobre la base de las decisiones normativas establecidas por el derecho positivo del Estado, es necesario reconocer que, en esta misma diferencia, la palabra “derecho” cambia de sentido, pasando de una connotación ético-natural a una connotación jurídico-positiva. Esta dicotomía de los “derechos” carece por lo tanto de homogeneidad semántica. Lejos de clarificar la comprensión del concepto de los derechos del hombre, participa de los equívocos del término *derecho*, que ya Grocio había señalado. En segundo lugar, desde que los derechos del hombre son concebidos como derechos jurídicamente entendidos, el dualismo propuesto se revela falso. Todo derecho, en su sentido jurídico, implica su inscripción en la jerarquía de las normas de un sistema jurídico objetivo. Se presenta siempre como un crédito frente a la institución normadora, es decir, en las sociedades occidentales modernas frente al Estado. Por lo tanto, todos los “derechos” del hombre, individuales o sociales, sólo existen con motivo

³ R. ARON: “Pensée sociologique et droits de l’homme”, en *Etudes politiques*, Gallimard, 1972.

de la “relación jurídica” entre el Estado soberano y sus ciudadanos⁴. Como señala el mismo Jean Rivero —lo que basta para sospechar de la utilización que se hace de la dicotomía de la que él es autor—, ha sido preciso que los derechos del hombre, para ser verdaderamente derechos, pasen del ámbito de la mera aspiración moral a la libertad y a la dignidad, al ámbito de la “obligación sancionada jurídicamente”.

Por último, si los derechos del hombre, para ser verdaderamente derechos con una dimensión jurídica, implican la deuda del Estado hacia sus ciudadanos nacionales vemos perfilarse, con la silueta del Estado providencia que puede ocuparse de todo, la demanda siempre creciente de las reivindicaciones: derecho a subsidios de cualquier tipo, derecho al aborto, derecho a las manifestaciones en la calle, derecho al teléfono, derecho al sol o a la nieve... Y si, como diría M. Villey, “a los derechos del hombre no les salen más que amigos”, todos aquellos que los reclaman a grito limpio son de hecho esclavos del poder absorbente que ellos pretenden de un Estado que rige todo. Dicho de otro modo, olvidan que si todo es derecho, nada es derecho: en último extremo, el derecho se vacía de sentido y de sustancia: al igual que la libertad absoluta es la libertad vacía, la permisividad total es la negación del derecho.

El perfil que atribuimos a los derechos de las dos primeras “generaciones” es, podemos convenir, bien confuso y ambiguo.

3. ¿DERECHOS DEL HOMBRE O DERECHOS DE LA HUMANIDAD?

Los derechos que llamamos de la *tercera generación* están, ellos también, cargados de equívocos. Su reconocimiento muestra seguramente la evolución que se ha efectuado en atención a la manera de concebir los derechos del hombre, ya que ellos no afectan solamente al hombre ciudadano o al “sujeto jurídico”, en su dimensión social o económica, sino a la humanidad en su conjunto. El concepto de los derechos del hombre, connotando las propiedades fundamentales ligadas a la esencia del ser humano, es situado en una perspectiva globalizante u “holista”, en la cual, afirmamos, hay conjunción y complementariedad del universalismo y del diferencialismo. Este ensanchamiento del concepto, que se testimoniaría, en opinión de algunos intérpretes, en la *Declaración universal de los derechos humanos*, de 1948, es indudable-

⁴ Así CARRE DE MALBERG insistía en el nexo que se establece entre el derecho subjetivo y el Estado soberano: *vid. Contribution à la théorie générale de l'Etat*, rééd., CNRS, 1962, tomo I, p. 256; *vid. igualmente La loi, expression de la volonté générale*, rééd., Economica, 1984.

mente generosa y atractiva. No hay más que un problema: actúa sobre arenas movedizas.

De una parte, los derechos del hombre se inscriben hoy en un orden jurídico ínter o supra-estatal. Las normas de referencia de su concepto no son tanto generales como universales —lo que quiere decir que las bases sobre las cuales descansan en lo sucesivo los derechos del hombre no son solamente “los principios generales del derecho”, tal y como los consagra, en Francia, el Preámbulo de la Constitución, sino aquellos en los que el derecho internacional, en una perspectiva supra-constitucional proclama la exigencia universal—. En consecuencia, el reconocimiento constitucional y la instauración de una instancia jurisdiccional nacional controladora de la constitucionalidad de las normas legislativas han dejado de ser los únicos requisitos necesarios para fundamentar su valor jurídico. Por ejemplo, el *Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas* invoca, en sus sentencias, principios generales del derecho que no corresponden a su definición clásica como exigencias de la conciencia jurídica en un Estado en un momento dado de su historia. Más allá de los Ordenamientos jurídicos estáticos y asimismo más allá de la literalidad de los tratados y de las convenciones concluidas entre sus Estados miembros, los organismos ínter o supra-nacionales se remiten, en el ejercicio de sus funciones, a la “comunidad de derecho” que corresponde a un fondo común de valores. Así vemos en materia de protección de la vida y de la salud, o en lo referido a la seguridad de las personas y de los bienes, a las normas implícitas imponerse sobre las normas explícitas. El preámbulo de la *Convención Europea de los derechos del hombre* hace mención a “un patrimonio común de ideales y de tradiciones políticas”. Pero aquí surge un embarazoso equívoco.

En efecto, parece que al integrar los valores de la humanidad en el orden jurídico internacional, el juez, a través de su actividad jurisprudencial, se vuelve a situar, para legitimar sus decisiones, en una concepción iusnaturalista y axiológica del fundamento de los derechos. Percibimos, por lo tanto, en este paso la imposibilidad de un positivismo jurídico que pretenda lo que Max Weber llamaba “la neutralidad axiológica”. En todo caso, la internacionalización de los derechos del hombre sería como el espejo, en el cual veríamos claramente que la amplitud universal que se le ha reconocido reintroduciría en su concepto *jurídico* una dimensión *meta-jurídica*. La universalización de los derechos sólo podría efectuarse en el derecho positivo en nombre de un valor ético. Pero entonces, ¿es necesario concluir que los derechos del hombre son una moral? Verdaderamente, el problema de los derechos del

hombre tal y como aparece en su dimensión universal en el espejo de la jurisprudencia de los tribunales internacionales demuestra al mismo tiempo que la juridicidad de los derechos del hombre no toma de prestado nada de la moralidad, y que, en su juridicidad, no tiene nada de específico: como todo lo que es derecho, los derechos del hombre provienen de su transformación, en esta ocasión por la acción de una instancia jurisdiccional internacional, de un valor metajurídico en norma jurídica. Los derechos del hombre no constituyen una excepción; el modo de producción de las normas que los traducen funciona según el mismo esquema que el modo de producción de cualquier norma de derecho: efectúa la transformación de lo que es ante o meta-jurídico en jurídico.

Sin embargo, mucho más que cualquier concepto jurídico, el concepto de derechos del hombre no alcanza una perfecta claridad: en él particularmente se insinúa “la ambigüedad del Derecho”. En efecto, todo el mundo admite que respetar en todo hombre, independientemente de su raza, de su origen, de su religión..., la dignidad que deriva de su humanidad es el imperativo que se impone categóricamente a todas las instituciones internacionales. Pero ¿no vemos, “en el espacio europeo de los derechos y de las libertades”, a los jueces del *Tribunal europeo de derechos humanos* o del *Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas* tener competencia para interpretar los términos de la *Convención europea de derechos humanos*? Ciertamente, en el Derecho, la interpretación de los términos es indispensable. Pero, en la esfera frágil e indispensable de los derechos del hombre, la interpretación es de las más delicadas. De esta manera se ha hablado recientemente de una adaptación “consensual” de los textos⁵. Pero los criterios de este consenso no son (¿pueden serlo?) rigurosamente determinados. En tal caso, nos podemos preguntar si las sentencias relativas a los derechos del hombre no están expuestos a gran cantidad de incertidumbres y fluctuaciones. ¿Cómo conciliar la exigencia de universalismo y el inevitable relativismo de la interpretación?

Por otro lado, la tercera generación de derechos puede sorprender e inquietar por otra razón. En efecto, ella se abre a veces a una universalización tan amplia que es sorprendente: ¿no vemos, por un extraño mimetismo, situar los “derechos de los animales” y también “los derechos de la naturaleza” en el mismo plano que los derechos del hombre? En nombre de una comprensión al menos insólita de la democracia —invocamos en este sentido “la igualdad de las condiciones” de la que hablaba Tocqueville (ique estaría sin duda muy

⁵ Vid. F. SUDRE: *Droits*, 1991, núm. 14, p. 105.

asombrado de las consecuencias que hemos extraído de su estudio de la democracia!)— se sostiene que el reconocimiento de los derechos se efectuaría en una sucesión de “liberaciones”: tras el esclavo, accederían al final a su emancipación, la mujer, el loco, el niño, el animal, la Naturaleza... Descartemos estas visiones delirantes que son difíciles de tomar en serio. Pero constatemos, sin embargo, en ellas la *desviación* de un concepto en el que la dimensión universalista, explotada con mala fe, es puesta al servicio de un naturalismo exacerbado o de una ecología militante.

A pesar de los entusiasmos que ha podido provocar el concepto de los derechos del hombre, tal y como vemos, es anfibológico y confuso. Extraído de sus raíces éticas, su inserción en el derecho positivo, su universalización que le une a un horizonte axiológico..., se llena de equívocos que, todos juntos, lo debilitan y provocan desviaciones inflacionistas. Con la finalidad de conjurar estos vértigos en que corren el riesgo de aniquilarse los valores del humanismo jurídico que los defensores de los derechos del hombre creyeron promover, esforcémonos, de un modo crítico, en superar los conflictos dogmáticos en los que éste concepto demasiado confuso es el motivo, y juzguemos los efectos jurídicos de su fundamentación trascendental.

II. LOS EFECTOS JURIDICOS DE LA FUNDAMENTACION TRASCENDENTAL DE LOS DERECHOS DEL HOMBRE

Las anfibologías que entorpecen la noción de los derechos del hombre nos conducen a las posiciones doctrinales en las que las antítesis provienen de sus postulados filosóficos explícitos o implícitos. Con el fin de escapar de la presión de estos dogmatismos, renovemos la problematización de este concepto y sometámoslo al tribunal de la razón, y empleando hasta su término este método de carácter crítico, mostremos por qué no puede haber jurídicamente derechos del hombre sin obligación ni sanción.

1. OTRO METODO PARA LA COMPRESION DE LOS DERECHOS DEL HOMBRE

Desprenderse de los vértigos dogmáticos y las aporías doctrinales es, en esto como en todo, una cuestión de método. La lucha será, en efecto, sin igual, mientras que se persiga, en relación con los derechos del hombre, encerrarse en la antinomia del realismo y del idealismo en oposición —y al mismo tiempo pretendiendo reconciliar— un naturalismo universalista y un

positivismo legicentrista. Es, por lo tanto, necesario derribar este obstáculo, efectuando lo que, en el lenguaje de Kant, podemos denominar “la revolución copernicana de los derechos del hombre”: y recordando esta frase del preámbulo de la *Declaración universal* de 1948: “Es esencial que los derechos del hombre sean protegidos por un régimen de derecho”, preguntémonos lo que hace *posible* y *válida* la articulación de su exigencia fundamental y de su realización jurídica.

El problema así establecido —es necesario señalarlo— no consiste en *describir* la genealogía de los derechos del hombre; provoca una interrogación de orden *normativo* que consiste en comprender por qué y en qué el reconocimiento y la organización jurídica de los derechos del hombre deben permitir, en un mundo que deshumaniza, las crisis y las crueldades, humanizar la coexistencia⁶. En otros términos: se trata de llegar a su fundamentación en las estructuras trascendentales del pensamiento y de deducir —a la manera en la que los juristas se interrogan, en una causa, sobre lo bien fundado de las pretensiones de las partes: *Quid iuris?*— las condiciones de validez y de aplicabilidad.

Por eso, a través de un método crítico queríamos investigar el fundamento y el estatuto filosófico de la juridicidad de los derechos del hombre.

2. EL ESTATUTO TRASCENDENTAL DE LOS DERECHOS DEL HOMBRE

Los derechos del hombre se inscriben en la actualidad en un aparato jurídico que se presenta, en el derecho interno, el derecho comunitario y el derecho internacional, “bajo la forma del ser situado”⁷. Pero la dificultad deriva de que este estado de cosas no encuentra su legitimación ni en un realismo empirista ni en un idealismo difuso. En efecto, desde el punto de vista de lo empírico, o bien el historicismo, por un proceso reductor, disuelve el derecho en el no-derecho, o bien el positivismo jurídico se afirma como un convencionalismo y un decisionismo que amenaza con lo arbitrario; desde el punto de vista del idealismo, el carácter problemático de la “naturaleza humana” reenvía a una ontología de la libertad que es la cuestión más vertiginosa de la metafísica. Más allá de estas dos perspectivas aporéticas, la

⁶ Esta cuestión es excelentemente presentada por O. HÖFFE, en “Les droits de l’homme comme principe de l’humanité politique”, *Droits des peuples-droits de l’homme. Paix et justice sociale internationale*, Le Centurion, París, 1984, p. 97.

⁷ HEGEL: *Principes de la philosophie du droit*, § 213.

problemática crítica en la que Kant ha señalado el camino consiste en buscar cuáles son las demandas fundamentales que imponen la inserción de los derechos del hombre en la realidad objetiva del universo jurídico.

En 1784, Kant, en el opúsculo titulado *Idea de una historia universal desde un punto de vista cosmopolita*, dio el primer paso de esta búsqueda. Interrogándose sobre la historia, explicaba que “el problema esencial para la especie humana... es la realización de una sociedad civil que administre el Derecho de forma universal”⁸. La marcha de las cosas se efectúa bajo la forma de un progreso legal, al término del cual el derecho cosmopolita articulará en el mundo humano los mecanismos de la *naturaleza* y los fines de la *libertad*. Es verdad, afirma Kant, que “este problema es el más difícil” y “será resuelto en último lugar por la especie humana”⁹. Sólo que, en el derecho universal futuro, naturaleza y libertad se aliarán. Sería equivocado, sin embargo, pensar que, en el derecho cosmopolita, los derechos del hombre se confundirán con la moral; en efecto, en la medida en la que, de una parte, la libertad es en el hombre “el único derecho innato”¹⁰ que debe asumir para realizar su destino y, de otra parte, el derecho tiene la vocación de regir la vertiente exterior —y nunca la interior— de las libertades y de su coexistencia, es absolutamente necesario que la coacción “obstaculice a aquellos que obstaculizan la libertad”¹¹. He aquí el principio regulador de los derechos del hombre, es decir, la *Idea*, pura y *a priori*, sin la cual se quedarían en una simple palabra.

Pero es necesario comprender que esta idea procede de la legislación pura de la razón práctica, o dicho de otra manera, que ella es una exigencia incondicionada que funciona no como principio constitutivo, sino como “ideal regulador”. Si, por lo tanto, los derechos del hombre, en la perspectiva de un derecho cosmopolita, corresponden bien a esta “necesidad de la razón”, es decir, a la exigencia de la libertad que exige la dignidad de todo ser humano, ellos están acompañados de una coacción trascendentalmente fundada. Lejos de seguir los impulsos de la espontaneidad natural o bien de plegarse a los mandatos exteriores, requieren una regulación que encuentra su principio en la misma conciencia. Por otra parte, de un modo general, señala Kant, un derecho sin coacción no es un derecho. La coac-

⁸ KANT: *Idée d'une histoire universelle d'un point de vue cosmopolitique*, 5.ª proposición.

⁹ *Ibid.*, 6.ª proposición.

¹⁰ KANT: *Doctrine du droit*, apéndice a la Introducción, trad. de A. Philonenko, Vrin, 1971, B, p. 111.

¹¹ *Ibid.*, Introducción general, § D, p. 105.

ción es *analíticamente* contenida, de manera racional y *a priori*, en su concepto¹².

Así, los derechos del hombre son un “puro concepto práctico racional del arbitrio bajo las leyes de la libertad”¹³. Desde ese momento, imponen un *deber* precisamente porque contienen en su concepto una exigencia incondicional y *a priori* o, si lo preferimos, una idea de la razón: no puede permanecer sin un carácter de *pura obligatoriedad*, que es el índice de su altura noumérica.

En esta altura, los derechos del hombre tienen el sentido de lo universal, lo que implica que el derecho de cada uno debe poder coexistir con el derecho de cualquier otro bajo “la ley universal de la libertad”. En un lenguaje más simple significa que el derecho o la libertad de uno acaba donde comienza el derecho o la libertad de cualquier otro. Los derechos del hombre, que denominamos también libertades fundamentales, no encuentran, por consiguiente, la plenitud de su sentido y de su valor más que en la intersubjetividad, en el momento en que se puede efectuar entre los hombres una verdadera comunicación. El problema se convierte desde entonces en aquel de las condiciones de actuación de la obligación de todo hombre con los derechos de la humanidad: ahí como en cualquier otro sitio no hay obligación sin sanción.

3. LA SANCION, CRITERIO DE VERDAD DE LOS DERECHOS DEL HOMBRE

El humanismo crítico, descubriendo las condiciones de posibilidad y de validez de los derechos del hombre, puede parecer expuesto a una objeción: a saber, el carácter “evidentemente irrealizable” de una idea de la razón. Pero la objeción no tiene salida: el horizonte trascendental no es el lugar de las quimeras o de las utopías. Una idea de la razón es un principio de reflexión y de regulación tal que, dijo Kant, “nosotros debemos actuar como si fuera algo que a lo mejor no es”¹⁴. Extraer de ahí un argumento para hablar de la necesaria moralización constituiría una posición débil: moral y derecho pueden seguramente, al nivel práctico, prestarse un mutuo apoyo, pero ello no nos aclara nada sobre el estatuto específico de los derechos del hombre. Es necesario, por lo tanto, considerar la cuestión de la fenomenali-

¹² *Ibíd.*, § E, p. 106.

¹³ *Ibíd.*, § 5, p. 123.

¹⁴ *Ibíd.*, Conclusión, pp. 237-238.

zación o de la realización de los derechos del hombre sólo desde el punto de vista jurídico. Ahora bien, en tanto que *Sollen* incondicional, los derechos del hombre se presentan como “una labor infinita”. Ello implica dos tipos de consideraciones, a las cuales, hoy más que nunca, es importante prestarles atención.

En primer lugar, no basta con que la normatividad que rodea la idea de derecho se traduzca solamente en “el discurso de los derechos del hombre”, que, por ruidoso que sea, corre un gran riesgo de quedarse sin efecto; es necesario que la protección y la garantía de los derechos del hombre sean obligaciones y encuentren su expresión como deber *objetivo*. De este imperativo práctico, los hombres de nuestro tiempo son por lo demás conscientes: en efecto, en el ordenamiento jurídico interno de la mayor parte de las democracias occidentales existe una garantía constitucional de los derechos y libertades fundamentales; en los Estados de derecho, la salvaguarda de los derechos del hombre se convierte en el objeto de una obligación jurídica. En el ámbito internacional, su concepto es igualmente inscrito en el marco de las convenciones o de los tratados que “positivizan” las exigencias fundadoras de la *Declaración* de 1948: por ejemplo, la Convención Europea de los Derechos del Hombre no se limita al enunciado de los 70 artículos de un texto; más allá del texto es preciso mencionar la existencia de la *Comisión* y de la *Corte Europea de los Derechos del Hombre*, cuya sede se encuentra en Estrasburgo y que tienen la vocación de asegurar, de acuerdo con los procedimientos adecuados, el respeto efectivo de los derechos. Las decisiones del juez internacional, mediante un sistema organizacional y de reglas procedimentales, transforman un deber-ser en un deber-hacer, que debe ser aplicado y obedecido. La lista de instituciones internacionales, en la actualidad, es larga y podemos decir que, el *Consejo Económico y Social*, la *Organización Mundial de la Salud*, la *Organización Internacional del Trabajo*, y la *UNESCO*... tienen como función ante todo proteger los derechos y las libertades. Gracias a su trabajo, las formas de alienación, tales como la esclavitud, la tortura, los encarcelamientos abusivos..., que son la vergüenza de la humanidad, han disminuido en todo el mundo. Sin embargo, ellos no han desaparecido —como si los derechos del hombre todavía no hubieran accedido verdaderamente a su estatuto jurídico propio—. Su *dificultad de ser* exige en consecuencia otro orden de consideraciones.

En segundo lugar, en efecto, ya es hora de comprender que el cumplimiento de los derechos y libertades no se podría llevar a cabo sin recurrir a la organización de sanciones frente a todos los incumplimientos. Corresponde

a las instancias nacionales y supranacionales proveerse de los medios de detener el desprecio y la violación de los derechos. Dicho de otro modo, las instituciones sólo testifican el progreso de los derechos del hombre si las normas jurídicas destinadas a su protección son eficaces¹⁵. No basta con que la conciencia universal repruebe los crímenes contra la paz o se indigne por los crímenes de guerra, por las persecuciones y por los actos de terrorismo. Además, imputarlos a los maleficios de una ideología cuyo fin es “negar la humanidad en ciertos individuos”¹⁶ permite, en cierta manera, explicarlos; pero de ningún modo absolverlos o reparar el mal que ellos hacen, ya que atentar contra la esencia de lo humano es irreparable. Es indispensable comprender que la misma lógica de la obligación jurídica ligada a los derechos del hombre exige la sanción de aquellos que los violan. Reconocer la dimensión jurídica de los derechos del hombre es reconocer el carácter ejecutivo de la obligación que constituyen y, por lo tanto, es reconocer que el incumplimiento o la violación de esta obligación requiere una sanción. La idea es clara y puede parecer evidente. Sin embargo, su materialización es delicada y conviene considerarla *de lege data* y *de lege ferenda*.

De lege data es incontestable que corresponde a los tribunales juzgar y sancionar los *actos* atentatorios contra la dignidad humana: tanto los actos materiales como las vías de hecho, el encarcelamiento arbitrario, la detención abusiva de un reo por los agentes estatales, los malos tratos infligidos a sus subordinados, la utilización de los niños con fines lucrativos, ... dan lugar a una condena penal, más o menos grave, según los hechos, y decidida conforme al principio retributivo de la justicia penal, aplicada a los particulares culpables. Por otra parte, los tribunales internacionales instituidos en los últimos decenios se han encargado, en lo que les corresponde, de velar por el respeto de los derechos por parte de los Estados y, por tanto, están llamados a sancionar una *legislación* atentatoria contra los derechos del hombre. De acuerdo con la Convención de los Derechos del Hombre de 1950, están habilitados para presentar denuncias contra los Estados culpables y sentenciar la anulación de eventuales legislaciones ilícitas. Pero esta sanción de abrogación de las normas no es un castigo. Aparte de los casos especiales constituidos por los tribunales de Nuremberg y de Tokio al final de la segunda guerra mundial, no existen sanciones penales en derecho internacional.

¹⁵ Kelsen subraya pertinentemente que la eficacia (*Wirksamkeit*) es una de las condiciones de la validez de las normas jurídicas, *Théorie pure du droit*, trad. de Ch. Eisenmann, Sirey, 1962, p. 15.

¹⁶ Este es evidentemente el principio de ciertas teorías eugenistas de siniestra memoria.

Además podemos preguntarnos, *de lege ferenda*, si la sanción pronunciada por estos tribunales no debería revestir, en caso de una falta grave, un carácter punitivo. Aunque el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, en su función de policía internacional, no tiene ni la forma ni la vocación de un tribunal, y aunque esté destinado a proteger la paz mundial antes que los derechos del hombre (a fin de cuentas, ¿existe tal diferencia?), ¿no podemos considerar que, desde el momento que decide medidas de presión económica más o menos radicales contra un Estado agresor, indica el camino a seguir en materia de sanción?

A pesar de su simple lógica, la idea es jurídicamente difícil y es necesario identificar dos casos. En primer lugar, desde el momento en que se demuestra que un particular ha cometido un delito, su responsabilidad se encuentra al mismo tiempo comprometida y la condena, civil o penal, a la que se expone le es claramente imputable en tanto que es el autor de la falta. En cambio, en segundo lugar, aun cuando sea notorio que la violación de derechos ha sido cometida por "personas morales", como una asociación o un Estado, ya sea un grupúsculo terrorista o una agrupación de hecho como la mafia o las milicias, no podemos hablar, en el estado actual del derecho positivo, de responsabilidad penal. Sería necesaria una revisión del concepto de sanción penal. Es difícil, ya que la primera tarea consistiría en precisar los criterios que permitieran precisar contra quién deberá ser *pronunciada* la sanción. Además, no bastaría, en esta perspectiva, que la sanción fuera pronunciada: sería necesario que fuera ejecutada. Sería necesario entonces determinar por *quién* y elaborar el estatuto de las instancias o de los agentes habilitados para esta tarea. Sería igualmente indispensable establecer quién tendría a su cargo esta *habilitación*. Por último, la propia ejecución, que no podría ser llevada a cabo legítimamente más que en las formas previstas por la norma, debería ser sometida a *control*, y la cuestión consistiría en saber cuál sería el órgano de este control.

Por lo tanto, a pesar de la pluralidad de parámetros a tener en consideración, a pesar de la minuciosidad y la precisión requeridas para su elaboración institucional, la organización jurisdiccional de las sanciones penales contra las violaciones graves de los derechos del hombre parece ser una tarea tan necesaria como urgente. En todo caso responde al principio fundamental según el cual *no hay obligación sin sanción*.

Algunos objetarán que es mejor prevenir la violación de los derechos que tener que actuar duramente contra los actos infamantes que los ridiculizan. Es verdad. Pero se trata igualmente de una sanción, en la cual

el temor de una eventual medida punitiva tiene grandes posibilidades de ser saludable.

Si aceptamos la idea según la cual la organización de los derechos del hombre debe ser continuada hasta integrar, más allá de la obligación correlativa de los derechos, la determinación de las sanciones aplicables a todos los que, particulares o Estados, los contravengan, pueden ser hechas dos observaciones: la primera es que la categoría jurídica de los derechos del hombre, en el seno del ordenamiento jurídico no tiene carácter específico. Como todo derecho, los derechos del hombre están sometidos a la coacción necesaria para la coexistencia de las libertades: en tanto que tales, su concepto implica obligatoriedad, ejecutoriedad y sancionabilidad. De donde se desprende una segunda observación: como el establecimiento del derecho mismo, la protección de los derechos del hombre es una tarea infinita que, a pesar de la temible problematicidad de su materialización está siempre por corregir y proseguir. Por ello es altamente deseable prever y organizar, en el marco del ordenamiento jurídico mundial, no solamente las sanciones represivas, sino las sanciones preventivas que debieran permitir ahorrarse las primeras.

Lo que importa es que los derechos del hombre, para escapar a los reproches de formalismo y de impostura que a menudo han sido formuladas contra ellos, adquieran efectividad y eficiencia. Como nunca bastará, por culpa de la finitud humana, con confiar en la buena voluntad y en la buena fe de los individuos, es urgente que se afirmen y que se afinen indefinidamente los medios institucionales de su realización.

* * *

Los derechos del hombre ya no son hoy solamente lo que Pothier llamaba en su siglo una "obligación natural". Sin duda, los hombres de nuestro tiempo necesitan menos heroísmo y entusiasmo del que tenían los autores de las *Declaraciones* americana y francesa del siglo XVIII. Sin embargo, la labor que impone actualmente el respeto de los derechos del hombre es, aunque más desdibujada, más difícil; y requiere más perseverancia.

Estamos de acuerdo casi unánimemente en la significación fundamental de los "derechos", entendidos como sinónimos, en las democracias modernas, de libertad, de igualdad y de seguridad. Pero más allá del carácter emotivo de las palabras se encuentra su realización. Es ahí donde residen las dificultades, no porque se trate del paso de la teoría a la práctica, sino porque la autenticidad de los derechos del hombre debe, como cada vez que existe una cuestión de derecho, fenomenalizar la exigencia trascendental que se encuen-

tra en el origen fundamentador. Ahora bien, los derechos del hombre son originalmente una idea y, como tales, el principio regulador no de un imperativo moral que se impone a las conciencias individuales, sino de la juridificación en la que las normas se imponen en el nivel de lo universal. Por lo tanto, ya es hora de comprender que estos derechos no pueden ser absolutos: la obligación jurídica que traduce su concepto les impone límites, asigna cargas a sus titulares e implica sanciones frente a aquellos que los desprecian.

Una reflexión sobre los derechos del hombre muestra hoy que su destino jurídico es el signo de las carencias que vician tanto las tesis iusnaturalistas como las teorías positivistas que, a veces unas y a veces otras, han pretendido situar sus orígenes bien en una "ley natural" paradigmática o bien en el decisionismo de las categorías legales. Hemos visto que la inteligibilidad de los derechos del hombre, como la inteligibilidad de todo fenómeno jurídico, surge de la lógica trascendental: el pensamiento no tiene por qué buscar su propia normatividad. El destino jurídico de los derechos del hombre se inscribe, como toda obra de derecho, sobre el horizonte del idealismo trascendental que caracteriza la función regulativa de las ideas de la razón. En consecuencia, la realización de los derechos del hombre constituye una búsqueda sin fin, que requiere a la vez una inmensa esperanza y mucha humildad: una *inmensa esperanza*, porque la autoproducción de las normas hace de la coacción jurídica, a través del nexo indisoluble de la obligación y de la sanción, la condición de la coexistencia de las libertades; *mucha humildad*, porque es por siempre imposible, aun cuando los derechos del hombre se instalen en su validez objetiva como seres de derecho, hacer de ellos "un objeto en el fenómeno". En la locura de un mundo más desorientado que nunca, su idea, inseparable de la exigencia trascendental y pura que funda la juridicidad, se impone como un deber a perseguir siempre.

