

UNA GENEALOGÍA DE LOS DERECHOS HUMANOS

José J. Jiménez Sánchez

Universidad de Granada

«El analfabetismo es enemigo de cualquier democracia y de cualquier desarrollo de la democracia. Si existe y se mantiene una situación de este tipo, los ciudadanos no tienen la posibilidad de ejercer de forma autónoma sus derechos político-democráticos, es decir, según un juicio propio y formado a partir de una información previa. Las elecciones y las votaciones se mantendrán aquí en el estadio de la mera aclamación (emocional) y, sobre esta base, quien ejercerá la política será un estrato reducido, y con ello privilegiado, de gente dotada de formación y patrimonio, hasta cierto punto de una forma autónoma y sustraída a una legitimación objetiva.»

BÖCKENFÖRDE, E. W.: *Estudios sobre el Estado de Derecho y la democracia*, 2000, p. 106.

«¿Qué amansará al ser humano, si fracasa el humanismo como escuela de domesticación del hombre? ¿Qué amansará al ser humano, si hasta ahora sus esfuerzos para autodomesticarse a lo único que en realidad y sobre todo le han llevado es a la conquista del poder sobre todo lo existente?»

SLOTERDIJK, P.: *Normas para el parque humano*, 2000, p. 52.

RESUMEN



N este texto se trata de combatir contra el analfabetismo sobre los derechos humanos, pues aunque normalmente todo el mundo los conoce y los defiende, sin embargo no siempre se sabe bien ni lo que son ni sus implicaciones. Con este fin se hace una genealogía de los mismos y se muestra cómo el núcleo de los derechos humanos de los que hoy hablamos procede de los presupuestos en torno a los que se articula el derecho formal burgués. Éste se construye sobre la defensa de la autonomía privada, los derechos civiles o libertades subjetivas de acción, y la autonomía pública, los derechos políticos o libertades públicas. No obstante, estos derechos humanos muestran unas posibilidades plenamente justificadas desde el terreno de los principios, que parecen traicionadas en el terreno de los hechos.

1. INTRODUCCIÓN

Hoy día se admite que se ha producido «una revolución en el ámbito moral, de lo que es muestra la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948 y la extensión de la protección de las Convenciones de Ginebra de 1949 a la población civil en guerra»¹. Sin embargo, no debe olvidarse que esa Declaración no contó con el asentimiento de gran parte del mundo, primero porque se aprobó antes de que se iniciaran los grandes procesos de descolonización, pero también porque algún país que pudo apoyarla, no lo hizo, como sucedió con Arabia Saudí, que se abstuvo en la votación del proyecto de Declaración en la Asamblea General. Esto es lo que llevó a tratar de paliar tales inconvenientes por medio de unos nuevos acuerdos, los Pactos Internacionales de 1966, que no evitaron tampoco el desapego ante los mismos por parte del mundo islámico. La razón se encontraba en que se entendió que la Declaración, así como los Pactos respondían ante todo a la tradición occidental, con la que otras tradiciones, especialmente la islámica, no se identifican². Esto es discutible. Por ejemplo, Sen

¹ IGNATIEFF, M.: «Mission Possible?», *The New York Review of Books*, 19 de diciembre de 2002, p. 74.

² Vid., al respecto, MIKUNDA FRANCO, E.: *Derechos humanos y Mundo islámico*, Secretariado de Publicaciones de la Universidad de Sevilla, Sevilla, 2001.

habla de discrepancias, pero también de similitudes entre las tradiciones culturales asiática y occidental, con la finalidad de alcanzar su comprensión mutua. Y destaca, frente al papel relevante que juega en la tradición asiática el orden y el Estado, la existencia dentro de ella de una línea de defensa de la libertad individual. Indudablemente no hay que confundir esta libertad propia de la autonomía privada con la libertad política por medio de la que se expresa nuestra autonomía pública, pero aquélla avanza la posibilidad de la realización de ésta en un terreno de defensa del pluralismo y los derechos humanos³.

La diferencia central de la cultura occidental con el mundo islámico se encuentra en que mientras que el pensamiento jurídico-político del primero sufrió un proceso de secularización, el segundo sigue presidido por una visión religiosa, de manera que la ley humana está supeditada a la ley y la tradición islámicas cuya base es el Corán. Esto es difícilmente asumible desde posiciones en las que se sostiene la necesidad que hoy día tiene el pensamiento religioso de tratar de compaginar la defensa de la verdad de su fe con «el pluralismo de las distintas verdades religiosas y, al mismo tiempo, con el escepticismo de un saber científico profano que debe su autoridad social al falibilismo responsable y a un proceso de aprendizaje basado en una revisión permanente (...). Toda confesión tiene que entablar diálogo tanto con los enunciados alternativos de otras religiones como con las objeciones de la ciencia y del *common sense* secularizado y semicientificado»⁴.

Por tanto parece claro que el primer problema con el que nos enfrentamos a la hora de abordar la cuestión de los derechos humanos es la de esta diversidad de tradiciones, cuya reconciliación plantea una tarea no fácilmente resoluble. Sin embargo, no acaban aquí las dificultades, pues incluso dentro de la propia tradición occidental se plantean desavenencias a la hora de saber qué son los derechos humanos y cómo han de articularse en una sociedad democrática. Indudablemente, la forma en que se encajan dentro de la sociedad democrática está íntimamente relacionada con su definición. Quizá una prueba de esta dificultad se encuentre en el uso de diferentes términos para referirse a lo que en principio podríamos considerar como la misma realidad. El hecho de utilizar expresiones tales como «derechos

³ SEN, A.: «Derechos humanos y valores asiáticos», trad. M. Escamilla y J. J. Jiménez Sánchez, *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, núm. 35, 2001 (1997), pp. 129 y ss.

⁴ HABERMAS, J.: *Israel o Atenas. Ensayos sobre religión, teología y racionalidad*, ed. E. Mendieta, Trotta, Madrid, 2001 (1971, 1991, 1997), p. 187.

naturales», «derechos humanos», «libertades básicas» o la de «derechos civiles» –referentes a los derechos propios de la autonomía privada–, y «políticos» –los derechos requeridos por la autonomía pública–, indica que la cuestión no está suficientemente delimitada.

Una buena aproximación al problema es la que lleva a cabo Rawls en su ensayo sobre las libertades⁵. Aquí habla de la posibilidad de llegar a elaborar una lista de las libertades básicas con base en las diferentes declaraciones de derechos que se han sucedido. Aunque no es ése el camino que seguirá a la hora de lograr la fundamentación de las mismas, es cierto que esto nos permitiría hacer una lista aproximada de cuáles serían esas libertades. Entonces habría que partir de esas relaciones de derechos humanos que aparecen en los textos jurídicos, sean de carácter nacional o internacional, para alcanzar una elaboración y definición de los mismos, con la finalidad de establecer una dogmática propia que siguiera en su construcción el ejemplo de las anteriores, las dogmáticas civil –la definición de los derechos referentes a las libertades subjetivas de acción, propias de un sistema económico capitalista–, y penal –la definición de los delitos y las penas, esto es, las normas primarias de una sociedad sobre las que no tenemos capacidad de disposición una vez que han sido adoptadas–. La única diferencia es que ahora se aplicaría esta perspectiva a un objeto distinto, los derechos humanos, con lo que terminaríamos por formular una teoría de los mismos. Así se evitarían las dificultades que acarrea la indeterminación sobre este tema, lo que favorece que hablando todos de lo mismo, sin embargo cada uno hable de algo muy diferente a lo que el otro plantea. Se trataría, por tanto, de generar cierto orden en esta cuestión, de modo que pudiéramos saber qué son los derechos humanos, cuáles son, cómo se aplican, cómo se les protege, etc.⁶

Aun reconociendo las enormes ventajas que pudieran derivarse de una elaboración dogmática de ese tipo, no se pueden obviar sus insuficiencias. La construcción de una dogmática sobre los derechos humanos no podría evitar la discrepancia de fondo, puesto que ésta se origina en torno a los propios presupuestos sobre los que ella se asienta. Esto nos lleva necesariamente a discutir, antes que sobre cuestiones dogmáticas, sobre los mismos fundamentos de las distintas concepciones en torno a los derechos humanos. De ahí que se pueda

⁵ RAWLS, J.: *El liberalismo político*, trad. A. Doménech, Crítica, Barcelona, 1996 (1993), p. 329 y ss.

⁶ Un ejemplo sobre esto lo encontramos en manuales clásicos como el de DÍEZ DE VELASCO, M.: *Instituciones de Derecho internacional público*, Tecnos, Madrid, 1999, pp. 535 y ss.



afirmar que todos defendemos y estamos a favor de los derechos humanos, sin que por ello estemos de acuerdo sobre ellos, pues los entendemos de formas muy distintas unas de otras. Respaldamos los derechos humanos, pero nos mostramos en desacuerdo respecto del contenido concreto de lo que defendemos⁷; o bien respaldamos los derechos humanos, estamos de acuerdo sobre su contenido, pero no respecto de la manera en que hay que apoyarlos⁸. Quizá convendría, dada esta situación, explorar un camino diferente del de la dogmática a fin de aligerar la confusión. Una aproximación de carácter genealógico nos permitiría desentrañar a qué responde el núcleo de esos derechos, al menos en la tradición occidental, y así poder comprender si no cómo pueden arbitrarse las diferentes interpretaciones en torno a los mismos, al menos las razones de tales diferencias. De esta manera se facilitaría la comprensión de los derechos humanos.

2. DERECHOS HUMANOS: IUSNATURALISMO Y CAPITALISMO

Una buena manera de acercarse al problema de los derechos humanos es la de rastrear históricamente cómo se han ido conformando, como las diferentes teorías los han ido formulando. Normalmente, esa aproximación se lleva a cabo bien mediante el estudio de las diferentes teorías que han defendido y profundizado de una u otra forma los derechos humanos, bien por medio del análisis de los textos jurídicos en los que sucesivamente aparecen recogidos. Aunque quizá conviniera abordarlo al revés de como lo solemos hacer. Por eso, la propuesta que aquí se sostiene, adopta una visión algo distinta, pues se aproxima al tema precisamente a través de dos de sus críticos, Bentham y Marx. Además hay que decir que existe un interés añadido para centrarse en ellos, pues sus planteamientos nos encierran, aparentemente, en un dilema.

«Tonterías sobre zancos»⁹. Así caracterizó Bentham los derechos naturales, antecedente inmediato de lo que nosotros llamamos, ahora, derechos

⁷ CHARFI, M.: *Islam y libertad. El malentendido histórico*, trad. D. Grammatico y R. Tejero, Almed, Granada, 2001 (1998). Aquí se sostiene, desde un punto de vista «liberal», la necesidad de la institucionalización de un cuarto poder en las sociedades islámicas. Ese poder correspondería al de una autoridad religiosa organizada democráticamente que sería de carácter esencialmente moral, pp. 225-226.

⁸ Vid., al respecto, RIEFF, D.: *A Bed for the Night: Humanitarianism in Crisis*, Simon and Schuster, New York, 2002.

⁹ BENTHAM, J.: *Sophismes Anarchiques. Examen critique de diverses declarations des droits de l'homme et du citoyen*, en *id.*, *Oeuvres*, trad. P. É. L. Dumont y B. Laroche, t. 1, Darmstadt, 1969, pp. 547 y ss.

humanos. Para Bentham, la defensa de los derechos del hombre y el ciudadano como derechos naturales no tenía ningún sentido, pues tales derechos no eran sino una simple proclama vacía, en tanto que los derechos sólo pueden provenir de la voluntad del legislador, que es quien articula los medios a través de los que esos derechos pueden alcanzar su efectividad. De ahí procederá su crítica a la Declaración de 1789 y su defensa de lo que llamará «securities», que «no pretenden imponer límites, en el sentido de barreras impuestas frontalmente contra la voluntad del soberano, sino que intentan conseguir la identificación entre esta voluntad y el interés general, mediante un conjunto de mecanismos» de carácter constitucional¹⁰. No es ahora el momento de detenerse en las implicaciones de alcance que contiene este planteamiento, pues su defensa de la primacía de la voluntad del soberano, sin que haga falta ahora determinar quién sea el soberano, implica que éste se da a sí mismo las normas sin que sea factible que nadie le imponga límites, lo que lógicamente se deduce del mismo concepto de soberanía, pues si el soberano admitiese la imposición de límites desde fuera, habría dejado de ser el soberano, ya que entonces lo sería quien fuera capaz de imponerle esos límites. De ahí que Bentham hable de una voluntad soberana en la que se origina el derecho, también los derechos de los ciudadanos, que nunca pueden ser previos a esa voluntad soberana, ya que provienen de ella. Con posterioridad, el problema no derivó hacia el abandono de la necesidad de imponer ciertos límites a la voluntad soberana, que se seguían considerando imprescindibles, sino hacia la generación de unos límites que están articulados desde dentro del propio poder soberano, al mismo tiempo que lo configuran. Esto es, se trataría de la constitución del poder soberano como poder limitado. Bentham no define el poder soberano de esta manera, aunque se aproxima al intentar, por un lado, mediante las «securities», que se logre la identificación entre la voluntad soberana y el interés general y, por otro, negar la existencia de límites externos al propio poder soberano, que es lo que se encuentra implícito en su crítica de los derechos naturales¹¹.

¹⁰ PENDÁS, B.: «Estudio Preliminar» a J. Bentham, *Falacias políticas*, Madrid, 1990, pp. XXVII-XXVIII.

¹¹ Este problema sigue presente en las discusiones actuales, aunque hoy parece clara la incompatibilidad entre iusnaturalismo y democracia, en tanto que el primero defiende la existencia en un nivel prepolítico de ciertos valores que necesariamente son anteriores a las decisiones que se adopten democráticamente, aunque se formularan con la idea de orientar las decisiones del soberano. Vid., al respecto, HABERMAS, J.: *Facticidad y validez. Sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso*, trad. M. Jiménez Redondo, Trotta, Madrid, 1998 (1992).



Años después, la crítica de Marx al modo de producción capitalista se construirá precisamente sobre el estudio de la configuración del derecho formal burgués, esto es, del orden jurídico-político burgués, lo que le llevó a afirmar que tal orden era la expresión formal de la estructura real de la sociedad, constituida por unas relaciones de producción capitalistas. En el primer volumen de *El Capital* dijo lo siguiente:

«La órbita de la circulación o del cambio de mercancías, dentro de cuyas fronteras se desarrolla la compra y la venta de la fuerza de trabajo, era, en realidad, el verdadero paraíso de los derechos del hombre. Dentro de estos linderos, sólo reinan la libertad, la igualdad, la propiedad, y Bentham. La libertad, pues el comprador y el vendedor de una mercancía, v. gr., de la fuerza de trabajo, no obedecen a más ley que la de su libre voluntad. Contratan como hombres libres e iguales ante la ley. El contrato es el resultado final en que sus voluntades cobran una expresión jurídica común. La igualdad, pues compradores y vendedores sólo contratan como poseedores de mercancías, cambiando equivalente por equivalente. La propiedad, pues cada cual dispone y solamente puede disponer de lo que es suyo. Y Bentham, pues a cuantos intervienen en estos actos sólo los mueve su interés.»¹²

Si ponemos en conexión lo que dicen ambos autores, entraremos en el núcleo del problema. Éste se refiere a cómo los derechos del hombre, la libertad, la igualdad, la propiedad articulan el cambio de mercancías, esto es, el mercado, que está presidido por el interés egoísta de sus poseedores. No obstante, antes de poder hacerlo, tenemos que solucionar los dos dificultades con las que nos enfrentamos. La primera se refiere a la contradicción que se daría en el planteamiento de Bentham, siempre y cuando admitamos que las apreciaciones de Marx sobre él son correctas. Por un lado, Bentham afirma que los derechos del hombre son vaciedades sin sentido, pero, por otro, Marx dice que Bentham defiende los derechos del hombre. Parece claro que no se podría admitir que una teoría pudiera criticar los derechos del hombre y, al mismo tiempo, considerarla como defensora de tales derechos. El segundo se deduce del primero, pues si el planteamiento de Bentham no fuera contradictorio, entonces cabría calificar las apreciaciones de Marx sobre Bentham como excesivamente ligeras. No parece posible, a primera vista, salir de tal dilema, pues o

y 1994), pp. 147 y ss. *La inclusión del otro. Estudios de teoría política*, trad. J. C. Velasco Arroyo y G. Vilar Roca, Paidós, Barcelona, 1999 (1996), pp. 251 y ss., y RAWLS, J., «Réplica a Habermas», *Debate sobre el liberalismo político*, trad. G. Vilar Roca, Paidós, Barcelona, 1998 (1995), pp. 111 y ss.

¹² MARX, K.: *El Capital. Crítica de la Economía Política*, trad. W. Rocas, FCE, México, 1973 (1867), vol. I, pp. 128-129.

hay contradicción en Bentham, con lo que Marx tendría razón, o las apreciaciones de Marx sobre Bentham son inexactas. No cabe, pues, decir que Bentham ataca y caracteriza los derechos naturales como un disparate y, sucesivamente, situar su teoría dentro de los linderos de los derechos del hombre, pues sólo es posible la defensa del interés de cada uno si se hace en sintonía con la defensa de la libertad, la igualdad y la propiedad. En el segundo caso, se trataría de una ligereza por parte de Marx, pues parece evidente que si Marx no tuviera razón, no nos quedaría más remedio que reconocer que Marx cometió un desliz.

Sin embargo, no existe tal dilema, no creo que pueda sostenerse ni que Bentham se contradiga ni que Marx no tuviera razón, al menos en este caso. Para tratar de probarlo hay que mostrar el juego que puede establecerse entre derechos naturales, previos a todo derecho positivo, que todo hombre posee bien como criatura divina, bien en virtud de su humanidad, y el derecho positivo, el derecho establecido por el legislador y que nos obliga a ciertas cosas y nos ofrece, al mismo tiempo, la posibilidad de exigir a los demás cierto tipo de comportamientos. Es claro que Bentham es un positivista, que critica sin piedad la vaciedad de los derechos del hombre. Para él, el derecho es el creado por la voluntad del soberano en términos de mandato, por lo que no cabe admitir más derechos que los que el soberano establece. Así pues, no parece que pudiésemos afirmar que Bentham se contradiga al criticar y defender los derechos del hombre, pues los derechos naturales que critica no son los derechos del hombre que se poseen en tanto que sujeto de derecho con autonomía privada, que ejerce sus libertades subjetivas de acción y, en consecuencia, puede intervenir libremente en el mercado. Estos últimos son los que constituyen el derecho positivo. El hombre no posee derechos previamente al derecho positivo, sino sólo los que reconoce y crea la voluntad del soberano, que son los que lo constituyen como sujeto de derecho en torno a la libertad, la igualdad y la propiedad.

No obstante, su teoría muestra la dificultad que entraña abordar la cuestión de la fundamentación del derecho. Su crítica a los derechos naturales no evita que tenga que acudir, él mismo, a una fundamentación de tipo moral, no impide que en el planteamiento de Bentham siga habiendo una conexión entre el derecho y la moral, entre el derecho positivo y algo que está más allá de él, donde se encuentra la justificación del mismo¹³. Esto es

¹³ BENTHAM, J.: *An Introduction to the Principles of Morals and Legislation*, ed. J. H. Burns y H. L. A. Hart, London, 1970, p. 3n, cit. en SCHOFIELD, P., «Jeremy Bentham, the French Revolution, and Political Equality», ms., 2000, p. 9.



lo que llama la atención en Bentham, su crítica de los derechos naturales y la defensa, a su vez, de un fundamento de carácter moral, del principio de utilidad: la mayor felicidad para el mayor número, que es donde el legislador, el soberano, encuentra legitimidad para sus dictados. En definitiva, la posición de Bentham entra, como cualquier otra, en el debate sobre los fundamentos en los que se apoya el trabajo del legislador, en las mismas razones sobre las que se asienta el principio de utilidad. Sólo desde esta perspectiva, el hecho de que no pueda renunciar a una perspectiva moral previa al propio derecho positivo, es por lo que se le podría reprochar cierto exceso en su crítica al iusnaturalismo, en tanto que su propia posición permanecería deudora de ese planteamiento.

Tampoco parece que Marx haya entendido mal a Bentham, pues de lo que está hablando Marx es aquello sobre lo que ha reflexionado Bentham, el sistema de derecho positivo creado por el legislador, o, dicho de otro modo, el medio en el que puede vivir el sujeto de derecho portador de derechos subjetivos, en torno al que se articula el derecho formal burgués. De eso es de lo que nos está hablando Marx. En la órbita de la circulación no viven sujetos naturales, no vivimos como seres humanos, morales, sino necesariamente como sujetos de derecho, y por eso es por lo que somos libres, iguales y propietarios. Es decir, los derechos del hombre a que se refiere Marx no son los derechos naturales vacíos y sin sentido que critica Bentham, sino todo lo contrario, son los derechos que constituyen el sujeto de derecho y que permiten que se compra y venda la fuerza de trabajo, como también facilitan que podamos ejercer nuestra autonomía privada, nuestras libertades subjetivas de acción y, en consecuencia, tengamos capacidad para ordenar nuestra vida en función de lo que estimemos adecuado. Pero la posición de Marx encierra algo más que el reconocimiento de las características propias del sujeto de derecho, ya que no se limita a hablar de los derechos del hombre, pues en el fondo esos derechos positivos creados por el legislador no son solamente algo formal sino que en su opinión encubren y justifican lo que ocurre realmente. Marx lo expresó gráficamente algo más abajo del párrafo citado anteriormente, cuando se refirió al ánimo del obrero que se disponía a ejercer sus derechos y dijo que acudía «tímido y receloso, de mala gana, como quien va a vender su propia pelleja y sabe la suerte que le aguarda: que se la curtan»¹⁴.

¹⁴ MARX: *El Capital*, op. cit., p. 129.

Ahora bien, lo que aquí nos interesa no es tanto señalar si había o no contradicción en el planteamiento de Bentham o ligereza en las apreciaciones de Marx sobre Bentham, como el hecho de subrayar la crítica de Bentham a los derechos naturales y su defensa, tal y como Marx pone de manifiesto, de los derechos del hombre establecidos por el legislador soberano. Tampoco podemos olvidar las consideraciones de Marx respecto del derecho formal burgués, que le llevó a criticar esos derechos del hombre como meramente formales y encubridores de una realidad de sojuzgamiento y explotación. Sin embargo, a pesar de estas críticas se vuelve a plantear insistentemente un tema como el de los derechos humanos, hasta el extremo de que constituye, hoy día, una preocupación presente en los más diversos ámbitos. Se sigue hablando de una fundamentación de carácter ontoteológico¹⁵. También se siguen caracterizando los derechos humanos como derechos naturales¹⁶. Otras veces se trata simplemente de su reconocimiento como derechos positivos¹⁷. En los tres casos no deberíamos olvidar las críticas que se hicieron con anterioridad a estos planteamientos, pues no creo que pueda resolverse la cuestión de la definición de los derechos humanos si se los considera, simplemente, como derechos naturales ni tampoco si se tratara de solucionar los problemas que plantean sólo y exclusivamente mediante su positivación. En el primer caso, la dificultad de su armonización con el principio de la soberanía popular parece evidente; en el segundo, sus consecuencias pueden ser terribles, pues su reconocimiento no puede hacerse al margen de las condiciones reales de existencia de la sociedad en la que produzca su implantación¹⁸. Así, pues, parece que la cuestión de los derechos humanos es recurrente, a pesar de todo nos la seguimos planteando y, además, lo seguimos haciendo de manera similar a como se hizo con anterioridad a la formulación de las críticas del positivismo y marxismo.

¹⁵ ROUCO VARELA, A. M.: *Los fundamentos de los derechos humanos: una cuestión urgente*, Real Academia de Ciencias Morales y Políticas, Madrid, 2001.

¹⁶ COTTA, S.: *Giustificazione e obbligatorietà delle norme*, Giuffrè, Milán, 1981, *id.*, «El derecho natural y la universalización del derecho», *Persona y Derecho*, núm. 29, 1993**, p. 189 y ss.

¹⁷ El caso paradigmático sería el de H. KELSEN. *Vid.*, *id.*, *Esencia y valor de la democracia*, trad. R. Luengo Tapia y L. Legaz Lacambra, Lábor, Barcelona, 1977 (1929), pp. 81 y ss.

¹⁸ RAWLS, J.: «El derecho de gentes», AAVV, *De los derechos humanos. Las conferencias Oxford Amnesty de 1993*, trad. H. Valencia Villa, Trotta, Madrid, 1998, pp. 47 y ss.



3. DERECHOS HUMANOS Y DEMOCRACIA

La democracia que Kelsen defiende es aquélla compatible con los derechos humanos entendidos al modo de Bentham, esto es, positivizados. Así pues, la democracia kelseniana se asienta, en principio, sobre el reconocimiento por parte del legislador de los derechos y libertades individuales, tanto privados como públicos. No obstante, la preocupación primordial en Kelsen es la de asegurar el reconocimiento de una serie de derechos público-subjetivos. De ahí que hable de una democracia liberal, construida sobre el reconocimiento de un conjunto de derechos y libertades públicos, de carácter individual, que permiten la salvaguarda de los individuos frente a las decisiones de la mayoría. Ésta es la democracia que sustenta Kelsen cuando se plantea la imposibilidad de asentar el orden social sobre la voluntad general, por lo que no le queda más remedio que acudir a la voluntad de todos. Con ello surgen los problemas que devienen de solucionar los conflictos en una determinada sociedad por medio del principio de la mayoría. Es evidente que la adopción de decisiones con base en ese principio no resuelve todas las dificultades. Entre ellas, la fundamental es la del respeto a la minoría o, dicho de otra manera, el problema es el de establecer los límites del ejercicio del poder por parte de la mayoría.

La dificultad con la que nos enfrentamos es clara y reproduce en un terreno diferente las mismas preocupaciones que ya vimos en Bentham al hablar de la imposibilidad de sostener que ciertos derechos naturales se impusieran desde fuera al poder soberano. Si decimos que un orden social se asienta sobre lo que decide la mayoría y las posibilidades de decisión de la mayoría están limitadas, quiere decirse que o bien esos límites están dispuestos por la propia mayoría, con lo que no serán tales límites, puesto que la mayoría siempre podría levantarlos, suprimiéndolos o cambiándolos, o bien tales límites lo son efectivamente, en la medida en que constriñen lo que puede decidir la mayoría, con lo que entonces el orden social no está asentado en el principio de la mayoría sino en lo que impone límites al ejercicio de esa mayoría. Kelsen adopta una salida que no justifica, pero que será la que abra la vía por la que con posterioridad transcurrirá el pensamiento jurídico-político occidental. Su propuesta es la de un demócrata, si entendemos por tal a quien se muestra partidario de la necesidad de una serie de derechos público-subjetivos o libertades políticas que actúan como límites ante las decisiones de la mayoría.

Esta idea adelanta las preocupaciones de autores como Habermas sobre la necesidad de articular el principio de la soberanía popular con la defensa de los derechos humanos¹⁹; pero también de Rawls, al tratar de conjugar las libertades de los antiguos y las libertades de los modernos²⁰. Libertades básicas iguales para todos, democracia y derechos humanos, autonomía pública y autonomía privada, actúan como «detente» frente a teorías que se consideran erróneas y contrarias a las de las sociedades occidentales. Parece que éstos constituyen los presupuestos centrales del liberalismo político, sobre los que se apoyan el orden de esas sociedades, a las que se puede considerar como democracias liberales. Es verdad que el juego entre las posiciones liberal y republicana no es ni mucho menos un juego terminado; por el contrario, la tensión que se da al reconocerse, al mismo tiempo, una serie de derechos de los individuos y el principio de la soberanía popular muestra las posibilidades y dificultades de nuestro tiempo.

Ahora bien, los problemas que derivan de la defensa conjunta del principio de las mayorías y sus límites, esto es, de la democracia y del Estado de derecho, de los derechos políticos y de los derechos civiles, no se limitan a los que acabamos de recordar, sino que en los mismos está inscrita otra dificultad, en tanto que esa defensa conjunta lleva necesariamente a que se respalde la sociedad capitalista²¹. Marx lo vio bien cuando puso de manifiesto, tal y como dijimos más arriba, cómo la órbita de la circulación era el paraíso de los derechos del hombre, pero también cuando caracterizó el orden jurídico-político burgués, la democracia burguesa, como el propio de un modo de producción capitalista. Esto quiere decir que el capitalismo no puede andar sin los derechos del hombre, sin las libertades subjetivas de acción; aunque parece que tampoco la democracia, que sólo es posible mediante el ejercicio de los derechos de participación y comunicación. De ahí que pueda afirmarse, desde un punto de vista moral, que las libertades políticas son co-originales respecto de las mismas libertades subjetivas de

¹⁹ HABERMAS, J.: *La inclusión...*, op. cit., pp. 247 y ss.

²⁰ RAWLS, J.: «Réplica...», *Debate...*, op. cit., pp. 101 y ss.

²¹ El planteamiento de Rawls podría considerarse más refinado a este respecto. Vid. página 335 de su obra *El liberalismo político*, donde trata de evitar las complicaciones que se derivarían de una defensa explícita de la propiedad privada de los medios de producción, aunque no creo que esa actitud sea excesivamente acertada. Autores como Locke y Smith sostuvieron sólo la propiedad personal, esto es, la propiedad privada. Otra cuestión es que la misma derivara hacia la propiedad privada de los medios de producción. La raíz de la cuestión es la propiedad privada; si es de los medios de producción o no, eso es irrelevante.



acción. «La autonomía pública y la autonomía privada son, dirá Rawls, ambas cooriginarias y de igual peso y ninguna se impone a la otra (...) Las libertades de la autonomía pública y las de la autonomía privada se dan conjuntamente y sin relación de prelación en el primer principio de justicia. Estas libertades son cooriginarias por la razón añadida de que ambas clases de libertad están enraizadas en una o en las dos facultades morales, en la capacidad para un sentido de la justicia y la capacidad para una concepción del bien respectivamente»²².

Pero esta cuestión, el juego entre la autonomía pública y la autonomía privada, «tienen que concretarse con ayuda de referencia al medio derecho»²³. «Tan pronto como los principios morales han de tomar forma en el medio del derecho obligatorio y positivo la libertad de la persona moral se escinde en la autonomía pública del legislador y la autonomía privada del destinatario del derecho, y de modo que además se presuponen mutuamente»²⁴. Ambos tipos de autonomía, la privada y la pública, son expresión de las libertades subjetivas de acción, la primera, y de las libertades políticas, la segunda. Todas esas libertades no son sino los mismos derechos humanos por medio de los que se ha de realizar la institucionalización jurídica de «una práctica ciudadana del uso público de las libertades»²⁵. De esta manera se juridifican las condiciones en las que puede darse una producción legítima del derecho. Una vez que se ha decidido, en tanto que podemos disponer del medio derecho, institucionalizar jurídicamente tales prácticas, la voluntad del soberano queda delimitada dentro de tal medio sin que pueda excederlo, lo que implica fundamentalmente el respeto a una serie de libertades, privadas y públicas, que son propias del sujeto de derecho, portador de derechos subjetivos. No es posible pensar que podemos darnos las normas al margen de nuestra condición de portadores de derechos subjetivos, por lo que tal condición posibilita nuestra soberanía, a la vez que la misma se limita por ella. No es posible pensar en ejercer derechos, sean civiles o políticos, sin un medio en el que puedan ejercerse —el derecho—, y ese medio sin un sujeto —el sujeto de derecho— capacitado para ejercerlos; tampoco es posible pensar en un sujeto de derecho mutilado, sólo capaz de ejercer bien los derechos civiles, bien los políticos. El sujeto de derecho

²² RAWLS, J.: «Réplica...», *Debate sobre...*, op. cit., pp. 119-120.

²³ HABERMAS, J.: «“Razonable” versus “verdadero”», *Debate sobre...*, op. cit., p. 177.

²⁴ HABERMAS, J.: «Razonable...», *Debate...*, op. cit., p. 180.

²⁵ HABERMAS, J.: *La inclusión...*, op. cit., p. 253.

nada en el medio derecho y este medio es inescindible, tal y como sucede con el bañista que se sumerge en el agua y no lo hace ni lo puede hacer de manera separada en el hidrógeno o en el oxígeno.

Sin embargo, esto no se ha apreciado siempre con claridad, pues no deja de ser frecuente que a la vez que se defienden los derechos y libertades fundamentales, se critica el modelo económico que surge gracias a tales derechos y en el que los mismos se desarrollaron, tal y como lo siguen haciendo hoy. Quizá por eso haga falta dirigir nuestra atención al núcleo –el concepto de sujeto de derecho, portador de derechos subjetivos–, del que se alimenta el derecho formal burgués. Así tendríamos más elementos de juicio para intentar entender y sostener, si es que es posible, que se defienda la democracia y los derechos humanos, al mismo tiempo que se critica ese derecho formal burgués en tanto que expresión de un sistema económico como es el capitalismo. Aquí radica la dificultad sobre la que tenemos que reflexionar, ¿cómo es posible defender una cosa, la democracia y los derechos humanos, esto es, el derecho formal burgués, y al mismo tiempo criticarla, el capitalismo?

El derecho subjetivo se puede entender como la capacidad de un sujeto de participar en la creación del derecho objetivo. Junto a esta idea, Kelsen añade otra al diferenciar entre derechos subjetivos civiles y políticos. Los derechos subjetivos civiles son derechos subjetivos privados y consisten en la capacidad de intervenir en la creación de normas individualizadas, esto es, las sentencias. La interposición de una demanda por parte del actor está encaminada a la creación de una norma jurídica concreta, la sentencia judicial, que reconozca las pretensiones del mismo. Desde ese punto de vista, la actuación del actor es esencial a la hora de iniciar un proceso, sin cuyo concurso no habría tenido lugar. Por eso, Kelsen afirma que quien tiene un derecho subjetivo, se encuentra «jurídicamente facultado para intervenir en la creación de una norma especial, la que impone la sanción al individuo que –de acuerdo con la misma resolución– ha cometido el acto antijurídico o violado su deber»²⁶.

Por otra parte, los derechos subjetivos públicos muestran, también, esa capacidad de participar en la creación del derecho objetivo, aunque ahora sea en la creación de normas generales, es decir, las leyes. Los dere-

²⁶ KELSEN, H.: *Teoría General del Derecho y del Estado*, trad. de E. García Máynez, UNAM, México, 1995 (1944), p. 102.

chos subjetivos políticos constituyen «las posibilidades abiertas al ciudadano de tomar parte en el gobierno y en la formación de la “voluntad” del Estado»²⁷. Indudablemente, estas posibilidades sólo están reconocidas en la democracia. En opinión de Kelsen parece que tales derechos se garantizan mejor en la democracia indirecta que en la directa. De todas maneras no es este el momento de detenernos en las ventajas y desventajas de ambas formas de democracia, sino sólo señalar las características de aquella a la que el propio Kelsen presta atención. Según él, la formación de la voluntad del Estado, en tanto que creación de normas generales, se produce en dos etapas. Primero, por medio de la elección del Parlamento; segundo, la misma creación de la norma general, ahora ya exclusivamente por el Parlamento. De ahí que quepa deducir que el derecho subjetivo público fundamental en una democracia indirecta sea el derecho de votar, esto es, el derecho de elegir el órgano creador del derecho²⁸.

Tanto el actor, el que ejercita una acción, como el votante participan en la creación de derecho, en lo que constituye la expresión de la voluntad estatal. Ahora bien, mientras que el actor participa de manera directa en la creación de la norma jurídica, ya que para que se llegue a dictar sentencia por parte de un tribunal, que es también un órgano estatal, es imprescindible la interposición de la demanda por aquel que se piensa titular de un derecho; el votante lo hace de una manera indirecta, puesto que su participación se limita a votar, es decir, a la elección de los miembros del Parlamento, que será el órgano encargado de crear las normas. Además habría que decir que el carácter de las normas que ambos contribuyen a crear, aunque sean normas y por tanto parte del derecho, es diferente, puesto que mientras que las normas que contribuye a establecer el titular de un derecho son sentencias judiciales, normas particulares, limitadas a un caso concreto; las normas que de manera indirecta produce el votante son de carácter general. Así pues,

«Desde el punto de vista de la función dentro del proceso total de creación del derecho, no hay diferencia esencial entre un derecho subjetivo privado y un derecho subjetivo político. Tanto el uno como el otro permiten a su titular intervenir en la creación del orden jurídico, o “voluntad del Estado”. Un derecho privado es pues, en última instancia, un derecho político. El carácter político de los derechos privados revélase de manera mucho más patente cuando

²⁷ KELSEN, *Teoría General...*, op. cit., p. 102.

²⁸ Otra cuestión será la de si también habría de suceder con el órgano aplicador del derecho. Sobre esto vid. JOSÉ J. JIMÉNEZ SÁNCHEZ, «La legitimidad del juez constitucional», *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, núm. 36, 2002, pp. 303 y ss.

se advierte que el otorgamiento de tales derechos a los individuos es la técnica jurídica específica del derecho civil, y que este último es la técnica jurídica específica del capitalismo privado, que es, al mismo tiempo, un sistema político (...) El derecho privado es la institución de un orden jurídico capitalista; el derecho político la de un orden jurídico democrático»²⁹.

Ante todo hay que subrayar la última afirmación de Kelsen cuando señala que el derecho subjetivo no es propio de cualquier sistema jurídico, sino sólo de ciertos órdenes jurídicos, entre los que nombra expresamente a dos, el orden jurídico capitalista y el orden jurídico democrático. Además existe una similitud entre un derecho subjetivo privado y otro político, puesto que ambos responden a la misma idea al permitir a su titular intervenir de manera creativa en la configuración del orden jurídico. Esta intervención es diferente en cada uno de los órdenes, en el orden jurídico capitalista se hace de manera directa mediante la interposición de la demanda por parte del actor, en el orden jurídico democrático lo es de manera indirecta, puesto que la acción del actor se limita al voto por medio del que se elegirán representantes encargados de la elaboración de las leyes que configuran la voluntad estatal. Ésta es la razón por la que podrá afirmar que «un derecho privado es un derecho político», pues tanto uno como otro vienen a configurar el orden social.

El derecho privado es, dice, la técnica del derecho civil que, a su vez, es la técnica del capitalismo privado que no es sino un sistema político. Ésta es la razón sobre la que asienta su afirmación de que un derecho privado es un derecho político. Su idea gira alrededor de lo siguiente: el derecho privado es un derecho político, y funciona de la misma forma que cualquier otro derecho político; los dos permiten a sus titulares intervenir en la creación de la voluntad estatal, pero son distintos porque su manera de intervenir en la creación de esa voluntad es diferente. De ahí que concluya diciendo que el primero, el derecho privado, es la institución de un orden jurídico capitalista y el segundo, el derecho político, lo es de un orden jurídico democrático.

Este orden jurídico democrático de que habla Kelsen es una democracia formal que se asienta sobre el reconocimiento de unos derechos público-subjetivos que giran alrededor del reconocimiento del derecho a votar. Pero cuál es la razón por la que Kelsen diferencia entre el orden jurídico capitalista y el orden jurídico democrático, cuando hasta entonces habían venido

²⁹ KELSEN: *Teoría General...*, op. cit., pp. 104-105.



de la mano. Kelsen no dice mucho más, aunque insiste en la misma cuestión algo más adelante, cuando afirma que «la democracia coincide con el liberalismo político, aun cuando no coincida necesariamente con el económico», pues «la opinión pública sólo puede formarse allí donde se encuentran garantizadas las libertades intelectuales, la libertad de palabra, de prensa y de religión»³⁰. Cabe pensar que en el trasfondo se encuentra el intento de abrir una vía desde la que fuera posible separarse de las consecuencias nefastas del sistema capitalista, en el que se ha generado un desarrollo autónomo del mercado y del aparato estatal-administrativo, que han terminado por poner en entredicho la posibilidad de ejercicio de las mismas libertades subjetivas de acción, esto es, de la misma autonomía privada.

Ahora bien, esa posibilidad que cabe deducir del planteamiento kelseniano es la que en mi opinión podría considerarse discutible, pues no resulta nada claro que pueda diferenciarse con tal nitidez entre derechos civiles y políticos, entre capitalismo y democracia, entendida ésta tal y como lo hace Kelsen. Desde luego que no se trata ahora de recordar cómo a lo largo de la historia capitalismo y democracia han ido construyéndose paralelamente. Parece como si Kelsen quisiera ir más allá y descargarse de una parte de esa historia, el orden jurídico capitalista, sin abandonar la categoría central del propio orden ilustrado, la del derecho subjetivo, que es la que hace posible asimismo la democracia representativa, esto es, parece como si Kelsen tratara de evitar los inconvenientes del capitalismo privado sin renunciar al núcleo del que el mismo capitalismo se alimenta. En mi opinión esa posibilidad de separar ambos órdenes, el capitalista y el democrático, sería desde luego muy loable, pero creo que está destinada al fracaso. La razón se encuentra en que una vez que hemos dispuesto del medio derecho –lo que es imprescindible, según Kelsen, para que pueda desarrollarse tanto el sistema capitalista, como el democrático–, eso exige «crear el *status* de personas jurídicas, que como portadores de derechos subjetivos pertenezcan a una asociación voluntaria de socios jurídicos y que en el caso dado reclamarán de manera efectiva sus derechos. No hay derecho alguno sin la autonomía privada de las personas jurídicas. Por consiguiente, sin derechos fundamentales que aseguren la autonomía privada de los ciudadanos, no habría tampoco medio alguno para la institucionalización jurídica de aquellas condiciones bajo las cuales los individuos en su papel de ciudada-

³⁰ KELSEN, H.: *Teoría General...*, op. cit., pp. 341-342.

nos podrían hacer uso de su autonomía pública. De este modo, autonomía privada y pública se presuponen mutuamente»³¹. Esto es, el liberalismo político, propio de un régimen democrático, exige necesariamente el liberalismo económico, propio de un sistema capitalista, como éste a aquél, pues ambos se enraízan en la idea de un sujeto de derecho portador de derechos subjetivos privados, las libertades subjetivas de acción, como públicos, las libertades políticas propias del ejercicio por parte de los ciudadanos de la autonomía pública.

4. DERECHOS HUMANOS: CAPITALISMO Y DEMOCRACIA

Ni el positivismo ni el marxismo pudieron solucionar los problemas con los que se enfrentaron. Tanto uno como otro mostraron de manera poderosa y clara deficiencias ajenas, las del iusnaturalismo y las del capitalismo. Las críticas de Bentham son demoledoras, como no son menos eficaces las de Marx a Bentham. No obstante, Marx tampoco pudo evitar la necesidad de buscar una alternativa a lo existente. Aunque la debilidad de su propuesta, asentada sobre la superación del «estrecho horizonte del derecho burgués» y la sustitución de la sociedad capitalista por otra comunista, en la que rigiera el principio «de cada cual según sus capacidades, a cada cual según sus necesidades»³², no hacía sino dejar las cosas donde estaban, al menos si lo contemplamos desde el punto de vista de la fundamentación. Es decir, el planteamiento marxista no podía evitar a fin de cuentas los problemas de justicia y sus relaciones con la legalidad.

Pero tampoco pudo Kelsen solventar las dificultades con las que se enfrentó. Su intento de desprenderse de la pesada carga de la sociedad capitalista y fundar el orden social sobre el principio de unas mayorías respetuosas con las libertades políticas, no parece que pueda llevarse a buen puerto. En definitiva, los fracasos del marxismo y el positivismo, tanto el de Bentham como el de Kelsen, es lo que explica, en mi opinión, el reforzamiento del liberalismo democrático, económico y político, así como el renacimiento de la preocupación por los derechos humanos, un

³¹ HABERMAS, J.: *La inclusión...*, op. cit., p. 255.

³² MARX: *Crítica del Programa de Gotha*, trad. G. Muñoz, Materiales, Barcelona, 1978 (1875), p. 95.

nombre moderno para un contenido antiguo, los derechos naturales. Ambas cuestiones son muy delicadas, tan complejas que cualquier descuido en su tratamiento nos llevaría a reproducir polémicas ya antiguas: la defensa o la crítica exacerbada de un neoliberalismo sin ningún tipo de regulación; la reivindicación de unos derechos naturales; la crítica positivista de los mismos o incluso una nueva crítica radical a este último, etc. De ahí que se proponga que nos acerquemos a estos asuntos de manera que se eviten los problemas de las aproximaciones pasadas³³.

Se trataría, primero, de reconocer la importancia de un acercamiento al problema de los derechos humanos desde un punto de vista moral, al mismo tiempo que se reconoce la insuficiencia de tal planteamiento. El punto de vista moral se construye sobre el principio moral, esto es, el principio de universalizabilidad, que implica que ninguna norma debe adoptarse a no ser que todo sujeto pudiera aceptarla. Habermas lo formuló del siguiente modo: «Toda norma válida ha de satisfacer la condición de que las consecuencias y consecuencias secundarias que para la satisfacción de los intereses de cada uno previsiblemente se sigan de su observancia general han de poder ser aceptadas sin coerciones por todos los afectados»³⁴. Teniendo en cuenta que los afectados se definen como todos los sujetos naturales, como todos los hombres, es decir, en virtud de su humanidad, esto nos lleva necesariamente a que las normas morales que pudieran ser aceptadas como válidas por todos los afectados, tendrían que ser formuladas de manera tal que evitaran las peculiaridades de las diferentes sociedades y comunidades, lo que conduce a que las normas morales tengan que formularse de manera muy abstracta. Por eso es posible desde el punto de vista moral formular determinados derechos humanos, aunque por las propias exigencias de la moral, esos derechos humanos tendrían que reconocerse de manera tan abstracta que apenas podrían aplicarse a las situaciones concretas. Al inconveniente de la excesiva abstracción de los principios morales, habría que añadir además que la persona que se mueve en el campo moral está sujeta a enormes exigencias cognitivas, motivacionales y organizativas³⁵. Esto nos lleva a reconocer el punto de vista moral como enormemente clarificador, pero al mismo tiempo como demasiado estrecho, lo que nos exige complementar

³³ HABERMAS, J.: *Facticidad y validez...*, op. cit., vid. «Epílogo» y capítulos III y IV. También los capítulos sobre la crisis del paradigma liberal y del estado social.

³⁴ HABERMAS, J.: *Facticidad...*, op. cit., p. 659, núm. 15.

³⁵ HABERMAS, J.: *Facticidad...*, op. cit., pp. 180 y ss.

el campo moral con el jurídico, terreno en el que podremos encontrar las normas adecuadas, por concretas, desde las que organizar una sociedad democrática.

En segundo lugar habría que reclamar la presencia de un planteamiento jurídico sobre la cuestión, a causa de la debilidad de la primera aproximación. Dada la abstracción de los principios morales, éstos requieren su concreción por medio de las normas jurídicas, con lo que se evitaría que nos quedásemos sólo con la formulación de principios excesivamente abstractos para que pudieran aplicarse en la práctica. Ahora bien, este planteamiento no termina de solucionar el problema fundamental, pues lo único que hace es resolver la abstracción del planteamiento moral, pero seguiríamos encerrados dentro del espacio iusnaturalista. Así se formularían unos derechos abstractos en el plano moral, lo que podríamos llamar derechos naturales, o bien, tal y como se hace hoy día, derechos humanos, y luego pasaríamos a su concreción de manera que su legitimidad pendería de su adecuación o no a lo establecido desde la moral. Sin embargo hay que hacer dos tipos de precisiones. Primera, el proceso de concreción no puede atender sólo a razones morales, sino que tiene que atender a otros tipos de razones, como son las éticas o formas concretas de vida y las razones pragmáticas. Esto plantea muchos problemas que ahora dejaré de lado. La segunda precisión podría evitar los inconvenientes a que antes me refería y consiste en la articulación entre el medio derecho y el principio democrático, lo que veremos a continuación.

Todo lo anterior nos llevaría, en tercer lugar, a tener que acercarnos al problema de los derechos humanos desde una nueva perspectiva, en tanto que habría que enmarcarlos dentro de lo que significa el principio de soberanía popular, es decir, se trataría de entender los derechos humanos no ya como previos a todo, sino como aquellos que constituyen el medio adecuado en el que el principio de soberanía puede ejercitarse y limitarse desde sí mismo. Parece que la única posibilidad de escapar de los problemas que plantea el iusnaturalismo es la de intentar articular el medio derecho y el principio democrático. Antes de hacerlo hay que reconocer que el propio principio democrático, el principio de la soberanía popular también plantea dificultades por sí mismo, que proceden de muy atrás, especialmente de la dificultad de comprender lo que podría entenderse por voluntad general. Esto condujo a su desplazamiento y sustitución, en la medida en que era posible, por la voluntad de todos, que se articuló a través del principio de



las mayorías. De este modo se suscitaron nuevos problemas, especialmente el de los límites a que tuviera o no que atenerse dicho principio. Parece que ambas dificultades pueden evitarse mediante la realización del principio democrático en el medio derecho, con lo que habríamos perdido de vista a los sujetos naturales y nos enfrentaríamos con un nuevo constructo, el sujeto de derecho, que nos permitiría evitar los problemas de la abstracción de las normas morales, esto es, se trata de que las normas morales son abstractas porque tratan de sujetos naturales, mientras que las normas jurídicas son concretas porque tratan de sujetos abstractos, y es en esta abstracción donde el principio democrático puede ejercitarse al tiempo que encuentra su límite, pues no puede exceder el medio derecho, con lo que evitaríamos, a la vez, los problemas derivados, los propios de los planteamientos iusnaturalistas, de la imposición de límites de manera paternalista desde fuera del propio principio de la soberanía popular.

El principio de autolegislación democrática implica que los destinatarios del derecho han de considerarse como sus autores, por lo que una imposición al legislador de una serie de derechos fundamentados moralmente sería contradictorio con el mismo principio democrático. Ahora bien, los ciudadanos sólo pueden realizar su autonomía normativa en el medio derecho, lo que «no se encuentra a libre disposición de los mismos en su papel de colegisladores. En el proceso legislativo participan sólo en calidad de sujetos de derecho; ya no pueden disponer de qué lenguaje quieren servirse. La idea democrática de la autolegislación tiene que adquirir validez en el medio del derecho mismo»³⁶. En tanto que sujetos de derecho poseen una serie de derechos subjetivos que establecen tanto la autonomía privada, las iguales libertades subjetivas de acción, como la autonomía pública, los derechos de participación y comunicación, de manera que el ejercicio de la soberanía popular ya no se vería limitado desde fuera, sino que serían esos mismos derechos los que harían factible su ejercicio, por lo que los límites habría que considerarlos de una manera interna, constitutiva de la propia soberanía popular. Además, «los ciudadanos sólo pueden, añadirá Habermas, hacer uso apropiado de su autonomía pública si son suficientemente independientes en virtud de una autonomía privada asegurada de manera homogénea; pero que a la vez sólo pueden lograr una regulación susceptible de consenso de su autonomía privada si en cuanto ciudadanos pueden hacer

³⁶ HABERMAS, J.: *La inclusión...*, op. cit., p. 254.

uso apropiado de su autonomía política»³⁷. La autonomía pública remite a la autonomía privada; la primera no es factible si no se asegura la segunda, pero ésta se regula por la primera. La autolegislación democrática se realiza a través de la autonomía pública, el ejercicio de los derechos subjetivos políticos, que requiere de una autonomía privada, el ejercicio de los derechos subjetivos civiles, aunque sea con la finalidad de regular la autonomía privada. Es decir, la autolegislación puede consistir en la autorregulación del ejercicio subjetivo de las libertades de acción, aunque la misma no puede nunca llegar al extremo de «tocar, empero, su propia lógica interna»³⁸. Justamente la solución contraria a la de Kelsen, pues mientras que Habermas defiende la interrelación entre autonomía privada y autonomía pública, entre derechos civiles y derechos políticos, Kelsen pretendió la separación entre ambos mundos, entre liberalismo económico y político, en definitiva, entre capitalismo y democracia, al tiempo que se inclinaba por esta última y trataba de abandonar el primero. No obstante, no parece factible establecer esa separación, pues un liberalismo requiere del otro, ambos liberalismos se llaman.

5. CONCLUSIÓN

La institucionalización jurídica de las condiciones en las que las personas pueden ejercer sus capacidades comunicativas en condiciones de igualdad y libertad se lleva a cabo por medio de una serie de derechos humanos que se manifiestan en el reconocimiento de la autonomía privada y de la autonomía pública. Se trataría de articular una ciudadanía capaz de autonomía privada pero también capaz, por eso mismo, de ejercer sus derechos políticos. La autonomía privada es equivalente de los derechos civiles plasmados en el ordenamiento jurídico, mediante la que se ejerce la libertad de ordenar la propia vida y cuyo único límite se encuentra en los derechos que los demás tienen, también, de ejercer sus propias libertades subjetivas de acción. Por medio de la autonomía pública se ejercen las libertades políticas, fundamentalmente los derechos de comunicación y participación.

³⁷ HABERMAS, J.: *La inclusión...*, op. cit., p. 255.

³⁸ HABERMAS, J.: *Facticidad...*, op. cit., p. 634.

Sin embargo, las libertades subjetivas de acción han quedado hipotecadas dentro de un sistema que, al mismo tiempo, han configurado. El desarrollo autónomo del mercado y del aparato estatal-administrativo han terminado por poner en entredicho la posibilidad de ejercicio de la autonomía privada, de las mismas libertades subjetivas de acción. De ahí la necesidad de «impulsar enérgicamente la domesticación del capitalismo en términos ecológicos y en términos de Estado social», al mismo tiempo que se ha de estar «alerta contra toda sobreextensión del medio “poder” por parte de las burocracias estatales»³⁹, pues ambos paradigmas, tanto el liberal, como el del Estado social, «están comprometidos de igual manera con la imagen productivista de una sociedad industrial de economía capitalista»⁴⁰. Se trataría, por tanto, de «ligar la Administración pública a premisas racionales y, a través, de la Administración, disciplinar también al sistema económico desde puntos de vista sociales y ecológicos»⁴¹. La única posibilidad a nuestro alcance es la que se nos ofrece por medio del ejercicio de la autonomía pública de manera que sea capaz de reconducir las insuficiencias anteriores. La apuesta se orienta, ahora, hacia un nuevo despliegue del juego entre la autonomía privada y pública que permita evitar estas dificultades, lo que se trata de alcanzar mediante el desarrollo de las libertades políticas.

Sin embargo, esta propuesta no está libre de inconvenientes y no debe olvidar problemas que ya se detectaron hace muchos años y que hoy parece que se han agravado. Los juicios de Ayala sobre la ineficacia real de las libertades subjetivas de acción, dirigidas a crear «una independencia económica del individuo como base de su libertad»⁴², le llevan a afirmar que «para la gran masa de la población carecen de significado en tales condiciones las citadas libertades individuales»⁴³. Pero también sus reflexiones sobre los derechos relativos a la libre formación de la opinión pública, esto es, las libertades de pensamiento, discurso y prensa, muy similares al derecho de comunicación de que habla Habermas y a la libre discusión que defendía Kelsen⁴⁴, ponen de manifiesto que una cosa es la defensa formal

³⁹ HABERMAS, J.: *Facticidad...*, op. cit., p. 60.

⁴⁰ HABERMAS, J.: *La inclusión...*, op. cit., p. 256.

⁴¹ HABERMAS, J.: *Facticidad...*, op. cit., p. 634.

⁴² AYALA, F.: «Los derechos individuales como garantía de la libertad», *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, núm. 36, 2002 (1935), p. 336.

⁴³ AYALA, F.: *Los derechos...*, art. cit., p. 337.

⁴⁴ H. Kelsen decía que en «una democracia la voluntad de la comunidad es siempre creada a través de una discusión entre mayoría y minoría y de la libre consideración de los argumentos en pro

del discurso, diálogo, razonamiento, sopesamiento de los mejores argumentos, contraste entre opiniones, que son los principios sobre los que se articulan esos derechos, y otra cosa es la realidad donde lo que predominan son «los medios basados en la técnica de la sugestión (...), los métodos de propaganda política (...similares a), la propaganda comercial (...) Frente al cartel y el cine, frente a la radio que llega a todas partes, ¿qué puede hacer, se preguntará Ayala, el discurso pronunciado, en uso de la libertad constitucional, ante unos centenares de personas que se reúnen voluntariamente»⁴⁵.

Este juicio recoge desde presupuestos distintos las críticas que años antes había expresado Schmitt respecto de la defensa por parte del pensamiento liberal de la discusión y argumentación libres, puesto que lo que realmente sucede en ese pensamiento es que «dominio y poder se convierten en propaganda y manipulación de masas, por lo que se refiere al aspecto espiritual, y en control por lo que se refiere al aspecto económico»⁴⁶. Pero también adelanta ideas que se plasman en discursos actuales como el de Sloterdijk, para quien la «época del humanismo nacional burgués ha llegado a su fin (...) porque ya no se puede sostener por más tiempo la ilusión de que las macroestructuras políticas y económicas se podrían organizar de acuerdo con el modelo amable de las sociedades literarias»⁴⁷. Este mismo autor adjetiva las actuales democracias liberales como «de masas», pero masas de solitarios, aislados unos de otros —«the lonely crowd»—. Son masas despolitizadas, sin conciencia política, masas que han perdido su capacidad de entrar en contacto físico para expresarse sólo y exclusivamente por medio de su «participación en programas relacionados con medios de comunicación masivos», aunque como «individuos desgarrados del cuerpo colectivo y cercados por los campos de fuerza de los medios de comunicación», por lo que «sólo se perciben a sí mismas a través de símbolos mediáticos de masas, discursos, modas, programas y personalidades famosas»⁴⁸.

y en contra de una regulación determinada. Tal discusión no solamente tiene lugar en el parlamento, sino también, y sobre todo, en reuniones políticas, periódicos, libros y otros vehículos de la opinión pública. Una democracia sin opinión pública es una contradicción en los términos», *vid. Teoría General...*, *op. cit.*, p. 341.

⁴⁵ AYALA, F.: *Los derechos...*, art. cit., p. 339.

⁴⁶ SCHMITT, C.: *El concepto de lo político*, trad. R. Agapito, Alianza, Madrid, 1987 (1932), p. 100.

⁴⁷ SLOTERDIJK, P.: *Normas para el parque humano*, trad. T. Rocha Barco, Ediciones Siruela, Madrid, 2000 (1999), pp. 27 y ss.

⁴⁸ SLOTERDIJK, P.: *El desprecio de las masas. Ensayo sobre las luchas culturales de la sociedad moderna*, Pre-Textos, Valencia, 2002 (2000), pp. 16 y ss.



Además haría falta preguntarse si tiene sentido apostar a favor de un desarrollo de la autonomía política de los ciudadanos, puesto que como advierte Rawls son tales «las dimensiones de un estado moderno, [que] el ejercicio de las libertades políticas está condenado a desempeñar un papel menor que el de otras libertades básicas en la concepción del bien de la mayoría de los ciudadanos»⁴⁹. Además habría que añadir que el marco estatal en el que se define la autonomía política, parece insuficiente en un momento en el que la actividad política y, por tanto, la formación de la opinión pública, ha dejado de estar enmarcada dentro de los confines del Estado para convertirse en una opinión pública de carácter planetario. Esto muestra que la apuesta de Habermas a favor del aseguramiento de la «autonomía privada de los ciudadanos iguales en derechos» activando «al mismo tiempo compás su autonomía ciudadana»⁵⁰, puede ponerse en entredicho⁵¹: «aquello que se presenta como una reflexión política es, en realidad, ha dicho Sloterdijk, una declaración de principios sobre las normas para la gestión empresarial de parques humanos»⁵². Si admitiéramos a pesar de todo lo expuesto que la propuesta de Habermas sería la solución, entonces habríamos de preguntarnos cómo activar en esa situación “su autonomía ciudadana”, pues en las actuales circunstancias no parece que sea fácil ni avivarla ni tampoco lograr que pueda asegurarse la primera, la autonomía privada.

En mi opinión me parece que esto sería posible si nos adentráramos en el problema del poder, lo que podríamos hacer desde dos perspectivas. La primera se refiere al ejercicio del poder por parte de las élites en una sociedad determinada y a los mecanismos de legitimación a los que podrían acudir a fin de lograr el asentimiento de quienes han de obedecer sus actos⁵³. Sin embargo, no es ésta la perspectiva que adoptaré ahora, ya que mi intención es la de seguir la otra, la que se refiere a la propia ciudadanía. La razón para hacerlo es que a pesar de lo que

⁴⁹ RAWLS, J.: *El liberalismo...*, op. cit., p. 368.

⁵⁰ HABERMAS, J.: *La inclusión...*, op. cit., p. 258.

⁵¹ Sobre el debate entre J. Rawls y J. Habermas en torno a la autonomía política puede verse *Debate sobre el liberalismo político*, op. cit., passim.

⁵² SLOTERDIJK, P.: *Normas...*, op. cit., p. 75.

⁵³ Este problema remitiría a la cuestión de la aceptación. Sobre ella puede verse HART, H. L. A.: *El concepto de derecho*, trad. G. R. Carrió, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1963 (1961), p. 72, y OAKESHOTT, M.: *El Estado europeo moderno*, trad. M. Candel Sanmartín, Paidós, Barcelona, 2001 (1975), pp. 180 y ss.

a veces pensamos, la ciudadanía ejerce cierto poder en las sociedades democráticas. No es que su poder sea inmenso, más bien es mínimo, pero es poder y no creo que pudiéramos considerarlo despreciable. Gramsci detectó la importancia del voto en los regímenes parlamentarios en los que un hombre «cualquiera» posee una fracción de poder «infinitésima», pero fracción de poder, «para decidir el curso de la vida estatal»⁵⁴. De ahí que la ciudadanía no debiera hacer dejación del mismo. En este sentido puede resultar de ayuda la defensa por parte de Dworkin de lo que ha llamado una «actitud protestante que hace que cada ciudadano sea responsable de imaginarse cuáles son los compromisos públicos de su sociedad en relación con los principios, y qué es lo que tales compromisos requieren en circunstancias nuevas»⁵⁵.

No es fácil asumir que tal actitud venga a resolver los problemas de nuestro tiempo, aunque no parece que podamos disponer de mucho más. Lo único cierto es que la misma nos sitúa en una posición en la que el ciudadano podría participar en la reconstrucción de cuáles sean los compromisos de principio de su sociedad. Cada ciudadano habría de preocuparse de conocer en qué medida su sociedad se encuentra comprometida con los derechos humanos y en qué sentido está construido ese compromiso, de manera que no se limite a recibir lo que se le dice, sino que lo reconstruya de manera creativa. En resumen, mi propuesta se parece demasiado al modelo de las sociedades literarias para las que en nuestra época queda poco espacio. De ahí que quepa caracterizarla de excesivamente voluntarista. No obstante, esto no quiere decir que tengamos que apoyarnos en razones de mera bondad o espíritu democrático, sino más bien en las exigencias de legitimación que tiene el poder que unos ejercen sobre otros. Indudablemente, esto no impide que podamos acabar en una situación en la que unos manipulen a otros, esa posibilidad está siempre presente, a veces excesivamente presente, ni tampoco evita que nos acerquemos a situaciones en las que por la proliferación de convicciones muy diversas parece que estuviéramos más cerca de la indeterminación y el escepticismo, esto es, del todo vale, que de una

⁵⁴ GRAMSCI, A.: *La política y el Estado moderno*, trad. J. Solé-Tura, Edicions 62, Barcelona, 1971 (1949), p. 151.

⁵⁵ DWORKIN, R.: *Law's Empire*, Harvard University Press, Cambridge, 1986, p. 413. Vid., asimismo, *id.*, «Objectivity and Truth: You'd Better Believe It», *Philosophy and Public Affairs* 25, núm. 2 (Spring, 1996).



situación en la que pudiéramos hacer valer la razón, pero también el sentimiento, aunque sólo fuera en los claros de la incertidumbre. Esos riesgos difícilmente podremos alejarlos, quizá sólo ser conscientes de los primeros y precavernos de los segundos, los propios del politeísmo al «interiorizar y tolerar –como dice Rorty– la oposición»⁵⁶.



⁵⁶ RORTY, R.: *Achieving Our Country*, Harvard University Press, Cambridge, 1998, p. 117