

PARA UNA TEORIA «JURIDICA» DE LOS DERECHOS HUMANOS

Por ANDRES OLLERO

Ningún derecho sin fundamento. Sin libertades formales no cabe convivencia «humana». Un derecho no es una pretensión arbitraria tolerada. El Derecho como actividad humanizadora. La ley como vía de ajustamiento. Positivación constitucional de los derechos humanos. El «contenido esencial» a respetar. Para un uso no «alternativo» de los derechos humanos. ¿«Obligar a ser humanos»? Coraje cívico como utopía.

El balance de la discusión «filosófica» de los derechos humanos¹ da idea de las dificultades que entraña la elaboración de una teoría «jurídica» de los derechos humanos. Un positivismo o empirismo estricto llevaría a un pasivo *ignoramus*. El refugio en supuestos consensos históricamente consumados resulta desmentido por la génesis de la Declaración Universal y por la anómala bifurcación de los Pactos. No se cuenta con un consenso real que elimine las discrepancias, sino con una equivocidad de lenguaje capaz de encubrirlas.

Esta situación no debe desanimar de la búsqueda de un planteamiento de los «derechos» humanos como realidad propiamente «jurídica»; una teoría que no se limite a considerarlos una sustancia «moral» embrionaria o una mentira jurídica piadosa. Intentaremos, pues, sugerir algunos elementos que permitirían acercarse a una concepción capaz de cumplir tales requisitos.

¹ Al respecto nuestro estudio «Cómo tomarse los derechos humanos con filosofía», *Revista de Estudios Políticos*, 1983 (33), págs. 101-122.

1. Ningún derecho sin fundamento

Todo «derecho», con su capacidad de incidir coactivamente en el ámbito de la libertad individual, exige un fundamento de legitimación, si quiere diferenciarse de la mera imposición fáctica de la fuerza. En el caso de los «derechos» humanos esta necesidad es aún más imperiosa, al presentarse como elementos prelegales (y preestatales) capaces de condicionar el uso de esa fuerza, sin contar, por otra parte, con respaldo de mayor eficacia. Resulta contradictorio proponer como solución «práctica» la marginación del problema de cuál sea su «fundamento».

Los derechos humanos reposan sobre un fundamento rotundamente objetivo. El derecho sólo puede legitimarse en la medida en que defienda el contenido esencial de lo «humano», plasmado en el imperativo kantiano de que el hombre no debe ser nunca instrumentalizado como simple medio al servicio de otros objetivos. Esta sería la exigencia básica de una realidad objetiva: la dignidad del hombre, que lo diferencia y eleva sobre su contorno.

Este planteamiento desmiente que democracia y *relativismo* (en su sentido fuerte, ontológico) sean inseparables. Si la *democracia* es incuestionable es precisamente porque su fundamento no es relativo. Si se tratara de un simple método para ayudar al hombre a actuar políticamente sin ser víctima de la perplejidad, sería obviamente discutible; pero se ofrece como un modo de gobierno capaz de diseñar una «autoobediencia» —de evitar la instrumentalización heterónoma del ciudadano, y esto le proporciona un *fundamento objetivo*.

2. Sin libertades formales no cabe convivencia «humana»

Las justas críticas a una dimensión meramente formal de los derechos humanos, reducidos a posibilidades de problemático cumplimiento, no pueden justificar su abandono. Desde las filas del socialismo militante, en el ámbito occidental, se ha llegado a decir que una dictadura socialista no es sino un cambio de patrono, que la democracia directa puede ser un correctivo de la indirecta, pero no puede sustituirla, y que el Estado representativo no es el alfa y el omega, pero sí es mejor que lo anterior y lo posterior conocido². También entre nosotros los que lucharon —asumiendo los

² N. Bobbio, «Democracia representativa y teoría marxista del Estado», *Sistema*, 1977 (6), págs. 24, 28 y 29.

riesgos— por la implantación de un Estado de derecho se han visto luego obligados a reemprender la defensa de «las mal denominadas libertades 'formales'», como «conquista histórica progresiva e irreversible»³. La conclusión es que «sin libertad no hay nada: ni igualdad, ni justicia, ni auténtica paz», hasta el punto de que el posible círculo vicioso, que nos reenvía de una democracia política vacía a una democracia económico-social implantada por la fuerza, exige una ruptura «que debe partir y sustentarse siempre en la afirmación básica de la hegemonía de la libertad»⁴.

Las libertades aparecen, pues, como punto de partida inexcusable de un planteamiento jurídico respetuoso con lo humano, aunque lo específico de la tarea jurídica consista precisamente en arbitrar fórmulas que las hagan reales y efectivas, eliminando los obstáculos que se le opongan.

3. *Un derecho no es una pretensión arbitraria tolerada*

Desde una perspectiva normativista los derechos humanos no son propiamente «jurídicos»; serían más bien expresión de exigencias «morales» o vehículo para la propuesta de pretensiones arbitrarias. Sólo su inclusión en una norma (ese Rey Midas del mundo jurídico) los convertiría en auténticos «derechos». Como consecuencia, se entienden por tales, meras pretensiones arbitrarias (al menos, si son algo más resulta irrelevante) toleradas o propiciadas por la norma.

Cuando se piensa, por el contrario, que la norma es un medio para expresar el derecho y garantizar su efectividad, el panorama cambia. *No toda aspiración*, por razonable que sea, *es un «derecho»*, sino sólo aquella que tiene en cuenta el imprescindible «ajustamiento» con las aspiraciones ajenas en la convivencia social. Cuando afirmo que tengo «derecho» a algo —aún antes de saber si existe una norma que me lo reconoce, y de tener la certeza de que un juez va a hacer efectiva su garantía— expreso implícitamente el «juicio» de que esa aspiración personal viene exigida por un despliegue legítimo de mi libertad, una vez asumido el no menos legítimo condicionamiento que la convivencia social implica. Un Robinson solitario no tiene

³ E. Díaz, *El Estado democrático de derecho y sus críticos izquierdistas*, no duda en buscar para ello apoyo en Marx, «a pesar de la 'letra' de muchos de sus textos», ahondando en la relación entre «república democrática» y «dictadura del proletariado», en: *Legalidad-legitimidad en el socialismo democrático*, Madrid, 1978, págs. 150, 151, 155 y 173.

⁴ E. Díaz, *Socialismo democrático y derechos humanos*, en: *Legalidad-legitimidad...* (nota 3), págs. 134 y 140.

«derecho» alguno, pero tampoco puede concebirse como «derecho» una patente concedida por el Estado para poder hacer caso omiso de la existencia de los otros. Como veremos, el derecho es siempre expresión de *coexistencia* y no garantía de un aislamiento individualista.

El problema es que cada cual puede emitir sus propios «juicios» sobre ese problemático y obligado «ajustamiento» de relaciones sociales en que el derecho consiste. Permaneceríamos en una dimensión prejurídica si abandonásemos al libre examen de la «justicia privada» la delimitación de los derechos de cada cual y la garantía de su efectividad, que quedaría sólo a disposición del más fuerte. Para evitar que el ajustamiento degenerare en mero «ajuste» de cuentas surge la dimensión normativa del derecho, que facilita una *delimitación* imparcial y heterónoma de los derechos de cada cual, una *previsión* de la conducta viable propia y ajena, y un *control* de los encargados de hacer efectivo tal ajustamiento. Aunque esto resulte prácticamente primordial, no podemos olvidar la primacía del juicio que intenta captar el ajustamiento humano de las relaciones sociales; de lo contrario nos condenaríamos a dar paso a planteamientos inhumanos de los «derechos».

Es bien conocida la raíz individualista de la teoría de los derechos subjetivos en los albores de la modernidad. Ockham considera que el derecho (*ius*) es un dictamen de la recta razón, mientras que los derechos (*iura*) serían potestades, que nos remiten a la voluntad; el derecho parece remitirnos a algo susceptible de ser conocido, mientras que los derechos nos anuncian que algo es querido. Nos encontramos de lleno ante campos de arbitrariedad tolerados; no tiene nada de extraño que la propiedad se convierta en resumen de todos los derechos, y que no encierre dimensión alguna de utilidad social o «bien común»⁵. Es simplemente un coto de aprovechamiento exclusivo. La bifurcación posterior entre los que consideren que tales cotos originarios han de ser respetados salvo poderosa razón en contrario, y los que piensan que sólo el Estado es propietario de todos los cotos imaginables, aunque pueda delegarlos por concesión administrativa, nos parece menos relevante. Unos y otros entienden los derechos como espacios, más o menos amplios, de arbitrariedad.

El planteamiento liberal de los derechos es fiel a este origen. «Los derechos se conciben típicamente como poseídos por, o propiedad de», como «una especie de propiedad moral de los individuos» en cuanto tales⁶. Esta

⁵ Interesante, al respecto, el estudio de G. Lagarde, *La naissance de l'esprit laïque au déclin du Moyen Age, VI. Ockham: la morale et le droit*, París, 1946, págs. 165, 178 y 182.

⁶ Así lo reconoce H. L. A. Hart, «¿Existen derechos naturales», en: *Filosofía*

visión de los derechos, que excluye toda auténtica *coexistencia*, desintegra el intento de «ajustamiento» que sirve de núcleo a cualquier realidad jurídica. Pone en marcha una tarea muy distinta: lograr una *coincidencia* sin conflicto entre individuos autopropietarios ilimitados en su acción.

Es ilustrativa al respecto la receta política que se opone hoy como alternativa al intervencionismo de las fórmulas neoutilitaristas. El individualismo posesivo se agudiza; las pretensiones del individuo no se consideran negociables y se postula la sustitución del Estado por una gigantesca agencia de servicios. El resultado será una anarquía opresiva⁷. Se busca la legitimación de una arbitrariedad individual que no es propiamente «política»⁸, ya que elimina todo punto de referencia común capaz de limitarla. Pero no deja de ser significativo que, al criticar similares propuestas, se nos recuerde que para proteger las libertades se necesitan derechos que les sirvan de «escudo» frente a los otros⁹. No parece fácil superar, por uno u otro lado, la desintegración de lo jurídico si no se renuncia al individualismo que la provocó.

Fruto de esta desintegración, que desajusta lo jurídico, es una doble propuesta, paralela por responder a una raíz común.

Por una parte, ante la evidente falta de dimensión «social» de los derechos individualistas, se pretende reducir a unos pocos cotos de acción la posibilidad de esa defensa a ultranza, libre de todo condicionamiento. Se trataría de poner a determinados derechos a salvo de una posible «dictadura de la mayoría», revisando los mecanismos democráticos.

No es sino la respuesta política a un progresivo intervencionismo, que apela a la necesaria revisión del mercado económico integrando en sus cálculos determinadas «externalidades»: los costos sociales; el juego de oferta y demanda resultaría trucado, por ejemplo, si ignoran la repercusión de la actividad productiva sobre el medio ambiente. Con planteamientos similares, aunque con intención diversa, se intenta también replantear el cálculo de la mayoría democrática, evitando su presunta desvirtuación. Sólo los afectados por una medida deben decidir sobre ella, haciendo pesar sus expectativas «personales»; los no afectados han de abstenerse de pre-

Política (ed. por A. Quinton), México, 1974, pág. 94, a cuya concepción exclusiva y excluyente de los derechos es preciso remitir.

⁷ Cfr. el comentario de «Anarchy State and Utopie» (New York-Oxford, 1974), de R. Nozick, que realiza R. Bodei, «Problemi d'un individualismo sostanziale» *Il Mulino*, 1982 (279), págs. 126-129.

⁸ Al respecto N. Matteucci, «Un-utopia senza politica, *Il Mulino*, 1982 (279), páginas 133 y 136.

⁹ H. L. A. Hart, «Entre el principio de utilidad y los derechos humanos», *Revista Facultad Derecho Universidad Complutense*, 1980 (58), pág. 27.

tender imponer *expectativas externas*, ya que esto llevaría en la práctica a una distorsión del cómputo democrático¹⁰. Este sofisticado planteamiento de la popular expresión «nadie debe imponer a otro sus propias convicciones» refleja una falta de sensibilidad sobre la dimensión «social» de todo derecho. A la hora de programar las órbitas individualistas, para hacer posible su tráfico fluido —coincidencia sin coexistencia— poco tiene que decir quien no pilote un vehículo. Lo «social» como campo de todos (que a todos afecta) desaparece; sólo quedan arbitrios individualistas con pretensiones de aprovechamiento exclusivo de un espacio escaso. El permisivismo aparece como un intento de liberarse del condicionamiento de un buen grupo de ciudadanos (la presunta «mayoría» dictadora), facilitando así a una minoría su difícil pretensión de verse libre de todos.

Fenómeno paradójicamente paralelo es el de los que intentan neutralizar en su raíz la dimensión individualista de los derechos, y esperan conseguirlo eliminando uno de ellos. Una vez más, no se trata de «ajustar» en cada aspiración humana el juego de la legítima libertad individual y el necesario condicionamiento social, sino de acabar radicalmente con todo riesgo de individualismo, procediendo a *desfundamentalizar* el foco de corrupción: la propiedad privada¹¹. Si en el planteamiento anterior determinados «derechos» excluirían —para seguir siendo tales— todo condicionamiento *social*, ahora en determinadas dimensiones del actuar humano se pretende prescindir de toda referencia *individual*, por considerarla incompatible con lo jurídico. Libertad e igualdad campan alternativamente sin freno, ajenas en ambos casos a la entraña ajustadora de la *coexistencia* jurídica.

Todo derecho es libertad «ajustada» por una dimensión social. De ahí el error de pensar en auténticos derechos ajenos a todo condicionamiento, que sólo excepcionalmente sufrirían, *a posteriori*, algunas limitaciones derivadas de las «justas (!) exigencias de la moral del orden público y del bienestar general en una sociedad democrática». El poco afortunado artículo 29, 2 de la Declaración Universal sugiere así una doble consecuencia sor-

¹⁰ Estos planteamientos de Dworkin no han dejado de encontrar respuesta. Aparte del artículo de H. L. A. Hart, recién citado, pueden verse los de G. R. Carrió, «Le opinioni del Prof. Dworkin sul positivismo giuridico», y G. Rebuffa, «Costituzionalismo e giusnaturalismo: Ronald Dworkin e la riformulazione del diritto naturale», incluidos en *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 1980 (X/1), págs. 143 y siguientes, y 209 y sigs.

¹¹ Esta es la «estrategia» propuesta por G. Peces-Barba, complementada —¿con alcance sustitutivo?— por un reforzamiento de los derechos económicos, sociales y culturales, «Socialismo y Estado de Derecho», en: *Socialismo es libertad. Escuela de Verano del PSOE*, 1976, Madrid, 1976, págs. 124 y 125.

pendente: una pretensión es jurídica «antes» aún de sumir tal condicionamiento; lo que, por otra parte, condicionaría a todo «derecho» serían realidades presuntamente no jurídicas (moral, política), sin justificación alguna. Parece que acaba ignorándose que *no hay derechos sin deberes*, porque el derecho no es nunca mera afirmación de la existencia propia, sino también asunción (mutuamente condicionante y potenciadora) de la existencia ajena. Esto excluye tanto el propósito funcionalista de programar una artificial complementariedad de expectativas como la reducción benthamiana de los derechos a mero reverso de los deberes (auténtica realidad jurídica).

El derecho, como vehículo de la coexistencia de la que sólo el hombre es capaz, implica una simetría en la que el dualismo pretensión-necesidad se ve ajustado, dando paso al juego derecho-obligación. Gracias a esto se supera una relación vertical de sumisión por la fuerza y se da paso a otra de comunicación horizontal o de «paridad ontológica»; los derechos sin deberes encierran una expulsión del «otro», y los deberes sin derechos una aplastante dominación del todo estatal¹². La comunicación humana excluye una proyección ilimitada del individuo, que lo haría inhumano, y exige una dimensión de «mutua acogida», que supere una burda yuxtaposición para abrir a la «coexistencia»¹³. El esfuerzo prudencial por ajustar y reajustar ese ámbito de comunicación auténticamente «humana» es el contenido de toda actividad propiamente «jurídica».

4. *El derecho como actividad humanizadora*

La consecuencia de este planteamiento es que desaparece toda fractura entre los «derechos» humanos y el resto del «derecho». Cuando —queriendo librar al normativismo de contaminaciones éticas— se plantea una dimensión fundamentalmente represiva de lo jurídico, los *derechos humanos* no parecen tener mucho de «derecho». Serían más bien una benévola admonición moral prejurídica, como —más tarde— la *equidad* sería una benévola admonición moral postjurídica¹⁴. Ni unos ni otra serían realidad jurídica en sentido estricto. Desde esta perspectiva, sin embargo, toda activi-

¹² S. Cotta, «Attualità e ambiguità dei diritti fondamentali», en: *Diritti fondamentali dell'uomo*, Milano, 1977, pág. 22.

¹³ S. Cotta, «La coesistenza come fondamento ontologico del diritto», *Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto*, 1981 (LVIII/2), págs. 264-265.

¹⁴ A ambos aspectos hemos tenido ocasión de aludir en trabajos recogidos en: *Interpretación del Derecho y positivismo legalista*, Madrid, 1982, págs. 141 y sigs., y 226 y siguientes.

dad jurídica es un esfuerzo de ajustamiento de libertad e igualdad; los «derechos» humanos son su comienzo, destinado a plasmarse en unas «normas», de las que continuarán siendo «principios» animadores. La equidad, por su parte, marca la etapa final de concretización de dichas normas, animada siempre por tales principios.

La dimensión represiva del derecho desarticula la mutua implicación derecho-deber. Tener un derecho no supone asumir deber alguno, sino más bien estar facultado para imponerlo al otro; no expresa una libertad coexistencialmente ajustada sino exclusiva y excluyente. Cuando se abandona la actitud individualista, el cambio es sólo aparente: tenemos derecho a hacer lo que nos parezca en aquellos campos residuales (amplios o no) que han quedado libres de deberes impuestos por el Estado. En ambos casos *tener un derecho es poder verse libre* de los otros, y no *poder usar* de la libertad para ser más humanos.

Es fácil entender que esta visión del «derecho» —para la cual lo «humano» no es admonición previa, sino constitutivo esencial— encierra una permanente dimensión ética. Sólo movidos (consciente o inconscientemente) por una determinada concepción del hombre podemos llevar a cabo cualquier actividad «jurídica»: exigir un derecho, proyectar una ley, mantenerla en vida mediante la interpretación... Todo actor jurídico (lo sepa o no) se convierte en realizador práctico de un determinado modelo de lo «humano»¹⁵. La actividad jurídica engendra una filosofía práctica, o si se prefiere una *antropología práctica*. Tanto la antropología individualista como la colectivista degeneran en una dimensión represiva del Derecho, de consecuencias inhumanas. Sólo un planteamiento del «derecho» (y de los «derechos») que persiga ajustar en cada circunstancia una libertad solidaria, puede tener frutos «humanos».

Es obvio, como veremos, que el discernimiento de los perfiles antropoló-

¹⁵ También sobre ello recaerá la polémica Hart-Dworkin. Este preconiza —a nuestro entender, con acierto— lo que denomina una actividad «hérculea» del juez, consistente en la difícil, pero posible, emisión de unos juicios morales verdaderos. Hart se preguntará si los principios en que tales juicios se basan son derecho *proprio vigore*, o se limitan a estar incidentalmente presentes. Personalmente me resulta imposible imaginar derecho alguno, *proprio vigore*, sin unos principios con pretensión de verdad. La vieja querrela positivismo-iusnaturalismo descubre así su auténtico trasfondo: no si el derecho puede aislarse de la ética, sino si la ética —siempre presente en el derecho— tiene o no consistencia objetiva. Cfr. al respecto H. L. A. Hart, «El nuevo desafío al positivismo jurídico», *Sistema*, 1980 (36), págs. 13-14 y 17. Hart se mueve en una ambigua tierra de nadie entre el no cognotivismo kelseniano y las propuestas de una ética objetiva; Dworkin basa sus juicios morales «verdaderos» en una ética para no pocos «falsa».

gicos que han de animar el derecho, y el análisis de los medios más congruentes para llevarlos a la práctica, resultará siempre problemático: tan problemático como toda actividad jurídica, porque ésta consiste precisamente en eso. En cualquier caso, esa cuestionabilidad radical de lo jurídico no hace sino exigir un desempeño consciente de todo lo relacionado con su realización práctica, y no el abandono a una inconsciencia mecánica, que no la haría menos ética sino sólo más difícilmente humana.

Los «derechos» humanos son, por tanto, tan «jurídicos» como los «derechos» subjetivos respaldados por un texto legal. La crítica de éstos planteada por el «realismo» escandinavo resulta de interés. Rechaza que los derechos subjetivos sean «realmente» derecho y los derechos humanos meras expresiones de deseos o intereses; «ni aún los así llamados derechos positivos son reales», sino que «ambas clases de derechos son poderes imaginarios», diferenciándose sólo en que los segundos logran «una seguridad y un poder efectivos como secuela del funcionamiento normal de la maquinaria legal»¹⁶. Desde luego, si se pretende atribuir a los «derechos» subjetivos más «realidad» que la de mera onda expansiva de la máquina legal, si es otra cosa lo que los hace realmente «jurídicos», desaparece su presunta frontera (¿«moral»-derecho?) con los derechos humanos; más bien, tendrían una realidad común, difiriendo sólo en su posible aprovechamiento de la inercia legal.

5. *La ley como vía de ajustamiento*

El derecho no es un mero ideal o proyecto antropológico, ni una aplicación técnica de ideales o proyectos prejurídicos. Ambos planteamientos, aparentemente contrarios, responden a idéntica relación teoría-*praxis*; sólo cambia en cuál de ambos planos (siempre descoyuntados) se emplaza al derecho. La actividad jurídica, por el contrario, supone un empeño por alumbrar una antropología que se va haciendo —teóricamente— más nítida en la medida en que se hace —prácticamente— más real.

De poco sirve declarar retóricamente la legitimidad de unas posibilidades de acción, si no llega a «regularse el ejercicio de tales derechos y libertades»¹⁷. Es lógico que en esta tarea entre en juego una «reserva de ley»,

¹⁶ K. Olivecrona, *El Derecho como hecho. La estructura del ordenamiento jurídico* (versión castellana de L. López Guerra), Barcelona, 1980, pág. 92.

¹⁷ Artículo 53,1 de la Constitución española. Son interesantes los problemas que surgen de no existir tal regulación. Persistiendo esta situación, ¿se entiende en vigor tal libertad, al no existir prohibición legal, o se considera inefectiva hasta que no sea regulada?

que atribuya a este modo de operatividad jurídica el monopolio de tan delicado manejo, exigiendo incluso el refrendo de mayorías cualificadas (leyes «orgánicas»). Desde una perspectiva individualista la razón es clara: siendo los derechos, en principio, ilimitados, sólo la máxima expresión de la soberanía popular estará legitimada para recortarlos y no, por ejemplo, un simple funcionario o una autoridad política. Desde una perspectiva colectivista, por el contrario, no habrá efectivamente derecho alguno hasta que conceda su reconocimiento ese órgano soberano.

Pienso que en ambos casos no se expresa adecuadamente la *relación ley-derechos humanos*. En el primero, porque se entiende que *sólo con la ley* comienza el sujeto a experimentar una *limitación* en sus pretensiones. Ya vimos, por el contrario, que todo «derecho» supone por definición una aspiración «ajustada», lo que implica asumir ya una dimensión «social» atemperadora del individualismo. Si la ley entra en juego, no es para establecer *ex novo* tal limitación sino para —superando la «justicia privada»— mediar entre diversas propuestas de ajustamiento, previsiblemente conflictivas. El segundo error de la postura individualista sería entender que la intervención de la *ley* tiene una *dimensión sólo y fundamentalmente limitativa*. Indudablemente, toda regulación del ejercicio de un derecho, en la medida en que *precisa más nítidamente su campo de juego*, resultará limitadora de la imprecisa ambigüedad en que las aspiraciones individuales se movían, faltas de un punto de referencia heterónimo; pero, a la vez, esos perfiles limitativos resultan potenciadores y aseguradores de dichas aspiraciones, al marcar un campo de expectativas con menos posibilidad de resultar prácticamente defraudadas que las fundadas meramente en el personal «juicio» ajustador. Al entrar en juego la *ley*, lo que puedan perder los derechos en vaga amplitud lo ganan en *efectividad real*; mecanismo éste que se repetirá de nuevo en la etapa judicial del proceso de positivación jurídica.

La perspectiva colectivista, por su parte, considerando acertadamente que una pretensión arbitraria ilimitada no es un derecho —pero entendiendo a la vez que *no surge un derecho hasta que no se produzca una delimitación de los deberes legales*— convierte a la *ley* en *concesora* (por vía negativa) de una *libertad* más reducida, pero no menos arbitraria.

La Constitución española opta de modo claro por la existencia de unos «derechos» con consistencia propia, prelegal. Precisamente, porque existe un contenido especialmente valioso se reserva a la ley su regulación, que en modo alguno puede entenderse como «constitutiva», ya que esta dimensión se ha cumplido ya previamente en la propia Constitución. Es más, en tal contenido se reconoce un *núcleo esencial* que resulta defendido de cualquier *dictadura de la mayoría* expresable incluso en los porcentajes mayori-

tarios exigidos por la legislación «orgánica»; esto resalta de modo contundente su prelegalidad. Ni que decir tiene que tal «contenido esencial» incluye ya la dimensión «social» ajustadora que todo derecho lleva consigo.

En caso, pues, de ausencia de ley reguladora del ejercicio de un derecho no cabe entender que sea viable una libertad ilimitada. La previsión del necesario ajustamiento sólo contará con el impreciso punto de referencia del propio texto constitucional (o de su desarrollo jurisprudencial); esto, como ya hemos visto, «amplía» el posible modelo ajustador de cada ciudadano, pero a la vez lo somete a una notable inseguridad, dada su posible falsación posterior. Esta situación —libertad legítima pero insegura— marca con claridad el papel de la ley como elemento no radicalmente constitutivo de los derechos pero prácticamente imprescindible para su ejercicio garantizado.

Esto —a la vez que realza el papel humanizador de la ley— marca también uno de los aspectos de la primera repercusión teórica del reconocimiento de unos derechos prelegales: la *insuficiencia del legalismo*. Por muy decisivo que sea el papel de la ley en el proceso de positivación del derecho, no puede llegar a identificarse derecho *proprio vigore* y texto legal. La misma ley remite a un contenido «jurídico» previo («constitucional», primero, y «esencial», más allá de él). Por otra parte, tampoco con la ley ha terminado el proceso de positivación, y esto nos marca un nuevo aspecto de la insuficiencia de dicha teoría. La ley no hace sino precisar más (limitativa y aseguradoramente) el campo de ajustamiento de la libertad individual, pero no llega a hacerlo de un modo acabado. Cuando surge un conflicto, la situación del ciudadano es distinta sólo en grado de la que experimenta en los casos de ausencia de regulación legal. El punto de referencia es en este caso más preciso y ello le ha permitido eliminar ambigüedad en sus expectativas, pero sin que desaparezca totalmente; prueba de ello es que el conflicto interpretativo existe. Sólo cuando la «cosa juzgada» ponga punto final al ajustamiento positivo de su libertad sabrá definitivamente a qué atenerse.

6. La positivación constitucional de los derechos humanos

Es fácil observar el cambio operado con esta constatación práctica de la insuficiencia teórica del legalismo. La ley no concede los derechos sino que los recoge de un orden de valores preestatal (constitucionalmente reconocido como tal). Los derechos no se conciben sólo como defensa frente a una Administración en continuo crecimiento sino que vinculan también al Legislativo, actuando como «derecho» directamente aplicable. El «derecho»

ha dejado de identificarse con la «ley», para aparecer como previo a ella¹⁸. De entender a los derechos en el ámbito de la ley se ha pasado a entender la ley en el ámbito de los derechos. Esto da coherencia a la remisión del artículo 10,2 de nuestra Constitución, que asume como criterios de interpretación determinadas declaraciones, acuerdos y tratados internacionales.

Esto lleva a una segunda consecuencia teórica derivada de la admisión de estos derechos prelegales: la *insuficiencia del normativismo*. Buena parte de la crítica al legalismo se ha venido realizando sin abandonar la idea de que la realidad jurídica es fundamentalmente «norma»; la tarea de Kelsen o Hart es significativa al respecto. Pero ni uno ni otro —como hemos visto— llegan a reconocer a los «derechos» un estatuto jurídico consistente, sino que los reducen a subproductos normativos. Reconocer la «juridicidad» radical de los derechos humanos exige abandonar un planteamiento de la dinámica jurídica referido en exclusiva a las «normas».

Si ya la doctrina alemana puso de relieve hace algunos decenios el juego mutuo «principio»-«norma»¹⁹, recientemente el tema ha rebrotado en la doctrina norteamericana, teniendo precisamente a Hart como principal blanco de crítica. Los juristas utilizarían «patrones» que no funcionarían como «normas» —aplicables «a la manera 'todo o nada'»— sino que suponen el recurso a otros criterios de decisión que han de ponderarse en razón de su «peso e importancia». Mientras que no se concibe un conflicto de «normas», la dosificación de estos «principios» o su jerarquización es siempre controvertible. Pensar que tales «principios» no son auténtico «derecho», por no ser obligatorios para los jueces, podría llevar a olvidar que tampoco las «normas» resultan más obligatorias, ya que son los «principios» los que llevarán al juez a fundamentar en unas u otras su decisión²⁰, o incluso —en casos límite— a marginar todas las disponibles provocando una laguna.

Una primera consecuencia de esta flexibilización del «normativismo» es el notable aumento del protagonismo del juez, reconocido ya por las críticas normativistas del «legalismo». La prioridad formal del Tribunal Constitucional —defensor e intérprete del orden de valores en que consistiría la Constitución «materialmente» entendida— sobre las iniciativas legislativas

¹⁸ De interés el planteamiento de O. Bachof, referido a la Ley Fundamental alemana de evidente influjo en nuestra Constitución. Su dictamen es neto: se ha producido un abandono del positivismo legalista, *Jueces y Constitución*, Madrid, 1963, págs. 28-29, 35 y 36.

¹⁹ Arquetípico al respecto, *Grundsatz und Norm in der richterlichen Fortbildung des Privatrechts*, de J. Esser, Tübingen, 1956.

²⁰ R. M. Dworkin, *¿Es el Derecho un sistema de reglas?* (trad. de J. Esquivel y J. Rebolledo), México, 1977, págs. 22, 24-26 y 41-42.

es un fenómeno paralelo —aunque de notoria expresividad— al protagonismo práctico del juez: a la hora de orientar la efectiva incidencia de la ley sobre el ciudadano, y a la hora de concretizar —por vía de «principio» y sin necesario intermedio de «norma» legal— la Constitución respecto a casos individualizados. Se trata de un fenómeno a la vez positivo y arriesgado²¹ que replantea la *carga ético-antropológica* de toda actividad jurídica.

En efecto, la distinción «principio»-«norma» ha surgido ahora como reacción al avance de una política intervencionista en la escena norteamericana. Desde un individualismo ya criticado, se distingue entre «principios» —que formularían exigencias de justicia, equidad u «otra dimensión de la moralidad»— y «políticas» —que marcarían metas económicas, políticas o sociales—. Nos propone rechazar el juego de las segundas, que —al introducir opciones propias del Ejecutivo en la esfera judicial —atentarían contra la división de poderes²². La distinción cobra así un inesperado sesgo, traducándose en una tensión «moral»-«política» de efectos jurídicamente desintegradores. Una «moral» individualista —concretada en unos reducidos derechos incondicionados no negociables— resiste frente a una «política» social —que no sería sino el resultado de la dimensión «económica, social y cultural» de los derechos— que pretende marginarse.

Creo que nuestra Constitución no permite suscribir estos planteamientos, y que se vería traicionada si se intentara marcar —desde estas premisas— una auténtica fosa entre los «derechos y libertades» y los «principios rectores de la política social y económica», exagerando el alcance de la distinta protección reflejada en el artículo 53.

Tanto unos como otros jugarán como *principios* animadores del dinamismo jurídico. La Constitución no consagra una determinada jerarquización entre ellos, capaz de programar de una vez por todas su debida ponderación. Será ante un tipo determinado de relaciones contemplado por un proyecto legislativo, o ante un conflicto concreto sometido al fallo del juez, donde tal jerarquía habrá de articularse componiendo —en ambos casos— la *política* más adecuada.

La diferencia constitucional entre ambos grupos de derechos —la distinción entre «derecho» y «principio» es poco afortunada— radica en que los «derechos y libertades» disponen en el texto de una mayor dimensión «normativa», mientras que los mal llamados «principios» la cobrarán «de acuerdo

²¹ Cfr. las reflexiones de A. Villani, en: *Legge e potere del giudice in una recente esperienza costituzionale*, Napoli, 1965, repitiendo fielmente el planteamiento de O. Bachof, en 1959 (nota 18).

²² Cfr. R. M. Dworkin (nota 20), págs. 18-19, y la crítica de G. Rebuffa (nota 10), página 224.

con lo que dispongan las leyes que los desarrollen». Ello se debe, sin duda, a su predominante carácter de derechos-prestación —cuya dimensión «normativa» plantea problemas peculiares respecto a los derechos-garantía— y no a que se estime subordinada su defensa o promoción. Esta ausencia de jerarquía previa es de especial interés cuando unos y otros hayan de ponderarse mutuamente al jugar como «principios».

La distinción entre *principios* y *normas* nos parece, nos parece, pues, clarificativa, porque marcar las limitaciones del normativismo como expresión del dinamismo jurídico. La distinción entre principios y *políticas* encierra, por el contrario, un intento interesado de defender un individualismo desintegrador de lo jurídico, aunque se oculte bajo planteamientos teórico-jurídicos.

El ajustamiento entre individuo y sociedad, libertad e igualdad, autonomía e intervención estatal, no puede resolverse con distinciones técnicas sino que remite a esa antropología práctica en que la actividad jurídica consiste. Sería desafortunado hacer reaparecer con excusas técnicas un alternativismo, mutuamente sustitutivo, entre «libertades» y prestaciones «económicas, sociales y culturales». Ni cabe entender éstas desde una óptica estatalista²³, ni considerar a las «libertades» como el freno extrínseco de un poder estatal arbitrario. Respetar los derechos supone, más bien, una autolimitación intrínseca del ejercicio del poder²⁴, que sin dejar de ser «político» se hace así radicalmente «jurídico».

7. El «contenido esencial» a respetar

Los derechos humanos no son cotos, preservados por el gendarme estatal de cualquier intromisión. Su mayor o menor dimensión «normativa» no tiene tal resultado, ya que las normas componen un ordenamiento jurídico articulado por los «principios» mutuamente ponderados. La afirmación de

²³ A. F. Utz apunta que la resistencia a fundar la Declaración Universal en la «naturaleza» humana no se debió sólo a escrúpulos antimetafísicos sino a que la fórmula sustitutiva —los seres humanos «nacen» libres e iguales— facilitaba su admisión desde posturas estatalistas, ya que ningún hombre nace fuera de un Estado, «Der unzerstörbare Kern der Naturrechtslehre», *Rechtstheorie*, 1980 (11/3), págs. 285-286.

²⁴ A. E. Pérez Luño plantea con acierto el respeto a los derechos fundamentales como una limitación que la soberanía popular impone a sus propios órganos, *Delimitación conceptual de los derechos humanos*, en: *Los derechos humanos. Significación, estatuto jurídico y sistema*, Sevilla, 1979, pág. 27.

que tal dosificación ha de respetar su «contenido esencial» no hace sino recordar una realidad ya expuesta: para que haya «derecho» humano las pretensiones individuales han de asumir un ajustamiento social. Precisamente, por eso, cabe ajustar todos los derechos imaginables sin que su «contenido esencial» deba quedar afectado. Los «derechos» son, por definición, libertades ajustadas y no campos de arbitrariedad mutuamente excluyentes.

La pretensión de que todo el ordenamiento jurídico reposa sobre el contenido esencial de unos derechos mutuamente ajustados puede mover a la sonrisa. En una época que no parece estar para muchas metafísicas, fundamentar toda la convivencia social sobre un planteamiento esencialista parece arriesgado. Lo que no resulta tan fácil es sustituir tal planteamiento sin renunciar a una fundamentación legitimadora del derecho. Si éste no quiere verse reducido a un mero uso fáctico de la fuerza, precisa una legitimación específica. Si, con una estoica resignación se constata que no cabe tal legitimación, los «derechos» humanos dejan de ser tales, y la posibilidad de que el «derecho» en general tenga resultados «humanos» se hace estadísticamente improbable.

Ante esta situación sólo cabe una *alternativa, utópica* sin duda. Intentar realizar prácticamente el modelo legitimador del derecho, desoyendo los sabios consejos de los que arguyen que nuestra sociedad no está ya en condiciones de permitirse tal lujo: admitir la existencia de unos fundamentos objetivos de la convivencia social, luchar porque sean críticamente asimilados por un ciudadano culto y preocupado de la cosa pública, y articular política y jurídicamente ese reflexivo «consenso».

Pensamos que este planteamiento puede parecer utópico por irrealizable, pero resulta también «utópico» en un doble aspecto positivo.

En primer lugar, porque una reflexión sobre el «contenido esencial» de los propios derechos estimula —en una sociedad programada para la inconsciencia— el surgimiento de auténticos «juicios» sobre el posible ajustamiento de las pretensiones personales, permitiendo que se conviertan auténticamente en «derechos». Este esfuerzo resultará fructíferamente «utópico», al favorecer una actitud crítica capaz de hacer superar al ciudadano el condicionamiento de los tópicos ideológicos vigentes. La búsqueda de ese contenido esencial puede y debe tener el efecto de una sacudida crítica, en una sociedad manipuladamente adormecida para hacerle ignorar la negación diaria de los valores que dice profesar y defender.

En segundo lugar, este esfuerzo por captar en las circunstancias prácticas, históricas y concretas, el «contenido esencial» de los derechos convierte a toda la actividad jurídica en una tarea positivamente «utópica»: al enca-

minarla a la búsqueda del *mejor derecho posible*²⁵. Esto supone marginar el estéril enfrentamiento iusnaturalismo-positivismo y luchar por positivar un derecho digno del hombre. El *derecho positivo* deja de ser un conjunto de «leyes», más o menos respetuosas con lo humano, o un conjunto de «normas», que contengan mejor o peor sus exigencias, para convertirse en una continua tarea de *positivación utópica* de un ajustamiento nunca definitivamente «puesto»; tarea que tiene su «principio» en el contenido esencial de los derechos y su final en la cosa juzgada.

Obviamente el papel del Tribunal Constitucional es decisivo en este proceso de positivación del «contenido esencial» de los derechos humanos: pero, si no encuentra el apoyo de una sociedad reflexiva y crítica, su labor cobrará forzosamente el tono voluntarista y decisionista que le atribuyen los partidarios de una visión no-cognotivista del derecho.

8. *Para un uso no «alternativo» de los derechos humanos*

La constatación de la insuficiencia del legalismo, e incluso la convicción de que es preciso superar una mitificación excesiva del normativismo, hacen patente la necesidad de vivificar la dinámica cotidiana del Derecho con la continua referencia a una realidad, objetiva e histórica a la vez, capaz de hacer «hablar» a los textos normativos. Pero esa doble consecuencia teórica de la admisión de uno «derechos» prelegales quedaría incompleta sin una tercera: la necesidad de un *replanteamiento del iusnaturalismo*.

El legalismo nos remite al texto, como depositario de un mensaje unívoco cuyo contenido valorativo, ya cerrado, habría que respetar. En realidad, las claves valorativas no están «en» el texto, sino que son aludidas por él. El «lector» de la ley, inevitable «intérprete» de ella, las trae —conscientemente o no— a colación, basándose en una presunta obviedad que puede disimular la falta de estricta «univocidad» del texto. Desde una aptitud no cognotivista, la constatación del fenómeno nos llevaría a un normativismo flexible, para el cual —como ocurre en Kelsen— el intérprete optaría «políticamente» entre varias posibilidades, respecto a las cuales no cabe jerarquía «científica» alguna. Lo propio del iusnaturalismo, por el contrario, es admitir una realidad jurídica, objetiva y cognoscible, salvando esa resignada condena a la arbitrariedad mitigada.

²⁵ Tal búsqueda no es sólo la clave del «derecho natural», sino también el principio animador de la llamada «ciencia jurídica», L. Lombardi-Vallauri, *Corso di filosofia del diritto*, Padova, 1981, págs. 179-180.

No es este núcleo fundamental del iusnaturalismo lo que nos parece necesitado de replanteo. Si, como hemos visto, toda actividad jurídica remite, lo sepa o no, a una antropología, y admitimos la objetividad de lo «humano» como única versión seria de los «derechos humanos», parece claro que es a ese contenido al que debe remitirse toda actividad jurídica. El replanteamiento afectaría a aquellas variantes del iusnaturalismo que olvidan que esta peculiar *tarea cognoscitiva* en que el Derecho consiste es *práctica, histórica y problemática*. En estos casos se da paso a un planteamiento «legalista» del derecho natural, que utiliza a la naturaleza humana como un «texto» legal «alternativo» al propuesto por la ley positiva y con capacidad de derogarlo, al menos en casos-límite. El «texto natural» sería susceptible de una lectura «científica», capaz de obtener de él la respuesta unívoca oportuna. La semejanza de este iusnaturalismo con el positivismo legalista ya criticado no es casual, ya que el segundo no había hecho sino «positivar» el primero.

Pensamos que la *lectura* de ese texto natural no es científica sino *filosófica*; no permite disponer de un objeto pasivamente dado, sino que obliga a buscar el ajustamiento real de una relación social. No se trata tampoco de una tarea científico-especulativa, destinada a su aplicación técnica posterior, sino de una búsqueda movida por una intención *práctica*, que va expresando esa realidad objetiva en una circunstancia *histórica* concreta. Ni que decir tiene que esta tarea de «razón práctica» es radicalmente problemática. Su punto de referencia, real y objetivo, no la hace exacta ni elimina la discrecionalidad, aunque sí permite que sea *prudencial* y no meramente arbitraria. El que quepa o no considerar tal labor como *política* dependerá de si por ésta se entiende —como sería obligado— un empeño prudencial o simple y llanamente poder arbitrario.

El juego de los derechos humanos como punto de referencia interpretativo del texto legal no implica una lectura de repuesto, susceptible de sustituir «alternativamente» la de la ley positiva. Se trata, por el contrario, de actualizar en la única «lectura» existente —la del «texto» y la de su «contexto» valorativo real— un esfuerzo de captación que supone una *filosofía práctica*. Como ya vimos, el papel de los derechos humanos no es oponer al derecho «positivo» otro derecho «mejor», sino esforzarse por dar vida en cada caso a la «mejor» solución jurídica de las «posibles».

De lo contrario, tal «uso alternativo del derecho natural» no tendría nada que envidiar —en lo que a respeto de los derechos humanos se refiere— a las teorías patentadoras de esta ya mítica expresión. Se convertiría en la vía para legitimar la irrupción dogmática de una determinada antropología (¿igualdad *versus* libertad, derechos económicos, sociales y culturales *versus* libertades formales?), atentando a lo que señalamos como raíz de todo plan-

teamiento «humano» del Derecho: el respeto a la dignidad humana, y a las formas indispensables —aunque insuficientes— para hacerlo real.

Cuando la «justicia» se ha obtenido, de una vez por todas, mediante una contemplación eidética, puede justificarse la tentación de poner en marcha la *metafísica aplicada* propia del iusnaturalismo por la vía rápida. Por el contrario, cuando «lo justo» se ha captado trabajosa y prudencialmente en una circunstancia concreta, resulta obligado respetar los cauces formales que preservan de un subjetivismo autoritario.

9. ¿«Obligar a ser humanos»?

La fundamentación iusnaturalista de los derechos humanos no puede entenderse, pues, como dueña de una evidencia que haga superflua una argumentación racional de sus contenidos. El hecho de ser objetivos y racionalmente cognoscibles los hace particularmente argumentables; curiosa verdad sería la que se muestre incapaz de dar «razones» de sí misma.

Los planteamientos legalistas —en la medida en que asumen una dimensión ética— tienden a convertirse en totalitarios. Rousseau —amparado en su «voluntad general» de misteriosa evidencia— no dudaba en proponer la posibilidad de «obligar a ser libres» a los ciudadanos. No menos paradójico resultaría un planteamiento de los derechos «humanos» que pretendiera «obligarles» a ser humanos. El iusnaturalismo no es compatible con actitudes prácticas en las que el fin justifique los medios, porque en ellas el hombre concreto se convierte inevitablemente en «medio» al servicio de un hombre abstracto erigido en «fin». Atropellar la dignidad del hombre apelando a su misma naturaleza es una contradicción inhumana; un «iusnaturalismo», de cualquier signo, que se erija antidemocráticamente²⁶ en «alternativa», es una amenaza real a los derechos humanos.

Para plasmar en las circunstancias concretas la exigencias de los derechos humanos —completando los esquemas formales sin «superarlos»— se precisa una argumentación racional. La remisión de unas *prerrogativas naturales* a fundamentaciones o *argumentos sobrenaturales* (legitimadoras o descalificadoras) producen una inevitable distorsión del discurso «jurídico». Este busca un ajustamiento entre iguales basado en una común «naturaleza»; sustituirlo por la cómoda traslación de imperativos sobrenaturales sería ig-

²⁶ Referencias a la actitud rousseauniana y a la inseparabilidad de derecho natural y democracia, en: *Interpretación del Derecho y positivismo legalista* (nota 14), páginas 125 y 229 y sigs.

norar lo que es el derecho, y quizá también incurrir en un fideísmo herético.

El peligro de que la lucha por una argumentación convincente de los derechos humanos degeneren en *guerra de religión* es otra paradoja desgraciadamente real. Precisamente, para superar discriminaciones basadas en tales querellas surgió históricamente tal teoría; conseguir que se convierta en elemento socialmente perturbador parece privilegio de países de arraigado clericalismo, en su doble variante confesional o laicista.

No es fácil que se dé una guerra sin dos contendientes, y tal parece ser el caso. Junto a los que intentan endosar a los demás sus dictámenes confesionales —cuya incidencia personal estaría garantizada por el derecho humano a la libertad de conciencia— no faltan los que intentan imponer discriminatoriamente la marginación de toda defensa de lo «humano» sospechosa de estar fundada en motivos religiosos. Cuando no se atiende a los argumentos aportados sino que se realizan —con intención crítico «ideológica»— juicios de intenciones, la libertad de conciencia resulta atropellada en nombre de un nuevo clericalismo (anticonfesional, para mayor mérito)²⁷.

Considerar lo religioso como incompatible con lo «humano» resulta tan «teocrático» como querer juridizar el propio credo sin argumento racional alguno. Si, al afirmar que el término derecho «humano» tiene la virtud de ser «mundano y laico», se lo entiende como excluyente de lo divino, no es extraño que se llegue a una curiosa propuesta de «libertad» religiosa que, por definición, habría de ignorar las creencias religiosas de la sociedad²⁸. Tan original «neutralidad» tendría como consecuencia práctica —en toda sociedad con arraigadas convicciones religiosas— una «neutralización» de elementos decisivos de conciencia social. Sólo cuando se «cree» que lo religioso es opio, contradictorio con actitudes racionales y críticas, se ignora que se está propugnando una efectiva «despolitización». Tal vaciamiento de convicciones —en una sociedad tan poco crítica y pensante como la actual, podría

²⁷ Al respecto, *Le debat de la loi espagnole de mariage civil de 1870*, ponencia con la que contribuimos al coloquio sobre *Cristianesimo, secolarizzazione e diritto moderno* (ed. por L. Lombardi-Vallauri y G. Dilcher), Milano, 1981, tomo II, páginas 1099-1140.

²⁸ Tras afirmar lo primero —«Derechos naturales o derechos humanos: un problema semántico», en: *Política y derechos humanos*, Valencia, 1976, pág. 25—, M. Atienza propone más tarde un planteamiento de la «libertad» religiosa muy peculiar: la entiende como la garantía de una «esfera» (con aires de coto esférico) de acción, que lleva a «reprimir» (*sic*) los posibles atentados —«Sobre la clasificación de los derechos humanos en la Constitución», en *Revista Facultad Derecho Universidad Complutense*, 1978 (monográfico 2), págs. 130-131—. Su enfoque, que encierra un «individualismo tolerado» desemboca en un concepto de «democracia» coherentemente afín al de Dworkin.

acabar favoreciendo designios manipuladores de cualquier minoría totalitaria.

La apertura de un debate racional —libre de ambas fuentes de discriminaciones— no es sólo el método más adecuado para hacer progresar la lucha contra los «tópicos» que obstaculizan el ejercicio de los derechos humanos, sino que expresa la exigencia inmediata de un derecho humano fundamental: poder buscar con libertad los perfiles objetivos de lo humano.

10. *Coraje cívico como utopía*

El balance teórico-jurídico de nuestro examen arroja un resultado neto: admitir la existencia de unos auténticos «derechos» prelegales exige ir más allá de los tópicos más arraigados de la reflexión jurídica actual. Tomarse los derechos humanos con filosofía... jurídica, marginando la doble tentación del mitín o la homilía, exige plantear una teoría jurídica «utópica», capaz de asumir la insuficiencia del legalismo, de abordar una superación del normativismo y de afrontar un replanteamiento del iusnaturalismo.

La relevancia de los derechos humanos no cumple un simple papel de «política jurídica», que habría que tener en cuenta en el momento de creación legislativa. Cuando se asume que el derecho «positivo» es el fruto de un incesante proceso de «positivación», los derechos humanos aparecen como un elemento animador de todas las etapas de ese prolongado ajustamiento de relaciones sociales. Si se quieren evitar dos recursos simplistas alternativos: el absolutismo intolerante y el historicismo fatalista, es preciso contar con un correlato capaz de asumir la explicitación de lo «humano». Más allá de «metafísicas aplicadas» o de filosofías de la historia canonizadas, sólo una sociedad pensante, crítica y preocupada de lo humano puede asumir tal papel. Se trata, sin duda, de una utopía que invita al desánimo resignado, pero no podemos olvidar que no se ha ofrecido aún una alternativa capaz de legitimar al derecho al margen de esta ingenua pretensión.

Si no queremos renunciar a hablar en serio de los «derechos humanos», y del «derecho» mismo, se hace indispensable una batalla práctica con alcance de utopía social: una educación para el coraje cívico; una invitación a la actitud crítica —en lo teórico— y al empeño ético y político —en lo práctico— que recuerde al ciudadano que no hay nada más inhumano que despreocuparse de la suerte del hombre.