

LA DECLARACION UNIVERSAL Y LAS FUNCIONES DE LOS DERECHOS

GREGORIO PECES-BARBA MARTINEZ

Rector de la Universidad Carlos III de Madrid

EL diez de diciembre de 1948 la Asamblea General de las Naciones Unidas aprobaba la "Declaración Universal de los Derechos Humanos". Resonaban todavía en las tierras de la vieja Europa y en todo el mundo el eco de la gran tragedia que fue la Segunda Guerra Mundial, y se trataba de relanzar la gran idea moral de los derechos humanos. Se presentaba ante la humanidad a la heredera de la Declaración de 1789, aprobada ciento cincuenta años antes, y de todos los demás antecedentes históricos del ideal de la democracia y de la libertad. El mundo, que salía de la pesadilla totalitaria, expresó con ese documento la síntesis de los valores que hacen posible una convivencia pacífica y civilizada. Me parece que una pedagogía de la libertad exige explicar desde diversas perspectivas las funciones que los derechos cumplen para alcanzar los objetivos de racionalización del poder y de humanización de la vida colectiva. Ninguna sociedad civilizada, organizada en Estado de derecho, con gobierno de las leyes y separación de poderes, puede prescindir de este referente moral.

La función principal de los derechos fundamentales en la sociedad moderna es orientar la organización de la sociedad, y principalmente del Derecho, como sistema de organización social, de acuerdo con la dignidad de la persona, para que pueda realizar los contenidos que identifican esta dignidad. A partir del mundo clásico, pero sobre todo después del Renacimiento en los trabajos de Pico de la Mirándola, Angelo Poliziano, Pietro Pomponazzi, Luis Vives, Giordano Bruno y otros que les siguieron, los elementos de esta dignidad son la capacidad de elección, de razonar y de construir conceptos generales, de comunicar y de decidir sobre sus fines últimos, sobre su

moralidad y sobre su idea de salvación. Los derechos fundamentales contribuyen, por tanto, a que cada persona pueda realizar plenamente estos signos de su condición humana. Por eso se puede decir con Kant que la dignidad humana no tiene precio y supone considerar a las personas como un fin en sí.

La importancia de esta función reside en su idoneidad para identificar el concepto "derechos humanos" y para recoger todas las dimensiones de su contenido. La moralidad pública que denominamos "derechos humanos" actúa en la perspectiva ética como una pretensión moral y, si se incorpora al Derecho positivo, como un derecho fundamental. Por tanto, se puede hablar de la función de los derechos humanos como moralidad, y de su función como derechos. En el primer caso, tienen una labor crítica respecto al Derecho positivo que no los reconoce, y tratan de positivizarse, de transformarse, pues, en Derecho positivo de los derechos fundamentales. En el segundo caso, son una regla jurídica.

Los derechos fundamentales desempeñan dos funciones dentro del sistema jurídico: por una parte, desde el punto de vista objetivo, son un subsistema, y forman, junto con los valores y los principios, la regla fundamental material para identificar las demás reglas del ordenamiento jurídico. En esta primera función, los principios de organización y de interpretación y los derechos fundamentales tienen la misma función. Por otra parte, desde el punto de vista subjetivo, los derechos fundamentales traducen, en reglas de Derecho, pretensiones morales justificadas de los individuos y de los grupos, bajo la forma de derechos subjetivos, de libertades, de potestades jurídicas y de inmunidades. La sentencia del Tribunal Constitucional español 11/1981, de 8 de abril, en su fundamento jurídico núm. 5, coincide con esta idea, al hablar del doble carácter de los derechos fundamentales: "En primer lugar [...] son derechos subjetivos, derechos de los individuos. Al mismo tiempo son elementos esenciales del orden jurídico objetivo de la comunidad nacional, cuando ésta se configura como el marco de una forma de vida en común humana, justa y pacífica".

A) **Función objetiva: los derechos fundamentales como constitución material.**

Bajo esta perspectiva, los derechos forman parte de la regla fundamental de todo sistema jurídico para identificar las reglas que pertenecen al ordenamiento jurídico. En el enfoque estructural del positivismo clásico, en Kelsen, por ejemplo, la validez de estas reglas se identificaba únicamente a través de criterios formales. Se trataba de la respuesta a dos preguntas: "¿quién manda?" (órgano competente de producción de las reglas), "¿cómo se manda?" (procedimiento establecido para la producción de cada tipo de reglas, constitución, ley, reglamento, sentencia judicial, etc.). Con el constitucionalismo y el proceso de positivación, los derechos humanos permiten responder a la pregunta "¿qué se manda?", señalando los contornos necesarios de las reglas, los límites de las reglas jerárquicamente inferiores para poder considerarlas válidas y pertenecientes al sistema. Junto con la regla formal, órgano competente y procedimiento preestablecido, aquéllos constituyen con los principios los valores superiores del artículo 1.1 de la Constitución española de 1978, la regla material fundamental del sistema que permite establecer el contenido posible y los límites de todas las demás reglas. Representan la decisión constitucional básica que permite producir, aplicar e interpretar las reglas, según ese sistema axiológico que establece unas orientaciones y que sirve de guía para el legislador, el ejecutivo y el juez.

En la tradición constitucional europea, esta función aparece de una forma más explícita en la propia Constitución (es el caso del artículo 1.1 de la Constitución española) o será construida por la jurisprudencia de los Tribunales constitucionales (en el caso alemán, por ejemplo). Una futura Constitución europea debería en cualquier caso incorporar una Declaración de derechos que, junto con los principios y los valores superiores del sistema jurídico, debería cumplir esta función, como lo hace como referente universal la Declaración de 1948.

Las consecuencias de estas afirmaciones son las siguientes:

1. La competencia para interpretar y desarrollar esos derechos y esos principios corres-

ponde al legislador, en el marco de la Constitución, con la garantía de los Tribunales constitucionales.

2. La preeminencia de los jueces se produce en los casos de penumbra y de oscuridad, ante las lagunas, en defecto de reglas, en caso de antinomia o de contradicción entre dos reglas, o cuando el legislador va más allá de los límites de la libre decisión que supone siempre la zona de libre acción del Parlamento. Aquí ya no estamos ante una opción de carácter político entre varias opciones posibles dentro del marco de la Constitución, sino ante un razonamiento jurídico que, en último caso, corresponde al Tribunal Constitucional. En esta operación, el Tribunal debe determinar claramente los límites de su acción, sin introducirse en el espacio de interpretación política que corresponde al legislativo.

3. En su dimensión más general de provisión de criterios interpretativos, los derechos fundamentales son utilizados por todos los operadores jurídicos que aplican el Derecho. Son la guía de toda creación normativa y el límite de ésta.

Finalmente, hay que señalar que la tradición europea de la modernidad supone la tolerancia, el pluralismo y la neutralidad del Estado y, por tanto, que esta moralidad objetiva no presenta contenidos normativos obligatorios que supongan una intención de sustituir la iniciativa personal para alcanzar la libre elección de la moralidad individual. Ninguna concepción del bien y de la salvación de una iglesia o de una escuela filosófica puede pretender, en nuestro contexto cultural, encerrar ventajas para constituirse en el núcleo de la razón pública. La moralidad pública no puede pretender invadir la moralidad privada de un individuo, lo cual es una práctica de los Estados totalitarios (toda la salvación depende del Estado), pero la moralidad privada de una iglesia o de una concepción científica o filosófica tampoco puede convertirse en el núcleo de la moralidad pública, ni tratar a todos los ciudadanos como creyentes. En el equilibrio entre la moralidad pública, incorporada al Derecho, como principios y derechos, y la moralidad privada que supone una concepción del bien y de la salvación, reside la diferencia entre las sociedades democráticas y las sociedades

cerradas totalitarias o confesionales. Sólo cuando la moralidad pública, bajo la forma de regla jurídica, establece una obligación general, que podría afectar a la moralidad privada, a la conciencia del individuo, se autoriza en las sociedades democráticas avanzadas la objeción de conciencia, que es un derecho fundamental ligado a la libertad ideológica o de conciencia. Es un límite a la obediencia al Derecho, establecido por una regla de derecho, que protege la conciencia pero que no es consecuencia de la decisión de la conciencia sino del legislador constituyente, ordinario, o del Tribunal Constitucional. Abandonar la decisión a la conciencia podría suponer un regreso al estado de naturaleza donde se produciría lo que denuncia Montesquieu: nadie sería libre si la decisión sobre la obediencia se dejara a la libre opción del sujeto.

B) La función subjetiva: los derechos fundamentales como derechos subjetivos, como potestades jurídicas y como inmunidades.

Esta es la función a través de la cual se conocen propiamente los derechos humanos que, históricamente, se concibieron como derechos naturales, y más tarde como pretensiones morales jurídicamente reconocidas. Normalmente esta función se ejerce a partir de tres dimensiones que constituyen su función de protección de la persona, de participación y de promoción. Excepcionalmente, en casos extremos, cuando una regla de Derecho impide la libre elección de la moralidad privada, encontramos una cuarta función de los derechos como disenso frente al "consenso" mayoritario, para garantizar la conciencia individual frente al cumplimiento de obligaciones impuestas por la mayoría. Las tres primeras dimensiones de esta función subjetiva van en el sentido del consenso mayoritario para hacer posible la autonomía y la independencia moral, mientras que la cuarta se enfrenta a ese consenso, con la misma finalidad.

Los grandes valores y los principios que, como raíz moral, están detrás de la función subjetiva, son la libertad, la igualdad, la fraternidad o la solidaridad y la seguridad. Uno de los grandes debates actuales y, sin duda también futuros, es probablemente el de la integri-

dad de ese depósito de moralidad y del desarrollo unitario y conjunto de todas esas dimensiones. La defensa en Europa de este punto de vista en el que me sitúo, supone la reivindicación del Estado social. Los argumentos para excluir la función de promoción es la última etapa de la lucha por un Estado reducido, que no se ocupara de las necesidades individuales y de su satisfacción. Si se considera la función de los derechos humanos en el conjunto de la sociedad, estas funciones subjetivas son necesarias para aplicación de una forma de organización social, en el sentido de hacer posible el libre desarrollo de la condición humana. La función de protección establece espacios exentos en los que los titulares pueden actuar libremente y sin interferencias para ejercitar la libertad de elección. La función de participación nace de los instrumentos como el sufragio universal, para hacer posible la intervención individual en la formación de la voluntad pública, y en el funcionamiento de los servicios públicos. Esta función representa el "status activae civitatis" en la célebre fórmula de Jellinek, y significa que el poder político, en una democracia, no es ajeno ni externo —heteronomía— a los ciudadanos, sino que se compone fundamentalmente de la voluntad de éstos —autonomía—. Así, el poder político que acepta esta moralidad de los derechos humanos, que acepta convertirla en moralidad pública con la participación de los ciudadanos en los órganos de producción jurídica, en moralidad jurídica —derechos fundamentales—, no es un poder separado sino sometido a las reglas morales, políticas y jurídicas nacidas con la intervención directa o indirecta de los ciudadanos que utilizan los derechos integrantes de esta función.

La función de promoción proviene de determinadas situaciones de la persona que impiden el desarrollo de su condición, y que no pueden resolverse por el único esfuerzo de aquélla. Esta incapacidad exige el apoyo de los poderes públicos, para suplir y sustituir la acción de los interesados. Los valores de igualdad y de solidaridad son el fundamento de esta postura, con una larga tradición en Europa, que considera que no sólo las condiciones de abstención y de participación sino también las de promoción forman parte del bien común de la sociedad política. Estos pro-

blemas de las necesidades cuya satisfacción es necesaria para alcanzar la condición humana, no son problemas privados que cada cual deba resolver sino que se sitúan dentro de la función subjetiva de los derechos fundamentales, creando pretensiones jurídicas con obligaciones correlativas de los poderes públicos o de los particulares, en el marco de las posibilidades económicas y de los medios de los que se pueda disponer. Finalmente, la función de disenso protege a aquellos que divergen de los criterios de la mayoría, cuando las reglas jurídicas que se derivan de éstos atentan gravemente contra su conciencia individual y hacen peligrar su moralidad privada. En la historia de los derechos humanos, esta situación es la última etapa de institucionalización de la resistencia frente al poder, iniciada por la aplicación de determinados derechos individuales como la libertad de pensamiento, de expresión y de conciencia.

Con la función de protección, los derechos tratan de impedir las conductas que invaden y que no son deseadas; con las funciones de participación y de promoción, los derechos se interesan por los comportamientos socialmente deseables, haciéndolos necesarios, realizables y ventajosos. La función de disenso no se interesa por las conductas deseables, ni por las no deseadas, sino únicamente por aquellas que, apoyadas por la mayoría, puedan afectar a las opciones individuales impidiendo el desarrollo de la condición humana. Si consideramos estas funciones desde el punto de vista de las ideologías, la primera tiene un fundamento liberal; la segunda, democrático; la tercera, socialista y la última, de nuevo liberal. El matiz que distingue el fundamento liberal de la función de protección de la de disenso es que, en la primera, se protege la no interferencia para todos, a partir del consenso sobre la autonomía individual, sin tener en cuenta las conductas que se separan, mientras que en la función de disenso se defiende la no interferencia para una minoría, pues sólo se consideran aquellas conductas que se separan del consenso, cuando lo hacen invocando razones morales importantes, consideradas suficientes por el Derecho.

Si analizamos esta función subjetiva en su conjunto, en relación al poder, podemos decir

que los derechos sirven para limitar el poder, para evitar sus maleficios, en segundo lugar para contribuir a su formulación y, finalmente, para obtener el apoyo y los beneficios de sus prestaciones y de sus servicios. Si los consideramos en relación a la sociedad civil, sirven para defender a sus miembros del poder, de ellos mismos, para ser eficaces y superar el estado de naturaleza, para comunicar y establecer vínculos entre la sociedad civil y el poder, frente a las actitudes de un poder separado de la sociedad (publificación totalitaria de la vida) o de una sociedad civil que no considera el poder (privatización anarquista de la vida). En este sentido, representan uno de los

signos de identidad de una sociedad democrática, frente a las posiciones totalitarias y anarquistas.

La Declaración de la ONU de 1948 es la síntesis consensuada, no sin esfuerzo, de esa tradición humanista que centra al hombre en el mundo y lo convierte en centro del mundo, y que recorre los mejores perfiles de la modernidad que arrancan en el Renacimiento y que se concretan con la Ilustración y los dos últimos siglos. En el umbral del siglo XXI la proyección de ese texto fundamental debe ser la guía de conducta de los ciudadanos del mundo, de los Estados y de la comunidad internacional.