

JUSTICIA Y DERECHOS HUMANOS*

Ernesto Tugendhat
Universidad Libre de Berlín

R Hay una considerable bibliografía acerca de la justicia y una aún mayor sobre derechos humanos, pero hay muy poco en ellas donde se trate de ambos conceptos a la vez. Por lo tanto, debo explicar como primer paso por qué me parece tan importante hablar de las dos cosas conjuntamente. Por dos razones. La primera es conceptual: ambos conceptos están basados en el de derecho. Esto es obvio en el caso de los derechos humanos, en el de la justicia no lo es tanto, pero como veremos es así. La segunda razón es más bien política. Hay una interrelación entre las dos cosas que puedo describir provisionalmente así; primero, el otorgar derechos humanos iguales a todos es de por sí un acto de justicia (así por ejemplo la teoría de la justicia de John Rawls contiene la realización de las libertades cívicas como una componente esencial); pero más importante es que los derechos humanos económicos y sociales pueden entrar en competencia con la realización de una justicia económica. Hay argumentos en contra de la aplicación total de una justicia igualitaria; y en este caso la realización de derechos humanos económicos aparece como una alternativa. Siendo ya los derechos humanos por sí mismos un asunto de justicia, si hay también derechos humanos económicos, esto significaría una justicia económica mínima en vez de un total igualitarismo. Estos aspectos se esclarecerán al final de la conferencia.

Mi primera tarea tiene que ser la clarificación conceptual y ésta tiene que basarse, como ya anticipé, en una clarificación del concepto de derecho en general. Aquí tenemos que enfrentarnos con un hecho que puede parecer asombroso e inverosímil pero que es cierto. Me refiero a que ni los griegos ni el derecho romano conocen el concepto de derecho, es decir el de un derecho subjetivo. El derecho

* Conferencia presentada en la Facultad de Filosofía de la Universidad Católica de Chile en octubre de 1991. La temática fué reelaborada posteriormente; véase del autor *Vorlesungen über Ethik* (Frankfurt, 1993), capítulos 17 y 18.

subjetivo fue inventado o mejor dicho descubierto en la edad media. Por derecho subjetivo se entiende el derecho de un sujeto, como en el caso en el que decimos por ejemplo que, si alguien me ha hecho una promesa, yo tengo el derecho de que la cumpla, o, si tengo una propiedad, tengo el derecho de que nadie me la quite, etc. En este sentido también los derechos humanos son derechos subjetivos, lo cual contrasta con otro uso de la palabra "derecho", el llamado "objetivo", que es un término colectivo para un conjunto de normas legales. En este sentido, podemos hablar del derecho civil o también del derecho internacional. Así pues, cuando hablamos de derecho subjetivo, esto no significa que sea algo visto solamente desde una perspectiva subjetiva; significa únicamente que se trata del derecho de un sujeto o de todos los sujetos, y esto naturalmente puede ser algo muy objetivo. Por ejemplo, si alguien me ha prometido algo, yo tengo objetivamente el derecho, es decir, el derecho subjetivo, de que cumpla con su promesa. Ahora, el hecho de que este concepto de derecho subjetivo, tan simple y tan necesario, no fuera conocido en la antigüedad, resulta asombroso, porque nos podríamos preguntar: ¿cómo han podido pensar aquellos filósofos en promesas, en débitos, etc., si no contaban con un concepto de derecho subjetivo? Pero simplemente debemos entender que muchas veces el hecho de que, por ejemplo, una promesa implique un derecho, no significa que los que han filosofado sobre promesas ya tenían que haberse dado cuenta de todos los conceptos implicados. A la pregunta de cómo ha podido esto ser posible le sigue una respuesta que consiste en entender que, al menos en parte, el concepto de derecho es algo así como un concepto recíproco del concepto de obligación. Si Pedro me ha prometido venir, yo tengo el derecho de que venga. Y él, de modo recíproco, tiene la obligación de venir. Así que parece que el derecho es simplemente el concepto complementario de la obligación. Siendo esto verdad en parte, podemos entender cómo los filósofos y juristas antiguos han podido hablar sobre cosas para las cuales nosotros consideramos necesario el concepto de derecho subjetivo sin hacer uso de él.

Pero ahora debemos darnos cuenta de que el concepto de derecho no es simplemente el concepto recíproco del concepto de obligación, y así estaremos más cerca de entenderlo. Una manera de aproximarnos al problema es darnos cuenta de que podemos tener obligaciones en relación con las cuales no hay derechos, por ejemplos cuando uno tiene una obligación respecto a sí mismo (uno no puede tener un derecho frente a sí mismo); pero también, y esto nos explica más, uno puede tener una obligación hacia otro ser, aun en el caso de que a esta obligación no le corresponda un derecho de ese ser. Admito que el problema de nuestras obligaciones respecto a los animales es muy poco claro, pero la mayoría de nosotros dirá que, si bien tenemos obligaciones respecto a los animales, ellos no tienen los derechos correspondientes. La razón de esto es que, cuando alguien tiene un derecho, se dice que tiene la posibilidad de reclamarlo, es decir, de que la obligación recíproca se

cumpla; pero también tiene la posibilidad de renunciar al cumplimiento -y naturalmente los animales no pueden ni reclamar ni renunciar. Con esto hemos aprendido algo sobre el sentido de un derecho. Ser el sujeto de un derecho no significa simplemente ser el objeto de una obligación, uno no es un mero recipiente, sino que tiene una cierta autonomía: la obligación es algo que se me debe. Esto se puede ver muy bien en los casos más elementales de los derechos que han sido llamados derechos especiales, bajo lo cual se entiende que la relación entre el derecho y la obligación correspondiente se da solamente entre dos personas; éstos son normalmente derechos que se establecen, se crean. Por ejemplo, cuando yo le prometo algo a Pedro, este acto lingüístico consiste en crear una obligación y un derecho -me pongo bajo la obligación de hacer algo y al mismo tiempo le doy el derecho de reclamarlo a Pedro. Un caso similar se da cuando se presta algo a alguien. Con esto se crea la obligación de devolverlo y uno mismo tiene entonces el derecho de reclamarlo. Para darse cuenta exactamente de en qué consiste el sentido de una palabra es siempre un buen método considerar cómo un niño podría aprenderlo. Por ejemplo, una madre trata de explicarle a su hijo qué es una promesa. Le dice que si ella le ha prometido algo, él tiene entonces un poder, el poder de reclamarlo. Es como si la madre le hubiera dado al hijo una cuerda a la cual ella estuviera amarrada y el niño aprendiera que puede, según él quiera, agarrar la cuerda pero también soltarla. Esto puede ser denominado el juego de dar y recibir derechos. Cuando el niño ha obtenido el derecho, la madre está bajo una obligación, es decir, *tiene* que actuar así. Pero este tener que, esta obligación, no es todavía una obligación moral en el plano más elemental que es el del juego. Siempre que hablamos de obligaciones nos debemos, para entendernos, preguntar qué pasa si uno no las cumple. Esto es lo que se puede llamar la sanción. En un sentido amplio, no hay obligación sin posible sanción. Pero en este primer nivel del juego de la promesa la sanción consiste simplemente en que si el niño no cumple su promesa la madre le dirá: ¡Ah, no estás jugando! El niño tiene que aprender que si quiere jugar a este juego tiene que cumplir lo prometido. Cuando un niño aprende qué significa hacer una promesa y cumplirla, aprende al mismo tiempo que no cumplirla es algo malo. Pero esta valoración moral es algo adicional; en este caso la sanción naturalmente ya no consiste sólo en que el no cumplimiento significa dejar de jugar, sino que ello va a comportarle una reprobación. Al aclarar conceptos imaginándonos cómo los aprendería un niño, es muy importante no fijarnos solamente en lo que sucede empíricamente en la enseñanza normal, sino que tenemos que descomponer los casos complejos. En nuestro caso es importante darse cuenta de que aun en una sociedad sin moral, si la pudiéramos imaginar, se podría aprender el juego de prometer y que, por consiguiente, hay un sentido muy elemental del derecho y de la obligación correspondiente. Y sólo si procedemos así, paso a paso, podremos entender que hay una regla moral que dice que es malo no cumplir las

promesas. Este juicio, que es malo no cumplir las promesas, *presupone* naturalmente que se entiende qué es una promesa independientemente de este juicio, es decir, que la promesa y con ella lo que significa cumplirla, es independiente de la moral. Aquí se observa algo muy importante, a saber, que obligaciones de diferentes tipos pueden superponerse y por tanto también diferentes tipos de derecho. Por ejemplo, el contrato -que es una promesa recíproca- tiene que entenderse en un primer nivel como un mero juego, pero luego el cumplimiento de un contrato puede entrar en la ley, y entonces hay un derecho legal a que se cumpla y además dicho cumplimiento puede formar parte del sistema moral, bien directamente bien como norma legal, y entonces podemos decir que uno tiene un derecho moral a que se cumpla el contrato.

Hemos llegado, pues, a un punto en el cual podemos dar un gran paso adelante. No sólo que los derechos especiales pueden llegar a ser legal y moralmente reconocidos, sino que una gran parte de las demás normas, tanto morales como legales, puede ser pensada de tal manera que tenga el sentido de corresponder a derechos de aquellas personas hacia las que existen obligaciones. Con esto surge el concepto de derechos subjetivos generales, que no estén basados en un acto individual entre dos personas como ocurría con la promesa.

Ya mencioné que la antigüedad no tenía el concepto de derecho, por ejemplo en relación con los derechos especiales que acabo de aclarar, pero la verdadera importancia de la introducción del concepto de derecho subjetivo en la edad moderna radica en la posibilidad de interpretar grandes partes de las relaciones legales y casi toda la moral sobre la base de este concepto. Para apreciar lo que esto significa podemos comparar, de acuerdo con la propuesta de un autor norteamericano (Bedau), tres modelos sociales: una sociedad en que no se habla de derechos sino solamente de obligaciones, como la sociedad del Antiguo Testamento. Esta sociedad contiene, naturalmente, derechos especiales, porque sin ellos no podrían darse ni las instituciones humanas más primitivas, pero el concepto de derecho está aún implícito. En segundo lugar, una sociedad en la que ya hay un sistema legal en el que se habla de derechos generales, los cuales sin embargo son solamente derechos de personas de una cierta clase y que dependen de las leyes correspondientes. Así por ejemplo, hay una ley de contratos que otorga a los contratantes ciertos derechos mutuos. Y en tercer lugar, una sociedad en la que se considera que hay derechos que el hombre tiene en tanto que tal sin depender de legislación alguna y por lo tanto no le son otorgados, lo que implica una sociedad que concibe a sus miembros y a todos los hombres como portadores de derechos ya no solamente legales, por lo que han sido llamados derechos naturales. Comentaré enseguida este término.

Estos derechos que pertenecen a los hombres como tales pueden ser llamados derechos morales, y, cuando estos derechos morales son ellos a su vez reconocidos como derechos fundamentales en el sistema legal, se habla de derechos humanos. Dejaré por el momento este término legal o constitucional de derechos humanos

porque el término fundamental es el de derecho moral. Vemos entonces lo que se pierde cuando se habla de los derechos humanos comenzando simplemente con ellos y nos centramos sólo en su desarrollo y acrecentamiento histórico, etc. De este modo no se puede entender su significación. Más adelante veremos que solamente si se entienden los derechos humanos como una institucionalización legal de los derechos morales se puede juzgar racionalmente sobre los problemas concretos acerca de qué derechos humanos debe haber.

Por consiguiente, debemos empezar este nuevo paso con la aclaración de qué significa para la moral el que hoy se piense en derechos morales. De esto la filosofía moral sólo se ha dado cuenta en los últimos 20 o 30 años, que es cuando se empieza a insistir en que el concepto de derecho moral es más importante que el de obligación moral. Por esto el concepto de derecho en la filosofía moral, que jugaba un papel tan importante en el siglo XVIII y que fue destronado después por el utilitarismo (lo que explicaré a continuación), vuelve hoy a tener una importancia capital. Las concepciones morales anteriores estaban basadas o en el concepto de virtud o en el de obligación. Una moral basada en el concepto de virtud era la moral griega, mientras que una basada en el concepto de obligación era la del Antiguo Testamento. Lo que se debe entender aquí es que en una moral basada en el concepto de obligación las cosas son vistas primariamente desde el lado de la persona obligada, mientras que en una moral basada en el concepto de derecho las cosas son vistas primariamente desde el receptor, y entonces la obligación de la persona responsable es una mera consecuencia de que el receptor es portador de derechos. Para considerar el conjunto de posibilidades se hace necesario decir algo aquí sobre el utilitarismo, porque el utilitarismo tiene algo en común con una moral basada en derechos en contraste con la moral basada en obligaciones, y esto es lo que se ha llamado su aspecto teleológico, es decir, que la cuestión de qué son nuestras obligaciones está basada no en un sistema de reglas sino en un fin, un telos (por esto teleológico), pero la diferencia es que el utilitarismo concibe este fin como la suma máxima de placeres y mínima de sufrimientos, mientras que la moral de derechos morales concibe el fin como el cumplimiento de los deberes que emanan de los derechos de las personas. La diferencia entre estas dos posiciones consiste en que para el utilitarismo los hombres son una mera aglomeración de sentimientos de placer y de sufrimiento, mientras que para la moral basada en derechos cada persona tiene un valor absoluto e insustituible. El utilitarismo está basado en una antropología que no deja lugar a los derechos. Los sentimientos no tienen derechos, solamente los tienen las personas.

Si nos preguntamos ahora en qué consiste precisamente un derecho moral, en qué se distingue esta moral de una moral basada solamente en obligaciones, podemos apoyarnos en lo que he dicho sobre los derechos especiales. Lo característico de tener un derecho es que la persona que lo tiene lo puede reclamar. Recordemos aquí

la metáfora de la cuerda a la que me he referido. Este aspecto también se puede ver en un pequeño cambio en la manera que tenemos de hablar de una obligación tan pronto como la obligación está relacionada con un derecho. Si la obligación no depende de un derecho de alguien, entonces decimos simplemente que una persona está obligada a actuar de tal o cual manera, aunque esta manera de actuar tenga un destinatario, por ejemplo si tengo la obligación de no maltratar a un animal. Pero si la obligación depende de un derecho del destinatario, no solo tenemos obligación de hacer tal cosa, sino que estamos obligados con esta persona, y en este caso tenemos que hablar también de una responsabilidad en un cierto sentido de la palabra. Si mi hijo tiene derecho a que me ocupe de él de cierta manera, a este derecho le corresponde una responsabilidad mía, una responsabilidad que no es abstracta sino que la tengo con él. La moral basada en derechos es por consiguiente una moral de la responsabilidad. Lo esencial en la metáfora de la cuerda es que mis obligaciones hacia la persona que tiene derechos morales no es como una gracia que se le concede, sino que es algo que no sólo debo hacer sino que se lo debo a ella. Ella no sólo tiene derechos, sino que tiene el derecho de reclamarlos, de pedir que los otros cumplan con sus deberes hacia ella.

Pero Uds. deben haberse preguntado hace rato cómo se puede justificar esta extensión moral del concepto del derecho. En el caso de los derechos especiales, y aun en el de los derechos legales, se trata de derechos que le han sido otorgados a una persona, por la promesa de otra persona o algo parecido, o por la ley. ¿Pero cómo se puede hablar, como ya hice, de un derecho no otorgado? En el siglo XVIII se había hablado de derechos naturales, y esto ha sido entendido por muchos en el sentido de que todos los hombres tendrían estos derechos del mismo modo que tienen un cerebro o un corazón, que los tendrían (podríamos imaginar) como un grano de oro en su corazón o algo por el estilo. En la famosa declaración de independencia de los EE.UU. los autores dicen que Dios ha creado a los hombres con estos derechos. Ahora bien, así se puede hablar desde un punto de vista teológico, pero en un mundo secularizado naturalmente ya no lo podemos ver así. En el caso teológico realmente también les han sido otorgados precisamente por Dios estos derechos a los hombres, pero si no recurrimos a tal fuente, ¿qué hacer? Ahora bien, la expresión "derecho natural" puede tener un buen sentido si uno la entiende como el derecho que los hombres tienen independientemente de cualquier sistema legal positivo. "Natural" significa entonces solamente "anterior a la ley", cosa que son precisamente los derechos morales, pero obviamente no son naturales en el sentido de que nazcamos con ellos o que estemos dotados de ellos independientemente del contexto social.

Hay una segunda metáfora de la idea de derechos no otorgados, que fue usada en particular por Kant al sostener que toda persona tiene un valor absoluto. Si se piensa así, los derechos morales que tienen todas las personas son la consecuencia

del hecho de tener un valor absoluto (cf. Vlastos, *Justice and Equality*, 1962). Pero este concepto tiene algo metafísico e intangible y también nos hace pensar en algo así como el grano de oro en el corazón de cada uno. En mi opinión, este recurso a un supuesto valor absoluto es a su vez un residuo de la teología que no puede servir como base a una moral contemporánea. Por esto propongo interpretar la situación como sigue. El único sentido que ha tenido el postulado de un valor absoluto ha sido el de servir como base a la concepción de toda persona como portadora de derechos morales, de tal modo que nos entendamos a nosotros mismos bajo la obligación de respetar a toda persona como portadora de tales derechos. Ahora bien, si ésta ha sido la única función de este concepto metafísico, lo podemos simplemente cancelar y quedarnos con la pura obligación de respetar a todo hombre, y respetar a un hombre significa respetarlo como portador de derechos. Es importante ver esta conexión entre el concepto de respeto y el concepto de derecho moral. Así, decimos de una persona que se respeta a sí misma o, como también se dice, que tiene un sentido de su propia dignidad, cuando queremos decir que se entiende como poseedora de los derechos morales. Lo que resulta entonces, cuando dejamos a un lado el concepto de valor absoluto, es que tenemos una concepción según la cual hay una moral de respeto mutuo, y es esta moral o, por decirlo tal vez más claramente, somos nosotros mismos quienes, al concebimos bajo esta moral, otorgamos los derechos morales a todo hombre. Con esto el aparente misterio de que hubiera derechos que no fueran otorgados se soluciona de la manera más simple: también estos derechos fundamentales les ~~tienen~~ que ser otorgados a sus portadores, sólo que ya no son otorgados ni por actos particulares ni por la ley, sino por nosotros mismos al concebimos bajo una moral de respeto universal. No hay, pues, derecho que no sea otorgado, y si se piensa en los derechos fundamentales como no otorgados, esto simplemente significa que no son otorgados por algo arbitrario como un acto particular o como lo es en último término también un sistema legal. Es esto lo que se ha querido decir en términos que se prestaban a malentendidos cuando se hablaba de derechos naturales o de derechos basados en un valor absoluto.

Aquí hemos llegado al punto central donde nos damos cuenta de en qué están basados en último término los derechos fundamentales, a saber, en una moral de respeto universal; y esto nos lleva a la pregunta clave, la pregunta de cómo se puede justificar a su vez esta moral de respeto universal. Sólo si nos vemos desde la perspectiva de esta moral podemos decir que todos los hombres tienen esos derechos. Me debería conformar aquí con haber identificado esta última cuestión. En el contexto de esta conferencia no puedo entrar en ella y la debo presuponer en lo que sigue como concedida.

Ahora estamos preparados para dar el paso hacia los derechos humanos. Como ya dije, por derechos humanos debemos entender aquellos derechos morales de los

cuales suponemos que deben (deben, es decir, por razones morales) ser institucionalizados como derechos fundamentales en cualquier constitución de un estado que pretenda ser moralmente justificada. Nuestra pregunta ahora debe ser: ¿cuáles son estos derechos fundamentales? Como se sabe, los derechos humanos se han desarrollado en su contenido paso a paso en la historia. El derecho humano más antiguo tal vez sea el de no ser arrestado arbitrariamente y tener un proceso legal; después fue desarrollándose la idea de un derecho constitucional de libertad de religión y de libertad de pensamiento. Más tarde se desarrollaron, con las revoluciones norteamericana y francesa, los demás derechos de libertades, junto también con el complejo de derechos que tienen que ver con la participación política. Por último, desde la segunda guerra mundial, han surgido los derechos socio-económicos. Este desarrollo puede hacernos pensar que tales derechos tienen una relatividad histórica, lo que no parece ser cierto, porque en cada caso, con la posible excepción de los derechos económicos, una vez que han sido establecidos ya nos parece imposible negarlos. Todo esto puede interpretarse, como lo ha expresado el eminente jurisconsulto Paul Sieghart, en el sentido de que los derechos siempre han sido como respuestas a males que han ido llamando la atención a la opinión pública. Sin embargo, el hecho de que sean males, y males que aparecen en el contexto de un estado y contra los cuales los ciudadanos deben ser protegidos legalmente, no se puede considerar como algo relativo. Para subrayar este aspecto podemos decir que los derechos humanos han sido paulatinamente no sólo propuestos sino descubiertos. Digo "descubiertos" para acentuar que no tienen nada subjetivo o relativo, aunque naturalmente esta manera de hablar se presta una vez más al mismo malentendido al que se presta el término de derechos naturales. Ahora bien, si los derechos humanos tienen un sentido objetivo, aunque no natural, y han de ser por ello justificables, deberíamos poder dar una explicación sistemática y no sólo histórica de por qué deben ser precisamente estos derechos y no otros. Para poder hacer esto se necesita naturalmente alguna base fundamental en relación con la cual se pueda pretender que cada derecho esté justificado.

Yo creo que ha habido y todavía hay dos concepciones diferentes del fundamento de los derechos humanos. Una se basa en la necesidad de proteger la libertad del hombre. El concepto fundamental en este caso es el de libertad. La otra se basa en el concepto de la dignidad del hombre; es la dignidad del hombre lo que debe ser protegido por los derechos fundamentales. La segunda concepción es reciente y ha entrado en documentos fundamentales de nuestro tiempo como el de la declaración universal de las Naciones Unidas de 1948 y también en constituciones modernas como la de la Alemania Federal de 1949. La concepción clásica, sin embargo, es la primera. La diferencia fundamental entre ambas se manifiesta en dos diferentes concepciones del Estado. La primera es la idea de un Estado mínimo que tiene simplemente la función de proteger a los individuos en relación con los otros. Esta

perspectiva ha llevado a una concepción de derechos puramente negativos, en la que el individuo está protegido tanto frente al poder del estado como contra las incursiones de otros individuos contra su libertad. De aquí brota una concepción de derechos humanos según la cual son en su totalidad derechos de libertades. Hay dos maneras posibles de justificar esta concepción. Una se basa en la idea de que hay un estado de naturaleza, es decir, un estado donde todavía no ha surgido el Estado, un poder político, y en este estado los individuos ya han tenido el derecho de ser libres. En tal caso, el Estado tendría la función de proteger este derecho natural y a su vez no tendría el derecho de limitarlo, excepto allí donde la libertad de un individuo entra en conflicto con la de otro. Ahora bien, en cuanto esta justificación se basa en la idea de que el hombre tiene un derecho natural en un sentido estricto, hemos visto que es insostenible. La segunda manera de justificar esta concepción del Estado mínimo ha abandonado la mitología de los derechos que los hombres tuvieran en un estado natural y toma como base simplemente el concepto de libertad como tal. El liberalismo contemporáneo, representado, por ejemplo, por Hayek, Milton Friedman, etc., adopta esta posición más prudente. Pero esta fundación tiene una deficiencia que resulta precisamente de querer ser tan parca en sus presuposiciones. Estos autores no dan una explicación de por qué precisamente y solamente el concepto de libertad tiene que ser el fundamento.

Según la explicación que he dado de los derechos fundamentales, la única manera de justificarlos es a base de una concepción moral. Ahora se puede decir que el respeto por la libertad de cada uno es un ingrediente necesario de cualquier moral, y en particular de una moral de respeto universal. Se puede incluso decir que el reconocimiento de cada uno como un ser libre, autónomo, es un ingrediente necesario de lo que entendemos por respeto. Pero que el respeto por la libertad sea un ingrediente necesario dentro de una moral de respeto universal no significa que sea el único ingrediente, lo que precisamente tendría que ser la pretensión del liberalismo.

La sustitución del liberalismo por una concepción más amplia de los derechos humanos se puede llevar a cabo de dos maneras. Una, que se encuentra en la mejor obra reciente de la jurisprudencia alemana sobre los derechos humanos, el libro de Robert Alexy titulado "Teoría de los derechos fundamentales" (*Theorie der Grundrechte*, 1985), sigue apoyándose en el concepto de libertad, pero mantiene que lo que se llama la libertad negativa no es suficiente, sino que hay que proteger la libertad positiva de cada uno. Ahora bien, como ha habido diferentes concepciones de libertad negativa y positiva, es importante darse cuenta del sentido preciso que tiene aquí esta distinción. El libertarismo entiende por libertad solamente la libertad negativa, y ésta es definida de tal manera que una persona es libre cuando está libre de coerción, es decir, que no hay nadie ni tampoco una ley que le ponga impedimentos. Para dar un ejemplo que se encuentra en Hayek, un montañero que

se ha caído en un abismo del cual es incapaz de salir, es libre en este sentido porque no hay nadie que le impida salir. De libertad positiva se habla en cambio cuando una persona tiene la capacidad y la oportunidad de actuar. Nuestro montañero precisamente no sería libre en este sentido, si no puede salir aunque nadie se lo impida. En la filosofía anglosajona de los últimos decenios se discute sobre si hay que concebir el concepto de libertad en el sentido de libertad negativa o positiva. Esta discusión no conduce en realidad a ninguna parte por la simple razón de que ninguna palabra tiene un sentido verdadero. Es una cuestión puramente convencional si preferimos hablar de libertad de una manera o de otra. Esto demuestra una vez más que el concepto de libertad, de cualquier manera que uno lo entienda, no puede ser la base de esta discusión; solamente puede serlo la moral en su conjunto, sólo con referencia a ella se puede justificar que además de la libertad negativa importa también la positiva.

Una concepción como la de Alexy, aparte de no ser suficientemente fundamental, cosa que naturalmente no es argumento contra un jurista, tiene una ventaja y una desventaja. La ventaja me parece consistir en la insistencia en que los derechos positivos, es decir, los derechos en que se postula que el Estado no sólo debe proteger sino también ayudar al ciudadano, deben ser considerados en la medida de lo posible como si fueran también ellos derechos a la libertad, a la autonomía. La ayuda del estado debe consistir no en la simple provisión económica, sino en la creación de oportunidades para que el individuo se pueda ayudar a sí mismo. Esto es precisamente una consecuencia de la moral de respeto por la dignidad del individuo. Por ejemplo, el derecho al trabajo, que es un derecho positivo y no realizado todavía en ningún país capitalista, sería un tal derecho económico de crear oportunidades. La desventaja, por otro lado, consiste en que el concepto de libertad positiva no es todavía suficiente, porque hay algunos, como los enfermos, los ancianos y los incapacitados que no tienen ni la posibilidad de abastecerse a sí mismos, aunque tengan oportunidades, de modo que la moral del respeto nos obliga a ir más allá, no sólo de la libertad negativa, sino también de la positiva. Se necesitan derechos de subsistencia, de servicio médico, etc.: se necesitan, es decir, en el caso de que el Estado tenga la obligación de asegurar la dignidad humana.

¿La tiene? Obviamente, si basamos la idea de los derechos humanos en la moral del respeto. Como he tratado de mostrar, no hay otra base. De modo que la ampliación de los derechos humanos implica una nueva concepción del Estado, según la cual éste no puede ser concebido como Estado mínimo con obligaciones puramente de protección, sino que tiene que tener una función positiva: la de proveer las bases mínimas de una vida respetable. Hoy podemos ver que la visión del Estado del siglo XVIII, que trata de mantener en nuestros tiempos el liberalismo, es la consecuencia de una moral fragmentada que a su vez ha sido la ideología de la burguesía. Se había caído en la ficción de que todos pueden proveer para sí mismos

y se han cerrado los ojos al hecho de que la riqueza, que bajo esta ideología era acumulada por unos pocos, crea un poder que restringe la libertad positiva de los demás, y esto se había basado en la suposición falsa de la existencia de derechos naturales, en el sentido de anteriores al sistema político.

Dentro de la evolución actual del derecho constitucional se ha creado en la Alemania de postguerra un concepto nuevo que se empieza a aceptar también en el pensamiento anglosajón, el concepto de "Drittwirkung", que significa literalmente el efecto para terceros. Con esto se quiere afirmar que las garantías constitucionales no deben restringir solamente el poder del Estado, sino también el poder que unas partes de la sociedad tienen sobre otras. Este paso, que reconoce que las garantías constitucionales no deben restringir solamente el poder del Estado, sino todo poder, es un importante paso intermedio, pero que no debe sólo aplicarse a los derechos negativos.

El derecho crucial para la ampliación de los derechos humanos es, naturalmente, el derecho a la propiedad, que en la concepción clásica se ha entendido como un derecho ilimitado. Los liberales llegan a sostener, y esto es coherente, que los impuestos son un robo, y esto especialmente cuando los impuestos tienen como meta una cierta redistribución. Es obvio y admitido por ambas partes en esta discusión que los derechos positivos solamente se pueden instaurar en la medida en que se limite el derecho ilimitado a la propiedad. Este derecho no es, como lo pretenden los liberales, un derecho divino o natural. Una vez que se defiende el que la tarea de los derechos no es sólo la limitación del poder del Estado sino de todo poder, el derecho a la propiedad tiene que ser limitado. Si la función general de los derechos humanos consiste en asegurar la dignidad humana, la constitución tiene que restringir los derechos negativos de los hombres allí donde éstos tienen consecuencias que se oponen a los derechos de los demás.

Visto así, no puede haber dudas sobre la necesidad de añadir derechos económicos y positivos, así como de limitar uno de los derechos negativos que es el derecho a la propiedad. Las dificultades se hallan en otra parte, en la institucionalización de estos derechos. Mencionaré dos problemas. Uno es el hecho de que los derechos clásicos negativos están más o menos claramente definidos y por esto son objeto de litigio, mientras que los derechos positivos no lo están. Esto es una consecuencia lógica del contenido de los dos tipos de derecho. La obligación de no intervención es algo claramente definido, mientras que la obligación positiva, la obligación de ayuda, nunca lo es. ¿Qué significa, por ejemplo, de acuerdo con la Declaración de las Naciones Unidas en su art. 25, el derecho a un nivel de vida adecuado? Si se introdujeran tales derechos en la constitución de un país, se tendría que determinar en qué consiste su concreción y en esto siempre habría algo arbitrario, o bien la declaración del derecho queda en mera declaración como es el caso de muchas constituciones sudamericanas. Un ejemplo sería el Art. 84 de la constitución

de Venezuela, en la que primero se dice "Todos tienen el derecho al trabajo", una frase aparentemente bastante clara, pero que se diluye inmediatamente por efecto de la que sigue, donde se explica que "El Estado procurará *que toda persona apta pueda obtener colocación*", etc. Es evidente que un derecho así definido no se puede reclamar.

La segunda dificultad surge de un punto que no he tocado aún, a saber la manera en que los juriconsultos creen tener que institucionalizar los derechos fundamentales. En Alexy, por ejemplo, encontramos una explicación de los derechos fundamentales definidos como "las posiciones legales que son consideradas tan importantes que el otorgarlas o no otorgarlas no se puede dejar a cargo de la mayoría simple del parlamento". De hecho, los derechos constitucionales clásicos desde la constitución norteamericana han tenido siempre también la función de proteger a las minorías contra arbitrariedades en las decisiones de la mayoría del parlamento. Aquí tenemos un problema muy profundo en la teoría de la democracia, porque al consentir estos derechos constitucionales el parlamento se impone límites a sí mismo. Vemos pues que hay una tensión entre el principio de democracia y los derechos fundamentales. Ahora bien, en la mayoría de los Estados es el poder judicial quien decide sobre la constitucionalidad de las leyes. Esto es una consecuencia necesaria de lo anterior. Pero si se institucionalizan los derechos económicos como partes de la constitución esto significaría que las decisiones sobre la política social y, por lo tanto, sobre gran parte del presupuesto de un Estado pasarían del parlamento a la corte suprema y con ello el parlamento perdería una de sus funciones democráticas centrales. Lo único que puedo comentar respecto a esta situación paradójica es que de todos modos debemos distinguir entre derechos morales y su institucionalización en la constitución. El que los derechos fundamentales sean institucionalizados en la constitución y así apartados del proceso democrático es algo plausible pero no necesario.

Lo dicho nos lleva a preguntarnos si quizás los derechos sociales y económicos estarían mejor protegidos en el caso de ser vistos bajo la perspectiva de la justicia. La justicia en la distribución de los bienes parece con razón más un asunto del poder legislativo, del parlamento. De modo que las dificultades que han aparecido en relación con los derechos humanos por sí mismas nos obligan a recurrir al concepto de justicia. Como ya me queda poco tiempo, tendré que ceñirme a algunos rasgos de la problemática. Una vez más empezaré con la explicación conceptual. ¿Qué es justicia? La perspectiva de la justicia entra en cualquier asunto moral tan pronto como éste tenga que ver con más de una persona. Hay una definición antigua que se encuentra en Platón, quien a su vez se remite al poeta Simónides, según la cual es justo asignar a cada quien lo que le corresponde o, como lo tradujo el juriconsulto romano Ulpiano, asignar a cada quien lo suyo, *suum cuique tribuere*. Al principio de la conferencia mencioné que la filosofía antigua no conocía el

concepto de derecho, pero en esta referencia a lo que le corresponde ya está contenido implícitamente el concepto de derecho. Pero en verdad esta referencia a lo que le corresponde es más amplia que la del derecho. Esto lo podemos ver si tenemos en cuenta que las dos formas principales de justicia -algo reconocido desde Aristóteles- son la justicia distributiva y la justicia retributiva. La justicia retributiva abarca la justicia de la que se trata en la ley civil y en la ley penal; en este último caso hablamos de justicia correctiva. Un mal se corrige por medio de una pena, y el imponer la pena puede ser justo o injusto. En este caso decimos que el delincuente recibe un castigo que merece o no merece; el juez sería injusto si le impusiera un castigo no merecido. Ahora bien, esta referencia a lo merecido es idéntica a la referencia de Platón a lo que le corresponde. También en el caso de un derecho podemos decir que la persona merece que se le dé algo. De modo que el concepto de merecimiento es un concepto más general que el del derecho; el término más especial o del derecho se refiere siempre a algo que está en el interés de uno y que, por lo tanto, se puede reclamar. Esto naturalmente no es así en el caso de un castigo. Puedo entonces resumir que una acción es justa en relación con otro u otros cuando corresponde con lo que cada uno merece. Podríamos también decir que lo justo es lo adecuado en este sentido; y entonces se distinguiría la justicia distributiva de la justicia retributiva en que lo merecido es, en particular, un derecho.

De justicia distributiva hablamos siempre que tenemos que distribuir un bien entre varios, y tal puede ser el caso dentro de un grupo pequeño, como por ejemplo una familia o -el caso más importante- dentro del Estado o de la comunidad internacional. El bien de que se trata puede consistir en bienes materiales, en particular dinero, derechos, poder. También las obligaciones comunes deben ser distribuidas justamente.

La pregunta fundamental en relación con la justicia distributiva es: ¿cuál es la medida según la que se establecen las relaciones comparativas sobre el derecho o merecimiento de cada uno de los receptores a obtener parte del bien distribuido? ¿Es que todos tienen el derecho de recibir la misma cantidad, o no? Desde los comienzos del pensamiento se dan fundamentalmente dos posiciones contrapuestas. Una es la igualitaria; la otra es la aristotélica, que dice: "lo mismo a los que merecen lo mismo, no lo mismo a los que no merecen lo mismo". Por tanto, sería una injusticia dar lo mismo a personas que no merecen lo mismo. Creo que una gran parte del problema filosófico de la justicia es entender bien cómo estas dos posiciones no son sólo opuestas sino que están también entrelazadas.

Podemos ver rápidamente que las dos posiciones no son tan opuestas como podría parecer, pues en primer lugar el igualitario está de acuerdo con el aristotelismo, ya que la presuposición del aristotélico es correcta. Todos tenemos que admitir -por lo tanto también el igualitario- que si dos personas no merecen lo mismo, sería injusto asignarles lo mismo, pero lo que el igualitario pone en cuestión es que esta

presuposición sea correcta, que haya diferencias en lo que uno merece. Mucho más importante me parece el segundo punto, a saber, que también el aristotelismo es en su primer momento igualitario, pues admite que si no tenemos razones para distinguir entre los derechos de los receptores, la distribución tiene que ser igual. Esto se ve bien en la máxima del aristotelismo de que no se puede distribuir de una manera no igualitaria si no se dan razones para hacerlo. Las razones se necesitan, pues, para la distribución desigualitaria y no al revés. Uno se puede dar cuenta fácilmente de la situación si piensa en el ejemplo de la distribución de pedazos de una torta entre los niños de una familia. Un niño podría decir que merece más porque tiene más hambre, el otro porque es mayor, el tercero porque la madre ya se lo había prometido y el cuarto porque es más bueno. Pero si nadie encuentra una razón, la distribución tiene que ser igual. La justicia es por lo tanto en su último fundamento necesariamente igualitaria. La razón es fácil de ver: una distribución en la que no se pueden dar razones de por qué debe ser desigualitaria tiene que ser igualitaria, porque este igualitarismo fundamental es una simple consecuencia de que se está aplicando una regla. Lo contrario de una distribución en la que se aplica una regla sería una distribución arbitraria. El concepto de lo arbitrario es el concepto opuesto al de la justicia y la regla más simple es la igualitaria.

Ahora bien, el próximo paso consiste naturalmente en la cuestión de si tenemos buenas razones, razones que se pueden justificar, para decir que hay diferencias en lo que se merece. Y aquí estoy convencido de que hay que hacer una distinción fundamental, que generalmente no se hace, entre lo que quiero llamar una discriminación primaria y una diferenciación secundaria. Según la discriminación primaria hay una diferencia básica del valor de diferentes clases de personas. Una tal discriminación primaria había sido característica del aristotelismo. Por ejemplo, los de otras razas valen menos o nada, las mujeres valen menos, algunos son virtuosos, otros no, etc. En relación con una tal discriminación primaria yo defiendo, como he demostrado en otro lugar, que no hay buenas razones para tales distinciones en el valor moral de cada uno si no tenemos una base religiosa o de alguna especie tradicional de moral: pero como ya no tenemos tal base hemos de rechazar toda discriminación primaria.

Es importante tener en cuenta el lugar específico de este último paso. No se trata ya de un resultado conceptual de lo que está contenido en el sentido de justicia -y naturalmente hay concepciones de justicia con discriminación primaria-, sino que es ya el resultado de una moral específica que me parece ser la única posible moral moderna, la moral de respeto universal e igual para todos.

Ahora bien, el respeto es también, naturalmente, un bien que se distribuye, lo que representa simplemente, como hemos visto, el otro lado de los derechos morales. De aquí se sigue que, si no hay discriminación primaria, los derechos fundamentales de todos son iguales, y de hecho esto es algo universalmente aceptado hoy. Al

menos los derechos fundamentales se distribuyen de una manera igualitaria, y en parte por esto se llaman derechos humanos. En relación con sus derechos fundamentales todos los humanos son considerados, desde el punto de vista de la normatividad, como iguales. Ahora puedo explicar el sentido de mi distinción entre discriminación primaria y diferenciación secundaria. La discriminación primaria se basa en una supuesta distinción previa de valor. Si se niega ésta, el valor de cada ser humano es el mismo, o como ya he indicado, podemos dejar de hablar de valor y decir simplemente que cada ser humano merece el mismo respeto. Pero ahora puede ser que tengamos que hacer distinciones de distribución precisamente por tenerles el mismo respeto -un respeto igualitario- a todos, y esto es lo que llamo una diferenciación secundaria. Por ejemplo, la madre que tiene el mismo amor y respeto a todos sus hijos hará una distinción secundaria si uno de los hijos está pasando hambre y los otros no, pero también si uno de los hijos tiene un derecho particular previo especial basado, por ejemplo, en una promesa hecha por ella. Hay en particular tres aspectos generalmente reconocidos en relación a los cuales parece justo hacer una distribución inigualitaria a base del respeto igual. Son: necesidad, derecho particular y mérito. En lo que sigue me voy a concentrar sobre un solo problema de distribución que es el principal, el de los recursos económicos. ¿Debe esta distribución ser a su vez igualitaria o, como muchos sostienen, no serlo? El problema consiste en que los diferentes apóstoles del desigualitarismo se basan en una u otra de estas perspectivas y en que estas perspectivas muchas veces se contradicen entre sí. Aquí voy a hacer solamente algunas breves -y sin duda insuficientes- indicaciones. La insistencia en derechos especiales y anteriores como promesas, propiedad ya adquirida, etc., siempre tiene un peso, pero no lo tiene cuando se trata de una reforma general de la sociedad. La referencia al mérito, aunque tiene un enorme peso fáctico en la manera de medir los sueldos en la sociedad moderna, dudo que tenga un buen funcionamiento, pero no tengo tiempo de entrar en esta cuestión. Queda entonces la referencia a la necesidad. Esta es ambigua. Si la necesidad se mide por criterios subjetivos, es decir, por el grado de insaciabilidad de cada uno, me parece carecer de justificación. Otra cosa es si hay una necesidad objetiva, como en el caso de los inválidos. En este caso creo que el profesor norteamericano Ackerman en su libro "Social Justice in the Liberal State" tiene razón al decir que estas desventajas hay que entenderlas como perjuicios por los cuales merecen una recompensa. Si las tres perspectivas de distribución desigualitaria secundaria pueden ser eliminadas, nos quedaríamos con un absoluto igualitarismo aun en este tercer nivel. Debo admitir que la manera en que he tratado este problema es tan sucinta que no puedo sostener que el igualitarismo en la distribución justa de recursos económicos esté probado. Pero para el paso siguiente, en el que debo combinar la perspectiva de la justicia con la perspectiva de los derechos humanos, es oportuno asumir hipotéticamente que lo hubiera probado. Voy pues a dar por supuesto que lo

haya hecho para que nos podamos enfrentar al problema que entonces se sigue. Y ahora quiero indicar que en la literatura contra el igualitarismo hay dos argumentos conceptualmente muy diferentes. Hay los que mantienen que el concepto de justicia sería él mismo desigualitario, y hay otra argumentación, que se encuentra en el liberalismo, que insiste en que la desigualdad entre los hombres es un hecho y que el intento de realizar una igualdad es, primero, algo artificial y, segundo, ello le da un poder excesivo a la burocracia conduciendo además a restringir la autonomía de los individuos que de por sí lleva a la desigualdad. Este segundo argumento me parece bastante fuerte, pero creo que se ha tenido demasiado poco en cuenta que se distingue fundamentalmente del primer argumento. El primer argumento contra el igualitarismo sostiene que el concepto mismo de justicia es desigualitario, mientras que el segundo argumento lo podemos interpretar de tal manera que se admite que la justicia es igualitaria, pero que hay buenas razones para no aplicar la idea de la justicia o para no aplicarla demasiado. Este último punto me parece contar con buenas razones en su favor. Además de los argumentos que acabo de mencionar es preciso indicar el problema fundamental, que se encuentra en la siguiente consideración. No parece ser evidente que, como lo asumen eminentes teóricos contemporáneos como Rawls y Ackerman, la sociedad debe ser sometida por completo a la justicia. Lo que la idea de justicia sí contiene es simplemente que donde quiera que haya que distribuir un bien común, éste debe ser distribuido según el principio de justicia que uno tiene, y este principio podría ser igualitario. Pero de la idea de justicia como tal no se puede deducir nada sobre el grado en que debe asumirse que las riquezas de la sociedad son un bien común. Se podría opinar que la razón por la cual muchos de entre nosotros hemos sido orientados al postulado de una justicia total no es la injusticia como tal sino la injusticia excesiva. Pero ésta podría ser restringida a su vez por medio de una rigurosa realización de los derechos económicos. Vemos ahora por qué tenemos que entender los problemas de la justicia y de los derechos humanos conjuntamente. Primero, porque la asignación de derechos fundamentales a todos es ya en sí un acto de justicia igualitaria. Segundo, porque hay una tensión entre dos tendencias alternativas de la moral política contemporánea contra la excesiva injusticia económica. Si tuvieramos una justicia igualitaria, no necesitaríamos derechos económicos. Por otra parte, podemos ver ahora que el sentido de otorgar derechos fundamentales es como el establecimiento de una justicia mínima. Se da en dos pasos: primero el otorgar los derechos clásicos negativos se puede entender como el establecimiento mínimo de justicia en el sentido de decidir que por lo menos ciertos contenidos -es decir, los de la libertad negativa- deben ser establecidos igualitariamente; el segundo paso consistiría en que habría que decir que, en vistas a una justicia económica, se establecen por lo menos derechos económicos mínimos.

En esta conferencia pretendo haber aclarado algunos aspectos conceptuales

sobre justicia y derechos humanos. Con todo, he dejado abiertos conscientemente ciertos problemas que han ido surgiendo; primero, la cuestión del establecimiento institucional de los derechos económicos en conexión con el problema de los poderes legislativo y judicial, y segundo, la tensión entre justicia económica total y aquella justicia económica mínima que encontramos precisamente en los derechos económicos. Me parece importante darse cuenta de hasta qué punto podemos alcanzar soluciones por medio de meras aclaraciones conceptuales y dónde la moral como tal no nos permite decidir entre las alternativas, lo que entonces debe ser llevado a cabo por el único procedimiento último que tenemos en cuestiones de política, que es la decisión democrática mayoritaria.