

PLURALISMO, ESTADO DE DERECHO Y DERECHOS HUMANOS

Gustavo GARCÍA FONG

COMBATE LA ESCLAVITUD

nació antes
que cada hombre naciese
reposa
en cada uno de nuestros cerebros
esperando
el mínimo descuido
signo de flaqueza
para rebrotar
truncando
el futuro
de todos
y cada uno de esos
holgazanes cerebros.
CHINCHO

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *El pluralismo como modelo de gestión grupal*. III. *La crítica del Estado*. IV. *Estado y derecho*. V. *Funciones del Estado*. VI. *La justificación del Estado mediante las funciones jurídicas y sociales*. VII. *Los derechos humanos como presupuesto de la legitimidad estatal e interestatal*. VIII. *Referencias bibliográficas*.

I. INTRODUCCIÓN

Uno de los elementos esenciales de la comprensión del derecho en los países iberoamericanos de tradición jurídica romano-germánica es el de pensar que la idea del derecho se fundamenta en la razón, en un concepto metafísico de razón, o sea —dicho pragmáticamente—, en la racionalidad

de lo racional. La razón alude a la capacidad humana del autodomínio y de la comprensión de la realidad de acuerdo con las dimensiones específicas de lo humano. El concepto sustancial de una razón existente independientemente de las personas, paulatinamente ha comenzado a desaparecer de la autocomprensión de la cultura occidental. Los intereses y las actitudes, las experiencias y las imágenes del mundo de los *racionales* (como individuos concretos) se han pluralizado en la sociedad civil de la modernidad.

El Estado de derecho y los derechos humanos constituyen una respuesta, en el contexto de las condiciones del pluralismo, a la pregunta sobre cómo puede construirse un mundo más justo, participativo e incluyente a partir de la libertad, todavía encadenada, de los individuos.

No voy a referirme en un sentido general a los derechos humanos, sino que me expresaré desde una perspectiva limitada y determinada. Mi cuestión será la siguiente: ¿cuáles son los contextos iniciales de la validez de los derechos humanos? ¿Es posible hablar de derechos humanos silenciando al derecho y al Estado? Y mi respuesta será esta: reconociendo la necesidad de una teoría general y de una política concreta de los derechos humanos —que no cuestiono—, los derechos humanos tienen que ser objeto del desarrollo del derecho de los derechos humanos. Esto significa, ante todo:

1. Reflexionar sobre la vinculación entre derecho y Estado, y
2. Adquirir una mayor conciencia de que hoy, y por mucho tiempo más, los espacios para hacer respetar los derechos humanos son el Estado y las instituciones jurídicas internacionales, y los consiguientes mecanismos de protección, tanto regionales como universales.

Parto en mi exposición de un enfoque de gestión de grupo que se ha denominado *pluralismo*, para preguntar luego por el sentido y los límites de la crítica al Estado y para aclarar las recíprocas relaciones entre derecho y Estado. Abogaré, además, a favor del principio de la legitimación de todas las funciones estatales en un Estado constitucional, democrático y de derecho, desde la perspectiva de la justicia social y política, es decir, de la justificación del Estado mediante el desarrollo de funciones jurídicas y sociales, o bien de la función y responsabilidad del Estado ante una realidad social concreta. En este contexto, me expresaré como partidario

de una complementariedad entre positivismo jurídico e ideas iusnaturalistas regulativas.

Finalmente, formularé un balance: el derecho de los derechos humanos determina hoy la universalidad y reciprocidad de la concesión de derechos humanos entre ciudadanos.

II. EL PLURALISMO COMO MODELO DE GESTIÓN GRUPAL

El pluralismo como modelo de relación intergrupala plantea, en la concepción de Gelles y Levine (1991), el modelo en el cual los grupos étnicos y raciales conservan sus propios lenguaje, religión y costumbres; de igual manera, socializan principalmente entre ellos mismos. Bajo esta modalidad, cada grupo conserva su diversa identidad, aunque todos participan conjuntamente del mismo sistema político y económico. Tal situación no significa que todos los grupos sean iguales y que el tratamiento entre ellos se lleve a cabo en el marco del respeto mutuo. Las diferentes relaciones existentes entre los grupos de una sociedad pluralista pueden ser tanto armónicos e igualitarios como hostiles y no igualitarios.

Como un clásico ejemplo del pluralismo igualitario puede citarse el caso de Suiza, en el cual coexisten como iguales cuatro grupos étnicos, a saber: alemanes, franceses italianos y romanches, donde cada cual ha conservado su distinta herencia cultural y su identidad grupal, pero ningún grupo domina a los demás.

Desafortunadamente, el pluralismo igualitario resulta ser la excepción. Las relaciones más frecuentes entre los diferentes grupos de una sociedad pluralista se han caracterizado por la recurrente tensión y conflicto; de esa cuenta, en un Estado pluralista no igualitario —de iure y/o de facto— el grupo dominante ordinariamente controla el gobierno y la economía.

En un contexto pluralista, es importante destacar la función primordial que a nivel epistemológico desempeñan tanto el concepto de *multiculturalidad* como el de *interculturalidad*. Ante todo, debe especificarse también lo que se entiende habitualmente por la expresión *cultura*.

Siguiendo al profesor Rodríguez Rojo (1995), por cultura se suele entender “el conjunto de modos de vida, de valores, de hábitos y costumbres, de comportamientos, de representaciones psicosociales, de actitudes y de conocimientos, transmitidos y defendidos por y dentro de un grupo social, étnico o nacional” (Rodríguez Rojo, 1995: 63). Del mismo autor

se extrae la definición de multiculturalidad: con ese término “se entiende el reconocimiento de un fenómeno social: la existencia de muchas y diversas culturas en el mundo. Se admite el hecho de la diferencia cultural, pero no se incorporan mutuamente los valores de las culturas diferentes” (Rodríguez Rojo, 1995: 63). Y finalmente, la intercultural o interculturalidad,

añade ese detalle importante: creyendo que se puede alcanzar una interdependencia enriquecedora de culturas, no sólo respeta el hecho de las diferencias, sino que el interculturalismo lo valora positivamente y lo reconoce abiertamente. Mientras para la multiculturalidad pueden existir culturas desiguales o superiores e inferiores, para la interculturalidad todas las culturas son iguales en dignidad, aunque diferentes en sus rasgos peculiares (Rodríguez Rojo, 1995: 63).

Dicho con palabras de Carlos Giménez (1996; citado por Velasco y Bermejo, 1999), “el ‘multiculturalismo’ parecería reflejar más bien una visión homogénea y estática de la cultura, como si se tratara de una foto fija, mientras que el ‘interculturalismo’ haría suya una concepción dinámica que subraya el carácter complejo, flexible y adaptativo de todo entramado cultural” (Velasco y Bermejo, 1999: 12).

De manera sucinta, merece la pena mencionar otros modelos de relaciones intergrupales que históricamente se han sucedido, y que han sido los modelos preferidos por los regímenes liberales para garantizar la cohesión social. De acuerdo con Velasco y Bermejo (1999), inicialmente se dio la *asimilación*, la cual presupone la superioridad de los patrones culturales mayoritariamente dominantes que generalmente se imponen sobre los restantes grupos. La asimilación persigue que los grupos minoritarios —o en ciertos casos mayoritarios, pero en condiciones desventajosas— se identifiquen paulatinamente con el resto de la población, acepten sus reglas, costumbres, lengua, mentalidad, hasta el punto de convertirse en algo diferente de lo que han sido, y a la postre pierdan la identidad propia a cambio de la gradual adquisición de los derechos de ciudadanía (por ejemplo, la cultura afroamericana). Otra modalidad es la *integración*, que representa una modalidad un poco más benigna que la asimilación; busca también la supresión de los rasgos culturales diferenciales, aunque no de manera directa, sino por medio de la extensión generalizada a todos los individuos de los mismos derechos civiles y políticos que disfruta la población mayoritaria o de acogida (aunque es importante señalar que la

connotación de la expresión *integración* varía en los distintos autores, y puede denotar desde la negativa uniformización aplanadora de la diversidad, hasta la proactiva promoción de un entorno de mutua tolerancia cultural). La integración suele dividirse en *cultural* —cuando se adopta, por ejemplo, la alimentación del grupo dominante, vestido, costumbres y lenguaje—, o *estructural* —que es posterior a la cultural y se refiere a la admisión a las grandes empresas y a las profesiones.

Gelles y Levine (1991) apuntan otros modelos de relaciones entre grupos: la *explotación*, que se refiere a la utilización de la raza y la etnicidad para servirse de los grupos minoritarios o mayoritarios en condiciones de desventaja. La explotación puede revestir distintas modalidades: la *colonización* de un territorio (apropiarse de las tierras de los nativos y exigirles trabajar en campos y minas como criados); la *segregación* (aislamiento de grupos en una determinada sociedad, v. gr., el *apartheid*, o importar trabajadores y criados de otros países), y la *esclavitud* (en la cual los miembros de un grupo son secuestrados, manteniéndolos en cautiverio y obligados a laborar para sus captores. Es la forma más extrema de explotación). La última forma es el *conflicto étnico*, que puede derivar en crímenes por odio racial, religioso, o político; por ejemplo, los ataques del ala derecha y los neonazis contra los inmigrantes y refugiados en Alemania, los ataques terroristas del Ejército Republicano Irlandés contra edificios del gobierno, la *Intifada* palestina, la guerra civil de Burundi en 1993 fundada en la rivalidad entre los *hutu* y los *tutsi*, la red de *Al Qaeda*, etcétera. La solución final al conflicto entre grupos ha sido el *genocidio*.

Retornando al pluralismo, el mismo fundamenta sus bases, al igual que sus límites, en la participación de los individuos en la dinámica social nacional, en los grados de su capacidad de juicio y en sus convicciones. Los ideales individuales y colectivos, los fines propuestos, las normas jurídicas y las metas del Estado representan también “contenidos de sentido y esquemas de interpretación” —por utilizar dos conocidas expresiones de Hans Kelsen— que forman parte de un contexto cultural. Plantean referencias a la historia y pertenecen al *sentido propio* (obstinado) de una cultura. Esto trae consecuencias también para la comprensión de la democracia, vale decir, del orden de la justicia social y política: los debates sobre la definición de la democracia son parte integrante de situaciones históricas, y ninguna definición puede arrogarse el monopolio exclusivo de la verdad.

Sólo una definición mínima —como por ejemplo, la propuesta por el jurista y filósofo italiano Norberto Bobbio— puede adjudicársele vinculación: “...la única manera de entenderse cuando se habla de democracia, en cuanto contrapuesta a todas las formas de gobierno autocrático es considerarla caracterizada por un conjunto de reglas (primarias o fundamentales) que establecen quién está autorizado para tomar las decisiones colectivas y bajo qué procedimientos” (Bobbio, 2000: 24).

Las ideas y normas jurídicas derivadas de las exigencias de los derechos humanos están comprometidas con el problema de que sus contenidos, y por ende, su normatividad, dependen en gran medida de su grado de contacto con la realidad, es decir, que tienen que realizar la universalidad de su validez, bajo las condiciones de la particularidad y pluralidad de los esquemas mentales y de comportamiento de los destinatarios de las normas. Es parte de la situación del pluralismo, que los principios formulados en la modernidad sobre la participación en la formación de la voluntad política, el respeto uniforme a los intereses de todos los miembros y la propia responsabilidad del juicio moral no son suficientes para alcanzar la garantía duradera de la libertad. La preservación del juicio ético-moral individual puede quizá favorecer un clima de tolerancia liberal, pero no resguarda contra las reglas aprobadas mayoritariamente, que obligan a otro comportamiento. De hecho, los principios que son constitutivos de una sociedad pluralista son cuestionables. Eso vale también para el principio “la dignidad de la persona humana es inviolable”, tal como lo expresó el profesor Richard Rorty en la conferencia que llevó por título “Derechos humanos, racionalidad y sentimentalidad”, con motivo de las Conferencias Oxford Amnesty (editada por Shute y Hurley, 1993), pues con frecuencia las violaciones de los derechos humanos no son reconocidas como tales por los violadores, ya que ellos no consideran *humanas* a sus víctimas, en ningún sentido relevante. Los intentos de estabilizar este principio como un *valor objetivo*, interpretándolo como un sucesor laicista de la fundamentación del derecho fundamental a partir de *Dios como (el) fundamento de todo lo creado*, son intentos condenados al fracaso. El derecho natural de cuño moderno es mucho más que una simple traducción de la concepción cristiana del derecho natural.

Sin embargo, las sociedades pluralistas tienen también el problema de que las personas —quieránlo o no— están obligadas a conservar la integridad de su convivencia, tomando como base los principios de la jus-

ticia y respetándose entre sí y como miembros de una asociación de individuos en condiciones de igualdad. Pero ¿cómo se alcanza la *integridad de una cultura jurídica* que es irrenunciable, incluso en condiciones pluralistas? La cultura jurídica consiste en que la Constitución o norma fundamental, las leyes ordinarias, los reglamentos y circulares, las sentencias judiciales o resoluciones de la administración pública y las decisiones particulares que se tienen por buenas, adecuadas y correctas, deben ser susceptibles de armonización con los principios y fines generales.

No es posible por ello quedarse en la consideración de las normas jurídicas como meros productos de intereses y de factores de poder, pues siempre queda abierta la cuestión del orden justo de los intereses. Y expresado todavía de otra manera, si en el marco del pluralismo resulta difícil reconocer un sistema de normas completo y comprensible para cada uno, es necesario entonces decidir sobre lo que debe ser justo. O, parafraseando a Gustav Radbruch (1993), “si existen recelos para fijar lo que es justo, entonces alguien tiene que prescribir lo que es justo”. Para evitar un decisionismo arbitrario, habría que someter las leyes y las instituciones políticas a una crítica ética, teniendo en cuenta el criterio de la crítica, sobre todo en la justicia política, en tanto que concepto fundamental de una crítica ética del derecho y del Estado.

III. LA CRÍTICA DEL ESTADO

Los esquemas democráticos se plantean que en la actualidad no se puede esperar ninguna solución a los problemas del presente, en una “política ejercida con actitud de animal de rapiña —tristemente se tienen ejemplos de ello, en algunos de los actuales gobiernos de Latinoamérica—. El programa de la democracia liberal tiene pocas simpatías con aquel ideal cívico que hace de las personas, antes políticos por naturaleza. Ser ciudadano de un Estado es, para la visión de los liberales, un rol artificial que “el hombre natural” —por utilizar la terminología de Rousseau (1979) en su conocida obra *Emilio, o de la educación*—, asume por prudencia para proteger su dimensión humana solitaria. Pero esto significa que los individuos son políticos, para protegerse como seres humanos. Por tal razón, puede sorprender que las corrientes socialistas converjan ampliamente con las liberales en la siguiente estrategia: la crítica del Estado, la exigencia de poner límites al poder del Estado. Los comunitaristas quie-

ren ponerle límites en nombre de la socialidad y del bien común, cuya protección estaría mejor garantizada por la familia y los diversos grupos, y los liberales, en nombre de la libertad del individuo.

Después del agotamiento del aporte de la metafísica de la *razón sustancial*, la referida estrategia resulta peligrosa. Tanto comunitaristas como liberales desconocen que precisamente el pluralismo obliga a reflexionar nuevamente sobre la vinculación existente entre libertad, derecho y Estado. Es verdad que la globalización de la economía neoliberal individualista está conectada a una ideología de una nueva cultura, en que las culturas se encuentran, las historias se entrecruzan y los territorios se sobrepone. Es en esta nueva cultura donde los derechos humanos encuentran su espacio. Con los derechos humanos se convierte en algo concreto y global lo que los filósofos, después de las ideas de Martín Heidegger, contenidas en *El ser y el tiempo* (1993) llaman el *ser-en-el-mundo*, de los hombres. Con la generalidad universal de los derechos humanos nos encontramos realmente *en el mundo*. El profesor Antonio Gimbernat Ordeig (1998) lo ha expresado así: “el único lenguaje universal que perdura como marco referencial es el de los derechos humanos” (Gimbernat Ordeig, 1988: 5). Este “mundo” no es ya el Estado nacional, como tampoco la economía nacional. Por otra parte, bajo las condiciones del pluralismo, también ha llegado a su fin cualquier centralismo político, sea de proveniencia estalinista o neoliberal.

Pluralismo y derechos humanos han establecido una nueva unión. Parte de esta unión o relación es, por un lado, el principio del fin de la estatalidad nacional, y por otro, el redescubrimiento de identidades culturales regionales y de autonomía local como base de la ciudadanía humana en el mundo. Dicho con otras palabras: la unificación de los grupos humanos en la idea de la justicia y del derecho va acompañada de la liberación para aquella diferencia cultural que consiste en el reconocimiento del *otro* de mí mismo y que posibilita así la identidad. El sujeto de los derechos humanos no es ya la *persona en general* hipotética y abstracta, sino la persona en una cultura jurídica.

No hay que olvidar que, como lo ha expresado mi profesor, el doctor Antonio Gallo (2002):

nos queda, pues, que la persona humana se reconoce y actúa, se constituye y desarrolla en el grupo. El grupo es el que se expresa como vida, lo cual incluye todos los elementos culturales, sociales, psicológicos, físicos y eco-

nómicos. El grupo étnico se identifica como una cultura o, mejor dicho, como una identidad que se expresa en cultura. La cultura del grupo, entendido modernamente como un sistema simbólico, es mucho más que esto y conlleva, cuando menos cuatro aspectos globales:

1. Una forma de vida y de relaciones entre personas humanas, que identifica a sus miembros y los hace respectivamente reconocibles.

2. Un lenguaje y un caudal de conocimientos acerca del hombre, del mundo, de los bienes útiles y las costumbres que crean un mundo espiritual común e ideales comunes.

3. Una interpretación intelectual y emocional del cosmos, de la naturaleza y de la vida humana.

4. Un sistema de valores humanos, de derechos y obligaciones y de relaciones interpersonales y con los demás seres del mundo; con sus cánones éticos, estéticos, políticos y jurídicos.

Estos cuatro grandes aspectos constituyen un patrimonio teórico y práctico que el grupo defiende como su propiedad y debe ser conservado o modificado en un posible desarrollo, según las líneas de entendimiento y las escalas de valores de este grupo (Gallo, 2002: 271).

¿Qué significa todo esto para la cuestión de las funciones y límites del Estado? Significa que hay que liberarse de todas aquellas funciones estatales no esenciales, y fortalecer al Estado en sus tareas fundamentales. No esenciales son las funciones que el Estado ha derivado de la ontología de la nación, de la ideología de la raza y de la prioridad de intereses económicos particulares; las funciones esenciales son aquellas que le corresponden al Estado constitucional como órgano del derecho, en interés de la libertad personal y la promoción de la dignidad de la persona humana. De esto se colige que el grito a favor de un Estado con menos funciones no es *a priori* la voz de la emancipación. Tanto en la concepción colectivista como en la neoliberal, la limitación de las funciones del Estado conduce a la eliminación del espacio público y a la autorización de intereses que en sociedades pluralistas no tienen ninguna justificación para tener privilegios. La crítica deslegitimadora del Estado va acompañada frecuentemente de una legitimación del terror de lo privado.

La globalización de una forma dominante de particularidad y privacidad no es ya ninguna visión utópica su nombre es *capitalismo*. En estas condiciones, ¿qué significa el decir *adiós al Estado* reclamado, en nombre de la libertad?

Con el Estado social, económico y ecológico, por una parte, y los regímenes transnacionales, internacionales y supranacionales, por otra, se nombran las metamorfosis más importantes mediante las cuales el Estado moderno reacciona a las situaciones generadas por el capitalismo. La cuestión que no se ha esclarecido suficientemente es la de saber si se trata de una metamorfosis en la que sigue siendo reconocible el plano de la construcción, el modelo, a través de toda la transformación de la figura; o de una metamorfosis que se traduce en descenso, degradación. ¿No se podría pensar que el capitalismo moderno representa un tipo nuevo de orden social en la historia mundial, cuya expansión a la larga va a costa de la estatalidad?

Detengámonos un momento en las controversias sobre el Estado. Definiciones como la que propone Max Weber, en la que se afirma que el Estado es “una relación de dominio de hombres sobre hombres apoyada en el instrumento del poder legítimo”, se orientan de forma demasiado unilateral hacia la característica del poder, como para que puedan comprender a cabalidad al Estado de derecho y sus funciones. Aceptable podría ser, aunque no es suficiente, la determinación general de que con el término *Estado* se designa un poder jurídicamente ordenado, soberano y político, territorialmente limitado, cuya finalidad y meta es la de regular de forma duradera y armónica la convivencia humana.

En la concepción moderna del Estado —en su tendencia— late una antropología escéptica. Ya Jean Bodin en sus *Six Books of the Commonwealth* (1955), escritos para defender el principio de autoridad y para describir la *commonwealth* ideal, y además, fundamentar una concepción orientada en la *razón* y en la *felicidad de los ciudadanos*, se proponía “seguir las reglas de la política práctica en lo posible”, y no un ideal utópico. Bodin se percataba de que “aquellos que son de una opinión en la definición del bien más alto, no siempre están de acuerdo en que un hombre bueno y un buen ciudadano, así como la felicidad de cada uno y la del Estado coincidan”. Cuando más tarde Kant en su *Metafísica de las costumbres* (1993) quiere definir al Estado como *la unión de un conjunto de hombres bajo leyes jurídicas* (Kant, 1993: 124, para. 45), se aprecia aquí también la idea de que las personas precisan de unos ordenamientos y que primeramente deben convertirse en ciudadanos del Estado de derecho. Al mismo tiempo, el concepto moderno de la ley jurídica no es éticamente neutral; contiene la idea de la justicia que limita al Estado. Con el con-

cepto de Estado está vinculada inmediatamente la cuestión por sus fines moralmente legitimados y por los límites de su poder. Así las cosas, el Estado no tiene ninguna estabilidad ontológicamente garantizada, sino que corre el peligro constante de perder su legitimidad, cuando los ciudadanos no lo reconozcan ya como forma de su mutua coexistencia.

En la modernidad, el Estado está expuesto fundamentalmente al conflicto de las interpretaciones. Su legitimación se funda en el supuesto de que la convivencia humana —en principio no armónica, sino conflictual— necesita de un medio de coerción por razones de orden. El rechazo del poder estatal se fundamenta en el supuesto *a priori* de una socialidad humana que hace superfluo al Estado, o en el supuesto de que el Estado no puede cumplir más que funciones de poder.

IV. ESTADO Y DERECHO

Frecuentemente, no se habla del Estado sin hablar del derecho. La situación es paradójica. En la modernidad, la prevalencia de la subjetividad de los derechos individuales motivó colisiones de intereses, y por ello una positivización jurídica de las relaciones de vida humanas, que antes estaban reguladas por su conformidad con la moral y la eticidad. Lo paradójico se puede presentar en una fórmula simple: cuanto más libertad, tanto más derecho; cuanto más derecho, tanto más Estado; cuanto más Estado, tanto menos libertad; cuanto menos libertad, tanto mayor la necesidad del derecho —del Estado, etcétera.

La idea de los derechos humanos que le corresponden a cada individuo por *naturaleza*, es decir, antes de su positivización por el Estado, nació de la necesidad de asegurar la libertad por el derecho —frente a la tutela o la opresión estatal—. Sin embargo, la realización de todo derecho se pone en manos del Estado como institución de regulación jurídica. El pluralismo resulta ser otra vez el que plantea nuevos problemas para la relación entre derecho y Estado. Reivindicaciones de una sola fundamentación axiológica material de las normas jurídicas son tan poco justificables como la afirmación de una sola verdad. El derecho positivo tiene por esto límites estrechos: 1. El límite que se muestra en la cuestión de qué es lo necesario regular, en general, y 2. El límite que resulta del carácter ampliamente formal de la Constitución como *norma fundamental*.

Las normas de derecho de las Constituciones democráticas fundamentan un sistema jurídico determinado *en su contenido*, pero no se fijan qué es lo que se debe con base en las normas de derecho fundamental. La razón de esto no radica solamente en la apertura semántica y estructural de las definiciones de derecho fundamental, sino esencialmente también en el carácter de principio de las normas de derecho fundamental. Su carácter de principio implica la necesidad de ponderación. El procedimiento de la ponderación es ciertamente un procedimiento racional, pero no es ningún procedimiento que lleve en todo caso a exactamente una solución. La apertura de la ponderación lleva a una apertura del sistema jurídico, determinado en su contenido por las normas de derecho fundamental. Además, significa la validez de las normas de derecho fundamental, que el sistema jurídico es un sistema abierto frente a la moral.

Como en la sociedad es prácticamente imposible no tener que decidir y renunciar a la normatización, el problema de una relación entre Estado y derecho, que tiene su criterio en la justicia, parece insolucionable. No obstante, una tendencia histórica constatable da motivo de esperanza. Me refiero al evidente cambio de paradigmas consistente en el pasar de un pensar desde el Estado, a un pensar desde la Constitución. Sobre todo en el concepto del Estado social, que se ha convertido en un Estado que planea, distribuye, configura y hace posible tanto la vida individual como social, se muestra una liberación de la hasta ahora existente fijación estatal. La orientación de la Constitución referida al Estado y a la sociedad, así como en la democracia como forma de vida, fortalecen esta tendencia. De acuerdo con esto, la democracia no puede ya ser entendida sólo como mero principio de organización del Estado; según su idea ella es autodomínio de los ciudadanos, y en cuanto tal tiene que envolver a toda la sociedad civil. La democracia es por eso “el principio primariamente determinante del orden constitucional. Ya Karl Popper (1996) definió claramente qué se debe esperar de una democracia occidental: “...las instituciones democráticas tienen por objeto liberarnos de los gobernantes malos o incompetentes o tiránicos sin un baño de sangre” (Popper, 1995: 70).

Característico del cambio en la cultura política y jurídica es, por otra parte, una nueva actitud frente a la positividad del derecho. Si en la sociedad civil dominaron desde el siglo XVII concepciones en las que el derecho como derecho dado no necesitaba ser fundamentado racionalmente y

reivindicaba su validez a partir de su inmutabilidad, hoy son conscientes, en cambio, de que el derecho es derecho positivo y positivizado. Quien concede esto, pide una fundamentación, y parte de la constante mutabilidad del derecho. La crítica del derecho abre nuevos caminos con base en la idea de que no todo el derecho cumple de la misma manera las siguientes funciones:

- Fundamentar el Estado desde la Constitución (y no al revés).
- Fundamentar racionalmente la autonomía del derecho frente al poder político.
- Corresponder a las exigencias de regulación e integración de una sociedad pluralista, y
- Fundamentar y desarrollar la democracia como forma de configuración de todos los sectores del Estado social.

Pero con esto no se ha decidido todavía qué es y qué deba ser la democracia. También los modelos políticos son como interpretaciones propias (obstinadas) de contextos de culturas. A esto corresponde que los conceptos de democracia aceptables tienen que ser formales; son esencialmente procedimentales. Pero, haciendo caso omiso de esta formalidad, hay algo que está indisolublemente ligado al concepto de democracia: la forma de poder en la que los ciudadanos mismos y su Estado “se ponen en el derecho”, es expresión de la interdependencia entre el Estado y la sociedad. Por eso, no se puede realizar plenamente el principio de la democracia en el sector estatal sin democratizar la sociedad. Son los derechos humanos y los principios de la estatalidad social y jurídica, y de la democracia, fundados en aquéllos, los que obligan a la legislación, al Poder Ejecutivo y al derecho a encargarse de la realización de las decisiones fundamentales, también en el campo de la sociedad.

El pluralismo de las libertades y el orden de un derecho regulador de las libertades están en una relación de complementariedad: el derecho “doméstico” el Estado-poder; el derecho se realiza en el Estado-constitucional, bajo la condición de estar comprometido con la justicia política y social.

La democracia moderna exige principios de justicia, de igualdad y de universalidad del derecho, que sean formales y neutrales frente a las interpretaciones del mundo. Estos principios pueden reclamar su validez

como derecho positivo formal. Y esto significa, hablando con Hans Kelsen, “la renuncia a la costumbre tradicional de defender en nombre de una ciencia del derecho, es decir, recurriendo a una instancia objetiva, exigencias políticas que sólo pueden tener un carácter sumamente subjetivo, aun cuando se presenten con la mejor fe como ideal de una religión, de una nación o de una clase”.

V. FUNCIONES DEL ESTADO

Las transformaciones en el derecho positivo pueden ser leídas, por lo general, como respuestas a cuestiones que se plantean a partir de experiencias de injusticia. Una de las respuestas que se dan en Europa después de las experiencias del totalitarismo, pero también en razón de deficiencias jurídicas en los Estados del llamado socialismo real, consiste en que “no solamente el Estado es el enemigo potencial de los derechos humanos, sino que amenaza también el terror del derecho fundamental desde los ciudadanos, como detentores del derecho fundamental, esto es, desde nosotros”. Una conclusión se ve en el concepto de la “democracia militante”: esto significa una “fijación de valores por la Constitución, que en el proceso democrático de formación de la voluntad no deben ser violados”.

Los derechos humanos son derechos directamente vigentes; son vinculantes para la legislación, el Poder Ejecutivo y la totalidad del ordenamiento jurídico. Para proteger de todo peligro la vinculación jurídica a través de los derechos humanos, es decir, la obligación de todo poder estatal en la protección de “la dignidad de la persona humana y al respeto de los derechos humanos como fundamento de toda comunidad humana, de la paz y de la justicia en el mundo”, las Constituciones democráticas conocen el principio de la obstrucción del contenido esencial: ningún derecho fundamental deber ser violado en su contenido esencial.

Supuesto esto, se considera a los Estados como legitimados para ejercer funciones de protección y de control de los ciudadanos, pero también de autoprotección frente a los ciudadanos. Así, por ejemplo, está la familia bajo la protección del orden estatal, y la obligación de los padres a educar a los hijos es controlada por el Estado. Las Constituciones democráticas conceden también protección ante la situación de apátrida, aunque a precio de que la garantía de derechos iguales está conectada a una ciudadanía estatal-nacional. El Estado es responsable frente a los ciuda-

danos en caso de violación de sus obligaciones oficiales, y debe posibilitarse a los ciudadanos afectados el recurso a la vía legal. Por otra parte, la protección del Estado frente a los ciudadanos también tiene un gran peso en las democracias.

La ambigüedad del Estado se funda en la problemática de la diferencia, y a veces de la contradicción entre el derecho a la libertad y la garantía de la libertad: “Los individuos necesitan el Estado para poder gozar sus derechos y fomentar sus intereses. El Estado protege la libertad de cada uno y la limita al mismo tiempo, de tal manera que no perjudique la libertad igual de cada uno de los demás”. Por otra parte: “En la medida en que el Estado está equipado con poder y medios de coerción para cumplir esta tarea, este poder del Estado tiene a su vez que ser limitado de manera que no amenace la libertad de los individuos”. Dicho en forma sintética: “la condición jurídica que garantiza la libertad no se hace por sí misma, sino que necesita también de la instancia que, dado el caso, establece el derecho, lo promulga concretamente y que asegura su observancia frente a los resistentes. El derecho exige el Estado como institución de su propia garantía”.

VI. LA JUSTIFICACIÓN DEL ESTADO MEDIANTE LAS FUNCIONES JURÍDICAS Y SOCIALES

Una concepción realista de los derechos humanos no puede ignorar que la universalidad y la validez de estos derechos —si no quieren ser conjurados sólo de manera declamatoria— necesitan de la realización del derecho por el Estado, al menos por un espacio de tiempo previsible. *Sólo unos derechos humanos positivizados pueden asegurar la libertad y la justicia*. Aquí hay que tener en cuenta como un problema, la representación de las contradicciones sociales de intereses en el marco de la democracia fundamental.

Bajo las condiciones del capitalismo, la capacidad de función de una democracia política, de la que debe esperarse la protección de los derechos humanos, depende de su desarrollo en el sentido de la democracia social. Sólo entonces, como diría Hermann Heller, puede el poder del Estado, ser poder jurídico; esto quiere decir no solamente actuar técnico jurídicamente como poder, sino valer como autoridad legitimada y comprometida moralmente con la voluntad. Los derechos del Estado son

legítimos no porque aseguren un orden social, sino sólo porque persiguen un orden justo. Sólo a través de la relación de la función estatal con la función jurídica es posible la sanción del Estado. Sin una separación entre derecho e injusticia no es posible una justificación del Estado. Esta separación se puede llevar a cabo sólo sobre la base de un criterio jurídico, que debe suponerse como estando por encima del Estado y su derecho positivo. Cito otra vez a Heller: “Que el Estado sólo puede ser sancionado en su calidad de organización para la garantía jurídica, quiere más bien decir que puede ser justificado sólo en cuanto que sirve a la aplicación y a la realización de principios jurídicos éticos”.

VII. LOS DERECHOS HUMANOS COMO PRESUPUESTO DE LA LEGITIMIDAD ESTATAL E INTERESTATAL

En su *primera generación*, los derechos humanos positivados son tan concretos que no se tiene ya necesidad de las declamaciones vacías de una ideología de los derechos humanos. Al mismo tiempo, han permanecido suficientemente generales como para asegurar su universalidad y poder responsabilizar a los Estados de distintas culturas políticas y jurídicas. De esta suerte, considerar, por ejemplo, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, uno de cuyos preceptos dice: “de acuerdo con los principios proclamados en la Carta de las Naciones Unidas, (el) reconocimiento de la inherente dignidad y de los derechos iguales e inalienables de todos los miembros de la familia humana es la base de la libertad, la justicia y la paz en el mundo; reconociendo que estos derechos se derivan de la inherente dignidad de la persona humana...”.

Para los derechos humanos vale también lo que hay que decir de los derechos fundamentales: el reclamo de derechos fundamentales, por una parte, y el orden estatal, por otra, se condicionan mutuamente en constelaciones históricas cambiantes:

El derecho es derecho históricamente devenido y sin su historia no se puede comprender... Los derechos fundamentales son, como parte del derecho estatal y constitucional, derechos políticos y están sometidos al cambio de los órganos políticos. Al mismo tiempo, los derechos fundamentales son también una respuesta a la cuestión fundamental permanente por la relación entre libertad individual y orden político.

La ampliación, concretización y positivización legal de los derechos humanos y el derecho internacional como derecho del ciudadano del mundo, sobrepuesto a los Estados nacionales, conforman hoy las condiciones fundamentales de la universalidad y la reciprocidad de la concesión de los derechos fundamentales entre los ciudadanos. Con los derechos humanos en su figura positivizada ha ganado realidad una perspectiva antes utópica; los derechos humanos fundamentan así el presupuesto de una cultura jurídica cosmopolítica, es la forma de la libertad que los ciudadanos y ciudadanas deben concederse y garantizarse mutuamente y universalmente. No es, pues, el *Estado* o la *comunidad* los que conceden derechos y libertades a los ciudadanos/as, sino que los ciudadanos/as son al mismo tiempo autores y destinatarios de los derechos a la libertad.

Cómo pueden fundarse estos derechos a la libertad, es algo que depende esencialmente de la respuesta a la cuestión siguiente: ¿hay razones jurídicas pre-positivas que, bajo las condiciones del pluralismo de las imágenes del mundo individualizadas, así como actitudes axiológicas y concepciones jurídicas que puedan reclamar una validez universal? La otra cuestión de si la Constitución como norma fundamental tiene su criterio de juicio en los derechos humanos, no se puede resolver sin la respuesta a la primera. Mi respuesta es esta: la fundamentación de normas y la explicación de las leyes desde el derecho, más exactamente desde la *norma fundamental*, que se llama Constitución, no son posibles sin definiciones materiales mínimas.

El contenido material de la *norma fundamental* consiste en el cuerpo los *derechos humanos*.

Se trata de una fundamentación de un argumento que es en definitiva iusnaturalista, y que Arendt (citada por Lafer, 1994) lo formuló así:

De todos los conceptos que se emplean en este contexto el concepto de los derechos humanos es todavía el más claro: designa los derechos que deben ser comunes a todos los hombres en virtud de su ser humano e independientemente de su edad, del color de su piel, de su sexo, de su ciudadanía o de su procedencia social, derechos que además no son dados o concedidos por el Estado, sino que le corresponde a aquel que lleva un rostro humano por naturaleza, en virtud de su nacimiento, derechos que por su carácter original e inalienable no pueden ser denegados ni en principio tampoco retirados, y a los que tampoco nadie (voluntaria o involuntariamente) puede renunciar.

El problema de la universalidad está unido al problema de la fundamentación. Los Estados tienen que tener una razón para poder reconocer que las reglas vinculantes internacionales: 1. No contradigan su sistema de normas internas, y 2. Ajustar el derecho interno de las normas convenidas, en caso de que entren en contradicción con los derechos humanos.

No veo otra solución al problema de recorrer el camino de la fundamentación, que recordar la interpretación de la función regulativa del derecho natural: la abstracción consciente (de las teorías iusnaturalistas) de todas las condiciones de constitución de los sujetos, la reducción atomística de los individuos a una *naturaleza*, que reclama prioridad lógica y normativa frente a las organizaciones estatales, tenía por fin el atribuirle a esta naturaleza del hombre, derechos que eran anteriores a las instituciones políticas. Precisamente, las abstracciones de esta argumentación iusnaturalista sirvieron a la calificación de todos los derechos a la libertad como derechos preestatales.

Es precisamente esta abstracción de la idea regulativa del derecho natural la que bajo las condiciones del pluralismo ofrece dos presupuestos esenciales para un derecho a los derechos humanos universal y que al mismo tiempo respete la diferencia de las culturas. Por una parte, permite el derecho natural así entendido la mediación entre la universalidad jurídica cosmopolita y diferentes positivizaciones interestatales de los derechos fundamentales, que tengan en cuenta las culturas jurídicas históricas. Por otra parte, se puede legitimar sobre esta base una reivindicación, que de otra forma podría conducir al relativismo e incluso al etnopluralismo. Esta reivindicación reza: “El derecho internacional de los derechos humanos tiene que hacer responsables a los Estados para que implementen los ideales axiológicos de sus propias civilizaciones, pero no aquellos que les son extraños”. El conflicto de las interpretaciones no queda ciertamente resuelto con esto; pero tenemos un criterio para discernir entre buenas y malas versiones del derecho, del Estado y de los derechos humanos.

VIII. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- BOBBIO, N., *El futuro de la democracia*, México, FCE, 2000.
BODIN, J., *Six Books of the Commonwealth*, trans. de M. J. Tooley, Oxford, Alden Press, 1955.

- GALLO, A., *Ver de verdad*, Guatemala, Universidad Rafael Landívar, 2002.
- GELLES, R. J., y LEVINE, A., *Sociology: an Introduction*, McGraw-Hill, 1991.
- GIMBERNAT ORDEIG, J. A., *Los derechos humanos. A los cincuenta años de la Declaración de 1948*, Madrid, Sal Terrae, 1998.
- HEIDEGGER, M., *El ser y el tiempo*, México, FCE, 1993.
- KANT, I., *La metafísica de las costumbres*, trad. de A. Cortina Orts y J. Conill Sancho, Barcelona, Altaya, 1993.
- LAFER, C., *La reconstrucción de los derechos humanos. Un diálogo con el pensamiento de Hannah Arendt*, trad. de S. Mastrangelo, México, FCE, 1994.
- POPPER, K., *En busca de un mundo mejor*, Barcelona, Paidós, 1996.
- RADBRUCH, G., *Introducción a la filosofía del derecho*, trad. de W. Rocco, México, FCE, 1993.
- RODRÍGUEZ ROJO, M., *La educación para la paz y el interculturalismo como tema transversal*, Barcelona, Oikos Tau, 1995.
- ROUSSEAU, J. J., *Emilio, o de la educación*, México, Porrúa, 1979.
- SHUTE, S. y HURLEY, S., *De los derechos humanos. Las Conferencias Oxford Amnesty de 1993*, Madrid, Trotta, 1998.
- VELASCO ARROYO, J. C. y BERMEJO ESCOBAR, F. J., *Multiculturalismo. Aspectos político, económico y ético*, Madrid, Sal Terrae, 1999.