

Andrés OLLERO

¿Son jurídicos los derechos humanos?

La coexistencia expresa una “paridad ontológica”, que “no lleva consigo un ser-con en el sentido de un estar-aquí-al-lado simple y fáctico”, sino “una relación de reconocimiento y comunicación”, un “estar en una relación de acogida mutua”

Cfr. S. COTTA, *La coexistencialidad ontológica como fundamento del derecho*, en “Persona y Derecho”, 1982 (9), p. 17.

El interrogante no deja de resultar curioso. Si calificamos como jurídico todo lo relativo al *derecho*, cómo podría no ser jurídico algo que identificamos como *derechos*; si no fueran jurídicos, lo menos que habría que hacer es cambiarles el nombre. Podríamos llamarlos, por ejemplo, buenos deseos para el futuro de la humanidad, que no suena nada mal.

La pregunta no deja sin embargo de tener su lógica. Denuncia el abuso de doble lenguaje en que el discurso sobre los derechos humanos aparece instalado. Por un lado, se han convertido en la quintaesencia de lo políticamente correcto. A ver quién es el valiente que se atreve a defender que eso de los derechos humanos no pasa de ser un modo de hablar.

A la vez, sin embargo, sugerir que esos derechos – que tendría el hombre por el simple hecho de serlo, sin necesidad de que se los otorgue el Estado – son tan jurídicos como los otorgados por una ley supone defender el último reducto de un derecho natural que, acosado por los más variados frentes, parece convertido en arquetipo de lo académicamente incorrecto. El imperio de la racionalidad científico-positiva da por muerta y enterrada en todo el

planeta a la metafísica, en la que inevitablemente encuentran fundamento. Añádase a ello en terruño español el acendrado cultivo del nacional-agnosticismo, o de la cruzada laicista, y se comprenderá que la cuestión no está para bromas.

La curiosidad sobre si hay vida después de la vida alimenta – una vez marginada la teología- la más variada programación de espacios parasicológicos. No es por ello extraño que – anatematizado el derecho natural – el afán por defender políticamente lo que ha dejado de ser académicamente defendible lleve a formular una pregunta no menos esotérica: *¿existen derechos antes del derecho?*

La respuesta se verá inevitablemente encuadrada en tres núcleos problemáticos. Me refiero a la siempre polémica relación entre derecho y moral, a la controvertida articulación de principios y normas dentro del llamado derecho positivo y, como ya queda insinuado, al presunto dilema entre ese ordenamiento jurídico y un derecho natural, no se sabe si paralelo.

El problema consiste en que el positivismo obliga a mantener un concepto de derecho absolutamente contradictorio con el implícito en los derechos humanos. Si por derecho se considera sólo un derecho positivo entendido como el puesto de una vez por todas por los poderes del Estado, está claro que mientras que tales poderes no los otorguen nadie tiene derecho a nada. Lo de ‘derechos’ humanos sería un elegante modo de hablar, para referirse a aquello que se considera debería otorgar un Estado políticamente correcto; si no lo hace, tocará esperar; o, como mucho, alentar dentro de él alguna revuelta capaz de alterar la situación. Para reconocerlos como auténticos derechos, habría que cambiar de teoría jurídica.

En cuanto a los derechos subjetivos, su fundamento no puede ser más claro, dentro de la más pura ortodoxia del positivismo normativista. Tenemos derecho a aquello que las normas nos conceden, imponiendo a quienes corresponda los correlativos deberes. Sólo el llamado derecho objetivo (un sistema de normas) puede servir de fundamento a coyunturales derechos subjetivos.

El problema surge cuando de los derechos subjetivos pasamos a los derechos fundamentales. Estos, como su mismo nombre indica, no serían mera secuela de las normas, sino que más bien las dotarían de fundamento. En consecuencia, su obligado respeto se convertirá en condición de la validez de cualquier norma. Las co-

yunturales mayorías parlamentarias, legitimadas para crear normas, sólo podrán hacerlo respetando el *contenido esencial* (artículo 53.1 Constitución Española) de estos derechos, obviamente pre-legales. Tales derechos condicionan la validez de las normas, al menos *negativamente*: no será válida norma alguna que los vulnere. Queda por aclarar en dónde encuentran ellos, a su vez, fundamento. La respuesta parece fácil: en la Constitución, que no es sino la ley suprema, ley de leyes o norma de normas.

Con ello nos habríamos limitado a reenviar el problema, porque es bien sabido que las más arduas interpretaciones de los textos constitucionales giran precisamente en torno a cuál sea el contenido (esencial o no) de cada uno de los derechos fundamentales. Podríamos dar por hecho que existen exigencias previas al derecho positivo, de las que éste en su dimensión suprema se alimentaría; para no llamarlas derechos, podríamos llamarlas valores (“superiores” incluso, según el artículo 1.1 CE) o principios. Pero ¿se trata de valores o principios propiamente jurídicos o se convierten sólo incidentalmente en tales cuando les aplica la varita mágica el rey Midas kelseniano? El positivista se verá obligado a inclinarse por lo segundo; previamente tendrían una dimensión meramente ‘moral’, o no serían sino errantes principios programáticos en busca de norma que los aloje.

Esa exigua condición jurídica que a tales derechos se atribuye no parece estar muy a la altura de la prosapia política con que se les enarbola. Ello explica el intento de desembarazarse de tan incómoda tesitura por elevación. No tendría mucho sentido seguir dándole vueltas a cuál sea el *fundamento* de los derechos fundamentales; todo el mundo se habría mostrado ya de acuerdo hace ahora sesenta años en cuáles son, al asumir documentos como la Declaración Universal de Derechos Humanos de Naciones Unidas. Ese documentado *consenso* no deja de revestir cierto aire de derecho positivo, aunque se trate de un documento internacional de no fácil encaje en el más ortodoxo concepto de positividad.

Considerar la aludida Declaración como una especie de escritura pública, que daría fe del consenso de sus signatarios sobre la existencia de determinados derechos de obligado respeto, tropieza con un doble escollo. Los mismos que intervinieron en su redacción desmienten que tal consenso existiera. Como no ha dejado de ocurrir también en trances constituyentes – el español, sin ir más

lejos –, si se suscribieron tales términos, fue a condición de no preguntarse sobre su efectivo contenido. Tiempo habría para que éste, con suficiente consenso, se fuera explicitando. Pero, cuando llegó el momento de concretar la Declaración en unos Pactos internacionales de mayor incidencia práctica, el consenso acabó brillando por su ausencia; más bien llevó a diagnosticar un síndrome de diplopía o doble visión. Hubo que separar por un lado unos derechos civiles y políticos, con la presunta virtud de servir de *freno* a los poderes del Estado; por otro, unos derechos económicos, sociales y culturales, con la pretendida capacidad de activar la *entrada en juego* de esos mismos poderes. Mientras que los primeros mantenían un confuso aire pre-estatal, los segundos aparecían adosados a las ubres nutricias del Estado.

Por otra parte, el intento de fundamentar los derechos humanos en un consenso históricamente consumado, fácilmente constatable en *tópicos vigentes* generalmente asumidos, cercenaba uno de los aspectos decisivos de estos derechos: su *dimensión utópica*. Cuando, por ejemplo, se los invoca para poner fin a la discriminación por razón de sexo, no se está apelando a una conciencia mayoritaria plasmada ya en vigorosos tópicos. Se está abriendo paso más bien, a través de una función promocional y no represiva del derecho, a un horizonte que se muestra aún minoritariamente asumido; gracias a ello se romperá con estereotipos consolidados, asumidos no pocas veces por las propias víctimas.

Ante esta situación sólo cabe una doble alternativa. Continuar ignorando la cuestión del fundamento de los derechos, instalándose confortablemente en el doble lenguaje: nada más importante pues, ni menos fundamentado, que los derechos humanos. El resultado será que los habrá en la medida en que a los Estados les venga bien. Cualquier intento de ir más allá dará paso a situaciones acrobáticas, al no concebirse un derecho previo al Estado. Los mismos Estados que se arrojan la condición de evaluadores del ámbito internacional, dictaminando qué régimen político satisface un mínimo ético y a cuáles hay que considerar insertos en el eje del mal, acabarán recurriendo a ‘deslocalizar’ sospechosos, situándolos fuera del ámbito de acción de sus propios mecanismos democráticos de control, o a exportarlos para que sean eficazmente torturados fuera de sus fronteras.

No será tan fácil partir, como alternativa, de la existencia de unos auténticos derechos que acompañan al hombre por el mero hecho de serlo. Exigirá replantear el concepto mismo de derecho, admitiendo que los Estados se legitiman precisamente en la medida en que se muestran capaces de reconocer esos derechos que le son previos, respetando un contenido esencial que ellos no pueden establecer. En consecuencia, ninguna Constitución concede ni otorga esos derechos humanos, sino que los reconoce; ya que éstos ya existen con 'previa' realidad jurídica. Precisamente porque la tienen, exigen verse positivados, lo que no ocurriría si se tratara de meras exhortaciones morales. Todo ello presenta como inseparables la *vocación utópica* y la *exigencia de positivación* de unos derechos humanos, que dejarían así de verse tratados como meras proclamas bienintencionadas.

Esto equivale a reconocer que derecho no es aquello que ponen, o imponen, los Estados gracias a su capacidad de administrar el uso de la fuerza y de gestionar los símbolos homologadores que anuncian su posible entrada en juego. El derecho, y los derechos, tendría que ver, ante todo, con el logro de un ajustamiento de las relaciones sociales. No hay disposición estatal que no apunte a ese horizonte de justicia. Al hacerlo, no se limita a recurrir oportunistamente a una estrategia de legitimación. Sin referencia a la justicia nunca habrá derecho alguno, sino mera fuerza bruta, por mucho formalismo con que se la engalane. Tampoco las meras pretensiones o caprichos individuales se convierten porque sí en derechos, sino sólo cuando exhiben convincentemente como título fundamentador un ajustado enlace del despliegue de la propia libertad con el respeto al otro como un igual.

Cuando, de un modo u otro, se formula una propuesta de ajustamiento se pone en marcha, a la vez, ese proceso de positivación sin el que lo jurídico resultaría siempre ilusorio. Se trata de un proceso que implica la confluencia de un triple ingrediente: juicios de valor vinculados a un determinado concepto, más o menos reflexivo, de *justicia objetiva*; progresiva inserción en los *mecanismos formales e institucionales* que sirven de punto de referencia al ordenamiento jurídico; arraigo que va convirtiendo lo que era mero punto de vista teórico en vivida '*consuetudo*' social. (Así lo hemos puesto de relieve en versión más extensa de

estas reflexiones: *El derecho en teoría* C. Menor, Thomson-Aranzadi, 2007).

Todo ello pone de relieve lo inoportuno, e incluso perturbador, del recurso a la contradictoria terminología de los presuntos *derechos morales*. Por supuesto que el respeto de estos derechos de que venimos hablando, tan vinculados al ser humano como para que éste resulte ininteligible privado de ellos, tiene en su raíz una ineludible dimensión moral. Habrá pues que dar por descontada una obligación moral, más que jurídica, de abstenerse de todo lo que pueda vulnerarlos. Pero no son jurídicos porque puedan generar tal dimensión moral, ni porque reposen inevitablemente sobre una concepción de cómo el ser humano deba comportarse para llegar a la perfección; son jurídicos porque aparecen como exigibles para dar paso a la indispensable convivencia humana. Otras exigencias morales habrá que nunca podrán servir de fundamento a derecho alguno, precisamente por no repercutir en la práctica sobre dicha convivencia. Por otra parte, el mero ejercicio de sus derechos no garantiza al hombre perfección alguna. Su relevancia será más bien *negativa*: sin ellos, no podría aspirar siquiera a buscarla. Constituyen, como todo lo jurídico, un mínimo ético; aunque, como todo lo jurídico, condicionará el posible logro de cualquier óptimo ético.

Esto explica que estos derechos humanos, al insertarse en el ordenamiento positivo aparezcan como fundamentales, erigiéndose en su núcleo duro. De ahí que se les sustraiga del juego coyuntural de las mayorías parlamentarias. Pero su diferencia con cualquier otro derecho será siempre de grado. Toda norma suscita – siquiera genéricamente – una obligación moral de respeto, dada la relevancia positiva del orden social que contribuye a mantener; todo derecho tiene como fundamento – al menos mediato – un título con relevancia moral, al menos por apoyarse en un legítimo despliegue de la libertad personal y en un simultáneo trato al otro como un igual. Si bien no toda obligación moral reviste relevancia jurídica, toda norma no jurídicamente deficiente tiende a cobrar relevancia moral. Igualmente todo derecho apoyado en un justo título, al apoyarse en un fundamento moralmente relevante, tendrá en el fondo algo de *derecho moral*, por muy anecdótico que pueda parecer su contenido.

1. *Tres antropologías como punto de referencia*

Parece lógico que la pregunta inmediata sea en qué medida disponemos de ese concepto de justicia objetiva que parece convertirse en factor germinal de la realidad jurídica. Vaya por delante que tal ajustamiento no lo encontraremos ante nosotros en estado sólido, líquido, ni siquiera gaseoso. Más nos ayudaría tener presente que la actividad jurídica consiste precisamente en el instrumento para ir conformando esas exigencias de razón práctica.

Por supuesto, ese horizonte de justicia objetiva aparece vinculado a una determinada concepción del ser humano y de cómo éste debe comportarse para hacer posible y fructífera la convivencia social. No hay concepción de la justicia que no responda a una determinada antropología. El debate sobre cuál sea la que deba adoptarse como punto de referencia constituye ya el punto de arranque del debate jurídico. A diversas concepciones antropológicas corresponderán distintas valoraciones y entendimientos de los derechos.

Desde una perspectiva individualista, los derechos aparecen paradójicamente de modo simultáneo como residuo y como freno. Tendríamos derecho a todo aquello de lo que el Estado no haya considerado obligado expropiarnos para hacer posible la convivencia social; pero a la vez esa fáctica libertad residual se erige en escudo jurídico contra el Estado mismo, que deberá abstenerse de invadirla. Tener un derecho equivale a disfrutar de un coto de aprovechamiento exclusivo y excluyente, que los otros (y, sobre todo, el Estado, como *otro* por excelencia) no deben perturbar. Así ocurría en el planteamiento hobbesiano con la vida, porque nadie aceptaría un Estado que se negara a garantizarla; equivaldría a comprometerse a obedecer a cambio de nada. Similar rango recibiría la intimidad personal, que como su mismo nombre indica se desmarca de la alteridad propia de lo público; y así sucesivamente. Nos hallamos ante una concepción de la justicia que, más que un verdadero ajustamiento, aspira a programar una articulación no conflictiva de órbitas individualistas que coinciden en un espacio común. Servirá de fundamento a la llamada primera generación de los derechos humanos, o derechos de libertad, diseñados frente al Estado.

A esta antropología, que apunta a un individualista *existir sin los otros*, o incluso frente a los otros, se opondrá la que sólo considera la existencia individual como mero reflejo de la estructura social. La crítica marxista a las libertades formales denunciará cómo, al ignorar la hiriente desigualdad sobre la que se apoya la sociedad burguesa, se convierten en legitimadoras de una desajustada relación de explotación. La absoluta falta de confianza en que el derecho, y los derechos, pueda acabar sirviendo para algo distinto de esa macabra decoración de lo inhumano lleva a una enmienda a la totalidad. No cabía imaginar otra justicia que la que surja como resultado de la ruptura revolucionaria de la estructura económica que humilla al ser humano explotado. El derecho, conservador y enemigo de la revolución, no tenía papel positivo alguno que cumplir y acabaría por desaparecer – por falta de función – cuando no haya ya explotación que legitimar.

Del individualismo, que enfrenta al ser humano con sus desiguales, se pasa a un colectivismo en el que el ser humano, a la espera de la igualdad colectiva, no tiene consistencia propia; su esencia se identifica con el conjunto de las relaciones sociales. Desde ese punto de partida, hablar de libertades no sería sino el modo más eficaz de bloquear una emancipadora liberación de la sociedad en su conjunto, incluidos sus átomos individuales. Todo ello anima, más que a consagrar derechos, a activar un proceso revolucionario que encierra un *existir contra los otros*.

Esta revulsiva llamada de atención dará pie a un replanteamiento de la justicia como auténtico ajustamiento. Se desconfiará de que el mero despliegue de la libertad – mano invisible mediante – pueda garantizar justicia alguna. Se acentuará el peso de la igualdad para el logro de ese ajustamiento y se levantará al Estado del banquillo de los acusados para convertirlo en responsable prioritario del bienestar general. Surge así, entre quienes sí confían en lo jurídico, la segunda generación de derechos, entendidos ahora como prestaciones exigibles al Estado; valgan la asistencia sanitaria o el llamado mínimo vital como ejemplo.

Obviamente, lejos de plantearse un dilema entre ambas generaciones de derechos, todo apunta a lo razonable de un juego complementario. Fundamento antropológico para ello no faltará, si se supera un *existir sin*, o *contra*, para dar paso a un *existir con los o-*

tros. Es aquí donde la propuesta de Sergio Cotta resulta decisiva, al apuntar en su ontofenomenología a esa coexistencialidad, que asume en diverso marco la propuesta clásica de la sociabilidad natural. Si la justicia es ajustamiento de libertad e igualdad, es lógico que ambas exigencias se vean respetadas.

Queda así de relieve la *dimensión relacional* que todo lo jurídico lleva consigo, repercutiendo también – como veremos – sobre el juego de los derechos. Superada la mera coincidencia de propietarios individualistas, que animó las viejas libertades, y entronizado en el museo el ajuste de cuentas de la lucha de clases, en el que el derecho no juega papel alguno, se abre espacio para un jurídico ajustamiento de relaciones.

Dada la historicidad del ser humano, esta coexistencialidad no puede considerarse desde un punto de vista meramente sincrónico. Nuestras decisiones repercuten ya sobre nuestros sucesores, por lo que resultaría irresponsable ignorar esa *coexistencia diacrónica* y las exigencias de justicia que de ella derivan. Se plasman en los llamados derechos humanos de la tercera generación, con el de disfrutar a un medio ambiente saludable como ejemplo consolidado.

2. Derechos, principios y normas

Parece, sin embargo, que no faltan motivos para plantear el dilema entre los derechos de la primera y la segunda generación. Al elaborarse el texto del tratado para una futura Constitución europea, como ya ocurrió antes con el de la Carta Europea de Derechos, volvió a ponerse de relieve. El debate no remite sólo a una discrepancia ideológica entre el tradicional individualismo anglosajón o calvinista y la doctrina social de raíz católica, que alimenta la franco-alemana economía social de mercado. El normativismo jurídico empuja a dar la razón a los primeros: *derechos*, pocos y tomados *en serio*. La alegre proliferación de derechos de problemática satisfacción tiende a trivializarlos; tener derecho a todo podría ser el modo más eficaz de no tener derecho a nada, al acabar dándose por hecho que no habrá modo de atender tantas exigencias.

La estructura normativa, con su juego *o todo o nada*, se presta a las mil maravillas para albergar la dimensión *negativa*, como freno a los poderes del Estado, propia de los derechos de la primera generación. El '*habeas corpus*' negará al poder ejecutivo la posibilidad de privar de libertad a un ciudadano de modo indefinido, sin ponerlo a disposición del poder judicial. Cuando sólo se concibe al derecho desde esta perspectiva, es lógico que el derecho al trabajo o a la salud suene a música celestial y no parezcan más jurídico que un generoso derecho a la inmortalidad. No habría modo de garantizar su cumplimiento.

Muy distinta es la cuestión si se asume que el ordenamiento jurídico no está integrado sólo por normas sino también por principios, tan jurídicos y relevantes – o más – que aquéllas. Su caracterización como *exigencias optimizadoras* los acerca notablemente a los derechos económicos, sociales y culturales, descartando el aparente vacío retórico de unos derechos cuyo contenido dependerá en buena medida de los recursos de los que los poderes públicos puedan efectivamente disponer.

No se trata pues de que sólo los primeros sean derechos de verdad, directamente exigibles, mientras los segundos compondrían una bienintencionada salmodia de incierto resultado. Se trata de que los primeros se articulan con facilidad por vía normativa, pero no pueden ir más allá de un papel de freno a los poderes, dejando a la mera benevolencia moral cualquier otra exigencia. El llamado Estado social quedaría así desactivado jurídicamente, con obvia desventaja de los más débiles. Cuando, por el contrario, se asume el papel jurídico de los principios, superando la hemiplejía normativista, se abre la dimensión promocional del derecho, plasmada en acciones *positivas* o *afirmativas*.

Esto exige un planteamiento bien distinto del juego de *valores, principios y normas*. Si ya la propuesta de una libertad ajustada, que respeta al otro como un igual, pone en marcha el proceso de positivación del derecho, su primer resultado práctico se evidenciará probablemente antes por vía de principio que en un texto normativo. Cuando escribimos sobre *Discriminación por razón de sexo* (Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1999), señalamos cómo un principio de parificación llevará a escrutar sociológicamente el impacto práctico de determinadas me-

didadas, sin conformarse con examinar la igualdad formal del texto normativo. Toda la jurisprudencia sobre *discriminación indirecta* fue inicialmente deudora del juego de los principios, antes de plasmarse en un amplio repertorio normativo.

No cabe pues entender a los *derechos* como mero producto eventual de las *normas*. No sólo porque los derechos fundamentales aparezcan como pre-legales; anteriores por tanto a las normas por excelencia. También porque los principios propician títulos fundamentadores de derechos, sin esperar a que se vean reconocidos por las normas, o modificando decisivamente la interpretación de éstas. Sin cambio normativo alguno, la sustitución de un paternalista principio protector de la mujer por otro de parificación alterará radicalmente el contenido de los derechos en juego.

No tiene por ello sentido alguno considerar que los derechos económicos, sociales y culturales sean menos jurídicos que los civiles y políticos. Tampoco parece ajena a trasfondos ideológicos la propuesta de limitar a los segundos el rótulo de *principios*, con implícito fundamento *moral*, mientras que los primeros no serían propiamente derecho ni se vincularían a principios jurídicos de obligada protección judicial, sino que quedarían al albur de las *políticas* que el poder ejecutivo, en legítimo ejercicio de sus competencias, considerase más adecuadas en referencia a meras razones de *oportunidad o eficacia*

Tampoco parece muy razonable identificar esas sucesivas generaciones como derechos de libertad y de igualdad, ya que ambos valores están por definición incluidos en las exigencias de justicia que todo derecho lleva consigo. Una libertad que no respeta al otro como un igual no puede servir de fundamento a derecho alguno; tampoco un colectivismo igualitario que anule toda libertad. ¿Dónde obtendremos el criterio objetivo para dar paso a este ajustamiento?

3. *El discutido fundamento iusnaturalista de los derechos fundamentales*

Insinuar que el posible ajustamiento de libertad e igualdad, capaz de servir de fundamento a los derechos, reposa sobre un dere-

cho natural, se presta a discusión. Es obvio que el positivismo jurídico hegemónico torcerá el gesto ante lo que considerará una oportunista estrategia doctrinal de supervivencia de su eterno rival. Lo curioso, sin embargo, es que la discusión no resultará menos viva entre los celosos guardianes de las esencias iusnaturalistas. Tan llamativa circunstancia remite a diversos momentos de la historia de la filosofía.

Iusnaturalistas clásicos de matriz jurídica romanista constataron la vinculación histórica de la teoría de los derechos con la ruptura individualista y nominalista alentada por los metafísicos franciscanos, frente al predominio de los *universales* entre los dominicos. Ese individualismo nominalista tendría como legítimo heredero al positivismo jurídico, con Hobbes en cabeza, por lo que sólo en su seno tendría sentido esbozar una teoría de los derechos naturales identificables con los ahora llamados derechos humanos. De las tres acepciones tomistas del derecho, la clave radicaría en el derecho como justicia objetiva o *cosa justa*, expresada por escrito en una ley, de la que sólo secundariamente derivarían facultades subjetivas.

Si esto ocurre entre juristas, añádase a ello que los teólogos escolásticos tendrán como punto de referencia decisivo la ley, sin que les importen tanto los derechos como los obvios deberes que de ella derivarán. De ahí sus reflexiones sobre la ley eterna, tan lejana para juristas, o su alusión a una ley natural en la que se engloba con notable naturalidad lo jurídico con lo moral, que es la que al teólogo realmente le acaba preocupando. El estrabismo resultante es fácil de imaginar: un *derecho natural sin derechos naturales*.

El apego a lo tradicional facilita la perpetuación de un punto de vista teórico que da paso a un iusnaturalismo que, en lo que a normativismo e incluso legalismo se refiere, no tiene nada que envidiar al positivismo jurídico. Los *derechos*, como ocurre en los más ortodoxos positivistas, se considerarán como producto eventual de las leyes. No será en torno a ellos, sino en torno a la *ley injusta*, donde se establecerá la frontera de la polémica doctrinal. La cuestión dista de ser irrelevante, si se tiene en cuenta que ha sido precisamente el *constitucionalismo* europeo de la posguerra mundial, con su apelación a los derechos, el que ha generado una notable revisión dentro del positivismo jurídico. El empeño de éste por

ocuparse del derecho que es, y no de benévolas propuestas de deber ser, tropezó con su peculiar incapacidad para explicar la relevancia de unos derechos que no sólo son jurídicos, sino que aparecen como fundamento de la juridicidad del ordenamiento en su conjunto.

No deja de ser significativo que al intento más relevante de abordar este nuevo horizonte de debate jurídico haya puesto Finnis como título *ley natural y derechos naturales*. Tampoco que, a la hora de vincular los derechos con el ajustamiento propio de la justicia objetiva, sugiera un neologismo ante la dificultad del inglés para expresar tal acepción, sugiriéndonos que si se pudiera usar el adverbio *justamente* ('*aright*') como sustantivo, se podría decir que su explicación primaria es acerca de *los justamentos* ('*a-rights*'), más que sobre los derechos ('*rights*').

Las Constituciones reclaman como fundamento de sus derechos un humus ético-material previo, capaz de dar sentido a los contenidos, inevitablemente genéricos, reflejados en su texto; ayudaría igualmente a identificar esos *contenidos esenciales* que las leyes han de respetar, y que la propia Constitución no está tampoco en condiciones de precisar. A nadie extrañará pues que un magistrado constitucional emérito español, como Rubio Llorente, apunte que la Constitución establece la frontera entre derecho positivo y derecho natural, o que otro alemán, como Böckenförde, entienda que toda Constitución reposa sobre unos previos fundamentos éticos que no puede explicitar suficientemente en su texto. Sin lo que se ha dado en llamar *Constitución material* la estructura formal del texto constitucional no puede aportar demasiado, pudiendo incluso convertirse en coartada para dar paso a la arbitrariedad interpretativa o a la mera dictadura de la mayoría.

Lo pone de manifiesto el propio Tribunal Constitucional español cuando aborda cómo debe entenderse la alusión del artículo 53.1 CE al obligado respeto del *contenido esencial* de los derechos fundamentales. Entiende (en la STC 11/1981 de 8 de abril, F.8) que, «para tratar de aproximarse de algún modo a la idea de “contenido esencial”», cabe seguir dos caminos.

El primero es tratar de acudir a lo que se suele llamar la naturaleza jurídica o el modo de concebir o de configurar cada derecho. Según esta idea hay que tratar de establecer una relación en-

tre el lenguaje que utilizan las disposiciones normativas y lo que algunos autores han llamado el metalenguaje o ideas generalizadas y convicciones generalmente admitidas entre los juristas, los jueces y, en general, los especialistas en Derecho. Muchas veces el nomen y el alcance de un derecho subjetivo son previos al momento en que tal derecho resulta recogido y regulado por un legislador concreto. El tipo abstracto del derecho preexiste conceptualmente al momento legislativo y en este sentido se puede hablar de una reconocibilidad de ese tipo abstracto en la regulación concreta. «Constituyen el contenido esencial de un derecho subjetivo aquellas facultades o posibilidades de actuación necesarias para que el derecho sea reconocible como pertinente al tipo descrito y sin las cuales deja de pertenecer a ese tipo y tiene que pasar a quedar comprendido en otro desnaturalizándose, por decirlo así. Todo ello referido al momento histórico de que en cada caso se trata y a las condiciones inherentes en las sociedades democráticas, cuando se trate de derechos constitucionales».

«El segundo posible camino para definir el contenido esencial de un derecho consiste en tratar de buscar lo que una importante tradición ha llamado los intereses jurídicamente protegidos como núcleo y médula de los derechos subjetivos. Se puede entonces hablar de una esencialidad del contenido del derecho para hacer referencia a aquella parte del contenido del derecho que es absolutamente necesaria para que los intereses jurídicamente protegibles, que dan vida al derecho, resulten real, concreta y efectivamente protegidos. De este modo, se rebasa o se desconoce el contenido esencial cuando el derecho queda sometido a limitaciones que lo hacen impracticable, lo dificultan más allá de lo razonable o lo despojan de la necesaria protección». «Los dos caminos propuestos para tratar de definir lo que puede entenderse por “contenido esencial” de un derecho subjetivo no son alternativos, ni menos todavía antitéticos, sino que, por el contrario, se pueden considerar como complementarios».

Después de esta generosa exhibición teórica puede experimentarse un notable alivio. No haría falta salir del derecho positivo para certificar esos relevantes contenidos esenciales. Pero, bien mirado, no parece fácil, sin echar mano – inconfesadamente al menos – del derecho natural, aclarar:

- cuál es la “*naturaleza*” jurídica del citado derecho, o dónde reside su “*metalenguaje*”,

- qué lleva a los juristas a generalizar determinadas convicciones al respecto y no otras,

- dónde se domicilia la curiosa “*pre-existencia*” conceptual pre-legislativa que permitirá “*reconocer*” el derecho,

- así como las facultades y posibilidades necesarias para ello, de modo que no acabe “*desnaturalizándose*”.

- dentro lógicamente de las “*condiciones inherentes en las sociedades democráticas*” (no recogidas por derecho positivo alguno).

No creo que el más ambicioso de los iusnaturalistas se considerara en condiciones de ofrecer más...

R I F D

QUADERNI DELLA RIVISTA INTERNAZIONALE
DI FILOSOFIA DEL DIRITTO

7

SERGIO COTTA (1920-2007)
Scritti in memoria

a cura di Bruno ROMANO

Giuffrè editore

© Copyright Dott. A. Giuffrè Editore, S.p.A. Milano - 2010

La traduzione, l'adattamento totale o parziale, la riproduzione con qualsiasi mezzo (compresi i microfilm, i film, le fotocopie), nonché la memorizzazione elettronica, sono riservati per tutti i paesi.

INDICE

<i>Introduzione. Sergio Cotta (1920-2007): l' 'ontofenomenologia' ed 'il diritto nell'esistenza'</i> di BRUNO ROMANO	11
<i>La dimensione strutturale della giustizia</i> di SALVATORE AMATO	21
<i>«Ove il giurista tace, là parla solo la potenza nella sua nuda brutalità»</i> di AGATA C. AMATO MANGIAMELI	33
<i>Il diritto nell'esistenza di Sergio Cotta e la tardamodernità secondo Günther Anders</i> di ALESSANDRO ARGIROFFI	45
<i>Cotta lettore di Montesquieu: l'esprit général e il diritto per l'uomo</i> di SERENELLA ARMELLINI	65
<i>La 'funzione' del diritto: persona e comunità. Riflessioni con Sergio Cotta</i> di LUISA AVITABILE	81
<i>Sergio Cotta y los retos del siglo XXI</i> di JESÚS BALLESTEROS	105
<i>Di un 'pensiero rivelativo': l'ontofenomenologia giuridica di Sergio Cotta</i> di GIANPAOLO BARTOLI	113
<i>Il diritto dei morti. Due profili</i> di PAOLO BECCHI	127
<i>Il diritto nell'esistenza e l'esistenza nel diritto</i> di DOMENICO CAMPANALE	143
<i>Alterità e trascendenza nel diritto. Sul sinolo finito-infinito a partire da Sergio Cotta</i> di DANIELE M. CANANZI	153

<i>Memoria di Cotta nella testimonianza del suo magistero</i> di GINO CAPOZZI	185
<i>La duplice giustificazione nel diritto positivo</i> di GAETANO CARCATERRA	197
<i>Biometria e reti telematiche: ultima sfida tecnologica</i> di GIANFRANCO CARIDI	219
<i>La relazionalità come essenza di Dio e del mondo. L'ontologia "giuridica" di Sergio Cotta</i> di STEFANO CARLONI	237
<i>Per una filosofia del limite: Sergio Cotta interprete di Montesquieu</i> di THOMAS CASADEI e DOMENICO FELICE	247
<i>Sergio Cotta studioso di Montesquieu: religione e diritto naturale</i> di MARIO A. CATTANEO	277
<i>Sergio Cotta interprete di S. Agostino</i> di FRANCESCO CAVALLA	285
<i>Le résistant et le philosophe</i> di JANINE CHANTEUR	297
<i>Sergio Cotta metafisico</i> di LLUIS CLAVELL	307
<i>Sergio Cotta lettore di Jean-Jacques Rousseau</i> di TOMMASO CODIGNOLA	319
<i>To Be, or Ought to Be</i> di AMEDEO GIOVANNI CONTE	339
<i>Homo Homini Homo. L'etica dei diritti dell'uomo</i> di DOMENICO CORRADINI H. BROUSSARD	365
<i>Sergio Cotta: breve biografia filosofica</i> di FRANCESCO D'AGOSTINO	385
<i>Frammenti ecclesiasticistici nel pensiero di Sergio Cotta</i> di GIUSEPPE DALLA TORRE	391
<i>La norma secondo verità. Verità deontica de re in Sergio Cotta</i> di PAOLO DI LUCIA	411

<i>Sergio Cotta come costruttore di un percorso della tecnologia alla ricerca del profondo, verso il Divino</i> di ENRICO DI ROBILANT	431
<i>Verità ontologica in Sergio Cotta</i> di ANGIOLA FILIPPONIO	437
<i>Quid est Veritas? Filosofia del diritto e rivelazione in Sergio Cotta</i> di ANTONIO INCAMPO	451
<i>Storicismo e nichilismo giuridico in un'orazione di Ugo Foscolo</i> di NATALINO IRTI	467
<i>Sui principi generali del diritto</i> di ANNA JELLAMO	477
<i>Senso e limiti dell'opera di codificazione. Il caso del diritto canonico</i> di GAETANO LO CASTRO	493
<i>Per una ontologia esadimensionale del nascituro</i> di LUIGI LOMBARDI VALLAURI	511
<i>La costitutività dei mixed Modes in John Locke</i> di GIUSEPPE LORINI	519
<i>Il giudizio e la ricerca della verità</i> di FABIO MACIOCE	543
<i>Sobre la justificación racional de las normas. Consideraciones a partir de las ideas de Sergio Cotta</i> di CARLOS I. MASSINI CORREAS	563
<i>Ricordo di Sergio Cotta</i> di VITTORIO MATHIEU	585
<i>Sergio Cotta: diritti umani e premesse cosmopolitiche della pace</i> di FRANCESCO MERCADANTE	589
<i>Soggetto umano-Soggetto giuridico. Il diritto nella prospettiva ontologico-esistenziale di Sergio Cotta</i> di BRUNO MONTANARI	607
<i>¿Son jurídicos los derechos humanos?</i> di ANDRÉS OLLERO	643

<i>Cotta interprete di Rousseau ovvero dell'insufficienza della Politica</i> di PAOLO PASQUALUCCI	659
<i>Jus, Ratio and Lex in Some Excerpts of Aquinas</i> di ENRICO PATTARO	687
<i>Dialettica della ragione giuridica</i> di ANTONIO PUNZI	717
<i>Ricordo di Sergio Cotta</i> di LUIGI RADICATI DI BROZOLO	749
<i>Controtempo. Diritto e durata</i> di GUIDO SARACENI	757
<i>Il lavoro come "forma coesistenziale". Appunti in tema di deontologia professionale a partire da Sergio Cotta</i> di CLAUDIO SARTEA	771
<i>La regola del diritto tra Verbum e Imago</i> di PAOLO SAVARESE	791
<i>Antikes römisches Rechtsdenken und moderner Staat</i> di HERBERT SCHAMBECK	811
<i>Perché i cattolici non possono non dirsi liberali. Da uno spunto di riflessione di Sergio Cotta</i> di LORENZO SCILLITANI	841
<i>Giuseppe Capograssi tra formalismo e antiformalismo</i> di TERESA SERRA	853
<i>Sergio Cotta, ovvero della possibilità di una fondazione filosofica del diritto</i> di GIULIANA STELLA	873
<i>Tra pace e guerra: una nota sulla neutralità</i> di MICHELE SURDI	887
<i>Il ritorno del diritto naturale dopo la seconda guerra mondiale e i recenti sviluppi del progresso scientifico</i> di ANTONIO TARANTINO	895
<i>Sergio Cotta storico della filosofia del diritto</i> di FULVIO TESSITORE	929

«Sequuntur dogmatica de jure praedæ». <i>Dogmatica giuridica e suggestioni teologiche nel «sistema delle fonti» del De jure praedæ groziano</i> di FRANCO TODESCAN	949
<i>La autoridad como factor constitutivo de la conciencia y del mundo jurídico: de Coscienza, legge, autorità de Cotta a las Riflessioni sulla autorità e la sua crisi de Capograssi</i> di ANA LLANO TORRES	985
<i>Individualité et personnalité du sujet juridique. Des effets du conséquentialisme moral sur le rejet des droits de l'homme</i> di JEAN-MARC TRIGEAUD	1013
<i>La doverosità giuridica nella prospettiva di Sergio Cotta</i> di BARBARA TRONCARELLI	1029
<i>La religione civile degli italiani</i> di CLAUDIO VASALE	1049
<i>Sergio Cotta: il Maestro della Scuola romana di Filosofia del diritto</i> di PIERFRANCO VENTURA	1069
<i>Ricordando Sergio Cotta: il rispondere nella coesistenza indigente di verità</i> di FRANCESCA ZANUSO	1089
<i>Diritto del prossimo secondo Erik Wolf</i> di MIRANDA ZERLOTIN	1103
Indice degli Autori citati	1115