

Andrés Ollero, Madrid

## Introduction

The invitation to reflect on *human rights*, in the framework of the IVR 22<sup>nd</sup> World Congress held in Granada with *globalization* as the principal point of reference, provoked a rich and varied response.

It did not, of course, abolish the need *to ground* or *justify* those rights, nor the classic debate, which soon arose, between the so-called *positivist* expositions and the – to judge the facts - today academically ‘incorrect’ *natural law* proposals. The term “Natural Law” in Radbruch’s version had hardly appeared when Seone tackled the new version that, from his *non-positivist* viewpoint, Robert Alexy put forward in his formula on ‘non legality’ of *unjust law* in extreme cases.

However, the question remains alive and relevant when Rubio Carracedo suggests that its *legal acceptance* depends on the constituent condition of the legality of such rights instead of a mere perfecting complement, a characteristic obsession of Western culture, more useful to hinder its universalistic dimension than anything else. The new generation of such *rights* have the following consequences: a) *social* rights in the first place (Monereo Atienza) and, b) the necessary protection of the environment not far behind those rights (Ebbeson-Zamboni, Molés Nieto).

Some authors (Scataglini) suggest that the legal *recognition* of such rights implies their *pre-existence*. There exists, in that debate’s previous phase, a general tendency to consider such *rights* as *moral* rights (Borowski). It is obvious that one cannot imagine a more solid foundation than “morality” when considering the hard nucleus of legal order. It does not seem conceivable to speak of rights that oppose the State or parliamentary majorities, if these were founded in merely contextual consents, opportunism or effectiveness. But it seems no less obvious that not every ‘moral’ demand is capable of turning into a right, but only those rights that have to do with the adjustment of social relationships; that is to say, with justice. There will be moral legal contents (or, at least, contents that are “legalizable”), along with others that are not fit for legal translation.

The ultimate question, where and how to establish that limit, could perhaps have an easier answer than imagined: in it would lie a good part of all legal activity. Above all, if one considers that, beyond the arbitrary application of force, the exercise of practical reason (Fernández Suárez) also plays a decisive role in legal activities. This might not bring about total peace, but it might lead to more pluralistic foundations (Platz).

The conception of justice generated by this practical reasoning would, undoubtedly, owe much to anthropological starting points. Individualism, the inspiration of the historical emergence of rights, will continue to be opposed (Barzotto), because of the requirements of brotherhood and the tension (Cruft) this creates with universality (Bepari, Bernstein) of rights. This, in turn, will be perceived as contrary to the requirements of responsibility (Faralli-Tugnoli, Ahteensuu), more sensitive to foreseeing or even preventing such consequences. With a shift away from anti-utopianism, the appeal to *universality* becomes a commonplace issue (Gustin).

The emphasis on universality leads to a proposal of, in the context of globalization (Otero Parga), a new *cosmopolitanism*, with Kant as mandatory starting point (Barreto, Tholen). The role of international institutions and the consolidation of the principle of *universal justice* in the jurisdictional sphere (Khatchadourian) would be one of its most immediate consequences. This issue will arise when universality merges with cultural pluralism, including its religious variants (Herrero-Saralegui) or the right to use one’s

mother language (Liu). Technological advances will also give perspectives not hitherto seen on effective protections of rights, with privacy as a principal area of risk (Kitahara, Oliver Lalana).

There is, however, little point in speaking about rights and freedoms if that does not lead to the identification, without any discrimination whatever, of those whose entitlement should be recognized (Díaz Terán, Zeegers, Goiriena Lekue); or if it is not made clear to what extent conditions of an equal exercise of rights (Gil Ruiz, García Guevara) or valuable resources exist.

Andrés Ollero, Madrid

## Introducción

La invitación a reflexionar sobre los *derechos humanos*, en el marco del Congreso Mundial de la IVR celebrado en Granada con la *globalización* como principal punto de referencia, suscitó una respuesta tan abundante como variada.

No dejó, como es lógico, de suscitarse la necesidad de *fundamentar* o *justificar* los citados derechos, con lo que acudía puntual a la cita el clásico debate entre los planteamientos llamados *positivistas* y las – a juzgar por los hechos – hoy académicamente ‘incorrectas’ propuestas *iusnaturalistas*. El término “derecho natural” apenas aparece de pasada, en boca de Radbruch, al abordarse (Seoane) la nueva versión que, desde su *no-positivismo* (?), propone Robert Alexy para su fórmula sobre la no juridicidad de la *ley injusta* en casos extremos.

De que la cuestión sigue viva queda constancia cuando se sugiere (Rubio Carracedo) que el empeño en convertir su *recepción legal* en condición constituyente de la juridicidad de tales derechos, en vez de considerarla como mero complemento perfeccionador, sería una obsesión propia del ámbito cultural occidental, más útil para dificultar su dimensión universalista que para otra cosa. Las nuevas generaciones de *derechos* acabarían sufriendo las consecuencias; con los *sociales* en primera línea (Monereo Atienza) y la necesaria protección del medio ambiente no muy detrás (Ebbeson-Zamboni, Molés Nieto).

No falta, sin embargo, quien (Scataglini) aluda a que el *reconocimiento* legal de tales derechos implica su *preexistencia*. Se aprecia una tendencia generalizada a considerar a tales *derechos* como *morales* (Borowski) en esa debatida fase previa. Resulta obvio que no cabe imaginar fundamento más sólido que el ‘moral’ a la hora de seleccionar el núcleo duro del ordenamiento jurídico; no parece muy concebible hablar de derechos esgrimibles frente al Estado y sustraídos (al menos en su ‘contenido esencial’) a los dictados de coyunturales mayorías parlamentarias, si se pretendiera fundarlos en meros consensos ocasionales o razones de oportunidad y eficacia. Pero no menos obvio parece que no cualquier exigencia ‘moral’ es susceptible de convertirse en derecho, sino sólo aquéllas que tienen que ver con el ajustamiento de las relaciones sociales; o sea, con la justicia. Habrá pues contenidos morales jurídicos (o, al menos, ‘juridizables’), junto a otros que no lo son.

La pregunta del millón – dónde y cómo establecer esa frontera – quizá pueda tener una respuesta más fácil de lo imaginado: en trazarla consistiría precisamente buena parte de toda actividad jurídica. Sobre todo, si se considera que, más allá de una voluntarista imposición de la fuerza, cumpliría en la actividad jurídica un decisivo papel el ejercicio de la razón práctica (Fernández Suárez); cuestión no del todo pacífica, siquiera por sugerirse más plurales fundamentos (Platz).

La concepción de la justicia generada desde dicho razonamiento práctico sería sin duda deudora de puntos de partida antropológicos. El *individualismo*, inspirador de la emergencia histórica de los derechos, al que no deja de contraponerse exigencias de fraternidad (Barzotto), acabará entrando en tensión (Cruft) con la pretendida *uni-versalidad* (Bepari, Bernstein) de sus contenidos. Ésta se verá a su vez contrapuesta a exigencias de *responsabilidad* (Faralli-Tugnoli, Ahteensuu), más sensibles a la previsión de consecuencias, o incluso a la prevención ante una posible deriva anti-tópica de una apelación a la universalidad convertida ya en tópico (Gustin).

El énfasis en la universalidad llevará a proponer, en el contexto de la globalización (Otero Parga), un nuevo *cosmopolitismo*, con Kant como obligado punto de

partida (Barreto, Tholen). El papel de las instituciones internacionales y la consolidación del principio de *justicia universal* en el ámbito jurisdiccional (Khatchadourian) sería una de sus más inmediatas consecuencias. El problema surgirá a la hora de hacer rimar universalidad con pluralismo cultural, incluyendo sus variantes religiosas (Herrero-Saralegui) o el derecho a utilizar la lengua materna (Liu).

Los avances tecnológicos provocarán también perspectivas inéditas sobre una efectiva protección de derechos, con la intimidad como principal zona de riesgo (Kitahara, Oliver Lalana).

De poco serviría sin embargo seguir hablando de derechos y libertades si no se llega a identificar, sin discriminación alguna, a quiénes cabe reconocer su titularidad (Díaz Terán, Zeegers, Goiriena Lekue); o si no se evalúa en qué medida se dan las condiciones para un igual ejercicio (Gil Ruiz, García Guevara) de tan valiosos recursos.

Andrés Ollero (Ed.)

# Human Rights and Ethics / Derechos humanos y Ética

Proceedings of the 22nd IVR World Congress  
Granada 2005

Volume III



---

ARSP Beiheft Nr. 108

Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie

**Franz Steiner Verlag**



**Nomos**

## **Index / Índice**

### **I. The Foundation of Rights / El fundamento de los derechos**

Rubio Carracedo, J.:	
El legalismo occidental: un problema para la universalización de los derechos humanos .....	13
Seoane, J. A.:	
El carácter jurídico de las leyes injustas .....	24
Borowski, M.:	
Classifying and qualifying properties of fundamental rights .....	37
Platz, J. von:	
Faith in reason: questioning practical reason as fact, norm, end, and function of human rights .....	46
Cruft, R.:	
Policy implications of the philosophical foundations of human rights .....	60
Scataglini, María Gabriela:	
Derechos humanos: otra mirada sobre la cuestión de su universalidad .....	68

### **II. A New Cosmopolitanism / Un nuevo cosmopolitismo**

Barreto, V. de P.:	
Derecho cosmopolita y derechos humanos .....	77
Barzotto, Luis Fernando:	
Reconocimiento y fraternidad .....	83
Bernstein, A. R.:	
Justifying universal human rights via Rawlsian public reason .....	90
Khatchadourian, H.:	
Democracy and the globalization of human rights .....	104
Otero Parga, Milagros:	
Derechos humanos y globalización .....	114
Bepari, Halim:	
Human rights and the United Nations .....	121
Gustin, Miracy B. S.:	
Rescate de los derechos humanos en situaciones adversas de países periféricos .....	132

### **III. Multiculturalism and Pluralism of Values / Multiculturalidad y pluralismo de valores**

Herrero, M. y Saralegui, M.	
Dogmatismo político y pluralismo religioso .....	149
Tholen, Berry:	
Migration, justice, and Europe's identity. The relevance of special ties for EU's migration policy .....	162
Álvarez Chicano, C. M.:	
Implicaciones de la inconmensurabilidad de los valores en la aplicación de principios de orden ético y jurídico .....	176
Perez Conejo, L.:	
Axiología jurídica y pluralismo de valores: algunas consideraciones sobre la noción de 'inconmensurabilidad' .....	180

Liu, S-I.:	
Fundamental legal values and globalization with regard to historical experience in freedom of speech .....	184
Amezua Amezua, L. C.:	
Libertad natural y esclavitud voluntaria: reflexiones de F. Suárez sobre la esclavitud .....	191

#### **IV. Rights and Gender / Derechos y género**

Gil Ruiz, J.M.:	
La violencia de género en el contexto familiar y la agresión de la ciencia jurídica .....	201
Goiriena Lekue, A.:	
El interés superior del/la niño/a, coparentalidad y neutralidad de género en la atribución de la guarda y custodia de los hijos e hijas .....	213
García Guevara, P.:	
Las políticas de género en los países globalizados del 'Tercer Mundo' .....	222

#### **V. Technological Impact and New Generation Rights / Impacto tecnológico y nuevas generaciones de derechos**

Ahteensuu, M.:	
Understanding the precautionary principle in the light of the traditional weak-strong distinction: a critical comment .....	231
Monero Atienza, Cristina:	
Bases para una teoría de los derechos en el siglo XXI .....	238
Kitahara, M.:	
Personal data processing and business ethics: personal data processing and personal data protection in business .....	250
Oliver Lalana, A. D.:	
El lado empírico de la legitimidad comunicativa: sobre la publicidad organizativa del derecho de protección de datos en internet .....	264
Ebbesson, J. y Zamboni, M.:	
Transbordering democracy? The case of environment protection .....	275
Moles Nieto, Sagrario:	
El impacto medioambiental de los cultivos transgénicos .....	281

#### **VI. Bioethics and Law / Bioética y derecho**

Díaz de Terán, M. Cruz:	
Principios para una biojurídica global .....	293
Faralli, C. y Tugnoli, S.,	
Bioethics between law and science: the Italian law on medically assisted procreation (Law No. 40, February 19, 2004) .....	296
Zeegers, N.:	
The working of power in communicative regulation: the case of research with human embryos .....	303
Fernandez Suarez, J. A.:	
La bioética en la era de la globalización .....	310
Blazquez Ruiz, F. J.:	
Privacidad y discriminación genética: propuestas bioéticas y jurídicas ante los desafíos de un mundo globalizado .....	318