

# Persona y Derecho

---

*Revista de fundamentación de las  
Instituciones Jurídicas y de Derechos Humanos*

---

Vol. 22 - 1990

Andrés Ollero Tassara

LOS DERECHOS HUMANOS ENTRE EL  
TOPICO Y LA UTOPIA

SERVICIO DE PUBLICACIONES  
DE LA UNIVERSIDAD DE NAVARRA, S. A.  
PAMPLONA 1990

## *LOS DERECHOS HUMANOS ENTRE EL TOPICO Y LA UTOPIA*

---

*Andrés Ollero Tassara*

Tanto el cuadragésimo aniversario de la Declaración Universal de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, que –cumplido el pasado mes de diciembre– ha motivado estas Jornadas, como el segundo centenario de la Revolución francesa –conmemorado en el cercano mes de julio– animan a un balance sobre el alcance histórico de la lucha por un reconocimiento político y una garantía jurídica de las exigencias fundamentales de lo humano.

La lucha por los derechos humanos aparece históricamente con caracteres de *utopía* social. La mueve el afán por lograr objetivos que desbordan el marco consolidado por los tópicos socialmente vigentes. Es un duro esfuerzo protagonizado por minorías, tan convencidas de su verdad como para aspirar a conquistar la aceptación de la mayoría, insensible hasta ese momento respecto a dichas exigencias. El balance es, sin duda, positivo. No ha dejado de constatarlo –dentro de un diagnóstico de la sociedad actual no exento de sombras –quien hoy es universalmente reconocido como la voz más autorizada en defensa de lo humano: entre los "aspectos positivos" de nuestro momento histórico, "el primero es la plena conciencia, en muchísimos hombres y mujeres, de su propia dignidad y de la de cada ser humano", expresada "en una viva

preocupación por el respeto de los derechos humanos y el más decidido rechazo de sus violaciones"<sup>1</sup>.

Esta conversión en *tópico* social indiscutido de no pocas de las exigencias de tan trabajosa *utopía* es, sin duda, el mejor homenaje histórico a sus convencidos impulsores. Se aceptan como verdades éticas exigencias no hace mucho consideradas irrealizables, inoportunas, inconcebibles o simplemente ridículas. Pero la conversión de la utopía en *tópico* no deja de llevar consigo riesgos, dada la ambivalencia de lo que, por indiscutible, llega a darse por supuesto<sup>2</sup>. Los *tópicos* tienden a convertirse en punto final de una utopía autosatisfecha, erigiéndose así en nido de gérmenes de su posible degeneración. Lo que era consciencia consolidada por su generalización suele acabar jugando como factor de insensibilización acrítica; el resultado de la utopía progresista puede actuar luego, hecho *tópico*, como blindaje reaccionario que impide mantenerla abierta.

La utopía degenerada en *tópico* se cierra al alumbramiento de nuevas "generaciones"<sup>3</sup> de derechos, que hagan aparecer como dignas de reconocimiento y garantía exigencias incumplidas de lo humano. A la vez, frena la efectiva generalización de sus aspectos más primarios y elementales. Ni siquiera derecho tan básico como el de la vida queda a salvo; porque los *tópicos* insensibilizan cuando, de modo ostensible, se lo niega a los presuntos portadores de vidas indeseadas, indeseables o meramente improductivas; ya se

1. JUAN PABLO II, *Sollicitudo rei socialis* (30.XII.1987), 26.

2. Un expresivo cuadro del juego de estos *tópicos* en C. I. MASSINI, *Los derechos humanos en debate* en *Los derechos humanos*, Mendoza 1985, págs. 112 y ss. ¿Nos obliga esta evidente instrumentalización ideológica a certificar su falta de realidad? M. VILLEY dedicó un agudo tratamiento histórico a intentar convencer de ello: *Le droit et les droits de l'homme*, Paris 1983.

3. Entre las múltiples referencias a esta tipología histórica, recientemente, I. ARA, *Los derechos humanos de la tercera generación en la dinámica de la legitimidad democrática*, en J. MUGUERZA y otros, *El fundamento de los derechos humanos*, edición preparada por G. PECES-BARBA, Madrid 1989, págs. 57 y ss.

trate del inocente no nacido, del culpable de delitos que piden venganza o del enfermo terminal cuya situación se estima (sin contar necesariamente con él) insoportable. No digamos nada si lo que se plantea es el derecho al trabajo. Su carencia se pretende suplir subsidiadamente con fórmulas que, aunque se disfrazan pomposamente de "Estado de bienestar", consolidan a veces un lamentable "Estado de beneficencia", incompatible con el ejercicio de libertades políticas elementales, dado el obligado clientelismo que deriva de este "generoso" desborde de tan paternal Estado.

La ambivalencia del *tópico* cobra aún más relevancia cuando, en vez de ser considerado como constatación histórica de una *utopía con fundamento*, reclama para sí el papel de *fundamento de la utopía*<sup>4</sup>. Tal ocurre porque el horror a lo metafísico lleva a buscar en un supuesto consenso actual su fundamentación imprescindible para no condenarse al absurdo juego de postular unos derechos fundamentales sin fundamento. Pretender basar en un presente estabilizado las urgencias del futuro es como empeñarse en saltar sobre la propia sombra. Coherentemente, se estaría proclamando con plena autosatisfacción el fin de la historia, una vez consumada la utopía. Con frecuencia no ocurre así, sino que se sigue invitando a un "progreso" que, paradójicamente, tendría su asiento en lo ya consumado. En estos casos la propuesta utópica no se cierra, pero sí el debate sobre sus perfiles y la exhibición razonada de su fundamento. El *tópico* acaba sirviendo a la utopía, además de como aparente fundamento, como blindaje acrílico. El *tópico* —presuntamente expresivo de un consenso histórico— acaba encubriendo inconfesadas distinciones entre una historia "verdadera" (portadora de gérmenes de progreso) y otra "falsa" (descalificada por su desviaciones ilegítimas o reaccionarias); sin explicitar quién, y por

4. A la imposible tarea de fundamentar sobre los tópicos vigentes una utopía hemos aludido en nuestro trabajo *Cómo tomarse los derechos humanos con filosofía*, incluido ahora en *Derechos humanos y metodología jurídica*, Madrid 1989 (pág. 134; otras referencias en el mismo volumen, págs. 163 y 167).

qué, es el competente para realizar tan decisivo discernimiento, o negando sin más —tácitamente— tal competencia al discrepante por el mero hecho de serlo.

Cumplido por el tópico su positivo papel de constatación histórica, se hace indispensable neutralizar reflexivamente una doble instrumentalización: la que cercena una lucha sin posible final y la que pretende continuarla sin abrirla a una argumentación capaz de generar un real consenso, autoadjudicándose la interpretación del progreso en línea con el más rancio despotismo ilustrado. Parece obligado, pues, detectar qué tópicos socialmente vigentes pueden estar cumpliendo esta negativa función, presentando como indiscutibles determinadas versiones de lo humano o descalificando, sin juicio previo, alternativas frente a las que no parece disponerse de argumentación capaz de lograr consenso alguno.

### *Tópicos al servicio de una utopía clandestina*

El mantenimiento de la lucha por los derechos humanos como *utopía abierta* obliga a evitar los instrumentos de una doble cerrazón: la que pretende fundar en los tópicos una utopía *estática* —que acabaría cumpliendo una función "ideológica", defensora de cualquier statu quo— y la de los que postulan una utopía *clandestina*, inconfesada en la medida en que se la da por supuesta, hasta convertir en sospechoso a cualquiera que —contra corriente— se permita esbozar la mínima crítica sobre el acierto de sus perfiles. Al discrepante no se le trata como al portador de una utopía alternativa, con la que debatir argumentadamente, sino como a un reaccionario, enemigo de lo que presuntamente sería ya un logro indiscutido e indiscutible.

Entre los tópicos más eficaces para hacer avanzar clandestinamente una utopía cerrada a todo debate destacan en nuestro inmediato contorno algunos:

Notable éxito alcanza el tópico de "las exigencias de la *realidad social*", concepto indeterminado que ha llegado a encontrar asiento en nuestro Código Civil. Tal invocación puede recordar —juiciosamente— la necesidad de *ponderar* con prudencia el alcance teleológico de la *proyección* de los *criterios éticos* del derecho, al incidir *sobre circunstancias* sociales cambiantes. Nada más digno de aplauso. El problema surge cuando su blindaje acrítico lleva al tópico a *convertir* las *circunstancias* sociales en *criterio ético* indiscutible. Se consuma así la peculiar falacia naturalista propia del "sociologismo", que acompañó a la sociología desde su misma génesis comtiana; aunque en favor de su fundador ha de reconocerse que su propuesta de la "física social" como moral fue todo menos clandestina. Como ocurría cuando se apelaba a la historia como fundamento de lo humano, nos encontramos en la práctica con un doble rasero. Una "realidad social", exigible por extendida, podría llevar a despenalizar, por ejemplo, el consumo público de drogas. Otra rechazable, sea cual sea su consistencia cuantitativa, autorizaría a poner en marcha una cruzada contra la notable evasión fiscal producida mediante el camuflaje de dinero "negro" en seguros de prima única. Quien invoca el citado tópico se guardará muy mucho de establecer tan enojoso discernimiento, porque si acude al tópico es, precisamente, para sustraer su propuesta a todo debate abierto.

No menos eficaz se muestra el tópico de "las exigencias del *progreso científico*". Se trata de un peculiar estrambote del "saber para poder" que acompañó al nacimiento de la ciencia moderna. La dimensión cualitativa de la ética se ve suplantada por la *conversión de lo cuantitativo en criterio supremo*. La ciencia nos haría progresar haciendo factible lo hasta ahora imposible. "Poder" hacer algo nuevo implicaría un progreso indiscutible; sólo el oscurantismo puede sugerir que renunciemos a una nueva posibilidad, en aras de un "deber" marcado por tabúes o prejuicios éticos. En el terreno teórico, esta mentalidad parece sintonizar con la propuesta de una "complejidad" social, entendida como multiplicación de

alternativas "posibles", que sería irracional someter a criterios de "reducción" tan rígidos como los de la ética convencional<sup>5</sup>; el oportunismo calculado de la racionalidad sistémica se erige así en nueva muestra de un "sociologismo" que no cesa. En el orden práctico, bastaría evocar la ausencia de debate social que ha precedido a nuestra "progresista" ley sobre "fecundación asistida" para calibrar la incidencia del tópico citado.

Notoriamente socorrido resulta el recurso al *consenso social* como tópico capaz de obviar toda discrepancia. La misma sociología sistémica ha descrito con particular lucidez la inversión que se ha producido en el esquema de legitimación política, con la posible manufactura del consenso mediante técnicas de comunicación: de una presunta sociedad crítica y pensante, capaz de generar esa opinión pública que sirva de matriz de las propuestas normativas, a una sociedad programada para que piensen por ella —en aras de una óptima "reducción de complejidad"— adhiriéndose inconscientemente al consenso manufacturado. El tópico, sin embargo, puede incluso ahorrar tales fatigas. El mismo Ministro que anuncia periódicamente una posible ampliación de los supuestos en que el aborto resultará despenalizado, si así lo exigen las "expectativas sociales", se declarará incapaz de suministrar al Parlamento los datos precisos para poder calibrar la incidencia social de su última reforma.

Especialmente rentables para una utopía clandestina se muestran los tópicos capaces de neutralizar prácticamente cualquier utopía alternativa. Ninguno tan eficaz como el que obliga a *no imponer las propias convicciones a los demás*. Se consagra así una peculiar teoría del derecho, que lo haría capaz de cumplir su función social sin imponer "convicción" alguna (o imponiendo sólo aquello que se pruebe incapaz de generarla). Oscilamos, pues, entre la propuesta anarquista de un derecho sin imposición (o sea, una

5. Al respecto nuestro estudio *Systemtheorie: ¿filosofía del derecho o sociología jurídica?*, ahora en *Derechos humanos y metodología jurídica* (nota 4), págs. 70 y 83; otras referencias en el mismo volumen, págs. 91 y ss.

sociedad sin derecho) y la receta arbitraria que sólo permitiría imponer lo no convincente. Paradojas aparte, nos hallamos ante un recurso eficaz para descalificar cualquier propuesta ética no encubierta, rechazándola como perturbadora de la asepsia de lo público, mientras los contenidos éticos de la utopía clandestina se disfrazan de "neutrales" para mejor neutralizarla. La crítica de Dworkin al presunto "doble recuento" de los que pretenden intervenir en el debate democrático sin estar directamente afectados por un problema<sup>6</sup> parece expresar teóricamente este tópico; a la vez deja al descubierto su trasfondo ético clandestino, gracias al cual se discierne quiénes son los realmente "afectados" por un problema, resuelto en su caso en clave individualista. La anunciada despenalización de la eutanasia puede hacer reverdecer, entre nosotros, este tópico.

En países, como el nuestro, de honda raigambre clerical (en versión devota o laicista) ejerce gran eficacia descalificadora el tópico del *pluralismo no confesional*. El expeditivo magisterio del imán Jomeini convirtió al "fundamentalismo" en tópico descalificador de envidiable contundencia. Su fungibilidad lo hace tan aplicable a un comando suicida como a cualquiera que pretenda formular propuestas éticas con "fundamento" más sólido de lo permitido por los patriarcas del pensamiento "débil". La entusiasta caza de brujas contra el fundamentalismo llevó a un Ministro español —superado tiempo ha su stalinismo— a propiciar una edición internacional, financiada con fondos públicos, de los no

6. Partiendo de la afirmación de J. BENTHAM de que "cada hombre ha de contar como uno y ningún hombre ha de contar como más de uno", R. M. DWORKIN distingue entre la "preferencia personal por disfrutar de ciertos bienes y oportunidades" y la "preferencia *externa* por la asignación de bienes u oportunidades a otros". El resultado del juego de preferencias externas "altruistas o moralistas" sería "una especie de doble recuento". Defendiendo "la tesis liberal según la cual el Gobierno no tiene derecho a imponer por ley la moralidad popular", propone que sólo se tengan en cuenta las preferencias personales —*Los derechos en serio*— (Londres 1977), Barcelona 1984, págs. 341-344.

confesionales "Versos satánicos"; sin que el tópico le permitiera reflexionar mínimamente sobre la legitimidad de utilizar dinero de todos para lesionar las convicciones de algunos. Por dicha vía el laicismo se convierte en religión oficial (no por inconfesada menos confesional), capaz incluso de llamar desde el Poder a cruzadas laicas como la aludida.

*A la búsqueda de un fundamento: entre escepticismo y razón problemática*

Si la utopía no quiere cegar su doble apertura necesita un fundamento al que remitirse. Sin él no cabe auscultar imperiosas exigencias de futuro, capaces de romper la frontera de los tópicos consolidados. Tampoco es posible abrirse a la argumentación intersubjetiva sin un punto de referencia común, por impreciso que fuere. El rechazo apriorístico de todo fundamento objetivo y razonable obliga –si es coherente– al silencio y empuja –a quien se autodispense de ello– a la logomaquia.

La búsqueda de un fundamento, al exigir un indulto respecto al "delenda est metaphysica", tropieza con el ambiente teórico de descrédito de estos planteamientos, que se ha convertido en la práctica en defensiva actitud de terror. La aceptación teórica de la imposibilidad de una racionalidad práctica<sup>7</sup> se ve frecuentemente acompañada de la curiosa convicción de que toda propuesta ética de fundamento no "débil" degenera, inevitablemente, en autoritarismo práctico. El despego displicente hacia la verdad se convierte en terror, ante una verdad cuyo anuncio suena a amenaza; al menos si se asume el prejuicio de que quien alude a la verdad es siempre con la insana intención de darnos con ella en la cabeza.

7. A este rechazo de la metafísica y de la posibilidad de un razonamiento práctico hemos aludido en *Un realismo a medias: el empirismo escandinavo*, ahora en *Derechos humanos y metodología jurídica* (nota 4), págs. 31 y 38.

Este ambiente invita a camuflar las propuestas utópicas con un aderezo lo más "débil" posible. Alimenta, a la vez, el decidido acuerdo (la voluntad suplanta a la razón...) de no querer precisar en qué se está de acuerdo; se deja a las urgencias o habilidades de cada cual el sentido y el alcance con que podrá instrumentalizar a su favor el ya aludido tópico del "consenso".

Este indisimulable abandono a lo irracional encuentra hoy en dos doctrinas de mayor vigencia, vías de mitigación. Faltos de fundamento objetivo y razonable, quedamos al albur del *poder arbitrario*, sin que quepa otra defensa que convertirlo en *formalmente condicionado* o diseñarlo de un modo *funcionalmente dosificado*.

La primera de estas vías la ofrece la herencia kelseniana, en la medida en que se administra con el estoico rigor de su propio creador. Nos encontramos ante una curiosa teoría de la "doble verdad" que genera una utopía amputada. Las propuestas utópicas mantendrán su papel, animándonos –por ejemplo– a abismarnos en la esencia y valor de la democracia. Pero nos hallamos en el ámbito de una curiosa "verdad", que responde a una no menos curiosa "lógica": la de un emotivismo meta-racional. Por un lado, una utopía "moral", contrastada en más de una ocasión heroica o resignadamente (ante la represión que alimentaron utopías de no diversa consistencia racional, porque nos encontraríamos sumidos en una mera discrepancia de emociones...). Por otro lado, el ámbito racional y científico (¿"verdadero"?) del formalismo jurídico. Como en cualquier paralelismo riguroso, no hay entre ellos posible encuentro; salvo que surja de una coincidencia ocasional, sin duda "deseable" pero no más "racional" que su contraria. Convertir en una esta doble "verdad", disfrazando tal desaguisado como relectura kelseniana, sería un modo demasiado irrespetuoso de rendir culto al maestro.

No queda otra vía que la resignada aceptación del poder arbitrario, el ferviente deseo de que nos sea leve y el celo político para hacer factible en la práctica tan encomiable esperanza. La tarea

no será fácil, porque se tratará con frecuencia de una arbitrariedad legitimada por los tópicos, que la blindan ante la erosión utópica. Quedará sólo el frágil cobijo de los condicionamientos jurídicos formales, capaces de someter lo arbitrario a nuevos controles que –por repetidos– hagan estadísticamente menos frecuente el atropello. Sirva de ejemplo arquetípico la "legislación negativa" propia del control constitucional "concentrado". Vincular este sistema al respeto del "contenido esencial" de los derechos fundamentales es una elocuente muestra del poco escrupuloso "kelsenismo" de nuestra Constitución, y obliga al Tribunal Constitucional a actuar más "positivamente" de lo que sería capaz de soportar tan prestigioso modelo.

Si este primer planteamiento lleva a una utopía amputada, al contar con un motor confesadamente irracional, el que pugna hoy por sustituirle abandona sin más toda utopía. Convierte a los derechos fundamentales –entendidos como "institución"– en mera terapia de frustraciones sociales. Luhmann es quien ahora toma el relevo, desmarcando al derecho del ámbito de la utopía crítica (más que como "verdad" emotiva, la trata ya como folklorismo tribal...) para diseñarlo como técnica de aprendizaje. El derecho domesticará a los ciudadanos, salvándolos de la neurosis a la que empujaría una "complejidad" no adecuadamente "reducida". Tomarse los derechos en serio sería empeñarse en mantener un modelo arcaico en una sociedad compleja. El tópico del "progreso científico" juega ahora con particular contundencia, aunque se disfrace con el lenguaje –presuntamente "débil"– de las alternativas metodológicas. Se producirá una apología de los "derechos", pero en la medida en que se muestran susceptibles de jugar como tópicos sociales de positivo rendimiento funcional.

Que estos "derechos fundamentales como institución"<sup>8</sup> acaben

8. N. LUHMANN, *Grundrechte als Institution*, Berlin 1965. A la dimensión "criptofilosófica" de este enfoque "sociológico" hemos aludido en *La paradoja del funcionalismo jurídico*, ahora en *Derechos humanos y metodología jurídica* (nota 4), págs. 89 y ss.

sirviendo de cauce a una fecunda utopía sería un resultado ocasional como –en el modelo anterior– el posible encuentro entre la opción moral deseable y la forma jurídica indiscriminadamente disponible. Las ventajas funcionales van, más bien, de la mano de su virtualidad para entrenar en la insensibilidad, desdramatizadora de frustraciones. De lo que se trata, ante todo, es de evitar que se conviertan en conflictivas las expectativas sociales no satisfechas; incluidas las que respondan a propuestas utópicas poco funcionales. El sociólogo ha dado paso a una lúcida descripción del paisaje social que resulta coherente para la arbitrariedad formalizada que diseñó el teórico del derecho. Pero, cuando la sociología degenera en sociologismo y la propuesta metodológica en criptofilosofía normativa, se nos defiende implícitamente la renuncia ritualizada a la utopía en aras de una arbitrariedad funcionalmente dosificada.

El escepticismo post-metafísico no parece dar para más. No faltará quien lo considere suficiente argumento para una deseable resurrección de signo opuesto. No en vano "positivismo" y "iusnaturalismo" llevan siglos actuando como plantas saprofitas, que reverdecen abrazadas al cadáver de su adversario. Pero, si queremos eludir dilema tan poco ornamental, quizá podría resultar oportuno distanciarnos aparentemente del escenario filosófico, bloqueado por la pugna entre una razón resignada y unos tópicos autosatisfechos, acercándonos a los cotidianos afanes del jurista, empeñado en resolver problemas con el mayor asomo de razonabilidad.

### *La "inventio" tópica como invitación a recuperar la utopía*

Tras siglos de envidiar la racionalidad científica –identificada con la apoyada en un *sistema* capaz de explicitarse "more geometrico"– los juristas se animaron a reexaminar su poco prestigiado arte de razonar. Este invita a buscar, en la *tópica* urdida por sus

lugares comunes, una autorizada razonabilidad decantada por la experiencia. Más que a la verificabilidad "positiva" –atribuida en sus momentos estelares a un sistema que pugnaba por convertirse en código– se aspira a la falsabilidad "negativa", que descarta la solución que no acaba convirtiéndose en común y tópica ante un núcleo problemático.

La primera consecuencia de este nuevo escenario sería la renuncia a "moralizar" –tan utópica como arbitrariamente– el ordenamiento jurídico desde instancias exteriores a él (resignada herencia del sistema formalista). La segunda, la rebeldía ante la conversión de la "reducción de la complejidad" en ética, tan confesadamente amoral como de obligado cumplimiento (receta del funcionalismo sistémico). La razón problemática invitaría, más bien, a bucear en la historicidad de los contenidos jurídicos, portadores de criterios de justicia propios, obligados a contrastarse una y otra vez ante las circunstancias sociales.

Reducir a mutabilidad social la historia es una de las vías que más eficazmente han llevado a malentender la historicidad de lo jurídico. Esta no es el fruto de la proyección sucesiva de un contenido objetivo y acabado sobre una realidad social en continuo cambio. El contenido jurídico mismo porta su propia historicidad, dada la siempre problemática e inacabada explicitación de la inagotabilidad de implicaciones de lo inefable<sup>9</sup>. El derecho no es contenido normativo perfilado de una vez por todas, listo para ser "aplicado" a la huidiza circunstancia histórica. Encierra un haz de principios, que han de ser una y otra vez recíprocamente ponderados ante la urgencia del problema social. Para ello se contará –entre otros puntos de referencia intersubjetiva– con el auxilio de la norma.

La tópica no puede oficiar, por tanto, como código alternativo promulgado a golpes de casuismo judicialista. Se ofrece más bien,

9. Al respecto L. LOMBARDI-VALLAURI, *Le droit comme moyen de communication de l'ineffable en Demitizzazione e ideologia* (ed. por E. CASTELLI), Padova 1973, págs. 367 y ss.

como decantación histórica que atesora argumentaciones y soluciones explicitadoras de lo justo. El problema básico –la justicia o verdad de las soluciones propuestas o de los criterios a los que remiten– sigue abierto. La particular transparencia con que ayuda a reconstruir el debate utópico en torno a un problema es su principal virtud, y no ninguna piedra filosofal capaz de cerrarlo. Cuando dicha transparencia no se aprovecha para una enriquecedora reflexión, sólo nos queda un ciego casuismo amontonador de tópicos.

La *razón problemática* presupone la existencia de un fundamento, pero es a la vez consciente de que no "dispone" de él. No cabe, sin fundamento, aspirar al logro de una *solución con sentido*. Este no surge como consecuencia de la aquilatada manipulación de unos contenidos precisos, disponibles para la aplicación casuística. Si se aspira a una solución *objetiva* es porque se presiente un objeto capaz de dar noticia de sí; aunque tan problemática que la feliz intuición subjetiva resulta escaso bagaje para su conquista. Por eso se aspira, a la vez, a una solución *razonable*; a alcanzarla a través de un discurso intersubjetivo, en el que el intercambio argumental marca el esfuerzo solidario por ahondar en la explicitación de lo inagotable. De ahí que cuando nuestro Tribunal Constitucional considera los derechos fundamentales como directamente aplicables, sin necesidad de una "interpositio legislatoris"<sup>10</sup>, está sin duda dejando en evidencia las limitaciones del normativismo jurídico, y certificando la rancia caducidad del positivismo legalista, pero sigue invitando a malentender el juego intrajurídico de la utopía. No hay derechos aplicables, ni

10. Mientras la extinta Audiencia Territorial de Sevilla incluía el artículo 14 de la Constitución entre las "meras enunciaciones de principios", y el Tribunal Supremo le reconocía el "alcance de una declaración de principio", la STC 80/1982 de 20 de diciembre, F. 1, sentó "el reconocimiento de su carácter normativo" y su "vinculatoriedad inmediata" –"Boletín Jurisprudencia Constitucional" 1983(21), pág. 61. Cfr. también STC 39/1983 de 17 de mayo, F. S– "BJC" 1983(26) pág. 669.

estáticamente disponibles, sino asequibles a un discurso capaz de desentrañar en un contexto problemático sus exigencias, nunca definitivamente formuladas.

La tónica ayuda a recomponer el opaco circuito del discurso jurídico. La circularidad de la búsqueda de lo justo resulta expresivamente escenificada. Hacer justicia obliga a ser sensible a las exigencias de la igualdad, por ejemplo; pero no hay igualdad exigible frente a una desigualdad justificada; o sea legitimada por la justicia...<sup>11</sup>. Este recorrido hace aflorar los juicios de valor sobre el alcance teleológicamente "proporcional" de la desigualdad controvertida y los argumentos que la presentan como "razonable". La reflexión puede evitar el abandono al círculo vicioso, convirtiendo a la innegable circularidad del razonar jurídico en ocasión para una mutua crítica y un mutuo apoyo argumental. La forma procesal se convierte así en cauce para el discurso, evitando suplantarla con una mera apariencia ritual. Nada tendrá de extraño, en consecuencia, que la utopía lleve a condenar una aplicación rígidamente formalista de los mecanismos procesales e invite incesantemente a la búsqueda de la interpretación más favorable para los derechos fundamentales<sup>12</sup> en juego.

Paradójicamente, la tónica jurídica puede servir de filtro a la manipulación ideológica de los tópicos. Su razonabilidad problemática puede dar paso a una reflexión que los someta a examen y ayude a iluminar la teoría de la justicia que va subyacendo bajo un casuismo aparentemente casual o caprichoso. Dado que la actividad jurídica es —lo sepa o no el jurista— antropología práctica, conviene ir fijando sus auténticos perfiles, para cobrar conciencia de ellos y someterlos a crítica. Convencerse de que los debates que rodean la interpretación de un texto jurídico son un mero entrecruce de alternativas metodológicas llevará a ignorar los modelos de lo

11. A ello nos hemos referido en *Principio de igualdad y teoría del derecho*, ahora en *Derechos humanos y metodología jurídica* (nota 4), pág. 275.

12. Entre otras, en la STC 34/1983 de 6 de mayo, F. 3 —"BJC" 1983(26) pág. 648— y la STC 67/1984 de 7 de junio, F. 3 —"BJC" 1984(39) pág. 917.

humano que realmente se enfrentan tras los más socorridos tópicos<sup>13</sup>.

*Debate antropológico tras el presunto consenso sobre los derechos humanos*

Pocos elementos más expresivos de la exitosa conversión de la utopía de los derechos humanos en tópico que el cambio de actitud producido en el ámbito de la teoría marxista y los discursos políticos afines. El hiriente despegue de los pasajes de "La cuestión judía" llega a verse sustituido hoy por interpretaciones o lecturas que parecen aspirar a situarse estratégicamente al abrigo de los tópicos forjados en la historia por tan denostada utopía. También la teoría de la "doble verdad" del formalismo jurídico ofrecía cobertura confortable, al permitir combinar el tópico legitimador "moral" (en clave revolucionaria, en este caso) y la arbitrariedad con honores de razón de Estado.

Sea cual sea la sinceridad y eficacia de la estrategia, se mantiene una constante antropológica: la negación de la persona como protagonista de la realidad histórica, al considerarse el hombre como mero resultado de las relaciones sociales<sup>14</sup>. Del hombre como sujeto activo, actor de la historia, capaz de un "augere" creativo, pasamos al hombre como destinatario pasivo de la realidad social, sujeto a necesidades y tributario de la estructura económica que asume su satisfacción. El hombre nuevo no podrá surgir de la autocrítica ética personal, sino que será el producto de

13. Ilustrativo el análisis del debate argumental de la STC 22/1981 de 2 de julio; cfr. *Derechos humanos y metodología jurídica* (nota 4), págs. 275 y ss.

14. K. MARX, en su sexta *Tesis sobre Feuerbach*, apunta –criticando un insuficiente materialismo– "la esencia humana no es algo abstracto e inmanente a cada individuo. Es, en su realidad, el conjunto de las relaciones sociales" (trad. de W. Roces, como apéndice a *La ideología alemana*, Barcelona 1974 (5ª), pág 667).

una acertada planificación estatal. La legitimación de ésta se verá reforzada gracias a un "uso alternativo" de los derechos humanos, que pondrá especial énfasis en las prestaciones económicas, más que en las garantías civiles. Se compone así una peculiar utopía destinada a "moralizar" el ordenamiento jurídico hasta que, el día menos pensado, se haga al fin irreversiblemente superfluo.

Estos planteamientos continúan tropezando con una aportación histórica decisiva de la utopía de los derechos humanos. La experiencia resalta una y otra vez la *irrenunciabilidad de las garantías formales* como defensoras de la dignidad personal. Sin duda, no bastará con ellas para satisfacer las exigencias de la dignidad humana, pero su ausencia lleva a certificar infaliblemente su radical insatisfacción. Por la vía de la argucia estratégica o de la reforma ambiciosa, las más recientes propuestas apuntan, de un modo u otro, a un avance en la capacidad de asimilación de dichas exigencias por el llamado "socialismo real".

Si el dilema radical lo situamos en el enfrentamiento colectivismo-individualismo, las alternativas actuales vendrían establecidas sobre planteamientos menos distantes en realidad de lo que suelen aparentar. La discrepancia —que sitúa el centro de gravedad en lo individual o lo colectivo— pierde profundidad, al contar ambas propuestas antropológicas con un soterrado fundamento común: el economicismo. En su vertiente individualista no será tampoco la autocrítica ética personal el motor de la utopía, sino que la ética individual cederá ante la óptima asignación de recursos ofrecida por el mercado. De la profundidad de tal sintonía valga como síntoma la coincidencia en una de las propuestas más audaces del economicismo colectivista: el paulatino decrecimiento del derecho como factor de regulación social, sin que quepa descartar su desaparición definitiva. No otra cosa apunta el "análisis económico del derecho", mostrando la rentabilidad de sustituir categorías éticas (como culpa o responsabilidad) por cálculos de costes. La diferencia radica en que el anatema dogmático que el economicismo colectivista esgrime contra el

derecho tropieza con la envidiable salud que su estatismo le presta, mientras que las recetas calculadas por el economicismo individualista se van abriendo paso sin gran aspaviento.

La conversión de la estructura económica en escenario auténtico del progreso de lo humano se erige en punto de partida común de ambos economicismos, falsamente alternativos. El marxista convertirá a la ética individual en mero subproducto; el economicismo individualista no llegará a tales profundidades, pero postulará un repliegue de la ética a lo privado, sometiendo lo público a meras exigencias de utilidad. No otra será la receta del funcionalismo sistémico, para el que la proyección de las opciones éticas personales sobre lo público llevaría a una "reducción de complejidad" excesivamente rígida e incapaz, por ello, de rentabilizar la deseable interdependencia de los subsistemas sociales.

Esta "despolitización" de lo público, con el correspondiente repliegue de utopías éticas, amenaza con frenar la proyección histórica de los derechos humanos y sirve de eco a otra experiencia básica de este proceso: la *insuficiencia de un garantismo formal sin contenidos éticos*. Sin garantías formales no cabe reconocimiento práctico de lo humano, pero sólo con ellas tampoco; sobre todo si se las ritualiza, sin reflexionar una y otra vez sobre su eficacia al servicio de los valores que históricamente las hicieron exigibles. De lo contrario, no cabe excluir que los mecanismos procedimentales acaben acarreado los más variados efectos perversos. Pueden llegar a cobrar un funcionamiento autónomo que lleve a sustituir en la práctica los valores a cuyo servicio juegan<sup>15</sup> y pueden, incluso, cegar sobre las consecuencias que derivan de la mera inhibición personal o institucional a la hora de activarlos. La forma procesal es cauce insustituible de la ética como motor utópico, pero puede a su vez degenerar en una "legitimación por el

15. Sobre ello nuestro reciente trabajo *Igualdad en la aplicación de la ley y precedente judicial*, Madrid 1989, págs. 51 y ss.

procedimiento"<sup>16</sup> que acabe adormilando todo asomo de invitación ética a la utopía.

El común fundamento economicista de estos planteamientos, presuntamente alternativos, puede quizá arrojar luz sobre una de las consecuencias más llamativas del reciente balance de bicentenario. La triple utopía libertad-igualdad-fraternidad se muestra ostensiblemente amputada. Libertad e igualdad parecen buscar abrigo en sus respectivos referentes economicistas, dejando a la fraternidad en llamativo desamparo. Conscientes de las aportaciones irreversibles de lo moderno, parece obligado no cerrar los ojos antes sus obvias "valencias negativas"<sup>17</sup>. Ninguna lo sería tanto como la que llevara a olvidar que la fraternidad solidaria es una dimensión ineludible de la utopía de lo humano.

Se hace preciso revisar estas bases antropológicas, para detectar en ellas insuficiencias radicales. El economicismo atomiza a los sujetos, sea cual sea su valoración teórica de lo individual, marginando así la "paridad ontológica"<sup>18</sup> fundamentadora de lo jurídico. Esta no puede dejar de hacerse presente, sin necesidad de que tal fundamento llegue a ser consciente. Así ocurre cuando el Tribunal Constitucional señala, una y otra vez, que "no existen derechos ilimitados"<sup>19</sup>. En el marco de una paridad ontológica, el derecho es siempre *libertad ajustada* y ninguna pretensión desmesurada puede considerarse "jurídica". Cuando falta la conciencia de dicho fundamento, se llega, sin embargo, a esgrimir los derechos no para servir de cauce a un ajustamiento de libertades sino para *poder liberarse o desembarazarse de los otros*. Nada expresa de modo más gráfico nuestra actual déficit de solidaridad

16. N. LUHMANN, *Legitimation durch Verfahren*, Neuwied 1969. Sobre su alcance los trabajos citados en las notas (5) y (8).

17. Cfr. L. LOMBARDI-VALLAURI, *Abortismo libertario e sadismo*, Milano 1976, págs. 65 y ss.

18. Al respecto S. COTTA, *El derecho en la existencia humana*, Pamplona 1987, págs. 156 y ss.

19. Por ejemplo, en la STC 2/1982 de 29 de enero, F. 5 -"BJC" 1982(10) pág. 102-.

social que la eufemística "interrupción voluntaria del embarazo" al amparo de distingos legales.

*Paridad-fraternidad-solidaridad* componen el más grave *déficit histórico* de la *utopía de los derechos humanos*. Sin tal elemento, acecha de continuo la tentación de la igualdad uniformista o de la libertad desembarazada. Para que haya ajustamiento de libertades, el derecho ha de realizar su papel antropológico como posibilitador de una *co-existencia* personal. Esta desborda cualquier intento de *co-incidencia* mecanizada, venga ésta impuesta autoritariamente, programada funcionalmente o calculada económicamente. Lejos de ser resultado mecánico, la co-existencia condiciona éticamente los mecanismos procedimentales. Si la *solidaridad* mantiene la apertura de la utopía al futuro —evitando que acabe enclaustrada en tópicos autosatisfechos— ese mismo fundamento descarta la segunda posible cerrazón, al convertir en exigencia ética la *apertura al discurso*. La utopía ha de seguir fluyendo gracias a un "uso reflexivo" de los derechos humanos, en el que el tópico no cierre el paso al argumento que la dignidad ajena reclama.

La invocación revolucionaria a la fraternidad resulta especialmente ilustrativa, a la hora de diagnosticar la precariedad histórica de la paridad ontológica y de su correlativa solidaridad civil. Problemática fraternidad la que busca apoyo en un padre común obtenido "in vitro". El Estado, padre ortopédico fabricado por la Modernidad, parece más diseñado para garantizar ámbitos de libertad (no siempre ajustada) o para imponer la igualdad (no pocas veces uniformada) que para servir de cauce a una fraternidad mínimamente convincente. Esta evidencia invita, sin duda, a revisar alguno de los tópicos apuntados al principio, evitando la imposición de modelos de "pluralismo" lastrados por exigencias que les condenan a resultar inevitablemente insolidarios.

*Cómo poner a salvo de los tópicos a la utopía*

Los recientes aniversarios invitan a conjurar un grave peligro: la degeneración de la utopía de los derechos humanos en un conjunto de tópicos instrumentalizables. De ahí que mantener abierta la utopía exige una actitud personal que no excluya, entre otros, estos esfuerzos:

– buscar detrás de cada alusión tópica su trasfondo antropológico, movidos por el decidido acuerdo de saber siempre sí, y en qué, estamos de acuerdo;

– convertir –gracias a un esfuerzo argumentador– en alusión tópica obligada las exigencias solidarias de los derechos humanos, hoy netamente deficitarias;

– dar paso a un "uso reflexivo" del ordenamiento jurídico<sup>20</sup>, que ayude a recordar que la pasividad ante los derechos humanos equivale a su traición; que anime a asumir la ineludible ponderación de principios que ello lleva consigo, evitando así la cómoda resignación ante presuntos imponderables; que invite a sopesar el juego axiológico cumplido en cada caso por los mecanismos procesales...

– abrir la cotidiana tópica jurídica, mediante una transparencia argumental que permita convertirla en una utopía atesoradora de exigencias de lo humano. Ello nos hará conscientes de lo rechazable de un planteamiento de "doble verdad", que legitima la función narcotizadora de la ideología condensada en tópicos acríticamente asumidos.

20. Comentando el consejo "filosófico" de N. BOBBIO, que anima a invertir en la defensa de los derechos humanos las energías malgastadas en intentar fundamentarlos, F. D'AGOSTINO señala agudamente que "los derechos humanos no se defienden con meras declamaciones verbales e iluministas, sino con una paciente y reflexiva actividad de intervención en la praxis" –*Ancora sulla razionalità del diritto naturale: l'esempio dei diritti dell'uomo* en *Diritto e secolarizzazione*, Milano 1982, pág. 168.

Nada más eficaz para hacer imposible estos objetivos que una demonización de lo moderno, que lleve a comportarse como si jugara en campo ajeno a quien se halla en envidiables condiciones para actuar como "experto en humanidad"<sup>21</sup>. Esto no encierra ninguna peculiar invitación a incurrir en actitudes "fundamentalistas", sino la llamada a asumir un imperativo constitucional. El que nos impone la honrosa carga de garantizar el "contenido esencial" de los derechos humanos y de hacer reales y efectivas sus exigencias éticas, por más que ello obligue a desafiar –contra corriente– la tolerancia represiva de los anti-fundamentalismos estéticos.

21. De ello nos ocupamos en nuestro trabajo *Expertos en humanidad. Convicciones religiosas y democracia pluralista* con el que colaboramos al volumen de estudios en preparación sobre la ya citada encíclica *Sollicitudo rei socialis*.