

la realidad también deben tener el coraje de la anticipación en otro sentido. Deben poder intervenir, desde el interior de sus espacios políticos nacionales –el único ámbito desde el que actualmente pueden actuar– en el espacio político europeo. Deben actuar programáticamente con el doble objetivo de crear una Europa social que haga valer su peso en el platillo de la balanza cosmopolita.

Acerca de la legitimación basada en los derechos humanos

Dedicado a Ingeborg Mauss, con motivo de su sexagésimo cumpleaños.

Voy a utilizar el concepto de legitimación (y su concepto análogo de legitimidad) en un sentido doblemente restringido: me voy a referir a la legitimación de un orden político, y exclusivamente al orden político que representa el Estado constitucional democrático. Quiero recordar, en primer lugar, la propuesta de reconstrucción del nexo interno que existe entre la democracia y los derechos humanos que he tratado en otro lugar.¹ Posteriormente, quiero tratar algunos aspectos de la crítica que hoy se lleva a cabo de la concepción de los derechos humanos surgida en Occidente, analizando el discurso de Occidente consigo mismo o los discursos que otras culturas llevan a cabo con Occidente.

I. Una justificación procedimental del Estado constitucional democrático

Voy a comenzar con una explicación del concepto político de legitimación. La necesidad de legitimación de órdenes que se caracterizan por la forma estatal de organización de la violencia (y que, por ejemplo, se diferencian de las estructuras de dominio de las sociedades tribales) se explica precisamente a partir del concepto de poder político. Debido a que el medio del poder estatal se constituye en la forma del derecho, los órdenes políticos se alimentan de la pretensión de legitimidad del derecho. El derecho reclama para sí no sólo ser aceptado:

1. J. Habermas, *Faktizität und Geltung*, Francfort del Meno, 1992, cap. 3 (trad. cast.: *Facticidad y validez*, Madrid, Trotta, 1998).

exige por parte de aquellos a quienes va dirigido no solamente un reconocimiento fáctico, sino que pretende *ser digno* de reconocimiento. A la legitimación de un orden estatal constituido mediante el medio que es el derecho contribuyen por lo tanto todo tipo de construcciones y argumentaciones públicas que puedan hacer efectiva la pretensión del derecho de ser reconocido.

Esto es válido para todos los órdenes estatales. Los Estados modernos se caracterizan por el hecho de que constituyen el poder político en la forma del derecho positivo, esto es, estatuido y coactivo. Pero dado que la cuestión relativa al modo de legitimación política se ve afectada también por la transformación de la «forma jurídica», quiero caracterizar, en primer lugar, el derecho moderno según su estructura y sus pretensiones de validez, 1) antes de entrar en sus correspondientes tipos de legitimación 2)

1) Los modernos órdenes jurídicos están contruidos, esencialmente, a partir de derechos subjetivos. Estos derechos conceden a una persona jurídica ámbitos de acción legalmente definidos, dentro de los cuales puede conducir su acción de acuerdo con sus propias preferencias. De este modo desligan a los titulares de derechos, de una forma clara y precisa, de mandatos morales o preceptos de otro tipo. En cualquier caso, dentro de los límites de lo jurídicamente permitido, nadie está obligado a ofrecer una justificación pública de su obrar. Con la introducción de las libertades subjetivas, el derecho moderno, a diferencia de los órdenes jurídicos tradicionales, hace valer el principio hobbesiano de que está permitido todo aquello que no está explícitamente prohibido. De esta forma, el derecho y la moral se separan mutuamente.² Mientras la moral nos dice por qué estamos obligados a hacer algo, de la estructura del derecho se infiere la primacía del estar legitimado para hacer algo. Mientras los derechos morales se derivan de deberes recíprocos, las obligaciones jurídicas se deducen de la restricción legal de las libertades subjetivas. Los modernos conceptos de persona jurídica y de comunidad jurídica explican por qué se privilegian

2. I. Mauss, «Die Trennung von Recht und Moral als Begrenzung des Rechts», en I. Mauss, *Zur Aufklärung der Demokratietheorie*, Francfort del Meno, 1992, págs. 308-336.

los derechos –en términos conceptuales– frente a las obligaciones. El universo moral, *sin límites ya* ni en el espacio social ni en el tiempo histórico, se refiere a *todas* las personas naturales en la complejidad de sus historias vitales. Por el contrario, una comunidad jurídica, localizada tanto en el tiempo, como en el espacio, protege la integridad de sus miembros sólo en la medida en que éstos asumen el estatus artificialmente generado de *portadores de derechos subjetivos*.

Esta estructura se refleja en el peculiar modo en que el derecho adquiere validez, que entrelaza la facticidad de la imposición del derecho por parte del Estado con la pretensión de un procedimiento racional para la producción del mismo. El derecho moderno deja a discreción de sus destinatarios si quieren considerar las normas solamente como una restricción de su espacio de acción y adoptar una actitud de cálculo estratégico con relación a las posibles consecuencias que las violaciones de las reglas les pudieran acarrear, o si, por el contrario, quieren acatar sus disposiciones «por respeto a la ley». Kant había puesto ya de manifiesto con su concepto de legalidad la conexión de estos dos momentos, sin los que no se puede exigir a las personas moralmente responsables obediencia al derecho. Las normas jurídicas deben estar constituidas de tal modo que puedan ser consideradas siempre desde distintos aspectos a la vez como leyes coercitivas y leyes de libertad. Debe ser posible, por lo menos, obedecer las normas del derecho, no porque sean coercitivas, sino porque son legítimas. La validez de una norma jurídica indica que el poder estatal garantiza simultáneamente la legítima producción del derecho y la fáctica imposición del mismo. El Estado debe garantizar ambas cosas, por una parte la legalidad de la conducta en el sentido de un acatamiento estándar de las normas, en caso necesario mediante sanciones coactivas y, por otra parte, una legitimidad de las reglas que en todo momento haga posible el acatamiento de una norma por estricto respeto a la ley.

Respecto a la legitimidad de un orden jurídico, es importante otra cualidad formal, a saber: la positividad del derecho producido. ¿Cómo es posible fundamentar la legitimidad de reglas que pueden ser cambiadas en cualquier momento por los legisladores políticos? También las normas constitucionales pueden ser modificadas; e incluso las normas fundamentales que declaran la Constitución como algo inalterable, comparten con todo el derecho positivo el destino de poder

quedar sin vigor, por ejemplo, tras un cambio de régimen. Mientras se pudo recurrir al derecho natural fundamentado en la religión o en la metafísica, el torbellino de la temporalidad en la que el derecho positivo ha caído pudo ser contenido por la moral. El temporalizado derecho positivo debía estar *subordinado* a un derecho moral –en el sentido de una jerarquía de las leyes–, eternamente válido, y recibir de éste sus orientaciones permanentes. Pero en las sociedades pluralistas se han desmoronado estas imágenes integradoras del mundo y las éticas colectivamente vinculantes.

La teoría política ha dado a la cuestión de la legitimidad una doble respuesta: la soberanía popular y los derechos humanos. El principio de soberanía popular establece un procedimiento que, en razón de sus propiedades democráticas, fundamenta la suposición de resultados legítimos. Este principio se expresa en los derechos de comunicación y participación que garantiza la autonomía pública de los ciudadanos. Por el contrario, los derechos humanos clásicos, que garantizan a los ciudadanos de una sociedad la vida y la libertad privada, es decir, el espacio de acción para la realización de sus propios planes vitales, fundamentan por sí mismos un dominio legítimo de las leyes. Bajo estos dos puntos de vista normativos, el derecho producido –es decir, un derecho que se puede cambiar– debe ser legitimado como un medio para asegurar de forma armónica la autonomía de los individuos, tanto en el ámbito privado como en su dimensión de ciudadanos.

2) Ciertamente, la teoría política no ha podido lograr un compromiso válido a la tensión que se da entre la soberanía popular y los derechos humanos, entre la «libertad de los antiguos» y la «libertad de los modernos». El *republicanismo* que se retrotrae a Aristóteles y al humanismo político del Renacimiento ha concedido siempre primacía a la autonomía pública de los ciudadanos frente a las libertades apolíticas de la gente privada. El *liberalismo* que se remonta a Locke ha conjurado (por lo menos desde el siglo XIX) el peligro de mayorías tiránicas postulando una primacía de los derechos humanos frente a la voluntad popular. Para los primeros, los derechos humanos deben su legitimidad a la autocomprensión ética y la autodeterminación soberana de una comunidad política; para los segundos, los derechos humanos por sí mismos establecen los límites que deben impedir a la soberana

voluntad del pueblo la intrusión en la inviolable esfera de las libertades privadas de los sujetos. Frente a estas unilateralidades complementarias, hay que insistir en que la idea de los derechos humanos –el derecho fundamental, según Kant, a las mismas libertades subjetivas de acción– ni puede ser meramente impuesta al legislador soberano como un simple límite externo, ni puede ser instrumentalizada como un requisito funcional para la consecución de sus fines.³

Para expresar esta intuición adecuadamente, es recomendable partir de la siguiente pregunta a la que voy a recurrir más veces: ¿cuáles son los derechos fundamentales que deben otorgarse recíprocamente ciudadanos libres e iguales si quieren regular legítimamente su vida en común con los medios del derecho positivo? La idea de esta *praxis constituyente* conecta el ejercicio de la soberanía popular con la creación de un sistema de derechos. En este contexto voy a partir del principio, que aquí no puedo exponer más detalladamente, de que precisamente pueden pretender ser legítimas las reglamentaciones en las cuales todos los posibles afectados pudieran estar de acuerdo como participantes en un discurso racional. En los discursos, los participantes buscan convencerse recíprocamente de algo con argumentos con el fin de alcanzar una opinión común; mientras que mediante las «negociaciones» se esfuerzan por conseguir un compromiso entre sus diferentes intereses. (Evidentemente, la equidad de tales acuerdos depende nuevamente de un procedimiento discursivamente fundado para la formación de un compromiso.) Si tales discursos (y negociaciones) son el lugar en el que puede formarse una voluntad política racional, la suposición de que lleva a resultados legítimos, suposición que debe proporcionar un fundamento al procedimiento democrático, debe apoyarse en última instancia en un acuerdo comunicativo: las formas de comunicación necesarias para la formación de una voluntad racional –y por lo tanto garantizadora de la legitimidad– del legislador político, deben, por su parte, ser institucionalizadas jurídicamente.
democracia

3. Para lo que viene a continuación, véase J. Habermas, «Über den internen Zusammenhang von Rechtsstaat und Demokratie», en Habermas, *Die Einbeziehung des Anderen*, Francfort del Meno, 1995, págs. 293-305 (trad. cast.: *La inclusión del otro*, Barcelona, Paidós, 1999); no puedo tratar aquí la amistosa crítica de I. Mauss en «Freiheitsrechte und Volkssouveränität», en *Rechtstheorie*, 26, 1995, págs. 507-562.

El buscado nexo interno entre derechos humanos y soberanía popular consiste, por lo tanto, en que los derechos humanos institucionalizan las condiciones comunicativas para la formación de una voluntad política racional. Los derechos que hacen posible el ejercicio de la soberanía popular no pueden ser impuestos al ejercicio de la misma como restricciones externas. Estas reflexiones son clarificadoras de forma inmediata sólo en lo que se refiere a los derechos civiles políticos, es decir, para los derechos de comunicación y participación, pero no en lo que se refiere a los derechos privados clásicos que garantizan la autonomía privada de los ciudadanos. Estos derechos, que deben garantizar a cualquiera una igualdad de oportunidades en la persecución de sus propios fines y una completa protección jurídica, tienen, evidentemente, un valor intrínseco, y no se agotan en su valor instrumental para la formación de una voluntad democrática.

Pues no debemos pasar por alto que los ciudadanos ya no pueden elegir el medio a través del cual ejercen su autonomía política. Los ciudadanos participan en el acto legislativo sólo como sujetos jurídicos; ya no pueden, por tanto, disponer del lenguaje del que quieren servirse. Es decir, el código que es derecho como tal ya debe estar a su disposición, antes de que los presupuestos comunicativos para una formación discursiva de la voluntad puedan ser institucionalizados en la forma de derechos civiles. Sin embargo, para el establecimiento de este código que es el derecho, es necesario crear el estatus de personas jurídicas que, como portadoras de derechos subjetivos, pertenecen a una asociación voluntaria de miembros de una misma comunidad jurídica y que, llegado el caso, pueden hacer valer efectivamente sus derechos. No existe ningún derecho sin la autonomía privada de las personas jurídicas. Por lo tanto, sin los derechos privados clásicos, en particular sin el derecho fundamental a una igual libertad de acción, no existiría tampoco ningún medio para la institucionalización jurídica de aquellas condiciones bajo las cuales los ciudadanos pueden participar en la praxis de su autodeterminación.

De esta forma, la autonomía privada y la pública se presuponen mutuamente. La conexión interna entre democracia y Estado de derecho consiste en que, por una parte, los ciudadanos sólo pueden hacer un adecuado uso de su autonomía pública si gracias a una autonomía privada simétricamente asegurada son suficientemente independientes y, por

otra, en que sólo pueden alcanzar un equilibrado disfrute de su autonomía privada si, como ciudadanos, hacen un adecuado uso de su autonomía política. Por eso los derechos fundamentales de libertad y los derechos políticos son indivisibles. La imagen del núcleo y la corteza induce a error, como si existiera un núcleo de libertades fundamentales que pretendieran tener prioridad frente a los derechos de comunicación y participación.⁴ Para el tipo de legitimación occidental, los derechos privados y los derechos ciudadanos son en origen igualmente esenciales.

II. La autocrítica de Occidente

Los derechos humanos tienen un rostro jánico que está dirigido a la vez a la moral y al derecho. A pesar de su contenido moral tienen la forma de derechos jurídicos. Como normas morales se refieren a todo aquello que «tenga un rostro humano», pero como normas jurídicas sólo protegen a las personas en la medida en que pertenecen a una determinada comunidad jurídica, por lo general a los ciudadanos de un Estado nacional. De esta forma existe una peculiar tensión entre el sentido universal de los derechos humanos y las condiciones locales de su realización: deben tener una validez ilimitada para todas las personas, pero ¿cómo se logra esto? Podemos representarnos la extensión universal de los derechos humanos de la siguiente forma: todos los Estados existentes se transforman en Estados democráticos de derecho —no sólo nominalmente—, mientras a cada individuo se le concede el derecho a elegir su nacionalidad. Evidentemente, estamos todavía muy lejos de alcanzar este objetivo. Una alternativa podría consistir en que cada uno, como ciudadano del mundo, alcanzara un directo y efectivo disfrute de los derechos humanos. En este sentido, el artículo 28 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos de las Naciones Unidas remite a un orden global «en el que los derechos y libertades establecidos en esta declaración sean completamente realizados». Sin embargo, está todavía lejos de alcanzarse el objetivo de un derecho cosmopolita efectivamente institucionalizado.

4. R. Herzog (*Die Rechte des Menschen*, en *Die Zeit* del 6 de septiembre de 1996) distingue con razón entre la fundamentación y la realización de los derechos humanos.

En la transición desde un orden basado en los Estados nacionales hasta un orden cosmopolita, no se sabe exactamente qué es más peligroso: el mundo –actualmente en declive– de los sujetos soberanos del derecho internacional que desde hace tiempo han perdido su inocencia, o la poco clara amalgama de instituciones y conferencias internacionales, de las que no cabe esperar más que una incierta legitimidad, pues estas instituciones siguen dependiendo de la buena voluntad de los Estados poderosos y sus alianzas.⁵ En esta inestable situación, los derechos humanos representan el único fundamento reconocido para la legitimidad política de la comunidad internacional, ya que casi todos los Estados han aceptado textualmente la Declaración de los Derechos Humanos de las Naciones Unidas que, entretanto, se ha ido perfeccionando. A pesar de todo, tanto la validez universal como el contenido y el rango de los derechos humanos siguen siendo discutidas. El discurso sobre los derechos humanos apoyado en argumentos normativos va acompañado por dudas de principio acerca de si, después de todo, la forma de legitimación política surgida en Occidente puede resultar convincente con las premisas de culturas distintas. Los intelectuales occidentales más radicales sostienen incluso la tesis de que tras la pretensión de una validez universal para los derechos humanos se oculta, por parte de Occidente, una pérfida pretensión de poder.

Esto no es una casualidad. Saber tomar distancia frente a las propias tradiciones y ampliar las estrechas perspectivas es uno de los logros del racionalismo occidental. La historia europea de la interpretación y realización de los derechos humanos es la historia de un *descentramiento* en nuestra forma de mirar. Los derechos supuestamente iguales se han extendido, sólo poco a poco, a grupos oprimidos, marginados y excluidos. Y como consecuencia de tenaces combates políticos, también los trabajadores, las mujeres y los judíos, los gitanos, los homosexuales y los refugiados, han sido reconocidos como «seres humanos» con derecho a una completa igualdad en el trato. Lo importante es que tras esos impulsos emancipatorios se haya podido ver

5. I. Mauss, «Volkssouveränität und das Prinzip der Nichtintervention in der Friedensphilosophie Immanuel Kants», en H. Brunkhorst (comp.), *Einmischung erwünscht?*, Francfort del Meno, págs. 88-116.

retrospectivamente cuál era la función ideológica que los derechos humanos habían desempeñado *hasta ese momento*. Pues la pretensión igualitaria de validez general de los derechos y la inclusión de todos ha servido *también* para encubrir una desigualdad *de facto* en el trato con los tácitamente excluidos. Esta observación ha suscitado la sospecha de que los derechos humanos se *agotan* en esa función ideológica. ¿No han servido siempre como escudo de una falsa universalidad, de una imaginaria humanidad, tras la cual un Occidente imperialista podría ocultar su singularidad y su propio interés? Entre nosotros, debido a la influencia de Heidegger y Carl Schmitt, esta hermenéutica de la sospecha ha tomado la forma de una crítica de la razón y una crítica del poder.

Según la primera versión, la idea de derechos humanos es expresión de una específica razón occidental enraizada en el platonismo. Esta pasa por alto las limitaciones impuestas por el contexto de su desarrollo con una falacia abstractiva y, por tanto, ignora la validez solamente local de sus estándares supuestamente universales. Todas las tradiciones, imágenes del mundo y culturas llevan grabados sus propios estándares, incommensurables entre sí, para determinar lo verdadero y lo falso. Esta crítica niveladora de la razón se sustrae, ciertamente, a la peculiar autorreferencia que caracteriza a los discursos de la Ilustración. También el discurso de los derechos humanos se esfuerza por prestar atención a *todas* las voces. Por esta razón, el mismo discurso proporciona los patrones, a la luz de los cuales las violaciones contra sus propias pretensiones pueden ser descubiertas y corregidas. Lutz Wingert ha llamado a esto el «aspecto detectivesco» del discurso de los derechos humanos: «los derechos humanos que promueven la inclusión de los otros funcionan también como sensores frente a las exclusiones practicadas en su nombre.»

La variante que representa la crítica del poder procede de forma algo más grosera. También rechaza toda pretensión de validez universal al recurrir a la superioridad genética de una particularidad oculta. Pero esta vez basta con un ardid reduccionista. Supuestamente, en el lenguaje normativo del derecho no puede reflejarse otra cosa que no sean las

6. L. Wingert, «Türöffener zu geschlossenen Gesellschaften», en el *Frankfurter Rundschau* del 6 de agosto de 1995.

ansias fácticas de poder de una autoafirmación política; por eso, tras la aspiración a una validez universal por parte del derecho se oculta, normalmente, la voluntad de imponerse de un determinado colectivo. Pero las naciones más afortunadas aprendieron, ya en el siglo XVIII, cómo el puro poder puede ser domesticado mediante el derecho legítimo. «Quien dice humanidad, miente»: este conocido fragmento de ideología alemana delata solamente una falta de experiencia histórica.⁷

Los intelectuales occidentales no deben confundir su discurso sobre sus propias perplejidades eurocéntricas con el debate que los otros llevan a cabo con ellos. Ciertamente, también en el discurso intercultural nos encontramos con argumentos que los portavoces de otras culturas han tomado prestados de la crítica europea del poder y la razón para mostrar que, pese a todo, la validez de los derechos humanos está íntimamente ligada al contexto europeo del que surgen. Pero los críticos de Occidente, que obtienen su autoconciencia a partir de sus propias tradiciones, de ningún modo rechazan los derechos humanos globalmente. Ya que, hoy día, también otras culturas y religiones mundiales están sujetas a los desafíos de una modernidad social que son parecidos a los que, en su época, se enfrentó Europa, cuando, en cierta forma, inventó los derechos humanos y el Estado democrático de derecho.

A continuación adoptaré el papel apologético de un participante occidental en el discurso intercultural sobre los derechos humanos, y partiré de la hipótesis de que los derechos humanos se deben menos al particular trasfondo cultural de la civilización occidental que al intento de ofrecer una respuesta a una modernidad social que, entre tanto, se ha extendido globalmente. Las condiciones a partir de las cuales surge esta modernidad podemos valorarlas como queramos, pero para nosotros representan un *factum* que no nos deja ninguna opción y, por lo tanto, no necesitan ni admiten una justificación retrospectiva. En la disputa acerca de una adecuada interpretación de los derechos humanos no se trata sobre lo deseable de la *modern condition*, sino acerca de una interpretación de los derechos humanos que haga justicia al mundo moderno *también desde la perspectiva de otras cul-*

7. Para una extensa crítica de la teoría del derecho de Carl Schmitt, véase I. Mauss, *Bürgerliche Rechtstheorie und Faschismus*, Munich, 1980.

turas. La controversia gira, sobre todo, en torno al individualismo y el carácter secular de los derechos humanos, los cuales están centrados en el concepto de autonomía.

Para mayor claridad, me basaré en una metacrítica de la descripción de aquellos patrones de legitimación que Occidente ha puesto de manifiesto. La reconstrucción que hemos propuesto arriba del plexo de causas y circunstancias en el que aparecen los derechos individuales y las libertades civiles parte de una situación en la que, como queremos suponer, ciudadanos libres e iguales reflexionan acerca de cómo pueden regular su vida en común no sólo con los medios del derecho positivo sino también con los medios del derecho legítimo. Quiero recordar, anticipadamente, tres implicaciones de esta propuesta que serán relevantes para la continuación de la exposición:

a) Este modelo comienza con las relaciones horizontales de los individuos entre sí y, sólo en un segundo paso –es decir, sobre la base de unos derechos fundamentales ya existentes–, introduce las relaciones de estos ciudadanos con un aparato estatal necesario sólo en términos funcionales. De este modo evitamos la fijación liberal acerca del control del potencial de violencia del Estado. Esta pregunta es, ciertamente, comprensible desde el punto de vista de la historia europea, pero desplaza a un segundo plano el evidente problema del establecimiento solidario de una comunidad política.

b) La cuestión de partida presupone, como idóneo y apromático, el medio que es el derecho positivo, que en cierta manera nos encontramos contingentemente. La creación de una asociación de personas jurídicas, entendidas como portadoras de derechos subjetivos, no es tratada (como es usual en el derecho racional) como una decisión necesitada de fundamentación normativa. Basta con una fundamentación funcional, ya que en las sociedades complejas, ya sean de Asia o de Europa, no existe, evidentemente, un equivalente funcional del derecho positivo que tenga la capacidad de integración de éste. Esta clase de normas artificialmente creadas, a la vez obligatorias y garantes de la libertad, ha dado también buen resultado en la construcción de una forma abstracta de solidaridad civil entre extraños que quieren continuar siendo extraños los unos para los otros.

c) Finalmente, el modelo de la *praxis* de creación y mejora de las Constituciones es entendido de forma que los derechos humanos no son considerados como hechos morales que *existieran previamente*. Son más bien *construcciones* que, en cierto modo, llevan escrito en la frente que, a diferencia de los derechos morales, no pueden mantener un estatus políticamente no obligatorio. Como derechos subjetivos son por sí mismos de naturaleza jurídica y, por lo tanto, están destinados a ser transformados en derecho positivo por medio de las instituciones legislativas.

Estas reflexiones no cambian en nada el carácter individualista y el fundamento secular de los órdenes basados en los derechos humanos, incluso subrayan el significado central de la autonomía. Pero permiten que la crítica, que desde el discurso intercultural de los derechos humanos se ha ejercido a ambos aspectos, aparezca bajo una perspectiva distinta.

III. El diálogo de los otros con nosotros: «valores asiáticos»

Desde la publicación de *Shared Values* (1991) por el gobierno de Singapur, así como desde la declaración conjunta de los gobiernos de Singapur, Malasia, Taiwan y China en Bangkok (1993), se ha puesto en marcha un debate –como la Conferencia de Viena sobre los Derechos Humanos ha puesto de manifiesto– en el cual las declaraciones estratégicas de los representantes gubernamentales y las aportaciones de intelectuales de la oposición o independientes, a veces coinciden y a veces se interfieren.

Las objeciones se dirigen contra el carácter individualista de los derechos humanos. La crítica, que se remite a los «valores» propios de un confucianismo que ha dejado su impronta en la cultura del Lejano Oriente, se desarrolla en tres direcciones. 1) Pone en cuestión el principio de la primacía de los derechos sobre los deberes, 2) pone en juego una determinada «jerarquía» comunitarista de los derechos humanos y, 3) deplora las consecuencias negativas que un orden jurídico individualista tiene sobre la cohesión social de la comunidad.

1) El núcleo del debate lo constituye la tesis de que las antiguas culturas de Asia (como también las culturas tribales de África)⁸ conceden a la comunidad la primacía sobre el individuo y desconocen la nítida separación entre el derecho y la ética. Tradicionalmente, la comunidad política estaría integrada antes en torno a deberes que en torno a derechos. La ética política no conoce los derechos subjetivos, sino solamente derechos que les son otorgados a los individuos. Este *ethos* ligado a la comunidad, profundamente anclado en las respectivas tradiciones, que exige de los individuos subordinación y saber cuál es su papel en la sociedad, sería, por lo tanto, incompatible con la comprensión individualista del derecho que se da en Occidente.⁹

A mí me parece que, con esa referencia a diferencias culturales, el debate toma una dirección equivocada. Ciertamente, de la forma del derecho moderno se puede inferir su función. Los derechos subjetivos son una suerte de estuche protector para la conducción de la vida privada de las personas, pero en un doble sentido: protegen tanto la metódica prosecución de un proyecto ético vital como una orientación vital de acuerdo con las propias preferencias, liberada de consideraciones morales. Esta forma del derecho se ajusta a las exigencias funcionales de las sociedades económicamente constituidas que dependen de las decisiones descentralizadas de numerosos actores independientes entre sí. Pero también las sociedades asiáticas introducen el derecho positivo como un medio de control en el marco de un intercambio económico globalizado. Y hacen esto por las mismas razones funcionales por las que, en otro tiempo en Occidente, esta forma del derecho se impuso frente a viejas formas corporativas de socialización. La seguridad jurídica es, por ejemplo, una condición necesaria para el tráfico

8. Véase la toma de postura paralela del politólogo nigeriano Claude Ake «The African Context of Human Rights», en *Africa Today*, 34, 1987, pág. 5: «La idea de derechos humanos, o de derechos legales en general, presupone una sociedad atomizada e individualista, una sociedad en una situación de conflicto endémico. Presupone una sociedad de personas conscientes de lo que las hace distintas de los demás y de sus intereses particulares, y ansiosas por conseguirlos... Nosotros ponemos menos énfasis en el individuo y más en la colectividad, no queremos admitir que lo individual tiene derechos que pueden ser contrarios a la sociedad. Nosotros asumimos la armonía, y no la divergencia de intereses, la competición y el conflicto; estamos más dispuestos a pensar en nuestras obligaciones para con otros miembros de nuestra sociedad que en las obligaciones que ellos tienen con nosotros».

9. Yash Ghai, «Human Rights and Governance: The Asia Debate», en: *Center for Asian Pacific Affairs*, noviembre de 1994, págs. 1-19.

comercial que precisa que exista la responsabilidad y la confidencialidad protegida, además de la necesaria previsibilidad. Por eso la alternativa decisiva no se plantea en absoluto a nivel cultural, sino al nivel económico y social. Las sociedades asiáticas no pueden lanzarse a una modernización capitalista sin hacer uso de las ventajas que proporciona un orden jurídico individualista. No se puede desear tener una cosa y no la otra. Desde el punto de vista de los países asiáticos, la cuestión no es si los derechos humanos como parte de un orden jurídico individualista son compatibles con las propias tradiciones culturales. Más bien la pregunta es si en el curso de una modernización económica en principio aceptada por ellos hay que adecuar las formas tradicionales de integración política y social a los imperativos difícilmente evitables de ese proceso o si, por el contrario, estas formas de integración pueden sostenerse frente a los imperativos de la modernización económica.

2) Pues estas reservas en contra del individualismo europeo se manifiestan no con un propósito normativo, sino con un propósito estratégico. Esta intención estratégica puede reconocerse en que sus argumentos están en consonancia con una justificación política del autoritarismo más o menos «blando» de las dictaduras desarrollistas de esos países. Esto es particularmente válido para el debate acerca de la jerarquía de los derechos humanos. Los gobiernos de Singapur, Malasia, Taiwán y China procuran defenderse de las acusaciones por parte de Occidente de atentar contra los derechos jurídicos fundamentales y contra los derechos civiles políticos, justificando la «primacía» de los derechos fundamentales culturales y sociales. De esta forma se ven autorizados —por el «derecho al desarrollo económico», al parecer colectivamente interpretado— a «diferir» la realización de los derechos privados liberales y los derechos políticos de participación política mientras el país no haya alcanzado un nivel de desarrollo económico que le permita satisfacer uniformemente las necesidades materiales fundamentales de la población. Para una población en la miseria, la igualdad ante la ley y la libertad de opinión no serían tan relevantes como la perspectiva de unas mejores condiciones de vida.

Pero no es tan fácil vender argumentos funcionales como si fueran normativos. Ciertamente, para la realización a largo plazo de los derechos humanos, algunas circunstancias son más favorables que otras. Pero

esto no justifica, sin embargo, un modelo de desarrollo autoritario según el cual la libertad del individuo se subordina a un «bien de la comunidad» interpretado y definido de forma paternalista. En verdad, estos gobiernos no defienden en absoluto ningún derecho individual sino una tutela paternalista que les permita restringir los derechos que en Occidente son considerados como clásicos, como el derecho a la vida y a la integridad física, los derechos a una completa protección jurídica individual y a la igualdad en el trato, así como las libertades de creencia, de asociación y de opinión. Considerado normativamente, la reclamación de una «primacía» de los derechos fundamentales sociales y culturales es en sí misma un sinsentido, ya que estos derechos sirven al valor *fair* de las libertades (Rawls), es decir, para garantizar los verdaderos presupuestos de un disfrute igualitario, en cuanto a oportunidades, de los derechos fundamentales, tanto de libertad individual como políticos.¹⁰

3) Junto a estos dos argumentos se asocia a menudo una crítica a las supuestas consecuencias de un orden jurídico individualista que amenazaría los órdenes de la vida orgánicamente desarrollados como son la familia, la vecindad y la política. Un orden jurídico que otorga a los individuos derechos subjetivos que pueden ser reclamados judicialmente está abonado al conflicto y, por lo tanto, contradice la orientación al consenso de la cultura local. Por lo tanto, es recomendable distinguir entre una lectura política de esta crítica y la lectura que se dirige al análisis de los principios que la sustentan.

Desde el punto de vista del análisis de los principios, detrás de esta reserva ante el individualismo se encuentra una crítica justificada a una comprensión de los derechos subjetivos que hunde sus raíces en la tradición de Locke, una comprensión que hoy día ha sido renovada por el neoliberalismo dominante. Este individualismo posesivo pasa por alto que los derechos individuales que pueden ser reclamados por vía jurídica sólo se pueden derivar de normas anteriormente reconocidas de forma intersubjetiva por una comunidad jurídica. Ciertamente, los derechos subjetivos pertenecen a la dotación de las personas jurídi-

10. Véase mi debate con Günther Frankenberg, en: Habermas, *Die Einbeziehung des Anderen*, Frankfurt del Meno, 1995, págs. 382 y sigs. (trad. cast.: *La inclusión del otro*, Barcelona, Paidós, 1999).

cas individuales; pero el estatus de persona jurídica como portadora de tales derechos subjetivos sólo se constituye en el contexto de una comunidad jurídica que descansa en el recíproco reconocimiento por parte de unos miembros que se han asociado voluntariamente. Por lo tanto, la comprensión de los derechos humanos debe ser liberada del lastre metafísico que implica el supuesto de unos individuos que, con anterioridad a todo proceso de socialización, vienen al mundo con unos derechos innatos. Con esta tesis «occidental» queda sin sentido también la necesidad de una antítesis «oriental», para la que es conveniente que las exigencias de la comunidad jurídica tengan preeminencia sobre las exigencias jurídicas de los individuos. La alternativa entre «individualistas» y «colectivistas» queda de esta forma sin objeto en tanto que la contrapuesta *unidad* de los procesos de individuación y socialización es incorporada dentro de los conceptos fundamentales del derecho. Debido a que las personas jurídicas sólo pueden llegar a ser individuos mediante la socialización, la integridad de la persona sólo puede ser protegida a la vez que se protege su libre acceso a las relaciones interpersonales y a las tradiciones culturales en las que puede mantener y conservar su propia identidad. El individualismo correctamente entendido está incompleto sin esa chispa de «comunitarismo».

Por el contrario, desde el punto de vista político, la crítica acerca de los efectos desintegradores del derecho moderno carece de fundamento. Los procesos de modernización económica y social que en esos países han tenido lugar de forma tan vertiginosa como brutal no deben ser confundidos con las formas jurídicas mediante las que se consume el desarraigo, la explotación y el abuso del poder administrativo. Frente a la opresión de hecho de las dictaduras desarrollistas sólo puede ser de ayuda una juridización de la política. Los problemas de integración que todas las sociedades altamente complejas han de dominar sólo pueden solucionarse con los medios del derecho moderno si se crea, con ayuda del derecho *legítimo*, esa forma abstracta de solidaridad ciudadana cuyo éxito o fracaso depende directamente del grado de realización efectiva de los derechos fundamentales.¹¹

11. Ghal, *Human Rights and Governance: The Asia Debate* en *Center for Asian Pacific Affairs*, noviembre de 1994, pág. 10: «Los gobiernos han destruido muchas comunidades en aras del desarrollo o la estabilidad del Estado, y la constante negati-

IV. El desafío del fundamentalismo

El ataque al individualismo de los derechos humanos se dirige contra un aspecto del concepto de autonomía que les subyace, a saber, las libertades que salvaguardan a los ciudadanos privados frente a los aparatos del Estado y frente a terceros. Pero los ciudadanos sólo son autónomos en un sentido político cuando se dan sus propias leyes a sí mismos. El modelo de la asamblea constituyente señala el camino para una concepción constructivista de los derechos fundamentales. Kant entiende la autonomía como la capacidad de ligar la propia voluntad a razones normativas resultantes del uso público de la razón. Esta idea de autolegislación inspira también el procedimiento de una formación democrática de la voluntad mediante el cual el dominio político puede transformarse hasta asentarlos sobre un fundamento legitimatorio neutral con respecto a cualquier visión del mundo. Y de esta forma se hace superflua una fundamentación religiosa o metafísica de los derechos humanos. Por lo tanto, la secularización de la política es solamente el reverso de la autonomía política de los ciudadanos.

La concepción europea de los derechos humanos no sólo ofrece a los portavoces de otras culturas el flanco de ataque que representa el carácter individualista de los derechos subjetivos, sino que también ofrece otro aspecto susceptible de crítica, a saber: un poder político secularizado que ya no encuentra su fundamento en imágenes religiosas y cosmológicas del mundo. Para un islam, un cristianismo, o un judaísmo entendidos de manera fundamentalista, su propia pretensión de verdad es absoluta en el sentido de que, llegado el caso, merece ser impuesta con los medios de la violencia política. Esta concepción tiene importantes consecuencias a la hora de entender la comunidad política, ya que las legitimaciones religiosas o basadas en una cosmovisión de este tipo son incompatibles con la inclusión en

va de la mayoría de ellos a reconocer que hay pueblos indígenas entre su población que tiene derecho a preservar su cultura tradicional, su economía y sus creencias no es sino una demostración de su falta de implicación con la auténtica comunidad. La vitalidad de la comunidad proviene del ejercicio de sus derechos a organizarse, reunirse, debatir y protestar, derechos que estos mismos gobiernos han descartado tachándolos de "liberales"».

la comunidad política de los no creyentes o los creyentes en otras religiones.

Pero una legitimación profana de los derechos humanos, es decir, el desacoplamiento de la política con respecto a la autoridad divina, significa, no sólo para los fundamentalistas, un desafío perturbador. También intelectuales hindúes como, por ejemplo, Ashis Nandy, escriben «manifiestos antiseculares».¹² Esperan más de la tolerancia y de la mutua fecundación de las culturas religiosas islámica e hindú (a partir de un recíproco entrecruzamiento de esas dos concepciones religiosas), que de la neutralidad del Estado en lo que a las concepciones del mundo se refiere. Son escépticos frente a una declarada neutralidad política que solamente anula el significado público de la religión. En estas reflexiones se entremezclan cuestiones *normativas* como, por ejemplo, cómo puede encontrarse un fundamento común para una justa convivencia política, con cuestiones de tipo *empírico*. La diferenciación de esferas religiosas separadas del Estado hace que la influencia de las creencias religiosas privatizadas sea efectivamente más débil; pero el principio de tolerancia por sí mismo no se dirige contra la autenticidad y la pretensión de verdad de las confesiones y las formas de vida religiosas; solamente pretende hacer posible una justa coexistencia de esas confesiones en la misma comunidad política.

El núcleo de la controversia no puede ser descrito como una acedispunta acerca de la relevancia que las diferentes culturas conceden respectivamente a la religión. La concepción de los derechos humanos fue la respuesta a un problema ante el que hoy día se enfrentan otras culturas, de forma parecida a como en su época lo hizo Europa, cuando tuvo que superar las consecuencias políticas de la división provocada por las guerras de religión. El mismo conflicto de culturas tiene hoy lugar en el marco de una sociedad mundial en la cual los actores colectivos, a pesar de diferentes tradiciones culturales, quieran o no, deben ponerse de acuerdo acerca de las normas de su común convivencia. Pues un blindaje autárquico frente a las influencias

12. Partha Chatterjee, *Secularism and Toleration*, en *Economic and Political Weekly*, 9 de julio de 1994, págs. 1.768-1.776; Rajeev Bhargava «Giving Secularism its Due», en *Economic and Political Weekly*, 9 de julio de 1994, págs. 1.791-1.984.

externas ya no es, en la actual situación mundial, una opción. Por lo demás, el pluralismo en las concepciones del mundo irrumpe también en el interior de las sociedades caracterizadas por fuertes tradiciones.

Incluso en sociedades comparativamente homogéneas desde el punto de vista cultural, resulta cada vez más inevitable una transformación reflexiva de las tradiciones dogmáticas dominantes que se presentan con pretensión de exclusividad.¹³ La conciencia de que las propias «verdades» religiosas deben ser puestas en consonancia con el saber profano reconocido públicamente como tal y defendidas contra otras pretensiones de verdad religiosas dentro del mismo universo de discurso se desarrolla en primer lugar en las capas intelectuales de la población. Como le sucedió al cristianismo desde las guerras de religión, las imágenes tradicionales del mundo se van transformando bajo la presión reflexiva de las condiciones de la vida moderna en *reasonable comprehensive doctrines*. Así designa Rawls una autocomprensión ética del mundo y de uno mismo que ha devenido reflexiva y que deja un libre espacio de acción para una resolución razonable de las faltas de acuerdo con otras creencias religiosas, con las que, sin embargo, es posible un entendimiento acerca de las reglas que permitan una coexistencia con los mismos derechos.¹⁴

Mis reflexiones apoloéticas presentan el tipo de legitimación que se da en Occidente como una respuesta a desafíos generales frente a los cuales ya no se encuentra confrontada solamente la civilización occidental. Esto no significa, naturalmente, que la respuesta que Occidente ha encontrado sea la única o la mejor. En este sentido, el actual debate acerca de los derechos humanos nos ofrece la posibilidad de aclararnos acerca de nuestros puntos oscuros. La misma reflexión hermenéutica acerca del punto de partida de un discurso sobre los derechos humanos entre participantes con distinto origen cultural pone de manifiesto los contenidos normativos que están presentes en los supuestos tácitos de cualquier discurso orientado al entendimiento. Con independencia del trasfondo cultural, todos los participantes en el discurso saben bastante bien, de forma intuitiva, que no puede

13. H. Hoibraaten, *Secular Society*, en: T. Lindholm, K. Vogt (comps.), *Islamic Law Reform and Human Rights*, Oslo, 1993, págs. 231-257.
14. J. Rawls, *Political Liberalism*, Nueva York, 1993.

tener lugar un consenso basado en el convencimiento, mientras no existan relaciones simétricas entre los participantes en la comunicación, es decir, relaciones de reconocimiento mutuo, de asunción de la perspectiva del otro, de una común disposición a considerar también las propias tradiciones con los ojos de un extraño, o una disposición a *aprender* los unos de los otros, etc. Desde esta base se pueden criticar no sólo las lecturas selectivas, las interpretaciones tendenciosas o las torpes aplicaciones de los derechos humanos, sino también las desvergonzadas instrumentalizaciones de los mismos para un enmascaramiento universal de intereses particulares, de forma que induzcan a la falsa suposición de que el sentido de los derechos humanos se agota en su abuso.

Sobre la autocomprensión de la modernidad