HISTORIA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES Y EL LEGADO DEL PROFESOR GREGORIO PECES-BARBA

HISTORY OF FUNDAMENTAL RIGHTS AND THE LEGACY OF PROFESSOR GREGORIO PECES-BARBA

(*Discurso en el Círculo de Bellas Artes de Madrid el 13 de enero 2015***)**

MASSIMO LA TORRE
Università degli Studi "Magna Graecia" di Catanzaro

I

Debo decir que estar aquí con Ustedes hoy es para mi motivo de alegría, pero también de tristeza. La alegría es obvia; me encuentro aquí en una sede prestigiosa, con los amigos y los colegas de la *Fundación Gregorio Peces-Barba* y del *Instituto de Derechos Humanos* de la Universidad Carlos III, y discutiendo de una obra qua admiro. Pero no puedo ocultar mi tristeza.

Estar en Madrid para mi por muchos años ha significado estar acompañado por la figura y la persona de Gregorio Peces-Barba. La misma idea de la capital española siempre me evocaba la personalidad de Gregorio, que ha amado esta ciudad con pasión verdadera. Gregorio interpretaba lo mejor de esta ciudad y de su historia, el pasado ilustrado y republicano (aunque todos conocemos su ferviente apoyo a la monarquía parlamentaria después de la Constitución del 78). Es el Madrid de Carlos III, del general Prim y de Azaña que resonaba a menudo en sus palabras. Pero ahora las palabras suyas de que podemos disfrutar sólo son las escritas. Su voz está muda. Y de él ahora se podría decir lo que Miguel Hernández constataba de sí mismo al final de su vida, en la soledad y desesperación de la celda: "Yo que creí que la luz era mía, precipitado en la sombra me veo".

ISSN: 1133-0937 DERECHOS Y LIBERTADES
Número 35, Época II, junio 2016, pp. 17-25

Pero aquí estamos, y para echar en la sombra del destino último la luz de la amistad y de la razón discutidora, la misma que detestaron y combatieron Donoso Cortés y su epígono Carl Schmitt. Sin embargo ellos no son de los nuestros, pero sí que lo es Gregorio, y aquí –repito– estamos para al silencio dar otra vez voz y con esta voz dialogar.

Ahora bien, su voz vibra fuerte en la obra que hoy quiero, muy brevemente, comentar, la *Historia de los derechos fundamentales*, que creo es de Gregorio el legado intelectual más relevante de sus últimos años. En los muchos volúmenes de esta historia se perfila nítida su personalidad y su filosofía. Esta obra por supuesto es resultado de un gran esfuerzo colectivo y de la convergencia de distintas opiniones y de plurales puntos de vista. Sin embargo, permítanme concentrar mi mirada sobre la aportación del Profesor Gregorio Peces-Barba, del que hoy también celebramos el cumpleaños.

La *Historia de los derechos fundamentales* (publicada por Dykinson, y editada por Gregorio Peces-Barba junto a los Profesores Eusebio Fernández, Rafael de Asís, Francisco Javier Ansuátegui y Carlos Fernández Liesa) se articula, lo sabemos, en cinco tomos, todos, con exclusión del primero, a su vez compuestos de varios volúmenes y libros. Empieza tratando del siglo XVI y termina con el siglo XX.

De verdad, más que una historia, es una compleja y riquísima enciclopedia de los derechos humanos, donde se pueden encontrar y consultar estudios sobre todas la corrientes y las etapas del pensamiento político moderno. Pero también sobre los temas substantivos más significativos que conciernen a la temática de los derechos fundamentales y humanos.

Esta vocación enciclopédica, y, yo diría también, *enciclopedista* es manifiesta en el ultimo tomo, aquel que trata del siglo XX, donde en varios volúmenes podemos leer de la trama compleja de los asuntos que los derechos humanos están llamados a afrontar, a señalar sino a resolver, en nuestros tiempos. El siglo XX, a pesar de ser el "siglo breve", todavía proyecta sus sombras, y sus luces, en el nuevo milenio en que ahora estamos –permítanme de decir– como perdidos.

II

Cuando hablamos de la historia de las ideas políticas y jurídica hoy en día hay inevitablemente que referirse a dos grandes escuelas. La primera y

más conocida e influyente es la de Cambridge, la culta perspectiva metodológica de Quentin Skinner (cuya historia del pensamiento político moderno está muy presente en los escritos de Gregorio para su *Historia de los derechos fundamentales*). Aquí se rompe con la dos antecedentes visiones tradicionales de la historia de las ideas, según las cuales éstas, las ideas, por un lado se podían estudiar de manera sincrónica como paradigmas eternos ("unit-ideas", como dice Arthur Lovejoy) o posturas en una discusión intemporal o contemporánea, y por otro lado como evolución interna de modelos teóricos engendrados por la dialéctica propia del mundo ideal al cual pertenecen (a la manera de Benedetto Croce).

Para Skinner las ideas políticas, y así los derechos fundamentales, hacen parte de un discurso que es valido eminentemente dentro de un contexto histórico determinado y a partir de intenciones lingüísticas bien identificables. Detrás de esta perspectiva hay una buena dosis de teoría lingüística post-wittgensteiniana, el intencionalismo de Paul Grice para entendernos. Pero más que nada un elevado contextualismo que a Skinner le llega de los estudios de John Pocock (el autor de *The Machiavellian Moment*). "*It was Pocock above all* –dice Skinner– *who taught my generation to think of the history of political theory not as the study of allegedly canonical texts, but rather as more wide-ranging investigation of the changing political languages in which societies talk to themselves*" (*Liberty before Liberalism*, Cambridge University Press, Cambridge 1998, p. 105). Se cree que la ideas políticas son artefactos para usar en cierto contexto y delante de ciertos auditorios y con fines que están arraigados en cierta situación histórica. Así que aquellas ideas no tienen una ambición contrafactual o universal y sólo se pueden entender dentro de un específico horizonte.

Skinner es muy hábil a la hora de reconstruir momentos de esta historia de manera muy inteligente y persuasiva. A él le debemos por ejemplo el desarrollo de los estudios sobre los republicanos florentinos e ingleses. Sin embargo, hay que señalar que su contextualismo se reniega a sí mismo en el momento en el cual se acuña la pretensión de una tercera idea de libertad que sea alternativa a la liberal y a la democrática, es decir la así llamada "republicana", que se centraría sobre la noción de independencia, y se hace del republicanismo (véase la obra de Philip Pettit) un paradigma teórico universal y atemporal. Lo que remete en discusión la pretendida imposibilidad de usar las ideas políticas en modo sincrónico.

La otra gran escuela en la historia de las ideas es aquella muy germánica de Reinhard Koselleck que se construye alrededor de esta gran obra, otra tela

de trabajo enciclopédica, que es la "Historia de los conceptos políticos" editada por el mismo Koselleck. Aquí nos encontramos con una visión mucho más filosóficamente orientada que se desliza en una verdadera filosofía de la historia. El numen tutelar de la *Begriffsgeschichte* de Koselleck es ni más ni menos que el mismísimo Martin Heidegger, y detrás de éste se percibe también la figura de Carl Schmitt al cual Koselleck dedicaba su tesis de doctorado. El tema fundamental aquí es la dialéctica entre *Geschichte* y *Historie*, entre una historia particular donde sí se da lo nuevo y que es contextual y en cierta medida subversiva, es decir la *Geschichte*, y la *Historie*, que es la estructura profunda del tiempo histórico que presenta rasgos atemporales, y no se da sin una especie de eterno retorno. "Cada historia particular en la que estamos involucrados la vivimos como única, pero las circunstancias bajo las cuales aparece esa singularidad no son ellas mismas nuevas en absoluto. Hay estructuras persistentes y hay procesos duraderos" (*Aceleración, prognosis y secularización*, trad. castellana de F. Oncina Coves, Pre-Textos, Valencia 2003, p. 79).

La *Geschichte* se refleja en la narrativa de los eventos y conceptos históricos. El historiador narrando el cuento que es la historia no puede no mirar a la singularidad y a la novedad de lo acontecido. Sin embargo lo acontecido es posible dentro de constantes y regularidades, o mejor dicho de estructuras que permiten la prognosis de lo que ha pasado. Así –y esta es una tesis de fuertes implicaciones normativas y políticas– la modernidad no es lo tan moderna que muchos creen. De la misma manera lo conceptos políticos, y los derechos fundamentales aquí no son ninguna excepción, son el producto de una traducción secular de nociones y doctrinas que son todas de origen no secular, religiosa. No hay ruptura entre mundo religioso y universo secularizado. La teoría moderna del Derecho permanecería incrustada de teología. Punto de vista éste del cual se hace fuerte Eric Voegelin en su polémica anti-positivista y anti-liberal, y radicalmente rechazado por Hans Kelsen en su último libro, *Secular Religion*, ahora finalmente disponible para el lector (Steiner Verlag, Wien 2013). La tesis que inscribe la filosofía política dentro de la "teología política" al final –dice Kelsen "solo puede querer decir que la ciencia social debe ser teología".

La modernidad no tiene legitimidad propia –afirma Koselleck– a pesar de toda la investigación de Hans Blumenberg. El tiempo permanece la aventura de la Providencia. Karl Löwith y Carl Schmitt tienen razón, no Hans Blumenberg o Odo Marquard. Así que la historia de las ideas se transforma, o tiene arraigo, en una filosofía de la historia en general. Ya que según esta perspectiva la historia es historia de sus propia ideas que precipitan en los

eventos y en las convulsiones políticas y sociales y estas últimas reproducen el ritmo proprio de la estructura del tiempo.

En cierta medida se traiciona aquí el antiesencialismo heideggeriano, ya que, al negar la novedad y la ruptura, en pos de la atemporalidad y de la fundamentalidad de estructuras recurrentes, de la "existencia" de las cosas que se produce en su historicidad pasamos a reafirmar la "esencia" de estas que anticipa y predetermina la experiencia y la acción histórica. La revolución francesa y el terror –y ésta también es una tesis de grandes consecuencias políticas, y reaccionarias, me permito de añadir– son el producto del trabajo racionalizador de la Ilustración. Entre Kant y Robespierre la distancia sería muy corta, y casi de carácter determinista. Lo había dicho, pero con sentido del humor, Heine, y lo repite, a la manera de Spengler, Koselleck.

Ahora bien, ¿a cual de estas dos perspectivas se acerca más la historia de los derechos fundamentales así como está pensada por Gregorio? Yo diría, sin demasiado titubeo: a ninguna de las dos. La postura de Gregorio es bastante ecléctica, y resulta muy difícil reconducirla a una escuela determinada. Sin embargo, yo creo que en cierta medida es Koselleck, con su apuntar hacia estructuras e instituciones y tradiciones que permiten el operar de ciertas ideas que se queda menos distante de la perspectiva de Gregorio. No hay que justificar los derechos fundamentales, hay que protegerles –esta, como sabemos, es la recomendación de Norberto Bobbio. Yo se la critiqué un día en Milán, hace muchos años, teniéndolo a él en el auditorio en primera fila, ya que yo la interpretaba como una tesis no-cognoscitivista. Y le reprochaba que no se entiende como se pueda proteger algo que no tiene justificación.

Sin embargo la recomendación de Bobbio puede tener otra lectura. Se podría entender como la constatación que el fundacionalismo dentro del discurso moral tiene un papel muy limitado. Practicando el discurso moral, al hablar de derechos humanos o fundamentales, ya estamos dentro de un ámbito que asume la validez y la significancia de aquellos derechos. Así que no hace falta verdad meta-ética, "verdad pura sin duelo", sino sólo ética. Lo argumenta de manera muy rigurosa Ronald Dworkin en su último gran libro, *Justice for Hedgehogs*. Bobbio podría haber dicho, en el terreno pre-metateórico, algo parecido. Y algo similar me parece ser el soporte de la historia de los derechos fundamentales en la mirada de Gregorio.

"Siempre –escribe– me ha parecido arbitraria una fundamentación de los derechos humanos cerrada en una pretendida reflexión racional y abstracta. Incluso la más pura fundamentación exclusivamente racional es, ne-

cesariamente también, una fundamentación histórica" (*Sobre el fundamento de los derechos humanos*, pp. 267-268). La historia de estos derechos es parte del discurso moral y normativo sobre los mismos, y tal discurso es la deliberación y la consideración de su implementación e institucionalización. No hay una historia de los derechos fundamentales que sea sólo historia; aquí la historia y su narrativa sirven al presente y se hacen casi inmediatamente discurso normativo fuerte.

III

Pero hay más. La historia de los derechos fundamentales –nos dice Gregorio– es posible porque hay unas estructuras que la permiten. En este sentido parece ser un adepto de Koselleck, aunque sin el anti-modernismo y el tradicionalismo que al alemán le resultan congeniales. Gregorio no renuncia nunca a la filosofía ilustrada de la historia. Si no al mito del progreso sin calificaciones, sí adhiere a la idea de que hay un progreso de aprendizaje moral en el genero humano. Esta idea se podría articular –y yo lo he hecho en otra ocasión– como la pretensión al progreso del Derecho que estaría detrás e implícita en la pretensión de corrección y de justicia del discurso jurídico.

En las reconstrucciones que Gregorio ofrece de la historia de los derechos fundamentales y en la misma gran obra que él edita y que hoy aquí presentamos y discutimos creo se pueden señalar tres constantes, o estructuras permanentes, de los derechos fundamentales. Estas son, a mi parecer, (i) el Estado, (ii) la Nación, y por fin (iii) el Estado social. Pero, ¿porqué el Estado? Porque sin Estado, sin un aparato institucional organizado y su monopolio de la violencia, no habría derechos que pudiesen ser eficaces: los derechos fundamentales necesitan de un orden jurídico establecido, válido, normas que se observen y que en el caso que no se observen puedan ser no obstante aplicadas. "La filosofía de los derechos fundamentales –escribe Gregorio–, que aparentemente está en radical contradicción con el Estado absoluto, necesita sin embargo de este, de su centralización y monopolio del poder, que subsistirán en el Estado liberal, para poder proclamar unos derechos abstractos del hombre y del ciudadano, teóricamente validos para todos, dirigidos al "*homo iuridicus*". Sin el esfuerzo previo de centralización, de robustecimiento de la soberanía unitaria e indivisible del Estado, no hubieran sido posibles históricamente los derechos fundamentales. Por otra parte, sin ese robusto poder del Estado, no habría aparecido tan nítida unas de las primeras fun-

ciones que se atribuyen a los derechos: limitar al poder del Estado" (*Historia de los derechos fundamentales*, vol. 1, Dykinson, Madrid 1998, p. 22).

Según Gregorio, como para Kant, sin coacción, sin sanción, no hay Derecho, y sin Derecho, no hay *derechos*. Los derechos fundamentales son dispositivos jurídicos, no simples nociones morales.

Lo mismo vale para la nación. Los derechos exigen el mutuo reconocimiento de estatus, y también la capacidad de sacrificarse y luchar para los derechos de los demás. Se presupone una fraternidad que va más allá del requisito de universalidad que abarca todo el género humano. Es la *fraternité* de la revolución francesa. Los derechos son para iguales, sin que el color de la piel, la raza y la religión discriminen. Esto implica una concepción de la convivencia que nos una más allá de las familias, o de la sangre, e incluso de la tradición. Necesita una idea de buena vida generosa, incluyente. Es la nación de los Franceses, que se construye mediante el hecho de la interacción de sujetos que conviven y quieren convivir juntos. Y –lo sabemos– Gregorio fue un "afrancesado". La ciudadanía no es hecho de sangre o de abstractos principios, sino de práctica de convivencia y participación.

La nación aquí es un proyecto, no un destino. Es la cosa pública de sujetos que se deciden por el diálogo. No es un caso que Gregorio por ejemplo dedique uno de sus trabajos para la *Historia de los derechos fundamentales* al Edicto de Nantes, el edicto del gran Enrique IV, el primer rey Borbón, donde se intentaba edificar un régimen de tolerancia entre católicos y protestantes después de decenios de masacres y guerras fratricidas. La nación permite que creyentes de distintas religiones, que partidarios de diferentes facciones, puedan encontrarse en un terreno común y reconocerse y adscribirse un mismo estatus de "hablante" y participante. Es la perspectiva que nos concede la asunción del punto de vista interno, que sólo puede dar legitimidad al Estado. El Estado como protector y sancionador es aún un hecho fáctico de reducida fuerza normativa. Puede proteger derechos, no darlos de verdad. Sólo la dimensión nacional relacionada a la ciudadanía le permite el salto a una normatividad y legitimidad plena.

Y luego está el Estado social. Frente al Estado y dentro del Estado tenemos libertad. Con la nación llegamos a la fraternidad. Pero, ¿qué decir y que hacer con la igualdad? Los derechos implican una misma dignidad. Pero, ¿puede haber algo parecido en un régimen de insuperable desigualdad? No, no se puede.

Los derechos civiles y políticos requieren el complemento de los derechos sociales para no quedarse el privilegio de un puñado de favorecidos por la

suerte, las jerarquías y la lucha para la supervivencia. Esta lucha debe ser sustituida por el apoyo mutuo. La cosa pública que se activa con el mutuo reconocimiento no se puede dar entre muy pobres y muy ricos. ¿Porqué sería mía esta "cosa", que se pretende "pública", si desatiende mis necesidades básicas y se dedica a favorecer a unos pocos? Si no es la cosa común de todos, sino patrimonio privatizado, será cosa de algunos, de pocos siempre. En los países de mucha desigualdad no existe ya la plaza, el foro, en que se puedan encontrar y deliberar entre ellos los ciudadanos todos, sino los ricos se encierran en sus casas o en sus urbanizaciones. ¿De que podrían discutir y deliberar sujetos que no tienen intereses y recursos que compartir y con horizontes de expectativas tan abismalmente distintos? La privacidad le gana a la publicidad, ya sin servirle para alimentar a sus razones. Así que un derecho político sin el derecho social que lo acompañe es una hipocresía. El derecho de voto no es lo mismo, no tiene detrás la misma fuerza de capacidad normativa, para quien vive en una chabola que para aquél que reside en los barrios altos, para quien tiene acceso a la educación superior que para aquél que no se la puede permitir.

Sin embargo los derechos fundamentales –nos dice Gregorio– se construyen *a contrario*, por contraposición, hacia sus condiciones de posibilidad. Esta quizás –diría Hegel– es una astucia de la razón histórica. Tenemos derechos fundamentales en tanto en cuanto nos resistimos al Estado. Lo mismo vale –me parece– hacia la nación; hacia la comunidad hay que afirmar el derecho a la separación y a ser diferente. Y con respeto al Estado social que tiene la pretensión de hacer del ciudadano un mero receptor de beneficios, hay otra vez que reinterpretar los derechos sociales como autonomías relacionadas al pluralismo de la sociedad. Los derechos fundamentales tienen que resistir a las tres tentaciones del poder, del dinero o de la riqueza, y del milagro o de la fe. Son las mismas a las que se resistió Jesús en el desierto delante del diablo. *Vade retro Satanas*. La historia de los derechos fundamentales sirve para recordarlo y tematizarlo. Su narrativa es su justificación. Aunque la historia del mundo nunca pueda ser su tribunal. La historia más bien es la *jurisprudencia de la moral*. Y la historia de los derechos humanos es en cierta medida la jurisprudencia de tales derechos. Este es su sentido, esta es su misión.

IV

La reina de la noche está viva y fuerte y Sarastro parece que ya no tenga los poderes de antaño. Y otra vez la escuchamos gritar: "*Der Hölle Rache kocht*

in meinem Herzen, Tod und Verzweiflung flammet um mich her!". Así que los derechos fundamentales están en peligro. Aunque siempre lo hayan estado.

El estado de excepción que expulsa al Estado de derecho, el mercado que se compra y corrompe a la cosa pública, el consumidor que reemplaza el ciudadano, el centro comercial que se come a la plaza, el fanático que desprecia al tolerante, la globalización que desestructura a los Estados, y a las naciones, en este horizonte "liquido" a los derechos se les quita el aire que respiran y los alimentos que los sustentan. Mas, en la sombra que nos amenaza, su historia, la historia de los derechos, nos recuerda que "*mehr Licht*", "más luz", todavía es nuestra ultima palabra.

Y finalmente, y para Gregorio: "*Do not go so gentle into that good night, rage, rage, against the dying of the light*".

Massimo La Torre
Università degli Studi "Magna Graecia" di Catanzaro
Campus Universitario "Salvatore Venuta"
Viale Europa –Località Germaneto
(88100) Catanzaro (Italia)
e-mail: mlatorre@unicz.it