

FUNDAMENTACIÓN UNIVERSALISTA Y PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS*

ENCARNACIÓN FERNÁNDEZ RUIZ-GÁLVEZ**

Resumen. El trabajo parte de la fundamentación universalista de los derechos en la naturaleza humana y, por tanto, de la consideración de que titulares de los derechos humanos son todos y cada uno de los miembros de la especie humana, esto es, todos los seres humanos concretos, reales, existentes. En esto consistiría la vocación de universalidad inherente al concepto de derechos humanos desde sus orígenes.

Sobre estas premisas, el trabajo aborda los principales retos que se plantean en el campo de la investigación en derechos humanos y también en el de la puesta en práctica de ellos para conseguir que esa universalidad sea efectiva.

Palabras clave: derechos humanos, universalidad, fundamentación, desafíos.

UNIVERSALIST FOUNDATION AND PROTECTION OF RIGHTS

Abstract. The work is based on the universalist foundation of rights in human nature and, therefore, from the consideration that the holders of human rights are each and every member of the human species, that is, all specific human beings, real, existing. This would consist of the vocation for universality inherent to the concept of human rights since its origins.

* Recepción: 15/8/2022; evaluación: 7/11/2022; aceptación: 8/2/2023.

** Licenciada y Doctora en Derecho de la Universidad de Valencia. Catedrática de Filosofía del Derecho y Filosofía Política de la Facultad de Derecho de la Universidad de Valencia. Directora del Máster en Derechos Humanos, Paz y Desarrollo Sostenible en la misma universidad. Correo electrónico: encarnacion.fernandez@uv.es.

Based on these premises, the work addresses the main challenges that arise in the field of human rights research and also in the field of their implementation to ensure that this universality is effective.

Keywords: human rights, universality, foundation, challenges.

FUNDAÇÃO UNIVERSALISTA E PROTEÇÃO DE DIREITOS

Resumo. O trabalho baseia-se no fundamento universalista dos direitos na natureza humana e, portanto, na consideração de que os titulares dos direitos humanos são todo e qualquer membro da espécie humana, ou seja, todos os seres humanos específicos, reais, existentes. Esta consistiria na vocação à universalidade inerente ao conceito de direitos humanos desde as suas origens.

Com base nestas premissas, o trabalho aborda os principais desafios que surgem no campo da investigação em direitos humanos e também no campo da sua implementação para garantir que esta universalidade seja eficaz.

Palavras chave: direitos humanos, universalidade, fundação, desafios.

§ 1. *INTRODUCCIÓN*

El trabajo parte de la fundamentación universalista de los derechos en la naturaleza humana y, por tanto, de la consideración de que titulares de los derechos humanos son todos y cada uno de los miembros de la especie humana, esto es, todos los seres humanos concretos, reales, existentes. En esto consistiría la vocación de universalidad inherente al concepto de derechos humanos desde sus orígenes.

Sobre estas premisas, el trabajo aborda los principales retos que se plantean en el campo de la investigación en derechos humanos y también en el de la puesta en práctica de los mismos para conseguir que esa universalidad sea efectiva.

§ 2. *LA VOCACIÓN DE UNIVERSALIDAD DE LOS DERECHOS HUMANOS*

La vocación de universalidad, en el sentido de ser derechos cuya titularidad corresponde a todos los seres humanos, es un rasgo

inherentе al concepto de derechos humanos desde sus orígenes. Subrayamos la idea de “vocación”. No se trata de que los derechos humanos sean universales como cuestión de hecho, pues es obvio que no lo son. Es un dato empírico incuestionable que tales derechos no han sido reconocidos siempre de hecho a todos los seres humanos (lo que hoy llamamos derechos humanos es una conquista histórica, no han existido siempre. Durante un dilatadísimo pasado histórico no solo es que no se hayan garantizado eficazmente, es que ni siquiera se han concebido como tales derechos) y que tampoco hoy se encuentran reconocidos y garantizados de un modo universal. De lo que se trata es de poner de relieve que la noción de derechos humanos lleva aparejada desde sus orígenes una vocación de universalidad, una vocación de ser derechos adscritos a todos los seres humanos.

Esta vocación de universalidad es la que le da a la idea de derechos humanos su sentido y su significado propios como instrumento de progreso, de liberación, de emancipación humana y, también, de defensa, de protección, de tutela de los más débiles, de los sin voz, de los que no pueden defender por sí mismos sus derechos. Ambos aspectos guardan conexión, pero no se identifican totalmente.

En la actualidad se tiende a enfatizar el primer aspecto, esto es, la vertiente emancipadora de los derechos humanos, la reivindicación de la autonomía, y se olvida a menudo su dimensión protectora. En eso consistiría el *personismo*, término que BALLESTEROS utiliza para referirse a aquellas posiciones para las cuales no todos los seres humanos son personas y por tanto titulares de derechos, sino solo aquellos que disfrutan de autonomía de manera efectiva y actual¹. En estas circunstancias, uno de los principales retos que se plantean en el campo de la investigación en derechos humanos y también en el de la puesta en práctica de ellos es el de reivindicar la dimensión tutelar de los derechos, que es tan importante como su vertiente emancipadora y complementaria de ella. BALLESTEROS ha insistido reiteradamente en numerosos trabajos en esa función de protección de los más débiles propia de los derechos humanos, en particular, en la importancia de la satisfacción de las necesidades básicas de los más pobres y en la exigencia de una adecuada protección jurídica de los no autónomos o

¹ BALLESTEROS, “El titular del derecho. La distinción entre persona y ser humano: el personismo contra la universalidad de los derechos”, en MEGÍAS QUIRÓS, (coord.), *Manual de derechos humanos: los derechos humanos en el siglo XXI*, p. 140 a 147.

no plenamente autónomos desde el punto de vista psicológico, empezando por los seres humanos aún no nacidos.

Sin embargo, en la actualidad asistimos a una tendencia preocupante a cuestionar la universalidad de los derechos humanos. Sin perjuicio de constatar que los derechos humanos no son universales como cuestión de hecho, y precisamente por ello, no es acertado, ni desde el punto de vista teórico, ni desde el punto de vista práctico de la protección y garantías de los derechos, prescindir de la universalidad como nota del concepto de derechos humanos (en cuanto ideal regulativo prepositivo)².

La vocación de universalidad formaría parte de lo que RODRÍGUEZ PANIAGUA denomina el “núcleo persistente en la doctrina de los derechos humanos”, el cual, entre otras cosas, explica y justifica la denominación. Esto incita “a mucha gente, a pensar que de hecho los derechos humanos se siguen entendiendo así: como algo que les corresponde a los hombres, a todos los hombres, simplemente por serlo, independientemente de las concesiones y decisiones de otros hombres [...] Lo que resulta duro y costoso es advertirles que la mayor parte de los teóricos de los derechos humanos ya no los siguen entendiendo así”³. Despojada del rasgo de la universalidad, la noción de derechos humanos se desvirtúa, pierde su sentido y significado propios, su poder emancipador y protector.

Además, desde el punto de vista práctico de la protección y garantías de los derechos, la renuncia a la universalidad en el terreno de los principios opera siempre en detrimento de los más débiles, de los peor situados que son los que más necesitan la protección y la legitimación para reivindicar la igualdad que proporciona la idea de derechos universales⁴.

² En ese sentido, PÉREZ LUÑO, “La universalidad de los derechos humanos”, en LÓPEZ GARCÍA - DEL REAL (eds.), *Los derechos: entre la ética, el poder y el derecho*, p. 59 a 66.

³ RODRIGUEZ PANIAGUA, *Moralidad, derechos, valores*, p. 61, 62 y 71.

⁴ Es significativo, como nos recuerda VILLÁN DURÁN, *Curso de derecho internacional de los derechos humanos*, p. 113, que mientras los Estados asiáticos en la Conferencia de Bangkok, preparatoria de la Segunda Conferencia Mundial de Derechos Humanos que se celebró en Viena en junio de 1993, insistían en la importancia de los particularismos, la reunión de ONGs asiáticas aprobase también en Bangkok una declaración paralela en la que se subrayaba la universalidad de los derechos, incluidos los grupos especialmente vulnerables (mujeres, niños, minorías, pueblos indígenas, refugiados, desplazados, etcétera).

En estas circunstancias, uno de los principales retos actuales en el campo de los derechos humanos consistiría en continuar defendiendo la universalidad como ideal regulativo ético y jurídico, y en nombre de esa universalidad trabajar por la universalización efectiva de los derechos.

Ahora bien, esa no es una tarea fácil y la dificultad para ello se remonta también a los orígenes mismos del concepto de derechos humanos. Nos referimos a lo siguiente: en la concepción ilustrada de los derechos naturales convivirían: *i)* la fundamentación universalista de los derechos, y *ii)* el individualismo. Fundamentación universalista, en cuanto derechos que encuentran su fundamento, como su propia denominación indica, en la naturaleza humana, y que son, por tanto, derechos innatos, inherentes por naturaleza a todo ser humano, en suma, derechos universales. E individualismo que conduce a la exclusión de amplios sectores de personas de la titularidad y de los beneficios de los derechos. Es lo que se conoce como el falso universalismo que impide que la universalidad sea efectiva. Se trata de dos tendencias que están presentes simultáneamente en la tradición ilustrada y de ahí la ambigüedad del mensaje de la Ilustración en la cuestión que nos ocupa. Desde entonces, toda la historia de los derechos humanos ha estado marcada por la tensión entre estas dos líneas de tendencia: entre el impulso y la vocación humanista, universalista, inclusiva, ascendente que implica la idea de dignidad humana; y la presión y el lastre elitista, excluyente, descendente que implica el individualismo⁵.

En los albores de la idea de derechos humanos, el impulso humanista y universalista alcanzó su máxima expresión en el pensamiento y en la obra de FRANCISCO DE VITORIA⁶, quien, sobre la base de una antropología no individualista, introdujo su idea del orbe como comunidad universal de todos los hombres y de todos los pueblos (de ahí que lo defina como una *communitas communitatis*) unidos por los vínculos de la común naturaleza humana y de la sociabilidad

⁵ Cfr. BALLESTEROS, *El individualismo como obstáculo a la universalidad de los derechos humanos*, “Persona y derecho”, vol. 41, p. 15 a 27; FERNÁNDEZ, *Igualdad y derechos humanos*, p. 30 a 48; “El derecho como no discriminación y no violencia”, en *Pensar el tiempo presente. Homenaje al profesor Jesús Balles-teros Llompart*, p. 145 a 164.

⁶ BALLESTEROS, *El primado de la idea de humanitas en Vitoria como fundamento de los derechos humanos*, “Anuario Mexicano de Historia del Derecho”, nº 6, p. 25 a 36. APARISI MIRALLES, *Derecho a la paz y derecho a la guerra en Francisco de Vitoria*.

natural humana⁷, que se extiende más allá de los límites de la propia comunidad política hasta abarcar la universalidad del género humano⁸. En este marco defendió en sus *Relecciones*, de manera cada vez más contundente, la igualdad de derechos de todos los seres humanos, haciendo especial hincapié en los derechos de los habitantes del Nuevo Mundo⁹. Pero más allá de eso, VITORIA proclama no solo la igualdad de todos los seres humanos, sino también la igualdad, la libertad política y la independencia de todos los pueblos (*gentes*), fueran o no cristianos, en el seno de la comunidad internacional, entendiendo por *gentes* no solo a los Estados en sentido estricto, sino a las diversas modalidades de comunidades políticas organizadas como las que existían entre los indios americanos¹⁰.

Esta defensa de la independencia política de todos los pueblos tenía una finalidad abiertamente emancipadora y protectora de los miembros menos poderosos de la *communitas orbis*, en especial los pueblos recién descubiertos de América, planteamiento universal del que progresivamente se fue apartando el derecho internacional posterior, de GROCIOS en adelante, que quedó configurado como un derecho exclusivamente interestatal y eurocéntrico. De ahí que la concepción del derecho internacional de VITORIA no se identifique totalmente con la versión del mismo que finalmente prevaleció en la modernidad, y ello a pesar de haber sido el autor genial e innovador capaz de comprender el cambio de época y de marcar el giro decisivo que hizo posible la aparición del llamado derecho internacional moderno¹¹.

⁷ TRUYOL Y SERRA, *La sociedad internacional*, p. 75.

⁸ TRUJILLO, *Francisco de Vitoria. Il diritto alla comunicazione e i confini della socialità umana*.

⁹ VITORIA, “Sobre los indios”, en VITORIA, *Sobre el poder civil. Sobre los indios. Sobre el derecho de guerra*, estudio preliminar, traducción y notas de L. FRAYLE DELGADO, p. 68 a 78 y 118 a122.

¹⁰ MIAJA DE LA MUELA, *El derecho “totius orbis” en el pensamiento de Francisco de Vitoria*, “Revista Española de Derecho Internacional”, segunda época, vol. XVIII, nº 1, p. 342.

¹¹ La consideración de VITORIA como fundador del moderno derecho internacional público parte de ERNEST NYS (*Le droit de la guerre et les précurseurs de Grotius; Les origines du Droit international; Le droit des gens et les anciens jurisconsultes espagnols*). Posteriormente fue ampliamente desarrollada por el internacionalista norteamericano BROWN SCOTT (*The Spanish Origin of International Law. Francisco De Vitoria and His Law of Nations; Vitoria and the International Law; The Catholic Conception of International Law*), y en España por BARCIA TRELLES (*Francisco de Vitoria, fundador del derecho internacional moderno*) y sus numerosos discípulos.

Ello, no obstante la universalidad del enfoque de VITORIA, unida a su defensa de los derechos de los individuos que dimanan del derecho natural y de gentes, hace que más bien pueda ser considerado como el inspirador del derecho internacional contemporáneo¹². En particular, él sentó las bases teóricas sobre las que pudo desarrollarse después el principio de la igualdad jurídica de los Estados que informa el derecho internacional contemporáneo¹³.

El pensamiento de VITORIA fue silenciado durante varios siglos (hasta su redescubrimiento en el siglo xx), al tiempo que sus poderosas ideas en materia filosófica y jurídica, y particularmente en el campo del derecho internacional, eran utilizadas por GROCIOS y PUFENDORF, pero alterando su fundamento y contenido, hasta dar paso a un paradigma antropológico y político totalmente opuesto al de VITORIA, de carácter marcadamente individualista, iniciado por HOBBES y continuado por todo el liberalismo anglosajón y francés posterior, que fue el que terminó imponiéndose en la Ilustración y en todo el panorama del pensamiento occidental hasta nuestros días¹⁴.

En ese contexto, la vocación de universalidad de los derechos humanos exige un esfuerzo constante por eliminar las exclusiones, que reaparecen siempre bajo formas renovadas, y por avanzar en la universalización efectiva de los derechos humanos, para lo cual es necesario superar el individualismo¹⁵. Veámoslo con más detenimiento.

§ 3. **INDIVIDUALISMO Y EXCLUSIONES**

En las doctrinas de los más destacados autores ilustrados defensores de la idea de derechos naturales y en el primer momento del reconocimiento jurídico-político de los derechos humanos encontramos proclamaciones retóricas de su universalidad. Al mismo tiempo y paradójicamente, amplios sectores de personas quedaron excluidos de la titularidad y de los beneficios de los derechos (las

¹² FERNÀNDEZ RUIZ-GÀLVEZ, *El totus orbis y el ius gentium en Francisco de Vitoria: el equilibrio entre tradición e innovación*, “Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho”, nº 35, p. 19 a 43.

¹³ TRUYOL Y SERRA, *Los principios del derecho público en Francisco de Vitoria*, p. 17 y 55 a 57.

¹⁴ GARCÍA NEUMANN, *Francisco de Vitoria y la Leyenda Negra*, “Glossae: European Journal of Legal History”, nº 16, 2019, p. 107 a 142.

¹⁵ BALLESTEROS, *El individualismo como obstáculo a la universalidad de los derechos humanos*, “Persona y derecho”, vol. 41, p. 15 a 27.

mujeres; los no blancos; los no propietarios, esto es, los trabajadores manuales; los niños; los extranjeros, etcétera). En definitiva, las doctrinas ilustradas de los derechos naturales son de carácter etnocéntrico y clasista y no superan el patriarcado. Esta es la situación que VÍCTOR HUGO describe en toda su crudeza en su magistral obra *Los Miserables*.

El origen de estas exclusiones se encuentra en el individualismo que inspira la concepción ilustrada de los derechos naturales.

El individualismo no supone solo afirmar que el individuo es el titular de los derechos humanos y defender la prioridad de la persona (del individuo) y de sus derechos sobre la colectividad, sino que implica además un determinado modo de concebir al ser humano (al individuo). Este aparece como autosuficiente e independiente; no solo distinto, sino aislado y separado de los demás; supuestamente capaz de alcanzar por sí solo su realización personal.

Lo primero no plantea problema alguno ni da lugar a exclusión alguna, si por individuo entendemos, de acuerdo con el significado habitual del término, cada miembro de la especie humana y, por tanto, todos los seres humanos concretos, reales, existentes. Esto sería la fundamentación universalista de los derechos. Ese sería precisamente el núcleo de la idea de derechos humanos. Cada persona (individuo) es distinta de las demás y no puede ser confundida con otras y es en sí misma un valor absoluto y, por lo tanto, no puede ser sacrificada a los intereses de otros o de la colectividad. Esto es la parte de la herencia ilustrada, liberal o incluso si se quiere individualista, a la que no podemos renunciar.

En cambio, es lo segundo, esto es, la concepción individualista del ser humano (del individuo), la que conduce a las exclusiones y la que resulta criticable. El individualismo identifica ideológicamente a ese sujeto abstracto e inexistente, pretendidamente autosuficiente e independiente, con una determinada categoría de seres humanos (ahora sí concretos y realmente existentes). El varón, blanco, adulto, propietario o al menos profesional y ciudadano se convierte en el prototipo de lo humano. Esta sustitución ideológica de la universalidad humana en su pluralidad y diversidad por una de sus partes¹⁶ explicaría todas las exclusiones a las nos hemos referido.

¹⁶ BENHABIB, "El otro generalizado y el otro concreto. La controversia Kohlberg-Giligan y la teoría feminista", en BENHABIB - CORNELL, *Teoría feminista y teoría crítica*, p. 126 y 127.

En primer lugar, históricamente quedaron excluidos de la titularidad y de los beneficios de los derechos quienes en el orden social establecido carecían de independencia (los esclavos, las mujeres y los trabajadores manuales). Todos estos grupos se encontraban en una situación de sometimiento, de dependencia y de subordinación que no era en absoluto natural, sino socialmente condicionada. Sin embargo, en las doctrinas ilustradas de los derechos naturales se produce una aceptación acrítica de esas situaciones, sin abordar el problema de la injusticia de las mismas.

También la exclusión de los extranjeros encuentra, de nuevo, paradójicamente, sus fundamentos teóricos en la filosofía individualista y en las modernas doctrinas contractualistas que son una de sus más claras manifestaciones. En ellas se da una síntesis entre individualismo y estatalismo¹⁷. De acuerdo con las teorías contractualistas, los derechos del hombre del estado de naturaleza se convierten en derechos del ciudadano una vez constituida la sociedad civil y el Estado. El contenido práctico y el significado político de las teorías de los derechos naturales estriba en fundamentar los derechos del ciudadano que el ordenamiento jurídico estatal debe reconocer, respetar y garantizar. El pacto consiste en que un cierto número de individuos a través de su consentimiento libre e igual deciden establecer entre ellos una comunidad política y atribuir el poder a los gobernantes con la finalidad de obtener una mejor protección para *sus* derechos naturales que en el estado de naturaleza se hallan en una situación precaria. Esos individuos cuyo consentimiento explica y justifica la existencia del Estado se convierten en miembros de esa comunidad política, en ciudadanos, y ellos son los que gozan de plenitud de derechos en el seno de la comunidad política así constituida. LOCKE es explícito al respecto¹⁸. Desde esta perspectiva, sobre bases individualistas y contractualistas, se justificaba sin dificultad el expolio colonial¹⁹. Y ello en contraste con el planteamiento iusnaturalista y universalista de FRANCISCO DE VITORIA, quien afirmó en todo momento el derecho de propiedad de los indios sobre sus posesiones²⁰.

¹⁷ Sobre el estatalismo y la exclusión de los extranjeros, BALLESTEROS *Sobre el sentido del derecho. Introducción a la filosofía jurídica*, p. 30 a 38.

¹⁸ LOCKE, *Second Treatise of Government*, chap. VIII, sec. 95.

¹⁹ LOCKE, *Second Treatise of Government*, chap. V, sec. 45.

²⁰ A argumentarlo se dedica la primera parte de la *Selectio De Indis*. Es cierto que VITORIA sugiere como último título legítimo el aparente retraso civilizatorio de los habitantes del Nuevo Mundo, título por el cual “podría generarse algún

Como han destacado las críticas feminista y marxista y los *post-colonial studies*, los derechos del individuo burgués descansaban sobre la invisibilización de las mujeres y de las tareas desarrolladas por ellas en el ámbito privado doméstico-familiar, la explotación del proletariado o de los esclavos y el expolio de las colonias.

Además, las fundamentaciones liberal-individualistas, al situar el origen y la base de los derechos en la autonomía humana (los derechos aparecen como instrumentos de defensa de la autonomía individual), encierran el riesgo de la exclusión de los derechos o de la desprotección de hecho de los no autónomos, o de los no plenamente autónomos desde el punto de vista psicológico, esto es, de quienes aquí y ahora no se hallan en el pleno ejercicio de sus facultades racionales y volitivas, lo que no significa que carezcan de ellas (concebidos, niños, personas con discapacidades psíquicas, personas en estado de coma, personas ancianas altamente dependientes, por no hablar de las futuras generaciones)²¹. Este era un riesgo implícito en la concepción ilustrada de los derechos. Se puso de manifiesto en la penosa situación de los niños en las sociedades decimonónicas, de la que da testimonio la literatura de la época, singularmente DICKENS. Asimismo, era lamentable la situación que padecían las personas con trastornos mentales, con discapacidades, etcétera.

El debate político que suscitaron, y siguen suscitando, desde hace más de dos siglos, todas estas exclusiones fueron y son el motor que han impulsado y siguen impulsando el llamado proceso de generalización, que es todavía un proceso inacabado y permanentemente abierto.

El proceso de generalización ha ido dando lugar, a lo largo de los siglos XIX y XX y primer cuarto del XXI, a la progresiva extensión de

derecho a someterlos”. Este es sin duda el aspecto más cuestionable de la *Selectio De Indis*. No obstante, al respecto es importante subrayar, en primer lugar, que VITORIA presenta este título como dudoso. En segundo lugar que, aun cuando se admitiera el supuesto retraso civilizatorio, eso no excluiría la titularidad de sus derechos: “no por eso se puede negar que tengan verdadero dominio” (*Sobre los indios*, cit., p. 84). Como destacan ANTHONY PAGDEN y JEREMY LAWRENCE (“Introduction”, en VITORIA, *Political Writings*, p. xxv a xxvi), en tal supuesto, su estatus sería similar al de los niños: estarían en plena posesión de sus derechos, pero carecerían de capacidad para ejercerlos. De ahí que la Corona española pudiera ejercer una especie de tutela sobre los indios y sus tierras. Y, por último, en todo caso, esa administración debía ejercerse por el bien y provecho de los mismos indios (*Sobre los indios*, p. 148 y 149).

²¹ BALLESTEROS, “Exigencias de la dignidad humana en biojurídica”, en BALLESTEROS - APARISI (eds.), *Biotecnología, dignidad y derecho: bases para un diálogo*, p. 44 a 47.

los derechos a aquellas categorías de personas inicialmente excluidas, por razones de sexo, raza, clase, etcétera. No cabe duda de que este proceso es, al menos en parte, aunque no exclusivamente, resultado de la lucha por los derechos llevada a cabo por movimientos sociales y políticos (el movimiento obrero y el socialismo democrático, los movimientos feministas, los movimientos en favor de los derechos civiles y a favor de los derechos de los pueblos originarios) representativos de los sectores sociales directamente perjudicados por las exclusiones: el proletariado, las mujeres, los afrodescendientes, los pueblos originarios, entre otros. Pero no es menos cierto que lo que ha legitimado esas luchas ha sido la conciencia de la universalidad de los derechos. Y ello sin perjuicio de que en las últimas décadas hayan ido alcanzando un protagonismo creciente las demandas basadas en la reivindicación de las diferencias.

A través del proceso de generalización las exclusiones se han ido superando paulatinamente, pero solo en parte, pues hasta el momento el proceso de generalización no ha supuesto que las exclusiones se hayan eliminado totalmente, ni que se hayan eliminado todas las exclusiones. En la actualidad, las exclusiones subsisten bajo formas renovadas.

En las democracias desarrolladas los trabajadores, las mujeres, los afrodescendientes, los pueblos originarios han alcanzado la plena igualdad jurídica, sin que ello signifique que se haya superado completamente su situación de discriminación, marginación o explotación.

En lo que respecta a las mujeres, todavía hoy la igualdad efectiva solo se consigue a condición de homologarse al modelo dominante (masculino), lo cual como destaca MACKINNON es prácticamente imposible. “Exigir que uno sea igual que aquéllos que establecen los criterios –aquéllos respecto de los cuales uno ya ha sido socialmente definido como diferente– significa simplemente que la igualdad sexual ha sido definida de modo que nunca puede ser alcanzada”²². El no reconocimiento del valor de las tareas de cuidado y su injusta distribución, y la persistencia de la feminización de la pobreza, de la brecha salarial, del techo de cristal y de la violencia machista en sus múltiples formas, son otras tantas constataciones de que la igualdad real de mujeres y varones dista mucho de haber sido alcanzada.

Además, no debemos olvidar que en muchos lugares del mundo las mujeres ni siquiera gozan de igualdad jurídica o son objeto de prácticas sociales muy extendidas, gravemente discriminatorias.

²² MACKINNON, *Feminism unmodified: discourses on life and law*, p. 44.

Por otra parte, la consolidación del Estado social en numerosos países a partir de la Segunda Guerra Mundial ha supuesto, en términos generales, la desaparición, en tales países, de la explotación de los trabajadores, al menos respecto de quienes trabajan en la economía formal, en condiciones de regularidad y con plenitud de derechos sociales. Pero, al mismo tiempo, en nuestras sociedades las exclusiones persisten en forma de marginación de los llamados “nuevos pobres”, aquellos a quienes el sistema económico formal “desecha”, los expulsa del sistema: parados, personas que trabajan en la economía sumergida o en condiciones de inestabilidad en el empleo -situaciones estas que afectan especialmente a los excluidos de siempre: mujeres, jóvenes, minorías étnicas, inmigrantes-, también personas ancianas, enfermas, con capacidades diferentes²³.

BAUMAN sostiene que la producción de “seres humanos residuales”, “excedentes”, “superfluos” es una consecuencia inevitable de la modernización y una compañera inseparable de la modernidad²⁴. La “población excedente” es una variedad de residuos humanos. Se trata de “víctimas colaterales” del progreso económico, imprevistas y no deseadas, que suelen atribuirse a causas impersonales y puramente técnicas: las demandas del mercado, las presiones de la competencia, la productividad, la eficiencia²⁵. El prefijo “des” del término “desempleo” sugiere “una condición manifiestamente temporal y *anormal*”. La noción de desempleo hereda su carga semántica de una sociedad que acostumbraba a otorgar a sus miembros el papel de productores y que creía en el pleno empleo. En cambio, la idea de superfluidad es muy diferente. Insinúa “permanencia y alude a lo ordinario de la condición”. Ser superfluo significa ser innecesario, carente de uso, inútil, indeseado. El problema para estas personas no estriba solo en las dificultades para procurarse los medios de subsistencia biológica, sino que hay otra dimensión del problema que es incluso más fundamental consistente en que en la sociedad no hay un lugar para ellas, por lo que se ven despojadas de la confianza en sí mismas y de la autoestima necesarias para mantener su supervivencia social. En una sociedad de productores los desempleados tenían un lugar en la sociedad. Eran las unidades de reserva dispuestas para la producción si fuera menester. En cambio, en una sociedad de consumidores “no tienen cabida

²³ BALLESTEROS, “Los derechos de los nuevos pobres”, en BALLESTEROS (ed.), *Derechos humanos. Concepto, fundamento, sujetos*, p. 137 a 143.

²⁴ BAUMAN, *Vidas desperdiciadas. La modernidad y sus parias*, p. 16.

²⁵ BAUMAN, *Vidas desperdiciadas. La modernidad y sus parias*, p. 57 a 59.

los consumidores fallidos, incompletos o frustrados”²⁶. En suma, en la actualidad la plenitud de derechos sigue estando reservada a una determinada categoría de seres humanos que hoy es la de los consumidores solventes, esto es, los adultos económicamente autosuficientes, o lo que es lo mismo quienes gozan de seguridad económica que en nuestros días se obtiene principalmente a través del trabajo estable, “privilegio” al que, sin embargo, son muchos los que no tienen acceso.

Además, no debemos olvidar que la explotación masiva sigue estando muy extendida en muchos lugares del mundo ante la práctica inexistencia de derechos sociales en numerosos países, de la que se benefician muchos de los actores del mercado global.

Pero aún hay más, los efectos de la economía globalizada están provocando un retroceso de los derechos sociales en todo el mundo, incluso en los países con Estados sociales consolidados.

Por su parte, la exclusión de los extranjeros (y más concretamente, de los extranjeros pobres) persiste bajo tres manifestaciones distintas:

a) A través de la indiferencia ante la miseria de los países de origen y de la complicidad en los conflictos que los asolan.

Miseria de los países de origen a la que contribuye, como ha puesto de manifiesto POGGE²⁷, el orden político, económico y jurídico internacional vigente, a través de los arreglos de la OMC y del mantenimiento de los privilegios de la deuda y de los recursos, en cuya virtud los gobernantes de cualquier país pueden hacer uso de la deuda exterior y de la venta de los recursos naturales del país para sus propios fines particulares y políticos, mientras sus poblaciones están empobrecidas, privilegios que además generan inestabilidad política, pues propician las luchas por el poder entendido en términos patrimoniales.

Y complicidad en los conflictos a través del tráfico de armas y, en general, por medio del apoyo político, militar, financiero, etc., por parte de la comunidad internacional (o de algunos de sus miembros) a las partes en conflicto y a los grupos armados, y a los regímenes represivos, que a menudo son la antesala del estallido de los conflictos.

b) Cierre de fronteras frente a inmigrantes y refugiados.

²⁶ BAUMAN, *Vidas desperdiciadas. La modernidad y sus parias*, p. 22 a 30. Citas de las p. 23, 24 y 27, respectivamente.

²⁷ POGGE, *La pobreza en el mundo y los derechos humanos; Hacer justicia a la humanidad*.

c) Discriminación jurídica y, sobre todo, marginación racista y xenófoba de los extranjeros en los países de llegada.

En contra de que puede parecer a primera vista, el nivel más importante para la superación de las exclusiones es el primero, que remite en definitiva a la efectividad de los derechos al desarrollo y a la paz.

Centrarse solo en los niveles dos y tres no deja de ser un reduccionismo, pues de algún modo implica una visión espacial del disfrute de los derechos: “en el interior de las murallas”, de modo semejante a lo que sucedía en la Grecia clásica como puso de relieve HANNAH ARENDT.

En último lugar, aunque no menos importante, nos referiremos a la exclusión de los no autónomos, o no plenamente autónomos desde el punto de vista psicológico. Ciertamente ha habido avances en este ámbito, entre los que destaca el reconocimiento jurídico de los derechos de los niños²⁸ y de las personas con discapacidad²⁹.

Sin embargo, con demasiada frecuencia los niños siguen siendo víctimas de maltrato y también de explotación laboral, sexual y en conflictos armados como niños soldado³⁰.

Además, en la actualidad han surgido nuevas modalidades de amenaza o de agresión contra los derechos de estos grupos de personas, o por lo menos han alcanzado una extensión e intensidad impensables en otras épocas. Piénsese en el fenómeno preocupante y que va en aumento de la marginación y desprotección de las personas ancianas (quizá no mientras sigan siendo consumidores solventes y conserven su autonomía, pero sí cuando pierden uno u otro de estos rasgos) y también en la tendencia a dejar sin protección jurídica a los seres humanos aún no nacidos debido a la aceptación social y jurídica del aborto y de las nuevas tecnologías reproductivas y genéticas que implican grandes pérdidas de embriones humanos³¹.

Asimismo, la tendencia a articular los derechos de los niños y también los derechos de las personas con discapacidad en torno a la idea de autonomía no hace sino confirmar la primacía que se le otorga en

²⁸ Convención de los Derechos del Niño de 20 de noviembre de 1989 (en vigor desde el 2 de septiembre de 1990).

²⁹ Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, de 13 de diciembre de 2006.

³⁰ GARIBO PEYRÓ, “Los derechos de los niños”, en AA.VV., *Derecho internacional de los derechos humanos: su vigencia para los Estados y para los ciudadanos. Ideas para profesores y universitarios*.

³¹ BALLESTEROS, *La humanidad in vitro*.

nuestros días a la vertiente emancipadora de los derechos olvidando su dimensión protectora y esto, en la práctica, y dado que se trata de sujetos vulnerables, puede conducir a una situación de desprotección de estas personas.

Lo anterior pone de relieve que hoy persiste la contradicción, y en algunos aspectos incluso se ha incrementado, entre la vocación de universalidad de los derechos humanos y lo que el papa FRANCISCO ha calificado como la “cultura del descarte” que afecta tanto a “las cosas que rápidamente se convierten en basura” como a los seres humanos excluidos, los “descartables” de la sociedad³². Y es que el proceso de generalización, de universalización efectiva de los derechos humanos es una tarea ardua, siempre incompleta e inacabada. En los últimos tiempos, el individualismo no ha cesado de consolidarse como ideología hegemónica e inspiradora de la concepción dominante de los derechos humanos con consecuencias que no pueden ser sino negativas para la universalidad de los mismos. El individualismo favorece las marginaciones de los pobres, de los extranjeros (especialmente si son pobres) y de los no autónomos; y tampoco contribuye a la igualdad real de mujeres y varones.

Por lo demás, el individualismo dificulta el entendimiento intercultural, lo cual genera un obstáculo más para la universalización efectiva de los derechos. La creciente impronta voluntarista-individualista de la concepción dominante de los derechos humanos resulta difícilmente admisible desde el punto de vista de las tradiciones culturales no occidentales que subrayan la importancia de las dimensiones comunitarias de la existencia humana y la primacía de los deberes³³. Pero al mismo tiempo, como consecuencia del asimilacionismo cultural que acompaña a la globalización económica, hay una tendencia a asumir estilos de vida individualistas en las sociedades no occidentales, lo que genera indudables tensiones culturales. Así en algunos países se ha llevado hasta sus últimas consecuencias la vertiente excluyente del individualismo: la competitividad económica, pero sin reconocimiento ni respeto de los derechos individuales, lo cual probablemente se ha visto favorecido por una tradición cultural menos preocupada por la prioridad de la persona y de sus derechos. Así se habría importado lo peor de la tradición individualista, sin que

³² *Laudato si'*, apdo. 22.

³³ MONZÓN, “Derechos humanos y diálogo intercultural”, en BALLESTEROS (ed.), *Derechos humanos. Concepto, fundamento, sujetos*, p. 120 a 123.

vaya acompañado de lo mejor de dicha tradición: el respeto de la persona y de sus derechos. Y no solo esto. Los planteamientos universalistas resultan poco creíbles cuando gran parte de la humanidad no se beneficia realmente de ellos. Los pueblos más desfavorecidos del planeta perciben hasta qué punto el economicismo individualista y también estatalista del Norte es el responsable del mantenimiento de un orden político y económico internacional injusto y esta conciencia no es ajena a la reviviscencia de los integrismos³⁴, los cuales tienen consecuencias muy negativas sobre el disfrute efectivo de los derechos, especialmente de las mujeres y de las minorías religiosas, pero no solo. Ciertas prácticas que se condenan, y probablemente con razón, como contrarias a los derechos humanos, quizá desaparecerían si las sociedades en cuestión pudieran salir del subdesarrollo.

§ 4. ***EL RETO DE LA UNIVERSALIZACIÓN EFECTIVA***

Aunque no ignoramos que la realidad discurre por otros derroteros muy distintos de los aquí propuestos, seguimos pensando que el progreso en el campo de los derechos humanos consiste en avanzar en su universalización efectiva y que para ello es necesario conservar el núcleo de la idea de derechos humanos: la noción de humanitas, de dignidad humana, en definitiva la fundamentación universalista, y al mismo tiempo superar la *concepción* individualista de los derechos que no es esencial al *concepto* de derechos humanos.

Lo que aquí está en juego son dos modos distintos de concebir la dignidad humana y la sede de esa dignidad. El individualismo vincula la dignidad a la autonomía. Por el contrario, se trata de poner de manifiesto que la dignidad humana no reside en ciertas cualidades o propiedades del ser humano (racionalidad, libertad, capacidad moral, etc.) consideradas en abstracto, aisladamente, separadamente, sino en el ser humano como tal en su unidad indivisible. Y ello porque la dignidad es indivisible. No habría por tanto seres humanos más dignos que otros, ni vidas más dignas que otras.

Así pues, la dignidad humana no sería una realidad abstracta, sino concreta, encarnada en todos y en cada uno de los seres humanos concretos, reales, existentes.

³⁴ Sobre ello, MERNISI, *El miedo a la modernidad. Islam y democracia*, p. 200 a 203.

Esta atención a lo concreto permite tener en cuenta la pluralidad de modos de manifestarse el ser humano. Como destaca VIOLA³⁵, los seres humanos participamos de nuestra común humanidad precisamente a través de nuestra específica manera de ser y de las diversas situaciones vitales. Somos seres humanos al ser mujeres, varones, concebidos, niños, adultos, trabajadores, parados, consumidores, ancianos, inmigrantes, refugiados, sanos, enfermos, personas con discapacidades, moribundos. No habría, por tanto, un modelo paradigmático de ser humano. Y desde esta atención a la pluralidad de modos de manifestarse el ser humano resulta posible fundamentar la auténtica universalidad de los derechos que es la que parte de la diversidad real existente entre los seres humanos. En este marco, cobra pleno sentido el llamado proceso de especificación que supone vincular los derechos humanos no al ser humano en abstracto, sino a las distintas situaciones vitales, a las diferentes esferas existenciales humanas, a los diversos modos de ser humano. Se habla así de derechos de ciertas categorías específicas de personas: derechos de los niños, de las personas con discapacidad, de las minorías, etc. Este proceso no excluiría la universalidad de los derechos humanos³⁶, porque no supone atribuirles a las personas pertenecientes a estos grupos derechos distintos, sino únicamente concretar algunas exigencias específicas de los derechos humanos básicos en su situación particular³⁷ (p.ej., el derecho de los niños a ser alimentados, o el derecho de las mujeres a ser protegidas contra la violencia sexual).

Asimismo, la atención a lo concreto permite tener en cuenta la complejidad del ser humano y fundamentar así no solo los derechos de libertad, sino también los derechos sociales e incluso los derechos de tercera generación.

En efecto, el ser humano, en cuanto concreto, esto es, en cuanto no lo reducimos a una pura abstracción, presenta una multiplicidad de facetas: corpórea y espiritual; una dimensión de singularidad, mismidad, identidad o irreductibilidad personal, pero también una

³⁵ VIOLA, *Identità e comunità. Il senso morale della politica*, p. 57.

³⁶ En sentido contrario, hay quienes ven en el proceso de especificación un dato que contribuiría a desmentir la pretendida universalidad de los derechos humanos. Así PRIETO SANCHÍS, *Estudios sobre derechos fundamentales*, p. 81 *in fine* y 82, y DE LUCAS, *El desafío de las fronteras*, p. 55.

³⁷ MARTINEZ-PUALTE, “La universalidad de los derechos humanos y la noción constitucional de persona”, en AA.VV., *Justicia, solidaridad, paz. Estudios en homenaje al profesor José María Rojo Sanz*, vol. I, p.173 y 174.

dimensión de alteridad que implica una necesidad y capacidad de relacionarse con los otros tanto en un plano interpersonal, como a nivel social lo que se manifiesta en su pertenencia simultánea a una pluralidad de grupos sociales, de comunidades, etc., alteridad que genera unos vínculos de interdependencia respecto de los demás seres humanos; capacidad de autonomía y de autodeterminarse, pero también indigencia y fragilidad y, por lo tanto, necesidad de protección y responsabilidad por parte de los otros. Estas diferentes esferas aparecen como inseparables, como indivisibles. El ser humano es una unidad en la complejidad.

Las consecuencias de esta complejidad en el plano de los derechos humanos son: la complejidad, pluralidad y diversidad de los derechos humanos y al mismo tiempo su profunda unidad, su sentido unitario. La complejidad del ser humano hace que la defensa de su dignidad exija no solo derechos individuales que salvaguarden su libertad y su autonomía, sino también derechos sociales y derechos de tercera generación que protejan su vulnerabilidad y sus vínculos de interdependencia respecto de los demás seres humanos y respecto de la naturaleza.

BIBLIOGRAFÍA

- AA.VV., *Derecho internacional de los derechos humanos: su vigencia para los Estados y para los ciudadanos*, Barcelona, Antrophos, 2009.
- APARISI MIRALLES, ÁNGELA, *Derecho a la paz y derecho a la guerra en Francisco de Vitoria*, Granada, Comares, 2008.
- BALLESTEROS, JESÚS, *El individualismo como obstáculo a la universalidad de los derechos humanos*, “Persona y Derecho”, vol. 41, p. 15 a 27.
- *El primado de la idea de humanitas en Vitoria como fundamento de los derechos humanos*, “Anuario Mexicano de Historia del Derecho”, nº 6, 1994, p. 25 a 36.
- “El titular del derecho. La distinción entre persona y ser humano: el personismo contra la universalidad de los derechos”, en MEGÍAS QUIRÓS, JOSÉ J. (coord.), *Manual de derechos humanos: los derechos humanos en el siglo XXI*, Pamplona, Thomson-Aranzadi, 2006.
- “Exigencias de la dignidad humana en biojurídica”, en BALLESTEROS, JESÚS - APARISI MIRALLES, ÁNGELA (eds.), *Biotecnología, dignidad y derecho: bases para un diálogo*, Pamplona, Eunsa, 2004.
- *Derechos humanos. Concepto, fundamento, sujetos*, Madrid, Tecnos, 1992.
- *La humanidad in vitro*, Comares, Granada, 2002.
- “Los derechos de los nuevos pobres”, en BALLESTEROS, JESÚS (ed.), *Derechos humanos. Concepto, fundamento, sujetos*, Madrid, Tecnos, 1992.
- *Sobre el sentido del derecho. Introducción a la filosofía jurídica*, Madrid, Tecnos, 2001.

- BALLESTEROS, JESÚS - APARISI, A. (eds.), *Biotecnología, dignidad y derecho: bases para un diálogo*, Pamplona, Eunsa, 2004.
- BAUMAN, ZIGMUNT, *Vidas desperdiciadas. La modernidad y sus parias*, Barcelona, Paidós, 2005.
- BENHABIB, SEYLA, "El otro generalizado y el otro concreto. La controversia Kohlberg-Giligan y la teoría feminista", en BENHABIB, SEYLA - CORNELL, DRUCILLA, *Teoría feminista y teoría crítica*, Valencia, Edicions Alfons el Magnànim, 1990.
- DE LUCAS, JAVIER, *El desafío de las fronteras*, Madrid, Ensayo, 1994.
- FERNÁNDEZ, ENCARNACIÓN, *Igualdad y derechos humanos*, Madrid, Tecnos, 2003.
- "El derecho como no discriminación y no violencia", en *Pensar el tiempo presente. Homenaje al profesor Jesús Ballesteros Llompart*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2018.
- FERNÀNDEZ RUIZ - GÁLVEZ, ENCARNACIÓN, *El totus orbis y el ius gentium en Francisco de Vitoria: el equilibrio entre tradición e innovación*, "Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho", nº 35, 2017, p. 19 a 43.
- GARCÍA NEUMANN, JAIME, *Francisco de Vitoria y la Leyenda Negra*, "Glossae: European Journal of Legal History", nº 16, 2019, p. 107 a 142.
- GARIBO PEYRÓ, ANA-PAZ, "Los derechos de los niños", en AA.VV., *Derecho internacional de los derechos humanos: su vigencia para los Estados y para los ciudadanos. Ideas para profesores y universitarios*, Barcelona, Anthropos, 2009.
- LOCKE, JOHN, *Second Treatise Of Government*, Infomotions, Inc., 2001, Electronic reproduction, Chap.VIII, Sec. 95.
- MACKINNON, C. A., *Feminism unmodified: discourses on life and law*, Cambridge, Harvard University Press, 1987.
- MARTINEZ-PUJALTE, ANTONIO L., "La universalidad de los derechos humanos y la noción constitucional de persona", en AA.VV., *Justicia, solidaridad, paz. Estudios en homenaje al profesor José María Rojo Sanz*, Valencia, 1995.
- MEGÍAS QUIRÓS, JOSÉ J. (coord.), *Manual de derechos humanos: los derechos humanos en el siglo XXI*, Pamplona, Thomson-Aranzadi, 2006.
- MERNISI, FÁTIMA, *El miedo a la modernidad. Islam y democracia*, Madrid, Ediciones de oriente y del mediterráneo, 1992.
- MIAJA DE LA MUELA, A., "El derecho "totius orbis" en el pensamiento de Francisco de Vitoria", "Revista Española de Derecho Internacional", segunda época, vol. XVIII, nº 1, 1965, p. 342.
- MONZÓN, AUGUST, "Derechos humanos y diálogo intercultural", en BALLESTEROS, JESÚS (ed.), *Derechos humanos. Concepto, fundamento, sujetos*, Madrid, Tecnos, 1992.
- PÉREZ LUÑO, ANTONIO E., "La universalidad de los derechos humanos", en LÓPEZ GARCÍA, JOSÉ A. Y DEL REAL, J. ALBERTO (eds.), *Los derechos: entre la ética, el poder y el derecho*, Madrid, Dykinson, 2000.
- POGGE, THOMAS W., *Hacer justicia a la humanidad*, México D. F., Fondo de Cultura Económica y Universidad Nacional Autónoma de México, 2009.
- *La pobreza en el mundo y los derechos humanos*, Barcelona, Paidós, 2005.
- PRIETO SANCHÍS, LUIS, *Estudios sobre derechos fundamentales*, Madrid, Debate, 1990.
- RODRÍGUEZ PANIAGUA, JOSÉ M., *Moralidad, derechos, valores*, Madrid, Civitas, 2003.

- TRUJILLO, ISABEL, *Francisco de Vitoria. Il diritto alla comunicazione e i confini della socialità umana*, Torino, Giappichelli, 1997.
- TRUJOL Y SERRA, ANTONIO, *La sociedad internacional*, Madrid, Alianza, 2008.
- *Los principios del derecho público en Francisco de Vitoria*, Madrid, Ediciones de Cultura Hispánica, 1946.
- VILLÁN DURÁN, CARLOS, *Curso de derecho internacional de los derechos humanos*, Madrid, Trotta, 2002.
- VIOLA, FRANCESCO, *Identità e comunità. Il senso morale della politica*, Milano, Vita e Pensiero, 1999.
- VITORIA, FRANCISCO DE, “Sobre los indios”, en VITORIA, FRANCISCO DE, *Sobre el poder civil. Sobre los indios. Sobre el derecho de guerra*, estudio preliminar, traducción y notas de L. FRAYLE DELGADO, Madrid, Tecnos, 1998.