

LA EVOLUCIÓN POSMODERNA DE LOS “DERECHOS HUMANOS”

THE POSTMODERN EVOLUTION OF “HUMAN RIGHTS”

*Javier Fernández Sandoval**

Resumen

Pretendemos examinar la evolución conceptual y práctica de los derechos humanos en clave posmoderna, destacando su continuidad sustancial con los postulados racionalistas de la modernidad. Partiendo de la libertad negativa como núcleo fundacional, demostramos cómo los llamados “nuevos derechos” representan una radicalización lógica del proyecto liberal moderno. El análisis revela cómo esta evolución ha conducido a la disolución del orden político clásico, la desnaturalización del derecho como criterio de justicia, y la transformación del Estado en un mero ejecutor de pretensiones individuales. Por último, valoramos críticamente las reacciones que, desde posturas conservadoras o nacionalistas, buscan oponer resistencia al fenómeno posmoderno, evidenciando sus limitaciones al compartir los mismos principios que intentan combatir.

PALABRAS CLAVE: derechos humanos, posmodernidad, autodeterminación, nihilismo, nuevos derechos.

Abstract

We intend to examine the conceptual and practical evolution of human rights in a postmodern key, emphasizing their substantial continuity with the rationalist foundations of modernity. Based on negative liberty as the core, it shows how so-called “new rights” are a logical radicalization of the liberal modern project. The analysis reveals how this evolution has led to the dissolution of the classical political order, the denaturalization of law as a standard of justice, and the transformation of the state into a mere executor of individual claims. Finally, it critically evaluates reactions from

* Magíster en Derecho, Universidad de Sevilla. Correo electrónico: jfdezs97@gmail.com

Artículo recibido el 5 de mayo de 2025 y aceptado para publicación el 26 de septiembre de 2025.

conservative or nationalist perspectives, highlighting their limitations due to shared foundational principles with the postmodern phenomenon they seek to resist.

KEYWORDS: human rights, postmodernity, self-determination, nihilism, new rights.

Introducción

Los derechos humanos como categoría de la modernidad axiológica no han quedado petrificados en el tiempo. Desde su surgimiento a fines del siglo XVIII, con lógicos precedentes que arraigan en el derecho natural de signo protestante, los estudiosos del asunto han observado diversos cambios en la categoría en sí.

Estas innovaciones han sido caracterizadas con un eminente criterio cronológico, distinguiéndose sucesivas generaciones. Las caracterizaciones que han pretendido penetrar algo más en el asunto, sobrevolando la cronología, se han dividido en dos bloques principales. Los que, por un lado, reconocen el balance positivo de los derechos humanos como categoría, pero encuentran diferencias de contenido –y de fuentes– en las transformaciones posteriores y los que, de otro lado, encuentran que dichas diferencias responden a una gradualidad en las fuentes comunes que los sustentan. El análisis de esta cuestión es uno de los ejes de nuestro estudio.

La incidencia política de los llamados “nuevos derechos” representa otro asunto a comentar. Y es que, en el debate sobre la materia, se aprecia una conexión innegable en el proceso de transformación de los derechos humanos con procesos que han tenido una importancia sobresaliente en la modificación de estructuras que, hasta ahora, parecían descansar desde su surgimiento –vinculado a las revoluciones liberales–. Los “nuevos derechos”, en este sentido, parecerían poner en jaque algunos de estos elementos, tal y como ha evidenciado la aproximación al asunto, bien desde la mera sociología, bien desde la experiencia política.

Y no solo en clave política se aprecian estas innovaciones, también el plano jurídico ha sido objeto de cambios reseñables, que merecen ser tenidos en cuenta en el análisis de la transformación de los derechos humanos. De nuevo, distinguiendo las aproximaciones meramente sociológicas, dependientes de la fenomenología moderna y posmoderna, y consecuentes con la experiencia jurídica, punto de partida de la reflexión filosófica del derecho.

Por último, estimamos conveniente tratar algunas de las reacciones a este fenómeno. Y no en un sentido positivo, sino, más bien, al contrario. La ra-

zón estriba en que la fundamentación de dichas respuestases un camino –indirecto– complementario al estudio de nuestro tema y, por ello, pertinente.

I. Modernidad y posmodernidad

Parece razonable que, tras examinar el título de nuestro análisis, nos detengamos en dos conceptos. El primero, la evolución como proceso, esto es, la conexión existente entre los derechos humanos vistos desde el prisma posmoderno y los "principios" previos a estos. Por otro lado, encontramos el propio término de posmodernidad, que debe analizarse no solo a nivel cronológico, sino, también, teórico.

Debemos advertir que en este primer epígrafe realizaremos una aproximación conceptual a los términos, sin abordar las implicaciones prácticas de la evolución posmoderna, que serán estudiadas en los incisos siguientes, con especial énfasis en el plano político-jurídico.

1. RADICALIZACIÓN, DESCOMPOSICIÓN Y EVOLUCIÓN

Una de las principales dificultades que nos encontramos cuando tratamos la posmodernidad en su dimensión teórica se refiere a su conexión –o no– con la modernidad. Existen autores que niegan dicha relación o, al menos, la entienden en un sentido pervertido; siendo más que una reacción una traición a los presupuestos modernos en el sentido teórico. Otro grupo de autores afirman la dimensión evolutiva de la modernidad a través de sus axiomas, siendo lo posmoderno un desarrollo coherente con el andamiaje previo a esta. Por último, podríamos encontrar un grupo de autores que, vistas las heterogeneidades entre los sistemas que entran en comparación, así como sus afinidades, se inclinan por posturas eclécticas.

La respuesta al asunto es compleja, pues complejo es el objeto de estudio. Sería errado afirmar que cualquiera de las posturas anteriores goza de razón absoluta respecto de las demás. ¿Acaso quienes afirman la continuidad perfecta no perciben giros copernicanos? ¿Y en el sentido contrario? Hemos de extremar, por ende, la cautela en el análisis del asunto para evitar incurrir en posturas esquemáticas.

La modernidad teórica, afirma Danilo Castellano:

"es sinónimo de subjetivismo: de palabra exalta al sujeto, aunque en realidad lo destruye. Decir que modernidad y subjetivismo son la misma cosa significa considerar que a) teóricamente se pretende hacer del pensamiento el fundamento del ser; b) gnoseológicamente se cree poder erigir la ciencia

(entendida al modo positivista) como único método de conocimiento (en realidad pretende constituirse en dominio de una naturaleza que a menudo ignora; c) éticamente se identifica la moral con la costumbre (fruto de las opciones ‘compartidas’) o, en algunos casos y opuestamente, con la decisión personal; d) políticamente se reivindica el poder de crear el orden político (que, por esto, se limita a sólo orden público) sobre bases absolutamente voluntaristas; y e) jurídicamente se sostiene que la justicia es la decisión (efectiva) del más fuerte (pseudo-argumento de Trasímaco, que hacen suyo las doctrinas positivista y politológica del ordenamiento jurídico, que tantos contemporáneos comparten)”¹.

La síntesis previa nos hace encontrarnos ante un fenómeno particular, ya que los principios que lo soportan son, en esencia, antiprincipios. La razón estriba en que el giro copernicano que concede el subjetivismo al “conocer” racional no solo invierte su subordinación al ser, tal y como afirmaban los clásicos, sino que imposibilita el propio conocer, porque se conocen las cosas y no lo que se piensa de estas². El racionalismo como articulación “filosófica” del subjetivismo moderno configura toda la modernidad en el sentido teórico, y la condiciona en el sentido temporal.

La posmodernidad surge en un contexto temporal particular. Juan Fernando Segovia³ apunta a la confluencia de una serie de elementos sin los

¹ Danilo CASTELLANO, “¿Es divisible la modernidad?”, p. 228. En su glosa al texto del maestro friulano, Julio Alvear aporta una caracterización de notable interés. Danilo Castellano, afirma el académico chileno: “completa la descripción del subjetivismo como principio maestro del proyecto moderno. Es como una fuente pestilente que sirve de canal para la expansión de los errores capitales que ha conocido la humanidad en los últimos siglos. Errores que son principios de otros errores: racionalismo, voluntarismo, inmanentismo, vitalismo, liberalismo, democratismo. El autor los describe a través de los siguientes principios: a) El principio del subjetivismo, en sí mismo considerado, pone fin a la vieja metafísica, que presumía conocer lo real fuera del hombre y del pensamiento; b) el principio de la razón inmanente y liberadora, conlleva el primado absoluto de la conciencia, tal como lo comprendió el protestantismo en sus efectos secularizadores y el naturalismo; c) el principio de la religión como necesidad inmanente, satisfecha con la elaboración racional del objeto que se encuentra en el espíritu. Por este principio, la filosofía moderna pretende crear a Dios; d) el principio de la verdad como identidad del espíritu: la verdad coincide con la vida, con la autodeterminación, etc.; e) el principio (político) de la democracia, como auténtico autodeterminarse de la identidad histórico-sociológica del pueblo y/o de los individuos”. Julio ALVEAR, “El subjetivismo como principio del mal. La esencia de la modernidad en el pensamiento de Danilo Castellano”, p. 143.

² Sobre esto, Juan Fernando Segovia desarrolla este eje de la modernidad preguntándose por su naturaleza, y afirma: “el racionalismo, ya por vía filosófica, ya por expulsión religiosa, acaba constituyéndose en una manera de ver el mundo como algo implantado por la razón en las cosas; de otra manera, diríamos que el racionalismo es «una razón que piensa el mundo, no que lo conoce”. Es cierto que el mundo existe con independencia de mí (el mundo está ahí como cosa extensa) pero no existiría como tal si yo no lo pensara. Y al pensarlo lo advierto como algo distinto del yo que lo conoce”. Juan Fernando SEGOVIA, *De la modernidad a la posmodernidad. Una visión católica*, p. 19.

³ *Op. cit.*, pp. 45-48.

cuales no puede entenderse el fenómeno. Así las cosas, el derrumbe del Estado, el fin de la historia y el progreso, la globalización de las finanzas, la radicalización de la duda escéptica, el multiculturalismo, la muerte de Dios o la nueva temporalidad, entre otros, son elementos que dan el tono de un nuevo contexto que refuerza la idea de una crisis de la modernidad y su transformación en posmodernidad. Ahora bien, este paso –lo hemos apuntado– no es unívoco, y admite múltiples matices.

Es claro que la ruptura con lo moderno, sustancialmente, responde a una radicalización de la modernidad. Partiendo de la libertad negativa, el papel del Estado como garante indirecto –identificando bien común con bien público– de la libertad personal pasa, tras la siniestra experiencia totalitaria, a garante directo de la libertad negativa. Pero es un fenómeno coherente en su esencia, puesto que se trata de suprimir los obstáculos que condicionen el ejercicio de la voluntad, confundida con la libertad; incluyendo, y aquí encontramos el salto, los supuestos beneficios nacidos de la modernidad en su fase fuerte. Lo mismo podría decirse de la traslación del derecho a pretensión que, aunque lo veremos después, opera no como una subjetivación, sino como individualización del derecho⁴, debido a que ya antes había sido subjetivado en la figura del Estado a través de la soberanía racionalista.

Se trata, en resumen, de una fase radicalizada de la modernidad y, por ello, moderna en lo sustancial, pero accidentalmente posterior. El propio término parece apuntarlo⁵, dado que el prefijo 'pos' pudiera dar a entender un juicio cronológico, lo que viene después, y –siendo cierto– también adjetiva un sustantivo previo, o sea, es una concreción accidental de la modernidad axiomática.

Por otro lado, esta radicalización coexiste, *rectius* favorece procesos de decadencia o descomposición. Así, por ejemplo, la primacía de la individualidad condiciona de manera indiscutible la crisis del Estado, máquina de poder confundida con la comunidad política y que constituyó la destilación más acabada de la modernidad fuerte. Como hemos apuntado, la descomposición no opera en el vacío, sino que es a través de la radicalización de los principios modernos por donde llegamos a la crisis de instituciones revolucionarias que, antaño, pretendieron fundar el nuevo orden. También de ello hay ejemplos en el plano jurídico, como se aprecia en la proliferación de normativas particulares y técnicas, oscureciendo la aspiración racionalista de la codificación. Pero, de nuevo, es una crisis que responde a la radicalización de sus presupuestos, en virtud de que la elephantiasis normativa contemporánea no puede

⁴ Javier FERNÁNDEZ, "El personalismo. Implicaciones jurídicas", pp. 417-420.

⁵ Miguel AYUSO, "Antimodernidad, modernidad y posmodernidad. Los sedicentes antimodernos hoy", p. 749 y ss.

desvincularse de la ensoñación racionalista de ordenar el mundo, antes codificando y ahora dilatando dicho ordenamiento.

En un tercer lugar, encontramos fenómenos que es difícil encuadrarlos en los procesos de radicalización o descomposición, previamente referidos. Se trata, a nuestro juicio, de la evolución y concreción de los principios modernos, no siempre radicalizada. Aquí ha tenido un peso notable el nuevo panorama tecnológico, que ha favorecido la aplicación de los principios modernos a un nuevo mundo que se abría paso. Pueden citarse como prueba de ello las regulaciones del ejercicio de libertad de expresión en redes o plataformas digitales, con regulación propia y particular, donde observamos un principio moderno aplicado a situaciones nuevas.

Como es evidente, la posmodernidad no puede encajarse de manera unívoca en un proceso determinado sin incurrir en un discurso o análisis cartesiano. No obstante, sí puede observarse que se trata de un fenómeno en esencia moderno, no teniendo cabida las posturas que pretenden salvar la modernidad axiomática condenando lo que alumbró. Los procesos de radicalización y evolución así lo describen, y en cuanto a los procesos de descomposición, ya hemos apuntado que esta viene, en efecto, de la evolución o radicalización de la modernidad, por lo que la disociación, de nuevo, es incorrecta. Los paladines de la tesis divisoria o del cambio sustancial suelen aferrarse, de manera historicista, a hechos y eventos particulares que dieron al traste con las bondades de la modernidad; como si los hechos o fenómenos fuesen bisagras de la historia de los hombres de modo reductivo. Dentro de estos hechos fatales ninguno es tan invocado como el mayo francés de 1968, por lo que hemos de referirnos al asunto para mostrar la continuidad coherente de ambas épocas.

2. EL 68 COMO PROBLEMA

La caracterización tiene su intención⁶. Y es que podemos leerla como una aproximación crítica a los acontecimientos del llamado mayo francés de 1968, y sería correcta como acepción. Lo que no obsta, por otro lado, para que la crítica se refiera al propio término o, incluso, a las valoraciones y adjetivaciones del mismo.

En cuanto a la primera acepción del “problema” es claro que la revolución de mayo de 1968 constituye un paso más en la ya iniciada senda de la secularización racionalista, tornado en efectivo el nihilismo virtual de la

⁶ Es análoga a la empleada por Pedro LAÍN, *España como problema*, quien, fiel a la lógica europea y laicista de La Falange, empleaba el término con ánimo de problematizar la sustancia católica española. El recurso fue también empleado –con sutil agudeza– por Miguel AYUSO, *La hispanidad como problema. Historia, cultura y política*, pp. 1-120.

modernidad. La progresión radicalizada de los principios que ya implicaban la modernidad se convirtió en un ataque feroz no solo contra el orden cristiano —o lo que de este quedaba—, sino, también, de las instituciones revolucionarias modernas. Así, la libertad negativa que hizo rodar la cabeza de Luis XVI exigía ahora las de los jerarcas del Estado francés, afincados en partidos que se veían caducos. Tampoco el marxismo fue ajeno a esta revolución, pese a lo que la miopía conservadora hoy predica de este periodo. Las juventudes burguesas que clamaban contra la ortodoxia moscovita, que se afirmaba en un hombre férreo subordinado a los intereses del partido, disfrazados como comunes, y se decían maoístas; pero no tanto por una interiorización de la lectura peculiar de Mao Tse-Tung sobre el marxismo, sino porque esta representaba la contestación al estado de cosas que imperaba en el comunismo de la época. Por tanto, y desde este prisma, es lógico que no podemos realizar una valoración positiva de los sucesos de mayo de 1968 en tanto que supuso la radicalización de la modernidad axiológica.

Dicho lo anterior, pasemos a lo que estimamos más conveniente tratar en tanto que silenciado hoy por las voces críticas con el suceso en cuestión. Efectivamente, los movimientos conservadores han querido justificar su defensa de la modernidad respecto del orden antiguo en la traición que aquella sufrió de la mano de la “contestación”. Se abomina, por ejemplo, de los derechos sexuales invocando los derechos liberales, o se combate la ideología pacifista con el principio de no intervención como bandera.

He aquí la segunda acepción del problema, esto es, la problematización de la categoría del mayo francés en sí misma. Y primero hemos de realizarla desde el prisma terminológico. Se ha adjetivado con tanta alegría como negligencia a la “contestación”, y ello requiere un análisis. Thomas Molnar señaló que se trataba de un abuso, pues⁷, el ambiente nacido del americanismo el que alumbró estas concepciones, dando pie a una irradiación “occidental” de las mismas. La inexistencia de auténtica comunidad propia del mundo anglosajón, radicalizada por el nihilismo moral que el americanismo implicaba, conducía a una existencia del Estado *sui generis* en el mundo estadounidense o, incluso, a su inexistencia *formaliter loquendo*⁸, con la volatilización de la política como corolario (o premisa), supuso la exigencia de los diversos colectivos tradicionalmente marginados por el puritanismo cal-

⁷ Thomas MOLNAR, *El modelo desfigurado. Los Estados Unidos desde Tocqueville a nuestros días*, p. 242 y ss. Esta conexión puede apreciarse, con mención adicional a Frankfurt, en Thomas MOLNAR, *La autoridad y sus enemigos*, p. 135 y ss. Véase también Julio ALVEAR, *Los nuevos derechos humanos: la última degradación del hombre*, pp. 114-115.

⁸ Miguel AYUSO, *Constitución. El problema y los problemas*, p. 149. En relación con el mayo francés véase Miguel AYUSO, *La disolución de la política en la era del poshumanismo*, pp. 43-44.

vinista –horma del mundo estadounidense–, que cristalizó en la formulación de una actividad, lenguaje y actitud contestataria como reacción a su peculiar situación. No puede, entonces, desgajarse dicha contestación de 1968, de las exigencias estadounidenses previas, donde el pluralismo o la corrección política no eran más que la actualización del americanismo y el puritanismo modernos.

Por otro lado, encontramos la supuesta herencia marxista de la contestación, con las implicaciones en el surgimiento de los derechos nuevos que hoy se predica. De nuevo, es una paradoja múltiple. En primer lugar, porque la prédica supuestamente antimoscovita, en nombre de un supuesto maoísmo respondió –como hemos mencionado– a una lógica solo reactiva. Pero, por otro lado, el análisis de las exigencias no parece tener una conexión directa con el marxismo-leninismo, más bien al contrario. La liberación sexual, lejos de constituir un aliciente a la colectivización o al triunfo socialista, se formula como una auténtica exigencia individualista y liberal, con las premisas del dominio del propio cuerpo que no están en Vladímir Lenin, sino en John Locke. También el globalismo pacifista se encuentra de manera frontal con la dialéctica como nervio de la historia, haciendo del conflicto y de la guerra el ritmo del progreso; más bien es el liberalismo kantiano y la autonomía lockeana lo que fundamenta dicha exigencia.

Estos ejemplos, y otros muchos que la corrección extensiva de estas líneas nos obliga a omitir, parecen conectarnos con la esencia de la contestación de 1968, que no es marxista sino liberal, *rectius* contiene de marxismo lo que la hace operativa al liberalismo radicalizado. Así, es lógico que pudiesen invocarse las reclamaciones al Estado en la garantía de estas pretensiones, señalando como ejemplo los derechos de segunda generación o sociales. Pero no es menos cierto que, divergiendo del liberalismo decimonónico en el papel garante del Estado en forma directa, la sustancia de las reclamaciones es eminentemente liberal, ya que son expresiones radicalizadas de la libertad negativa. De esta forma, la libertad sexual no ataca la familia como expresión de clase o dominación económica –al modo marxista–, sino como condicionamiento a la autonomía de la voluntad individual, radicalizando la libertad política en libertad personal. Lo mismo podría señalarse del feminismo de moda desde la contestación que, lejos de ser expresión marxista del asunto, emplea su terminología dialéctica para una conquista plenamente liberal⁹,

⁹ Afirma esta continuidad Jean MADIRAN, *Después de la Revolución de 1968*, pp. 29-30: “Llega un día, el nuestro, en que la filosofía moderna alcanza normalmente su último término de maduración, de putrefacción, y en donde, en fin consciente de lo que ella llevaba en ella, se la oye anunciar claramente lo que ella era, sin saberlo bien, desde siempre. He aquí lo que un filósofo moderno escribió en 1966, en un número de revista consagrado a un cierto Jean-Paul Sartre: ‘Hacerse oír no es atraer la simpatía. Es esparcir el terror. La filosofía de mañana

la autonomía de la voluntad femenina. Por tanto, nos encontramos ante un genuino fenómeno liberal que toma del marxismo las herramientas para su efectividad o, más en específico, incorpora los elementos marxistas como actualización del liberalismo que lo originó¹⁰, con intención radicalizadora.

Se trata, como afirma Jean Madiran, de:

“una revolución que es la Revolución se levanta contra un orden que no es el orden. Pero no es cierto, sería imposible, por otra parte, que este orden no sea el orden en absoluto. Subsisten siempre, mientras se viva fuera del caos absoluto, verdaderos elementos de orden público, insuficientes, mal agenciados que permiten, sin embargo, la vida cotidiana. Son esos elementos reales de orden público los que atacaba la Revolución en mayo de 1968 para reducir al conjunto de la población a la desesperación, al atontamiento y al miedo: la seguridad física de las personas, su libertad de movimiento, su tranquilidad, las comunicaciones sociales, los intercambios, el aprovisionamiento y hasta la posibilidad de esperar una opinión individual sin ser obligado a bajar la cabeza ante la opinión colectiva de los soviets anónimos instalados por todas partes. Le falta justicia y consistencia a este orden real: hay que curarlo, no asesinarlo”¹¹.

El rechazo a los auténticos orígenes y naturaleza de la “contestación” conduce de manera fatal a errar en su confrontación, calificando como “cultural” a la refutación que debiera ser política, o camuflando cómodamente –pues se encuentra extinto– de comunismo al liberalismo radical.

será terrorista. No filosofía del terrorismo, sino filosofía terrorista, ligada a una práctica política del terrorismo’. Es toda la filosofía moderna que estaba ligada sustancialmente a la práctica política del terrorismo que ella ha engendrado. Tal declaración no hubiera asombrado a un Charles De Koninck, no asombrará a un Gilson. El resorte principal y último de la filosofía moderna no está en un error de inteligencia sino en una rebelión de la voluntad, es un ‘non serviam’ universalmente destructor de Descartes, que ciertamente hubiera estado horrorizado, de Descartes a Kant, de Kant a Hegel, de Hegel al cocktail molotov, vale la consecuencia”.

¹⁰ Cfr. Jean OUSSET, “Los acontecimientos de mayo-junio de 1968”, p. 570. Puede verse también ALVEAR, *Los nuevos derechos...*, *op. cit.*, pp. 113-114: “La contestación de mayo de 1968 desarrolla las premisas planteadas en siglos anteriores, pero con el siguiente elemento novedoso: no propone una ideología ‘positiva’, sino ‘negativa’, haciendo de la desestabilización permanente el objeto de la revolución. En este cuadro, cualquier proyecto deja de ser legítimo, porque la misma idea de proyecto –que envuelve elementos que atan– debe ser desechada. Ahora es la ausencia de proyecto lo que se propugna, pues es lo único que permite a cada individuo su propia realización según sus pulsiones inmediatas, dejando espacio al ‘vitalismo’. El individuo no debe actuar tras haber pensado, sino que debe pensar sólo en función de la satisfacción del instinto, la pasión y el deseo, de manera que la *vis* y no la razón se convierta en regla y guía de sus acciones. En este punto, mayo del 68 lleva a sus consecuencias extremas los presupuestos de la doctrina liberal: alguien es verdaderamente libre cuando puede hacer (y hace) lo que desea en el más amplio sentido de la palabra”.

¹¹ MADIRAN, *op. cit.*, p. 12.

II. La autodeterminación: la disolución de la comunidad política (y del hombre)

En cuanto a la incidencia política de los llamados nuevos derechos, debemos distinguir dos bloques diferenciados. Por una parte, no podemos obviar el cambio que supone la modernidad débil, esto es, la transformación del papel del Estado en relación con la libertad negativa. Tal clave se presenta como nodal a efectos de trasladar nuestro análisis en perspectiva política. Por otro lado, nos detendremos en los corolarios propios de lo político asociados a la concepción posmoderna de los derechos humanos, tomando para ello algunos ejemplos jurisprudenciales.

1. LA GARANTÍA DIRECTA DE LA LIBERTAD “NEGATIVA”

La posmodernidad no puede separarse de lo que Danilo Castellano ha denominado la “modernidad débil”. En un contexto posterior a la Segunda Guerra Mundial, el horror del conflicto operó como catalizador para una profundización en los principios modernos, desarrollándose, en lo sustancial, un fenómeno radicalizador de los mismos, compatible con procesos de evolución y descomposición, como hemos señalado con anterioridad.

El hombre¹², según los axiomas racionalistas, construye el mundo partiendo de sí y tendiendo a sí mismo. El punto de partida del conocimiento de la realidad es el hombre, no en calidad de receptor de la experiencia, sino como medida de la propia realidad. La nueva “política” descansa, por tanto, sobre la inversión de la obligación natural hacia el derecho natural¹³. Este pseudo derecho es ajeno a lo justo, siendo reconducido a la conservación del hombre y al ejercicio de su libertad negativa, esto es, a disponer de sí según su voluntad.

¹² Seguimos para ello Javier FERNÁNDEZ, “Personalismo y derecho político. Nexos y causas de una tendencia disolvente”, pp. 34-36.

¹³ Danilo CASTELLANO, *El derecho entre orden natural y utopía*, pp. 58-61, en especial p. 67: “Hobbes, por ejemplo, afirma claramente que ‘el derecho natural [...] es la libertad que todo hombre tiene de usar el propio poder como desea’; aunque precisa, sosteniendo así un criterio (al menos funcional) del ejercicio del poder, que lo hace siempre en vista de la conservación de la propia vida. La libertad, por otra parte, depende a su juicio del ‘silencio’ de la ley: donde hay ley no hay libertad y viceversa”. Conviene apuntar que de esta concepción “negativa” de la libertad se deriva una concepción dialéctica –en sentido moderno– del bien, punto nodal del análisis que nos ocupa. Francisco ELÍAS DE TEJADA, “Construcción de la paz y asociaciones intermedias”, pp. 78-79. También citado en Miguel AYUSO, *Las murallas de la ciudad*, pp. 100-101.

El Estado es deudor de esta concepción, siendo la conclusión deductiva de la garantía de la libertad negativa del hombre, heterogénea en su concreción según los autores. Lo importante que debemos destacar es la inversión de los términos. El mundo clásico y cristiano culminaba en el bien común como bien más perfecto, en tanto que el Estado es la cumbre de la maquinaria precisa para salvaguardar la libertad negativa del individuo. El Estado es, por ello, en la modernidad fuerte una *garantía indirecta* del ejercicio de la libertad negativa de los gobernados, pues la liberación queda cifrada, en este momento, en el ejercicio de la libertad negativa estatal que, de modo indirecto, garantiza la de los individuos.

La modernidad débil surgió de la falsedad de identificar el bien del Estado –bien público– con el bien del hombre. Pero la reacción se desarrolló sobre los mismos mimbres racionalistas, dando paso a una radicalización del pseudo derecho al ejercicio de la libertad negativa¹⁴. El Estado, tras la Segunda Guerra Mundial, se pone a disposición de los individuos, siendo ya no el garante indirecto sino directo de esa libertad. Esta, además, desarrollando su naturaleza nihilista, se torna en autodeterminación, necesitando la ayuda del Estado para la ejecución de sus pretensiones, ahora “derechos”¹⁵. El Estado, para la modernidad débil, se torna en *garantía directa* de la libertad negativa, en asegurador de las pretensiones tonadas en derechos, de cuya prestación extrae su propia legitimidad.

Tales pretensiones incorporan corolarios no menores. Para empezar, nos encontramos con un proceso doble disolvente. La comunidad política, por su parte, encuentra radicalizado el vaciamiento del que fue objeto en la modernidad fuerte, porque esta implica la supresión de todo principio de cau-

¹⁴ Danilo CASTELLANO, *Constitución y constitucionalismo*, p. 111 y ss. Conviene también consultar, en el contexto de modernidad “débil”, Juan Fernando SEGOVIA, *De la modernidad...*, *op. cit.*, p. 108 y ss., y, del mismo autor, *Los derechos humanos. Individualismo, personalismo y antinaturalismo*, p. 25 y ss. Conviene señalar que, además de la indisoluble conexión con la libertad “negativa”, es importante leer las transformaciones del derecho político al calor del desarrollo de la libertad liberal. Sobre ello, véase Juan Fernando SEGOVIA, *Derechos humanos y constitucionalismo*, p. 27 y ss.

¹⁵ Es, a nuestro juicio, en esta fase radicalizada de la modernidad donde se percibe con mayor nitidez el “movimiento” que Leo Strauss atribuye a Thomas Hobbes, o sea, la inversión de la obligación por el “derecho” –*rectius* pretensión–, que sería la sustitución del orden por el sujeto como criterio político, confundido este último con subjetividad en clave inmanente. El bien común, con entidad propia, ha desaparecido de la cumbre de los saberes políticos, colocándose en su lugar toda la maquinaria del Estado al servicio y deseos del hombre, que el Estado, en tanto pretensiones, erige en bien de la comunidad. Esta inversión puede verse refutada en Rubén CALDERÓN, *Sobre las causas del orden político*, pp. 78-83. Es pertinente consultar, también, la glosa de Juan Fernando SEGOVIA, “Las causas del orden político según Rubén Calderón Bouchet o de los fundamentos del pensamiento político tradicional”, p. 867 y ss.

salidad formal y final, para quedar reducida a la causa eficiente encarnada en la soberanía como medio de imposición de la voluntad del gobernante y en la razón de Estado como nuevo criterio de autoconservación del poder. La concepción posmoderna de garante directo convierte al Estado en una entidad cualificada de prestación de servicios dictados por la autodeterminación subjetiva del individuo. La soberanía antaño predicada de los Estados se transfiere a los individuos y su voluntad, fijando la legitimidad del Estado en su cooperación para la efectividad de las pretensiones particulares.

Se radicaliza, por ello, la sustitución del bien común como causa final de la comunidad de los hombres. A la primera sustitución racionalista por el bien público, propio de la persona *civitatis*, le sigue la sustitución por el bien individual.

“Derivó de ahí –señala Danilo Castellano– como consecuencia del desplome de lo público sobre lo privado, la desaparición del bien (incluso del que sólo es su subrogado) y necesariamente la desaparición del bien común en sí. El único fin de la comunidad política que se considera legítimo es el de asegurar, garantizándolo en la perspectiva liberal y/o promoviéndolo en la perspectiva liberal-socialista, la libertad negativa que a su vez se convierte en liberación total en la perspectiva marxista y en la liberal-radical. Pero, como esto no es posible en absoluto, se asignó al poder la tarea de mediar entre instancias y pretensiones contrapuestas, tanto que ahora se afirma explícitamente que el Parlamento es el lugar de la composición de los intereses. El poder político, por ello, estaría legitimado por un contrato de mandato o bien por un consenso mayoritario de la sociedad civil, no ciertamente por la racionalidad del mando político, entendida la racionalidad como conformidad a la esencia y al fin natural de las personas. El Estado moderno de la vieja Europa desapareció. Se afirmó el Estado como proceso teorizado por la politología norteamericana desde finales del siglo XIX, que entiende que el poder político es un mero poder y que el conflicto es el alma de la llamada convivencia civil. Lo que implica que la realización de la voluntad, la obtención de los intereses, el agotamiento de las pasiones y los deseos tanto de los individuos como los grupos, y no –por tanto– la vida según la razón, representen el objetivo que conseguir. Esto es lo que se considera el bien, que no tiene nada de común siendo de parte o solipsista, en todo caso privado en el sentido moderno del término”¹⁶.

La consecuencia es, por tanto, evidente. La comunidad política queda descompuesta, ya que se pretende sustituir por la coexistencia arbitraria de grupos particulares en pugna respecto de sí o de otros a través del ejercicio de la libertad negativa. Se da, así, la paradoja de la instauración del caos y la anarquía como método de imposición de la soberanía de los Estados, sumi-

¹⁶ Danilo CASTELLANO, “¿Qué es el bien común?”, pp. 19-20.

dos estos –inevitablemente– en una profunda crisis nacida de la radicalización posmoderna de los “principios” que los alumbraron.

2. LOS NUEVOS DERECHOS Y SU INCIDENCIA POLÍTICA

Como hemos señalado con anterioridad, la libertad negativa y la autodeterminación como corolario, constituyen el núcleo de los derechos humanos y, por ello, de su evolución posmoderna. Es preciso aclarar que respecto de esta última, conviene reparar en las consecuencias jurídicas que de ella se deriva, o sea, de las implicaciones jurídicas de los nuevos derechos.

La autodeterminación, como decimos, se encuentra en el origen de los derechos humanos como categoría político-jurídica. Los procesos revolucionarios que los alumbraron se asientan sobre la determinación colectiva de la voluntad popular. No solo en la Revolución francesa y en la consecuente *Declaración de los derechos del hombre y del ciudadano*, sino que el caso español así lo demuestra. La Constitución de 1812 prueba una voluntad de determinación colectiva de una nueva entidad que representa el juicio volitivo racionalista que sigue al proceso de autoconocimiento de la nación. Así las cosas, la nación política, de cuño liberal, descansa en la autodeterminación colectiva de unas Cortes que dan lugar a una ficción jurídica a través de la cual el mandato imperativo de la Cortes tradicionales se transforma por voluntad de las partes en mandato representativo moderno; los sujetos determinan que a partir de tal momento no representan a los diversos cuerpos sociales que conformaban el orden antiguo, sino que son representantes de la nación e intérpretes de la voluntad general. Los derechos humanos surgen como categoría en dicho contexto, y son la plasmación de la garantía de la libertad negativa de los ciudadanos que se expresa por boca de sus representantes.

Los procesos de autodeterminación constitucional o colectiva propios del siglo XIX planteaban multitud de contradicciones. La más sangrante se refiere a que, respondiendo dichos procesos a una concepción racionalista e ideal del hombre abstracto, no parece tener sentido acantonar el proceso de autodeterminación en los viejos reinos cristianos, sino que –en puridad– debería de tratarse de un fenómeno universal. La nación política liberal se presenta, así, como una ficción ideológica que sirve de instrumento al servicio de la revolución en la medida en que pretende emplear los viejos modos de representación para introducir las innovaciones liberales. Este proceso, por sus contradicciones internas, se encontraba abocado a ser sustituido.

La sustitución se aprecia ya a principios del siglo XX, con la creación de la Sociedad de Naciones tras la Gran Guerra, como ensayo de un instrumento previo a la nación global. La Segunda Guerra Mundial frustró el proceso

concreto, pero no el proceso en sí. En primer lugar, porque las partes enfrentadas aspiraban a crear un orden nuevo según los diversos modelos ideológicos en liza. Pero, en especial, es la victoria de los aliados, primero sobre los fascismos y luego sobre el marxismo soviético, lo que dará paso a concretar la nación global. Tal es el sentido de la Organización de Naciones Unidas, con la *Declaración de derechos humanos* que la acompaña. La declaración, en tal contexto, opera como un elemento de legitimación de los Estados; es en la medida en que los Estados afirmen la libertad negativa de los gobernados el criterio para su propia legitimación.

De ahí que sea desde tales instancias a partir de las que se alienta al principio de autodeterminación de los pueblos. Las organizaciones internacionales, al amparo de los derechos humanos en su dimensión posmoderna, han sido objeto de notables interferencias en los Estados no sometidos a sus directrices. Se aprecia, de esta manera, una dinámica globalizadora de los derechos humanos en su versión posmoderna, con la garantía directa de la libertad negativa como argumento. La inadecuación de los ordenamientos jurídicos a los nuevos derechos, tales como los derechos reproductivos o los procesos de autodeterminación supuestamente frustrados por la pertenencia de diversos territorios a espacios culturales decimonónicos, como evidencia la promoción del indigenismo o el anticolonialismo, han supuesto una punta de lanza del proceso de globalización con la bandera de los derechos humanos como título de justificación.

En tales términos se pronuncia la *Carta de la Organización de las Naciones Unidas*, que afirma en su artículo 55:

“con el propósito de crear las condiciones de estabilidad y bienestar necesarias para las relaciones pacíficas y amistosas entre las naciones, basadas en el respeto al principio de la igualdad de derechos y al de la libre determinación de los pueblos, la Organización promoverá: a) niveles de vida más elevados, trabajo permanente para todos, y condiciones de progreso y desarrollo económico y social; b) la solución de problemas internacionales de carácter económico, social y sanitario, y de otros problemas conexos; y la cooperación internacional en el orden cultural y educativo; y c) el respeto universal a los derechos humanos y a las libertades fundamentales de todos, sin hacer distinción por motivos de raza, sexo, idioma o religión, y la efectividad de tales derechos y libertades”.

Por su parte, la resolución 1514 (XV) de la *Asamblea General, o Declaración sobre la concesión de independencia a los países y pueblos coloniales* (1960), afirma:

“todos los pueblos tienen el derecho de libre determinación; en virtud de este derecho, determinan libremente su condición política y persiguen libremente su desarrollo económico, social y cultural”.

Por último, pueden citarse los dos pactos adoptados en 1966 (el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos) consagran de igual forma el derecho de los pueblos a la autodeterminación. En el artículo primero de ambos se afirma:

“1. Todos los pueblos tienen el derecho de libre determinación. En virtud de este derecho establecen libremente su condición política y proveen asimismo a su desarrollo económico, social y cultural. 2. Para el logro de sus fines, todos los pueblos pueden disponer libremente de sus riquezas y recursos naturales, sin perjuicio de las obligaciones que derivan de la cooperación económica internacional basada en el principio de beneficio recíproco, así como del derecho internacional. En ningún caso podrá privarse a un pueblo de sus propios medios de subsistencia. 3. Los Estados Partes en el presente Pacto, incluso los que tienen la responsabilidad de administrar territorios autónomos y territorios en fideicomiso, promoverán el ejercicio del derecho de libre determinación y respetarán este derecho de conformidad con las disposiciones de la Carta de las Naciones Unidas”.

Los derechos humanos en su versión posmoderna han operado sobre la falacia liberal del derecho a la autodeterminación, plasmada en el plano colectivo. Siendo un abuso afirmar la autodeterminación en sí, es claro que sus dimensiones individuales o colectivas carecen de fundamento desde el prisma clásico, que afirma la comunidad de los hombres como todo potestativo al servicio del bien común. La secesión¹⁷ alimentada por los derechos humanos posmodernos evidencia el proceso de radicalización de los principios modernos, con especial énfasis en el desmembramiento de las comunidades políticas.

Por otra parte, encontramos la aplicación individual o particular de los derechos humanos, con sus corolarios políticos. La posmodernidad, lo hemos referido, ha supuesto un proceso de radicalización moderna en la que la autodeterminación no se predica ya de los Estados, a través de la soberanía¹⁸, sino que se traspa al propio individuo. La sustitución del bien público por el bien privado o particular modifica el papel del Estado como prestador de los servicios exigidos para el ejercicio de la libertad negativa de los gobernados. Se produce, así, no solo un desmembramiento de la comunidad política en clave colectiva –autodeterminación de los pueblos–, sino, también, de forma particular, pues la sociedad orgánica queda arrumbada por la aparición de

¹⁷ Miguel AYUSO, *¿El pueblo contra el Estado? Las tensiones entre las formas de gobierno y el Estado*, p. 108 y ss.

¹⁸ Rudi DI MARCO, *Diritto e “nuovi” diritti. L’ordine del diritto e il problema del suo fondamento attraverso la lettura di alcune questioni biogiuridiche*, p. 149 y ss.

lobbies o grupos de presión particulares nacidos para lograr la efectividad de sus pretensiones.

Surge, en tal contexto, el problema politológico, o sea, el Estado como proceso de confrontación de los individuos en liza por la conquista del poder al servicio de sus pretensiones. Señala Danilo Castellano:

“la disolución del Estado, del Estado moderno, es aún más evidente en la doctrina politológica. Ésta sostiene, en efecto, que el Estado no es una institución sino un proceso. Está en continuo devenir. Se hace en la historia, siguiendo un desarrollo que guían las fuerzas sociales que logran afirmarse e imponerse. La doctrina politológica no elimina a los partidos, sino que los utiliza y revaloriza. Pero no por la ideología y en función de la ideología que portan, sino por los intereses en que se apoyan y persiguen. No se trata de intereses ‘ideales’, sino de intereses ‘concretos’, a veces egoístas. Un papel similar al de los partidos lo juegan las instituciones. Quien momentáneamente detenta el poder se sirve de ellas para conseguir eficaz y rápidamente las finalidades que los grupos de presión han fijado previamente como metas”¹⁹.

Tal ha sido el razonamiento de los ordenamientos jurídicos contemporáneos y los tribunales constitucionales en el desarrollo posmoderno de los derechos humanos. En tal situación, en la STC 53/1985 se afirma:

“junto al valor de la vida humana y sustancialmente relacionado con la dimensión moral de ésta, nuestra Constitución ha elevado también a valor jurídico fundamental la dignidad de la persona, que, sin perjuicio de los derechos que le son inherentes, se halla íntimamente vinculada con el libre desarrollo de la personalidad (art. 10) y los derechos a la integridad física y moral (art. 15), a la libertad de ideas y creencias (art. 16), al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen (art. 18.1). Del sentido de estos preceptos puede deducirse que la dignidad es un valor espiritual y moral inherente a la persona, que se manifiesta singularmente en la autodeterminación consciente y responsable de la propia vida y que lleva consigo la pretensión al respeto por parte de los demás. La dignidad está reconocida a todas las personas con carácter general, pero cuando el intérprete constitucional trata de concretar este principio no puede ignorar el hecho obvio de la especificidad de la condición femenina y la concreción de los mencio-

¹⁹ Danilo CASTELLANO, *Política. Claves de lectura*, pp. 95-96. Para estudio de la politología en el pensamiento del autor véase Juan Fernando SEGOVIA, “La politología o el nihilismo político: teoría y práctica de la antipolítica”, p. 134: “Si se pregunta ¿qué fin asigna la politología a la actividad política?, no hay más contestación posible que el interés, la utilidad, los intereses. Consiguientemente, la politología, como ha anticipado Castellano, procede de la negación de la naturaleza de la comunidad política y su reemplazo por la organización, por el mecanismo; esto es, hace de la política un instrumento artefactual –un dispositivo construido por los hombres– al servicio de los intereses, una máquina que funciona según lo proyectado y que permite a cada uno perseguir su interés”.

nados derechos en el ámbito de la maternidad, derechos que el Estado debe respetar y a cuya efectividad debe contribuir, dentro de los límites impuestos por la existencia de otros derechos y bienes asimismo reconocidos por la Constitución”.

Por su parte, la Ley Orgánica 3/2021, de 24 de marzo, reguladora de la eutanasia, establece:

“legalización y regulación de la eutanasia se asientan sobre la compatibilidad de unos principios esenciales que son basamento de los derechos de las personas, y que son así recogidos en la Constitución española. Son, de un lado, los derechos fundamentales a la vida y a la integridad física y moral, y de otro, bienes constitucionalmente protegidos como son la dignidad, la libertad o la autonomía de la voluntad”.

Los Estados, por ello, quedan desmembrados por el cumplimiento de las finalidades específicas o particulares de los diversos grupos sociales²⁰, disolviéndose toda finalidad de la política que no se identifique con la satisfacción de los caprichos privados. Si bien es cierto que este corolario se encontraba ya virtualmente en la ideología de los derechos humanos —en razón a que descansan en la libertad liberal negativa—, no es menos cierto que la interpretación posmoderna de estos ha tornado en efectivo el nihilismo que anidaba en su fondo.

III. La agonía del derecho y el triunfo de los “derechos”

Una vez planteadas las implicaciones políticas de los derechos humanos en su dimensión radicalizada por la posmodernidad cabe ahora detenernos en el derecho. Y lo haremos en dos puntos concretos. En primera instancia, abordando la concepción posmoderna o inherente a la modernidad débil del propio derecho. Luego, trataremos algunos casos concretos que evidencian la incidencia posmoderna de los derechos humanos en el campo que tratamos.

²⁰ Así lo afirma la Ley 13/2005, de 1 de julio, por la que se modifica el *Código Civil* en materia de derecho a contraer matrimonio: “El establecimiento de un marco de realización personal que permita que aquellos que libremente adoptan una opción sexual y afectiva por personas de su mismo sexo puedan desarrollar su personalidad y sus derechos en condiciones de igualdad se ha convertido en exigencia de los ciudadanos de nuestro tiempo, una exigencia a la que esta ley trata de dar respuesta”. Las implicaciones de esta lógica han sido tratadas agudamente en DI MARCO, *op. cit.*, p. 162 y ss.

1. EL DERECHO COMO PRETENSIÓN

La modernidad axiológica ha supuesto un proceso de subjetivación del derecho, abandonando la adecuación del obrar con la finalidad propia del hombre y su concreción prudencial. Esto podría resultar abusivo si no se procede a una explicación. La razón estriba en que durante el periodo de la modernidad fuerte el derecho fue asociado con la voluntad del gobernante, con la espada. Es derecho, pues, la determinación del poder para el asunto determinado, en –aparente– oposición a la noción subjetiva propia de la posmodernidad.

No obstante, un análisis más detenido nos coloca ante un proceso más complejo: la subjetivación del derecho como voluntad con cambios en el ejercicio de su titularidad. Así las cosas, durante la “modernidad fuerte” es la voluntad subjetiva del Estado la que se identifica con el derecho. Pero ya aquí encontramos una primera subjetivación, debido a que escondida tras el ropaje del bien público, este en realidad se concreta en el bien de una persona concreta, la *persona civitatis*. La naturaleza antipolítica del Estado implica que, pese a sus pretensiones de representación colectivas, no se trata sino de una técnica cualificada de poder encarnada en el gobernante o gobernantes que plasman su voluntad al resto de gobernados; voluntad confundida con el derecho que, al venir asociada al poder –confundido con la política–, se tiende a asociar con la espada. Pero, como decimos, la espada implica ya una subjetivación, pues es de igual forma un abandono del orden moral, del que participa el orden jurídico.

Según el análisis que venimos desarrollando, la posmodernidad operó de manera radicalizadora de estos “principios”, entendiendo que la subjetivación había de concederse a la totalidad de los sujetos o individuos. Se pasa, por ello, al derecho entendido como pretensión de la voluntad, cualquier voluntad, que debido a débil condición individual requiere de la asistencia del Estado para su efectividad.

La concepción posmoderna de los derechos humanos nos ha conducido al imperio de los “derechos”²¹. La radicalización posmoderna no exime al asunto de las carencias que ya poseía según los prismas de la modernidad teórica, puesto que la voluntad, del Estado o del individuo, carece de capacidad para legitimar o determinar el derecho²². No parece, por el contrario, constituir

²¹ Norberto BOBBIO, *El tiempo de los derechos*.

²² CASTELLANO, *El derecho...*, op. cit., p. 173: “El poder, ningún poder en cuanto tal, tiene la posibilidad de constituir el derecho, ni siquiera el subjetivo. Preguntémosnos ahora: ¿puede el poder dejar en nada el deber y las obligaciones, en particular las naturales? La respuesta, obviamente, es negativa: al igual que no puede constituir la justicia y las obligaciones estrictamente ligadas a ella, tampoco puede el poder hacer vana la justicia ni exponer las obligacio-

esto un obstáculo a los paladines de los “derechos” y su hegemonía contemporánea, solo que estos constituyan canales de realización de la voluntad de los sujetos. Así, señala Norberto Bobbio:

“hasta ahora lo único que puede decirse es que son expresiones de aspiraciones ideales a las que dar el nombre de ‘derechos’ sirve únicamente para atribuirles un título de nobleza. Proclamar el derecho de los individuos de cualquier parte del mundo (los derechos humanos son de por sí universales) a vivir en un ambiente no contaminado no quiere decir otra cosa que expresar la aspiración a obtener una legislación futura que imponga límites al uso de sustancias contaminantes. Pero una cosa es proclamar este derecho, y otra satisfacerlo efectivamente. El lenguaje de los derechos tiene sin duda una gran función práctica, que es la de dar particular fuerza a las reivindicaciones de los movimientos que exigen para sí y para los demás la satisfacción de nuevas necesidades materiales y morales, pero se convierte en engañosa si oscurece u oculta la diferencia entre el derecho reivindicado y el reconocido y protegido. No se explicaría la contradicción entre la literatura enaltecedora del tiempo de los derechos y la denunciante del conjunto de los ‘sin derechos’. Pero los derechos de los que habla la primera son solamente los preanunciados en las asambleas internacionales y en los congresos, los derechos de los que habla la segunda son los que la gran mayoría de la humanidad no poseen de hecho (aunque sean solemne y repetidamente proclamados)”²³.

La problemática de la subjetivación radicaliza la ausencia de fundamento en los derechos humanos posmodernos, que imperan, sobre todo, condicionamiento al ejercicio de la voluntad. Esta herencia moderna, apuntada por Leo Strauss en los orígenes del racionalismo, plantea la asimilación del derecho a la licencia. Pero no en el sentido liberal decimonónico, o sea, la licencia como ausencia de prohibición, sino en el sentido radicalizado o posmoderno, esto es, la licencia como expresión de la voluntad subjetiva que el Estado garantiza. En este sentido, Álvaro d’Ors²⁴ señalaba la inconsistencia de la lógica de los derechos, aduciendo que la conexión orden moral-orden jurídico precisa de la determinación de un deber de manera originaria, no de un derecho en clave subjetiva.

Quizá sea Michel Villey el autor cuya crítica al concepto de derecho subjetivo es más conocida. Y no por ello menos matizable, ya que, si bien es

nes a la discrecionalidad arbitraria del sujeto, al consenso mayoritario contingente o a las opciones del Estado. Pues las obligaciones no obligarían en estos casos: el *dominus* de la obligación sería respectivamente el sujeto individual, un conjunto de individuos que se reconocen en la mayoría o el Estado”.

²³ BOBBIO, *op. cit.*, p. 22.

²⁴ Álvaro d’ORS, *Derecho y sentido común. Siete lecciones de derecho natural como límite del derecho positivo*, pp. 17-18.

cierto que es indudable la herencia gnóstica-protestante de la concepción liberal, no es menos cierto que la determinación de la cosa justa concede el título originario “natural” del sujeto en cuanto sujeto a ser respetado como tal. De este derecho originario deriva el eventual derecho a la *vindicatio*, esto es, el derecho a reclamar el restablecimiento del orden justo violado. El derecho subjetivo a la *vindicatio* tiene, por ende, una función restauradora del deber incumplido y, por tanto, reclama el cumplimiento de las obligaciones que no se honraron²⁵. No obstante, es innegable que la carga que el derecho subjetivo arrastra desde la modernidad no tiene nada que ver con esta concepción clásica²⁶, sino con la noción negativa de exigencia volitiva propia del racionalismo. Línea también apuntada por Álvaro d’Ors, que sostiene:

“el uso de ‘sujeto’ en lugar de ‘persona’ ha llevado a hablar de los derechos ‘subjetivos’, como si hubiera derechos no atribuibles a personas; pero se hace así para distinguir el ‘Derecho objetivo’ (con mayúscula), que es el criterio establecido para juzgar los conflictos jurídicos, y el ‘derecho subjetivo’ (con minúscula), que es la facultad que aquel criterio objetivo viene a atribuir a una determinada persona. La sustitución del término moral ‘persona’ por el abstracto de ‘sujeto’ obedece a una tendencia racionalista. Esta distinción racionalista, favorecida por el subjetivismo de los autores protestantes, no es imprescindible para entender el derecho como criterio decisivo de conflictos patrimoniales, del que no pueden separarse las consecuencias para las personas que intervienen en ellos: lo objetivo es siempre primario respecto a lo ‘subjetivo’, que no se puede concebir sin el criterio objetivo. Por eso, no ha faltado quien, prescindiendo de la naturalidad personal de los ‘sujetos’, haya llegado a reducir éstos a una mera referencia legal: como ‘puntos de imputación’ establecidos por el derecho objetivo”²⁷.

Sea como fuere, podemos convenir en que nos encontramos con un término de honda herencia racionalista, pese a acepciones aceptables, que encontró su cénit en la ideología de los derechos humanos y que, en el proceso radicalizador posmoderno, ha participado de la aceleración de sus postulados. En consecuencia, los Estados y sus ordenamientos encuentran hoy

²⁵ CASTELLANO, *El derecho...*, op. cit., p. 168. El propio autor señala a Cornelio Fabro como uno de los autores del pensamiento clásico cristiano más agudos en la reflexión del asunto. “Demostró, afirma Castellano, que el sujeto no es sinónimo de subjetivismo y que la exaltación del sujeto en la modernidad representa en cambio su disolución”. *Ibid.*

²⁶ Así lo afirma Michel VILLEY, *El derecho y los derechos del hombre*, p. 85 y ss. y, especialmente, en Michel VILLEY, *Estudios en torno a la noción de derecho subjetivo*, p. 25 y ss., donde afirma la noción de Hugo Grocio: “*ius est qualitas moralis personae competens ad aliquid iuste habendum vel agendum*” como origen del término, dedicándose en las páginas posteriores a rechazar la posibilidad de encontrar precedentes homologables en el pensamiento clásico, específicamente romano.

²⁷ Álvaro d’ORS, *Nueva introducción al estudio del derecho*, pp. 26-27.

su “fundamento” en la garantía directa de la libertad negativa –como dijimos– y, por ello, en la plasmación de un listado de licencias que respondan a la efectividad de la voluntad de los sujetos.

Las diversas “olas” de derechos humanos, en especial las últimas, evidencian este proceso. Los derechos sociales, por ejemplo, o de segunda generación, amplían la autonomía de la voluntad liberal al plano económico, tradicionalmente marginado por la oligarquía burguesa durante el siglo XIX y principios del XX. Por su parte, los derechos de tercera generación predicen no ya la no injerencia del Estado en la autonomía de la voluntad, como los primeros, sino la prestación de las ayudas precisas para la efectividad de dicha autonomía, con las implicaciones internacionales respectivas, en tanto constituye la legitimación del Estado y, también, del ordenamiento. Sobre esto último, hay que atender a que los derechos nuevos más conflictivos se enuncian y se desarrollan de modo preferente a través del denominado *soft law* internacional, que emana de los organismos supranacionales, paneuropeos, iberoamericanos o panafricanos (declaraciones, directivas, resoluciones, reglas, cartas, recomendaciones, dictámenes, mandatos, etc.). Aquí se encuentran las “fábricas” más dinámicas para su producción. Hay materias en las que existe un amplio desenvolvimiento, como los llamados “derechos sexuales y reproductivos” o los “derechos de género” o los nuevos derechos de la tierra. Se listan derechos (y se imponen obligaciones) de manera bastante discrecional, de acuerdo con particulares intereses ideológicos o económicos”²⁸.

Así, los ordenamientos comienzan a experimentar un proceso de contracciones y mutaciones que los fuerzan a dar cabida a la cada vez mayor lista de pretensiones y caprichos exigidos por la autonomía individual de los grupos. Los Estados, bien a través de sus relaciones internacionales por organismos *ad hoc*, bien internamente con la presión de grupos y *lobbies*, se disuelven y reducen a ejecutores de tales exigencias en un proceso de ahonda la disolución. Veamos a continuación algunas concreciones.

2. LOS DERECHOS HUMANOS CONTRA EL ORDEN Y EL ORDENAMIENTO

La naturaleza moderna de los derechos humanos y su incidencia en el plano jurídico implicó el abandono del orden moral como criterio de legitimación, sustituido por la efectividad de la voluntad del Estado, a través de la soberanía. De tal manera, el orden fue paso a paso sustituido por el ordenamiento, esto es, el conjunto de normas nacidas de la voluntad del soberano. La obsesión racionalista focalizó sus esfuerzos en lograr un ordenamiento que fuese capaz

²⁸ ALVEAR, *Los nuevos...*, op. cit., pp. 27-28.

de integrar en sí la totalidad de la realidad, al son del *cogito* cartesiano. La culminación de este proceso la realizó el idealismo, que mimetizó lo real con lo efectivo y trató de ver en el sistema y su efectividad la fuente de toda legitimidad.

En el plano jurídico, la ideología positivista se lanzó en la construcción de ordenamientos y códigos que tratasen de ser lo más exhaustivos posibles. La supresión de los usos y costumbres jurídicos por normas ideales nacidas del poder latía como médula espinal del proceso, dando lugar a Estados con ordenamientos cada vez más complejos.

Los derechos humanos, en esta primera fase, eran concebidos como una parte dogmática y tendencial del ordenamiento. Constituían elementos de inspiración para el poder legislativo, a través de su inclusión en los textos constitucionales. No obstante, habría que esperar a entender la Constitución en un sentido de primacía del ordenamiento, de cima de la pirámide que diría Hans Kelsen, más que como texto orientativo.

La posmodernidad, al trasladar el ejercicio de la soberanía al individuo, supuso cambios notables. En primer lugar, hemos de reparar en que los derechos son ahora concebidos como la plasmación de las garantías del ejercicio efectivo de la voluntad de los gobernados. En este sentido, la función del ordenamiento es la satisfacción de los deseos y apetencias del individuo, lo que favorecerá un doble proceso de disolución.

Por un lado, la tendencia holística de los ordenamientos decimonónicos plantea serias limitaciones; pero no respecto del orden moral natural, sino desde la necesaria especialidad que requiere el cumplimiento de cualquier voluntad por el hecho de serlo. De esta forma, el propio ordenamiento—instrumento moderno antijurídico—acaba tornándose en lastre por sus dimensiones megálíticas, optándose por la proliferación normativa cada vez más selvática que regule el ejercicio de la libertad en cada caso concreto. Surge, así, una generación de normas cada vez más especiales e invasivas que comienzan con regulaciones exhaustivas, pero no, como en la época codificadora, sobre textos abstractos, sino sobre realidades concretas, tales como el tabaquismo o la seguridad vial. Paradoja, por otro lado, de fijar la legitimidad del Estado en la autodeterminación del sujeto, lo que hace que todo sea regulable por el Estado²⁹.

Además, los nuevos derechos entran en las Constituciones con una dogmaticidad efectiva, esto es, los propios textos constitucionales contemplan mecanismos específicos que aseguren el cumplimiento de la libertad negativa que palpita bajo los nuevos derechos. Es el caso, por ejemplo, de la preferencia y la sumariedad (artículo 53 de la Constitución española) en los

²⁹ Es la tenaza posmoderna apuntada en Javier FERNÁNDEZ, "Personalismo y 'derechos humanos'...", *op. cit.*, p. 589 y ss.

procedimientos en relación con los derechos llamados fundamentales por las Constituciones, o los procedimientos de revisión por los tribunales constitucionales.

Por otro lado, existe una tendencia globalista de los nuevos derechos que, a través de organismos internacionales, introducen interferencias en los Estados que, a su juicio, no desarrollan las agendas conformadas según los nuevos derechos.

"Estos derechos —señala Julio Alvear—, aparecen, por tanto, como 'más fuertes' que los derechos constitucionales, pues no imponen los límites que el sistema de derechos establece dentro de un complejo equilibrio de facultades y obligaciones. Los nuevos derechos aparecen 'más fuertes' también por su contenido, dado que los jueces formulan las nuevas libertades como formas derivadas de una autodeterminación que corre por las vías de la incondicionalidad. Emergen, asimismo, más 'fuertes' porque se incoan bajo la presión de influyentes grupos de interés de signo globalista, que no sólo pueden implicar el sacrificio de principios inherentes a las tradiciones constitucionales de los distintos Estados, sino, además, la devaluación o distorsión de las libertades clásicas"³⁰.

Veamos algunos ejemplos.

El caso del aborto es, de nuevo, representativo. La ya citada STC 53/1985 afirma esta transformación posmoderna que vincula al Estado en el ejercicio de la libertad negativa. Así:

"los derechos fundamentales son los componentes estructurales básicos, tanto del conjunto del orden jurídico objetivo como de cada una de las ramas que lo integran, en razón de que son la expresión jurídica de un sistema de valores que, por decisión del constituyente, ha de informar el conjunto de la organización jurídica y política; son, en fin, como dice el art. 10 de la Constitución, el 'fundamento del orden jurídico y de la paz social.

De la significación y finalidades de estos derechos dentro del orden constitucional se desprende que la garantía de su vigencia no puede limitarse a la posibilidad del ejercicio de pretensiones por parte de los individuos, sino que ha de ser asumida también por el Estado. Por consiguiente, de la obligación del sometimiento de todos los poderes a la Constitución no solamente se deduce la obligación negativa del Estado de no lesionar la esfera individual o institucional protegida por los derechos fundamentales, sino también la obligación positiva de contribuir a la efectividad de tales derechos, y de los valores que representan, aun cuando no exista una pretensión subjetiva por parte del ciudadano. Ello obliga especialmente al legislador, quien recibe de los derechos fundamentales 'los impulsos y líneas directivas', obligación que adquiere especial relevancia allí donde un de-

³⁰ ALVEAR, *Los nuevos...*, op. cit., p. 82.

recho o valor fundamental quedaría vacío de no establecerse los supuestos para su defensa”.

Esta asunción, además, sobre el *humus* del positivismo constitucionalista acaba concediendo un poder omnímodo al Estado, que coexiste con su proceso de crisis. La razón es que la multiplicación de tensiones originadas por la libertad liberal radicalizada por la posmodernidad implica la necesidad de un árbitro superior, el Estado. Esta lógica totalitaria posmoderna se desprende del voto particular del magistrado Francisco Tomás y Valiente en el recurso previo de inconstitucionalidad 800/1983, que afirma:

“Nunca he sido un entusiasta de la filosofía de los valores. Tal vez por ello no comparto (y aquí comienzan mis discrepancias) las abundantes consideraciones axiológicas incluidas en los fundamentos 3.º, 4.º y 5.º. Al margen de las imprecisiones o titubeos terminológicos que contienen y que sería prolijo e inútil referir aquí, no encuentro fundamento jurídico-constitucional único pertinente, para afirmar, como se hace, que la vida humana ‘es un valor superior del ordenamiento jurídico constitucional’ (fundamento jurídico 3.º) o ‘un valor fundamental’ (fundamento jurídico 5.º) o ‘un valor central’ (fundamento jurídico 9.º). Que el concepto de persona es el soporte y el *prius* lógico de todo derecho me parece evidente y yo así lo sostengo. Pero esta afirmación no autoriza peligrosas jerarquizaciones axiológicas, ajenas por lo demás al texto de la Constitución, donde, por cierto, en su art. 1.1 se dice que son valores superiores del ordenamiento jurídico la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político: Esos y sólo esos. Frente a tan abstractas consideraciones sobre la vida como valor, llama la atención que en la Sentencia no se formule ninguna sobre el primero de los que la Constitución denomina valores superiores: La libertad. De ahí, de esa omisión, que no olvido, deriva quizá la escasa atención que se presta a los derechos de libertad de la mujer embarazada”.

La misma lógica puede rastrearse en la Ley 4/2023, de 28 de febrero, para la igualdad real y efectiva de las personas trans y para la garantía de los derechos de las personas LGTBI. Según el texto legal, es la autodeterminación y la dignidad de la persona (en sentido personalista)³¹, la que fundamenta la introducción de obligaciones adicionales al Estado, tales como el cambio registral.

“En el ámbito nacional, se afirma en el Preámbulo de la Ley, el artículo 14 de la Constitución Española proclama el derecho a la igualdad de trato y a la no discriminación por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social. Y tal reconocimiento se vincula al artículo 10 de la misma, que establece la dignidad

³¹ FERNÁNDEZ, “El personalismo...”, *op. cit.*, p. 407 y ss.

de la persona y el libre desarrollo de la personalidad como fundamentos del orden político y de la paz social. Además, la Constitución establece en su artículo 9.2 la obligación de los poderes públicos de promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas, y también de remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud”.

Se trata, como leemos, de una radicalización de la autonomía de la voluntad liberal. Los nuevos derechos constituyen, así, un elemento disolvente de un mecanismo moderno, el Estado, que se levanta potenciando la lógica de aquel, y que revela su entraña nihilista al suprimir todo soporte una vez que se radicaliza. Además, los restos de orden político que el Estado, a su pesar, custodia, se ven irremediabilmente arrastrados en este proceso de aceleración.

IV. El problema de las “reacciones”

La última parte de nuestro estudio debe tratar sobre las limitaciones que plantean algunas reacciones a la concepción posmoderna de los derechos humanos. El problema sustancial surge de resultados de aplicar conceptos modernos frente a su radicalización posmoderna. Nos encontramos ante una inconsistencia en el enfrentamiento del fenómeno, al pretender que los “principios” fundantes del problema constituyan –de manera ilógica– su solución.

1. ¿LOS DERECHOS HUMANOS CONTRA LOS “NUEVOS DERECHOS”?

Quizá la mayor de estas reacciones incoherentes sería el desdoblamiento del concepto de derechos humanos. Estarían, por un lado, los “sanos” derechos humanos, o sea, los nacidos de las revoluciones liberales o de primera generación y, por otro lado, los “falsos” derechos humanos, esto es, los amparados bajo la posmodernidad. Es un tema recurrente en el estudio del fenómeno, por lo que seguiremos algún estudio previo³² en el que nos hemos ocupado del asunto.

Algunos autores han pretendido reconciliar esta nueva “metodología” con los principios de la filosofía clásica; así, encontraríamos una autorrealización responsable –dominio de sí–, fruto de la naturaleza racional, que frenaría los excesos de los nuevos derechos, al tiempo de mantener abierto el diálogo con las nuevas corrientes filosóficas nacidas en la modernidad.

³² FERNÁNDEZ, “Personalismo y ‘derechos humanos’...”, *op. cit.*, p. 623 y ss.

Estas tendencias rechazan los nuevos derechos, o derechos de “tercera generación”, incluso, algunos derechos sociales justificadores del estatismo, como punto característico. Ahora bien, el rechazo debe leerse desde dos prismas. Por un lado, uno semántico, esto es, una dimensión que rechaza los derechos nuevos por su acepción diferente a la empleada por los autores. Por otro lado, uno ontológico, o sea, una concepción que ve en los nuevos derechos la negación sustantiva del espíritu que animó a los primeros. Analicemos ambos puntos.

Los autores que se esfuerzan en dotar de contenido específico a los derechos humanos, distinguiéndolos de su naturaleza originaria o, si se quiere, realizando lecturas benéficas que con el tiempo se vuelven insostenibles, parten de la autorrealización responsable³³. Los derechos humanos, y la modernidad con ellos, serían un hito en la historia de los hombres que supuso una toma de conciencia del hombre respecto del mundo que le rodea. Este, con la modernidad, abandonaría la inercia perfectiva de la sociedad natural y cristiana para comenzar un proceso de autoconciencia de sí, auténtica enseñanza que le haría comprender la profundidad de su dignidad. Las estructuras medievales, desde este prisma, se tornarían insuficientes para el progreso del hombre, siendo precisa una autonomía creciente en la esfera política y religiosa que le hiciera tomar conciencia de sí. Esta lectura personalista entendería los derechos humanos como un elenco de garantías que permiten al hombre obrar como señor de sí, alcanzando la responsabilidad madura de sus actos, la sana autodeterminación propia del ser adulto. Los derechos humanos, desde este prisma, se tornarían en criterio enjuiciador de la libertad³⁴, confundida con la personalidad y esta con la persona.

Los nuevos derechos representarían un cambio hacia atrás, un abandono de la autonomía necesaria para la responsabilidad, conquistada por la modernidad, y un retorno a la dominación de las pasiones o apetencias más animalescas. De forma que estos personalismos abogan por una restauración de la categoría de derechos humanos acorde con la sana autonomía y la responsabilidad de la acción.

Esta perspectiva es forzada y no alcanza al núcleo del problema³⁵. Primero, la lectura de una sana autonomía, realizada a siglos, vista del proceso que alumbró la modernidad, tiene un aire a cierta declaración de intenciones que, de no responder a la realidad, corre el riesgo de ser ilusa. De hecho, basta

³³ Karol WOJTYLA, *Persona y acción*, capítulo III.

³⁴ Joseph RATZINGER, *El elogio de la conciencia. La verdad interrogada por la razón*, p. 64. Esquema que ya aparece en otros personalistas, especialmente en Jacques Maritain.

³⁵ Para un análisis desarrollado, véase Miguel AYUSO, “Hacia un balance: realidad y perspectiva de los derechos humanos”.

analizar los siglos modernos para confirmar que el ánimo de la responsabilidad del yo en la configuración –perfectiva si se quiere– de uno mismo es ajena a la emancipación moderna de la civilización cristiana; más que tales lecturas, los hechos apuntan más hacia el poderío económico, la autonomía –anarquía– moral y el indiferentismo religioso como síntomas de la rebelión del hombre contra el orden de las cosas. Da, más bien, la sensación de que dichas interpretaciones pretenden una relectura forzada de la modernidad triunfante –aunque sería discutible porque los autores coexisten con los inicios de la disolución de la modernidad en la posmodernidad– con la finalidad de llegar a puntos de acuerdo que pongan fin a la fatigosa empresa de oposición a la modernidad.

En otro orden de cosas, encontramos el rechazo a los derechos nuevos como opuestos a los primeros derechos humanos, esto es, el prisma ontológico al que hacíamos referencia. Esta objeción puede darse por respondida en la segunda parte de nuestro análisis, donde hemos pretendido mostrar la continuidad de los derechos humanos en todas sus fases, animados por las exigencias efectivas de la libertad “negativa”, por lo que, sobre esta cuestión, baste.

Un buen resumen, que sintetiza el núcleo del asunto, es el que aporta el ya citado estudio de Julio Alvear, donde afirma:

“Y es que, en rigor, el discurso de los derechos humanos es heredero de las revoluciones modernas, de su horizonte interpretativo y de su sustrato filosófico. Algunos derechos pueden ser interpretados sus trayéndolos a su hermenéutica revolucionaria, pero todo el peso de su inspiración originaria, que se ha ido radicalizando a través del tiempo, los hipoteca de un modo casi universal. La misma manera en que se consagran, con la técnica de los derechos subjetivos, en un lenguaje declamatorio y abstracto, es síntoma de esa hipoteca y permite a los intérpretes superar fácilmente la aparente neutralidad de algunas formulaciones en pro del modelo artificial de ser humano que funda las cartas de derechos de finales del siglo XVIII. Ese hito prefigura todo el desarrollo sucesivo de la teoría de los derechos humanos hasta los tiempos presentes. Tras la utopía bicéfala de la ‘Libertad’ y la ‘Igualdad’ (en mayúscula), la teoría de los derechos humanos se vuelve funcional a los proyectos políticos totalizantes (luego disgregadores) de la modernidad, que erosionan los lazos humanos, acaban con las autoridades naturales, derogan las reglas implícitas sobre las que se edifican las sociedades, ofenden el orden natural”³⁶.

³⁶ ALVEAR, *Los nuevos...*, op. cit., p. 86.

2. ¿LA SOBERANÍA CONTRA EL GLOBALISMO DE LOS “DERECHOS”?

Además de la “reacción” previa, existe otra de no menor importancia. Quizá más palpable que la primera, porque mientras esta se mueve en planos más intelectuales, parece que la segunda cobra fuerza como articulación política. En efecto, ante los avances de globalización inspirados por los derechos posmodernos, *rectius* por los derechos humanos radicalizados por la posmodernidad, surgen reacciones que invocan la soberanía de los Estados como límite a la agenda de los organismos internacionales. Esta tendencia occidental, tanto continental como americana, arroja esperanzas a los críticos con los derechos posmodernos, creyendo ver en la soberanía el medio de combate idóneo para la expansión de los derechos “nuevos”.

Sin embargo, ya adelantamos al comienzo del epígrafe que nos encontramos ante una ilusión. Y no porque no puedan producirse frenos concretos o accidentales, sino porque la invocación de la soberanía representa una consolidación sustancial de los principios del racionalismo político, que comparten tanto el fenómeno a combatir como su contrario.

La soberanía es una falsificación racionalista de la realeza de la política. La segunda presupone el orden natural, expresión de la ordenación de fines en la realidad en la que el orden político representa el acabamiento del orden moral, como señala Aristóteles al referir la naturaleza política de la ética. Por el contrario, la soberanía se asienta sobre el culto a la efectividad que tiene el racionalismo como base, y que el idealismo radicalizó en su fase hegeliana. La negación de cognoscibilidad de la naturaleza suprime de manera incontestable la causa formal y final de la experiencia político-jurídica, quedando las causas material y eficiente sin orden cualificador. De ahí que nos encontremos con una realidad material cuya única cualificación es la fuerza de la voluntad, aquella que no depende más que de la espada. En otras palabras, es la política reducida a poder desnudo o carente de toda cualificación.

El Estado como falsificación racionalista de la comunidad política responde a la primera falsificación, a la política reducida a puro poder. Tal es la razón por la que se afirma en la llamada “teoría del Estado” la soberanía como atributo sustantivo del Estado. Este es, por ello, soberano, o sea, su poder no encuentra cualificación fuera de su propia efectividad; es causa y fin de sí mismo, según la ideología soberanista.

Descubrimos, así, una falsificación sustantiva del orden político. De hecho, las decisiones concretas que pudieran coincidir con el orden moral lo hacen *per accidens*, en virtud de que no se fundamentan en la participación de toda acción en dicho orden, sino en la voluntad soberana del Estado, sin

más causa que sí. Por ello, muchas de las decisiones fundadas en la soberanía de los Estados no tienen justificación en ellas, pues el poder por sí mismo carece de capacidad de legitimación. Como mucho se limitan a cuestiones de inercia sociológica, “nosotros aquí lo hacemos así”, pero no por su adecuación con el orden moral, sino por decisión volitiva –carente de fundamento *per se*–. Sobre ello ha tratado Danilo Castellano, quien denuncia esta lógica que, aunque referida al comunitarismo en muchos de sus textos, es extensible al Estado soberano en el caso de que obrase de acuerdo al razonamiento que venimos analizando.

“Está claro que la justificación –afirma el maestro friulano– aunque se presente sólo como argumentación entendida en el sentido hasta ahora apuntado, es absolutamente interna al sistema. Nunca es justificación del sistema, sea éste una doctrina filosófica o ética, sea un ordenamiento jurídico. Desde este punto de vista resulta ejemplar, por ejemplo, el sistema hegeliano: Hegel procede con una lógica férrea en la argumentación. No da, sin embargo, razones de la opción inicial, de la que arranca ‘su’ filosofía, que por eso es ‘suya’ y no filosofía en sí y por sí. Aunque menos coherentes y menos férreas desde el ángulo lógico, repiten el error hegeliano algunas teorías políticas norteamericanas contemporáneas: diversos comunitaristas que parten del ‘nosotros aquí lo hacemos así’, esto es, de una opción levantada sociológicamente, no ofrecen las razones por las que una praxis identitaria deba considerarse válida y, por ello, idónea para pretender que todos ‘lo hagan así’. También en este caso el orden es exclusivamente un orden preferencial, elegido por un grupo social, que pretende ser normativo sobre la base de una opción de hecho de la que no se da justificación fundante. Además, incluso las “morales provisionales” teorizadas en el pasado (por Descartes por ejemplo) eran o declaraciones abiertas de impotencia o astucias de mercaderes: llevaban a la aceptación de un orden ético para el que se podían encontrar mil razones de oportunidad pero ni un solo argumento verdaderamente fundante”³⁷.

Esta problemática lastra a todas las realidades nacidas al calor de la soberanía. El nacionalismo, por poner un ejemplo significativo, no escapa al problema, debido a que la nación, entendida en sentido político, es la expresión subjetiva de la voluntad que encarna la soberanía o, en otras palabras, el sujeto del Estado³⁸. Lo cual es, por cierto, una falsedad que responde a una ficción: ficción de poder absoluto (soberanía) que precisa de un sujeto que

³⁷ Danilo CASTELLANO, *Orden ético y derecho*, pp. 19-20.

³⁸ Aunque de manera incoherente, pues los principios racionalistas de tendencia universal se aplicaron sobre determinadas comunidades políticas, tal y como señala Rafael GAMBRA, *Eso que llaman Estado*, p. 181.

la justifique (nación³⁹). De ahí que la invocación nacionalista como freno a la globalización pilotada por la radicalización posmoderna de los derechos humanos sea, en realidad, la invocación de la soberanía del Estado sobre injerencias externas; principio –debe decirse– que carece de fundamento desde el orden moral, en cuanto la violación del orden, operada por una comunidad no tiene, *per se*, “derecho” a la autonomía, más bien puede llegar a constituir *iniuria* –según los clásicos⁴⁰– o título de legitimación de guerra justa.

La soberanía, como dique de contención de los nuevos derechos, es una ilusión, en el sentido en que estos representan la subjetivación individual de sus postulados, la exigencia de un poder que se justifica por su efectividad y sin más principio que sí mismo. Lo sintetiza, y con ello cerramos el sumario, Danilo Castellano:

“La autoridad, en efecto, ha sido sustituida por la soberanía, entendida como supremacía. El poder soberano es considerado legítimo –como se ha apuntado– en cuanto poder efectivo, que –por ello– puede ser irracional en sí y en sus manifestaciones, o en sus imposiciones. Es una ingenuidad, por tanto, entender que el ordenamiento jurídico producido por él sea necesariamente racional. La racionalidad del ordenamiento producto de la soberanía, en efecto, ha planteado desde el origen por lo menos dos problemas que permanecen sin resolver. El primero procede del hecho de que el soberano puede cambiar de opinión imponiendo por norma su voluntad (haciendo, así, absolutamente incierta la certeza del derecho perseguida por la modernidad, a través sobre todo del positivismo jurídico). Todavía hoy se enseña que *lex posterior derogat priori*, subrayando así que la racio-

³⁹ De ahí su tendencia a la exclusividad. Álvaro D'ORS, *Ensayos de teoría política*, p. 269: “La Nación rompe con el pasado y con el porvenir. ‘Nación’ no es más que un cómodo eufemismo para designar la masa de población actualmente súbdita del Estado; en esa masa de cada día se quiere hacer residir la soberanía; en su voluntad o capricho de cada día. La Nación es así la negación de la continuidad y de las verdades absolutas. El pensamiento tradicional es incompatible con el nacionalismo; frente al concepto revolucionario de ‘Nación’ contraponen el de ‘patria’. La patria nada tiene que ver con el Estado, y por eso tenemos patrias grandes y patrias chicas. La patria es una comunidad histórica con los antepasados y con los descendientes, es una comunidad de engendrados legítimos, una comunidad de padres y de hijos, una gran familia, independiente del Estado, sea cual sea, anterior en su origen y superior a él. En la patria, a diferencia de la Nación, no caben incompatibilidades ni exclusivismos”. No se trata de una distinción semántica, pues también se han podido rastrear significados revolucionarios de “patria”; hemos de ver en ello la línea divisoria del racionalismo político encarnado en el principio de soberanía frente a la realeza de la política, que afirma el gobierno como exigencia de la naturaleza humana para su perfección. Remitimos para todo ello a Miguel AYUSO, *El Estado en su laberinto. Las transformaciones de la política contemporánea*, p. 15 y ss.

⁴⁰ Javier FERNÁNDEZ, “El concepto de ley natural en la *Relección del derecho de guerra* de Francisco de Vitoria”, p. 113 y ss.

nalidad del ordenamiento se construye sobre presupuestos contingentes y efectivos del mandato soberano. El segundo problema viene de la total ausencia de un punto de Arquímedes del ordenamiento distinto del poder. El poder, sin embargo, como sostiene incluso Rousseau, no puede ser el fundamento del derecho, ni siquiera –debe añadirse y subrayarse– poder del número de la democracia moderna: el consenso, en efecto, entendido como adhesión sin argumentos a un proyecto cualquiera –como se ha dicho– es la otra cara de la moneda de la teoría que considera al poder como fuente del derecho y como presupuesto de la legitimidad del poder político o, en verdad, de la autoridad. Por esto, tanto el poder político como el ordenamiento jurídico, que es su instrumento, requieren ser justificados en su obligatoriedad (no sólo, pues, en su ejercicio funcional a cualquier fin). En otras palabras, postulan (en el sentido de que exigen) que la legitimidad sea de mostrada y no sólo presupuesta. La exigencia se hace más fuerte cuando desaparece la confianza en la racionalidad del legislador (requerida, por ejemplo, por el formalismo kelseniano), que no puede sustituirse por la confianza en la racionalidad de la efectividad (Hegel), considerada a partir de algunas condiciones de legitimidad del derecho positivo (Schmitt): tanto la legitimidad formalista como la sociológica nunca ofrecerán respuesta a la cuestión de la legitimidad en sí”⁴¹.

Conclusión

Varias cuestiones podrían extraerse a modo de síntesis de nuestro análisis. Quizá la primera y, a nuestro juicio, más significativa, es la que se refiere a la continuidad entre los derechos humanos y los nuevos derechos. Hemos observado que la radicalización –incluso en aquellos puntos en los que implica un rompimiento de estructuras previas– no responde a una “traición” o falseamiento de los derechos humanos como categoría político-jurídica.

Más aún podría decirse que la concepción posmoderna es el fruto maduro y acabado, por el momento, de la libertad negativa, raíz del liberalismo político-jurídico del que los derechos humanos no son más que expresión coherente. La pretensión, por ello, de dividir la modernidad en salvable-insalvable, asumible-inasumible, de sana-insana, etc., es un idealismo voluntarista. Idealismo porque no pretende reflexionar sobre la realidad de las cosas, sobre el objeto de estudio real, y no sobre el que fabrica la mente del sujeto que conoce. Voluntarista, por otro lado, porque esta maniobra racionalista persigue que la realidad se amolde a nuestros deseos o conveniencias. Pero no. Los derechos humanos son una categoría moderna racionalista anti-

⁴¹ Danilo CASTELLANO, *La tradición política católica frente a las ideologías revolucionarias*, pp. 80-82.

política y antijurídica, y los nuevos derechos participan –de manera radical– de esta naturaleza. Baste.

Bibliografía

- ALVEAR TÉLLEZ, Julio, “El subjetivismo como principio del mal. La esencia de la modernidad en el pensamiento de Danilo Castellano”, en Miguel AYUSO (ed.), *La inteligencia de la política. Un primer homenaje hispánico a Danilo Castellano*, Madrid, Itinerarios, 2015.
- ALVEAR TÉLLEZ, Julio, *Los nuevos derechos humanos: la última degradación del hombre*, Madrid, Marcial Pons, 2025.
- AYUSO, Miguel, “Antimodernidad, modernidad y posmodernidad. Los sedicentes antimodernos hoy”, *Verbo*, n.º 579-580, Madrid, 2019.
- AYUSO, Miguel, *Constitución. El problema y los problemas*, Madrid, Marcial Pons, 2016.
- AYUSO, Miguel, *El Estado en su laberinto. Las transformaciones de la política contemporánea*, Barcelona, Scire, 2011.
- AYUSO, Miguel, *¿El pueblo contra el Estado? Las tensiones entre las formas de gobierno y el Estado*, Madrid, Marcial Pons, 2022.
- AYUSO, Miguel, “Hacia un balance: realidad y perspectiva de los derechos humanos”, en *Verbo*, n.º 613-614, Madrid, 2023.
- AYUSO, Miguel, *La disolución de la política en la era del poshumanismo*, Madrid, Dykinson, 2023.
- Ayuso, Miguel, *La hispanidad como problema. Historia, cultura y política*, Madrid, Consejo de Estudios Hispánicos Felipe II, 2018.
- AYUSO, Miguel, *Las murallas de la ciudad*, Buenos Aires, Nueva Hispanidad, 2001.
- BOBBIO, Norberto, *El tiempo de los derechos*, Madrid, Sistema, 1991.
- CALDERÓN BOUCHET, Rubén, *Sobre las causas del orden político*, Buenos Aires, Nueva Hispanidad, 1976.
- CASTELLANO, Danilo, *Constitución y constitucionalismo*, Madrid, Marcial Pons, 2001.
- CASTELLANO, Danilo, *El derecho entre orden natural y utopía*, Madrid, Marcial Pons, 2022.
- CASTELLANO, Danilo, “¿Es divisible la modernidad?”, en Bernard DUMONT, Miguel AYUSO y Danilo CASTELLANO (eds.), *Iglesia y política. Cambiar de paradigma*, Madrid, Itinerarios, 2013.
- CASTELLANO, Danilo, *La tradición política católica frente a las ideologías revolucionarias*, Madrid, Consejo de Estudios Hispánicos Felipe II, 2019.
- CASTELLANO, Danilo, *Orden ético y derecho*, Madrid, Marcial Pons, 2010.
- CASTELLANO, Danilo, *Política. Claves de lectura*, Madrid, Dykinson, 2020.
- CASTELLANO, Danilo, “¿Qué es el bien común?”, en Miguel AYUSO (ed.), *El bien común. Cuestiones actuales e implicaciones político-jurídicas*, Madrid, Itinerarios, 2013.

- D'ORS, Álvaro, *Derecho y sentido común. Siete lecciones de derecho natural como límite del derecho positivo*, Madrid, Civitas, 1999.
- D'ORS, Álvaro, *Ensayos de teoría política*, Pamplona, EUNSA, 1979.
- D'ORS, Álvaro, *Nueva introducción al estudio del derecho*, Madrid, Civitas, 1999.
- DI MARCO, Rudi, *Diritto e “nuovi” diritti, L'ordine del diritto e il problema del suo fondamento attraverso la lettura di alcune questioni biogiuridiche*, Torino, Giappichelli, 2021.
- ELÍAS DE TEJADA, Francisco, “Construcción de la paz y asociaciones intermedias”, en AA.VV., *Derecho y paz*, Madrid, CSIC, 1964.
- FERNÁNDEZ SANDOVAL, Javier, “El concepto de ley natural en la *Relección del derecho de guerra* de Francisco de Vitoria”, en *Revista de Derecho Público Iberoamericano*, n.º 25, Santiago, 2024.
- FERNÁNDEZ SANDOVAL, Javier, “El personalismo. Implicaciones jurídicas”, en *Verbo*, n.º 625-626, Madrid, 2024.
- FERNÁNDEZ SANDOVAL, Javier, “Personalismo y derecho político. Nexos y causas de una tendencia disolvente”, en *Verbo*, n.º 31-32, Madrid, 2025.
- FERNÁNDEZ SANDOVAL, Javier, “Personalismo y ‘derechos humanos’. Una imbricación indisoluble”, en *Verbo*, n.º 627-628, Madrid, 2024.
- LAÍN ENTRALGO, Pedro, *España como problema*, Madrid, Escelicer, 1949.
- GAMBRA, Rafael, *Eso que llaman Estado*, Madrid, Montejurra, 1958.
- MADIRAN, Jean, *Después de la Revolución de 1968*, Buenos Aires, Areté, 1968.
- MOLNAR, Thomas, *El modelo desfigurado. Los Estados Unidos desde Tocqueville a nuestros días*, México, FCE, 1980.
- MOLNAR, Thomas, *La autoridad y sus enemigos*, San José, Universidad Autónoma de Centro América, 1986.
- OUSSET, Jean, “Los acontecimientos de mayo-junio de 1968”, en *Verbo*, n.º 67-68, Madrid, 1968.
- SEGOVIA, Juan Fernando, *De la modernidad a la posmodernidad. Una visión católica*, Madrid, Consejo de Estudios Hispánicos Felipe II, 2021.
- SEGOVIA, Juan Fernando, *Derechos humanos y constitucionalismo*, Madrid, Marcial Pons, 2004.
- SEGOVIA, Juan Fernando, “La politología o el nihilismo político: teoría y práctica de la antipolítica”, en Miguel AYUSO (ed.), *Racionalidad, orden y verdad del derecho y la política. Estudios en honor de Danilo Castellano*, Madrid, Marcial Pons, 2025.
- SEGOVIA, Juan Fernando, “Las causas del orden político según Rubén Calderón Bouchet o de los fundamentos del pensamiento político tradicional”, *Verbo*, n.º 539-540, Madrid, 2015.
- SEGOVIA, Juan Fernando, *Los derechos humanos. Individualismo, personalismo y anti-naturalismo*, Madrid, Marcial Pons, 2022.
- RATZINGER, Joseph, *El elogio de la conciencia. La verdad interrogada por la razón*, Madrid, Palabra, 2010.

VILLEY, Michel, *El derecho y los derechos del hombre*, Madrid, Marcial Pons, 2019.

VILLEY, Michel, *Estudios en torno a la noción de derecho subjetivo*, Santiago, Universidad Católica de Valparaíso, 1976.

WOJTYLA, Karol, *Persona y acción*, Madrid, Palabra, 2011.

Siglas y abreviaturas

AA.VV.	autores varios
art.	artículo
cfr.	confróntese
CSIC	Consejo Superior de Investigaciones Científicas
ed.	editor
eds.	editores
etc.	etcétera
EUNSA	Ediciones Universidad de Navarra, Sociedad Anónima
FCE	Fondo de Cultura Económica
<i>Ibid.</i>	<i>Ibidem</i>
LGTBI	lesbianas, gays, bisexuales, transgénero e intersexuales
n.º	número
<i>op. cit.</i>	<i>opere citato</i>
p.	página
pp.	páginas
ss.	siguientes
STC	sentencia del Tribunal Constitucional