

La responsabilidad como cara oculta de los derechos humanos

François Ost

Catedrático de Filosofía del Derecho de las Facultés

Universitaires Saint-Louis de Bruselas.

Director de la Academié Européene de Théorie du Droit

Sébastien van Drooghenbroeck

Profesor de las Facultés Universitaires Saint-Louis de Bruselas

Traducción de Isabel Araceli Hoyo Sierra

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.—II. LAS RAZONES DE UNA REPRESIÓN: LOS RETORNOS DE LO REPRIMIDO.—III. RODEO FILOSÓFICO. LA RESPONSABILIDAD, MEDIACIÓN DE LA LIBERTAD Y DEL DEBER.—IV. EL RETORNO AL DERECHO. EL TRABAJO BALDÍO DEL CONVENIO EUROPEO DE LOS DERECHOS HUMANOS.

I. INTRODUCCIÓN

Plantear la cuestión de las responsabilidades, de los deberes y de las obligaciones, confrontándola con la imperiosa exigencia de los derechos del hombre, no es algo que diste hoy en día demasiado de lo que se considera como «políticamente incorrecto». El propósito de esta breve contribución no es otro que el de intentar rescatarla de la represión a la que una cierta Vulgata liberal bienpensante la confina. Para hacerlo, lejos de adoptar una postura ajena a la tradición liberal, vamos a situarnos en su propio centro, demostrando que, tanto desde el punto de vista de las diversas cuestiones de técnica jurídica que aun están a la espera de una teoría, como desde el punto de vista de la

filosofía de las libertades, no podemos pensar sobre los derechos fundamentales sin declarar la existencia de una serie de «obligaciones, deberes, responsabilidades». Nuestra estrategia fundamental va a consistir en la realización de un análisis renovado de la idea de responsabilidad que deberá permitirnos dialectizar, más que confrontar, ley y libertad (II). Este rodeo filosófico nos permitirá, a continuación, un retorno al derecho —el derecho de la Convención Europea de Derechos Humanos—, para mostrar como, esta idea de responsabilidad que abre el cauce a una concepción más acabada y más institucional de las libertades reconocidas, nos sirve para aclarar varias cuestiones cruciales (III). Pero, antes, es preciso que tratemos de dilucidar las razones de la represión de la cuestión de las responsabilidades; que expliquemos, y ello a despecho de nuestra tesis general, por qué nos oponemos a una declaración *jurídica* de los deberes, y que pongamos de relieve los síntomas del retorno al pensamiento jurídico contemporáneo, de los deberes reprimidos, acompañados, en ocasiones, de intentos, más o menos exitosos, de atribuirles un estatuto jurídico satisfactorio (I)

II. LAS RAZONES DE UNA REPRESIÓN: LOS RETORNOS DE LO REPRIMIDO

Sección 1. Un debate abortado

Con la lectura de la reciente Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, proclamada en Niza el 18 de diciembre de 2000, se convencerán de que todavía hoy los derechos y responsabilidades permanecen a la sombra, como si fuesen el rostro oculto y vergonzante, de los derechos del hombre, puesto que la Carta sólo les reserva una línea al final de su Preámbulo; «el disfrute de estos derechos entraña responsabilidades y deberes tanto respecto al otro como respecto a la comunidad humana y a las generaciones futuras».

Varias son las razones que explican esta discreción como una dificultad para abordar de manera franca el tema de las responsabilidades.

La primera razón es el peligro, históricamente verificado, de la recuperación política de los derechos a través de una ideología reaccionaria, es decir, totalitaria. Sólo los individuos que cumplieran con sus deberes hacia la comunidad, que vivieran en armonía con el Estado y su gobierno y compartieran sus valores y códigos culturales verían reconocidas sus libertades¹. Evidentemente, semejante concepción desnaturaliza de manera radical los derechos del hombre despojándoles de su carácter incondicional (su reconocimiento sería en efecto proporcional al mérito de los individuos) y universal (no se trataría ya más que de reconocerlos al miembro de tal comunidad, de tal Estado, de tal etnia, de tal creencia)².

La desconfianza respecto al cerco «político» por parte de los deberes a los derechos podríamos decir que se remonta al origen: y que ya desde las jornadas revolucionarias de agosto de 1789 se manifestó con éxito. El 4 de agosto de 1789, mientras la redacción de *la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano* avanzaba a buen ritmo, el abate Grégoire, apoyado por otros muchos constituyentes conservadores, moderados o salidos de las filas del clero, hizo una vibrante defensa a favor de una declaración correlativa de los deberes: «Para contener a los hombres en los límites de sus derechos resulta esencial que hagamos una declaración de deberes; siempre estamos inclinados a ejercerlos con dominio, siempre estamos dispuestos a expandirlos; en cambio a los deberes los desconocemos, los descuidamos, los olvidamos. Hay que establecer un equilibrio, hay que mostrar al hombre el círculo que él

¹ En este sentido, Y. MADIOT: «La place des devoirs dans une théorie générale des droits de l'homme», en *Pouvoir et liberté, Études offertes à Jacques Mourgeon*, Bruxelles, Bruylant, 1998, pp. 212 y s.; ID *Considérations sur les droits et les devoirs de l'homme*, Bruxelles, Bruylant, 1998, pp. 117 y s.

² P. MEYER-BISCH: «Le devoir de l'homme est sans fin, mais non sans limite», en *Les devoirs de l'homme. De la réciprocité dans les droits de l'homme*, bajo la dir. de P. Meyer-Bisch, Ed. universitaires, Fribourg, Suisse, 1989, p. 69.

puede establecer, y las barreras que pueden y deben detenerle»³. Al término de un animado debate, la proposición fue votada, y finalmente rechazada por una mayoría de 570 votos contra 433. La oposición que acababa de triunfar contra la tesis de los deberes estaba compuesta a su vez por los anticlericales, (de ahí que la proposición de una carta de deberes aparezca como una idea clerical), por los espíritus filosóficos persuadidos de que lo que estaban haciendo era establecer una declaración de los derechos del hombre en el «*estado de naturaleza*» y convencidos, como Mably, de que en ese estado el hombre tan sólo tenía derechos, puesto que los deberes acompañan al establecimiento ulterior del Estado, y de otros, por último, y sin duda la mayoría, que temían simplemente tener que comprometerse en el engranaje del despliegue de los deberes, presentados tradicionalmente en la época (incluso en el artículo sobre el «deber» de la Enciclopedia) conforme a la tripartita clasificación de deberes hacia Dios, deberes hacia nosotros mismos, y deberes hacia los demás hombres⁴: no iba a hacerse una revolución para reestablecer estos tradicionales juramentos.

En lo sucesivo la causa estaba zanjada: los liberales que somos ignorarían en adelante los derechos cuando la cuestión versara sobre derechos fundamentales. O más exactamente: fingirán ignorarlos. Puesto que la propia lectura, incluso sumaria, de la *Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano* del 26 de agosto de 1789 no deja de revelar, al menos por el vacío y en negativo, numerosas alusiones a los deberes. Ya en el Preámbulo se habla de una «declaración que recuerda sin cesar a los miembros del cuerpo social sus derechos y *sus deberes*». Los artículos 4 y 5 fijan los célebres «límites» de la libertad: «Garantizar a los demás miembros de la sociedad el disfrute de estos mismos derechos», «Prohibir las acciones perjudiciales para la sociedad»; sobre esto volveremos. El artículo 7

³ Citado por S. RIALS, *La déclaration des droits de l'homme et du citoyen*, presentada por S. Rials, Paris, Hachette, 1988, p. 163.

⁴ Sobre este debate, cf. S.RIALS: *ibidem* pp. 164-170

obliga al ciudadano llamado o detenido en nombre de la ley «a obedecer al instante», el artículo 13 precisa que «la contribución común al mantenimiento de la fuerza pública y a los gastos de administración resulta indispensable».

En las Constituciones francesas posteriores el tema de los deberes será objeto de flujos y reflujos en función de las mareas ideológicas y de las coyunturas históricas. La Constitución del año I (1793, nunca aplicada) se esfuerza por borrar la alusión a los deberes contenida en el Preámbulo de 1789... en tanto que convierte a la insurrección, en el artículo 35, en «el más indispensable de los deberes». En compensación, la Constitución del 5 Fructidor año III (22 agosto de 1795) contiene una Declaración de derechos y de deberes del hombre y del ciudadano. El Preámbulo de la Constitución del 4 de noviembre de 1848 contiene un artículo VII que dispone: «los ciudadanos deben (...) contribuir al bienestar común ayudándose fraternalmente los unos a los otros»; fórmula que volveremos a encontrar en el Preámbulo del proyecto de la Constitución de 1946, aunque no en su texto definitivo.

La segunda razón por la cual el tema de las obligaciones y de las responsabilidades resulta tan confuso obedece a la existencia por parte de los juristas de una desconfianza muy generalizada respecto al moralismo (entendido como voluntad de hegemonía de la moral sobre otros discursos normativos). Lo problemático aquí no es tanto el aspecto de «alma-bella» (léase sermoneo) de algunas posturas moralizadoras como la radicalidad de las exigencias morales que exponen al propio derecho al peligro de disolverse en la infinitud y en la incondicionalidad del deber ético. Siempre apegados, poco o mucho, a la capacidad sancionadora de una norma (su reconocimiento por los tribunales y, si llega el caso, su ejecución por la fuerza) y siempre preocupados por atenerse a los conceptos operacionales y a unas reglas de comportamiento de contornos bien delimitados, los juristas no pueden hacer otra cosa que desconfiar de los textos excesivamente ambiciosos.

Puesto que, pese a todo, los deberes figuran en las declaraciones de derecho, aunque sólo sea ocupando el incó-

modo estatuto de síntomas de un problemático retorno de lo reprimido, esta cuestión merece ser de nuevo examinada. Avanzaremos ya mucho, al parecer, para clarificar la terminología empleada, sí distinguimos, mejor de lo que generalmente suele hacerse, entre «obligaciones», «deberes» y «responsabilidades». Considerando que una declaración de deberes puede poner las libertades en peligro (como lo atestigua especialmente la experiencia de Vichy), J. Rivero prosigue sin embargo señalando: «la contrapartida de los derechos, desde el punto de vista jurídico, no son los deberes, sino las obligaciones. Enunciar derechos y deberes en el mismo texto puede sembrar dudas sobre el valor jurídico de los derechos, y hacer pensar que, como los deberes, éstos tan sólo conciernen a la ética»⁵. Ya que, si bien la noción de *obligación* es una noción indiscutiblemente jurídica (la contrapartida de los derechos), la noción de *deber*, en revancha, se inclina en dirección de la moral, como lo atestigua el *Vocabulaire juridique* de Gérard Cornu: aunque a menudo utilizado como sinónimo de obligación, el deber designa reglas de conducta de origen legal «que se encuentran teñidas de una coloración moral» (así los deberes del matrimonio)⁶. Al par «obligación, deber», nosotros querríamos, por nuestra parte, añadir un tercer término, el de «responsabilidad» al que, pese a sus numerosos e importantes usos jurídicos, querríamos atraer a la órbita de la ética, ella misma distinguida de la moral. Tendríamos así una serie de tres términos —obligación, deber, responsabilidad— correspondiendo respectivamente, en la terminología ideal que proponemos, al Derecho, a la Moral y a la Ética, aún cuando, claro está, estos tres dominios no estén evidentemente separados los unos de los otros, sino que por el contrario presentan, a semejanza con los círculos secantes, áreas más o menos vastas de recubrimiento. Entenderemos también que desde la obligación hasta la responsabilidad la exigencia normati-

⁵ J. RIVERO: *Les libertés publiques, I. Les droits de l'homme*, Paris, P.U.F., 1987, p. 74.

⁶ G. CORNU: *Vocabulaire juridique*, Paris, P.U.F., 1987, p. 268

va va profundizándose y ensanchándose: si la obligación jurídica resulta sancionable por los tribunales y se sujeta a la coacción pública, el deber moral procede de un sistema de mandatos y de prohibiciones sin duda más amplio, pero sin embargo aun determinado, en tanto que la responsabilidad ética se inscribe en el círculo virtualmente ilimitado e incondicional de los valores que, como veremos, culminan en el reconocimiento de la dignidad de cada hombre. De este modo, vistos en perspectiva, los deberes, y *a fortiori* las responsabilidades sin duda no son susceptibles de una transcripción directa al orden jurídico, lo cual, sin embargo, no significa que no configuren el orden jurídico desde su propio interior conforme a modalidades que tendremos que precisar.

Un tercer motivo contribuye también a borrar de la problemática de los derechos del hombre el tema de los deberes. Se trata esta vez de una razón cuasi-lógica que se apoya en la correlación, que nunca nadie ha criticado, entre el derecho que yo reivindico y la obligación que pesa sobre el otro de respetar mi derecho. O incluso, por dar más de la medida, entre el respeto que yo manifiesto respecto del derecho que otro reivindica, como por mi parte yo se lo reclamo a él. En este caso, el deber no sería otra cosa que la condición racional de efectividad de los derechos proclamados. Como Kelsen escribió: «el derecho del uno no existe más que bajo la hipótesis de la obligación del otro»⁷. Se comprende que, en estas condiciones, la cuestión que planteamos, y el debate que no ha cesado de suscitar, puedan parecer perfectamente inútiles y fuera de lugar: es evidente que los deberes no son olvidados, puesto que son el corolario necesario, la condición refleja de los derechos proclamados. Tal es en particular el sentido que se atribuye al artículo 4 de la Declaración de 1789: «la libertad consiste en hacer todo lo que no perjudica a otro: de tal forma que el ejercicio de los derechos naturales de cada hombre no tiene más límites que aquellos que garantizan

⁷ H. KELSEN: *Théorie pure du droit*, trad. de la 2a éd. por Ch. Eisenmann, Paris, Dalloz, 1962, p. 176.

a los demás miembros de la sociedad el disfrute de estos mismos derechos». De este modo se considera haber resuelto la cuestión de los deberes. Pero, ¿se ha resuelto verdaderamente por ello? Esta será una de las apuestas principales de este breve estudio, la de demostrar que de ningún modo se ha agotado el tema de los deberes y responsabilidades por el procedimiento de reducirlo a los simples «deberes-reflejos» (debería decirse, conforme lo sugiere Rivero, las «obligaciones reflejas») así como demostrar que este reduccionismo lógico es sin lugar a dudas el factor de represión más eficaz en toda esta problemática.

Al menos son tres las razones que de entrada nos conducen a rechazar la teoría de las simples «obligaciones reflejas» (más adelante las expondremos de manera más amplia). Ante todo porque, como trataremos de demostrar, la obligación tan sólo representa una porción del deber que sigue estando todavía del lado de la responsabilidad. En seguida, porque existen algunas obligaciones (deberes, responsabilidades) sin derechos correspondientes: basta con evocar las obligaciones respecto a los animales, el medio ambiente o las generaciones futuras. Más adelante trataremos también de las obligaciones respecto al sistema institucional («las instituciones justas» de las que habla J. Rawls, o la «sociedad libre» de Ch. Taylor) que nos permiten precisamente disfrutar de las libertades y ejercer nuestros derechos: participar en su desarrollo y contribuir a su promoción aparece como la responsabilidad democrática por excelencia. En fin, y sin duda la razón esencial, porque la tesis de la «obligación-refleja», si bien no ignora la indivisibilidad de los derechos y de los deberes, la aprehende tan sólo a través de un prisma individualista que concede de forma unilateral a los derechos la prioridad. Como si los deberes no tuviesen más finalidad que la de garantizar la efectividad de los derechos. Es esta misma concepción individualista la que traduce elocuentemente el adagio: «mi libertad se detiene ahí donde comienza la de otro» (de la cual el artículo 4 de la Declaración de 1789 constituye su traducción jurídica). Como si los hombres fueran mónadas separadas, y en permanente estado

defensivo, cuyas respectivas libertades no pudieran ser otra cosa que rivales virtualmente amenazadores entre sí. Mientras que no se comprenda que nuestra libertad más que aminorarse se «*incrementa*» en proporción con la de los demás, en tanto que no se entienda que el vínculo social lejos de ser un fastidio es la condición que posibilita tanto el desarrollo de mi libertad como el de la del otro, no se podrá hacer otra cosa que desacreditar el tema de los deberes y responsabilidades. La apuesta mayor de este trabajo es la de ver hasta qué punto estamos ligados a la libertad de los otros y la de mostrar cómo precisamente la vocación del derecho no es otra que la de dar cuerpo a esta libertad común: «ligándonos (ob-ligare), la ley, explica P. Meyer-Bisch, “nos hace llevar el peso de una responsabilidad mutua que garantiza la real plenitud de nuestra libertad”»⁸.

En éste sentido, la responsabilidad es verdaderamente la «cara oculta» de los derechos del hombre: no sólo en el sentido reductor y mecánico conforme al cual a cada libertad de un acreedor le correspondería el deber de un deudor, sino en el sentido, infinitamente más rico y complejo, conforme al cual cada libertad constituye un fin en sí mismo, como sí, desde un principio ella hubiera integrado en sí misma algo de la solicitud del otro, como si, lejos de constituirse en atributo a disposición de un sujeto autista, se revelara como una de las facetas de una dignidad compartida, y, por consiguiente, responsable.

Sección 2. ¿Una transcripción jurídica de los deberes?

Las consideraciones precedentes no nos inclinan por ello a desear una positivización jurídica de los deberes. Al igual que no podemos por menos que felicitarnos, sobre los planos ético, simbólico y pedagógico, por disponer de grandes textos destinados a inspirar la acción política (y finalmente la práctica jurídica), como la *Declaración sobre las*

⁸ P. MEYER-BISCH: *op. cit.*, p. 63

responsabilidades de las generaciones presentes hacia las generaciones futuras adoptada por la UNESCO el 12 de noviembre de 1997, los ensayos de transcripción *jurídica* de los deberes no pueden por menos que engendrar escepticismo. Así, por ejemplo, la *Declaración Universal de Responsabilidades Humanas* propuesta en 1998 por L'Inter Action Council⁹ o también la proposición privada elaborada por K. Vasak de una *Declaración universal de los deberes del hombre* que se presenta como la síntesis de los deberes que figuran en las distintas Constituciones y en algunos instrumentos internacionales tales como la *Declaración americana de los derechos y deberes del hombre* (Bogota, 1948)¹⁰. Unas veces los deberes enunciados en los textos son de una generalidad extrema, limitándose a reformular el principio mismo de la obligatoriedad de la ley («toda persona tiene el deber de someterse a la ley y a las demás disposiciones legislativas de las autoridades del país en el que se encuentre»: art. 33 de la *Declaración americana de derechos y deberes del hombre*), lo que, claro está, permite dudar de la utilidad de su consagración. Otras, el carácter discutible del deber conminado desacredita su formulación; como, por ejemplo, el deber «de adquirir por lo menos la instrucción primaria», o el deber «de trabajar en la medida de sus capacidades y posibilidades» de los artículos 3 y 4 del proyecto Vasak. En algunos casos, nos encontramos claramente en la órbita de los deberes morales (como en el artículo 4 de la Declaración del año III: «Nadie es buen ciudadano si no es buen hijo, buen padre, buen hermano, buen amigo, buen esposo»), mientras que, en otros casos, no se hace otra cosa que duplicar las prescripciones, en ocasiones excesivamente técnicas, de la ley positiva (artículo 356 de la Declaración americana: «toda persona tiene el deber de pagar los impuestos fijados por la ley»).

⁹ Para una presentación crítica, cf. E. EIDE: «Human rights require responsibilities and duties», en *Les droits de l'homme à l'aube du XXIe siècle*, Karel Vasak Amicorum Liber, Bruxelles, Bruylant, 1999, pp. 581 y s.

¹⁰ Cf. K. VASAK: «Proposition pour une Déclaration universelle des devoirs de l'homme. Introduction et texte», en *Les devoirs de l'homme*, op. cit., pp. 9 y s.

¿Al anunciar de este modo nuestro escepticismo respecto a la consagración jurídica de los deberes y responsabilidades del hombre, estamos por ello adoptando la postura clásica positivista que entiende que lo jurídico ha de limitarse al realismo de lo practicable dejando para los espíritus especulativos las consideraciones éticas? No es así. Lo que recusamos es el atajo de una declaración que pretendiera poner sobre el mismo plano los derechos y los deberes (no se dice derechos y obligaciones, cuya indivisibilidad ya hemos subrayado), cuando para hacer justicia a la actuación cierta, aunque indirecta, de estos deberes y responsabilidades en el corazón mismo de las cuestiones jurídicas, es la vía larga de una reflexión sobre la responsabilidad y sobre la dignidad la que debemos emprender. Tan sólo este rodeo puede prepararnos, por la dialéctica que introduce entre ley y libertad, para iniciar la inversión precisa de perspectiva que nos permite abandonar el «prisma individualista», del que antes hemos hablado, sin por eso sucumbir en la perspectiva virtualmente liberticida que un punto de vista, ésta vez unilateralmente colectivista o comunitario, entrañaría. Mas, antes de abordar esta reflexión, es preciso todavía rebuscar en la práctica y en la doctrina jurídica contemporáneas los síntomas de la insistencia de estos deberes y responsabilidad por hacerse, pese a todo, valer en la escena jurídica, a despecho del silencio embarazado que generalmente rodea sus manifestaciones.

Section 3. Retornos de lo reprimido

Evocaremos primero, a título indicativo, lo numeroso de las técnicas jurídicas que limitan el ejercicio de los derechos fundamentales en el derecho interno que derivan por ejemplo de las exigencias del orden público por parte de las autoridades de policía local o, en el sistema de la Convención Europea de Derechos Humanos, de la aplicación de las injerencias legales contempladas en los parágrafos 2 de los artículos 8, 9, 10 y 11. Hablamos aquí tan sólo a título indicativo puesto que estos mecanismos no hacen

otra cosa que prolongar los límites ya entrevistados en 1789: «prohibir las acciones perjudiciales para la sociedad» y «limitar» las libertades por la igual libertad del otro. Estamos, en este estadio, al nivel, esencial, pero elemental, de las «obligaciones-reflejas».

Nos encaminamos, en revancha, hacia una concepción más exigente de los deberes y responsabilidades, observando, a la par que muchos otros autores, que la historia de la consagración de los derechos fundamentales —que acostumbramos a escindir en tres generaciones, aun cuando enseguida haya que apresurarse a señalar la indivisibilidad de los mismos— traduce la creciente confirmación de la idea de responsabilidad conforme a un orden calcado de la divisa republicana: libertad (las libertades-francas de la primera generación), igualdad (los derechos-crédito de la segunda generación), fraternidad (los derechos de solidaridad de la tercera generación)¹¹. Mientras que las libertades-francas se acomodan, en lo esencial, a las «obligaciones reflejas», los derechos-crédito implican toda clase de mecanismos de solidaridad a cargo de los poderes públicos e indirectamente del conjunto de la población, en tanto que los derechos de tercera generación podrían ser también presentados como responsabilidades colectivas (respecto de la paz, del patrimonio común de la humanidad, del desarrollo y del medio ambiente); de ahí que ellos confieran, en el mejor de los casos (queremos decir en el caso en el que estos derechos se sustraigan progresivamente de los limbos político-éticos en los que se inscriben todavía para lo esencial), a los individuos funciones o cargas¹². El

¹¹ D. COLARD: «Le principe de l'indivisibilité des droits et des devoirs de l'homme», en *Les devoirs de l'homme*, op. cit., p. 21 y s.; K. VASAK: «Les différentes catégories de droits de l'homme», en *Les dimensions universelles des droits de l'homme*, bajo la dir. de A. Lapeyre, F. de Tinguy y K. Vasak, vol. I, Bruxelles, Bruylant, 18990, pp. 301 y s.; P. MEYER BISCH: «D'une succession de générations à un système des droits humains», en *Les droits de l'homme à l'aube du XXIe siècle*, op. cit., p. 343.

¹² A. YOUSSEFI: «Réflexions sur l'apport de la "troisième génération" des droits de l'homme» en *Les droits de l'homme à l'aube du XXIe siècle*, op. cit., p. 432: «Les droits dans cette optique no sont pas de "droits libérés" ou des "droits-créances", se convierten en "derechos-poderes"»

derecho «a la protección del medio ambiente» (del que el artículo 23 de la Constitución belga dice que no existe sin las «obligaciones correspondientes») se muestra aquí como un ejemplo paradigmático puesto que lejos de conferir a los individuos una prerrogativa exclusiva sobre «una parte» del medio ambiente lo que hace es confiarles la misión colectiva de proteger el patrimonio común medio ambiental¹³. Responsabilidad que se concreta y positiviza con el progresivo reconocimiento a los individuos de un haz de derechos procedimentales: como son el derecho a la información, el derecho a la participación y el derecho a recurrir¹⁴. Es preciso reconocer sin embargo que a excepción de este ejemplo convincente de operacionalización de la solidaridad medioambiental por el cauce de los derechos procedimentales, por regla general las responsabilidades asociadas a los derechos de tercera generación siguen estando muy lejos de una consagración jurídica¹⁵, lo que, evidentemente, apenas contribuye a rescatar a los deberes y responsabilidades del descrédito en el que el pensamiento positivista los encierra.

Un tercer frente abierto por los deberes y responsabilidades con vistas a hacerse reconocer un lugar más significativo en nuestros ordenamientos jurídicos consiste en el debate intercultural en el que la ofensiva es dirigida por los defensores de concepciones sociales no occidentales.

¹³ F. OST: «Un environnement de qualité: droit individuel ou responsabilité collective? en *L'actualité du droit de l'environnement*, Bruxelles, Bruylant, 1995, pp. 23 y s.

¹⁴ Cf. Por ejemplo la Convention européenne sur l'accès à l'information, la participation du public au processus décisionnel et l'accès à la justice en matière d'environnement, firmada en Aarhus en Dinamarca el 25 de junio de 1998, cuyo artículo 1 dispone: «Con el fin de vivir en un entorno apropiado para garantizar su salud y bienestar, cada parte garantiza los derechos de acceso a la información, de participación del público al proceso de decisión y de acceso a la justicia en materia de medioambiente». Para un comentario, cf. M. DEJEANT-PONS: «Le droit de l'homme à l'environnement en tant que droit procédural», en *Droits de l'homme et environnement*, Éditions du Conseil de l'Europe, Strasbourg, 2002, p. 210.

¹⁵ F. SUDRE: *Droit international et droit européen des droits de l'homme*, Paris, P.U.F., 4^e ed., 199, pp. 176 y s.; F. RIGAUX: «Droit international des droits de l'homme», en *J.T.*, 1988, p. 705.

Sabemos que la primacía acordada al individuo y a sus derechos sobre la sociedad y los deberes que ella entraña constituye el centro de esta discusión. En la perspectiva de numerosas sociedades asiáticas o africanas, por ejemplo, la dignidad de los individuos es menos el fruto del ejercicio de unos derechos que estos detentarían a priori como de la correcta asunción de unas responsabilidades, conforme a los códigos comunitarios prevalecientes, por parte de las demás personas. Respondiendo en 1947, a una encuesta de la UNESCO relativa al proyecto de Declaración universal de los derechos del hombre, el Mahatma Gandhi hizo célebre esta respuesta: «All rights to be deserved and preserved came from duty well done»¹⁶. Sabemos hasta qué punto la *Carta Africana de derechos del hombre y de los pueblos* (27 de junio de 1981)¹⁷, así como la *Declaración de deberes fundamentales de los pueblos y de los Estados asiáticos*¹⁸ llevan la marca de esta diferencia de matiz. No es este el lugar para desarrollar los términos de este debate intercultural. Si bien, qué duda cabe de que el propósito que perseguimos de proporcionar a la idea de responsabilidad un estatuto más satisfactorio en el interior mismo de los textos de inspiración «occidental» debería indirectamente de contribuir a la profundización, desde una perspectiva de diálogo cooperativo, de esta discusión.

La propia teoría jurídica, aunque participando en lo esencial de la represión de la cuestión de los deberes (al menos en tanto que asociada a la problemática de los derechos fundamentales), no ha dejado por ello nunca de nutrir una corriente de reflexión minoritaria o marginal que

¹⁶ Citado por E. EIDE: «Human Rights Require Responsibilities and Duties», *op. cit.*, p. 582

¹⁷ Cf. E. R. MBAYA: «Symétrie entre droits et devoirs dans la Charte africaine des droits de l'homme», en *Les devoirs de l'homme, op. cit.*, pp. 35 y s. Anunciando la voluntad de hacerse eco en este texto de las tradiciones históricas y de los valores africanos, los redactores han incluido un conjunto de derechos de los pueblos y de deberes del individuo que refuerzan los valores de solidaridad del grupo y de responsabilidad social del individuo.

¹⁸ Encontraremos amplios extractos en *Les devoirs de l'homme, op. cit.*, pp. 166 y s.

se empeña en mostrar, con más o menos éxito, la finalidad social de los derechos, o al menos de alguno de ellos. En Francia, por ejemplo, Duguit y Josserand sostenían que todos los derechos llamados subjetivos eran «funciones sociales» que los titulares de los mismos debían utilizar conforme a los intereses sociales, y no en su propio interés personal¹⁹. Una tesis parecida fue a menudo sostenida en Alemania y encuentra un eco en el artículo 14 al 2 de la Ley Fundamental: «propiedad obliga. Su uso debe contribuir al mismo tiempo al bien de la colectividad». Negándose, Jean Dabin, a reconocer la existencia de una función social prioritaria en la base de todos los derechos subjetivos (a no ser bajo la forma atenuada de un control marginal del abuso de derecho), sin embargo insistía, tomando el ejemplo del derecho de educación de los niños reconocido a los padres, del derecho de dirección de un jefe de empresa o, incluso, del derecho de voto del elector, en la categoría de «derechos-funciones». En el origen de estos derechos lo que domina es la función o la competencia: en efecto, la prerrogativa es concedida para que la competencia sea ejercida, para que la función sea realizada. Ahora bien, lo que resulta en extremo original es que esta prerrogativa convertida en fin también se analice tanto como una carga (una responsabilidad, un deber) como un derecho. Desde el aspecto de «carga» se impone la idea de que el derecho sirve fundamentalmente a una finalidad altruista: el derecho es instituido y confiado a su titular para beneficio del otro (los niños, la empresa, la colectividad): por lo demás el mal uso de la función podría entrañar su pérdida, como se observa, por ejemplo, en materia de pérdida de la autoridad parental. Pero, el aspecto «derecho-individual» no desaparece por ello, de ahí que se observe a la vez algo así como un «derecho a la investidura» (la carga es normalmente reivindicada como un privilegio por parte de su «beneficiario»), tanto como, para una amplia parte al menos, como un derecho al libre ejercicio

¹⁹ Para una discusión, cf. J. DABIN: *Le droit subjetif*, Paris, Dalloz, 1952, p. 219.

de la función (es decir, una parte importante de poder discrecional en el modo de llevar a cabo su carga)²⁰. Este análisis de los «derechos-funciones» nos será sumamente útil para proseguir nuestro estudio: por una parte, por primera vez se afirma claramente la doble naturaleza de algunas prerrogativas (a la vez cargas y derechos, a la vez misión con finalidad altruista y pertenencia-dominio individual), por otra parte, esta dialéctica va referida a la noción central de competencia, de función o de misión, es decir a uno de los sentidos más medulares del concepto de «responsabilidad», al que precisamente conferimos la tarea de realizar la mediación entre los deberes y las libertades. Lejos de ser opuestos (o asociados como contrarios, lo que viene a ser lo mismo), por primera vez están aquí reunidos los derechos y los deberes como una misma categoría con finalidad mixta.

Es por el camino de una teoría mixta de derechos fundamentales por el que, desde hace mucho tiempo, se ha comprometido asimismo el Tribunal Constitucional Federal de Alemania²¹ granjeándose así numerosas críticas doctrinales, pero teniendo, al menos, el mérito excepcional en la jurisprudencia constitucional y convencional contemporáneas, de haber intentado teorizar sobre la regulación práctica de las libertades por regla general abocada a la improvisación. Sin duda, reconoce el Tribunal, «los derechos fundamentales están ante todo destinados a salvaguardar de las injerencias del poder público la esfera de libertad del individuo; se trata de derechos defensivos contra el Estado»; pero, enseguida añade, «la Ley Fundamental, en la sección consagrada a los derechos fundamentales, ha establecido también un *orden objetivo* de valores (eine objektive Wertordnung), que expresa el reforzamiento de la fuerza jurídica de los derechos fundamentales»²². De este modo, sin negar la aproximación subjetiva y defensiva clásica, El Tribunal in-

²⁰ Para este análisis de «derechos-funciones», cf. J. DABIN: *op. cit.*, pp. 215-236.

²¹ O. JOUANJAN: «La théorie allemande des droits fondamentaux», en *L'actualité juridique. Droit administratif*, 20 de julio-20 de agosto de 1998, pp. 44 y s.

²² Sentencia *Lüth* del 15 de enero de 1958, *BverfGE* 7, 198 (205).

tenta relativizar esta concepción liberal al considerar la existencia de un marco objetivo para las libertades. De este orden objetivo la doctrina da diversas interpretaciones. Tan pronto se insiste sobre «el orden objetivo de valores» como si este estuviese suspendido sobre las libertades individuales (teoría axiológica), como se rempazan las libertades por un marco institucional que orientaría el conjunto de los derechos fundamentales en un sentido funcional (teoría institucional), como, por último, las libertades, y su protección son valoradas conforme a su grado de contribución al refuerzo de la democracia (teoría democrática). Pero, más allá de las variantes y de los matices, cabe encontrar una interpretación común consistente en valorar las libertades como fines al servicio de un objetivo superior al simple interés individual de su titular, se trate de un orden objetivo de valores, de la coherencia institucional o de la vitalidad de la democracia. Sin duda esta concepción ha promovido muchas críticas y suscitado muchos temores; ¿no va a despojar al individuo de su derecho a juzgar sobre su propio derecho? ¿No corremos el riesgo de acomodarnos a los valores dominantes dejando sin protección a las opiniones minoritarias y a los comportamientos marginales? ¿Al transformar a su titular en un funcionario de la institución, no estaremos invirtiendo el espíritu de estos derechos²³? Sea lo que sea de estos temores, no puede negarse que la teoría mixta desarrollada por el Tribunal constitucional federal refuerza ya desde entonces los derechos tal y como anunciaba en su sentencia Lüth: en particular, la afirmación de la dimensión objetiva de los derechos fundamentales ha introducido la obligación del Estado de proteger estos derechos en las relaciones entre particulares, si es necesario con el recurso a la vía penal (efecto llamado de «radiación» de los derechos fundamentales sobre el derecho privado, *Ausstrahlungswirkung*), así como creado la obligación por parte de las jurisdicciones de interpretar las normas de derecho civil que rigen las relaciones entre particulares a la luz de los derechos fundamentales reconocidos por la Ley Fundamental. También son nu-

²³ Sobre estas críticas, cf. O. JOUANJAN: *op. cit.*, pp. 48-49.

merosas las sentencias que invocan la obligación que tiene el conjunto de órganos estatales de proteger el «orden de valores» consagrados por este texto por medio de la adopción de un conjunto de medidas (tanto sustantivas como procedimentales)²⁴.

Pues bien, éste rápido sobrevuelo por la práctica jurídica contemporánea nos proporciona al menos cinco indicios del retorno de los deberes reprimidos, alguno de ellos acompañado del intento de restituirles un status jurídico satisfactorio: hemos puesto de relieve sucesivamente los mecanismos clásicos de limitación de las libertades que se inscriben en la perspectiva de las «obligaciones reflejas», la consideración creciente de la idea de solidaridad que supone la emergencia de los derechos-crédito y los derechos-participación; las interpretaciones no horizontales de los derechos fundamentales, más sensibles a los deberes y a las pertenencias comunitarias; las diversas construcciones teóricas doctrinales relativas a los derechos-funciones concebidos a la par como responsabilidades y como derechos subjetivos; y, por último, la jurisprudencia constitucional alemana afirmando la doble dimensión intrínseca de los derechos fundamentales como «derechos fundamentales» y como «valores o instituciones objetivas».

A causa de este doble status, las ideas de solidaridad y de participación avanzan poco a poco complementando favorablemente el pretendido egoísmo y la soledad del individuo de la teoría liberal original, para la cual la libertad de uno «se detiene» cuando se hace valer la del otro. De este modo, por el cauce paradójico de una teoría de los deberes, una profundización progresiva de la búsqueda de las libertades: la solidaridad sirve en efecto al propósito de proporcionar consistencia a la igualdad de oportunidades, en tanto que la participación viene a garantizar al individuo una cierta capacidad de influir en las orientaciones colectivas de la ciudad.

²⁴ Sobre estos efectos, cf. R. ARNOLD: «Les développements des principes de base des droits fondamentaux par la Cour constitutionnelle allemande», en *Libertés, Mélanges Jaques Robert*, Paris, Monthcrestian, 1998, pp. 472-476.

No obstante, estos diferentes indicios de retorno de lo reprimido que hemos señalado aún siguen estando inconexos, marginados y a menudo fuertemente controvertidos. Es evidente que todavía les falta una teoría de conjunto que permita sostener un paradigma alternativo. ¿Tendría, quizás, más oportunidades de desarrollarse este paradigma partiendo de un pensamiento sobre la responsabilidad?

III. RODEO FILOSÓFICO. LA RESPONSABILIDAD, MEDIACIÓN DE LA LIBERTAD Y DEL DEBER

Formularemos la siguiente hipótesis, la problemática de los deberes en el pensamiento liberal dominante encuentra un tratamiento insatisfactorio porque la cuestión de la relación entre la libertad y la ley en su conjunto está mal planteada. No se tratará pues de contentarse con habilitar junto o al margen de las libertades un lugar para los deberes, es nuestra propia comprensión de la libertad la que deberá ser de nuevo analizada.

Sección 1. La dialéctica entre la libertad y la ley

En la representación dominante todo ocurre como si, a una libertad concebida como un dato, *a priori* y plena, invulnerable e intangible, atributo en suma de un sujeto instituido por sí mismo como tal, obteniendo en el universo externo la esfera de dominio necesaria para su desarrollo, se opusieran, de manera meramente externa, las coacciones sociales, y en particular las leyes y cargas de la vida colectiva como otros tantos límites, léase amenazas para la autonomía de su yo. Este yo moderno es un sí mismo descomprometido o desembarazado (*unencumbered self*)²⁵, un ciudadano de ninguna parte, un ser sin raíces, un individuo pre-social al que se supone el haberse hecho a sí mis-

²⁵ Como lo expresa M. SANDEL: «La République procédurale et le soi désengagé», en *Libéraux et communautariens*, Textos recopilados por A. Berten y al., Paris, P.U.F., 1997, pp. 255 y s.

mo, que entra en sociedad tan sólo si él quiere y en la estricta medida en que él quiere. Su libertad no se concibe por tanto más que bajo la forma negativa de liberación permanente de cualquier forma de apremio social²⁶. Por el contrario, la ley adopta la forma de un mandato apremiante también dado, *a priori* e intangible, sin que en ella pueda adivinarse la figura solicitante del otro, ni pueda oírse la llamada hacia algo como una común humanidad.

Una representación de la actuación práctica tan reductora no puede por menos que conducir al enfrentamiento de dos mundos heterogéneos, cuyo acoplamiento (ya que al fin y al cabo la vida social, incluso la más individualista, implica un mínimo de articulación entre leyes y libertades) tan sólo puede adoptar la forma de una aproximación puramente externa y formal (como cuando se concede que mi libertad trae aparejada el deber del otro y viceversa, exactamente como yo me veo obligado a detenerme de cuando en cuando ante el semáforo en rojo). Este pensamiento tan dicotómico sólo puede abocar a la afirmación perentoria de la primacía de uno de los dos mundos sobre el otro. En tales condiciones resulta comprensible la reacción del filósofo Emmanuel Levinàs constreñido a oponer, a siglos de afirmación unilateral de la soberanía del sujeto, la afirmación igualmente radical de la prioridad del otro: un otro cuyo simple rostro basta para hacer dudar de mis privilegios de titular de un derecho, imputándome una responsabilidad infinita e incondicional, asignándome una tarea irrecusable a la que todo lo demás: mi libertad, mi razón y hasta mi propio ser están definitivamente subordinados²⁷.

²⁶ En el olvido de la concepción «positivista» de la libertad como auto-realización del individuo en el seno social que la promueve. Sobre ambas concepciones, cf. I. BERLIN: «Deux conceptions de la liberté» en *Eloge de la liberté*. Paris, Calmann-Lévy, 1990, pp. 167 y s.

²⁷ Cf. Especialmente M. BAUM-BOTBOL: «Après vous, Monsieur», en *La responsabilité. La condition de notre humanité*. Revista *Autrement*, série Morales n° 14, Paris, 1994, pp. 51 y s.; E. LEVINÀS: *Étique et infini*, Paris, Fayard, 1982, pp. 104 y s.; ID., *Autrement qu'être ou au-delà de l'essence*, Dordrecht, Éd. Nijhoff, 1978, pp. 201 y s.; ID., *Totalité et infini, essai sur l'exteriorité*, La Haye, Éd Nijhoff, 1961.

Entre, por una parte, esta responsabilidad levinasiana, que hace del sujeto «el secuestro del otro» y parece tetanizar de raíz la reivindicación de la autonomía y, por otra, las aporías de la concepción individualista de la libertad que aprehende al otro como un competidor, o peor, como una amenaza, y en el mejor de los casos como el socio de un acuerdo siempre provisional e interesado, se comprende que se imponga la necesidad de reconsiderar las cosas desde su raíz para intentar rearticular dialécticamente estos hilos artificialmente separados. Sin duda esta ambición sobrepasa con mucho los límites de un breve estudio. Baste con recordar, a título de introducción de este proyecto, algunas de las ideas a menudo demasiado ocultas en este debate. Por ejemplo que, aunque el sujeto se defina por su voluntad de autonomía, por su deseo de desarraigo de cualquier forma de «naturaleza», de «tradición» o de «programa» preestablecido, esta autonomía se acompaña también de una idéntica vulnerabilidad, pues sigue siendo esencialmente una tarea por realizar, un ideal para el horizonte de la acción. Autonomía paradójica por tanto ya que aparece a la vez como el presupuesto de la condición del sujeto y el proyecto que orienta la tarea de su devenir²⁸. Pero la paradoja no es menor por parte de la ley: lejos de reducirse a una especie de necesidad externa, de causalidad fáctica, tan apriorística como implacable (conforme al modelo por ejemplo de la absoluta certeza de que un día moriremos), la ley adopta siempre la forma de una solicitud dirigida a nuestra libertad; por más apremiante que resulte, presupone la posibilidad, para los seres libres que somos, de transgredirla. Dicho de otro modo, nunca existe una ley práctica sin al menos una parte de libre adhesión a la misma. Pero no es sólo por su forma como la ley remite a la libertad del sujeto: por su objeto también —siempre, mucha o poca, la preocupación por el otro— presupone una concepción de lo humano abierta a la alteridad —como sí, en sus carencias de ser, el ser humano

²⁸ P. RICOEUR: «Autonomie et vulnérabilité», en *Le juste*, PARIS, Ed. Esprit, 2001, pp. 85 y s.

descubriera la exigencia de preocuparse por el otro como condición de su propia auto-realización—»²⁹.

Los filósofos intentan mostrar todas las virtualidades de este vínculo entre libertad y ley. En particular Kant, cuando escribía que la libertad era *ratio essendi* de la ley y la ley *ratio cognoscendi* de la libertad³⁰. Nosotros recurriremos a la idea de responsabilidad para desarrollar esta mediación dialéctica entre libertad y deber. El punto de encuentro entre la libertad que, al contacto con la ley, se transforma en autonomía (ley que uno se da a sí mismo), y el de mandato que, dirigido a seres libres, se transforma en exigencia interiorizada, no es otro que el de la idea de responsabilidad.

Sección 2. Fenomenología de la responsabilidad

La etimología del término «responsabilidad» cuyo empleo es reciente en el francés moderno: aparece a mediados del siglo XVIII —nos muestra de entrada la dualidad de su orientación, lo que la predispone de forma natural al papel mediador que vamos a atribuirle—. En un primer examen el término de responsabilidad proviene de «respondere», responder; se hace así valer una estructura de intersubjetividad, la respuesta se dirige a un llamamiento previo. Pero es posible retroceder aun más: encontraremos así, tras *respondere*, el *sponsio*, institución central del derecho romano que apunta al compromiso del deudor (el sponsor). En cuanto al *re-sponsor*, se trata de una fianza por la que, tras un intercambio de palabras, un tercero se obliga a responder por la deuda principal de otro³¹. Esta vez es una postura individual la que se hace valer: la del

²⁹ En este sentido, cf. J. LADRIÈRE: «La responsabilité», en *L'éthique dans l'univers de la rationalité*, Montréal, Catalyses, 1997, p. 154.

³⁰ E. KANT: *Critique de la raison pratique*, trad. par F. Picavet, Paris, P.U.F., 5^e ed., 1966, p. XVII.

³¹ M. VILLEY: «Esquisse historique sur le mot “responsable”», en *Archives de philosophie du droit*, n° 22, 1977, pp. 49 y s; J.-L. GENARD: *La grammaire de la responsabilité*, Paris, Cerf, 1999, p. 32; M. Vacquin, «Préface», en *La responsabilité. La condition de notre humanité*, *op. cit.*, p. 10.

compromiso personal del *sponsor* que «se compromete», asume libremente, una obligación. Estructura de intersubjetividad y postura subjetiva se articulan, pues, íntimamente en la responsabilidad: pues la asunción de la carga (la deuda, la suerte) de otro, es siempre consecuencia de una decisión rigurosamente personal.

El profundo análisis sobre la responsabilidad realizado por J.-L. Genard confirma la existencia de esta dualidad de orientación. La responsabilidad, en efecto, se revela a la par como la «facultad de comenzar» y como la «aptitud para responder». Por un lado la iniciativa del sujeto que se declina en primera persona (polo «yo») y reivindica su capacidad de ser y su aptitud para actuar. Por otro lado, la implicación del sujeto movilizado por la solicitud del otro (polo «tu») respondiendo en lo sucesivo por él.

Interpretar el mundo en términos de responsabilidad, en el primer sentido referido, es decir, relacionar la acción humana con la libre iniciativa del sujeto, fue el resultado de una evolución cultural muy prolongada que culminó en lo que se ha convenido en denominar el «proceso de subjetivación de la modernidad». Para lograr convertir al sujeto en un ser responsable (es decir, en este sentido, en un ser que dispone de una voluntad libre y consciente en el origen de su comportamiento), ha sido preciso ir enterrando progresivamente los sistemas de interpretación del mundo en términos de azar, de influjo astral, de destino, de deshonra, de pecado original e incluso de gracia y de Providencia³². Durante mucho tiempo, en la historia de la civilización (particularmente, tarde todavía en la Edad Media con el sistema de las ordalías y otros «juicios de Dios»), hemos aceptado la imputación de la responsabilidad por sustitución, por contacto pasivo, por pertenencia al mismo grupo que el autor del acto ilícito y por otros tipos de causalidad externa³³. Lo que se hace valer ahora con esta interpretación «responsabilizante» de la acción, es el papel

³² Sobre esta evolución, cf. J.-L. GENARO: *op. cit.*, pp. 21 y s.

³³ M. NEUBERG: v^o «Responsabilité», en *Dictionnaire d'éthique et de philosophie morale*, dir. por De M. Canto-Sperber, Paris, P.U.F., 1996, p. 1309.

primordial de la libertad como condición incondicionada, como espontaneidad radical, como iniciativa originaria, a pesar de que, claro está, siempre es también posible interpretar la acción paralelamente sobre el plano fenoménico, por hablar a la manera de Kant, como la resultante de una serie virtualmente infinita de causalidades externas³⁴. Realizando elecciones cuya paternidad reivindica, el sujeto afirma sus propias capacidades; se presenta él mismo como aquél que puede. Sin embargo, obsérvese bien, él no posee ninguna soberanía sobre esta auto-afirmación originaria: expuesto a la mirada y al reconocimiento del otro, comprometido desde siempre en unas estructuras de interacción y de interlocución de las que, más que creador, es heredero, la autonomía afirmada es también vulnerabilidad, como explica Ricoeur³⁵, e incluso, concedámoselo a Levinàs, «pasividad». Por otro lado, la propia palabra que atestigua y reivindica este poder de actuar está lejos de resultar transparente, como lo demuestran la práctica psicoanalítica y las ciencias humanas en general: sin retornar por ello a los sistemas de interpretación fatalistas, sabemos muy bien que el sujeto a menudo experimenta serias dificultades para desentrañar qué parte ha tenido en el curso de los acontecimientos que le afectan.

De este momento de elección personal, fruto de una voluntad libre, da testimonio el primer sentido de «imputabilidad», término asimismo central para la configuración de la responsabilidad. En un primer momento la imputabilidad no debe ser entendida en su sentido jurídico, severo y represivo, que no es sino un sentido secundario y derivado: hay que situar la acción del sujeto bajo la mirada de la obligación (obligación de reparar el daño y/o la falta cometida; la obligación de conformar su acción a tal o cual norma, cuya violación está sancionada). Si dicha «imputación» resulta posible (demanda de responsabilidad en el sentido de tener que reparar el perjuicio y/o sufrir una pena), es porque en un primer momento se hace valer el

³⁴ L. LADRIÈRE: *La responsabilité*, *op. cit.*, pp. 147-148.

³⁵ P. RICOEUR: «*Autonomie et responsabilité*», *loc. cit.*, pp. 88 y s.

primer sentido, el más esencial, de la responsabilidad: el de cargar una acción (loable o censurable, poco importa) a cuenta de alguien. Imputar una acción a alguien es atribuírsela como autor, ponerla en su cuenta (se encuentra, en numerosas lenguas, esta metáfora contable: «*accountability*», «*Zurechnung*»)³⁶ en una palabra como en ciento: postular en el origen del acto o del comportamiento, la existencia de un agente moral capaz de responder.

Pero este polo subjetivo de la responsabilidad («yo») no debe ocultar el polo intersubjetivo («tu»), que desde el principio coexiste con él, ya que no se trata de la libertad autista y soberana del sujeto robinsoniano, sino, más bien, de la libertad de una persona sumergida en el curso de una interacción.

Es así como, conforme a la lógica de la reversibilidad propia del uso de los pronombres personales, la idea de responsabilidad, concebida en un principio a partir de los recursos de la singularidad personal, viene a simetrizarse: el otro aparece ante mí a su vez como una voluntad autónoma dispuesta a hacer valer sus propias pretensiones. Si bien esta reciprocidad, en este estadio, es todavía únicamente negativa: es otro «yo» el que me obliga a una auto-limitación de mi voluntad —de conformidad con el modelo de los «límites» a los que el artículo 4 de la Declaración de 1789 hace referencia—. La sociedad que produce la adición de estos límites mutuos es una sociedad de coexistencia pacífica, o mejor una sociedad de cooperación puntual y provisional. Ahora bien la interacción social requiere un paso suplementario: profundizar en la responsabilidad bajo la forma, esta vez, de reciprocidad positiva. Ese otro, cuya voluntad autónoma se opondría potencialmente a la mía «viene a aparecer reflexivamente como un fin digno de respeto respecto al cual tengo yo obligaciones que sobrepasan la simple conmutatividad»³⁷.

³⁶ P. RICOEUR: «Le concept de responsabilité. Essai d'analyse sémantique», en *Le juste 1*, Paris. Éd. Esprit, 1995, pp. 44-50.

³⁷ J.-L. GENARD: *op. cit.*, p. 111.

En este punto, el análisis filosófico se acerca a nuestras observaciones anteriores relativas a la responsabilidad como algo más que «obligaciones reflejas». De lo que aquí se trata es de una mutualidad de los reconocimientos recíprocos que nos impide percibir la existencia de las comunidades bajo la forma de obligaciones de las que hay que tratar de zafarse para ser libre, haciéndonos percibir las como un potencial de recursos necesarios para la constitución del sujeto. Se aborda aquí la aptitud ética fundamental que consiste en la capacidad de descentramiento; favorecer la reversibilidad de las posiciones hasta asumir la situación del otro, acercándonos así al sentido etimológico de la responsabilidad como afianzamiento de la deuda de otro. Descentramiento que traduce muy bien la máxima contenida en la regla de oro: «no hagas a otro lo que no desearías que te haga» con tal de que, no obstante, la apartemos de la ramplona y utilitarista lectura del *do ut des* (yo te trato bien hoy para que a su vez tu me trates bien mañana), para comprenderla precisamente en su significado más responsable: yo doy porque ya he recibido³⁸. En tanto que el toma y daca de la primera lectura responde a la lógica contractual propia de las situaciones de simetría y de reciprocidad, al menos aproximativa (se permanece aun en el modelo contractual de los derechos y de sus «obligaciones-reflejas»), la segunda lectura se inscribe en la perspectiva claramente más descentrada de la deuda asumida en unas situaciones (tales como la de las generaciones presentes respecto a las generaciones futuras) cuya asimetría es mucho más radical. En este estadio, el sujeto comprende que su propio acceso a la humanidad pasa por la garantía del acceso de otro a esta misma humanidad. El proceso de individualización que lo hace progresar sobre el cauce de la autonomía es al mismo tiempo un proceso de socialización que lo convierte en un ser más solidario con el colectivo. Sin duda, y por la misma razón, esta responsabilidad, so pena de revelarse como abrumadora, necesi-

³⁸ P. RICOEUR: *Soi-même comme un autre*, Paris. Le Seuil, 1990, pp. 255 y s.

riamente es «diferenciada» en virtud de las posiciones, aptitudes, capacidades y medios de cada uno. Progresando al mismo ritmo que las capacidades (facultad de comenzar»), la «disposición a responder» le es estrictamente correlativa; de este modo se verifica el adagio que tan útil va a revelarse en el estadio de la institucionalización social de las responsabilidades conforme al cual «tanta responsabilidad se tiene como poder».

A lo que aun añadiremos que el concepto de responsabilidad entendido así en su pleno significado entraña igualmente una transformación del significado que se atribuye a la vida colectiva: lejos de reducirse ésta a ser una especie de «club» al que se entra, y del que se sale, libremente, a capricho (para una perspectiva individualista liberal, las obligaciones sociales tan sólo se consienten condicionadamente, en la medida de los intereses de los miembros), la sociedad adopta ahora la forma de una comunidad «constitutiva» respecto a la cual el sujeto es deudor, incluso hasta el punto de incitarle a la libertad que es su bien máspreciado. Si, como pensamos, este argumento se verifica, entonces podemos compartir la tesis de Charles Taylor para quien existe el deber de sostener el tipo de sociedad que nos hace libres —por cuanto tan sólo en una sociedad libre podemos ser libres—. Nuestra pertenencia a esta sociedad deja de estar condicionada, y nuestros derechos, más que aparecer como soberanos, son correlativos de las obligaciones que engendra nuestra participación en dicha sociedad³⁹. Recordaremos este argumento cuando evoquemos más tarde los mecanismos jurídicos de caducidad que se han empleado contra los individuos o los grupos que pretenden dedicarse a actividades liberticidas.

Resumiendo: partiendo de las sugerencias etimológicas del término «responsabilidad» (asumir en primera persona una obligación y responder a un llamamiento), hemos proseguido el análisis de esta idea en dos direcciones que han revelado ser estrictamente correlativas: la facultad de co-

³⁹ Ch. TAYLOR citado por J.-M. FERRY y J. LACROIX: *La pensée politique contemporaine*, Bruxelles, Bruylant, 2000, p. 121.

menzar implicaba la aptitud de responder. Al término del análisis, y con la mediación de la acción responsable, la libertad se ha proyectado como autonomía, en tanto que, a la inversa, el deber adoptaba la forma de un llamamiento a ser libre. Abriéndose paso, este proceso implicaba igualmente la presencia central del otro, no sólo como límite de mi voluntad, sino como condición de acceso a mi propia humanidad. Llegados a este punto habremos dejado de plantearnos la cuestión de averiguar si son los derechos o los deberes los que gozan de prioridad temporal y prevalecen desde el punto de vista axiológico. Derechos y deberes derivan simultáneamente, en efecto, de nuestra condición de seres responsables, de seres llamados a la autonomía.

Quizá de este modo hemos llegado, para iluminar su interior y devolverle una resonancia que la retórica de los derechos del hombre por regla general amortigua, al término de «dignidad» que figura en el frontispicio de los grandes textos contemporáneos relativos a los derechos fundamentales. El primer artículo de la Ley Fundamental alemana se expresa excelentemente a este respecto, puesto que hace derivar los derechos de la dignidad más bien que a la inversa: «la dignidad del ser humano es intangible (...) *En consecuencia* (la cursiva es nuestra), el pueblo alemán reconoce al ser humano unos derechos inviolables»⁴⁰.

Reconozcamos, sin embargo, que el término dignidad con frecuencia suscita la perplejidad de los juristas y es objeto de numerosas interpretaciones erróneas —una vez más las interpretaciones dicotómicas que separan y ope-

⁴⁰ Preferimos esta formulación a la de la *Déclaration universelle des droits de l'homme* del 10 de diciembre de 1948: «Considerando que el reconocimiento de la dignidad inherente a todos los miembros de la familia humana y de sus derechos iguales e inalienables constituye el fundamento de la libertad...» (no nos parece lógico, en efecto, convertir el reconocimiento de los derechos en el fundamento de la libertad). En cuanto al *Pacte international relatif aux droits civils et politiques* del 16 de diciembre de 1966, mantiene la ambigüedad al retomar, en la primera frase de su Preámbulo la misma fórmula que la de la Declaración antes citada de 1948, por más que se la haga seguir de la siguiente frase que suscribimos esta vez totalmente: «reconociendo que estos derechos derivan de la dignidad inherente de la persona humana».

nen, en lugar de reunir y de articular—. Así es como, para unos, la noción de dignidad está exclusivamente de parte de las libertades: J.-P. Théron, por ejemplo, hace de ella «la muralla levantada alrededor del individuo (...) el fundamento mismo de la concepción liberal de los derechos del hombre destinado a protegerle contra los ataques del exterior»⁴¹. Por el contrario, B. Edelman concibe a la dignidad como «fuera del universo de derechos del hombre» para convertirla en el atributo de la humanidad (la cualidad de pertenencia a la humanidad)⁴² —como si el hombre y su libertad no tuvieran relación alguna con la humanidad (y su dignidad)—. Nos aproximaremos en cambio a la verdad colocando a la dignidad, cualidad primera del ser humano, lo que en él llama al respeto, como el origen a la vez de sus derechos y de sus deberes. En este sentido, la dignidad es necesariamente una «dignidad compartida» y, si ella es fuente de derecho, entraña también un deber de dignidad, en la medida en que «cada renuncia individual a su dignidad es soportada por la colectividad entera»⁴³. Recordaremos estas consideraciones cuando más adelante tratemos la delicada problemática de la responsabilidad hacia sí mismo y de la posibilidad o no de renunciar al beneficio de ciertos derechos.

Sin duda es cierto que este ascenso a la dignidad, transitando por el trabajo mediador de la responsabilidad, concebido como la exigencia de un orden de fines a realizar, como llamamiento que se hace valer en el horizonte ideal de la acción⁴⁴, más que en el orden *jurídico* incapaz de contener la dinámica compleja que hemos intentado describir, se inscribe en el orden *ético*. Es bien cierto que el derecho concede un lugar considerable a la cuestión de las responsabilidades: pero todo sucede como sí, introduciendo una

⁴¹ J.-P. THÉRON: «Dignité et libertés. Propos sur une jurisprudence contestable», en *Pouvoir et liberté. Études offertes a Jacques Mourgeon*, *op. cit.*, p. 298.

⁴² B. EDELMAN: «La dignité de la personne humaine, un concept nouveau» en ID, *La personne en danger*, Paris, P.U.F., 1999, p. 507.

⁴³ H. MOUTOUH: «La dignité de la personne humaine, un concept nouveau», en ID., *La personne en danger*, Paris, P.U.F., 1999, p. 507.

⁴⁴ J. LADRIÈRE: «La responsabilité», *loc. cit.*, pp. 161-162.

vez más la unilateralidad en lo que debiera seguir siendo dialéctico, el derecho tan sólo aprehendiera esta responsabilidad bajo el ángulo de la imputación y de la facultad de iniciativa, dejando en la sombra la mayor parte de las implicaciones relativas a la «disposición a responder». Como J.-L. Genard ha escrito, en tanto que el primer modelo (el de la responsabilidad como facultad de comenzar) ha obligado a realizar una profunda reestructuración del sistema jurídico a partir de los derechos subjetivos, el segundo modelo (el de la responsabilidad como facultad de responder) parece haber sido remitido, en lo sustancial, al registro de la moral⁴⁵. En el primer caso, nos encontramos en el dominio, familiar para los juristas, de los compromisos voluntarios que engendran obligaciones «perfectas», propias, como observaba Grotius, de la justicia conmutativa, y susceptibles de ejecución forzosa; en el segundo caso, en revancha, se evoluciona sobre el terreno menos balizado de la donación y de la deuda, generador de las obligaciones «imperfectas», propias de la justicia distributiva, cuya exigibilidad se revela mucho más débil⁴⁶. De ahí la situación de invalidez jurídica en la que buen número de los deberes y de las responsabilidades se encuentran en cuanto rebasamos el terreno bien balizado de las «obligaciones reflejas». Esperamos, no obstante, haber contribuido a aclarar el error que consiste en no recordar más que una de las dos caras de la responsabilidad, a riesgo de desnaturalizar tanto la idea de libertad como la de deber.

Quisiéramos aun, antes de volver al derecho anunciado, precisar dos elementos de esta fenomenología de la responsabilidad: el primero concierne a las dimensiones temporales de la responsabilidad, el segundo a sus objetos de aplicación.

Por lo que concierne a la inscripción temporal de la responsabilidad, el derecho hasta ahora ha primado su dimensión en cierto modo «de pasado»: se trataba, en esencia, de identificar, siguiendo el cauce de los procedimientos

⁴⁵ J.-L. GENARO: *op. cit.*, pp. 141 y s.

⁴⁶ *Ibidem*, pp. 150-151.

institucionalizados, al autor de una falta (o de un daño) ya realizada, de imputarle la responsabilidad y, llegado el caso, de inflingirle una pena o una obligación de repararlo. Pero, como han señalado muy bien H. Jonas y P. Ricoeur en particular, esta concepción represiva y «de pasado» de la responsabilidad no agota su sentido, como particularmente lo demuestran los grandes desafíos ecológicos o demográficos a los que hoy en día se enfrenta la humanidad. Se aplica en estos casos una concepción más movilizadora de la responsabilidad, orientada esta vez hacia el futuro: ser responsable se entiende en estos casos, como lo sugiere el uso común, como la situación de aquél que, independientemente de cualquier idea de falta, asume una carga, hace suya una misión⁴⁷, con lo que nos encontramos de nuevo en torno precisamente del paradigma de la responsabilidad parental, con la idea de «derecho función» que ya antaño avanzaba Jean Dabin (cf. supra). Sabemos como, en derecho del medio ambiente, por ejemplo, esta responsabilidad orientada hacia el futuro se despliega a través de los principios de prevención y de precaución, así como en todo un haz de derechos procedimentales de participación (información, concertación, recursos) de los que ya hemos hablado.

Por último, especificaremos —y esta tipología articulará la tercera parte de este estudio— los tres tipos de objeto de la responsabilidad que cabe identificar: la responsabilidad hacia tal o cual estado de cosas (la preservación de los equilibrios ecológicos, por ejemplo), la responsabilidad hacia otro, y por último, la responsabilidad hacia uno mismo⁴⁸. La responsabilidad hacia una apuesta colectiva

⁴⁷ Sobre esta cuestión, cf. H. JONAS: *Le principe responsabilité*, trad. de J. Greisch, Paris, Le Cerf, 1990; P. RICOEUR: «Postface au temps de la responsabilité», en *Lectures I. Autour du politique*, Paris. Le Seuil, 1991, pp. 270 y s.; F. OST: *La nature hors la lois*, Paris, La Découverte, 1995, pp. 265 y s., cf. también J. LADRIÈRE (*loc. cit.*, p. 150) que observa, en el plano del «Sentimiento subjetivo» de responsabilidad, como la implicación del sujeto adopta la forma de remordimientos (para aquello que es de lo irremediable del pasado), o de solicitud (para lo que es de movilización a venir).

⁴⁸ J. LADRIÈRE: «La responsabilité», *loc. cit.*, pp. 155 y s.

adoptará diversas formas todas ellas conducentes a garantizar la preservación de la vida colectiva y particularmente de sus instituciones. Como el artículo 29 de la *Declaración Universal de Derechos Humanos* dispone: «el individuo tiene deberes hacia la comunidad en la que es posible el libre y pleno desarrollo de su personalidad». Reencontramos aquí una traducción del argumento de Charles Taylor anteriormente evocado: si tan sólo podemos ser libres en el seno de una sociedad libre, entonces tenemos el deber de sostener dicha sociedad. Las instituciones políticas que establecen la participación, así como los derechos procedimentales que las acompañan, representan sin duda la traducción jurídica privilegiada de este primer tipo de responsabilidad.

Por lo que concierne a la responsabilidad con respecto al otro mencionaremos la idea, ya reencontrada, de la solicitud directa y concreta del otro (el tema del «rostro» en Levinàs) dirigida a la singularidad insustituible del sujeto y que presupone su capacidad de descentramiento, como constituyendo la base particularmente de la «regla de oro» de la ética. Los mecanismos jurídicos de solidaridad (en particular el conjunto de los derechos-crédito llamados de «segunda generación») dan cuerpo a esta responsabilidad, por encima de las «obligaciones-reflejas» tan necesarias como insuficientes.

Por último, la responsabilidad hacia sí mismo nos conduce a la idea de «dignidad compartida» que ya hemos evocado, como si el sujeto experimentara el sentimiento de participar de algo (la universalidad de la condición humana) que a la vez le sobrepasa y que, sin embargo, depende parcialmente de él. No se nos oculta que es en este tercer nivel en el que se plantean las cuestiones más delicadas y se concentran todas las dificultades. Aquí es, en efecto, donde los dos polos de la responsabilidad (el de la subjetividad de la autonomía, y el de la intersubjetividad de la disposición a responder) podrían oponerse más directamente. En efecto, para el sujeto moderno la tentación de rechazarla es muy grande, a fin de cuentas el acto que se propone realizar a sus ojos no perjudica ni a otro (art. 4 de

la Declaración de 1789) ni a la colectividad (las «acciones perjudiciales a la sociedad» del art. 5 del mismo texto). En estos casos, a falta de una «obligación refleja» que pueda hacer valer la responsabilidad-autonomía (la libertad incondicionada) habrá anegado totalmente cualquier tipo de preocupación por el otro.

Ha llegado el momento, al término de este rodeo filosófico, de efectuar el retorno al derecho. Lo que ahora necesitamos verificar es si el camino largo del trabajo dialéctico y de la mediación conceptual se revelan más eficaces para resolver algunas de las actuales aporías del derecho de la *Convención Europea de Derechos Humanos* que el atajo de la positivación directa de los deberes.

IV. EL RETORNO AL DERECHO. EL TRABAJO BALDÍO DEL CONVENIO EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS

Sección 1. La lucha contra las actividades liberticidas. Las responsabilidades respecto al sistema de los derechos y libertades

La primera piedra de toque para la consideración por parte del sistema de la Convención europea de los derechos del hombre de los deberes y responsabilidades de los titulares de los derechos fundamentales radica en la problemática de la lucha contra las actividades liberticidas. Sabemos, instruidos por las grandes desviaciones totalitarias del siglo precedente, que los Estados han ido progresivamente conformándose a la presencia, en el seno de su arsenal jurídico, de mecanismos destinados a garantizar una «democracia capaz de defenderse»; sólo faltaba, nos decimos, que los Estados de Derecho sean, como lo fue la República de Weimar, «Estados de impotencia»⁴⁹. Conforme al modelo del artículo 30 de la *Declaración Universal*

⁴⁹ J. VELU y R. ERGEC: *La Convention européenne des droits de l'homme*, Bruxelles, Bruylant, 1990, n° 175.

de los Derechos Humanos (modelo más tarde seguido por el artículo 5 §1 del Pacto internacional de los derechos civiles y políticos), el Convenio Europeo para la salvaguarda de los derechos humanos contiene desde entonces un artículo 17 redactado así: «Ninguna de las disposiciones del presente Convenio puede ser interpretada como implicando para un Estado, un grupo o un individuo, un derecho cualquiera a llevar a cabo una actividad o a realizar un acto que apunte a la destrucción de los derechos o libertades reconocidos en el presente Convenio o a limitaciones más amplias de estos derechos y libertades que las previstas por el mencionado Convenio». Es sobre esta disposición sobre la que consagraremos nuestra atención⁵⁰.

Este artículo, cuya aplicación debe, claro está, ser excepcional y estar sujeta al principio de proporcionalidad, se analiza como la posibilidad de declarar la caducidad de los derechos y libertades convencionales cuyo empleo podría conducir a resultados liberticidas. Todo sucede, respecto al artículo 17, como si las libertades positivas (y únicamente éstas, a diferencia de otros derechos convencionales de los que no se imagina que puedan producir efectos liberticidas, tales como los inscritos en los artículos 2, 3, 5 o 7, por ejemplo) deban ser interpretadas de forma restrictiva de manera que no sirvan para amparar propósitos opuestos a los objetivos fundamentales del Convenio. La Comisión Europea de Derechos Humanos expresaba muy bien esta idea al escribir: «Cuando un gobierno trata fundamentalmente de proteger la preeminencia del derecho y de la democracia, el propio Convenio reconoce en su ar-

⁵⁰ Habría también que considerar a ciertas disposiciones constitucionales nacionales tales como los artículos 18 («cualquiera que abuse de la libertad (...) para combatir el orden liberal y democrático queda desposeído de estos derechos fundamentales») y 21 (la interdicción de los partidos políticos que apunten a atacar al orden constitucional y democrático) de la Ley Fundamental alemana. Sobre el conjunto de la problemática, cfr. La obra. *Pas de liberté pour les ennemis de la liberté?, Groupements liberticides et droit*, bajo la dir. De H. Dumot y al., Bruxelles, Bruylant, 2000, y particularmente las contribuciones de S. VAN DROOGHENBROECK: «L'article 17 de la Convention européenne des droits de l'homme: incertain et inutile», pp. 139 y s., y de F. OST: «Conclusions. Quelle liberté pour les groupement liberticides? Six questions pour un débat», pp. 449 y s.

título 17 la primacía de este tipo de objetivo que sobrepasa incluso la protección de los derechos particulares garantizados, por otra parte, en el Convenio»⁵¹.

En los supuestos de este tipo, las dos caras del derecho fundamental (el derecho subjetivo y el valor objetivo o funcional) se disocian y entran en conflicto; los dos polos de la responsabilidad (la libre iniciativa y la preocupación por el otro) dejan de caminar de común acuerdo, o, por decirlo todavía de otro modo, el derecho es desviado de su función desde el momento en que se hace del mismo un uso abusivo, antisocial. Estos supuestos a menudo nos dejan perplejos y confundidos, ya que nosotros, por regla general, apostamos porque, lejos de oponerse, los dos aspectos del derecho (subjetivo y objetivo o intersubjetivo) caminen a la par y porque, consideramos que cuanto más diversificadas estén las opiniones y los comportamientos mayor será la democracia que los ampara. Es la apuesta optimista que cree que en el mercado de las ideas, al igual que en los mercados económicos, la libre competencia sólo puede conducir al fortalecimiento del propio mercado y, éste, a la máxima satisfacción de sus actores. Por más que en ocasiones este optimismo quede desmentido: al igual que ciertos depredadores no dudan en abusar de una posición dominante, o en practicar acuerdos ilícitos con el fin de destruir la competencia, del mismo modo hay individuos y grupos que tratan de eliminar a determinadas categorías de personas de la ciudadanía, que tratan de reducir las al silencio, de atizar el odio contra ellas, cuando no de atacar contra las instituciones democráticas mismas. En estos casos las autoridades están obligadas, para defenderse, a utilizar la estrategia de las vacunas, consistente en combatir el mal con el mal, a riesgo, claro está, de destruir la democracia so pretexto de defenderla. Del mismo modo que las autoridades del mercado adoptan «medidas anti-trust» con el fin de proteger de sí mismo al propio mercado, las autoridades judiciales podrían verse obligadas a

⁵¹ Comm. Eur. D. H., 9228/80, informe *Glaserapp c. Allemagne* de 11 de mayo de 1984, serie B. vol. 87, p. 35, §110

adoptar medidas de caducidad de las libertades respecto a aquellos que estuvieran empeñados en proseguir con sus propósitos liberticidas. En estos contextos dramatizados la idea de que las libertades o los derechos fundamentales no están íntegramente a disposición de sus titulares y que, al menos marginalmente se impone un control social de su ejercicio, aparece claramente.

Toda la cuestión consistirá, no obstante, en precisar de la forma más rigurosa posible las condiciones de aplicación de dicho control, así como los efectos jurídicos que podría producir. En ambos casos, el criterio vendrá proporcionado por la distinción entre las dos caras de la libertad (la libertad como derecho subjetivo y la libertad como valor u objetivo institucional) que hemos propuesto. El supuesto que en el artículo 17, condiciona el pronunciamiento de la caducidad consiste en una «actividad apuntando a la *destrucción* de los derechos y libertades reconocidos en el Convenio». Esta «destrucción» debe distinguirse cuidadosamente de las simples infracciones, es decir de las violaciones ordinarias de los derechos y libertades que siguen sujetas al régimen «ordinario» de las limitaciones inscritas en el párrafo 2 de los artículos 8, 9, 10 y 11. Cabe considerar que la violación «ordinaria» no es otra cosa que el efecto colateral de una actividad que, en lo sustancial, persigue una finalidad distinta; la «destrucción», por el contrario, procede del propósito deliberado de atacar a los propios derechos y libertades. Quedará más clara esta distinción si hacemos valer que, a diferencia de la simple infracción, la destrucción ataca la «propia sustancia» del derecho, se dirige a su cara institucional, más allá del perjuicio particular causado a tal o cual persona⁵². Por ejemplo cuando, a través de la injuria racista, se ataca a la dignidad humana del grupo concernido, es decir a toda persona humana. Podríamos sostener también que la destrucción apuntada es esta vez analizada desde la perspectiva del derecho agresor empleado y no desde la del derecho agre-

⁵² En este sentido, S. VAN DROOGHENBROECK: «El artículo 17...», *loc. cit.*, pp. 160-161.

dido, como una desviación de la función social de este derecho. Del mismo modo que las libertades económicas son reconocidas con vistas a promover un mercado susceptible de garantizar una asignación óptima de los factores de producción, así, en las propias palabras del Tribunal europeo, se considera que la libertad de expresión contribuye al «progreso de la sociedad» y al «desarrollo de cada uno»⁵³. Cuando la naturaleza del uso que de la misma se haga no contribuya manifiestamente a este objetivo, la libertad debe ceder, precisa O. De Schutter⁵⁴. El abuso de derecho es en efecto caracterizado como el uso de un derecho para un fin diferente a aquel para el cual ha sido instituido. Por tanto, en la jurisprudencia de los órganos de Estrasburgo, la «destrucción» es concretada por referencia a los «fundamentos» o a las «bases» de la sociedad instituida por el Convenio, el Estado de Derecho y la democracia son condiciones necesarias para el desenvolvimiento de los derechos y libertades convencionales⁵⁵.

Observemos de paso que también las jurisdicciones belgas (El Consejo de Estado y el Tribunal de Casación) tendrán que distinguir entre la «infracción simple» y la «destrucción» a la hora de estatuir, en aplicación del artículo 15 de la Ley del 4 de julio de 1989, sobre la existencia, en la cabeza de un partido político, de una «hostilidad manifiesta» respecto a los derechos y libertades garantizados por la Convención. Los trabajos preparatorios así como los primeros comentarios doctrinales⁵⁶ confirman

⁵³ «La libertad de expresión constituye uno de los fundamentos esenciales (de una sociedad democrática), una de las condiciones primordiales de su progreso y del desarrollo de cada uno» sostenía el Tribunal europeo de derechos del hombre en la sentencia *Handyside c. Royaume Uni* del 7 de diciembre de 1976, Serie A nº 24, §49.

⁵⁴ O. DE SCHUTTER: «El derecho debe estar al abrigo del discurso de incitación al odio o a la discriminación racial o religiosa», en *Le noeud gordien des parties antidémocratiques. La loi, une épée à double tranchant?* Bajo la dir. de A. Backs y al., Gent, Mys & Breesch, 2001, p. 132. Vean también la nota 25 en las páginas 136-137.

⁵⁵ S. VAN DROGHENBROECK: «El artículo 17...» *loc. cit.*, pp. 163-165.

⁵⁶ E. BRIBOSIA y M. JURAMIE: «Restriction légale aux libertés et droits des partis liberticides», en *Rev dr. Étrangers*, 1999, p. 197, nota 139.

que la hostilidad de la que se trata no apunta a la «simple infracción» de los derechos y libertades, sino precisamente a la «destrucción» mencionada por el artículo 17⁵⁷.

En cuanto a los efectos de la decisión de caducidad adoptada en base al artículo 17, habrá de reconocerse que, so pena de privar al mencionado artículo de alguna utilidad con respecto a las restricciones ordinarias incluidas en los parágrafos 2 de los artículos 8 a 11, deberá permitir a las autoridades públicas atentar contra la «propia sustancia» del derecho que hubiese sido desviado de su función: la actividad liberticida se ve en efecto sustraída al juego ordinario de la protección convencional⁵⁸. Al autorizar este «traspaso del límite», el Convencio da fe, una vez más, de la necesidad de apoyar el aspecto institucional del derecho cuando su aspecto subjetivo podría conducir a minar sus fundamentos.

Nos queda por señalar que, en la práctica, la aplicación del artículo 17 por parte de las autoridades convencionales resulta marginal y que la doctrina sobre la que se apoya resulta, cuanto menos, confusa. Para comenzar debemos advertir que el artículo 17 se limita a proporcionar a los Estados la facultad de limitar el derecho de los liberticidas, sin, por ello, obligarles a actuar activamente en dicho sentido—salvo que se quiera sostener hoy que la doctrina denominada de «obligaciones positivas» impone al Estado la obligación de garantizar, por medio de un marco jurídico adecuado, y si es necesario con el recurso a la vía penal, la efectividad de los derechos fundamentales hasta e incluso en el seno de las relaciones interindividuales—. Comprobaremos a continuación que el balance de la jurisprudencia del Tribunal y de la antigua Comisión no proporciona otra cosa que enseñanzas fragmentarias y virtualmente contradictorias⁵⁹:

⁵⁷ El Tribunal de arbitraje parece compartir este razonamiento: cf. C. Ar., Sentencia del 7 de febrero de 2001, punto B. 4.7.2.

⁵⁸ S. VAN DROOGHENBROECK: «l'Article 17...», *loc. cit.*, p. 179; ID.: *La proportionnalité dans le droit de la Convention européenne des droits de l'homme. Prendre l'idée simple au sérieux*. Bruxelles, Bruylant-Publications des Facultés universitaires Saint-Louis, 2001, n° 545, p. 399.

⁵⁹ S. VAN DROOGHENBROECK: «L'article 17...», *loc. cit.*, pp. 180-196 (y un resumen en el n° 134).

como comentaba elegantemente el juez Spielman, la jurisprudencia relacionada con el «abuso de derecho» es de «geometría variable»⁶⁰. Lo que verifica nuestra constatación de la inexistencia de una doctrina relativa al papel institucional de los derechos fundamentales fiable y de la necesidad de una profundización teórica que vaya más allá de las reflexiones liminares del presente estudio.

Section 2. La aplicabilidad horizontal de los derechos garantizados por el Convenio Europeo de los Derechos Humanos. Las responsabilidades respecto a los derechos de otro

El Convenio Europeo de Derechos Humanos no ignora los deberes del hombre; más allá de la hipótesis extrema apuntada en el artículo 17, contiene abundantes cláusulas de limitación particular que autorizan la restricción de los derechos con vistas a garantizar la efectividad de estos deberes. Sucede sin embargo que, inspirada por la filosofía liberal que hemos descrito anteriormente, esta consideración de los deberes se realiza bajo un prisma individualista que la reduce tan sólo a las «obligaciones-reflejas», correlatos obligados de los correspondientes derechos. Se rebaja a un estatuto inferior a los deberes, lo que genera una gran debilidad jurídica a la hora de exigirlos.

Para comenzar se observará que, desde un punto de vista procesal, tan sólo responden por sus faltas ante el Tribunal de Estrasburgo los Estados; no es por tanto posible que un particular denuncie el comportamiento de otro particular directamente ante las instancias del Convenio. A continuación se constatará que las cláusulas de limitación sólo son interpretadas como *facultades* reconocidas a los Estados —autorizados de este modo a enmarcar las libertades con el fin de garantizar los deberes, pero no obli-

⁶⁰ A. SPIELMANN: «La Convention européenne des droits de l'homme et l'abus de droit», en *Mélanges offerts à L.-E. Pettiti*, Bruxelles, Bruylant, 1998, p. 682; «La jurisprudencia no nos proporciona un punto preciso de referencia. Aun menos cabe hablar de una teoría general jurisprudencial del abuso de derecho».

gados a hacerlo—⁶¹. Por último, y sobre todo, levantaremos acta del hecho de que, en el control ejercido por la jurisdicción estrasburguesa, los derechos disfrutaban de una «preferencia abstracta» respecto a los deberes que los Estados entienden como sus opuestos⁶². De lo que derivan varias consecuencias: en el plano de la interpretación, se reservará una interpretación extensiva para los derechos garantizados y una aplicación estrecha a las restricciones que les afecten; en el plano de la prueba, se adoptará el axioma conforme al cual la duda beneficia a la libertad (*in dubio pro libertate*): Sobre el Estado recae la carga de la prueba de la necesidad de la limitación de un derecho, la inseguridad que subsistiría en caso contrario trabaja en detrimento de los deberes. Por último, esta preferencia abstracta conduce a los órganos del Convenio a recomendar la subsidiariedad del recurso a la vía penal para la defensa de estos deberes⁶³.

Todo esto, claro está, cuadra perfectamente con la concepción prevalente en el origen del Convenio, concebida para consagrar principalmente los derechos civiles y políticos que, a su vez, no entrañan más que obligaciones negativas por parte de los Estados, que en este caso se concretan en una serie de deberes de abstención. Dicho de otro modo, las libertades consagradas por el Convenio se concebían como «frenos» para los poderes estatales y como límites a la represión, los deberes no eran tenidos en cuenta más que a título de simples correlatos lógicos de estos derechos fundamentales.

⁶¹ Cf. La sentencia *Handyside c. Royaume Uni* del 7 de diciembre de 1976, Serie A nº 24, § 54: «sobre todo, no hay que olvidar que el Convenio (...) no obliga nunca a los diversos órganos de los Estados contratantes a limitar los derechos y libertades garantizados por él».

⁶² Cf. La sentencia *Affaire linguistique belge* del 23 de julio de 1968, Serie A, nº 6 & 5: «El Convenio implica un justo equilibrio entre la salvaguarda del interés general y el respeto de los derechos fundamentales del hombre, pese a que atribuya a estos últimos un valor particular».

⁶³ Cf. La sentencia *Ozturk c. la Turquie* del 28 de septiembre de 1999, &66; «Además, la posición dominante que él (el gobierno) ocupa le ordena dar ejemplo de contención en el uso de la vía penal».

Sobre este punto, sin embargo, las dos últimas décadas nos permiten vislumbrar una evolución muy significativa en la jurisprudencia del Tribunal que virtualmente podría traer aparejada una importante modificación de la perspectiva. Nos referimos aquí al desarrollo correlativo de la teoría denominada de las «obligaciones positivas» y del «efecto horizontal indirecto» del Convenio. En efecto, progresivamente cabe apreciar que, por un lado, como el Tribunal afirma en la sentencia *Airey*, «ningún compartimento estanco separa los derechos civiles y políticos de los derechos económicos y sociales⁶⁴» y que, por otro lado, sobre todo, la efectividad de los derechos garantizados por el Convenio no puede lograrse con la simple pasividad estatal. Así la sentencia *Marcks* del 13 de junio de 1979 constata que el artículo 8 «no se limita a obligar al Estado a abstenerse de realizar semejantes injerencias, ya que, a este compromiso más bien negativo pueden añadirse las obligaciones positivas inherentes a un “respeto” efectivo de la vida familiar⁶⁵». La vía quedaba así abierta para un desarrollo muy rápido de la teoría de las «obligaciones positivas»: hoy se entiende que los Estados están obligados, sobre el fundamento de las llamadas obligaciones, a poner en marcha las medidas legislativas, administrativas y judiciales adecuadas para prevenir las violaciones del Convenio. El interés esencial de este deslizamiento de las obligaciones negativas a obligaciones positivas es que implica de ahora en adelante a los comportamientos interindividuales de los particulares: las nuevas responsabilidades que recaen sobre el Estado podrían, en efecto, ser declaradas desde el momento en que una violación del Convenio cometido por un particular podría ser al menos indirectamente «reprochada» al Estado cuando éste, por negligencia o tolerancia, lo hubiera hecho posible o probable⁶⁶. El «efecto hori-

⁶⁴ Cf. La sentencia *Airey c. l'Irlande* de 9 de octubre de 1979, & 26.

⁶⁵ Cf. La sentencia *Marcks c. la Belgique* de 13 de junio de 1971 & 31.

⁶⁶ F. TULKENS y S. VAN DROOGHENBROECK: «La Cour européenne des droits de l'homme depuis 19890. Bilan et orientations», de próxima aparición en *Tegenspraak*, 2002.

zontal directo» del Convenio quedaba así consagrado: aunque los comportamientos de los particulares sigan no siendo enjuiciables directamente por el Tribunal europeo, al menos lo serán indirectamente por mediación de la acusación a los Estados por falta de prevención de estas violaciones. Así lo afirma el Tribunal en su sentencia *Chipre c. Turquie* del 10 de mayo 2001: «Si las autoridades de un Estado contratante aprueban, formal o tácitamente, los actos de los particulares violando en la cabeza de otros particulares sometidos a su jurisdicción los derechos garantizados por el Convenio, la responsabilidad del mencionado Estado puede encontrarse comprometida por lo que concierne al Convenio»⁶⁷.

Las sentencias se acumulan al cabo de los años, la existencia de una aplicabilidad horizontal indirecta fue afirmada a propósito de la casi totalidad de disposiciones del Convenio:

- artículo 2 §1: sentencia *Manhut c. Turquie* del 28 de marzo 2000 §85: «Esta disposición comporta también en determinadas circunstancias definidas la obligación positiva por parte del Estado de adoptar preventivamente las medidas de orden práctico para proteger al individuo cuya vida está amenazada por las artimañas criminales (en especial la obligación de establecer una legislación penal adecuada)»;
- artículo 3: la misma sentencia, §115: «... ordena (a las Altas Partes Contratantes) adoptar las medidas adecuadas para impedir que las mencionadas personas sean sometidas a torturas o a tratos inhumanos y degradantes, incluso administrados por los particulares»;
- artículo 4, decisión de la Comisión Europea del 3 de mayo de 1983, *X contre Pays-Bas*: el gobierno «tiene la obligación de velar para que las reglas adoptadas

⁶⁷ Sentencia *Chipre c. Turquie* de 10 de mayo de 2001, & 81. Cf. También D. SPIELMANN: «Obligations positives et effet horizontal des dispositions de la Convention», en *L'interprétation de la Convention européenne des droits de l'homme*, Bruxelles, Bruylant, 1998, pp. 133 y s.

- por una asociación privada no sean contrarias al Convenio» (contratación de un jugador de fútbol);
- artículo 5 §1, sentencia *Riera Blume c. Espagne* de 14 de octubre de 1999, §35: «El Tribunal considera que las autoridades internas en todo momento han consentido la privación de libertad de los demandantes (...). La responsabilidad última por los hechos denunciados recaería así en las autoridades en cuestión...» (secuestro de personas, adeptas a una secta por parte de su familia con el fin de hacerlas sufrir una desprogramación psicológica»);
 - artículo 8, sentencia X e Y c. Pays-Bas de 28 de marzo 1985, §23: «Ellas pueden implicar la adopción de medidas que apunten al respeto de la vida privada hasta en las relaciones de los individuos entre sí»;
 - artículo 9, sentencia *Otto-Preminger Institut c. Autriche* de 20 de septiembre de 1994, §47: «El modo en que las creencias y doctrinas religiosas son objeto de oposición o rechazo, es una cuestión que puede comprometer la responsabilidad del Estado, particularmente la de garantizar a aquellos que profesan estas creencias y doctrinas el disfrute pacífico del derecho garantizado por el artículo 9»;
 - Artículo 10, sentencia *Ozgur Gundem c. Turquie* de 16 de marzo 2000, §43: «El ejercicio real y eficaz de esta libertad (de expresión) no depende únicamente del deber del Estado de abstenerse de toda injerencia, pues puede exigir (la adopción de) medidas positivas de protección incluso en las relaciones de los individuos entre sí»;
 - Artículo 11, sentencia *Gustafsson c. La Suède* de 25 de abril 1996, §45: «Aunque el artículo 11 tenga por objetivo esencial la protección del individuo contra las injerencias arbitrarias de los poderes públicos en el ejercicio de los derechos en él enunciados, puede implicar además la obligación positiva de garantizar el respeto efectivo de estos derechos». Obsérvese que la §60 de la misma sentencia dispone incluso que: «El Estado puede ser considerado responsable, a la

vista del artículo 1 del primer protocolo adicional, por las injerencias en el ejercicio del derecho al respeto de los bienes que resulte de transacciones concluidas entre particulares».

La acumulación de estas sentencias no deja lugar a dudas, se produce un cambio de perspectiva que transforma los derechos, de lo que eran exenciones respecto a la acción del Estado, en motores de su intervención, que justifiquen hasta la aplicación de su poder coercitivo. A la vertiente tradicionalmente defensiva de los derechos y libertades se superpone así su vertiente ofensiva. Sin duda este doble estatuto —que nos remite una vez más a los análisis dialécticos propuestos más arriba a propósito de las responsabilidades (autonomía y disposición a responder), de los derechos (prerrogativas individuales y objetivos-institucionales)— estaba ya virtualmente inscrito en el texto desde su origen; pero hete aquí que estas dos dimensiones son ya hoy el objeto de las obligaciones a cargo de los Estados y son exigibles ante un juez⁶⁸. Por otro lado resulta evidente que el incremento de las responsabilidades del Estado va acompañado de un aumento de los deberes de los individuos, más claramente obligados, que en el pasado, al respeto de los derechos del Convenio, a este respecto se observará que, aunque la aplicación horizontal del Convenio sigue siendo a este respecto «indirecta», en el orden jurídico convencional, es «directa» en el orden jurídico interno⁶⁹.

Este movimiento jurisprudencial produce también el efecto de poner en tela de juicio los corolarios asociados a la «preferencia abstracta» de los derechos y a la lectura individualista —reductora— de los deberes. Así ocurre, por ejemplo, con la subsidiaridad del derecho penal: justificada en tanto en cuanto la represión aparece como una limitación de los derechos y libertades, aún cuando pierde su

⁶⁸ F. TULKENS y S. VAN DROGGHENBROECK: *loc. cit.*, p. 9

⁶⁹ O. DE SCHUTTER y S. VAN DROGGHENBROECK: *Droit international des droits de l'homme devant le juge national*, coll. Les grands arrêts de la jurisprudence belge, Bruxelles, Larcier, 1999, p. 210.

razón de ser cuando el arma penal aparece como necesaria para la promoción más eficaz de los derechos y libertades de las víctimas potenciales. Ya hemos visto como, en algunos asuntos no era el empleo de la vía penal, sino por el contrario su ausencia, lo que se reprochaba al Estado. Otro cambio profundo: el principio de interpretación extensiva de los derechos y restrictivo de las limitaciones deja de ser pertinente en el caso, cada vez más frecuente, de «aplicación horizontal indirecta» del Convenio respecto a las relaciones interindividuales. En estos supuestos en los que se oponen dos derechos o libertades que *a priori* merecen idéntico respeto, van a imponerse otros métodos de solución, tales como el balance de intereses o, mejor aún, el método de la «concordancia práctica» que apunta, con una perspectiva dialéctica imaginativa y por vía de concesiones recíprocas que liman las exigencias contradictorias, a aplazar al máximo de lo posible el momento de sacrificar uno de los dos valores en conflicto⁷⁰.

No quita para que aquí también, como en tantos otros dominios, el pragmatismo obstinado del Tribunal y su constante rechazo a la teoría⁷¹ produzcan la impresión de una jurisprudencia puntillista, improvisada, que deja sin respuesta una serie de cuestiones y de dificultades suscitadas por la aplicabilidad horizontal indirecta de los derechos del Convenio. Además del problema, ya evocado, de los conflictos horizontales entre derechos fundamentales, nos limitaremos a evocar ahora la difícil cuestión de los

⁷⁰ Sobre este método de concordancia práctica, cf. F. MULLER: *Discours de la méthode juridique*, trad. del alemán de O. Jouanjan, Paris, P.U.F., 1996, P. 285-287; S. VAN DROOGHENBROECK: *La proportionnalité...*, *op. cit.*, p. 212 y pp. 709-710. En el curso de una mesa redonda organizada por la Revista *Tengenspraak* a propósito del estudio de F. Tulkens y S. Van Drooghenbroeck citado más arriba, otros métodos han sido discutidos, tales como una jerarquización de los derechos en presencia o incluso la idea conforme a la cual el derecho «agresor» cedería necesariamente ante el derecho «agredido».

⁷¹ Cf. Este sorprendente considerando ha sido extraído de la sentencia *Verein Gegen Tierfabrik c. La Suisse* de 28 de junio de 2001 §46 (a propósito del rechazo de una sociedad privada a difundir un spot publicitario). «No es deseable, y aún menos necesario, elaborar una teoría general que concierna la medida en la cual las garantías de la Convención deban hacerse extensivas a las relaciones entre las personas privadas».

criterios que deben presidir el juicio de la violación, por parte de un particular, de un derecho contenido en el Convenio: ¿se han de apreciar estas violaciones conforme a los mismos criterios aplicables a las autoridades públicas? A este respecto ¿cabe traspasar, sin más, las condiciones de licitud de las restricciones que han sido concebidas para la acción estatal (pensamos en particular en el fundamento legal, en los fines de interés general y en la cláusula de «necesidad en una sociedad democrática» que figuran en el parágrafo 2 de los artículos 8, 9, 10 y 11)⁷²?

Sección 3. La renuncia a los derechos y libertades garantizados por el Convenio. Las responsabilidades frente a frente a sus propios derechos

La cuestión, delicada como la que más, de la renuncia a sus propios derechos sigue también a la espera de una teoría⁷³. Nos guardaremos, no obstante, de tratar de abrumar exageradamente al Tribunal a la vista de la complejidad de los problemas abordados; además, la propia jurisdicción de Estrasburgo parece estar dividida con respecto a la naturaleza de su misión; reconociendo en una misma sentencia que, para los asuntos en los que el individuo podría tratar de «hacerse daño», las consideraciones «que ponen en conflicto la libertad individual y el interés público tan sólo pueden ser resueltas al término de un examen de las circunstancias particulares de la especie»⁷⁴, pese a advertir, algunos párrafos más abajo que «las sentencias dictadas para los casos individuales constituyen bien

⁷² Cf., a este respecto, las opiniones separadas unidas por los jueces Jambrek y Morenilla en la sentencia *Gustafsson* de 25 de abril de 1996.

⁷³ Cf. PH. FRUMER: *La renonciations aux droits et libertés. La Convention européenne des droits de l'homme à l'épreuve de la volonté individuelle*, Bruxelles, Bruylant-Éd. De l'U.L.B., 2001, p. 419; O DE CHUTTER: «Waiver of rights and state paternalism under the European Convention on human rights», en *Northern Ireland Legal Quarterly*, vol. 51, nº 3, p. 481: «a doctrine in a confused state, a practice devoid of a theory».

⁷⁴ Sentencia *Pretty c. Royaume Uni* de 29 de abril de 2002, & 41 (Cf., también el artículo 34 del Convenio).

o mal, en mayor o menor medida, precedentes»⁷⁵. En estos casos tan diversos de renuncia a los derechos y libertades (que abarcan dominios tan distintos como el recurso a formas alternativas de justicia y la renuncia a las garantías del artículo 6, el suicidio y la eutanasia, el trabajo forzado, las prácticas sadomasoquistas, el rechazo de algunos tratamientos médicos, las limitaciones consentidas en el marco de un contrato o de un status profesional) se multiplican las incertidumbres, los silencios y las zonas oscuras: más que nunca las responsabilidades aparecen aquí como la «cara oculta» de los derechos en juego. Y sin embargo, ¿no repetimos de forma cuasi mágica que los derechos son «inalienables»? ¿No escribió Rousseau que «renunciar a la libertad, es renunciar a la cualidad de hombre, a los derechos de la humanidad, incluso a sus deberes»?⁷⁶. Es donde reaparece la paradoja de tener que ser libre. «¡Sed libres!» «¡Sed dignos!» parecen sugerir estos textos. «¡Poned fin a este espectáculo degradante!» le dicen los alcaldes franceses a la persona discapacitada que se presta al llamado juego de «lanzar a los enanos»; «soportad vuestros sufrimientos sin pedir al Estado que autorice el homicidio por compasión», responde el Estado inglés a una paciente afectada por una enfermedad degenerativa: «Renunciad a estas prácticas sadomasoquistas peligrosas y degradantes», dicen una vez más las autoridades inglesas a las personas condenadas, a despecho del consentimiento prestado a estas violencias que son reivindicadas como «preferencias sexuales». Con gran riesgo para los individuos que, en algunos casos al menos, desean librarse de esas molestas libertades y del paternalismo estatal que cree deber imponerlas.

Nunca ha aparecido de forma tan clara el choque entre los dos filósofos de las libertades; sea desde la perspectiva individualista que concibe estas exclusivamente como prerrogativas individuales levantadas como murallas contra

⁷⁵ *Ibidem*, §75.

⁷⁶ J.-J. ROUSSEAU: *Le contrat social*, texto establecido por R. Édrate, Paris, Gallimard, 1964, libro I, capítulo IV, p. 178.

las injerencias del otro y del Estado y, por consiguiente, a la entera disposición de sus titulares que pueden renunciar a las mismas sin límites; o sea que, por el contrario, se considere que puesto que las libertades protegen también unos valores objetivos que trascienden a la persona que es su beneficiario inmediato, por lo que también cumplen una función institucional, no están a la entera disposición de los individuos por lo que su renuncia estará sujeta a limitaciones⁷⁷. El hecho que vamos a poner como ejemplo es revelador de esta segunda concepción: tanto los arreglos amistosos que en el curso de un procedimiento en Estrasburgo se producen, como la cancelación de las demandas por razón de la renuncia del demandante a la obtención de una solución jurisdiccional de su causa, no son decisiones al arbitrio de la libre apreciación por parte de los demandantes; puesto que es preciso que los jueces las juzguen conformes con «las exigencias del respeto a los derechos del hombre».

A esta primera división de opiniones, que disocia los dos polos que no hemos dejado de intentar religar en el curso de este trabajo, hay que añadir la de otros muchos desacuerdos de opinión que contribuyen a hacer en extremo compleja y a multiplicar las causas de la problemática de la renuncia a los derechos. Para comenzar existe una cierta proliferación de causas producidas por la lógica del mercado favorables sin duda para la autonomía de los individuos (pues les invita a liberarse del paternalismo de las autoridades públicas), pero que a menudo contribuyen, bajo la engañosa bandera de la autonomía, a agravar su alienación. En efecto, en un cierto número de casos, la renuncia a un derecho se produce en un marco contractual mediando remuneración. En estos casos resulta tentador, como de hecho lo hacía el comentador del caso de «lanzar a los enanos», secundando a Kant, contraponer el precio a la dignidad. Mientras el precio se atribuye a lo que en el co-

⁷⁷ PH. FRUMER, *op. cit.*, pp. 636-638; O. DE SCHUTTER y S. VAN DROOGHENBROECK: *Droit international des droits de l'homme devant le juge national*, *op. cit.*, p. 133.

mercio se reemplaza, la dignidad, en revancha, caracteriza a lo que inalienable permanece fuera del mercado; la dignidad, precisaba Kant, se atribuye a lo que es un «fin en sí mismo», en tanto que el precio nunca tiene más que un valor relativo⁷⁸. Sin duda, se dirá que a menudo lo que constriñe a los individuos a vender su dignidad es una condición desfavorable, pero ¿no debería entonces el debate reanudarse en dirección a los deberes de la solidaridad en lugar de avenirse a la renuncia de las libertades?

Otra división de opiniones, a decir verdad esencial, hace compleja la cuestión de la renuncia a los derechos: pues nos conduce a preguntarnos sobre la identidad de la parte que, en el curso del proceso, invoca el beneficio de la renuncia. ¿Es la autoridad pública quien, para evitar el reproche por incumplimiento de sus obligaciones convencionales, se está parapetando tras la renuncia por parte del individuo al derecho invocado, o es el particular el que está entendiendo que hace valer su autonomía negativa para librarse de una «embarazosa libertad» que el Estado pretendería imponerle⁷⁹? De este modo se entiende por qué, aunque la tentativa de suicidio se beneficia de la impunidad, en revancha el Estado puede ser condenado, en base al artículo 2 de la Convención, por no haber adoptado las suficientes medidas para prevenir el suicidio de un prisionero⁸⁰. Invocada a título de excepción por el Estado para exonerarse de su responsabilidad, esta renuncia puede convertirse en un mecanismo liberticida y por eso, claro

⁷⁸ E. KANT: *Fondements de la métaphysique des mœurs*, trad. e introducción de V. Delbos, Paris, Librairie Delagrave, 1971, p. 160; F. HAMON: «La protection de la dignité humaine para la police municipale», nota bajo CE, 27 de octubre de 1995 (2 sentencias: Commune de Morsang-sur Orge et Ville d'Aix en Provence), en *La semaine juridique*, II, 1996, 22630, pp. 190 y s.

⁷⁹ Sobre esta cuestión, O. DE SCHUTTER: «Waiver...», *loc. cit.*, p. 482 y p. 495; PH. FRUMER: *op. cit.*, p. 636.

⁸⁰ Trib. Eur. D. H., *sentencia Tamribilir c. Turquie* de 16 de noviembre 2000, §70: «El Tribunal estima que el artículo 2 del Convenio puede, en algunas circunstancias bien definidas, hacer recaer sobre las autoridades la obligación positiva de adoptar preventivamente las medidas de orden práctico para proteger al individuo contra otro o, en algunas circunstancias particulares, contra sí mismo».

está, al menos en algunos casos las más serias dudas pueden pesar sobre la sinceridad de la autonomía de elección del beneficiario renunciante.

Una tercera división de opiniones debe ser apuntada: la que versa sobre la distinción entre la cara positiva y la negativa de un mismo derecho. Puesto que desde hace mucho tiempo se ha reconocido que un derecho como el que consagra el artículo 11 comporta dos aspectos (el derecho a asociarse va acompañado del derecho a no asociarse), el renunciante se ve tentado a invocar la misma lógica a propósito de todos los derechos. Así, por ejemplo, Madame Pretty, al reprochar a las autoridades británicas la desautorización del suicidio asistido sostenía, aunque en vano, que el derecho a la vida consagrado en el artículo comportaba necesariamente el derecho contrario de elegir la muerte⁸¹. Pese a la aparente lógica de esta inferencia, el Tribunal rechazará categóricamente esta forma de razonar, arguyendo el valor de la «vida» más que el derecho a elegir o la vida o la muerte.

Otra manera todavía de presentar las cuestiones que comentamos consiste en observar que, en la mayoría de los casos, renunciar a un derecho es pura y simplemente ejercer otro derecho, puesto que el conflicto se desarrolla ahora sobre el terreno del choque y de la jerarquía eventual entre dos derechos⁸². Así, por evocar una vez más el caso de Madame Pretty, su renuncia al derecho a la vida (artículo 2) era para ella el único modo de hacer efectivo el artículo 3 (no ser sometido a tratos inhumanos y degradantes, en este caso una penosa enfermedad degenerativa). Recordaremos también que M. Wackenheim, el «acróbata» que se prestaba al espectáculo de «lanzar a los ena-

⁸¹ Trib. Eur. D. H., sentencia *Pretty c. Royaume Uni* de 29 de abril de 2002, §39 (cf., infra).

⁸² O. DE SCHUTTER: «Waiver...» *loc. cit.*, p. 100. En donde el autor señala «la importancia que tiene para cada uno de nosotros inscribir nuestra acción y comportamiento en un orden simbólico, y la imposibilidad en la que numerosos de nuestros contemporáneos se encuentran, principalmente aquellos a los que el sistema sociopolítico excluye, para comprender el sentido y la necesidad de dicha inscripción».

nos», invocaba la libertad económica del comercio y de la industria (un contrato laboral que había salido de una condición miserable) para justificar su renuncia al beneficio del propio artículo 3. Cabe pensar a este respecto que el artículo 8 del Convenio, que no deja de pretender jugar el papel de «meta-derecho» a la autonomía en general, servirá cada vez más en el futuro como justificación para las renunciaciones, a la manera de un derecho general a la renuncia, a los demás derechos⁸³. Convertido de este modo en absoluto ¿no encontraría el artículo 8 frente a sí tan sólo los límites de las «obligaciones-reflejas»?

Por último, añadiremos aun la quinta distinción en la que nuestra problemática se sitúa y que, en algunos casos al menos, proporciona pistas para su solución. Se trata de la distinción entre el papel simbólico y general del derecho y la función que, por otro lado desempeña en los contenciosos particulares. Podemos desear, que duda cabe, idealmente que ambas dimensiones coincidan: en tal caso la regla general enunciada se aplica sin distorsiones, ni excepciones cuando se presenta un caso particular; entonces las decisiones actúan como precedentes sin colisionar por ello con la equidad de los casos particulares. Aunque sabemos muy bien que no siempre cabe alcanzar esta convergencia ideal. En esos casos, entre el principio general invocado desde el terreno de lo abstracto, simbólico y pedagógico de la afirmación de los valores esenciales para una sociedad dada, y la clemencia que podrían manifestar los jueces al solucionar el caso particular, aparece una divergencia. Clamar contra la hipocresía y reclamar una disolución del valor general en nombre de las situaciones particulares equivaldría a desconocer el papel instituyente del derecho (dar cuerpo a los valores, a los objetivos y en ocasiones también a las ficciones que obtienen sentido en un orden simbólico compartido) —precisamente cuando el mecanismo del proceso puede introducir en el rigor de la ley la flexibilidad reclamada por el sentimiento humano—. Esta es exactamente la postura recordada por el Tribunal en el

⁸³ O. DE SCHUTTER: *ibidem*, pp. 497-499 y p. 508.

caso *Pretty*: «El Tribunal no considera arbitrario que el derecho refleje la importancia del derecho a la vida prohibiendo el suicidio asistido previendo a la vez un régimen de aplicación y apreciación por parte de la justicia que permita considerar en cada caso concreto tanto el interés público a entablar un proceso como las exigencias justas y adecuadas de la retribución y de la disuasión» (En veintidós casos de «homicidio por compasión», entre 1982 y 1992, los jueces ingleses ni siquiera habían pronunciado una única condena por homicidio)⁸⁴.

Reestablecida así la perspectiva, la problemática de la renuncia plantea principalmente dos cuestiones: la primera, y sin duda la más delicada, es la de la validez sustancial de dicha renuncia: ¿podemos, y en qué medida, renunciar a tal o cual derecho garantizado? La segunda cuestión, que supone la resolución afirmativa de la primera, es la de la validez formal de dicha decisión: ¿qué forma debe adoptar la renuncia para ser considerada válida? Nos limitaremos a precisar, en respuesta a esta última exigencia que la renuncia debe ser libre, clara, inequívoca; la jurisprudencia asimismo parece exigir una cierta especialidad o puntualidad en el consentimiento, desconfiando, con razón, de las «renuncias en bloque», sin límite temporal, que acompañan principalmente a la adopción de estatutos particulares⁸⁵. Podemos también afirmar que el Estado tiene la obligación positiva de informar al demandante de las posibles consecuencias de su renuncia⁸⁶.

Es a propósito de la validez sustancial de la renuncia donde evidentemente se concentran todas las dificultades.

⁸⁴ P. RICOEUR: «Autonomie et vulnérabilité» *loc. cit.*, p. 100. En donde el autor señala «la importancia que tiene para cada uno de nosotros inscribir nuestra acción y comportamiento en un orden simbólico, y la imposibilidad en la que numerosos de nuestros contemporáneos se encuentran, principalmente aquellos a los que el sistema sociopolítico excluye, para comprender el sentido y la necesidad de dicha inscripción».

⁸⁵ Sentencia *Pretty c. Royaume Uni* de 29 de abril de 2002, §76.

⁸⁶ Sobre todo esto, y para ejemplos jurisprudenciales, cf. O. DE SCHUTTER y S. VAN DROGHENBROECK: *op. cit.*, p. 137.

De la jurisprudencia extremadamente farragosa del Tribunal se desprenden enseñanzas contrastadas. No nos detendremos en los asuntos sobre los que el Tribunal se abstiene pura y simplemente de adoptar cualquier decisión (*leaving things undecided*)⁸⁷, ni sobre aquellos ante los que parece adoptar posiciones contradictorias sobre problemáticas, sin embargo, parecidas⁸⁸. Sin embargo, en otros casos el Tribunal admite de manera incontestable la validez de la renuncia: en particular en el caso que versa sobre la serie de garantías para un «proceso equitativo» enunciadas en el artículo 6 (publicidad de los debates, imparcialidad de los jueces, derecho a comparecer en persona en el curso del proceso)⁸⁹. En el caso *Deweer*, que planteaba la cuestión de la compatibilidad de la transacción penal con el artículo 6, fue validada incluso la renuncia al derecho a un tribunal⁹⁰. La sentencia *Van der Musselle c. Belgique*, por su parte, admite la posibilidad de interpretar la noción de «trabajo forzado y obligatorio» del artículo 4 §2 del Convenio, a la luz del consentimiento prestado por aquél al que se impone dicho trabajo⁹¹.

En otros casos al contrario, el Tribunal se ha opuesto a la renuncia. Una primera categoría de estos casos parece sugerir que ciertos derechos por sí mismos excluyen cual-

⁸⁷ En este sentido, PH. FRUMER: *op. cit.*, p. 631.

⁸⁸ Cf. *Sentencia M.S. c. La Suède* de 27 de agosto de 1991, §§31-32 (a propósito de la cuestión de saber si una demanda de indemnización implica necesariamente la renuncia al derecho a la protección de la confidencialidad de los datos médicos); cf. *Sentencia Smith y Grady c. Le Royaume Uni* de 27 de septiembre de 1999, a propósito de la exclusión de los homosexuales del ejército británico, §71: «El Tribunal observa que el Gobierno no sostiene que los demandantes, al entrar en el ejército, han renunciado a los derechos garantizados por el artículo 8 de la Convención».

⁸⁹ A propósito de la cuestión de saber si la elección por parte una persona de una carrera determinada comporta, en la censura de las eventuales incompatibilidades que se presentan, «renuncia» a los derechos garantizados por el artículo 98, la sentencia *Kalaç c. Turquie* de 1 de julio de 1997, §28 responde positivamente a esta cuestión (a propósito de la carrera militar, cuando el Tribunal no ha sin embargo nunca dado a entender que una persona, al abrazar la carrera de funcionario, renunciara a su libertad de expresión y que las limitaciones de las que fuera objeto no serían constitutivas de injerencias).

⁹⁰ O. DE SCHUTTER y S. VAN DROGHENBROECK: *op. cit.*, p. 134.

⁹¹ Trib. eur. D.H., sentencia *Deweer c Belgique* de 27 de febrero de 1980, §49.

quier idea de renuncia. Por ejemplo, en la sentencia *Albert et Lecompte*, el Tribunal dispone que «la naturaleza de algunos derechos garantizados por el Convenio excluye la renuncia a la facultad de ejercerlos»⁹². Alegación relativa a «determinados derechos» que parece ampliar la fórmula enigmática contenida en una decisión más reciente: «El Estado tiene la obligación positiva de garantizar a toda persona que dependa de su jurisdicción la posibilidad de disfrutar plenamente, y sin poder renunciar a ello de antemano, de los derechos y libertades garantizados por el Convenio»⁹³. En cualquier caso, el Tribunal se ha expresado inequívocamente a propósito de la libertad en la célebre sentencia *De Wilde y otros c. Bélgica*: «El derecho a la libertad, en el sentido de la Convención, reviste demasiada importancia como para que una persona pierda el beneficio de su protección por el simple hecho de que ella se constituya en prisionera. Una detención irregular podría infringir el artículo 5 por más que el propio individuo de que se trate la hubiera aceptado»⁹⁴. Alegación que, sin embargo, va a verse matizada en el caso *H.M. c. Suiza* de 26 de febrero de 2002⁹⁵.

La inalienabilidad del derecho a la vida (artículo 2) parece igualmente estar consagrada por el Tribunal en numerosos asuntos. Citaremos particularmente la sentencia *Tanribilir c. Turquie* en la que se afirma que: «El artículo 2 puede, en algunas circunstancias bien delimitadas, atribuir a las autoridades la obligación positiva de adoptar medidas de orden práctico para proteger al individuo contra otro o, en algunas circunstancias, contra sí mismo»⁹⁶,

⁹² Trib. eur. D.H., sentencia *Van der Musselle c. Belgique* de 23 de noviembre de 1983, §37.

⁹³ Trib. eur. D.H., sentencia *Albert et Lecompte c. Belgique* de 10 de febrero de 1983 §35.

⁹⁴ Trib. eur. D.H., sentencia *Refah Partisi c. Turquie* de 30 de julio de 2001, §70.

⁹⁵ Trib. eur. D.H., sentencia *De Wilde y autres c Belgique* de 18 de junio de 1971, §65.

⁹⁶ Trib. eur. D.H., sentencia *H.M. c. Suisse* de 26 de febrero de 2002, §46-47; a propósito del instalarse la demandante en una casa, el «Tribunal constata que una vez llegada al hogar, la demandante ha consentido en permanecer en él».

afirmación no obstante matizada por este otro considerando realizado también a propósito de la prevención del suicidio en el medio carcelario (caso *Keenan c. Royaume Uni*): «Se puede adoptar medidas de precaución general que disminuyan los riesgos de automutilación sin, por ello, invadir la autonomía individual»⁹⁷. Por último, y a propósito también del derecho a la vida, volveremos a evocar la sentencia *Pretty*. En ella el Tribunal afirma de forma que no puede ser más clara que «sin distorsionar el lenguaje no podría interpretarse el artículo 2 como confiriendo un derecho diametralmente opuesto, a saber el derecho a morir»; por lo que, razón de más, no puede servir para crear un derecho a la autodeterminación en el sentido de dar a cualquier individuo el derecho a elegir la muerte antes que la vida»⁹⁸. Sin duda, reconoce el Tribunal, el rechazo del Estado a consagrar el suicidio asistido (y el rechazo de las autoridades inglesas a renunciar de antemano a perseguir al esposo de la paciente que le ayudara a poner fin a sus días) y se analiza como un atentado a la vida privada de la demandante, pero el artículo 8 no confiere por ello un derecho a la autodeterminación en el que se incluya la elección del momento y la modalidad de su muerte (§58). En este caso la injerencia estatal resulta bastante justificada en vistas de la gravedad intrínseca de las consecuencias de la renuncia y de los riesgos potenciales que haría correr a las personas más vulnerables una legislación que autorizara el suicidio asistido (§74).

En otra serie de asuntos, el Tribunal no apoya tanto su oposición en consideraciones sobre el derecho en general como en la noción de que ha sido sobrepasado un cierto límite: por más que afecten a determinadas prerrogativas esenciales del derecho a priori alienable. Nos limitaremos a proporcionar aquí dos ejemplos. No cabe duda de que la publicidad del proceso puede ser objeto de re-

⁹⁷ Trib. eur. D.H., sentencia *Tanribilir c. Turquie* de 16 de noviembre de 2000, §70.

⁹⁸ Trib. Eur. D.H., sentencia *Keenan c. Royaume Uni* del 3 de abril de 2001, §91.

nuncia, habíamos ya advertido. Lo que, sin embargo, no es obstáculo para que una jurisdicción interna no pudiera justificar el procedimiento cerrado realizado ante ella, pese al acuerdo mostrado sobre este punto por el justiciable, cuando la cuestión en litigio afecta a un «interés público importante que hace necesario el sostenimiento de un debate»⁹⁹.

El segundo ejemplo lo hemos tomado del asunto *Laskey* y otros c. el Reino Unido en el que se ponía en entredicho la represión penal de las prácticas sadomasoquistas consentidas entre adultos. Pese a que el argumento se fundaba en el respeto a la vida privada y a las «preferencias sexuales», el Tribunal rehusó censurar al Reino Unido respecto al «nivel de daño» y a la «gravedad cierta de las lesiones y heridas» causadas por las prácticas de los demandantes¹⁰⁰. En este caso, el Tribunal se ha mostrado sensible, por tanto, a los argumentos del gobierno que rehusaba verse imponer «la obligación de tolerar actos de tortura bajo el pretexto de que habían sido cometidos en el marco de una relación sexual consentida» y que reivindicaba, para el derecho penal, un papel de interdicción de los comportamientos que «atentan al respeto que los seres humanos se deben los unos a los otros» (§40)¹⁰¹.

¿Cabría encontrar algún hilo de Ariadna capaz de orientar al comentador en esta laberíntica jurisprudencia? Philippe Frumer parece renunciar a ello aunque, al final de la tesis que consagra a la cuestión sobre la renuncia a los derechos y libertades en la práctica de los órganos de Estrasburgo, pasa revista, aunque en vano, a los diversos fundamentos posibles de un rechazo a la renuncia: ni la inalienabilidad tradicional presta a los derechos del hombre, ni al orden público europeo de los que el Convenio es considerado expresión, ni incluso el principio matricial de

⁹⁹ Trib. Eur. D.H., sentencia *Pretty c. Royaume Uni* del 29 de abril de 2002, §39.

¹⁰⁰ Trib. Eur. D.H., sentencia *Panger c. Autriche* de 28 de mayo de 1997, §61 a 63.

¹⁰¹ Trib. Eur. D.H., sentencia *Laskey, Jaggard y Brown c. Royaume Uni* de 19 de febrero de 1997, §§61 a 63.

la dignidad humana están en condiciones de proporcionar las bases teóricas de las posiciones del Tribunal. Tampoco las distinciones entre categorías de derechos fundamentales a las que el Tribunal parecía haber recurrido proporcionan claves satisfactorias (jerarquía inencontrable, distinción fundada en la función, liberal o institucional, de los derechos, distinción «derogable-no derogable», vinculación o no con el *ius cogens*)

Por su parte O De Schutter nos propone un análisis de la jurisprudencia del Tribunal fundado en la distinción, ya evocada, entre la renuncia en tanto que privilegio o facultad invocado por el Estado a título de excepción (esta facultad estaría consagrada por el Tribunal) y el derecho a la renuncia que el individuo podría oponer al Estado (derecho que no estaría consagrado)¹⁰². Pero, al margen de que esta explicación resulta invalidada por la sentencia *De Wilde* ya citada, no puede dejar de suscitar la perplejidad puesto que conduciría a hacer del Estado el beneficiario exclusivo del mecanismo de renuncia.

¿Es posible salir de este callejón? Sin pretender resolver, con una fórmula única, una problemática cuya complejidad y multi-causalidad ya hemos subrayado, querríamos, para clausurar este estudio, sugerir una vía de análisis en la línea de los desarrollos de dos secciones precedentes relativas a la dialéctica de la responsabilidad (autonomía y facultad de responder), a la doble naturaleza de libertades (prerrogativas subjetivas y valores objetivos-funcionales), así como a la función social de los derechos. Podríamos entonces sugerir que, más allá de las incertidumbres que lo afectan, la jurisprudencia de Estrasburgo permite al menos percibir, *in fine*, que cada uno de los derechos y libertades es renunciable, pero sólo hasta un cierto límite. En cada uno de los derechos se articularía una dimensión de prerrogativa individual dejada al control del titular, y una dimensión del valor objetivo institucional —un interés general en el ejercicio del derecho implicado— que trasciende al titular y lo sustrae a su libre dispo-

¹⁰² PH. FRUMER: *op. cit.*, pp. 423-545.

sición. La jurisprudencia relativa a la publicidad de las audiencias es, a este respecto, paradigmática: su renuncia está autorizada a reserva, como hemos visto, de que un «interés público importante haga necesario el mantenimiento de un debate». Reencontraremos de nuevo el pensamiento sobre la aprehensión de un «núcleo duro» en los derechos fundamentales, caracterizado por el hecho de que el aspecto de «derecho subjetivo» se redoblaría de un aspecto «institución objetiva». Lo que no quita para que siempre resulte extremadamente delicado el establecimiento del límite entre lo que concierne al núcleo duro inalienable y lo que pertenece a la periferia renunciabile. En este contexto de «justicia de situación»¹⁰³, al parecer estamos constreñidos a navegar a ojo entre el la Caribdis ultraliberal de un ejercicio exclusivamente individualista y la Escila del paternalismo estatal que derivaría de una concepción holística y autoritaria de las libertades¹⁰⁴.

¹⁰³ O. DE SCHUTTER: «Waiver...», *loc. cit.*, p. 508.

¹⁰⁴ Esta justicia de situación apela a la sabiduría del juicio (la *prhônèsis* griega, la *prudèntia* romana) que, explica P. Ricoeur, «consiste en elaborar unos compromisos frágiles en los que se trata menos de zanjar entre el bien y el mal, entre el blanco y el negro, que entre el gris y el gris, o, caso especialmente trágico, entre lo malo y lo peor» («La consciente et la loi», en *Le juste 1, op. cit.*, p. 22).

¹⁰⁵ Ejemplo de los peligros de esta improvisación es la sentencia pronunciada por el Consejo de Estado francés en el asunto de «lanzar a los enanos» (27 de octubre de 1995) sobre las conclusiones del Comisario de gobierno, P. Frydman (conclusiones publicadas en la *R.F.D. adm* 11(6) nov-diciem. 1995, pp. 1204 y s.). Considerando que el espectáculo de «lanzar a los enanos» atentaba contra la dignidad humana (y denunciado como tal por una asociación de personas de pequeño tamaño) y que la dignidad siendo un «concepto absoluto», no podría acomodarse con algunas concesiones, por lo que el consentimiento del enano a dicho trato era por tanto jurídicamente irrelevante, el Comisario del gobierno Frydman logró convencer al Consejo de Estado para anular dos juicios administrativos que habían a su vez anulado los autos de prohibición del espectáculo adoptado por los alcaldes de Morsang-sur-Orge y de Aix en Provence. Fundando su decisión en el atentado a la dignidad humana, que él convierte, por consiguiente, en un componente del orden público, pese a la ausencia de «circunstancias locales» particulares, el Consejo de Estado se pronunció a favor de la prohibición del espectáculo a pesar del consentimiento del enano a lo que le aparecía como un trato degradante. Una minoría de representantes de la doctrina parece haberse alineado con esta alta jurisdicción administrativa: así B. EDELMAN («*La dignité de la personne humaine...*», *op. cit.*) que autonomiza la noción de dignidad humana hasta el punto de oponerla a la de libertad (cf supra), J. FR. FLAUSS («L'inter-

Es probable que, todavía durante mucho tiempo, los deberes y responsabilidades queden ocultos bajo la sombra de los derechos. Pero, al menos, el hecho de tamizar un poco la cegadora luz de estos derechos debería permitir discernir poco a poco los contornos de las responsabilidades que les acompañan.

diction des spectacles dégradants et la Convention européenne des droits de l'homme», en *Rev. Fr. Dr. Adm.* 8 (6 nov.-dic. 1996 y s.) que considera que el espectáculo sería «degradante» en el sentido del artículo 3 (cuando provoca «un descenso del rango de aquel que es objeto de dicho trato a los ojos de otro o a los suyos propios») y que el artículo 3, por otro lado «no derogable», es también de los que deberían ser juzgados «no renunciables», o incluso Fr. HAMON («La protection de la dignité humaine...», *op. cit.*) que vuelve a reflexionar sobre la distinción kantiana entre precio y dignidad, y considera el espectáculo como indigno desde el momento en que apela a la violencia de los propios espectadores, y ello además respecto de una persona afectada por un handicap —habiendo el perjuicio afectado a terceros «simbólicamente atacados» (los miembros de la asociación de personas de pequeño tamaño)—. A pesar de estas consideraciones, la mayoría de los autores se ha alineado en el campo contrario, el de las críticas a la decisión del Consejo de Estado. Invocando, en particular, además de los argumentos técnicos ligados a una modificación discutibles de los reglamentos de la policía local respecto al orden público (J.-P. THÉRON: «Dignité et libertés. Propos sur une jurisprudence contestable», en *Pouvoir et liberté. Etudes offertes à Jacques Mourgeon*, *op. cit.*, pp. 295 y s.), y en el hecho de que todo lo que no perjudica a otro debería estar permitido (N. DEFFAINS: «Les autorités locales responsables du respect de la dignité de la personne humaine. Sur une jurisprudence contestable du Conseil d'Etat» en *Rev. Tr. Dr. H* (1996), p. 686-687), lo vago de la noción de dignidad y el peligro de restauración del orden moral o del rearme moral que podría entrañar (G. LEBRETON, «Nota» bajo CE; 27 de oc. 1995, en *Rec. Dalloz*, 1996, *Jurisprudence*, pp. 177 y s), la contradicción de una jurisprudencia que, poniendo el acento sobre el handicap, contribuye a su estigmatización (J.-CH. ROMENT: *Notes de jurisprudence, R.D.P.*, 1996, pp. 553 y s.), o incluso el carácter «comunitarista», «holista» de una tesis que privilegia el punto de vista y la dignidad de un grupo (el grupo de personas de pequeño tamaño) por encima del punto de vista singular/universal del individuo concernido (O. CAYLA: «Jeux de nains, jeux de vilains», en G. Lebreton (dir.), *Les droits fondamentaux de la personne humaine en 1995 y 1996*, París/Montreal, l'Harmattan, 1998, p. 157; P. MARTENS: «Encore la dignité humaine: réflexions d'un juge sur la promotion par les juges d'une norme suspecte», en *Les droits de l'homme au seuil du troisième millénaire*, *op. cit.*, p. 571). En este asunto, la dignidad ha sido invocada por las dos partes y utilizada tanto como muralla de la autonomía individual a modo de como límite a la propia autonomía (cf. *Supra*). Quizá hubiese sido necesario caer en la cuenta antes de la naturaleza dialéctica de esta noción, y considerar que en este caso el «núcleo duro» del artículo 3 no se ve afectado.