

EL DESAFÍO DE LA EFECTIVIDAD*

THE CHALLENGE OF EFFECTIVENESS

BALDASSARE PASTORE

Università di Ferrara

<https://orcid.org/0000-0002-7989-753X>

Resumen: *Este artículo aborda la cuestión relativa a la crisis de la efectividad de los derechos humanos y fundamentales. Se trata de un desafío que requiere compromiso, vigilancia, responsabilidad compartida. Los derechos son una herramienta indispensable para expresar el valor de la dignidad que está ligada a la vulnerabilidad como condición humana común. Los derechos son un tipo de práctica social encaminada a su implementación y concreción. Está formada por principios, reglas, instituciones, procedimientos, actitudes, actos de interpretación. Esta práctica juega un papel importante para contrarrestar y eliminar las situaciones que producen violaciones de los sujetos en sus múltiples diferencias y existencias específicas.*

Abstract: *This paper deals with the question regarding the crisis of the effectiveness of human and fundamental rights. This is a challenge that requires commitment, vigilance, shared liability. Rights are an indispensable tool for expressing the value of dignity that is linked to vulnerability as a common human condition. Rights are a type of social practice aimed at their implementation and concretization. It is made up of principles, rules, institutions, procedures, attitudes, acts of interpretation. This practice plays an important role in countering and eliminating the situations that produce violations concerning the subjects in their multiple differences and specific existences.*

Palabras clave: derechos, práctica social, dignidad humana, efectividad, concreción
Keywords: rights, social practice, human dignity, effectiveness, concretization

* Traducción de Francisco Javier Ansuátegui Roig.

1. UNA PRÁCTICA EN CONSTANTE EVOLUCIÓN

Son muchos los desafíos que afectan al discurso de los derechos. Uno de los más relevantes, en mi opinión, es el de la efectividad.

Los derechos a los cuales nos referimos son los fundamentales, que presentan notables espacios de superposición con los derechos humanos. Asumo, de hecho, que los derechos “humanos” son los derechos subjetivos reconocidos por fuentes internacionales y que los derechos “fundamentales” son aquellos reconocidos por fuentes de rango constitucional. Se evidencia, en este sentido, que ningún discurso sobre los derechos fundamentales puede prescindir de las formas de penetración del Derecho internacional, y por lo tanto de los derechos humanos, en el interior de los ordenamientos nacionales y supranacionales. Por otra parte, ningún discurso sobre los derechos humanos no puede no tomar en consideración las necesarias intersecciones con el plano ordinamental de los derechos fundamentales¹.

Los derechos constituyen una práctica que ha marcado profundamente la experiencia jurídica de nuestro tiempo. Han adquirido una dimensión extendida en las discusiones contemporáneas. La práctica de los derechos humanos incorpora documentos, conjuntos de reglas, instituciones, procedimientos, planteamientos, comportamientos, valoraciones, interpretaciones de valores y principios. La finalidad inmanente de dicha práctica es la protección de la persona, que requiere continuas actualizaciones. Existen, de hecho, bienes esenciales para todo ser humano que los sujetos (públicos y privados) no pueden alterar, violar, pisotear, sin agraviar. Desde este punto de vista, el sentido del discurso de los derechos encuentra su origen en la indignación frente a lo injusto.

Los derechos (humanos y fundamentales) surgen en la historia como respuestas frente a la violación de la dignidad de los seres de los individuos en cuanto sujetos vulnerables. La positivación de los derechos, que se caracterizan por su supra-ordenación normativa y por la prioridad que tienen en el ámbito de los ordenamientos jurídicos, es el punto terminal de los procesos argumentativos que los justifican. Su implementación implica que los términos de su ejercicio y de su tutela sean precisados. En este sentido, la de los derechos es una lista abierta, que hace imposible cualquier tipificación preventiva de los medios adecuados para protegerlos. Es posible hablar, en este sentido, de un límite de principio a su completa individua-

¹ E. PARIOTTI, *I diritti umani: concetto, teoria, evoluzione*, Cedam, Padova, 2013, pp. 4-6.

lización, que se conecta a la imposibilidad de su enumeración exhaustiva y que hace evidente el continuo esfuerzo hermenéutico requerido por la tematización de las expectativas irrenunciables de los seres humanos. De la misma manera que no existe un “número cerrado” de las dimensiones de tutela de la persona, tampoco hay un “número cerrado” de los peligros frente a los cuales se exige una defensa. La práctica de los derechos, por tanto, está en continua evolución. No es dada una vez por todas. Puede ser comparada con un edificio que necesita un constante mantenimiento, pero también constantes ampliaciones vinculadas a las exigencias de nuevos reconocimientos y de nuevas protecciones. Se desarrolla mediante procesos no lineales. Debe, sin embargo, afrontar las repetidas y dolorosas negociaciones que sufren los derechos. Éstos, así, quedan suspendidos entre la retórica de la proclamación formal y el reclamo no escuchado del respeto de los principios. Están marcados por violaciones; por usos retóricos polivalentes, conectados a las notables dosis de ambigüedad que el lenguaje de los derechos presenta; por su proliferación; por la hipertrofia de su contenido; por valoraciones tendenciosas, cínicas, hipócritas, con las consecuencias en relación con su falta de efectividad².

2. LAS AMENAZAS A LA DIGNIDAD Y LA FRAGMENTACIÓN DEL SUJETO

La historia y las noticias nos hablan de violaciones graves y continuas de los derechos y de su invocación como instrumento de emancipación y de liberación.

Precisamente en la minimización del sufrimiento socialmente evitable (un sufrimiento infligido por poderes públicos y por prepotencias privadas) y en la protección contra la violación (erosión, contracción, mutilación, destrucción) de las expectativas propias del sujeto es donde encuentran justificación los derechos. Constituyen una respuesta (en términos de rechazo) frente a las amenazas a la dignidad. Son precisamente las experiencias negativas de la ofensa y de la humillación, en las diversas formas que pueden asumir respecto a las circunstancias concretas, las que han dado fuerza propulsiva a la salvaguardia de la dignidad humana como objetivo normativo.

² B. PASTORE, “Le ragioni dei diritti, i diritti come ragioni”, *Diritti umani e diritto internazionale*, vol. 10, núm. 3, 2016, pp. 691-692.

Se pueden sufrir humillaciones y ofensas en la propia integridad física, con la violencia provocada por maltratos que nos sitúan en la imposibilidad de ejercer la forma más elemental de autonomía, es decir, de disponer libremente del propio cuerpo. Se pueden sufrir humillaciones y ofensas también por actos que golpean la comprensión normativa que una persona tiene de sí misma, y que lesionan un sujeto excluyéndolo de la satisfacción de sus pretensiones legítimas, representando un ataque al respecto y a la estima que tenemos en nosotros mismos. Se pueden sufrir humillaciones y ofensas, además, por el hecho de ver negado todo valor al propio modo de ser y a la propia identidad, en cuanto iguales sujetos de derecho, mediante formas de discriminación. La dignidad, así, pertenece a la persona concreta, vulnerable, inserta en las situaciones vitales y en el tejido de las relaciones sociales.

La idea de dignidad desarrolla un papel fundamentador y comprensivo en relación con los derechos recogidos en las diversas fuentes o surgidos de ellas, configurándose como canon hermenéutico, que define el contenido de tales derechos y como límite a la posibilidad de su restricción frente a las irrupciones de los poderes públicos y de los otros sujetos en la esfera individual, pero también como fin a promover; como umbral, cuya superación determina la reacción jurídica, además de como orientación, que requiere la intervención de las instituciones, encaminada a la afirmación del valor de la persona, en relación con las exigencias (también a las amenazas y agresiones) que emergen en la realidad social³. Desde este punto de vista, una de las prerrogativas estructurales de los derechos es la del carácter *ex post* de su garantía, de modo que su propia configuración, su desarrollo y la búsqueda de los medios más eficaces para protegerlos dependen de las modalidades históricas que asume su violación. La dignidad, por tanto, nos habla de la posición del ser humano frente a sus semejantes y compendio del mundo de los derechos, que, sin embargo, presenta siempre una excedencia respecto a los derechos reconocidos, operando como concepto crítico, dirigido a valorar (y contestar) las elecciones jurídicas y políticas el nombre del valor de la persona.

Ser humillados, ser expuestos a la ofensa y al daño, estar a merced de los otros son situaciones que se vinculan a la condición de vulnerabilidad, que puede ser considerada como indicador de situaciones de las que surgen consecuencias que se confrontan gracias a los derechos. Lo cual urge a adop-

³ A. BARAK, *Human Dignity. The Constitutional Value and the Constitutional Right*, Cambridge University Press, Cambridge, 2015, pp. 103-113.

tar una perspectiva “desde abajo”, que sitúa en el centro a los individuos “en carne y hueso”, los problemas de su existencia, los ámbitos en los que se sitúan⁴. La fenomenología de los derechos se convierte en el lugar de la reflexión contemporánea sobre el estatuto jurídico de la persona.

No puede dejar de evidenciarse, a este propósito, que nuestra época se caracteriza por el descubrimiento de lo múltiple, vinculado a la fragmentación del individuo en una variedad de identidades distintas y a la fragmentación de sus hábitos de vida, en contextos parciales, cada uno de ellos habitado por subjetividades parciales.

Si, en muchos aspectos, la modernidad se ha caracterizado como un proceso de superación del particularismo a través de la unificación del sujeto de derecho, el tiempo actual se distingue por la complejidad, entendida como coexistencia en las sociedades de múltiples intereses, de plurales estilos de vida, de diferentes culturas, de variadas identidades, de heterogéneos criterios valorativos. La idea de una subjetividad abstracta e indiferenciada se somete a discusión. El sujeto jurídico único, autónomo, racional, independiente y autosuficiente, que constituye el referente antropológico de la noción de sujeto propia de la modernidad jurídica y política, es denunciado. La multiplicidad se convierte en la cifra que domina el escenario contemporáneo. Se regresa al concepto jurídico de *status* que se descompone en una variedad de situaciones difícilmente reconducibles a parámetros unitarios. En los territorios de la subjetividad se incluyen individuos (y grupos de individuos), que antes eran excluidos. Adquiere relieve el problema de la compatibilidad entre el sujeto abstracto y el reconocimiento de las diferencias. La subjetividad se mide en la concreción de las condiciones materiales de existencia.

Deviene central, así, la persona, en torno a la cual se unifican figuras subjetivas y diversas, expresiones de los estados y de las situaciones de la vida, que, típicamente en los Estados constitucionales de Derecho, se mencionan en las disposiciones sobre derechos fundamentales⁵. La tutela de la persona se amplía en relación a la protección de expectativas diversamente articuladas⁶. También aquí se mide el grado de efectividad de los derechos.

La abstracción del sujeto se resuelve en la concreción de las necesidades de personas situadas que viven en el ámbito de la interacción caracteri-

⁴ B. PASTORE, *Semantica della vulnerabilità, soggetto, cultura giuridica*, Giappichelli, Torino, 2021, pp. 34-38.

⁵ S. RODOTÀ, *Il diritto di avere diritti*, Laterza, Roma-Bari, 2012, pp. 148-160.

⁶ N. BOBBIO, *L'età dei diritti*, Einaudi, Torino, 1992, pp. XVI, 62-64, 68-73.

zada por expectativas y compromisos recíprocos. Respecto a los derechos, por tanto, se reconoce que presentan una esencial dimensión relacional⁷, que conduce a la cuestión de los modos razonables de su composición y de su balanceo⁸. La razonabilidad se convierte en el criterio de valoración de la compatibilidad y practicabilidad de los derechos, a los que es consustancial la idea del límite, desde el momento en que, en el marco de la convivencia, todo derecho debe armonizarse con los derechos de otros y con las exigencias generales reconocidas⁹. De ello se sigue que no todo deseo subjetivo, narcisista y contingente, sino solo las auténticas necesidades e intereses esenciales merecen ser tutelados haciendo referencia a los derechos. En esta óptica puede ser útil la referencia a la vulnerabilidad para individualizar las situaciones lesivas de la dignidad humana y para declinar de modo cuidadoso los derechos, reforzando su efectividad y orientando su aplicación en la dirección de la satisfacción de un umbral mínimo, bajo el cual la dignidad sería violada de manera insoportable. Realistamente, sin embargo, no puede dejar de reconocerse que los derechos poco o nada ofrecen en las situaciones más desesperadas. Desafortunadamente es evidente, en estos casos, su insuficiencia.

3. CONCRECIÓN Y RESPONSABILIDADES INSTITUCIONALES

Los derechos, en su interdependencia e indivisibilidad, provocan “oleadas de deberes”¹⁰, tanto negativos como positivos, encaminados a evitar que alguien sea privado de sus propias expectativas, la protección contra tal privación, la tutela ofrecida a quien ha sufrido privaciones. Ello reenvía a su exigibilidad e implica una responsabilidad compartida entre individuos e instituciones.

La tutela de los derechos, no obstante, lucha por hacerse un hueco en la agenda de nuestras sociedades, y en la comunidad internacional. La realidad actual se caracteriza por una crisis de efectividad de los derechos. Su

⁷ B. PASTORE, F. VIOLA, G. ZACCARIA, *Le ragioni del diritto*, Il Mulino, Bologna, 2017, pp. 99-101.

⁸ G. PINO, “Conflitto e bilanciamento tra diritti fondamentali. Una mappa dei problemi”, *Ragion pratica*, núm. 28, 2007, pp. 219-273.

⁹ Véase la sentencia núm. 36/1958 de la Corte costituzionale italiana.

¹⁰ J. WALDRON, *Liberal Rights, Collected Papers 1981-1991*, Cambridge University Press, Cambridge, 1993, pp. 212-213. Cfr., sobre el tema, G. PECES-BARBA, con la colaboración de E. FERNÁNDEZ, R. DE ASÍS y F.J. ANSUÁTEGUI, *Educación para la Ciudadanía y Derechos Humanos*, Espasa, Pozuelo de Alarcón (Madrid), 2007, pp. 182-188.

protección no es sentida como prioritaria. Las prioridades parecen, hoy, ser otras. Los Estados continúan siendo una de las principales amenazas para los derechos y las dinámicas que operan en las relaciones internacionales presentan un potente obstáculo a su protección. Se infravalora a la circunstancia de que a menudo la violación de derechos es llevada a cabo por actores no-estatales. Además, las nuevas tecnologías y la economía (piénsese, por ejemplo, por un lado, en la informática y en la ingeniería genética; por otro, en el mercado, dejado a sus dinámicas “naturales”) han adquirido una absoluta centralidad. Así, la normatividad jurídica, que, por lo menos en el horizonte del constitucionalismo, tiene en los derechos un criterio legitimador propio, cada vez es discutida, dominada, cuando no erosionada, por la normatividad económica y por la tecnológica, expresiones de poderes, en la mayoría de los casos incontrolados, de los que se exalta su irresistible fuerza vinculante. Se asiste, en relación a los derechos, a la que podría ser definida como una verdadera y auténtica desmovilización cognitiva.

En realidad, la positivación de los derechos implica el reconocimiento jurídico proveniente de autoridades dotadas de competencia normativa. El problema de los derechos es, por tanto, en muchos sentidos, el de la autoridad que los administra. La actuación de los derechos se plantea, en realidad, como tarea que requiere la cooperación del legislador, del ejecutivo, de las agencias administrativas, de los jueces. Necesita, además, la presencia activa de todos los consociados. El sistema de las garantías jurídicas de los derechos no puede ser escindido de la formación de una sociedad civil y de la constitución y explicación de la opinión pública. Todo ello requiere compromiso, vigilancia, iniciativa, capacidad de proyección, actitud crítica, congenialidad hermenéutica, precomprensiones compartidas.

Los derechos operan como cánones de medida de la validez de los actos y de los comportamientos de los sujetos institucionales, situándose como vínculos de contenido y como criterios de control de las decisiones jurídicas producidas. Funcionan, además, como razones justificativas para ulteriores configuraciones normativas de las expectativas, que requieren reconocimiento y protección. Desde este punto de vista, necesitan ámbitos específicos de actuación y aplicación; no pueden, por tanto, prescindir de una determinación topográfica, tanto para su vigor, como para su eficacia. Es solo en la concreta relación de un individuo con un determinado orden político-jurídico en donde los derechos encuentran el ambiente indispensable para afirmarse y desarrollarse. Ello tiene que ver con el funcionamiento de específicas insti-

tuciones, la elaboración de normativas, la predisposición y la atribución de recursos financieros, el control de modo que las elecciones legislativas no comporten restricciones arbitrarias del contenido de los derechos.

Los derechos requieren ser concretados en relación a las exigencias en los casos y el tejido jurídico en su conjunto. Son el resultado de las interpretaciones que explican su valor normativo. Su aplicación implica una constante contextualización. Así, el momento abstracto de la enunciación normativa adquiere el rostro de las personas y los contornos de las historias de sus vidas.

La amplitud semántica de los derechos es continuamente sustanciada, mediante la definición de las modalidades de su ejercicio. El carácter argumentativo es peculiar a su identidad y a su estructura, y el razonamiento sobre ellos, en relación con las tipologías de acción, saca a la luz las implicaciones escondidas y las potencialidades generativas. Por tanto, la enumeración de los derechos, normalmente formulados en los textos jurídicos como principios, es solo un escalón, ciertamente necesario, pero no suficiente, del camino hacia su realización. Los derechos se convierten en practicables y practicados sólo a partir de la deliberación en torno a ellos en situaciones *reales*. Su funcionamiento implica la complementariedad entre el nivel de su reconocimiento formal en los documentos normativos –que permite predicar de ellos una validez *prima facie*– y el de su concreción en los casos individuales, que requiere un ejercicio interpretativo, vinculado al respeto del núcleo de valor que constitutivamente incorporan. La sede aplicativa, por tanto, resulta esencial para la actuación de los derechos y para su continua reformulación actualizadora. Hay que subrayar, a propósito, que constituyen solo orientaciones de acción, indican una instancia a respetar, sin precisión alguna respecto al cómo, al dónde, al cuándo, y a las otras condiciones aplicativas; nos dicen que existen aspectos en la persona humana que deben ser protegidos, pero no de qué manera, en qué medida, en qué circunstancias, con qué límites, frente a quién.

Los derechos son un producto histórico, un universo simbólico, constituido por estructuras institucionales, por valores, por modelos culturales. Se configuran como construcciones sociales, cuyo sentido rige solo si es socialmente compartido; de otra manera se desvanece, junto a las instancias normativas y axiológicas que los garantizan. En el discurso de los derechos podemos ver un instrumento versátil con el cual referir y afirmar las expectativas propias de los individuos. Por tanto, contiene en sí una promesa de

justicia, que a menudo, no obstante, no es mantenida. En la época del constitucionalismo corresponde a la cultura jurídica –entendida como complejo de ideas, de comportamientos, de formas de razonamiento, de juicios de valor, de convicciones referidas a la experiencia jurídica–, en su interacción con la sociedad y con el sistema político, lograr que dicho discurso sea mantenido, sea eficaz y se desarrolle.

BALDASSARE PASTORE
*Dipartimento di Giurisprudenza
Università degli Studi di Ferrara
Corso Ercole I d'Este, 37
44121 Ferrara – Italia
e-mail: baldassare.pastore@unife.it*