



## PASADO Y PRESENTE DE LOS DERECHOS\*

*Antonio-Carlos Pereira Menaut (USC)<sup>1</sup>*

SUMARIO: I. Introducción. *El Derecho y los derechos*. II. Principales períodos que se pueden discernir en la historia de los derechos. III. Sobre los nuevos derechos: A. La corta historia de los nuevos derechos. B. La fundamentación de los nuevos derechos. C. Cuáles son los principales nuevos derechos. D. Cómo son los nuevos derechos. E. Problemas que plantean los nuevos derechos. Conclusión.

### I. INTRODUCCIÓN

El objeto de este capítulo es ofrecer un rápido panorama de lo que ha sido la vida de los derechos hasta nuestros días. Como cualquier otra realidad jurídica, los derechos han pasado por sucesivas etapas y se encuentran hoy en otra. El problema es que la etapa actual representa un cambio cualitativo (y cuantitativo, pues el número de los reales o pretendidos derechos es hoy ingente) sin precedentes, lo que nos obliga a escribir un capítulo que no guarda las debidas proporciones internas, pues el espacio dedicado a los derechos actuales y sus problemas tiene que ser mucho mayor que el dedicado a las fases históricas anteriores. El panorama actual de los derechos es tan heterogéneo y problemático que hace su estudio difícil y prolijo.

Los derechos que vamos a estudiar aquí son los del ciudadano de una democracia liberal más o menos según el modelo clásico y que disfrute de una razonable salud constitucional. La denominación *derechos fundamentales*, por influencia de Alemania, prevalece ahora en muchos países. En este trabajo solo haremos distinciones más específicas –derechos

---

\*Jurista, catedrático de la Universidad de Santiago de Compostela en el área de Derecho Constitucional, nombrado así en noviembre de 2017. También es director de la Cátedra Jean Monnet de Derecho Constitucional europeo.

<sup>1</sup>Gracias a Y. Gómez Sánchez y P. Tenorio (UNED), I. Arias (USC), J. Ammermann (USC) y A. Rodríguez. La teoría general y la periodificación histórica se apoyan en Pereira Menaut, Antonio-Carlos, *Lecciones de Teoría Constitucional y Otros Escritos* (última ed.: Santiago de Compostela, 2017, con JI Martínez Estay). Me he basado también en diversas conferencias, pronunciadas en los últimos años en las universidades de Porto, Católica do Porto, en el III SINDA (U. Lusófona, Porto) y en el IPCA de Barcelos.

humanos internacionales, derechos constitucionales, derechos legales, derechos jurisprudenciales— cuando lo pida el contexto<sup>2</sup>.

## EL DERECHO Y LOS DERECHOS

Se recordará que no toda pretensión, facultad, privilegio o exención es un derecho. El Derecho objetivo (singular, mayúscula: “el Derecho español”, p. ej.) es el ámbito en que viven los derechos (plural, minúscula) de la gente. Se trata de una cuestión de más alcance que el ortográfico: los derechos están limitados a las fronteras del Derecho; fuera de este ámbito —en los ámbitos moral, sentimental, estético u otros—, propiamente no hay derechos exigibles ante un juez. Así que muchas pretensiones, deseos y metas buenas y razonables, si están fuera del ámbito del Derecho, no serán verdaderos derechos. Esto debe ser tenido en cuenta porque no pocos derechos de las últimas hornadas (y alguno de las más clásicas, como el derecho americano a la búsqueda de la felicidad), examinados con este criterio no son auténticos derechos. Ello puede no tener mucha importancia en una conversación coloquial pero en un capítulo como este, la tiene.

## II. PRINCIPALES PERÍODOS QUE SE PUEDEN DISCERNIR EN LA HISTORIA DE LOS DERECHOS

Distinguiremos los siguientes.

A. Lo que podríamos llamar prehistoria de los derechos constitucionales está en la Edad Media: *nullus liber homo capiatur vel imprisonetur nisi per legale iudicium; no taxation without representation, quod omnes tangit ab omnibus approbari debet*, y otros principios. Esos derechos estaban en las cartas magnas inglesas (y en otros documentos de otros países), en los principios y las costumbres. Pero los derechos no eran de todo hombre sino de las personas que estaban en determinadas posiciones estamentales o que resultaban protegidas por los fueros o pactos de su villa o ciudad. Además, las cartas magnas medievales contenían otros derechos, privilegios y exenciones de muy escaso interés constitucional para otras épocas (así, p. ej., no se obligará a la ciudad de X a construir nuevos puentes).

B. Si la Edad Media fue la prehistoria de los derechos constitucionales, su historia antigua está en la Gran Bretaña del siglo XVII y parte del XVIII, época en la cual se proclamaron la *Petition of Rights* (1627), el *Habeas Corpus Act* (1640), el influyente *Bill of Rights* (1689) y la *Act of Settlement*

---

<sup>2</sup>Así hace Cartabia, Marta, “La Edad de los ‘Nuevos Derechos’”, *Rev. de Derecho Político* 81, 2011, 61-100; 69.

(1701). Además, en este período vieron la luz el *Segundo Tratado del Gobierno*, de Locke y otras obras que estudiaban la división de poderes, el Derecho natural, el contrato social y otros aspectos relevantes (piénsese en autores, ingleses y no ingleses, como Vitoria, Mariana, Suárez, Harrington, Hooker, Montesquieu). Con todo, en esta fase que hemos llamado historia antigua todavía no se produjeron declaraciones generales de los derechos de todos los hombres, como las que habían de proclamarse en Estados Unidos y Francia a finales del siglo XVIII y principios del XIX: Declaración de Virginia, Declaración de Independencia de los Estados Unidos, Declaración Francesa de 1789, Constitución belga de 1831.

C. Con esa eclosión de documentos y movimientos políticos de fines del siglo XVIII y principios del XIX comienza lo que podemos llamar época clásica. Es muy conocida porque marcó la mentalidad occidental con una impronta y una visión generalmente compartidas que han llegado hasta hoy. Prescindiendo ahora de matices, podemos decir que el planteamiento genéricamente ilustrado de los derechos disfrutó de un prestigio y una autoridad moral que duran hasta nuestros días, aunque –y esto tiene que ver con los problemas que luego veremos– los derechos de hoy sean distintos de aquellos, en teoría y, aun más, en la práctica (como era de esperar, pues también es distinta la antropología dominante, como es distinto el Derecho y lo es el poder).

Es claro que estos derechos beneficiaron sobre todo a la burguesía, pero, como por naturaleza tenían vocación general, podían extenderse a todos y por eso podemos caracterizarlos por su universalidad. Esta no impidió que el sufragio, incluso de varones, tardara mucho en ser universal, y que la universalización práctica llevase mucho tiempo, como experimentó en su propia carne Martin Luther King.

Estos derechos responden a una sociedad civil fuerte, un hombre ilustrado y preocupado por la *res publica*, respaldado por un Derecho natural (fuera el clásico o el ilustrado) y un trasfondo genéricamente judeo-romano-cristiano con gran acuerdo fundamental, creencia en la naturaleza humana, la dignidad, la igualdad y la libertad.

Desde un punto de vista constitucional estos derechos forman como la contramarca de un régimen político demoliberal, porque si se toma un régimen político cualquiera, aunque sea la negación misma de la democracia, y se implantan en él esos derechos y libertades, terminará, con el tiempo, transformado en una democracia liberal clásica con libertades negativas, individualismo, sumisión del poder al Derecho, una sociedad civil fuerte, pero sin derechos de justicia social. Esta generación de derechos, que sería la primera, prolongó su existencia hasta la época de las Guerras Mundiales (según casos y países). Ello no impide que los remotos orígenes de la actual crisis de los derechos sean muy antiguos, pues podrían rastrearse hasta la primera postguerra.

D. La Declaración Universal de las Naciones Unidas de 1948 todavía pertenece básicamente a la visión de los derechos que acabamos de referir e incluso representó su triunfo universal (pero esquivó el problema de la fundamentación de los derechos, lo cual no parecía tener grandes repercusiones entonces; como veremos, ahora las tiene). Durante la segunda postguerra y la Guerra Fría (1945-1989, aproximadamente) hizo su aparición la segunda generación de los derechos, básicamente sociales, que fueron incorporándose a las nuevas constituciones (Italia, 1947; Portugal, 1976; España, 1978 y después muchas más) y a día de hoy continúan su expansión (según países y grados de austeridad), aunque su puesta en práctica no está exenta de problemas.

E. En 1977 Karel Vasak presentó su tercera generación de derechos. Si los de la primera eran los derechos de la *liberté* y los de la segunda los de la *egalité*, los de la tercera generación iban a ser los de la *fraternité*: derechos al desarrollo, a la paz, al medio ambiente sano, al patrimonio común de la humanidad y a la asistencia humanitaria. Vasak no tuvo mucho éxito si se mide por su traducción a derechos exigibles ante un juez (lo que sería muy difícil tratándose de la paz o el medio ambiente), pero la idea y la denominación echaron raíces. Aunque parezca lo contrario, los derechos de esta tercera generación seguían siendo más modernos que postmodernos, pues lo que pretendían era expandir el lema de la Revolución Francesa. Por comparación con los actuales, seguían siendo derechos básicamente políticos o económicos, y relativamente centrados en el hombre. Como Vasak seguía el triple lema de la Revolución Francesa, sus derechos seguirían siendo genéricamente políticos, mientras que los de los consumidores y, más aun, los de la personalidad, identitarios, sexuales o los de los niños tienen poco de políticos; ya no están en el mundo de 1789 sino en la actual “desafección de la Política”.

F. Hoy estaríamos ante los derechos de la postmodernidad, los nuevos derechos o la cuarta generación, pero presentan tal carencia de unidad conceptual que difícilmente se les puede considerar como una generación clara e inequívoca. Con los nuevos derechos, al menos dos generaciones anteriores, los liberales y los sociales, pueden resultar perjudicadas. Por eso se trata de un fin de ciclo. En diversos casos, los nuevos derechos no presuponen la libertad, la dignidad ni la igualdad de todos; cuando no las atacan. Algunos, como los que tienen como objeto al ser humano (p. ej., gestación subrogada), niegan la dignidad, y existen otros que fomentan la desigualdad porque, p. ej., el *enhancer* siempre será superior al *enhanced*, y este, superior al hombre común todavía no *enhanced*. Los mismos gobernantes, como los españoles actuales, que coartan libertades de las generaciones anteriores (“Ley Mordaza”, recortes sociales), promueven nuevos derechos. Que puedan hacerlo así sin ninguna incoherencia de

fondo refuerza la idea de que los nuevos derechos pertenecen a otra estirpe; no son la continuación de los clásicos ni de los sociales. Cuando la Declaración de Independencia americana proclamaba que *All men are created free and equal...*, y al mismo tiempo mantenía la esclavitud, incurría en manifiesta incoherencia; pero cuando un político europeo actual acepta la gestación subrogada mientras que recorta la libre expresión o hace uso del llamado Derecho Penal del Enemigo, no es incoherente. No son derechos liberales (en el sentido literal, derechos de libertad política) sino que generan conformidad y obligación.

Debe advertirse que aquí nos centramos en Europa, pero en Estados Unidos ya la década de 1960 fue la de los Derechos Civiles –Martin Luther King fue asesinado en 1968–, y en Canadá, tras la *Charter of Rights* de 1982, los derechos comenzaron a dispararse y multiplicarse.

Tras el final de la Guerra Fría proliferaron los derechos, declaraciones, documentos y jurisdicciones para protegerlos, en un escenario de triunfo universal, de tal forma que los derechos han colonizado el lenguaje común, y los jueces activistas, así como también diversos comités internacionales (CHR, CSW, CEDAW, CRR) expanden los derechos y continúan produciendo figuras nuevas. Es un proceso de proliferación que no parece tener un fin próximo pero que no detiene el crecimiento del poder ni el progresivo deterioro de diversos auténticos derechos esenciales para una democracia, como libre expresión, manifestación, debido procedimiento jurídico, intimidad y otros. Poco nos sorprenderá, entonces, que el triunfo universal de los derechos lleve décadas coexistiendo con “un creciente sentimiento de malestar”<sup>3</sup>.

Simplificando las cosas para buscar fechas significativas, diríamos que el espíritu de los derechos más propiamente constitucionales abarcaría de 1789 a 1989 (Muro de Berlín)<sup>4</sup>. A partir de ahí, asistimos a una explosión de reales o supuestos derechos, no pocas veces contradictorios los unos de los otros. En realidad, como decimos, el proceso había comenzado bastante antes, pero la eclosión, con una fragmentación y dispersión sin precedentes, aparece ante nuestros ojos en la última década del siglo XX y las dos primeras del XXI.

La situación en la que estamos hoy se comprende mejor si tenemos en cuenta el impacto –o más bien los impactos– de la postmodernidad en los derechos. Han sido aproximadamente los siguientes: pérdida de los fundamentos, ruptura del vínculo hombre-derechos y, con ella, crisis en

---

<sup>3</sup>Cartabia, 65. O véase Ignatieff, Michael, *et alii*, *Human Rights as Politics and Idolatry*, Princeton, 2001 (Amy Guttmann, ed.); un libro poco optimista.

<sup>4</sup>Ambas fechas, 1789 y 1989, son más simbólicas que precisas. El documento de derechos clásicos más antiguo, la *Petition of Rights*, es de 1627, si bien aún no fue una Declaración realmente moderna y fue poco conocida fuera de Inglaterra. En cuanto a 1989, para entonces ya estaban puestos los cimientos –y más que los cimientos– de los nuevos derechos; basta recordar Mayo del 68.

la titularidad de los mismos; inflación y fragmentación de los derechos (que, por lo mismo, dejan de ser esenciales y básicos); auge –por ahora, interminable– del control y de la regulación por el poder; conversión de los derechos en nueva ética y aumento exponencial de los deberes.

Estamos ante varias crisis que no podían dejar de afectar a los derechos: la crisis antropológica, la del Derecho<sup>5</sup>, las nuevas tecnologías y biotecnologías, capaces de dominar e incluso cambiar al hombre; nuestra sociedad tal como la retratan últimamente autores como Han o Sadin<sup>6</sup>... Sería imposible que todo ello no afectara, y mucho, a los derechos.

### III. SOBRE LOS NUEVOS DERECHOS

Estudiar en este momento los nuevos derechos es como estudiar la hierba justo moviéndose bajo nuestros pies. Intentaremos pintar un cuadro a grandes brochazos, procurando más captar la realidad que cumplir con una metodología académica.

Consideramos plausibles las hipótesis que siguen: el hombre considerado como objeto, la rebelión de las élites<sup>7</sup> –que ayuda a entender cómo surgen y se expanden estos derechos–, el carácter radicalmente novedoso y problemático de los nuevos derechos, así como su dudosa conveniencia para la democracia constitucional. Sugerimos también, como apuntábamos, que no estamos ante una generación más de derechos –la cuarta, por ejemplo–, sino ante una realidad nueva; como si la naturaleza de los derechos no permitiera desarrollos hasta el infinito sin romper, al fin, con el original. Mientras tengamos presentes estas precauciones, no hay inconveniente en llamarles cuarta generación.

La expresión “nuevos derechos” dista de ser satisfactoria. Ello no es raro si tenemos en cuenta que tampoco lo es la indiscutida expresión “derechos *humanos*”; pues estos propiamente nacieron con la Declaración de 1948; antes no se llamaban así y abiertamente se veían como vinculados a cada estado en vez de ser universales. Tal vez los nuevos derechos sean la primera generación completamente universal, pero sería más exacto decir universalizada, pues su origen estuvo en ciertos países, tribunales

---

<sup>5</sup>Véase Pereira Menaut, “Nihilismo jurídico: ¿etsi ius non daretur?”, *Persona y Derecho* 78, 2018-1, 293-322.

<sup>6</sup>Han, Byung-Chul, *En el Enjambre* (Barcelona, 2014; original: *Im Schwarm*, Berlín, 2013) y *La Sociedad del Cansancio* (Barcelona, 2017, 2ª ed. ampliada; original: *Die Müdigkeitsgesellschaft*, Berlín, 2010); Sadin, Eric, *La Humanidad Aumentada. La Administración Digital del Mundo*, Bs. As., 2017 (original: 2013) y *La Silicolonización del Mundo*, Bs.As., 2017 (original: 2016).

<sup>7</sup>Idea tomada de Lasch, Christopher, *The Revolt of the Elites and the Betrayal of Democracy*, Londres y NY, 1996.

y organismos internacionales, desde los que han sido extendidos al resto del mundo<sup>8</sup>.

#### A. LA CORTA HISTORIA DE LOS NUEVOS DERECHOS

La historia de los derechos, en general, nunca ha sido un *continuum*. Ha habido notables saltos. E incluso sin saltos aparentes, sin cambiar la letra, hay documentos que en no mucho tiempo han venido a ser leídos de una forma muy distinta, como la Constitución norteamericana, la Declaración Universal de 1948 o los artículos sobre derecho a la vida y matrimonio en la Constitución española.

Hablando también en general, lo sucedido a los derechos se inscribe dentro de lo sucedido al constitucionalismo demoliberal. Dejando aparte la crisis en los fundamentos teóricos (Nietzsche, p. ej.), los problemas serios comenzaron ya en las primeras décadas del siglo XX. En bastantes países occidentales se aprobaron leyes de eugenesia, con sentencias como *Buck v. Bell* (274 U.S. 200 (1927)), cuyo ponente fue el juez Holmes). Margaret Sanger (1879-1966), fundadora de lo que más tarde sería Planned Parenthood, defendía la eugenesia y antes de la Guerra veía bien lo que se estaba haciendo en Alemania. *The Decline of Liberalism*, de Hallowell, es de 1943, y la famosa y pesimista conferencia de Scheler sobre la disminuida posición del hombre en el cosmos es de 1928.

La victoria militar de 1945 sobre los totalitarismos dio oxígeno al constitucionalismo y a los derechos; se proclamó la Declaración Universal y hubo un renacimiento del Derecho natural. Hubo evidentes mejorías y progresos, por ejemplo, en la protección, pero los factores que venían socavando las raíces siguieron haciéndolo. En 1978 la Constitución española fue saludada en todo el mundo como un hito, pero en el fondo no iba a haber más que una democracia limitada, con poderes muy fuertes y, en cuanto a derechos, solo los justos, y según el juicio del legislador y del Tribunal Constitucional más que de la Constitución. A toda esa corriente erosionadora de la democracia y de los derechos, que en realidad venía de atrás, se le sumaron hacia 1990 los tremendos impactos de la tecnología, los posthumanismos y demás factores mencionados. Hoy hay gente que no ve mal la censura, prefiere la seguridad a la libertad, no confía en el hombre común, y no pide al poder que se someta al Derecho.

Procede, entonces, preguntarnos cómo hemos llegado a esta eclosión de nuevos derechos. Con la Caída del Muro vino, pretendidamente, el fin

---

<sup>8</sup>Moyn, Samuel ("Plural cosmopolitanisms and the origins of human rights", 193-211 de Douzinas-Gearty, eds., *The Meanings of Rights*) escribe: *The history of human rights, in short, is not a story about 'the cosmopolitan tradition' [...] (199)*. La Declaración de 1948 no fue tan universal como se cree, sino de unos pocos países, aunque con el tiempo consiguió una aceptación global antes nunca vista.

de la historia y el triunfo universal de la democracia liberal, lo cual, de ser cierto, volvería ociosa la discusión política. Entonces tendría sentido abandonar la *polis* y dedicarnos al *self*. Es cierto que la crisis del liberalismo y las obras de Foucault, Lacan, Deleuze y otros son muy anteriores a 1989, pero es como si el fin de la preocupación por el imperio soviético hubiera roto en Occidente los diques que venían conteniendo los nuevos derechos.

Es importante recordar que los derechos no son abstracciones en el vacío. Viven como anidando en una sociedad, un Derecho, una antropología e incluso unas condiciones materiales<sup>9</sup>. Apuntaremos varias circunstancias concomitantes, causas y presupuestos.

1. Los primeros se refieren al hombre mismo, a los seres humanos. Se ha producido un desarrollo de derechos en lo personal y corporal, algo así como una traducción a lo jurídico de la visión de la libertad y el desarrollo de la personalidad como posibilidades ilimitadas de redefinirse uno a sí mismo y explorar todo posible terreno –excepto los políticos o económicos, donde somos cada vez más súbditos–.

Detengámonos en el deterioro de la posición del hombre en el cosmos. Sin la pérdida de la centralidad del hombre no habrían florecido aquellos derechos nuevos en los que el hombre oficia de objeto. Possenti insiste en la “*marginación antropológica* efectiva en la cultura” y en que “la crisis del sujeto en la filosofía contemporánea testimonia el declive probablemente irreversible de la línea sujeto céntrica [*sic*] moderna...”<sup>10</sup>.

Puede parecer antiintuitivo pero ese deterioro en la posición del hombre ha corrido paralelo con la explosión identitaria en muchas personas post-modernas. Así, mientras las identidades políticas –ser portugués, gallego, italiano–, que generan aglutinación política y social, son a menudo mal vistas, las nuevas identidades, aunque empobrezcan las relaciones interpersonales y sociales, son fomentadas.

Marta Cartabia subraya que los nuevos derechos, así como algunas sentencias que los reconocen, están moldeando a la persona humana<sup>11</sup>, así que serían más causa que efecto del cambio antropológico actual. Sin negar eso, aquí subrayamos el cambio antropológico como presupuesto. Ciertamente, los nuevos derechos, al ser tan diferentes de los clásicos,

---

<sup>9</sup>Recuérdese la defensa de los concretos derechos ingleses frente a los abstractos franceses de 1789.

<sup>10</sup>Possenti, Vittorio, *La Revolución biopolítica. La Peligrosa alianza entre Materialismo y Técnica*, Madrid, 2016 (original: 2013), 24, pero ver también 35 ss. y *passim*. “Vale la pena meditar no solo sobre el control creciente de las biotecnologías sobre el hombre, sino también el proceso de *marginación antropológica* efectiva en la cultura, [...]” (13). Con todo, según él, la categoría de *persona* sigue intacta.

<sup>11</sup>“La Edad...”, 66 y *passim*. Con este enfoque estudia los dos casos de privacidad norteamericanos *Cruzan* (1990) y *Gluckberg* (1997) y la sentencia del TEDH, *S.H. y otros vs Austria* (2010).

son eficaz instrumento para crear un tipo humano moldeando la imagen del hombre, pero también dependen de ella.

Además, la explosión de la tecnología y su capacidad de imposición sobre el hombre, que no parece tener fin próximo, han contribuido a generar nuevos derechos: “El segundo factor de riesgo para el humanismo es la ideología de la técnica entendida como capacidad ilimitada de fabricar y producir todo y de pensar al ser y los hombres como materia disponible...”<sup>12</sup>.

2. Mayo del 68 fue una revolución contra la ética y las instituciones sociales (“rompamos las reglas” morales y sociales –no políticas y económicas–, “seamos transgresores” de las costumbres burguesas; “prohibido prohibir”). No interesó mucho al conjunto de la sociedad ni amenazó seriamente las instituciones políticas ni al gran capitalismo. Por el contrario, al sostener que la liberación sexual era la verdadera liberación política, preparó el terreno a futuros derechos no políticos.

3. La penetración del Derecho positivo en la biología ha abierto nuevas vías:

“El derecho, que durante tanto tiempo legisló sobre lo externo, ocupándose de las relaciones entre los hombres, hoy está obligado a penetrar en la interioridad del hombre, [...] El bioderecho y la biopolítica nacen como una novedad real, pues durante milenios el derecho y la política se detenían ante el *bíos*, [...] Hoy entran en ellos, porque ya han penetrado en ellos la ciencia y la técnica”<sup>13</sup>.

El primer rasgo del Derecho que se resiente es la alteridad. Las invasiones de la técnica en la vida humana producen un nuevo tipo de relaciones personales, además de alterar las que ya existían. Y si, arrastrada por esas invasiones, la legislación positiva se introduce en la biología y la psicología –olvidando que para el Derecho ambas deben ser un *prius*–, generará pretensiones que serán legales y ejercitables ante un juez. En cuanto a la excesiva legalización de otras relaciones humanas que ya existían, también ha generado nuevos derechos. Por ejemplo, las relaciones padres-hijos son ahora vistas como relaciones creadas –o re-creadas, o supervisadas– y por tanto pueden generar derechos de unos contra otros. Una vez aceptadas como nuevo *ordre public* jurídico, ni siquiera quienes profesan el enfoque de siempre –que consideraba esas relaciones más sociales que jurídicas– pueden oponerse a que se les aplique el nuevo<sup>14</sup>.

---

<sup>12</sup>Possenti, *Revolución biopolítica*, 15.

<sup>13</sup>Possenti, *Revolución biopolítica*, 70.

<sup>14</sup>Cfr. Kalb, James, “Identity and the Civilization of the West”, *Sydney Trads*, 11-II-2017 (<[sydneytrads.com/2017/02/11/2017-symposium-james-kalb/](http://sydneytrads.com/2017/02/11/2017-symposium-james-kalb/)>; consultado el 9-III-2019).

En esos casos, en que la ley entra tan a fondo, lo que hace en realidad es rediseñar esas relaciones naturales, prejurídicas; casi reconstruir lo que es ser hijo o padre (p. ej., derecho a no atender padres ancianos; atribución judicial de padre a un hijo gestado subrogadamente y cuyos padres se divorciaron antes del parto). En algunos casos de adopción por quien biológicamente no podría ser padre, la ley resulta más importante que la fisiología para decidir quién es padre.

4. En el terreno político, en realidad, el marxismo no jugó un papel determinante ni como requisito ni como causa; está jugándolo mucho mayor el capitalismo actual, con su mercantilización irreverente de todo, incluso el vientre de una madre. Es cierto que algunas ramas del tardomarxismo occidental, ya por convicción ya por estrategia, al ver que no iba a haber revolución político-económica, aplicaron a las relaciones personales y familiares el análisis de explotación de clase. Foucault y otros sostuvieron que existe poder en todos los ámbitos, incluso personales, así que hay que actuar políticamente en ellos<sup>15</sup>; y de ahí la conversión de la intimidad y la biología en terreno para la política y el Derecho. El provocador director de cine Pasolini y otros decían (pero no demostraban) que el sexo es política. Si “lo personal es lo político”, la primera liberación política debería darse en los terrenos personales.

Debe notarse también que muchos gobernantes –sin excluir la propia UE, aunque no sea competente en estas materias– que desean o consienten la involución política (restricciones de la libertad y participación; aumento de la represión, incluso penal), directa o indirectamente fomentan más y más libertades culturales, personales, sexuales o biológicas<sup>16</sup>.

Los nuevos derechos nacieron y florecieron en un caldo de cultivo de “muerte del hombre”, de posthumanismo, transhumanismo (Anders, Harari, Singer, Sloterdijk, Zizek) y antihumanismo (Foucault, Althusser, Donna Haraway<sup>17</sup>).

---

<sup>15</sup>Hardt y Negri sostienen que el feminismo es política (Hardt, Michael, y Negri, Antonio, *Imperio*, Barcelona, 2005; original: *Empire*, Harvard UP, 2000).

<sup>16</sup>Así lo previó Aldous Huxley (*A Brave New World*, 1932; trad. esp., *Un Mundo Feliz*, 2ª ed., Prólogo): el dictador hará bien en fomentar esas libertades. La anterior derecha europea, que partía de una moralidad socialmente compartida, ha dejado paso a otra secular que empobrece a millones de personas para cumplir objetivos de deuda o déficit, mientras reduce las libertades públicas e incrementa el control orwelliano. Al mismo tiempo, suscribe la exploración sin fin de las identidades personales o la “maternidad subrogada”. En cuanto a la izquierda, hoy prácticamente ausente, véase, por todos, Judt, Tony, *Algo va mal (Ill Fares the Land)*, NY, 2010. El 11-XII-2008 *The Economist* publicó “The left’s resignation note”. Seguramente, el programa social de la democracia cristiana italiana de 1960 no lo suscribirían los socialdemócratas de hoy.

<sup>17</sup>Según Hardt-Negri, *Imperio*, 110-111; Possenti, *Revolución*, 16: feroz antihumanismo de Foucault y otros, de origen nietzscheano y francés, que llega al máximo en Hardt-Negri,

## B. LA FUNDAMENTACIÓN DE LOS NUEVOS DERECHOS

El importante problema de la fundamentación de los derechos ha venido dividiendo a los autores desde hace tiempo, y hoy es una cuestión clave. Si fuéramos capaces de identificar una fundamentación sólida, nos acercaríamos a posturas iusnaturalistas, conclusión inadmisibles para algunos. Como es sabido, al preparar la Declaración Universal de la ONU prevaleció la idea de que lo importante era protegerlos, más que librar arriesgadas batallas por fundamentarlos. Hoy, con unos derechos fragmentables *ad infinitum*, el problema de la fundamentación ha pasado a primer plano. Es imposible pronunciarse sobre la gestación subrogada –por ejemplo– sin pronunciarse también, al menos indirectamente, sobre su fundamentación. Es imposible admitir o rechazar la adopción por parejas homosexuales sin pronunciarse, si quiera indirectamente, sobre la sexualidad humana, la familia y las relaciones de filiación. Cuando los derechos ‘se vuelven locos’ (p. ej., litigando contra los propios padres por habernos dado la vida), si negamos toda fundamentación resulta imposible poner un poco de cordura. Y así sucesivamente.

Hay autores actuales que no son iusnaturalistas pero son conscientes de la necesidad de la fundamentación. Gearty<sup>18</sup> sostiene que, aunque realmente tal fundamentación no exista, hay que preguntarse por ella, pues de lo contrario se pierde la dinámica de los derechos, que tienen que aspirar a tener una base en la verdad<sup>19</sup>. “Los fundamentos, ahora, importan, porque los derechos humanos importan, y más que nunca”, porque hoy hay pocas guías éticas.

La experiencia muestra que si los redactores de 1948 pudieron ignorar el acuerdo fundamental y centrarse en el procedimental fue, irónicamente, porque todavía podían dar por supuesto un razonable *agreement on fundamentals*, pues aunque los cimientos del edificio comenzaran a ser criticados hace cientos de años, en la visión general socialmente compartida el acuerdo general ha durado (según culturas y países) casi

---

*Imperio*, 95, siguiendo a Donna Haraway. Las lindes entre posthumanismo, transhumanismo y antihumanismo no son nítidas.

<sup>18</sup>Gearty, Conor, “Human rights: the necessary quest for foundations”, en Douzinas-Gearty, *The Meanings of Rights*, 21-38.

<sup>19</sup>Pero, curiosamente, necesitan fallar en su pretensión (38). En el pasado se fundamentaron en la religión, la razón y el Derecho (25); ahora tal vez en la naturaleza (38). Según él, podría residir en el ansia de justicia, “en sí misma una especie de verdad” (38). Menciona “una nueva clase de fundacionalismo que coloca la donación, la compasión [y el cuidado de los demás] en el corazón de la historia de los derechos humanos...” (29). Realmente, lo que él sostiene es menos plausible que fundamentarlos sencillamente en la naturaleza humana. Concretamente, para los nuevos derechos, Gearty no suministra fundamentación sustancial alguna.

hasta nuestros días<sup>20</sup>. No es que en 1948 hubiera un acuerdo como el de Cicerón ni como el de los Padres Fundadores americanos, pero es cierto que los redactores de la Declaración partían –entre otras cosas– de la base de la familia, así como de la idea de que los derechos debían operar de abajo hacia arriba<sup>21</sup>.

Los nuevos derechos no tienen una fundamentación unívoca. Aquellos que son derivaciones del clásico derecho a la intimidad, honor o integridad, tendrán la misma fundamentación que este (así, protección de datos, derecho a no ser geolocalizado). En cambio, los que se deriven del nuevo estatuto legal acordado a la vida humana, o de la nueva manera de ver la naturaleza y los animales, no tendrán mucho más fundamento que el instrumento jurídico que los reconozca.

### C. CUÁLES SON LOS PRINCIPALES NUEVOS DERECHOS

Es innecesario recordar que muchas de las pretensiones cobijadas bajo el paraguas “nuevos derechos”, no son verdaderos derechos. Ni siquiera lo eran todos los sociales. Los derechos sustanciales, con contenido esencial propio, conceptualmente autónomos, no derivados de otros derechos anteriores o más sólidos; que pueden plausiblemente ser defendidos incluso contra tratados, constituciones, leyes o sentencias, no pueden ser muchos; tal vez ni una docena. El derecho a la intimidad genética, en cambio, es una concreción del derecho a la intimidad.

Por su variedad y carencia de unidad conceptual, es difícil hacer un elenco fiable de los nuevos derechos. Intentando agruparlos según el mero sentido común distinguiremos los siguientes:

Un grupo de nuevos derechos han sido producidos por el efecto de las nuevas tecnologías sobre derechos que conceptualmente son anteriores, por ejemplo, en la comunicación, la protección de datos, derecho “al

---

<sup>20</sup>Según el escritor teatral Tom Stoppard: “No se necesitaba una frase pública para decirle a uno que ciertas clases de conductas hacia los ciudadanos checos o rusos eran moralmente incorrectas. Para mí, los derechos humanos simplemente respaldan una visión de la vida y un conjunto de valores morales que están perfectamente claros para un niño de ocho años. Un niño sabe lo que es justo y lo que no lo es, y la justicia se deriva de ese conocimiento” (cit. por Gearty, 30; pero si son niños españoles bombardeados por la educación y el actual entretenimiento, quizá no sea así). Possenti escribe: “Lo que está ocurriendo en Occidente ante nuestros ojos es el hundimiento de los fundamentos humanísticos y filosóficos del liberalismo, corroídos por el liberalismo libertario o liberalismo radical, que reducen en extremo la idea de persona y que intentan eliminar la idea de la naturaleza humana como normativa” (*Revolución biopolítica*, 14-15).

<sup>21</sup>Glendon, Mary Ann, “70 años de la Declaración Universal de Derechos Humanos”, *Nuestro Tiempo* 701 (2019), 104-111 (originalmente, una conferencia pronunciada en Roma, en noviembre de 2018); 110.

olvido”<sup>22</sup>, derechos digitales, derecho a no estar geolocalizados sin consentimiento... Nótese que estos derechos pueden ser para todos (no solo para un grupo) a diferencia de otros nuevos derechos que por definición solo protegen al grupo que los alega.

Un segundo apartado se deriva de la lucha contra toda discriminación imaginable, justa o injusta, atravesando cuanto terreno sea necesario y llegando al borde del ridículo (derecho al uso de cualquier baño público, obligación de usar lenguaje no sexista ni en lo más mínimo, defensa del matrimonio homosexual precisamente por lo que tiene de igualitario).

Otro factor ha sido la privacidad (en Europa, más bien la autodeterminación personal) llevada también al extremo. Ha jugado un papel importante, entre otros terrenos, en los debates bioéticos. La extrema privacidad ha ido muchas veces de la mano de la extrema no discriminación.

Un cuarto bloque de derechos fue generado por el sexo, el cuerpo y la vida biológica; por la hipersexualización, la aparición del género, el impacto de la tecnociencia en la biología humana (Possenti), salud, cuerpo, relaciones familiares, *enhancement*, pretensiones acerca del comienzo y el final de la vida<sup>23</sup>. A veces se ha tratado del mejoramiento o creación de un hombre nuevo mediante técnicas genéticas<sup>24</sup>.

Otro grupo de nuevos derechos está relacionado con el nuevo estatuto legal (mejor que jurídico, pues no toda ley es Derecho) de la vida humana y del ser humano. La vida humana ya no es un *prius* para el Derecho, se ha hecho disponible para el legislador; el hombre pasa de sujeto a objeto. Esto —el hombre como objeto— aparece en diversos nuevos derechos.

Otros derechos tienen que ver con el ecosistema, con la nueva relación entre el hombre y el resto del planeta: reales o pretendidos derechos de los animales, de la naturaleza (contra la explotación minera agresiva o la contaminación del suelo<sup>25</sup>).

---

<sup>22</sup>Cortesía de Fernández García-Armero, Pablo, “El Derecho al Olvido”, 2018, *pro manuscripto*.

<sup>23</sup>En Alemania, un hijo demandó a unos médicos por haber mantenido vivo a su padre. El más alto tribunal federal penal (el BGH) sentenció a favor de los médicos y dijo que emplear medios médicos para prolongar la vida no es dañino ni criminal (2 abril 2019; accesible en internet). Es claro que la visión del hombre, de la vida y de los derechos que hay tras esa demanda fallida, es muy distinta de la Declaración de Independencia americana.

<sup>24</sup>Recientemente, Harari, Yuval, *Homo Deus*, Barcelona, Debate, 2016 (original hebreo: 2015); si bien la idea del hombre nuevo tiene precedentes en el siglo XIX (Negro, Dalmacio, *El Mito del Hombre Nuevo*, Madrid, 2009). Ver también Sandel, Michael, *Contra la Perfección. La ética en la era de la ingeniería genética*, Barcelona, 2007 (original: *The Case Against Perfection*, 1999).

<sup>25</sup>Entre otros, Mignolo, Walter D., “From ‘human rights’ to ‘life rights’”, 161-180 de Douzinas-Gearty, eds., *The Meanings of Rights*. Sostiene que “*nature rights are human rights*” (165-168) y que son derechos a la vida. El hindú Raphael Samuel, a quien mencionaremos en breve, considera al Planeta más importante que el hombre; sería un ejemplo actual de la percepción de Scheler del nuevo lugar del hombre en el cosmos. El pensamiento de fondo es completamente diferente del que vio nacer los derechos en los siglos XVII a XIX.

Mencionaremos también los derechos sin sujeto actual, como los proclamados en 1994 por la ONU a favor de las generaciones futuras (y que, por tanto, es discutible que sean verdaderos derechos).

Añadamos los derechos identitarios, producidos por la entrada en la escena pública de aquellas identidades reputadas oprimidas o injustamente discriminadas, sobre todo las de sexo, “género”, orientación sexual, cultura y minorías étnicas (en este caso, no todas). Tratándose de este tipo de identidades, que no son las únicas, pero son las importantes aquí, se comprende que los derechos derivados de ellas enfrenten a la gente, aunque al mismo tiempo paradójicamente produzcan conformidad y corrección política.

Otro grupo que merece mención aparte son los “derechos de la personalidad”. En España nacieron hace muchas décadas de la mano de civilistas, y en ese sentido no serían precedentes de los actuales nuevos derechos; serían como una expansión indebida de algunos derechos del Derecho Civil en el terreno del Constitucional.

Estos derechos, por otra parte, enlazan con el derecho alemán al libre desarrollo de la personalidad (*Grundgesetz*, art. 2.1, que luego pasó a la Constitución española y a otras). Una vez descarrilados, enlazarían con la visión post 1968 de la libertad como posibilidad ilimitada de hacer lo que uno desee con su vida en todos los sentidos (excepto los políticos y económicos), sin limitaciones biológicas ni de ningún género. En Estados Unidos lo equivalente a los derechos de la personalidad serían los de la *privacy*, también muy expandidos últimamente.

Es claro que resulta imposible clasificarlos satisfactoriamente. Si acudimos a Dershowitz, Segovia, Mighell u otros<sup>26</sup>, vemos una variopinta y gran cantidad de derechos, no pocas veces contradictorios; efecto inevitable cuando el aumento cuantitativo desborda el sentido común<sup>27</sup>. En esto hace particular hincapié Dershowitz, con una ilustrativa tabla de derechos con sus correspondientes contraderechos (derecho de los animales a su vida frente al derecho a una alimentación sana y equilibrada, y así).

Por otra parte, queda dicho que algunos derechos nuevos –frecuentemente los más sólidos– son redefinidos o derivados, pues solo hay un derecho realmente nuevo cuando es conceptualmente autónomo y tiene un “contenido esencial” nuevo. Los nuevos derechos generados a partir del derecho clásico a la intimidad serían más bien redefiniciones debidas al hecho de que ahora ese derecho hace frente a situaciones nuevas, pero si –p. ej.– el derecho a la intimidad digital existe, es porque en el fondo se incardina en el derecho general a la intimidad.

---

<sup>26</sup>Dershowitz, Alan M., *Rights From Wrongs* (NY, Basic Books, 2004); Mighell, Connor, *A War of Freedoms* (senior thesis, Baylor University, accesible en internet, 2015); Segovia, Juan Fernando, *Derechos humanos y constitucionalismo* (Madrid, 2004).

<sup>27</sup>Cartabia, “La Edad...”, 65.

#### D. CÓMO SON LOS NUEVOS DERECHOS

¿Cómo son los nuevos derechos?<sup>28</sup> Es imposible dar una respuesta igual para todos ellos. Por lo general, los nuevos derechos no se generaron en barricadas ni manifestaciones sino en comités de la ONU, en algunos altos tribunales, en los grandes medios de comunicación y entretenimiento; en las elites capaces de crear los marcos del pensamiento. No los proclamó el pueblo a sangre y fuego en “La Libertad conduciendo al Pueblo” (Delacroix), ni haciendo a un rey jurar un *Bill of Rights*. No son producto de una rebelión de las masas, que hoy no hay –Judt señaló la debilidad de lo social en los últimos decenios<sup>29</sup>– sino más bien de las élites, a menudo usando el *soft law* internacional<sup>30</sup>. Curiosamente, ya Chesterton intuyó este elitismo con mucha antelación<sup>31</sup>:

“La emancipación moderna... [implica una]... nueva persecución del Hombre corriente” en favor del Hombre excepcional. Fastidia al hombre común en aras de malthusianismo, eugenesia, esterilización “e incluso, muy probablemente, del infanticidio”, y los proyectos de esterilización son básicamente para las clases bajas (7-8). Nuestras catástrofes no se deben a la “gente práctica que se supone que no sabe nada, sino, casi invariablemente, a la gente altamente teórica que sabe que lo sabe todo” (14).

En su origen, los derechos respondieron a la lógica de protegernos frente al estado, pues siempre tenderá a ser opresivo. Con los nuevos derechos tomamos esa lógica de estar a la defensiva, nacida para enfrentarnos al estado y se la aplicamos al profesor, vecino, abuelo, nieto, médico, a las limitaciones naturales o defectos físicos, aunque no nos opriman propiamente. De esa manera, ese espíritu defensivo y de desconfianza, que el hombre libre normalmente tendrá frente a todo gobierno, es trasladado a un ámbito en el que no procede, porque es un ámbito de mucha cooperación y en el que tenemos muchos deberes naturales (para con los vecinos, familia, amigos, colegas, restantes conductores o viandantes; de lo contrario, no habría vida social), traslado muy destructivo para los lazos interpersonales y el llamado “capital social”. Con la *Drittwirkung* (eficacia contra terceros) aplicada a los nuevos derechos, todas las personas

---

<sup>28</sup>Cfr. Pereira Sáez, Carolina, “Los nuevos derechos”, *Persona y Derecho* 75 (2017-1), 93-114.

<sup>29</sup>En general, en varias de sus obras, p. ej., *Algo va mal*.

<sup>30</sup>Matlár, Janne Haaland (*When Might Becomes Human Right*, Leominster, 2007) explica cómo operan los grupos transnacionales, que nunca proceden espontáneamente de la gente. Ver “New Actors: The Norm Entrepreneurs”, 56-61, y la bibliografía allí citada.

<sup>31</sup>Este problema, entonces solo incoado, lo entrevió perspicazmente en 1936. Chesterton, Gilbert Keith, *El hombre corriente*, Sevilla, 2013 (libro póstumo de 1936), esp, 7-17. (Gracias al chestertoniano Dr. C. Díaz Teijeiro).

corrientes dependemos menos unas de otras pero dependemos más del estado<sup>32</sup>. Esa eficacia, llevada al extremo y sumada a la transparencia hoy imperante en el mundo, convierte a todos en vigilantes unos de otros: los alumnos, de los profesores; los vecinos, de quienes no pasean al perro en 48 horas y así sucesivamente. Lógicamente, para no ser uno denunciado o no sufrir microagresiones orales, la gente deja de comportarse espontáneamente en público.

### *Rasgos de los nuevos derechos*

Nuevamente acudiremos al procedimiento de pintar a grandes brochazos porque la sabiduría jurídica romana decía que *omnis definitio in iure civili periculosa est* (Iavoleno). Si –decimos– no se puede ofrecer una definición de manual de los nuevos derechos, difícilmente se podrán listar satisfactoriamente sus variopintos rasgos. Pero aunque sea imposible dar una definición perfecta y aunque los rasgos resulten imprecisos y encabalgados unos con otros, esperamos que nos ayuden a mejorar razonablemente nuestra comprensión de la realidad. Algunos de esos rasgos son los que siguen:

- A. Estos derechos no son “humanos” en el sentido de los derechos humanos anteriores; no son inherentes a todo hombre ni favorecen al hombre común. Los derechos de los animales bajan al hombre de nivel (para no mencionar la pretendida indistinción hombre-animal-máquina; Haraway, Hardt-Negri). Otros reales o pretendidos nuevos derechos no son humanos porque rechazan la base de la vida humana, hasta ahora generalmente indiscutida y sin la cual ningún derecho sería propiamente “humano”. Un joven hombre de negocios de Mumbai declaró recientemente su intención de demandar a sus padres por... haberlo traído al mundo<sup>33</sup>. O piénsese en el citado caso del litigante alemán que demandó a los médicos por haber mantenido con vida a su padre durante un período que a juicio de su hijo debió de ser demasiado largo. Como estos ejemplos, se podría sin dificultad aducir muchos más hoy. Parece como si el sentido común hubiera sido borrado de la faz de la Tierra.

---

<sup>32</sup>Varios autores, informe sueco *The Nordic Way*, Foro de Davos, 2015; versión PDF en internet. Algunos culpan también a los derechos clásicos de deteriorar el tejido social (p. ej. Cartabia, 84), pero aquellos derechos, como el Derecho mismo, son superficiales: no pretendían rediseñar las relaciones personales ni el entramado social, mientras que los nuevos derechos es imposible que no lo hagan.

<sup>33</sup>“Indian man to sue parents for giving birth to him”, *BBC News*, Delhi, 7 Feb. 2019. Raphael Samuel es antinatalista y cree que la desaparición de la humanidad sería buena para el Planeta. Su página de Facebook se llama Nihilanand. Al parecer, sus padres, que son abogados, han recibido el asunto con humor.

- B. No son universales. Son de origen occidental –y realmente solo de una elite occidental–, aunque los comités de la ONU los extiendan a todo el mundo, incluso designando un supervisor (el Prof. Vitit Muntarbhorn, nombrado en 2016 supervisor de los derechos LGBTI para todo el mundo con la oposición de muchos países no occidentales).
- C. Una cierta cantidad de nuevos derechos no son altruistas. Los derechos anteriores beneficiaban a todos (tutela judicial, libre expresión, inviolabilidad de domicilio) o al menos a grandes grupos desfavorecidos (así, derechos sociales). Harari, los *enhancers* y otros hablan claramente de derechos no altruistas, que nunca van a ser para todos.
- D. Como hemos dicho, no son sociales: por un lado, porque debilitan la dimensión social; por otro, porque se dirigen abiertamente a muy pocas personas: los derechos de los transexuales a usar ciertos baños benefician a un porcentaje bajísimo de la población y no representan lucha alguna contra la pobreza; en España, los matrimonios homosexuales no superan el 2,5% del total, y la maternidad subrogada, que es muy cara, interesa a unas 450 personas sobre 47 millones. Precisamente por eso tampoco son políticos, sino que producen el abandono del foro y del ágora y la reclusión en lo privado. Disminuyen nuestro control del gobierno: para garantizarlos, el gobierno –o la UE, o la ONU– tiene que interferir hasta en nuestras mentalidades; de ahí el esfuerzo por introducirlos desde la infancia.
- E. Relacionado con el anterior, otro de sus rasgos es afectar al pensamiento (así, fobias): hoy un racista no es el que desprecia a otro grupo étnico, sino también aquel que quizá lo piense; un homófobo no es solo quien maltrata homosexuales; basta que piense que el auténtico matrimonio es solo entre hombre y mujer. Acudir a las fobias es contrario a la alteridad propia del Derecho, penetra en nuestras mentes y produce inseguridad: ¿quién se sentiría seguro siendo acusado –p. ej.– de islamofobia por un observatorio talibán de fobias?
- F. Un aspecto importante es la producción, bajo el término “derechos”, de una nueva obligatoriedad. Decíamos antes que no son derechos liberales porque generan obligatoriedad. Desde que se rediseña un modelo único y es aceptado por el ordenamiento jurídico español (p. ej., matrimonio como pacto de afecto entre cualesquiera), aunque no sea obligatorio practicarlo, lo es aceptarlo como canon u *ordre public* francés. Uno puede casarse con persona del otro sexo, como hace la gran mayoría, pero el matrimonio heterosexual como tal no existe legalmente en España.

Otra explicación de la nueva obligatoriedad es que los derechos son la nueva ética, y eso suena bien, pero la ética, por definición, impone deberes; es un “catálogo de deberes” (d’Ors): saludar al vecino, cumplir las promesas, cuidar a los padres. Refuerza también la obligatoriedad el

hecho de que aquellos que versan sobre el yo, las relaciones íntimas, la vida y la muerte, hacen como de religión sustitutoria, que llega a decir al hombre postmoderno cómo debe ser y comportarse.

Una tercera explicación es el llamado “imperativo tecnológico”: si partimos de que todo lo que la técnica haga posible, se hará, daremos un paso más y pasará a *deber* hacerse, según pide el baconiano imperativo tecnológico:

“En el ámbito de la biopolítica interaccionan hoy la postura libertaria, que circula en las democracias liberales con el supuesto de que la gestión de la vida de uno es un asunto de incumbencia exclusivamente privada, y la ideología de la técnica, según la cual lo que es técnicamente factible es de suyo moralmente lícito, y quizás incluso obligatorio”<sup>34</sup>.

En España, ese carácter libertario y esa incumbencia exclusivamente privada están fuera de nuestra realidad. Hoy ni siquiera se aparenta fomentar la libertad, y todos los asuntos de este género están controlados. Puede el legislador dejar a las personas la disposición de los embriones congelados o la adopción homosexual, pero bajo una minuciosa supervisión, como la adopción por un matrimonio heterosexual.

#### *Acerca de los distintos efectos de los derechos clásicos y de los nuevos derechos*

Siendo los nuevos derechos diferentes de los clásicos, producirán diferentes resultados. Un cambio en el matrimonio y la familia lógicamente producirá un cambio social, ético y cultural, hoy ya bien visible. En cambio, por mucho que se lleve al extremo la libertad de votar, o la inviolabilidad de domicilio, no se producirá ninguna reconfiguración de la sociedad.

Otro ejemplo de la diferencia es que, si queremos eliminar absolutamente toda discriminación por razón de género, necesitaremos cambiar hasta el lenguaje, como en Canadá, con situaciones a veces pintorescas. En cambio, aunque se lleve al extremo el derecho a un juicio justo, nada de eso ocurrirá.

Similarmente, los derechos clásicos producían sociedades libres; los nuevos, no. Si profundizamos en los clásicos (aunque de por sí no son literalmente “profundos”, como no lo es el Derecho mismo) tendremos una comunidad política más libre. Si profundizamos en los derechos sociales, tendremos una sociedad más igualitaria y con más prestaciones sociales. Si profundizamos en los nuevos derechos la sociedad no necesariamente será más libre ni justa; incluso quizá sea más individualista y más desarticulada.

---

<sup>34</sup>Possenti, *Revolución biopolítica*, 70.

## E. PROBLEMAS QUE PLANTEAN LOS NUEVOS DERECHOS

Como todas las cosas, los nuevos derechos plantean problemas<sup>35</sup>. Así, Cheah habla de la “producción gubernamental de la humanidad”<sup>36</sup> –y de “la humanidad producida por la gubernamentalidad global”<sup>37</sup>–. Sin llegar a tanto, ya los derechos sociales tenían el problema de reforzar al estado<sup>38</sup>. La antigua idea “a más derechos, menos poder”, debe ser revisada.

La puesta en práctica de muchos de los nuevos derechos produce conformidad social y política. Tiende a reconfigurar en horizontal las relaciones personales y las instituciones sociales afectadas. La eficacia horizontal y la irradiación de los derechos fundamentales, nacidas en la jurisprudencia alemana (sentencia *Lüth*, 1958) y hoy ampliamente aceptadas, pueden tener un efecto perturbador si se combinan con algunos nuevos derechos, por ejemplo, obligando a los viandantes a delatar a un abuelo que da un cachete a un nieto insoportable. O bien, si yo tengo derecho a convertirme en *transgender*, conforme a la mentalidad de los nuevos derechos tengo *eo ipso* derecho a que los demás me traten conforme a mi nuevo género, se abstengan de hacer bromas y no solo me respeten, sino que aprueben positivamente mi estilo de vida, pues la normatividad de mi nueva situación irradia a las demás personas. Estas ya no pueden limitarse al “vive y deja vivir” sino que tienen que conformarse con mi nuevo modelo antropológico aunque ellos no lo practiquen, con la consiguiente disminución de la tolerancia y el pluralismo. Hoy, la uniformidad crece en toda Europa e incluso en todo el mundo, y, curiosamente, los derechos son uno de sus agentes<sup>39</sup>. Se combinan, así, el individualismo, por un lado, con la conformidad y sujeción por el otro.

Esto nos reconduce a la mencionada nueva obligatoriedad. Una vez que un nuevo derecho es ética pública, se impone a la sociedad en general, como el citado *ordre public* espíritu del ordenamiento jurídico que todos deben aceptar; sin excluir –según los casos–, el riesgo de sanción legal a unos discrepantes que ya están, además, acosados, por la corrección política que no cesa de sugerirle conformidad a través de los medios y la educación. En el reciente caso de los padres musulmanes de Birmingham

---

<sup>35</sup>De nuevo, *cfr.* Pereira Sáez, “Los nuevos derechos”, *passim*.

<sup>36</sup>Cheah, Pheng, “Second-generation rights as biopolitical rights”, en Costas Douzinas and Conor Gearty, eds., *The Meanings of Rights. The Philosophy and Social Theory of Human Rights*, Cambridge, 2014, 328; 215-232. Su enfoque es foucaultiano. Llama “derechos biopolíticos” a los económicos y sociales (227), lo cual es discutible.

<sup>37</sup>Pág. 232.

<sup>38</sup>Incluso a la clásica *free speech* puede sucederle eso. *Cfr.* la sobria primera enmienda norteamericana con la *Human Rights Act* inglesa de 1998, art. 10. El segundo, además de complicado, refuerza al poder.

<sup>39</sup>[L]os nuevos derechos individualistas son un componente esencial de la uniforme cultura legal que invade el Continente”, escribe Cartabia, 81.

que se niegan a que se den lecciones de LGBT a sus hijos<sup>40</sup> se percibe la conversión en un *ethos* general.

Otro problema. Como por primera vez en siglos, como hemos repetido, las ideologías que inspiran algunos nuevos derechos abiertamente no son altruistas, tales derechos no representan un proyecto realmente *político*, orientado a la *res publica*. Los derechos liberales tenían tras ellos un genérico liberalismo político; los sociales, un genérico socialismo. Tienen rasgos antipolíticos; cosa nada rara pues también los tienen, en general, nuestras sociedades. Resultan convenientes, en cambio, para el liberalismo financiero-tecnocrático global, que no necesita un individuo ni una sociedad fuertes ni políticamente activos, sino eficientes trabajadores, fungibles y desplazables a cualquier lugar.

Cuarto: los nuevos derechos son adecuados para la “jaula electrónica” en que vivimos, en la cual se nos dice algo así como: “usted vive controlado, con algunos derechos constitucionales recortados a causa del terrorismo, y tal vez empobrecido económicamente o sin trabajo, pero puede redefinir su propia biología cuantas veces desee, y, como puede elegir cada cuatro años entre una lista de candidatos bloqueada y otra igualmente bloqueada, es usted el ciudadano libre y soberano de una democracia occidental avanzada”.

Un quinto problema es la desconstitucionalización de los derechos. También los derechos clásicos podían resultar desconstitucionalizados por el abuso del margen de maniobra del legislador o del juez activista, pero los nuevos derechos dan un paso más, de forma que lo que dicen las constituciones, e incluso la Declaración Universal, no es resistente frente a la práctica. Así, los nuevos derechos españoles se rigen, en realidad, por leyes y sentencias, no por lo que dice la Constitución, hasta ahora nunca reformada en materia de derechos. En la ONU, la Declaración de 1948 dice lo mismo que decía entonces, pero los creadores de nuevos derechos, si quieren –p. ej.– promover nuevos derechos, citan la Declaración de Pekín, con lo que la Declaración Universal resulta desapoderada y la vida o la familia dejan de estar protegidas por la Declaración Universal, como han dejado de estarlo en España en la práctica.

---

<sup>40</sup>Parveen, Nazia, “Birmingham school stops LGBT lessons after parents protest. Hundreds of children withdrawn from Parkfield community school for day”, *The Guardian*, 4 marzo 2019. En ese corto artículo la palabra *ethos* parece tres veces. La idea de generalidad está en el programa de la discordia, titulado *No Outsiders*. “*Its ethos is to promote LGBT equality and challenge homophobia in primary schools*”, dice Parveen. Es interesante recordar que, como *ethos* significa también el carácter de una sociedad, si la comunidad musulmana inglesa no puede mantener su *ethos*, no hay multiculturalismo real.

## *Derechos, nuevos derechos y deberes*

La frase corriente “mis deseos, mis derechos”, como si la conversión fuese automática, no ha sido nunca cierta en el mundo político (ni económico) real; el *voló, ergo sum*<sup>41</sup> no es ni nunca sería así ni aunque Mayo de 1968 hubiera triunfado. Admitiremos, sin embargo, que esa lógica –lo que importa es mi deseo; que sean los demás y la realidad quien se adapte– está detrás de algunos derechos nuevos (p. ej., derecho al hijo, derecho a no haber nacido salvo con buena salud).

Los nuevos derechos ayudan a cuadrar el círculo de cada vez más libertades (de un cierto tipo) por un lado y menos libertad (política) por el otro. Los españoles de hoy, cargados de deberes, impuestos y controles, aparentamos rebosar derechos y no falta quien dice que tenemos demasiados derechos y pocos deberes. Esa cuadratura del círculo –un ominoso autoritarismo conviviendo con una aparente eclosión ilimitada de derechos– la hacen posible los nuevos derechos. Y por eso no molestan al gobernante; es más, le dan argumentos para intervenir más. Quienes sostienen que hacen falta más deberes, que tenemos demasiados derechos, encuentran ahí su parte de razón.

Samuel Moyn<sup>42</sup> dice que hay que equilibrar derechos y deberes. Pero, así como la medicina parte de que hay enfermedades, el constitucionalismo parte del inicial desequilibrio a favor del poder (Montesquieu, p. ej.). Además, no está claro que el equilibrio derechos-deberes sea la máxima aspiración del constitucionalismo, porque hay derechos que no se corresponden con deberes. La Constitución marca nuestros derechos y los deberes del Gobierno; no nuestros deberes, que ya traemos puestos solo por vivir en sociedad. Muchos deberes personales y sociales no se corresponden con derechos (deberes con nuestros descendientes, con los vecinos, etc.), pero el contrato constitucional es precisamente para que en nuestra relación con el gobierno no suceda así. *A priori*, no tenemos otros deberes para con el gobierno que los genéricos derivados de la vida social (que ya no son pocos); el gobierno no es Dios, ni siquiera un dios mortal hobbesiano, que tenga derecho a exigirnos sacrificios a cambio de nada.

En nuestra realidad, con toda la vida pautada y controlada, cargados de deberes tanto justos como injustos, ¿cómo podríamos tener muchos derechos? Cuando vivir es como ir cubriendo las casillas de un formulario, y todo lo no prohibido está minuciosamente regulado, cuando ha desaparecido la espontaneidad y ni siquiera se genera nuevo folklore,

---

<sup>41</sup> “*Voló ergo sum*, parece ser la definición más apropiada de los nuevos derechos” (Cartabia, “La Edad...”, 92).

<sup>42</sup> Moyn, Samuel, “Rights vs. Duties. Reclaiming Civic Balance”, *Boston Review* 16-V-2016. Bastantes personas piensan así. Cartabia (68), siguiendo a Weiler, cree que la cultura de los derechos mina la de los deberes.

¿quién cree realmente que estemos rebosando derechos, salvo de los identitarios, reproductivos o similares? Para responder, basta preguntarnos: en política, ¿qué puedo hacer sin permiso ni intervención del gobierno? ¿A qué tengo derecho por mí mismo? ¿Puedo enfrentarme al poder? Basta repasar el índice del Código Penal español de 1973, redactado todavía en la Dictadura, y compararlo con el actual, que es unas cuatro veces más largo y penaliza todo lo imaginable, por la definitiva razón de que el Derecho Penal ha dejado de ser la rama jurídica de última intervención.

\* \* \*

Hemos repetido que ciertos nuevos derechos contribuyen al actual asalto a la libertad personal. Los derechos de los grandes simios apoderan a los gobiernos, pero no a nosotros (y tampoco a los simios, en realidad). Sin embargo, diversos autores insisten en ver los nuevos derechos como una explosión de libertad, como Possenti, que recalca que la biopolítica es libertaria, o Cartabia cuando habla de “la corriente libertaria de los derechos de la privacidad”<sup>43</sup>. Pero los nuevos derechos están revelándose adecuados para una sociedad de súbditos, y su expansión a veces tiene que ver directamente con el lucro (clínicas de fertilidad, gestación por subrogación).

Los derechos han pasado por diversas etapas, están en crisis y todavía podrán evolucionar, como todo; pero con sentido común y solo hasta una determinada línea roja, que quizá algunos nuevos derechos ya hayan traspasado. En cambio, no es difícil identificar un puñado de derechos clásicos que, si no existieran, habría que inventarlos. Y su supervivencia siempre será una buena noticia para el constitucionalismo y para el sujeto de los derechos: el ser humano libre, digno y con sentido común, que vive en una *polis* sometida al Derecho.

---

<sup>43</sup>Cartabia, “La Edad...”, 79. La literalidad de su frase parece compatible con nuestra idea de que es una libertad, pero antipolítica, solo para lo privado.