

SOCIEDAD GLOBAL - JUSTICIA FRAGMENTADA. SOBRE LA VIOLACIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS POR ACTORES TRANSNACIONALES “PRIVADOS” *

Gunther TEUBNER **

Universidad de Francfort (Alemania).

I. VIH/SIDA versus EMN

La funesta epidemia del sida, cuyas víctimas en todo el mundo superan el número de muertos de todas las guerras civiles de los años 90¹, dio un giro especial en Suráfrica con el litigio “Hazel Tau vs. Glaxo and Boehringer”². Este caso traduce la problemática social multidimensional a las siguientes *quaestiones juris*: la política de precios de las empresas farmacéuticas multinacionales ¿ha violado los derechos fundamentales del hombre? ¿Pueden los afectados del sida reclamar judicialmente su derecho fundamental a la vida directamente a las empresas farmacéuticas multinacionales? ¿Existe en el sector privado un “Access to Medication as a Human Right”³? Más en general: ¿obligan los derechos fundamentales no sólo a los Estados, sino también directamente a los actores transnacionales privados?

Treinta y nueve empresas farmacéuticas, representadas por la *Pharmaceutical Manufacturers’ Association of South Africa* (PMASA), acudieron a los tribunales nacionales de Suráfrica⁴. En octubre de 2003 la Comisión Nacional de la Competencia tuvo que decidir si los demandantes tenían un derecho judicialmente ejercible al acceso a medicamentos para el tratamiento del sida contra las empresas *GlaxoSmithKline* y *Boehringer Ingelheim*. Habían justificado su posición, desde el punto de vista técnico-jurídico, alegando que las empresas farmacéuticas infringieron el artículo 8 (a) de la *Competition Act 89 de 1998*, al demandar pre-

* Traducido del alemán por Modesto Saavedra.

** Quiero dar las gracias a Sonja Buckel, Ralph Christensen, Andreas Fischer-Lescano, Soohyun Oh, Thomas and Rudolf Wiethölter por sus comentarios críticos y sus valiosas sugerencias.

1. Informe del Grupo de Alto Nivel sobre las amenazas, los desafíos y el cambio (2004) *Un mundo más seguro: la responsabilidad que compartimos*. Nueva York: Naciones Unidas, n° 44, 48; en: www.un.org/secureworld.

2. South Africa Competition Commission, Hazel Tau et al. v. GlaxoSmithKline, Boehringer Ingelheim et al., Competition Commission, Statement of Complaint in Terms of Section 49B(2)(b) of the Competition Act 89 of 1998, disponible en: <http://www.tac.org.za/Documents/DrugCompaniesCC/HazelTauAndOthersVGlaxoSmithKlineAndOthersStatementOfComplaint.doc>.

3. Véase Hestermeyer, Holger (2004): “Access to Medication as a Human Right”, 8 *Max Planck Yearbook of United Nations Law*, 101 y ss.

4. Bass, Naomi (2002): “Implications of the TRIPS Agreement for Developing Countries: Pharmaceutical Patent Laws in Brazil and South Africa in the 21st Century”, 34 *George Washington International Law Review*, 191 y ss. (192).

cios abusivos por antirretrovirales en perjuicio del consumidor. Acusaron a unos actores colectivos privados de haber faltado a su obligación de respetar derechos humanos fundamentales: "The excessive pricing of ARVs is directly responsible for premature, predictable and avoidable deaths of people living with HIV/AIDS, including both children and adults".⁵ El resultado fue sorprendente: la Comisión de la Competencia surafricana dio la razón en principio a los reclamantes, aunque concedió a los empresarios una amortización de los costes de desarrollo.⁶

La pregunta por la eficacia "horizontal" de los derechos fundamentales, es decir, la cuestión de si los derechos fundamentales imponen obligaciones no sólo a las instancias estatales, sino también a los actores privados, adquiere unas dimensiones mucho más dramáticas en el ámbito transnacional que en el ámbito nacional. Y no sólo surge en relación con la violación de los derechos humanos por empresas farmacéuticas con ocasión de la epidemia del sida a escala mundial,⁷ sino que ya produjo una conmoción con varios escándalos en los que estaban implicadas algunas empresas multinacionales.⁸ Citaré unos casos destacados: la contaminación del ambiente y el tratamiento inhumano de grupos étnicos locales, como el realizado por Shell en Nigeria;⁹ el accidente con productos químicos en Bhopal;¹⁰ las condiciones de trabajo indignas en "sweatshops" de Asia y América Latina;¹¹ el trabajo infantil en IKEA y NIKE;¹² las acusaciones contra empresas, en Myanmar, de colaborar con un régimen dictatorial; la sospecha contra el fabricante de artículos de deporte Adidas de fabricar pelotas de fútbol en China empleando trabajadores

5. South Africa Competition Commission (nota 2) n° 17.

6. South Africa Competition Commission, Competition Commission finds pharmaceutical firms in contravention of the Competition Act, Press Release 33, 16. October 2003, www.compcom.co.za. Sobre el caso, véase: Law and Treatment Access Unit of the AIDS Law Project and Treatment Action Campaign (July 2003) *The Price of Life. Hazel Tau and Others vs. GlaxoSmithKline and Boehringer Ingelheim: A Report on the Excessive Pricing Complaint to South Africa's Competition Commission*, en: http://www.alp.org.za/view.php?file=/resctr/pubs/20030813_PriceCover.xml; Love, James Packard (2003): *Expert Declaration. Center for the Study of Responsive Law*, en: <http://www.cptech.org/ip/health/cl/cl-cases/rsa-tac/love02032003.doc>.

7. Detalles en Fischer-Lescano, Andreas y Teubner: "Regime-Collisions: The Vain Search for Legal Unity in the Fragmentation of Global Law", 25 *Michigan Law Journal of International Law*, 999 y ss.

8. Wood, Stephen G. y Scharffs, Brett G. (2002): "Applicability of Human Rights Standards to Private Corporations: An American Perspective", 50 *American Journal of Comparative Law*, 531 y ss. (539).

9. Véase, por ej., Saro-Wiwa, Ken (ed.) (1996): *Flammen der Hölle. Nigeria und Shell: Der schmutzige Krieg gegen die Ogoni*, Hamburgo, Reinbek.

10. Hoering, Uwe (1985): "Bhopal und kein Ende oder: Der Second-Hand-Kapitalismus und die Ökologie", 6 *Peripherie* 53 y ss.

11. Fung, Archon, O'Rourke, Dara y Sabel, Charles (2004): *Can We Put an End to Sweatshops?* Ann Arbor: Beacon.

12. Véase, por ej., Cleveland, Sarah (1998): "Global Labor Rights and the Alien Tort Claims Act", 76 *Texas Law Review*, 1533 y ss. (1551 y ss.); Ashagrie, Kebebew (1998): *Statistics on Working Children and Hazardous Child Labour in Brief*, ILO: Geneva, en: www.ilo.org/public/english/standards/ipecc/simproc/stats/child/stats.htm.

forzados;¹³ el uso de pesticidas altamente tóxicos en plantaciones de plátanos;¹⁴ hacer desaparecer a empleados sindicalistas;¹⁵ daños al medio ambiente en obras de envergradura.¹⁶ Esta lista se podría ampliar. Los acontecimientos escandalosos llenarían libros. En el fondo de todos ellos está el reproche de que las empresas multinacionales como “preminent agents of environmental degradation” causan daños persistentes e irreparables a las personas y al medio ambiente.¹⁷

Pero en el ámbito transnacional resulta extraordinariamente difícil recurrir a los conocidos modelos de solución ofrecidos por el Derecho constitucional de los Estados nacionales. Éstos ciertamente se han enfrentado al problema de la eficacia horizontal de los derechos fundamentales, pero normalmente eluden la delicada pregunta de si los actores privados están expuestos directamente a las obligaciones derivadas de los derechos fundamentales o no, desarrollando una plétera de doctrinas según las cuales los derechos fundamentales sólo despliegan efectos “indirectos” en el sector privado.¹⁸ Simplificando mucho, hay dos construcciones que son responsables de esto, y que surgen en los diferentes Derechos constitucionales nacionales en numerosas variantes. Según la doctrina de la “State action”, los actores privados, en principio, están exceptuados de la vinculación a los derechos fundamentales, a no ser que se pueda identificar un elemento de *State action* en su comportamiento, sea por implicación de instancias estatales, o sea porque ellos mismos ejercen funciones públicas.¹⁹ Según la doctrina de la “eficacia estructural de los derechos fundamentales”, los derechos fundamentales repercuten indudablemente en todo el ordenamiento jurídico, por lo que, cuando se da el caso de aplicar el Derecho estatal en el sector privado, los derechos

13. Holtbrügge, Dirk y Berg, Nicola (2004): “Menschenrechte und Verhaltenskodizes in multinationalen Unternehmungen”, en: Bendel, Peter y Fischer, Thomas (eds.): *Menschen- und Bürgerrechte: Ideengeschichte und Internationale Beziehungen*, Erlangen, 178 y ss. (179).

14. Yozell, Emily (1996): “The Castro Alfaro Case: Convenience and Justice: Lessons for Lawyers in Transcultural Litigation”, en: Compa, Lance y Diamond, Stephen (eds.): *Human Rights, Labor Rights, and International Trade*, Philadelphia: University of Pennsylvania Press, 273 y ss.

15. Weber, Gaby (2001): *Die Verschwundenen von Mercedes-Benz*, Hamburgo: Libertäre Assoziation. Fischer-Lescano, Andreas (2005): *Globalverfassung: Die Geltungsbegründung der Menschenrechte*, Weilerswist: Velbrück, 31 y ss.

16. Perez, Oren (2004): *Ecological Sensitivity and Global Legal Pluralism: Rethinking the Trade and Environment Conflict*, Oxford: Hart Publishing.

17. Baker, Mark B. (2001): “Tightening the Toothless Vise: Codes of Conduct and the American Transnational Corporation”, *Wisconsin International Law Journal*, 89 y ss.

18. Para una visión comparativa, Friedman, Daniel y Barak-Erez, Daphne (eds.) (2001): *Human Rights in Private Law*, Oxford: Hart, 1 ss.; Anderson, Gavin W. (2004): “Social Democracy and the Limits of Rights Constitutionalism”, 17 *The Canadian Journal of Law & Jurisprudence*, 31 y ss.; para Inglaterra, Campbell, T., Ewing, K. D. y Tomkins, A. (eds.): *Sceptical Essays on Human Rights*, Oxford: Oxford University, 1 y ss. (4); para Israel, Barak, Aharon (1996): “Constitutional Human Rights and Private Law”, 3 *Review of Constitutional Studies*, 218 y ss.; para Suráfrica, Cheadle, H. y Davis, D. (1996): “The Application of the 1996 Constitution in the Private Sphere”, 12 *African Journal of Human Rights*, 44 y ss.

19. Véase el análisis comparativo de Anderson (nota 18), 31 y ss.

fundamentales deben ser respetados. Pero la restricción al ordenamiento jurídico implica igualmente que los actores privados, a su vez, no están sujetos a ninguna obligación basada en los derechos fundamentales.²⁰

En cuanto a los actores colectivos transnacionales en el sector privado, la pregunta por su vinculación a los derechos fundamentales surge de manera más aguda. Aquí la omnipresencia de la acción y del Derecho del Estado nacional está ausente, así que la *State action* y la eficacia estructural de los derechos fundamentales sólo afectan a pocas situaciones. Por otra parte los actores privados transnacionales, sobre todo las empresas multinacionales, regulan mediante regímenes globales propios sectores enteros de la vida, así que ya no se puede eludir la pregunta sobre la validez de los derechos fundamentales en las organizaciones privadas transnacionales.

Esto implica problemas extraordinarios para la política jurídica y para la dogmática jurídico-constitucional. Pero sería demasiado fácil llevar la pregunta directamente a la bifurcación política entre las concepciones liberal y social-democrática de los derechos fundamentales, entre las estrategias hegemónicas o antihegemónicas, o entre *Empire vs. Multitude*.²¹ Esto llevaría a la siguiente decisión política: o validez de los derechos fundamentales orientados contra el Estado exclusivamente, o su imposición en todos los ámbitos sociales.²² Yo en cambio propongo abandonar las sendas manidas y dar un giro a través del oscuro territorio de la teoría jurídica y social. El desvío comienza por lo que yo llamo conceptos divisionales de los derechos fundamentales y termina en los conceptos ecológicos de estos mismos derechos. Tras este giro se ofrece un panorama diferente de la eficacia horizontal de los derechos fundamentales en el sector privado transnacional, que puede reflejarse en la formulación de la siguiente pregunta: ¿es posible reinterpretar la eficacia “horizontal” de los derechos fundamentales cambiando el planteamiento: pasando de los conflictos internos a una sociedad (persona vs. persona) a los conflictos entre el sistema y su ambiente (comunicación vs. cuerpo/psique), o sea, de los conflictos interpersonales entre portadores individuales de derechos fundamentales a los conflictos entre procesos de comunicación anónimos, por una parte, e individuos concretos, por otra? ¿Podemos entender los derechos humanos en los sectores privados de forma que los individuos afirmen sus derechos contra la violencia estructural de procesos comunicativos impersonales?

20. Esta implicación llega a ser obvia en Canaris, Claus-Wilhelm (1999): *Grundrechte und Privatrecht. Eine Zwischenbilanz*, Berlin: de Gruyter, 11 y ss.; una crítica de este planteamiento en Brüggemeier, Gert (2005): “Horizontal Effects of Fundamental Rights. A Critical View on the German Cathedral and Beyond”, de próxima aparición, 15 y ss.

21. Sobre las estrategias políticas del constitucionalismo social, véase Anderson (nota 18), 33 y ss.; Hardt, Michael y Negri, Antonio (2004): *Multitude: War and Democracy in the Age of Empire*, New York: Penguin, 202 y ss.; Davis, Dennis M., Macklem, Patrick y Mundlak, Guy (2002): “Social Rights, Social Citizenship, and Transformative Constitutionalism: A Comparative Assessment”, en: Conaghan, Joanne, Fischl, Richard M. y Klare, Karl (eds.): *Labour Law in an Era of Globalization*, Oxford: Oxford University, 511 y ss.

22. Esta sugerencia es de Anderson (nota 18), 33 y ss.

II. CONCEPTOS DIVISIONALES DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

¿Qué se gana y qué se pierde si se realiza ese giro y, en lugar de entender la cuestión de los derechos fundamentales a la manera tradicional, como un problema de equilibrio entre las partes del todo social, se entiende como la consecuencia de la expansión de un sistema social hacia sus ambientes sociales, humanos y naturales? De cara a nuestra problemática: ¿qué se gana con ello para la validez “horizontal” de los derechos humanos en sectores de la sociedad globalizados, externos a la política institucionalizada?

En la búsqueda de instituciones humanamente justas, la tradición europea se ha esforzado en un equilibrio “adecuado” entre el todo social y las partes de la sociedad. Siempre ha oscilado entre las experiencias de un orden social diferenciado y unas ideas abstractas relativas a la adecuación de su equilibrio interno, o en el lenguaje actual: entre la teoría social y la filosofía del derecho. Justicia de las instituciones para con los hombres era la fórmula heurística de la semántica jurídica ante los cambios de la estructura social.²³ El concepto reaccionaba cada vez de manera renovada a las experiencias dolorosas de la división interna de la sociedad. ¿Es posible encontrar un equilibrio justo entre los distintos individuos, y entre ellos y la sociedad? O en otras variantes: ¿se puede establecer un equilibrio adecuado entre las distintas partes de la sociedad —estamentos, clases, estratos, grupos de intereses, identidades étnico-culturales, esferas sociales, racionalidades parciales—, y entre las partes y el todo social? ¿O sólo se pueden establecer instituciones que sean humanamente justas cuando la división de la sociedad sea superada y se produzca una nueva unidad social?

La justicia de las instituciones para con los hombres se percibió, desde este punto de vista que yo denomino *divisional*, como el problema de la diferenciación interna de la sociedad en partes desiguales, o más dramáticamente: de sus divisiones destructivas, sus luchas de poder y distribución, y sus conflictos antagónicos. ¿Cómo se puede garantizar la unidad justa de la sociedad a pesar de su desmembración autodestructora? La respuesta clásica era: no eliminar la división, sino *suum cuique*. Las peligrosas tendencias de división se neutralizan al asignar a las partes la posición que les corresponde en el orden global. A los hombres concretos, que son vistos como partes integrantes de la sociedad, se les hace justicia a través de las conocidas fórmulas complementarias de la *iustitia distributiva* —el todo asigna a las partes (individuos, grupos, sectores) la parte que les corresponde— y de la *iustitia commutativa* —la relación justa de las partes (individuos, grupos, sectores) entre sí—.

Aunque siempre predominaba el punto de vista divisional, la relación entre el todo y las partes, y su equilibrio justo, se percibieron de manera diferente a

23. Sobre la relación entre la semántica jurídica y las estructuras sociales, Luhmann, Niklas (1981): “Subjektive Rechte: Zum Umbau des Rechtsbewußtseins für die moderne Gesellschaft”, en *Id: Gesellschaftsstruktur und Semantik Bd. 2*, Francfort: Suhrkamp, 45 y ss.

través de la historia. La sociedad feudal reguló sobre todo la relación entre los estamentos, la cual garantizaba la justicia como jerarquía natural entre las *partes mayores*, que a la vez representaban el todo social entendido como *corpus*, y las *partes menores*. Los individuos siempre se hallaban absorbidos dentro de un estamento o corporación como un todo.²⁴ Los derechos subjetivos no existían como titularidades unilaterales en el sentido moderno, y menos aun los derechos fundamentales. En cambio, predominaba la idea del *ius* como una relación compleja de equilibrio, justa por sí misma, entre partes diferentes, como por ejemplo las relaciones de fidelidad y tutela entre los señores feudales y los vasallos en reciprocidad asimétrica (jerárquica).²⁵

La revolución burguesa se rebela contra las injustas relaciones de distribución entre los estamentos. Al problema de la injusticia divisional reacciona con la exigencia de igualdad entre todas las partes de la sociedad. En particular, los derechos fundamentales siguen una lógica que es nueva, pero también divisional: la libertad de los miembros frente al todo, igualdad entre ellos y solidaridad como apoyo recíproco. Las teorías liberales desarrollan este nuevo divisionismo consecuentemente hasta el final. La sociedad se compone sólo de individuos. La justicia se garantiza por manos invisibles, autorreguladoras, que coordinan los espacios de autonomía individual garantizados por derechos fundamentales: los mercados económicos, las elecciones políticas, la competencia de las opiniones, el libre juego de los conocimientos científicos. Las intervenciones de la justicia compensatoria solamente se permiten para mantener incólume la autorregulación.

La teoría de la sociedad propia de la revolución proletaria ocupa una posición contraria a esta, pero sigue siendo divisional. La totalidad social consta de las clases sociales que surgen de las contradicciones económicas estructurales. La justicia sólo será posible en el momento en el que de sus conflictos antagónicos nazca la sociedad sin clases. En los conceptos social-demócratas del Estado del bienestar, las partes de la sociedad, las clases, se convierten en estratos. También aquí una visión divisional, especialmente la de los derechos fundamentales de segunda generación. Los derechos fundamentales sociales y participativos tienden a la equiparación de las condiciones de vida de los diferentes estratos como justicia garantizada por la política del Estado.²⁶

Finalmente también las grandes teorías sociales siguen modelos divisionales. Donde más claro se ve esto es en los conceptos de la división social del trabajo, que encuentra el equilibrio justo en la solidaridad orgánica, en vez de en la mecánica.²⁷ En el funcionalismo clásico el elemento divisional se encuentra en el hecho de que se produce un equilibrio mediante relaciones de cambio entre diferentes

24. Gierke, Otto von (1902): "Das Wesen der menschlichen Verbände", Leipzig: Duncker & Humblot, 26 y ss.

25. Villey, Michel (1957): *Leçons d'histoire de la philosophie du droit*, Paris: Dalloz, 249 y ss.

26. Por ejemplo Rothstein, B. (1998): *Just Institutions Matter: The Moral and Political Logic of the Universal Welfare State*, Cambridge: Cambridge University.

27. Durkheim, Emile (1997): *The Division of Labor in Society*, New York: Free Press, 68 y ss.

esferas funcionales y una ultra-estabilidad mediante mecanismos de compensación en el caso de trastornos ocasionales, si es necesario a través de compensaciones estatales procedentes de los beneficios del crecimiento.²⁸ Y en las teorías del conflicto, los conflictos permanentes irresolubles reemplazan el equilibrio justo entre las partes. En el politeísmo de la modernidad entre diferentes esferas de racionalidad, la esperanza de un equilibrio justo y permanente ha cedido ante la resignada conformidad con una cadena de decisiones trágicas.²⁹

Para los derechos humanos, específicamente, estas teorías divisionales de la sociedad tienen como consecuencia que éstos se conciben como derechos subjetivos de las partes frente al Estado representante de la sociedad.³⁰ Conforme a esto se presentan las versiones de la eficacia horizontal de los derechos fundamentales en el sector privado.³¹ Se trata de repartir los recursos sociales —poder, riqueza, saber— según el modelo de la *justitia distributiva* o *commutativa*. O bien la prolongación del modelo distributivo Estado-ciudadanos, o bien el reparto de los recursos según el modelo conmutativo: los derechos fundamentales como los derechos subjetivos de las partes sociales enfrentadas. Entonces se llega a una ponderación de las posiciones de derecho fundamental de los actores privados enfrentados.³² Al final no queda claro, sin embargo, en qué medida y bajo qué circunstancias los derechos fundamentales pueden pretender validez en sectores no políticos de la sociedad.

III. CONCEPTOS ECOLÓGICOS DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

Más profunda, en cambio, es esta pregunta: ¿es conveniente entender la justicia de las instituciones para con los hombres como justicia distributiva entre el todo y las partes (o entre las partes)? ¿Y contemplar los derechos humanos como garantías —formales, materiales o procedimentales— de los individuos frente al todo social, frente al Estado como forma de organización de la sociedad entera (o como garantía recíproca de las partes)?

28. Parsons, Talcott (1971): *The System of Modern Societies*, Englewood Cliffs, New Jersey: Prentice-Hall, 4 y ss.

29. Weber, Max (1968): *Gesammelte Aufsätze zur Wissenschaftslehre*, 3ª ed. Tubinga: Mohr & Siebeck, 605 y ss.; sobre esto, Schluchter, Wolfgang (1988): *Religion und Lebensführung*, Band 1. Francfort: Suhrkamp, 302.

30. Alexy, Robert (2002): *A Theory of Constitutional Rights*, Oxford: Oxford University Press, cap. 10.

31. Sintomático para un entendimiento individualista de los efectos de los derechos humanos, Lessard, Hester (1986): "The Idea of the 'Private': A Discussion of State Action Doctrine and Separate Sphere Ideology", 10 *Dalhousie Law Review*, 107 y ss.

32. Es representativo el Tribunal Constitucional Federal alemán, BVerfGE 89, 214 y ss.; véase también Alexy, (nota 30) cap. 10; Brüggemeier (nota 20) 17 y ss. Muy crítico frente a la visión de los derechos subjetivos, Ladeur, Karl-Heinz (2004): *Kritik der Abwägung in der Grundrechtsdogmatik*, Tubinga: Mohr & Siebeck, 61 y ss.

La teoría social formula aquí esta pregunta: ¿no es sólo un fenómeno secundario la aludida división interna de la sociedad, que produce injusticia como desigualdad entre los hombres? Ella entiende el significado primario de la diferenciación interna de la sociedad de otra manera, concretamente como un producto de la interacción de las redes de comunicación, que se han vuelto autónomas, con sus ambientes. Los hombres reales no están en el centro de estas redes, ni pueden ingresar en ellas. Los hombres son el ambiente para las redes comunicativas convertidas en autónomas, a cuyas operaciones están expuestos sin poder controlarlas. Esto es visto de la manera más penetrante por la teoría de sistemas, que analiza la autonomización de las redes de comunicación como exclusión radical de los hombres de la sociedad.³³ La teoría sistémica recupera aquí, de la tradición teórico-social, teoremas de la alienación social en una versión conforme con la época.³⁴ En este punto existen contactos ocultos con teorías oficialmente hostiles, con los análisis de Foucault del poder disciplinario, la crítica de Agamben de la exclusión social, la teoría de Lyotard de los discursos cerrados y el pensamiento de Derrida sobre la justicia, aun cuando estos contactos son desmentidos oficialmente por todos.³⁵ Esto solamente se puede indicar aquí, pero no se puede desarrollar.

La cuestión jurídica que nos interesa ahora es: si los hombres no son partes de la sociedad, sino que están desterrados para siempre de ella, ¿cómo se puede replantear el problema de los derechos humanos? Mientras que la tradición había considerado la cuestión de las instituciones justas como un problema producido por la diferenciación interna de la sociedad, y pretendía por tanto la *justicia de las instituciones a pesar de la diferencia*, hoy en día hay mucho que hablaría en favor de distinguir el sistema social de su ambiente natural y humano, y de describir entonces la *justicia de las instituciones como diferencia*: como responsabilidad en la diferencia insuperable entre las instituciones sociales y los hombres concretos. Los derechos fundamentales, entonces, no son una reacción a problemas de distribución dentro de la sociedad, sino una respuesta a los problemas de sensibilidad ecológica de la comunicación que trascienden a la sociedad. Y la pregunta siguiente es: la fragmentación progresiva de la sociedad ¿no crea a su vez nuevas fronteras de los sistemas sociales parciales frente a otros sistemas parciales por una parte, y frente a ambientes externos a la sociedad, por otra parte, de tal forma

33. Luhmann, Niklas (1995): *Social Systems*, Stanford: Stanford University Press, 176 y ss.; Luhmann, Niklas (1990): "The Individuality of the Individual", en Id.: *Essays on Self-Reference*, Nueva York: Columbia University Press, 107 y ss.; Luhmann, Niklas (1983): "Individuum und Gesellschaft", 39 *Universitas*, 1-11; Luhmann, Niklas (1991): "Die Form 'Person'", 42 *Soziale Welt*, 166 y ss.

34. Desde el punto de vista de un behaviorista social, Mead, George Herbert (1967): *Mind, Self and Society*, Chicago: University of Chicago Press, 135 y ss.

35. No hace falta dirigir este discurso a los *cognoscenti* de entre los desdeñosos de la teoría sistémica: ellos ven estas convergencias secretas, especialmente Schütz, Anton (2000): "Thinking the Law With and Against Luhmann, Legendre, Agamben", 11 *Law and Critique*, 107 y ss.; Schütz, Anton (1998): "Sons of the Writ, Sons of Wrath: Pierre Legendre's Critique of Law-Giving", en Goodrich, Peter (ed.): *Law and the Postmodern Mind: Essays on Psychoanalysis and Jurisprudence*, Michigan: University of Michigan Press, 193 y ss.

que también la justicia de las instituciones sociales especializadas sólo se puede plantear correctamente como un problema ambiental?

Tal entendimiento ecológico de los derechos fundamentales como relaciones fronterizas justas entre los sistemas sociales y sus ambientes gana, frente a las teorías de la división que entienden a los hombres como parte de la sociedad y a la justicia como problema de desigualdad, dos nuevas dimensiones. En primer lugar la diferencia insuperable entre la comunicación y su ambiente. ¿Puede entonces la comunicación hacer justicia alguna vez a los hombres? ¿Pueden las comunicaciones de las instituciones especializadas hacer justicia alguna vez a sus ambientes sociales? La segunda dimensión es que la cuestión ya no es la distribución de los recursos sociales en el sentido más amplio, es decir de poder, riqueza, saber y expectativas de vida entre las partes de la sociedad. Más bien se trata de escoger los actos de las instituciones de manera que hagan justicia a sus ambientes sociales y humanos. La superación de la desigualdad entre los hombres y la distribución justa de los recursos es reemplazada por dos demandas totalmente nuevas a las instituciones sociales: 1. Auto-limitación y hetero-limitación de sus tendencias expansivas. 2. Equilibrio sensible entre su racionalidad intrínseca y las demandas de su ambiente humano, social y natural.

A la tradición de los derechos humanos se le reprocha, con ello, que no tome a los individuos humanos en serio.³⁶ Y no a pesar de su orientación humanística, sino debido precisamente a ella, que la conduce —contrariando su mejor saber—, a situar a los hombres en el centro de las instituciones. El error categorial de la tradición divisional se puede formular con la conocida imagen de Magritte: “cela n’est pas une pipe”. En el contexto de los derechos fundamentales: “La personne n’est pas un homme”. La concepción tradicional de los derechos fundamentales, que entiende los derechos fundamentales como espacios de autonomía personal, efectúa una equiparación fatal entre “consciencia/cuerpo” por una parte y “persona” por otra.³⁷ Pero si se toma esa distinción en serio, si se entiende, por una parte, la “persona” como un simple constructo interno de la comunicación social, y se entiende por otra parte la consciencia y el cuerpo como unidades vivas y pulsantes en el ambiente de la comunicación, se ve claramente que es la equiparación humanística entre artefactos semánticos y hombres concretos lo que no hace justicia precisamente a los hombres.

El hecho de que los hombres no son partes de la sociedad, sino que se encuentran frente a ella en una separación insuperable, tiene una consecuencia inexorable.³⁸ Sociedad y consciencia/cuerpo no están mutuamente al alcance a través de la co-

36. Luhmann, Niklas (2004): *Law as a Social System*, Oxford: Oxford University Press.

37. “Al hablar de hombres en este contexto, nos referimos a un individuo que se auto-organiza en toda su individualidad, en su incomparabilidad empírica, y no ya a algo que pudiera integrarse en la estructura normativa de la sociedad como una abstracción, como ‘el hombre’.” Luhmann, Niklas (2002): *Einführung in die Systemtheorie*, Heidelberg: Carl-Auer-Systeme, 343.

38. Sobre la separación entre comunicación y consciencia véase, además de Luhmann (referencias en nota 33), también Fuchs, Peter (2003): *Der Eigen-Sinn des Bewußtseins, Die Person, die Psyche*,

municación. Ellos son, cada uno, procesos (psíquicos u orgánicos) independientes y auto-sostenidos. Ambos han producido comunicación, pero no la pueden dominar. La comunicación se independiza de los hombres y crea, frente a la consciencia individual, su propio mundo de sentido. Éste puede ser utilizado productivamente por los hombres para sobrevivir, pero también se puede poner en contra de ellos —y éste es el punto en el que los derechos fundamentales adquieren relevancia— y amenazar su auto-conservación, o incluso aniquilar su existencia. Ejemplos extremos son el homicidio mediante una cadena de órdenes, los “sweatshops” como consecuencia de las fuerzas anónimas del mercado, los mártires como resultado de la comunicación religiosa, la tortura política o militar como destrucción de la identidad.

En estas externalidades negativas de la comunicación, en su potencial para amenazar la vida y la consciencia está el núcleo del problema de los derechos humanos. Y no, como suponía la tradición, en la desigualdad entre los hombres. El potencial para amenazar el ambiente que tiene la sociedad, entendida como conjunto comunicativo, no está en absoluto en contradicción con su cierre operativo; al contrario, es su consecuencia. A decir verdad, su cierre recíproco hace por completo a la sociedad y a las personas mutuamente inaccesibles. Los procesos comunicativos no pueden penetrar en el alma y en el cuerpo; el cuerpo y el alma son externos a la comunicación. Pero la comunicación puede irritar los procesos psico-físicos hasta el punto de poner en peligro su auto-conservación. Y puede sencillamente destruirlos. Este es el lugar en el que el cuerpo y la consciencia de los individuos (no de las “personas”) reclaman sus “latentes derechos intrínsecos”, “pre-jurídicos”, “pre-políticos”, incluso “pre-sociales” (= extra-sociales).³⁹ Insisten en su identidad y auto-conservación frente a las perturbaciones destructivas de la comunicación —y eso, sin disponer de un foro ante el que pudiesen hacer valer tales “derechos”. Y los derechos humanos en sentido estricto se deberían limitar también a esta “pura” problemática de la auto-conservación psíquica y física frente a los procesos comunicativos, y no cargarlos con problemas de la comunicación social estructurados de manera totalmente diferente, cuya relevancia para los derechos fundamentales en sentido amplio no se discute, con ello, en absoluto.⁴⁰

Pero estos “derechos” latentes solamente se actualizan cuando los dolores corporales y el sufrimiento psíquico no quedan inaudibles en su silencio, sino que logran irritar la comunicación de la sociedad y provocar ahí nuevas diferencias. La

die Signatur, Bielefeld: transcripción; Wasser, Harald (1995): “Psychoanalyse als Theorie autopoietischer Systeme”, *Soziale Systeme*, 329 y ss.; Stenner, Paul (2004): “Is Autopoietic Systems Theory Alexithymic? Luhmann and the Socio-Psychology of Emotions”, 10 *Soziale Systeme*, 159 y ss.

39. ¡Hay que tomar esto con extrema precaución! Estos no son derechos en sentido jurídico, político o moral, sino tendencias a la auto-conservación de una cadena de diferencias respecto del ambiente. La noción de derechos latentes se debe a una sugerencia de Riccardo Prandini (2005): “La ‘costituzione’ del diritto nell’epoca della globalizzazione: struttura della società-mondo e cultura del diritto nell’opera di Gunther Teubner, en Teubner, Gunther (2005): *La cultura del diritto nell’epoca della globalizzazione: L’emergere dei costituzioni civili*. Armando, Roma.

40. Luhmann, Niklas (nota 36), cap. 12.

defensa de los cuerpos y almas maltratados sólo puede ser efectiva si se expresa en la comunicación misma. Éstos son los mensajes sociales de la violencia corporal, como comunicación anti-poder, y los mensajes de las almas sufrientes en la queja y la protesta. Sólo entonces existe la posibilidad de que se puedan desarrollar conflictos comunicativos sobre el núcleo de los derechos humanos, que, no obstante, tienen solamente un carácter vicario, y por lo tanto sólo re-presentan a los hombres, pero no los presentan. Estos conflictos comunicativos no son, en modo alguno, temáticamente idénticos con el verdadero conflicto que la comunicación provoca frente a sus ambientes psique/cuerpo. Ni tampoco lo reflejan exactamente, sino que son simples resonancias dentro de la sociedad de los conflictos externos, simples reconstrucciones de conflictos ambientales dentro de la comunicación. Los resultados de tales conflictos son también sólo reglas comunicativas internas, que no pueden ni regular ni proteger la psique y el cuerpo. Pero pueden llegar a ser relevantes de manera intrincada para ambos, cuando a partir de estos conflictos se crean reglas sociales que finalmente ponen límites a la comunicación frente a lo no-comunicativo. Aquí es donde la figura central del derecho —la prohibición jurídica— adquiere su eficacia más allá de los límites de lo comunicativo: prohibiciones de ciertas comunicaciones (prohibición del homicidio, prohibición de la tortura). Así los “derechos latentes” (= derechos de los hombres de carne y hueso a su integridad corporal y psíquica) se convierten en “derechos vivos”, “derechos humanos” en el sentido más estricto, por los que se puede luchar en todos los ámbitos de la sociedad (y no sólo en el derecho y la política). (No se debe confundir esto con la diferenciación jurídico-filosófica entre derechos en el estado de naturaleza y derechos en el estado civil).

Por eso no tiene sentido formular los derechos humanos como decisión del soberano político —sea el príncipe, sea el pueblo que se autogobierna— en el plano del derecho positivo. Si bien no tienen carácter de derecho natural en el sentido de una validez pre-política absoluta, son pre-sociales en un sentido totalmente diferente, pues se basan en “derechos latentes” de las unidades cuerpo-alma, en su identidad/autoconservación; y a la vez son pre-políticos y pre-jurídicos en cuanto se basan en “el derecho vivo de los derechos humanos”, que hace surgir tales derechos humanos y sus conquistas a partir de los conflictos comunicativos en la política, la moral, la religión o el derecho. Su positivación como derecho técnico en la política y en el derecho no es una libre decisión del legislador legitimado democráticamente, sino que se basa en este doble subsuelo formado por los procesos auto-conservadores externos a la sociedad y por los conflictos en el interior de la sociedad.

IV. LOS DERECHOS FUNDAMENTALES COMO PROBLEMA DE LA MODERNIDAD: LA EXPANSIÓN DEL PODER POLÍTICO

Así pues, el problema de los “derechos humanos latentes” surge cada vez que se comunica: como “derechos intrínsecos” de la vida orgánica y de la vivencia psíquica frente a la puesta en peligro de su integridad mediante la comunicación

social. En la Europa antigua esto no se “traducía” a la semántica de los derechos del hombre, sino a la semántica de la perfección del hombre en la naturaleza imperfecta o de la salvación del alma en un mundo corrompido. El pecado original ya tuvo lugar junto al árbol del conocimiento. La fuerza material, productora de sentido, de la comunicación, con su capacidad de distinguir entre lo bueno y lo malo, destruye la unidad original del hombre y la naturaleza, hace al hombre igual a Dios y conduce a la pérdida del paraíso. El origen de la alienación está ya en la primera comunicación.

Los derechos humanos, en su sentido propiamente moderno, sólo surgen con el segundo pecado, que no coincide, como dice Marx, con el nacimiento de la propiedad privada, sino con la autonomización de una multiplicidad de mundos comunicativos propios. En primer lugar, y visible por doquier, es la matriz de la política la que se vuelve autónoma. Se separa de los difusos lazos morales-religiosos-económicos de la sociedad antigua y eleva las posibilidades de usurpación de su medio especial, el poder, al infinito, sin que ningún lazo inmanente le imponga límite alguno. Mediante su clausura operativa y su autonomización estructural ella se crea nuevos ambientes, frente a los cuales desarrolla tendencias expansivas auténticamente imperialistas. El poder absoluto libera unas fuerzas destructivas insospechadas. El poder centralizado en decisiones colectivas legítimas, que desarrolla un lenguaje específico propio, incluso una muy elaborada racionalidad de lo político, tiene una tendencia inherente a su totalización más allá de todo límite.⁴¹

Su expansión va en dos direcciones. Por una parte, traspasa los límites que lo separan de otros sectores sociales. La reacción de éstos consiste en exigir esferas de comunicación autónomas y libres de intervención respecto de la política —como derechos fundamentales institucionales o personales—. Los derechos fundamentales demarcan espacios de autonomía frente a la política, que se atribuyen o bien a las instituciones sociales, o bien a las personas como constructos sociales.⁴² En ambos casos, los derechos fundamentales imponen límites en el interior de la sociedad a las tendencias totalizadoras de la matriz política. Por otra parte, la política se expande con especial brío más allá de los límites sociales con sus intentos de controlar la psique y el cuerpo de los hombres. Su defensa solamente tiene efecto cuando se puede comunicar como protesta en quejas y violencia, cuando se traduce socialmente en luchas políticas de los oprimidos contra sus opresores, y cuando finalmente desemboca mediante compromisos históricos en garantías políticas de la auto-limitación de la política frente a las personas como entidades psico-físicas. Éstos son, frente a los anteriormente mencionados derechos fundamentales institucionales y personales, los derechos humanos en sentido estricto.

La tradición de los derechos fundamentales ha traducido siempre estos derechos humanos “latentes” en derechos fundamentales individuales compactos, de tal modo

41. Luhmann, Niklas (1965): *Grundrechte als Institution: Ein Beitrag zur politischen Soziologie*, Berlín: Duncker & Humblot, 24.

42. Sobre la transformación de los derechos individuales en derechos fundamentales institucionales, Ladeur (nota 32) 77.

que se produce una *re-entry*. La comunicación no puede garantizar ni regular la autonomía de la consciencia, ni siquiera describirla de manera adecuada y desde la perspectiva de la correspondencia entre conocimiento y objeto. La diferencia comunicación/consciencia es insuperable. Pero esta diferencia se repite dentro de la comunicación. Los hombres externos, inaccesibles a la comunicación (consciencia/cuerpo), son modelados dentro del derecho como “personas”, como “portadores de derechos fundamentales”, sin que —como ya se ha dicho— quede asegurada la correspondencia entre personas socio-internas y hombres socio-externos. A estos artefactos de la comunicación se les imputan acciones y se les garantizan espacios de libertad como derechos fundamentales. Con esto, la tradición efectúa la funesta equiparación, ya criticada antes, de personas y hombres en el concepto unitario de los derechos fundamentales individuales. No distingue entre las garantías de la libertad de comunicación, por una parte, y las garantías de la integridad psicofísica por otra. Frente a eso, hay que insistir en la diferencia entre los derechos fundamentales personales y los derechos humanos. También los derechos humanos dependen de la técnica de la *re-entry*, pero hay que entenderlos en su diferencia semántica respecto de las libertades personales de comunicación, concretamente como pretendidas garantías de la integridad de la consciencia y del cuerpo.

V. LA FRAGMENTACIÓN DE LA SOCIEDAD: LA MULTIPLICACIÓN DE LOS SISTEMAS SOCIALES EXPANSIVOS

El modelo estatal de los derechos fundamentales sólo funciona mientras el Estado se pueda identificar con la sociedad, o al menos se pueda considerar el Estado como forma de organización de la sociedad, y la política como coordinación jerárquica de la sociedad. Por la liberación y autonomización de otros medios comunicativos altamente especializados (dinero, saber, derecho, medicina, tecnología) este modelo se vuelve cada vez menos plausible. Exactamente en este punto surge la problemática de la eficacia horizontal de los derechos fundamentales y humanos: la fragmentación de la sociedad multiplica las zonas fronterizas entre las matrices de comunicación autonomizadas y los hombres. Los nuevos territorios de sentido trazan sus propios límites respecto de los ambientes humanos. Ahí nacen nuevos peligros para la integridad de cuerpo y alma. A esta problemática se debería limitar la “eficacia frente a terceros” de los derechos humanos en sentido estricto. Otra problemática, no menos importante, sería la autonomía de las esferas de comunicación institucionales frente a subyugaciones “privadas”; y una tercera, la autonomía de las libertades personales de comunicación.⁴³

Con ello se ve que el problema de los derechos humanos no se puede limitar a la relación entre el Estado y el individuo, o al dominio de la política institu-

43. El aspecto institucional es enfatizado por Ladeur (nota 32) 64: “Fundamental rights are then a contribution to the self-reflection of the private law, when —as with the third-party effect of communicative freedom— it is about the protection of non-economical interests and goods.”

cionalizada, o simplemente a los fenómenos de poder en el sentido más amplio (en el sentido de Foucault).⁴⁴ La amenaza específica a la integridad del cuerpo y del alma, procedente de una matriz comunicativa que se ha vuelto autónoma, no resulta sólo de la política, sino en principio de todos los subsistemas autonomizados, los cuales disponen de una dinámica propia, expansiva. Para la matriz de la economía, Marx aclaró esto especialmente mediante conceptos tales como alienación, fetichización, autonomía del capital, mercantilización del mundo, explotación del hombre. Hoy vemos —de la manera más clara en Foucault, Agamben, Legendre⁴⁵— similares amenazas a la integridad procedentes de la matriz de las ciencias naturales, de la de la psicología y las ciencias sociales, de las tecnologías y de la medicina, de la prensa, la radio y la televisión (palabras clave: Dr. Mengele⁴⁶, medicina reproductiva, prolongación de la vida en las UCI, el honor perdido de Katharina Blum⁴⁷).

Ahora debería estar claro por qué es absurdo hablar de “eficacia frente a terceros” de los derechos políticos fundamentales. No tiene lugar ninguna transferencia de las garantías de la libertad individual, orientadas contra el Estado, hacia las relaciones con “terceros”, con actores privados, sino que “hace falta” otra cosa: desarrollar nuevas garantías que posibiliten una limitación de los potenciales sociales de destrucción del cuerpo y del alma. Por eso se queda corto el planteamiento de la *State action*, que sólo permite operar en la sociedad a los derechos fundamentales cuando se pueden identificar trazas de acción estatal en el sector privado. Por eso despista también el planteamiento del poder económico, porque entiende los derechos fundamentales solamente como reacción a fenómenos de poder. Este planteamiento es demasiado estrecho, pues si bien con él se capta el poder social, no en cambio las amenazas más sutiles a la integridad provenientes de otras matrices de la comunicación.

44. Reducir el efecto horizontal de los derechos fundamentales al “poder social” siguiendo las líneas del poder político es algo común en derecho laboral. Esto tiene sentido frente al poder organizativo; sin embargo, reduce la cuestión de los derechos fundamentales a un mero fenómeno de equilibrio de poderes. Véase Gamillscheg, Franz (1964): “Die Grundrechte im Arbeitsrecht”, 164 *Archiv für die civilistische Praxis*, 385-445. Explicit political concepts concerning the horizontal effect of fundamental rights exhibit similar reductions, e.g. Anderson (nota 18), 33.

45. Agamben, Giorgio (1998): *Homo Sacer: Sovereign Power and Bare Life*, Stanford: Stanford University Press, 15 y ss.; Foucault, Michel (1991): *Discipline & Punish: The Birth of the Prison*, London: Penguin Books; Legendre, Pierre (1989): *Leçons VIII. Le crime du caporal Lortie. Traité sur le père*, Paris: Fayard.

46. Los experimentos del Dr. Mengele con seres humanos fueron vistos como expresión de una personalidad sádica, o como la esclavización de la ciencia por la política totalitaria nazi. Investigaciones posteriores, sin embargo, revelan que, de hecho, es un asunto de las tendencias expansionistas de la ciencia, que no deja escapar ninguna oportunidad de acumular conocimiento empujada por el momento, especialmente por la presión internacional de la competencia si no es detenida por una contrapresión social externa. Véase Schmuhl, Hans-Walter (2005): *Grenzüberschreitungen. Das Kaiser-Wilhelm-Institut für Anthropologie, menschliche Erblehre und Eugenik 1927 bis 1945*, Göttingen: Wallstein.

47. Böll, Heinrich (1994), *The Lost Honor of Katharina Blum: Or How Violence Develops and Where It Can Lead*, New York: Penguin Books.

Por eso, para la cuestión de los derechos humanos hoy es central el problema de la fragmentación de la sociedad. No existe sólo la frontera entre la comunicación política y el hombre, en la que los derechos humanos montan la guardia. Sino que los problemas surgen en numerosas instituciones sociales, que han desarrollado cada una sus propias fronteras respecto de sus ambientes humanos: fronteras entre la política y el hombre, la economía y el hombre, el derecho y el hombre, la ciencia y el hombre (nunca entendidas como relación entre el todo y la parte, sino como diferencia entre la comunicación y la consciencia). Entonces, todo depende de identificar los diferentes lugares fronterizos, para reconocer la violación específica de los límites que ponen en peligro la integridad. ¿Dónde se encuentran los guardias de la frontera? Respuesta: en los diferentes constructos-de-persona de los sistemas parciales: *homo politicus*, *oeconomicus*, *juridicus*, *organisatoricus*, *retalis*, etc. Éstos no sólo son constructos dentro de la comunicación, que hacen posible la imputación, sino a la vez puntos de contacto reales con los hombres “de ahí fuera”. A través de la máscara de la “persona”, los sistemas sociales contactan con los hombres; no pueden comunicar con ellos, pero sí los pueden irritar de manera masiva y dejarse irritar a su vez por ellos. En ciclos de perturbación estrictos, la comunicación irrita la consciencia con sus “interpelaciones” selectivas, que están condicionadas por suposiciones personales de racionalidad, y se deja irritar por las “respuestas”, condicionadas a su vez de manera altamente selectiva. En esta recursividad tiene lugar la “explotación” del hombre por los sistemas sociales (¡no por los hombres!). El sistema social como proceso de comunicación altamente especializado concentra sus irritaciones de los hombres en los constructos-de-persona. Les “absorbe” sus energías psíquicas y físicas necesarias para el auto-mantenimiento de su diferencia con el ambiente. Los mecanismos disciplinarios de Foucault desenvuelven sus efectos peculiares sólo de esta manera altamente específica.⁴⁸

VI. LA MATRIZ ANÓNIMA

Si la violación de los derechos fundamentales hay que atribuirla sistemáticamente a las tendencias totalitarias de racionalidades sociales parciales, entonces ya no tiene sentido ver la eficacia horizontal de los derechos fundamentales como si se tratase de relaciones entre actores privados, cuyos derechos fundamentales hubiese que ponderar recíprocamente. Pero qué es lo que cuenta como origen de la violación de los derechos fundamentales, es algo que hay que examinar con más detalle. En la imagen de la “horizontalidad” sigue operando el absurdo punto de

48. Para algunos detalles sobre los constructos-de-persona como conjunción entre comunicación y consciencia véase Teubner, Gunther and Hutter, Michael (2000): “Homo Oeconomicus and Homo Juridicus: Communicative Fictions?”, en: Baums, Theodor, Hopt, Klaus J. y Horn, Norbert (eds.): *Corporations, Capital Markets and Business in the Law. Liber Amicorum Richard Buxbaum*, Den Haag: Kluwer, 569 y ss.

vista de la parte y el todo, minimizando la problemática de los derechos humanos de una manera inaceptable, como si solamente se tratase de que unos miembros de la sociedad amenazan a otros miembros.

Sin embargo, la violación de la integridad de las unidades cuerpo/alma por otras unidades cuerpo/alma, sea mediante la comunicación, sea mediante la simple percepción o sea mediante la influencia física directa, es una problemática totalmente diferente, que nació mucho antes de la fragmentación radical de la sociedad de hoy en día, y que hay que separar sistemáticamente de la problemática específica de los derechos fundamentales.⁴⁹ En la tradición europea, ésta (entre otras estructuras) ha sido traducida a lo social atribuyéndoles a las personas “derechos subjetivos” recíprocos, en cuanto representantes comunicativos de los hombres concretos. Esto fue elaborado de manera filosófica en la teoría de los derechos subjetivos en la tradición kantiana, según la cual, idealmente, las esferas de libertad de arbitrio de los ciudadanos están tan separadas una de otra, que el derecho puede adoptar una forma generalizadora. Jurídicamente esta idea está acuñada de una manera particularmente clara en el derecho clásico de los delitos. Los “derechos fundamentales” en sus dimensiones institucionales, personales y humanas, como se proponen aquí, se distinguen de los “derechos subjetivos” del derecho privado, en que no conciernen a la amenaza mutua de esferas privadas, es decir, de relaciones intersubjetivas, sino a las amenazas a la integridad de instituciones, personas e individuos procedentes de matrices comunicativas anónimas (instituciones, discursos, sistemas).

La tradición anglo-americana habla en ambas situaciones, indiferenciadamente, de “rights”, y así ignora desde el principio la distinción fundamental entre derechos subjetivos y derechos fundamentales, aunque por otra parte puede tratarlos de manera conjunta sin formalismos. En cambio el concepto jurídico-penal de la macro-criminalidad y la responsabilidad jurídico-penal de las organizaciones formales se acercan a la problemática citada.⁵⁰ Aquéllos afectan a violaciones de normas realizadas no por los hombres, sino por procesos sociales no personales.⁵¹ Pero restringen dicha problemática a las amenazas procedentes de “actores colectivos” visibles (Estados, partidos políticos, empresas económicas, consorcios, asociaciones) y pasan por alto los peligros derivados de la “matriz” anónima, de los procesos comunicativos que se han vuelto autónomos (instituciones, sistemas funcionales, redes), y que no son personificados como colectivos. Ni siquiera

49. Ciertamente los hombres pueden hacerse el mal mutuamente violando los derechos más fundamentales (vida, dignidad). Pero esto no es (todavía) una cuestión de derechos fundamentales en este sentido, sino que afecta a uno de los Diez Mandamientos, de las normas fundamentales del derecho penal y del derecho de daños. Los derechos fundamentales en el sentido moderno no se oponen a los peligros procedentes de los hombres, sino a los peligros procedentes de la matriz del sistema.

50. Véase, por ej., Jäger, Herbert (1989): *Makrokriminalität: Studien zur Kriminologie kollektiver Gewalt*, Francfort: Suhrkamp; Gómez-Jara Díez, Carlos (2004): *Fundamentos modernos de la culpabilidad empresarial*, Tesis Doctoral, Madrid.

51. En favor de la claridad hay que insistir en que, con esto, la responsabilidad individual no desaparece tras la responsabilidad colectiva, sino que más bien ambas existen en paralelo.

los derechos políticos del hombre se pueden ver como relaciones entre actores políticos (Estado vs. ciudadano), es decir como expresión de las relaciones entre persona y persona. Más bien se trata de relaciones entre procesos anónimos de poder, por una parte, y de cuerpos maltratados y almas heridas, por otra. En la comunicación, esto se expresa sólo de manera imperfecta, por no decir de una manera errónea, como relación entre la “persona” del Estado y las “personas” de los individuos.

Sería cometer otra vez el catastrófico error categorial de la tradición considerar la eficacia horizontal de los derechos fundamentales como derechos subjetivos entre personas individuales.⁵² Esto sólo lleva al derecho de los delitos con sus relaciones intersubjetivas. Y obligaría a aplicar globalmente los derechos fundamentales concretos, orientados contra el Estado, a las más diferentes relaciones intersubjetivas, con consecuencias desastrosas para las libertades electivas de la intersubjetividad. Aquí está finalmente el núcleo racional de las protestas excesivas de los iusprivatistas —que son también exageradas y pasan por alto la problemática— contra la penetración de los derechos fundamentales en el derecho privado.⁵³

El error categorial se evita si se entiende tanto la “vieja” problemática política de los derechos humanos como su “nueva” problemática poli-contextual de manera tal que no son hombres los que amenazan a otros hombres, sino procesos comunicativos anónimos, que son los que tienen que ser identificados antes que nada. Quien ve esto más claramente es Foucault, al despersonalizar radicalmente el fenómeno del poder y entender las microrrelaciones de poder en los capilares de la sociedad como expresión de los discursos/prácticas de las “disciplinas”. (Sin embargo el problema de Foucault es su fijación obsesiva con el fenómeno del poder, que lo lleva a inflar absurdamente el concepto de poder y no puede superar las influencias más sutiles de otros medios de comunicación).⁵⁴

Podemos resumir ahora el resultado de nuestras reflexiones abstractas: hay que entender la cuestión de los derechos humanos en el sentido más estricto, hoy en día, como amenaza de la integridad del cuerpo y alma del individuo por una multiplicidad de procesos de comunicación anónimos y autonomizados, hoy globalizados. La fragmentación de la sociedad mundial en subsistemas autónomos no sólo crea nuevos puntos fronterizos entre el subsistema y los hombres, sino, además, también entre los diferentes subsistemas, en los que operan las tendencias

52. Muy crítico frente a la consideración de los derechos subjetivos en la dimensión del efecto horizontal: Ladeur (nota 32) 58 y ss.

53. Medicus, Dieter (1992): “Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit im Privatrecht”, 192 *Archiv für die civilistische Praxis*, 35 y ss.; Zöllner, Wolfgang (1996): “Regelungsspielräume im Schuldvertragsrecht: Bemerkungen zur Grundrechtsanwendung im Privatrecht und zu den sogenannten Ungleichgewichtslagen”, 196 *Archiv für die civilistische Praxis*, 1 y ss.; Diederichsen, Uwe (1997): “Die Selbstbehauptung des Privatrechts gegenüber dem Grundgesetz”, 197 *Archiv für die civilistische Praxis*, 57 y ss.; Diederichsen, Uwe (1998): “Das Bundesverfassungsgericht als oberstes Zivilgericht”, 198 *Festschrift für Karl Heinz Briam*, 171 y ss.

54. Foucault (nota 45), 135 y ss.

expansivas de estos últimos.⁵⁵ Entonces queda claro cómo tiene que verse la nueva “ecuación” que reemplaza a la antigua “ecuación” de la eficacia horizontal de los derechos fundamentales, que partía de una relación entre dos actores privados —el actor privado y la víctima privada de la infracción de derechos fundamentales—. A un lado de la ecuación ya no está el actor privado como origen de la infracción de derechos fundamentales, sino la *matriz anónima de un medio comunicativo que se ha vuelto autónomo*. Al otro lado de la ecuación ya no está simplemente el individuo compacto, sino que la protección individual, que hasta ahora se entendía de manera unitaria, se despliega, en virtud de la nueva demarcación de fronteras, en varias dimensiones. A este lado de la ecuación hay que dividir los derechos fundamentales sistemáticamente en tres o incluso cuatro dimensiones:

- *los derechos fundamentales institucionales*, como espacio de autonomía de procesos sociales contra su subyugación por tendencias totalizadoras de la matriz comunicativa. Al protegerlos contra las tendencias totalitarias de la ciencia, de los medios o de la economía, los derechos fundamentales surten efecto como “reglas del conflicto jurídico” entre racionalidades parciales en la sociedad;⁵⁶
- *los derechos fundamentales personales*, como áreas intrasociales de autonomía comunicativa, que son atribuidos no a las instituciones, sino a las “personas” como artefactos sociales;
- *los derechos humanos*, como límites negativos de la comunicación social, cuando la integridad de la psique y del cuerpo está amenazada por la violación de fronteras perpetrada por la matriz comunicativa;
- (a completar, pero sin una discusión sistemática: los derechos ecológicos, en caso de amenaza social de la integridad de procesos naturales).

Hay que subrayar que los derechos fundamentales concretos no se pueden coordinar unívocamente a estas dimensiones, sino que aquí hay múltiples superposiciones. Algunos derechos fundamentales hay que atribuirlos principalmente a una u otra dimensión (como la libertad del arte y la propiedad, primariamente, a la dimensión institucional; la libertad de opinión, primariamente, a la dimensión

55. Para más detalles, véase Fischer-Lescano, Andreas y Teubner, Gunther (2006): *Regime-Kollisionen. Zur Fragmentierung des globalen Rechts*, Francfort: Suhrkamp, Cap. 1. Si no la terapia, el diagnóstico es seguido por Koskenniemi, Martti (2005): “Global Legal Pluralism: Multiple Regimes and Multiple Modes of Thought”, Harvard, 5 de marzo de 2005, disponible en: <http://www.valt.helsinki.fi/blogs/eci/PluralismHarvard.pdf>

56. Ladeur, (nota 32), 60, 69 y ss., 71; Graber, Christoph y Teubner, Gunther (1998): “Art and Money: Constitutional Rights in the Private Sphere”, 18 *Oxford Journal of Legal Studies*, 61 y ss.; Teubner, Gunther (2000): “Ein Fall von struktureller Korruption? Die Familienbürgschaft in der Kollision unverträglicher Handlungslogiken”, *Kritische Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaften*, 388 y ss.; Teubner, Gunther (2003): “Expertise as Social Institution: Internalising Third Parties into the Contract”, en: Campbell, David, Collins, Hugh y Wightman, John (eds.): *Implicit Dimensions of Contract: Discrete, Relational and Network Contracts*, Oxford: Hart, 333 y ss.

personal; y la libertad de conciencia, primariamente, a la dimensión de los derechos humanos), y algunos derechos fundamentales mostrarán las tres dimensiones (por ejemplo, la libertad de religión). Tanto más importante es entonces diferenciar cuidadosamente, dentro de cada derecho fundamental, las tres dimensiones.

VII. ¿JUSTICIABILIDAD?

Concentrémonos a continuación en la tercera dimensión, en la de los derechos humanos en el sentido más estricto. La cuestión subsiguiente para los juristas es: ¿es factible reformular la eficacia “horizontal” de los derechos fundamentales pasando de los conflictos intrasociales (persona vs. persona) a los conflictos entre sistema y ambiente (comunicación vs. cuerpo/psique); o, dicho de otra manera, de los conflictos interpersonales entre portadores individuales de derechos fundamentales a los conflictos entre procesos anónimos de comunicación, por una parte, e individuos concretos por otra?

Las dificultades son enormes. Por enumerar sólo algunas:

¿Cómo se puede “tematizar” un conflicto sistema/ambiente, que tiene lugar “entre” los mundos significativos comunicación y conciencia, como conflicto, como conflicto social, o incluso como conflicto jurídico? Un típico problema de Lyotard: ¿sí no como “litige”, al menos como “différend”? A falta de un tribunal supremo para el significado, todo lo que puede ocurrir es que la vivencia psíquica lo sufra, desvaneciéndose luego a lo lejos sin que nadie lo escuche; o bien que se “traduzca” a comunicación, pero entonces se producirá la demanda paradójica y poco probable que el infractor del derecho (la sociedad, la comunicación) ¡sancione sus propios delitos! ¡Qué divertido, poner al ladrón de policía! Pero recuerde: la política ha conseguido precisamente autolimitarse como policía —aun de manera imperfecta— mediante la institucionalización de los derechos fundamentales.

¿Cómo puede el derecho calificar el conflicto de fronteras, si sólo dispone del lenguaje de los “derechos” de las “personas”?⁵⁷ ¿Es que puede construir en este lenguaje tan pobre la diferencia entre las amenazas interpersonales al individuo (internas a la sociedad) y las comunicativas (externas a la sociedad)? Aquí no sólo tropezamos con los límites de lo jurídica y dogmáticamente pensable, sino a la vez con los límites de los procesos judiciales. En ellos siempre hay un demandante que reclama a un demandado por una violación de sus derechos. En esta “binarización” forzada ¿es posible reclamar derechos humanos frente a la violencia estructural de los procesos anónimos de comunicación? No hay otra manera —por lo menos en el proceso judicial— que seguir utilizando sencillamente el error categorial tan criticado anteriormente, pero corrigiéndolo inmanentemente en cuanto sea

57. Glendon, Mary Ann (2000): “Rights Talk: The Impoverishment of Political Discourse”, en: Eberly, Don E. (ed.): *The Essential Civil Society Reader*, Oxford: Rowman & Littlefield, 305 y ss.

posible, conscientes de su falsedad, con una diferencia. Esto significa demandas individuales contra actores privados, con las que se reclaman derechos humanos; y, por tanto, no derechos de personas contra personas, sino derechos de hombres de carne y hueso contra la violencia estructural de la matriz. O, dicho a la manera tradicional: dentro de las formas individuales de la acción procesal debe tener lugar el conflicto con los problemas institucionales que realmente se pretende. Algo parecido ya se conoce por las actuales teorías institucionales de los derechos fundamentales, que reconocen como portadores de derechos fundamentales no sólo a las personas, sino también a las instituciones.⁵⁸ Quien hace cumplir la libertad individual de opinión protege simultáneamente la integridad del proceso político. Sólo que ahora no se trata de derechos de instituciones impersonales contra el Estado, sino, en una inversión múltiple de la relación, de derechos de individuos fuera de la sociedad contra instituciones sociales fuera del Estado.

¿Es esta distinción, que en principio parece tan plausible, suficientemente selectiva como para ser también justiciable? ¿Se pueden separar los conflictos persona/persona de los conflictos individuo/individuo y éstos a su vez de los conflictos comunicación/individuo, si la comunicación sólo es posible a través de los individuos/personas? Traducido al lenguaje de la sociedad y del derecho, esto se convierte en un problema de imputación. ¿*Whodunnit?* ¿Es la amenaza a la integridad imputable no a personas/individuos, sino a procesos anónimos de comunicación? Si es así, entonces un problema genuino de derechos humanos sería formulado también en el pobre lenguaje del derecho.⁵⁹

En una simplificación precavida y aún por justificar, la problemática de los derechos humanos “horizontales” se puede calificar tal vez mediante categorías jurídicas conocidas: la problemática sólo existe si la amenaza a la integridad cuerpo/alma procede de “instituciones” sociales (y no de actores individuales sin más). Con “instituciones” se alude, en principio, a organizaciones formales privadas y a regímenes privados. Los casos más importantes entonces serían las empresas económicas, asociaciones privadas, hospitales, escuelas, universidades, como organizaciones formales. Y las condiciones generales de los negocios, homologaciones privadas y regulaciones privadas similares, como regímenes privados. Pero hay que tener en cuenta que el concepto de institución sólo representa de manera imperfecta las cadenas de actos de comunicación amenazadores de la integridad, caracterizados por un medio especial —la “matriz” anónima—, y apenas hace visible su dinámica expansiva. Pero tiene para los juristas, que forzosamente se orientan a las normas y a las personas, la ventaja inapreciable de que la institución se define como un haz de normas y se puede personificar a la vez. El concepto de

58. Véase la concepción impersonal de los derechos fundamentales de Ridder, Helmut (1975): *Die soziale Ordnung des Grundgesetzes*, Opladen: Westdeutscher Verlag; Ladeur, Karl-Heinz (1999): “Helmut Ridders Konzeption der Meinungs- und Pressefreiheit in der Demokratie”, 32 *Kritische Justiz*, 281 y ss.

59. Este problema es comparable al de la demarcación de los actos fiscales y de soberanía en el derecho público, o de las acciones personales y de los agentes en el derecho privado.

institución señalaría entonces el camino para la re-especificación de los derechos fundamentales en los ámbitos sociales (por decirlo así, el equivalente al Estado como institución y como persona). El resultado sería, pues, la fórmula de la “eficacia frente a terceros”, plausible también para el jurista como tal: no una eficacia horizontal de los derechos fundamentales entre actores privados, como ponderación entre los derechos fundamentales de portadores individuales de derechos, sino derechos humanos y derechos discursivos frente a las instituciones sociales.

VIII. VIH/SIDA versus EMN

Acerquémonos de nuevo, con tan elevadas y a la vez disminuidas expectativas en torno a los derechos humanos, a la catástrofe del VIH en Suráfrica. No puedo ofrecer ninguna solución, sino todo lo más sugerir algunas indicaciones orientadoras de hacia dónde podría evolucionar el derecho. Debería estar bastante claro lo poco adecuado que es ponderar en un proceso judicial el derecho fundamental individual de los enfermos a la vida contra el derecho individual de las EMN a la propiedad. Este asunto no es un problema de “corporate social responsibility”, en el que un “corporate actor” individual vulnera, al fijar los precios, los derechos fundamentales de los enfermos de sida. Un derecho humano al “access to medication” sólo puede ser realidad si se reformula la eficacia “horizontal” de los derechos fundamentales, desde el plano de los conflictos interpersonales (persona vs. persona) al de los conflictos sistema/ambiente (comunicación vs. cuerpo/psique, o institución vs. institución).

En la dimensión institucional, lo que importa es poner el conflicto en su contexto social, y tener en cuenta que la catástrofe del sida implica en último término una colisión de lógicas de acción incompatibles.⁶⁰ La colisión crítica en torno a la cuestión de los derechos de patente de los medicamentos se tiene que identificar como contradicción entre normas de la racionalidad económica y normas formadas en el contexto de la salud.⁶¹ En este caso no se trata de imponer controles de precios a las empresas farmacéuticas, sino de desarrollar normas abstractas y generales de incompatibilidad entre el sector económico y el sector sanitario, y de preparar el derecho de la OMPI, el de la OMC y el de la ONU como parte de un derecho transnacional de patentes, para reaccionar a los conflictos destructivos entre lógicas incompatibles de acción mediante la inserción de intereses sanitarios en la racionalidad económica. Como no hay ninguna instancia superior para este conflicto, sólo se puede solucionar desde el punto de vista de uno de los regímenes en conflicto, aquí el de la OMC. Pero la lógica concurrente de acción, en este caso los principios del sistema sanitario, tiene que ser introducida como limitación en el contexto jurídico-económico.

60. Cf. Teubner (2000) (nota 56).

61. Sobre los detalles del conflicto actual y las perspectivas de posibles soluciones, Fischer-Lescano y Teubner (nota 7) 999 y ss.

Hay que temer, ciertamente, que las implicaciones para la dimensión genuina de los derechos humanos no se tengan suficientemente en cuenta. Con otras palabras, si las posibilidades de acceso a los medicamentos no mejoran considerablemente gracias a las medidas tomadas ahora y a los planeados acuerdos de la OMPI, tendrá que ajustarse de nuevo el desarrollo del derecho transnacional de patentes en relación con los productos farmacéuticos, sea reconociendo de manera transparente, procesalmente simplificada y barata el derecho a la licencia forzosa, sea por un sistema de excepción de patentes o licencias graduado según el poder económico correspondiente, sea finalmente mediante la cura radical de una regulación general que excluya completamente, por un tiempo determinado, ciertos medicamentos del ámbito de protección del derecho transnacional de patentes.⁶²

Este esbozo de superación jurídica de la catástrofe del sida muestra lo poco indicado que es el optimismo jurídico, la creencia de que se podría solucionar el problema de los derechos humanos con medios jurídico-dogmáticos. Ya los derechos fundamentales institucionales confrontan el derecho con las fronteras entre sistemas sociales parciales. ¿Puede un discurso hacerle justicia al otro? Un problema cuyos dilemas ha analizado Lyotard.⁶³ Pero, al menos, un problema de dentro de la sociedad, al que Luhmann intentó reaccionar con el concepto de justicia como complejidad adecuada a la sociedad.⁶⁴ Más dramática aun es la situación de los derechos humanos en sentido estricto, que se hallan en la frontera entre comunicación y cuerpo-alma. Todos los intentos de juridificación de los derechos humanos realizados a tientas no pueden ocultar que se trata de un proyecto estrictamente imposible. ¿Cómo puede la sociedad hacer “justicia” alguna vez a los hombres, si los hombres no son partes de ella, sino que están fuera de la comunicación, si la sociedad no puede comunicar con ellos, sino todo lo más sobre ellos, si no puede ni siquiera alcanzarlos sino solamente irritarlos o destruirlos? A la vista de las prácticas sociales inhumanas, la justicia de los derechos humanos es un problema candente, pero un problema sin perspectivas de solución. Esto habría de decirse con todo rigor.

Si la realización positiva de la justicia en la relación entre la comunicación y el hombre es definitivamente imposible, entonces lo que queda es, si uno no

62. Correa, Carlos y Musungu, Sisule (2002): *The WIPO Patent Agenda: The Risk for Developing Countries*, South Center Working Papers 12/2002, en: www.southcentre.org/publications/wipopatent/toc.htm; véase también Helfer, Laurence (2004): “Regime Shifting: The TRIPs Agreement and New Dynamics of International Intellectual Property Lawmaking”, 29 *Yale Journal of International Law*, 1 y ss.; en general, sobre la regulación en el dominio de la bio-tecnología: Stoll, Peter-Tobias (2004): “Biotechnologische Innovationen: Konflikte und rechtliche Ordnung”, en: Hèritier, Adrienne, Stolleis, Michael y Scharpf, Fritz (eds.): *European and International Regulation after the Nation State. Different Scopes and Multiple Levels*, Baden-Baden: Nomos, 261 y ss.

63. Lyotard, Jean-Francois (1988): *The Differend: Phrases in Dispute*, Manchester: Manchester Univ. Press, cif. 1 y ss.

64. Luhmann, Niklas (1974): *Rechtssystem und Rechtsdogmatik*, Stuttgart: Kohlhammer; Luhmann, Niklas (1981): *Ausdifferenzierung des Rechts: Beiträge zur Rechtssoziologie und Rechtstheorie*, Francfort: Suhrkamp, 374 y ss.; Luhmann (nota 36), 214 y ss.

se quiere entregar a un quietismo post-estructuralista, sólo un “second best”. En la comunicación jurídica hay que conformarse con el hecho que el problema sistema/ambiente sólo se puede experimentar a través de los deficientes sensores consistentes en irritación, reconstrucción y “re-entry”. La dimensión profunda de los conflictos entre la comunicación y el hombre puede ser, todo lo más, sospechada por el derecho. Y como indicación orientadora sólo queda la prohibición jurídica, con cuya ayuda parece posible una auto-limitación de la comunicación. Pero incluso esta prohibición sólo puede describir la trascendencia del otro metafóricamente. Éste es un programa de justicia que finalmente está condenado al fracaso, y que no se puede consolar, con Derrida, diciendo que está “llegando”,⁶⁵ sino que tiene que saber que es por principio imposible. La justicia de los derechos humanos se puede formular, todo lo más, de forma negativa. Está dirigida a la eliminación de situaciones injustas, no a la consecución de situaciones perfectamente justas. Es el contra-principio de la vulneración comunicativa de cuerpo y alma, la protesta contra inhumanidades de la comunicación, sin que se pueda decir jamás de manera positiva cuáles serían las condiciones de una comunicación “humanamente justa”.

Tampoco los programas emancipatorios de la modernidad pueden ayudar ya. Los criterios de la participación democrática de los individuos en procesos sociales no ofrecen información, pues sólo las personas participan, no los cuerpos/consciencias. Desde este punto de vista, asombra la ingenuidad del romanticismo de la participación. Los procedimientos democráticos no son un test para la justicia humana de una sociedad.⁶⁶ Tampoco son más informativas las teorías de la universalización, que proceden de manera trascendental mediante características apriorísticas o mediante la universalización de necesidades expresadas. ¿Qué tienen que ver tales abstracciones filosóficas con los individuos concretos? Lo mismo pasa con las teorías económicas de la formación de preferencias individuales que se agregan a través de mecanismos del mercado.

Sólo las auto-observaciones de la consciencia/cuerpo —introspección, sufrimiento, dolor— pueden juzgar si la comunicación viola los derechos humanos. Si estas auto-observaciones, por falsificadas que sean, acceden a la comunicación, entonces hay una cierta oportunidad para las restricciones humanamente justas de la comunicación. Lo decisivo es el “momento”: la simultaneidad de consciencia y comunicación; el grito que expresa el dolor. De ahí la proximidad de la justicia a la indignación espontánea, a los alborotos y protestas, y su distancia respecto de los discursos filosóficos, políticos y jurídicos.

65. Derrida, Jacques (1990): “Force of Law: The Mystical Foundation of Authority”, 11 *Cardozo Law Review*, 919 y ss. (969).

66. Incluso si no hay duda de que los procedimientos democráticos pueden incrementar la sensibilidad política concerniente a los asuntos de derechos humanos.

