

I. NUEVOS DERECHOS FUNDAMENTALES: CAMBIO DE PARADIGMA O EVOLUCIÓN

¿EXISTEN NUEVOS DERECHOS?

Pablo de Lora*

Resumen

En este trabajo me propongo analizar el fenómeno de la aparición de nuevos derechos humanos o fundamentales. Tras una serie de aclaraciones sobre la noción de derechos y las distintas formas en las que podrían emerger, abordo los problemas de esa expansión centrándome en la erosión de las propiedades de la universalidad y la absolutidad; las dificultades de su efectiva garantía, de oclusión de la deliberación pública y de legitimidad democrática, exemplificando esos problemas con el caso de los «neuroderechos» y de los derechos de la naturaleza.

Palabras clave

Derechos humanos. Especificación. Universalismo. Absolutidad. Neuroderechos. Derechos de la naturaleza. Legitimidad política.

Abstract

In this paper my aim is to delve into the phenomenon of new human rights. After some brief remarks clarifying the notion of rights and the various ways in which new rights might emerge, I tackle the problems raised by that expansion focusing on the erosion of its universality and absoluteness; the difficulties of its effective guarantee, those having to do with the obliteration of public deliberation and the menace to democratic legitimacy. To do so I take the case of «neuro-rights» and the «rights of nature» as test-cases.

Keywords

Human rights. Specification. Universality. Absoluteness. Neuro-rights. Rights of nature. Democratic legitimacy.

* Catedrático de Filosofía del Derecho. Facultad de Derecho. Universidad Autónoma de Madrid.

SUMARIO: I. Introducción: desentrañando la pregunta. II. La noción de derecho. III. ¿Qué debemos entender por «nuevo»?. IV. Nuevos derechos, ¿nuevas realidades? El caso de los «neuroderechos». V. Los «nuevos derechos» y los viejos problemas de la expansión de derechos. 1. Nuevos derechos ¿universales y absolutos?. 2. Los nuevos derechos y la esclerosis de la razón pública. 3. Los «nuevos derechos» y la legitimidad política. VI. Conclusiones. VII. Referencias bibliográficas.

I. INTRODUCCIÓN: DESENTRAÑANDO LA PREGUNTA

La pregunta acerca de si existen o no nuevos derechos tiene una respuesta casi obvia si tomamos como noción de «derecho» una posición normativa de alguien que, frente a otros, tiene una inmunidad, un poder o una pretensión, esto es, un «derecho subjetivo». En ese sentido mínimo, pero solo en ese sentido, existen «nuevos derechos» vinculados a las «nuevas relaciones jurídicas» entabladas entre particulares –millones de ellas– o en las atribuciones consagradas en una nueva norma jurídica emanada del ejercicio del poder normativo de la autoridad que corresponda. Habida cuenta de la proliferación legislativa, esa es una fuente también formidable en la creación de nuevos derechos.

II. LA NOCIÓN DE DERECHO

En puridad, la cuestión jurídica y filosóficamente interesante es la de dilucidar si el catálogo de los llamados «derechos humanos» o «fundamentales»⁽¹⁾ es cerrado o más bien abierto y, por ello, creciente, un asunto que viene siendo debatido desde que allá por 1977 K. Vasek introdujera la noción de «generaciones de derechos humanos» en la literatura filosófico-jurídica (1977). Y es que cuando Vasek publica esta reflexión ya se habían promulgado en la ONU los dos grandes tratados multilaterales que vienen a desarrollar los derechos de la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948, y que corresponderían a la primera y segunda de las dos generaciones que describe Vasek, esto es, a los derechos que se fundamentan en los valores de la libertad y la igualdad proclamados en la Revolución Francesa: me refiero al Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales, ambos suscritos en 1966.

(1) Esto es, posiciones normativas que pudieran engrosar esa subcategoría de los derechos subjetivos a los que nos referimos con tales expresiones. En el primer caso, inmunidades, pretensiones o poderes que tienen carácter universal, inalienable y absoluto y cuya titularidad solo depende del hecho de ser miembro de la especie *homo sapiens sapiens*, y, en el segundo, aquellas pretensiones, inmunidades o poderes que, como traslación de los anteriores, están adornadas con las garantías establecidas en el artículo 53 de la CE, es decir, han sido «positivizadas» en un texto normativo de naturaleza constitucional.

El tercero de los valores, la fraternidad, informaría los derechos correspondientes a una «tercera generación» –el derecho a la paz, al desarrollo sostenible o a la auto-determinación de los pueblos, entre otros.

Poco tiempo después de que Vasek publicara su trabajo, Philip W. Alston (1984) ya advertía de la apelación a «nuevos derechos» tales como el «derecho al turismo», el «derecho al sueño», o, incluso, el «derecho a no morir en una guerra». Hoy no resulta extraño encontrar invocaciones al «derecho a la ciudad», «al paisaje», al «acceso a Internet», a «leer» a «jugar» (Theilen, 2021:838) y a «ser amado» (Liao, 2006), entre otros.

III. ¿QUÉ DEBEMOS ENTENDER POR «NUEVO»?

Del sintagma «nuevos derechos» también debe ser aclarada la noción de «nuevo». Y es que uno podría decir que por «nuevo» cabe entender la consecuencia lógica que, al modo del teorema, se deriva necesariamente de un axioma⁽²⁾. Tomemos por ejemplo el caso de la seguridad jurídica. Tal y como indica Liborio Hierro, ese derecho: «[n]o ha dejado de extender su configuración o contenido. Inicialmente se pretendía sólo que el monarca estuviese sometido a las leyes, que los juicios se celebrasen por autoridades judiciales pre establecidas y no por jueces *ad hoc*, o que no se embargasen los bienes inmuebles si el deudor disponía de bienes muebles; posteriormente se reclamó la publicidad formal de las leyes, la irretroactividad de las leyes penales o el derecho a la defensa letrada; todavía más tarde empezó a incluirse entre los contenidos de la seguridad jurídica un diseño estricto de la jerarquía de todas las disposiciones normativas, la motivación de las sentencias o la doble instancia en los juicios penales» (2007: 256).

Algo parecido ha venido ocurriendo, a juicio de Pedro Serna (2004), con los llamados derechos sexuales y reproductivos desde la Conferencia de El Cairo de 1994. De hecho, en la Sentencia del Tribunal Constitucional 44/2023 que resuelve el recurso de inconstitucionalidad contra la Ley 2/2010 de salud sexual y reproductiva y de interrupción voluntaria del embarazo, se afirma que: «... la decisión de la mujer de interrumpir su embarazo se encuentra amparada en el art. 10.1 CE, que consagra «la dignidad de la persona» y el «libre desarrollo de la personalidad», y en el art. 15 CE, que garantiza el derecho fundamental a la integridad física y moral» (Fundamento Jurídico 3º). Corolario: el aborto, esto es, la despenalización de la interrupción voluntaria del embarazo en circunstancias tasadas o antes de haberse cumplido un plazo, como forma de resolver el conflicto entre ciertos derechos de las mujeres y el bien jurídico constitucionalmente protegido que constituye el embrión o feto⁽³⁾, es ahora un «derecho» de las mujeres⁽⁴⁾.

(2) Algo así parece también sugerir THEILEN (2021: 839).

(3) Esta visión «conflictualista» es la que durante años predominó tanto en buena parte de la literatura constitucionalista, penalista y iusfilosófica, como en la STC 53/1985.

(4) Así ha ocurrido también en algunos países latinoamericanos como Colombia, Argentina o México donde las reformas legislativas que han ampliado las posibilidades de interrumpir el embarazo se han hecho al amparo de ese mismo «derecho al aborto». Es destacable en esa misma línea la iniciativa liderada por el presidente de la República francesa, Emmanuel Macron, de incluir el aborto como uno de los derechos fundamentales de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea.

Y ese mismo valor, el libre desarrollo de la personalidad junto con el derecho a la integridad personal del artículo 15 de la Constitución española es lo que también fundamentaría el derecho a la disponibilidad de la propia vida en circunstancias eutanásicas cuya constitucionalidad ha sido afirmada en la STC 19/2023.

Alternativamente, cabría entender por «nuevo» todo aquel derecho que resulta de una especificación dado un contexto, o como resultado de una ponderación en caso de conflicto entre derechos. Así, para «especificacionistas» como John Oberdiek, todo derecho es el desiderátum de la evaluación de todas las razones pertinentes para justificar una acción concreta (Oberdiek, 2008: 135)⁽⁵⁾, una de las cuales puede ser la presencia de otro derecho que, para ese caso concreto, queda desplazado pues su «peso» es menor⁽⁶⁾, aunque, bajo otras circunstancias, sí prevalecería. De acuerdo con este enfoque, que haya «nuevos» derechos es una consecuencia casi trivialmente inevitable pues lo es el conflicto entre ellos.

IV. NUEVOS DERECHOS, ¿NUEVAS REALIDADES? EL CASO DE LOS «NEURODERECHOS»

Hay un sentido mucho menos trivial de la expresión «nuevo derecho», es decir, no la consecuencia de entender que las derivaciones puramente lógicas de un enunciado que formula un derecho, o la especificación de su alcance en circunstancias concretas, genera «nuevos derechos» sino un sentido más robusto de la novedad que es sencillamente el surgimiento de una «nueva realidad». Es el caso, en estos tiempos, de los llamados «neuroderechos».

A juicio de Fernando Llano, los «neuroderechos» o derechos digitales engrosarían una cuarta generación de derechos humanos⁽⁷⁾ y su emergencia derivaría del contexto de fabulosa revolución tecnológica que supone esa amalgama de avances en ingeniería informática, inteligencia artificial y conectividad a través de redes, que llamamos «revolución digital». «El marco actual de derechos humanos –afirma Andorno– parece insuficiente para responder satisfactoriamente a los nuevos desafíos resultantes de las neurotecnologías. El incremento en las posibilidades de acceder a datos mentales y de influir en la personalidad y el comportamiento de los individuos requerirá en los próximos años el surgimiento de nuevos derechos humanos, o al menos la expansión de los existentes, a fin de hacer frente a las amenazas potenciales que presenta la neurotecnología» (2024: 288)⁽⁸⁾.

(5) Los derechos genéricamente considerados, serían así *prima facie*.

(6) Esta es, esencialmente, la operación que venimos conociendo como «ponderación» entre derechos o principios en conflicto. Dada una serie de circunstancias, el derecho A prevalece sobre el derecho B y de esa forma el derecho B quedaría «delimitado»; de la abundantísima literatura al respecto, véase Manuel ATIENZA (2010).

(7) 2022, p. 197. Una buena muestra de la confusión reinante en torno a las agrupaciones de derechos en «generaciones», es que una estudiosa de la evolución de los derechos humanos ya mencionaba hace años la existencia de una cuarta generación, con lo que según su cuenta los derechos digitales deberían conformar ya una quinta generación de derechos humanos (RODRÍGUEZ PALOP, 2003, p. 229).

(8) Véase también Asís (2022: 61). En la misma línea se sitúa el Informe «Cuestiones éticas de la neurotecnología» del Comité Internacional de Bioética de la UNESCO de 15 de diciembre de 2021 (<https://unesdoc.unesco.org/ark:/48223/pf0000383559>). En estos momentos un grupo de 24 expertos

Chile ha sido el país pionero en tratar de dar forma jurídica a esa preocupación mediante la reforma de su Constitución, introduciendo, mediante Ley 21383 de 25 de octubre de 2021, un párrafo en el artículo 19 de la Constitución que reza: «El desarrollo científico y tecnológico estará al servicio de las personas y se llevará a cabo con respeto a la vida y a la integridad física y psíquica. La ley regulará los requisitos, condiciones y restricciones para su utilización en las personas, debiendo resguardar especialmente la actividad cerebral, así como la información proveniente de ella». A pesar de que el impulso chileno ha sido celebrado, no han faltado voces (Zúñiga *et. al.*, 2022) que han llamado la atención sobre la redundancia o irrelevancia práctica de esa reforma, su carácter puramente simbólico, en un sentido en el que abundaré en breve.

¿Cuáles son los bienes o intereses perentorios que vendrían a ser protegidos mediante los «neuroderechos»? La mayoría de quienes defienden su necesaria promulgación y garantía coinciden en señalar que se trataría de la libertad cognitiva, la privacidad e integridad mentales y la continuidad psicológica, de lo cual emergirían cinco neuroderechos: derecho a la identidad o a la capacidad de controlar nuestra integridad física y mental; el derecho a la libertad de pensamiento y al libre albedrío para decidir cómo actuar; el derecho a la privacidad mental o a la protección de nuestro pensamiento contra la divulgación de nuestros estados mentales; derecho a un acceso y distribución justa del aumento del potencial de la mente, y el derecho a la protección contra los sesgos algorítmicos, es decir, a la garantía de que las neurotecnologías no introduzcan prejuicios (Yuste *et. al.*, 2021).

Como apuntaba anteriormente, las preguntas que, al respecto del contenido de esos derechos nos tenemos que hacer son, por un lado, si se trata de «derechos redundantes», y, por otro, si aun no siéndolo, el interés o necesidad humana que vienen a proteger es en realidad tal o si no resultará finalmente desplazado por la presencia de otros intereses o necesidades.

Tomemos la libertad cognitiva, es decir, el derecho fundamental de las personas a tomar decisiones autónomas sin la influencia o manipulación de las neurotecnologías en su actividad cerebral (Albarracín Torres, 2024). Uno se pregunta en primer lugar si tal derecho no es meramente la libertad de conciencia que ampara el artículo 16 de la Constitución Española. Pero además uno debe igualmente pre-guntarse si queremos eliminar toda influencia en los procesos cognitivos y decisionales de los individuos. ¿Acaso no es eso lo que tratamos de hacer con la educación obligatoria, la información, la persuasión mediante argumentos, la presentación de evidencias, la deliberación colectiva, etc.? Y con respecto a las garantías que tuviéramos que anudar a la libertad cognitiva: ¿de qué manera, si no aislándome del mundo, soy libre para no verme influido de forma tal que deje de pensar lo que pienso o variar una decisión previamente tomada? ¿Y quién quiere eso⁽⁹⁾?

Con respecto a la privacidad mental, es decir, el derecho a poder controlar nuestra información íntima, ¿necesitamos un neuroderecho para ello? ¿No estamos, de nuevo, ante una redundancia?

La respuesta negativa se fundamenta en el hecho de que lo que hasta ahora veníamos protegiendo son nuestros «datos externos» y lo que ahora nos urge garan-

nombrados por la UNESCO elabora un «marco ético» para el uso y desarrollo de dicha tecnología que tendría que darse a conocer en noviembre de 2025.

(9) En la misma línea escéptica, véase HERTZ (2023).

tizar es la privacidad de los datos «internos», dice Andorno (2024: 290-291), esto es, esa esfera mucho más íntima y sensible que engrosan los pensamientos y los recuerdos.

Pero en esto hay, como ha señalado Bublitz (2022), un cierto «neuro-esencialismo»; la presuposición de que algo esencial, especial, habita en los «neuro-datos», que no se da, o no con la misma intensidad, en las manifestaciones externas de esos estados mentales o de nuestra personalidad; que hay un salto cualitativo gigantesco cuando pasamos de lo «domiciliario», las «comunicaciones» o las «revelaciones» al arcano de «lo mental»; de las búsquedas que hemos hecho en Google a lo que pensamos «de verdad». Por otro lado, esta dicotomía entre la actividad mental «interna» –el corazón de lo genuinamente íntimo– y lo «externo» –como lo únicamente indicio de aquélla– está anclada en un dualismo entre lo material y lo mental que puede resultar artificioso pues ¿no tendrá que ser finalmente externo, en algún sentido, todo lo que pueda ser cognoscible por otros, probado como lo que pensamos, lo que finalmente nos expone y con ello daña? Poder leer la actividad cerebral, ¿es equivalente a poder determinar lo que pensamos o cuáles son nuestros estados mentales o las emociones que nos embargan?

Ese mismo sustrato dualista se percibe en la forma en la que se presenta el derecho a la integridad mental: se trataría de prevenir los daños psicológicos que pudieran provocar las neuro-tecnologías, esto es, no solo la integridad física del cerebro sino la «dimensión mental» y por ello no bastaría con disponer, como en el caso de la Constitución española, de un artículo 15 que garantiza la «integridad física y moral» (Andorno, 2024: 291-292). Pero, de nuevo, ¿acaso lo físico no incluye lo mental? Y, por otro lado: ¿acaso esos daños no se pueden producir ya mediante otros medios que no son las neurotecnologías, farmacológicamente, por ejemplo⁽¹⁰⁾?

Se apunta también a posibilidades novedosas como por ejemplo la remoción de memorias personales, y más allá de que lo novedoso radique en «mayor eficacia», es decir, en una cuestión de «grado» –esto es, que ya dispongamos de medios para lograr ese resultado, siquiera sea más toscos–, más allá de eso, digo, merece la pena preguntarse si conservar los recuerdos tiene un valor absoluto, si el olvido no puede ser también una opción que forma parte de la libertad de conciencia del individuo o de su sanación. ¿No es eso, en el fondo, lo que procuran en ocasiones hacer los especialistas en salud mental, psicólogos, psiquiatras con respecto a los traumas que padecemos? Pensemos, por poner uno entre infinitos ejemplos posibles, en el niño refugiado que vio morir a sus padres ahogados y lo beneficioso que sería para él borrar ese recuerdo.

Y, de otra parte, ¿no es parte de nuestra autonomía personal no querer recordar? A ese respecto Andorno ha señalado que: «... más allá de sus posibles aplicaciones terapéuticas, el «borrado de memorias» también plantea importantes interrogantes éticos, jurídicos y sociales. Por ejemplo, no está claro que el mero deseo individual sea suficiente para justificar el borrado de recuerdos, ya que podría también haber un importante interés social o de familiares de la persona en que esos recuerdos no desaparezcan» (2024: 292)⁽¹¹⁾. Pero ¿acaso diríamos lo mismo si consideramos la disponibilidad de los vestigios del pasado que, en formas «externas»,

(10) En esa misma línea, ZÚÑIGA *et. al.* (2022).

(11) En la misma línea LAVAZZA (2015).

pertenecen al individuo? ¿No es el individuo soberano para destruir sus fotografías, anotaciones, cartas, y todo aquello que pudiera engrosar las evidencias de lo vivido? El derecho a recordar, entendido como un derecho humano, ha de implicar necesariamente su envés, no querer hacerlo, y que, cuando nos afecta, nadie pueda obligarnos a hacerlo.

Cierto: los avances en neurociencia no deben minusvalorarse ni infraestimarse, pero variadas revoluciones no han conllevado necesariamente la postulación de nuevos derechos. Nunca se habló de «nefroderechos» cuando se practicó el primer trasplante de riñón exitoso en humanos mediada la década de los 50 del pasado siglo, ni hay «otoderechos» o «audioderechos» porque surja el implante coclear, o «cardioderechos» cuando se propagó la implantación de marcapasos. Si sostene mos, como Rafael de Asís (2022: 55-56) que de la libertad cognitiva que está en peligro por la irrupción de las neurotecnologías, se deriva la «libertad sináptica» (el derecho a controlar el «proceso de pensamiento electroquímico»), ¿tenemos una «libertad enzimática» por el hecho de que proclamamos nuestro derecho a alimentarnos en función de nuestras preferencias gustativas? Parece innecesario: el genérico lenguaje que se emplea en las grandes declaraciones de derechos o en la reflexión jurídico-política, permite, en principio, adaptar esos nuevos contextos o realidades sin necesidad de apelar a nuevos derechos (Hertz, 2023).

Así que muchas veces la novedad o es encajable o no es tanta, o es pretenciosa⁽¹²⁾, es decir, las amenazas ya están presentes y convivimos con ellas incluso permitiéndolas, y eso es lo que he tratado de ilustrar con las anteriores ejemplificaciones. Nos asusta que se pueda «monitorizar» mejor el rendimiento de estudiantes o trabajadores mediante más eficaces herramientas neurotecnológicas, pero ¿no llevamos ya, siquiera sea toscamente, la cuenta de esa productividad, los despistes o faltas de atención de nuestros subordinados o alumnos y les premiamos o castigamos por ello? Nos alarma que un escáner sea capaz de determinar el riesgo de reincidencia del preso o los márgenes de su buena conducta futura o que el triaje en la urgencia de un hospital lo haga «una máquina», cuando la pregunta habría de ser si esas tecnologías son o no más eficaces en cuanto a los resultados⁽¹³⁾. Provoca perturbación que existan estimuladores cerebrales portátiles para concentrarnos mejor ¿pero no es lo que intentamos hacer, y con buen resultado, con fármacos diversos? Espanta el algoritmo «sesgado» como si los decisores humanos actuales no los tuvieran y desplegaran. Preocupa la exacerbación del «ensimismamiento» –lo característicamente humano, según Ortega⁽¹⁴⁾– que producen las neurotecnologías con el consiguiente peligro de la «alienación» de los individuos. ¿Cómo ocurrió con Alonso Quijano y la lectura o el invento de los hermanos Lumière? ¿Pro-

(12) Es el caso de proclamar el «derecho al libre albedrío» como si fuera pacífico que los seres humanos contamos con tal propiedad.

(13) Si nos ceñimos a la práctica médica, ni siquiera está claro el factor añadido, presumiblemente insustituible, de «lo humano» a la hora de desplegar empatía hacia el paciente. Un reciente estudio de David CHEN *et. al.* (2024) muestra que los *chatbots* que responden a preguntas formuladas por pacientes oncológicos no lo hacen peor, en términos de empatía, calidad e inteligibilidad de la respuesta, que los seres humanos. Y es que, en el fondo, tales interacciones no dejan de estar basadas en el acopio de la previa experiencia humana de la que la IA se alimenta.

(14) Lo recuerda Fernando LLANO (2022: 205-206).

hibimos El Quijote o el cine? ¿No sucederá, en definitiva, que, parafraseando a Bentham, los neuroderechos no son más que «disparates sobre dendritas»⁽¹⁵⁾?

V. LOS «NUEVOS DERECHOS» Y LOS VIEJOS PROBLEMAS DE LA EXPANSIÓN DE DERECHOS

Es indudable la fuerza retórica que tiene apelar a la protección de intereses y necesidades humanas mediante «derechos» y de ahí su éxito y su proliferación⁽¹⁶⁾. No es lo mismo, señala Serna, apelar a que el Estado tiene la obligación de luchar contra la corrupción que afirmar la existencia de un «derecho humano a una vida libre de corrupción» (2024: 27). Cambien «corrupción» por «violencia de género» y comprobarán igualmente ese alcance persuasivo. ¿Para bien?

«No hay límites en el reconocimiento de derechos, ni límites en la mejora de la democracia –afirmaba el expresidente del Gobierno José Luis Rodríguez Zapatero en el Ateneo de Madrid en octubre de 2024–. Y lo que nos permite siempre dar un paso adelante es, sin duda, ser críticos y exigentes, razonablemente críticos, razonablemente exigentes... tener una actitud intelectual abierta... igual que en la ciencia»⁽¹⁷⁾.

Sin embargo, hace ya décadas que no pocos cultivadores de la filosofía jurídico-política advierten de los efectos perniciosos de la inflación del catálogo de derechos humanos. En 1967, en el contexto del surgimiento de la segunda generación de derechos económicos y sociales, Maurice Cranston señalaba: «... el efecto de una Declaración Universal sobrecargada de afirmaciones de los así llamados derechos humanos que no lo son en absoluto, implica expulsar el discurso de los derechos humanos más allá del claro campo de lo que lo es moralmente acuciante, en el mundo crepuscular de la aspiración utópica»⁽¹⁸⁾. El problema, de acuerdo con Laporta, es que la multiplicación de la nómina de esos derechos es inversamente proporcional a su fuerza justificadora y a su exigibilidad (1987: 23)⁽¹⁹⁾.

El argumento «inflacionista», con todo, tiene sus detractores. Theilen (2021: 834) y Hierro (2000: 354), entre otros, han aducido la falacia de considerar que, como en el caso de los bienes y su precio, los derechos, para tener valor, deban ser pocos. Pero siendo pertinente la denuncia de esa confusión entre «valor y precio», también parece ser cierto que conviene huir de la tentación contraria: como los derechos humanos son «buenos», deben ser muchos. Sobre todo, cuando su exigibilidad es costosísima –y no solo desde el punto de vista monetario– si es que no directamente imposible pues el deber correlativo es de imposible observancia, o bien no hay manera conceible de señalar a un responsable o una acción concretamente imputable o un bien o interés individualmente atribuible como es el caso de

(15) Así también BUBLITZ (2022).

(16) SEN (2012, p. 91), HIERRO (2002), entre otras muchas referencias posibles.

(17) Esas palabras fueron pronunciadas en el acto por el 50 aniversario de la UMD celebrado en el Ateneo de Madrid el 11 de octubre de 2024. El acto se puede ver aquí: <https://www.youtube.com/watch?v=en1IdIvm6WA> (última visita el 16 de mayo de 2025).

(18) Tomo la cita de THEILEN (2021: 832).

(19) En la misma línea IGNATIEFF (2001: 90).

la titularidad de derechos sobre bienes colectivos tales como «la paz» o «el medio ambiente sano» (Domingo, 2024: 175). Entonces estamos ante los derechos que Feinberg etiquetó como «derechos-manifiesto» (1970: 254-255)⁽²⁰⁾.

Piensan en el artículo 25 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos («Toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia, la salud y el bienestar, y en especial la alimentación, el vestido, la vivienda, la asistencia médica y los servicios sociales necesarios; tiene asimismo derecho a los seguros en caso de desempleo, enfermedad, invalidez, viudez, vejez u otros casos de pérdida de sus medios de subsistencia por circunstancias independientes de su voluntad») o, más aún, en el «derecho a habitar el planeta» que se establece en el artículo 3 de la Declaración Universal de Derechos Humanos Emergentes. ¿De qué manera «no se habita el planeta»? Y, por tanto, ¿cómo se vulnera ese derecho, mandando al espacio a alguien?

Los efectos contraproducentes de la expansión de los derechos no se limitan solo a su pérdida de fuerza, sino que erosionan sus propiedades características (la universalidad y absolutidad); tienen un efecto oclusivo de la deliberación política y minan la legitimidad de las instituciones representativas. Veámoslo a continuación con más detalle.

1. NUEVOS DERECHOS ¿UNIVERSALES Y ABSOLUTOS?

Los derechos asociados a colectivos específicos –mujeres, tercera edad, pueblos indígenas y otras minorías, etc.– minan la condición de la universalidad, la creencia en que la única exigencia para ser titular de derechos es la pertenencia a la especie humana. Esta es una consecuencia que se evidencia con la aparición de los llamados derechos económicos y sociales –particularmente el derecho a la asistencia sanitaria– cuya garantía secundaria –los recursos que permiten brindar la prestación asociada al derecho– son necesariamente estatales. Así, para disfrutar del derecho a la asistencia sanitaria no bastaría con la condición de ser humano, sino que también sería exigible alguna forma de pertenencia o residencia en la comunidad política de referencia (salvo que se trate de un tratamiento médico de urgencia o que los afectados sean menores o mujeres durante la gestación o en el postparto⁽²¹⁾).

Además de la universalidad resentida por la especificación de los derechos humanos en función de la adscripción a colectivos o grupos humanos, la proliferación de derechos afecta obviamente a la condición de la absolutitud pues la ampliación de su nómina redonda en la posibilidad de un mayor número de conflictos entre ellos. Y el problema se agrava si, además, se asume la «tesis de la interdependencia» de los derechos humanos que impide jerarquizar entre ellos.

Así, piénsese en el caso *Lagos del campo v. Perú* resuelto en 2017 por la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Se trata de un supuesto de despido

(20) Por ello, ALSTON ya propuso en su día un «control de calidad» o filtro de derechos (1984).

(21) Estas exigencias se derivan de la legislación internacional en materia de derechos humanos (la Convención de los derechos del niño) y de la vigente legislación española (artículo 12 de la Ley Orgánica 4/2000 de 11 de enero sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social).

del representante sindical de una empresa por haber criticado su desempeño, un caso en el que la libertad de expresión del representante podría sencillamente primar sobre la libertad de empresa u otras consideraciones. Sin embargo la Corte opta por afirmar que: «... puesto que [los derechos civiles y políticos, y los económicos, sociales y culturales] deben ser entendidos y de forma conglobada como derechos humanos, sin jerarquía entre sí y exigibles en todos los casos ante aquellas autoridades que resulten competentes para ello» en este supuesto, señala la Corte, está en juego el «derecho humano a la estabilidad laboral», la introducción o especificación de un «nuevo derecho» que producirá con enorme probabilidad inmanejables conflictos y aporías para otros intereses, igualmente dignos, que estén en el retortero.

2. LOS NUEVOS DERECHOS Y LA ESCLEROSIS DE LA RAZÓN PÚBLICA

La expansión de los derechos humanos tiene un efecto paralizante en la discusión pública, algo que en su día denunció célebremente Mary Ann Glendon (1991) al indicar que la primacía de ese ideal genera el riesgo de convertir en pura exegética la controversia política, ceñida ya solo a confrontar distintas visiones del alcance y límites de los derechos, sin apelación posible a otras dimensiones normativas tales como el deber, la virtud o la bondad. Liborio Hierro no lo ha podido sintetizar mejor y de ahí que valga la pena citarle extensamente: «... quienquiera que pretenda hoy que se tome en consideración alguno de sus deseos, que se garantice o proteja cualquiera de sus intereses o que se satisfaga alguna de sus necesidades, hará bien en formular tales pretensiones como el necesario cumplimiento de un «derecho humano» antes que embarcarse en la mucho más gravosa empresa de justificar suficientemente que sus deseos, intereses o necesidades deben alcanzar tal prioridad, y que debe ser desplegado el correlativo haz de obligaciones que a todos, y en especial al Estado, incumbirá. Parece como si al calificar ese deseo, ese interés o esa necesidad como un «derecho» uno quedase automáticamente exento de tener que demostrar su exigibilidad. Se produce una especie de ecuación semántica: es mi «derecho», luego debe ser respetado o satisfecho» (2022: 35-36).

3. LOS «NUEVOS DERECHOS» Y LA LEGITIMIDAD POLÍTICA

En los sistemas de democracia constitucional que cuentan con un mecanismo de control judicial de constitucionalidad de la ley, la expansión de los derechos, sea por la ampliación de su catálogo mediante adiciones del legislador o constituyente, sea por los procesos de «especificación» o «derivación» que antes he explicado, exacerbaba el genérico carácter contramayoritario de esa institución y con ello su sospecha de ilegitimidad⁽²²⁾.

Es cierto que para que ese activismo se despliegue basta con una laxa disposición al especificacionismo a partir de los enunciados que proclaman derechos o

(22) Me refiero a la «*countermajoritarian difficulty*» de Alexander BICKEL (1962) un asunto sobre el que la discusión ocupa bibliotecas enteras.

valores genéricos. Como indicábamos antes, cabe consagrar un derecho fundamental al derecho sexual y reproductivo, que incluye la práctica del aborto, a partir del valor de la dignidad de la mujer, el libre desarrollo de su personalidad y de su integridad física y moral. Pero un Tribunal Constitucional resuelto a ahondar en la clásica divisa «donde la razón nos lleve» podría igualmente, y a partir de aquellas premisas, blindar, como derecho sexual y reproductivo, la decisión de las mujeres de gestar embriones ajenos o ampliar el carácter del derecho aborto al derecho al «aborto financiero» que tendría como titulares a los varones⁽²³⁾. Y bloquear de ese modo las opciones de un legislador que quisiera impedir los llamados «vientres de alquiler» o mantener el régimen de responsabilidad de los varones descuidados o sorprendidos en sus prácticas sexuales con un embarazo no deseado.

Y lo mismo cabría decir si proclamamos un derecho al matrimonio igualitario que, basándose nuevamente en la autonomía personal, orilla la propiedad esencial de ser distintos los sexos de los contrayentes y extiende la «accidentalidad» al número de ellos para así «legalizar» las relaciones «poliamorosas».

Esa función legislativa es la que, por poner un ejemplo bien gráfico, resueltamente habría desempeñado la Corte Constitucional ecuatoriana en 2019 al considerar inconstitucional la exigencia de la diferencia de sexos, esto es, la imposibilidad del «matrimonio igualitario». Y para ello, y a pesar de la literalidad del artículo 67 de la constitución ecuatoriana («El matrimonio es la unión entre hombre y mujer»), se basa en el principio de igualdad, en que la prohibición del matrimonio entre personas del mismo sexo «deteriora sus vidas» y tiene efectos degradantes y estigmatizantes, y en las opiniones consultivas de la Corte Interamericana de Derechos Humanos⁽²⁴⁾. Y, de nuevo: ¿por qué no es inconstitucional también, y por las mismas razones, la prohibición del poliamor en Ecuador?

Este problema de legitimidad se agrava cuando consideramos como parte de los «nuevos derechos» a los «nuevos titulares»: no solo a los miembros de otras especies animales, sino a entes naturales –ríos, montañas, espacios naturales, ecosistemas enteros, o al planeta mismo. Comprobémoslo.

La extensión de los derechos a los animales no humanos, al menos a algunos de ellos, puede ser el lógico corolario de abrazar la teoría del interés o del beneficiario como forma de atribuir derechos –es lo que ocurre cuando se considera que los menores humanos son titulares, aunque no tengan voluntad, o tarden en tenerla– y constatar que tales especímenes tienen intereses, como poco el de no sufrir⁽²⁵⁾. Por supuesto, como ocurre con los niños o con seres humanos que sufren severís-

(23) La etiqueta responde a la facultad de quien manifestó su deseo de no convertirse en progenitor antes de iniciar relaciones sexuales, o incluso habiéndose practicado, dispondría de un plazo de tiempo para «desvincularse» de sus obligaciones paternofiliales. En otro lugar (2017) he hecho una defensa del aborto financiero.

(24) La sentencia es la 11-18-CN/19, párrafo 66. La sentencia española (STC 198/2012 de 6 de noviembre de 2012) repárese, no respondía, como en el caso ecuatoriano, a la cuestión de si la negativa del juez de iniciar un expediente matrimonial para que dos personas del mismo sexo puedan casarse cuando la ley no lo permite, es inconstitucional, sino si la reforma del Código Civil para permitirlo es constitucional, es decir, si la Constitución prohíbe el matrimonio igualitario.

(25) De nuevo es esta una cuestión sobre la cual la literatura es ingente.

mas discapacidades⁽²⁶⁾ necesitarán de un «representante» que actúe en la defensa de sus intereses siempre que sean objetivos⁽²⁷⁾.

Pero mucho más problemática resulta esa encarnación o representación cuando englobamos también como titulares de derechos a entes naturales. ¿De qué hablamos cuando nos referimos a los «derechos» de un río, o los que, como «persona jurídica», tendría la «laguna del Mar Menor» de acuerdo con la Ley 19/2022 de 30 de septiembre para el reconocimiento de personalidad jurídica de la laguna del Mar Menor y su cuenca? Ha de resultar evidente para cualquiera que la propia delimitación de la persona, su «individuación», «identificación» y «demarcación», resulta harto difícil cuando de ecosistemas o entes naturales complejos hablamos.

Pero, además, como también resulta palpable para cualquiera, en muchos de esos hábitat, espacios o entes inanimados conviven seres de los que sí podemos afirmar la presencia de intereses, frecuentemente conflictivos entre sí⁽²⁸⁾. ¿Cómo conciliarlos? ¿Qué importa más: la supervivencia de una determinada especie, la de otra, o la de ninguna porque prevalece el ecosistema? De nuevo tómesse el caso de la laguna del Mar Menor⁽²⁹⁾ y los derechos que se han proclamado como propios de ella: su «derecho a existir y evolucionar naturalmente», a su protección, conservación y restauración (artículo 2 de la Ley 19/2022). ¿Es compatible su protección/conservación o restauración con su evolución «natural», si entendemos por esta la que se produciría sin intervención humana ninguna –incluyendo la de «proteger, conservar o restaurar»?

En última instancia, y como entre otros muchos, ha destacado Baard, serán los intereses de los seres humanos, presentes o futuros, los que nos habrán de guiar a la hora de resolver esos conflictos y dilemas (2023: 428-431). Y entonces la pregunta será cuáles de esos intereses de esos seres humanos preocupados o concernidos por el buen uso de los recursos naturales habrán de prevalecer y a qué se debe que puedan ostentar esa representatividad, esto es, qué legitimidad habrá de tener el custodio de los derechos de los entes naturales (Baard, 2023: 440).

¿La tienen –y por encima de otras como los organismos públicos o representantes políticos elegidos y *accountable* ante la ciudadanía y ya encomendados en la tarea de cuidar nuestro entorno– la tienen, digo, el Comité de Representantes, la Comisión de Seguimiento («guardianes y guardianas» del Mar Menor, esto es, vecinos de los municipios ribereños y de la sociedad civil) y el Comité Científico, los organismos que, ex artículo 3 de la Ley 19/2022, son designados como «tutores del Mar Menor»? ¿Por qué?

(26) Y ello pese a la regla general de la eliminación de la «tutela» operada por la reforma civil y procesal por la entrada en vigor de la Ley 8/2021 de 2 de junio.

(27) Así ha ocurrido en algunos casos célebres en los que grandes simios han solicitado, a través de organizaciones en defensa del bienestar animal, un «*habeas corpus*», tanto en algunos países latinoamericanos como en Estados Unidos.

(28) Es el conocido como «problema de la policía en la jungla», el de si nos corresponde a los seres humanos hacer lo posible para que las presas no sufran, o vean vulnerado su «derecho a la vida» a manos de sus depredadores. ¿Y si pudieramos modificar genéticamente a los tigres para hacerlos vegetarianos? se ha llegado a preguntar Jeff McMAHAN (2010) al abordar esta aporía.

(29) Para un análisis mucho más exhaustivo de lo que aquí procede, puede consultarse el trabajo del profesor Santiago Álvarez Carreño incluido en este mismo número.

VI. CONCLUSIONES

A lo largo de las páginas precedentes he tratado de poner sordina sobre la profusión de una categoría, la de los «derechos humanos», que ejerce un poderoso influjo en el imaginario colectivo, ha sido instrumentalmente eficaz para no pocas decisivas conquistas humanas y constituye una magnífica herramienta para la persuasión ética y política.

En esa tarea he tratado de aplicarme dos lecciones, una, digámoslo así, metodológica, perteneciente al ámbito de la actitud académica; y la otra de fondo, sustantiva. Al respecto de lo primero, lo que señaló en su día Amartya Sen: «Sin duda es cierto que el uso frecuente del lenguaje de «los derechos de todos los seres humanos» que puede ser visto en muchos pronunciamientos y argumentos prácticos, no ha sido adecuadamente emparejado por el examen crítico del apoyo y la congruencia de los conceptos que subyacen a aquellos. Esto es en parte porque la invocación de los derechos humanos proviene sobre todo de aquellos más preocupados por cambiar el mundo que por interpretarlo» (2012: 91).

Y con respecto a lo segundo, lo que afirmaba Liborio Hierro, a propósito del peligro de la inflación de los derechos humanos: hay que apostar, tanto en la teoría como en la práctica, por aquellos que, de entre los derechos subjetivos morales, puedan ser atribuidos a todos los seres humanos por el mero hecho de serlo y «a favor de cuya protección legal haya particulares razones morales». Ello excluye meros deseos e intereses que no son decisivos para que un ser humano pueda desenvolverse como agente moral, y restringe el coto vedado a los derechos cuya satisfacción es condición necesaria y suficiente para justificar la existencia, el origen y el contenido del sistema jurídico (Hierro, 2002: 37-41).

Es decir, si queremos reservar una categoría jurídica a ese tipo de inmunidades, pretensiones, libertades o poderes que van a engrosar la «esfera de lo indecidible», según expresión de Luigi Ferrajoli (2008), el coto vedado, de acuerdo con Ernesto Garzón Valdés (1989) o para hacer frente al cálculo agregativo, según Ronald Dworkin (1977), y cuya satisfacción va a servir como test para la justificación del poder político; si, al fin, nos vamos a tomar los derechos en serio, entonces no sé si hay tanto nuevo que introducir en ese corralito cuando tenemos tanto «viejo derecho» todavía que entender bien, atender y garantizar debidamente.

VII. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- María Alejandra ALBARRACÍN TORRES: «El derecho a la libertad cognitiva como una propuesta de abordaje a los riesgos de la creciente aplicación de las neurotecnologías al cerebro humano», *Universitas*, núm. 45, 2024, pp. 112-122.
- Philip W. ALSTON: «Conjuring Up New Human Rights: A Proposal for Quality Control», *American Journal of International Law*, Vol. 78, núm. 3, 1984, pp. 607-621.
- Roberto ANDORNO: «Los ‘neuroderechos’ como respuesta a los desafíos de las neurotecnologías. La iniciativa de la UNESCO», en Jorge CREGO y Carolina PEREIRA (eds.), *Los nuevos derechos humanos. Teoría jurídica y praxis política*, Comares, Granada, 2024, pp. 285-296.

- Rafael DE ASÍS: «Sobre la propuesta de los neuroderechos», *Derechos y Libertades*, núm. 47, 2022, pp. 51-70.
- Manuel ATIENZA: «A vueltas con la ponderación», *Anales de la Cátedra de Francisco Suárez*, núm. 44, 2010, pp. 43-59.
- Patrik BAARD: «Are Rights of Nature Manifesto Rights (And is that a Problem)?» *Res Publica*, núm. 29, 2023, pp. 425-443.
- Alexander BICKEL: *The least dangerous branch: the Supreme Court at the bar of politics*, Bobbs-Merrill, 1962.
- Jan Christoph BUBLITZ: «Novel Neurorights: From Nonsense to Substance», *Neuroethics*, vol. 15, núm. 7, 2022.
- David CHEN, Rod PARSA y Andrew HOPE: «Physician and Artificial Intelligence Chatbot Responses to Cancer Questions from Social Media», *Jama Oncology*, vol. 10, núm. 7, 2024, pp. 956-960.
- Tomás de DOMINGO PÉREZ: «Los ‘nuevos derechos’ en el Estado Constitucional», en Jorge CREGO y Carolina PEREIRA (eds.), *Los nuevos derechos humanos. Teoría jurídica y praxis política*, Comares, Granada, 2024, pp. 157-177.
- Ronald DWORKIN: *Taking Rights Seriously*, Harvard University Press, 1977.
- Joel FEINBERG: «The Nature and Value of Rights», *The Journal of Value Inquiry*, vol. 4, 1970, pp. 243-257.
- Luigi FERRAJOLI: *Democracia y garantismo*, Trotta, Madrid, 2008.
- Ernesto GARZÓN VALDÉS: «Representación y democracia», *Doxa*, núm. 6, 1989, pp. 143-164.
- Mary Ann GLENDON: *Rights Talk. The Impoverishment of Political Discourse*, The Free Press, 1991.
- Nora HERTZ: «Neudorfites Do we Need New Human Rights? A Reconsideration of the Right to Freedom of Thought», *Neurotics*, vol. 16, numb. 5, 2023, pp. 1-15.
- Liborio HIERRO: «Los derechos económico-sociales y el principio de igualdad en la teoría de los derechos de Robert Alexy», *Doxa*, núm. 30, 2007, pp. 249-271.
- Liborio HIERRO: «El concepto de justicia y la teoría de los derechos», en Elías DÍAZ y José Luis COLOMER (eds.), *Estado, justicia, derechos*, Alianza, Madrid, 2002, pp. 11-73.
- Liborio HIERRO: «¿Qué derechos tenemos?», *Doxa*, núm. 23, 2000, pp. 351-375.
- Michael IGNATIEFF: «Human Rights as Idolatry», end Amy GUTMANN (ed.), *Human Rights as Politics and Idolatry*, Princeton University Press, Princeton-Oxford, 2001, pp. 53-98.
- Francisco LAPORTA: «Sobre el concepto de derechos humanos», *Doxa*, núm. 4, 1987, pp. 23-46.
- Andrea LAVAZZA: «Erasing traumatic memories: when context and social interests can outweigh personal autonomy», *Philosophy, Ethics and Humanities in Medicine*, 2015.
- Matthew S. LIAO: «The Right of Children to Be Loved», *The Journal of Political Philosophy*, vol. 14, numb. 4, 2006, pp. 420-440.
- Fernando LLANO: «Singularidad tecnológica, metaverso e identidad personal: Del *homo Faber* al *novo homo ludens*», en Fernando H. LLANO (ed.), *Inteligencia artificial y filosofía del derecho*, Laboran, Murcia, 2022, pp. 189-215.
- Pablo DE LORA: «Reproducción, paternidad e igualdad: ¿de qué son responsables los inseminadores?», en Juan Antonio GARCÍA AMADO (decir), *La responsabilidad civil por daños en las relaciones familiares*, Bosch-Wolters Kruger, Barcelona, 2017, pp. 215-231.

- Jeff McMAHAN: «The Meat Eaters», *The New York Times*, 19 de septiembre de 2010, (<https://archive.nytimes.com/opinionator.blogs.nytimes.com/2010/09/19/the-meat-eaters/>, última visita el 16 de mayo de 2025).
- John OBERDIEK: «Specifying Rights out of Necessity», *Oxford Journal of Legal Studies*, Spring, vol. 28, numb. 1, 2008, pp. 127-146.
- María Eugenia RODRÍGUEZ PALOP: «¿Nuevos derechos a debate? Razones para no resistir», *Anuario de Filosofía del Derecho*, núm. 20, 2003, pp. 227-254.
- Amartya SEN: «The Global Reach of Human Rights», *Journal of Applied Philosophy*, vol. 29, numb. 2, mayo, 2012, pp. 91-100.
- Pedro SERNA: «El discurso de los nuevos derechos humanos. Perspectiva genético-crítica», en Jorge CREGO y Carolina PEREIRA (eds.), *Los nuevos derechos humanos. Teoría jurídica y praxis política*, Comares, Granada, 2024, pp. 17-49.
- Jens T. THEILEN: «The inflation of human rights: a deconstruction», *Leiden Journal of International Law*, núm. 34, 2021, pp. 831-854.
- K. VASEK: «A 30-Year Struggle: The Sustained Efforts to Give Force of Law to the Universal Declaration of Human Rights», *10 Unesco Courier*, núm. 29, 1977.
- Rafael YUSTE, J. GENSER, y S. HERRMANN: «It's Time for Neuro-Rights», *Horizons*, núm. 18, 2021, pp. 154–164.
- Alejandra ZÚÑIGA FAJURI, Luis VILLAVICENCIO MIRANDA, Danielle ZAROR MIRALLES y Ricardo SALAS VENEGAS: «La trivialidad de los neuroderechos», *Bits*, núm. 22, 2022, pp. 24-29.

