

NOTAS SOBRE LA FUNDAMENTACIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS¹

Javier SALDAÑA

RESUMEN: De acuerdo con el autor, es imposible explicar de manera general el problema que plantea la fundamentación de los derechos humanos en un solo artículo; además de que varios de los ensayos que se han escrito al respecto, rebasan las pretensiones de las líneas escritas a continuación. Sin embargo, aunque el lector no encontrará un desarrollo pormenorizado de los diversos intentos de fundamentación de los derechos humanos, sí hallará una referencia a las características de los principales esfuerzos por fundamentar tales derechos, así como las objeciones sobre algunos de los planteamientos señalados.

ABSTRACT: *The author states that it is impossible to explain, in a general way, and in a single article, the problem that outlines the basis of human rights. Moreover, several essays written about the matter give more information on the subject. Nevertheless, the reader might find here a detailed list of the several attempts to justify, with sound reasons, the issue of human rights, and will, as well, find references of the main efforts made to justify the basis of these rights, as well as the objections that have arisen throughout.*

I. EL PROBLEMA SIEMPRE PRESENTE DEL FUNDAMENTO

Uno de los temas siempre recurrentes en el discurso sobre derechos humanos es, precisamente, el del fundamento de éstos. Éste y el problema del concepto son, quizá, los dos asuntos que en nuestra opinión constituyen las materias propiamente filosóficas de los derechos humanos, y por tanto los más complejos a tratar. ¿Por dónde iniciamos el análisis de la fundamentación de estos derechos? Parece conveniente iniciar nuestra exposición haciendo nuestra alguna definición de lo que significa la expresión fundamentación.

¹ Dentro de la bibliografía más reciente escrita en nuestro país se encuentran los trabajos de Beuchot, M., *Filosofía y derechos humanos*, México. Siglo XXI, 1993. *passim*. Y del mismo autor: *Derechos humanos. Iuspositivismo y iusnaturalismo*, México. UNAM, 1995, pp. 123-168.

El profesor argentino Carlos Ignacio Massini, como buena parte de los autores que se inscriben dentro de la corriente del realismo jurídico de corte aristotélico-tomista, ha señalado que la expresión *fundamentación* parece que denota el sustento objetivo de las cosas. Fundamentar en el orden del conocimiento práctico es la justificación racional que sostiene una afirmación.² En el caso específico del derecho, la fundamentación de éste no puede hallarse en lo sustancialmente jurídico (entiéndase por jurídico el derecho positivo), porque es una regla lógica que nada se apoya sobre sí misma, sino en otra realidad ajena, la cual, justamente por serlo, es la única que le puede servir de sustento.³ En este sentido y colocados en el campo jurídico, esta justificación racional que se pregona nunca podrá ser puramente normativa-legal, sino una realidad objetiva y real, y por tanto diferente a lo meramente formal del derecho. Reconocer hoy que la explicación del derecho —y por tanto de los derechos humanos— se agota en la literalidad de la ley es asumir una visión parcial del fenómeno jurídico que muchas veces no ha hecho sino transgredir a éstos.

Si esto se entiende en el campo del derecho en general, colocados ya de manera más particular en el ámbito de los derechos humanos, parece que fundamentar éstos sería la búsqueda de “ciertas afirmaciones o principios... que, en razón de aparecer como evidentes, justifiquen racionalmente, por la vinculación lógica necesaria con ellos, las afirmaciones acerca de la existencia y extensión de los derechos humanos”.⁴ Así, “no sería posible... recurrir a enunciados de principios aceptados por mera convención”.⁵ En definitiva, la fundamentación de los derechos humanos no es sino la labor que permite distinguir qué hay de objetividad en ellos y qué de ideología.⁶ Dicho en otras palabras, esta *realidad objetiva* es donde parece ser posible comenzar a buscar la respuesta al problema que plantea el fundamento de los derechos humanos. De este modo, el fundamento de

2 Massini Correas, C. I., *Filosofía del derecho. El derecho y los derechos humanos*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1994, p. 105.

3 Cfr. Guasp Delgado, J., *Derecho*, Madrid, Hergon, 1971, pp. 289-290.

4 Massini, C. I., *op. cit.*, nota 2, p. 104.

5 *Idem*.

6 Cfr. Serna Bermúdez, P., *Positismo conceptual y fundamentación de los derechos humanos*, Pamplona, Eunsa, 1990, p. 147.

los que calificamos como “humanos” lo encontraremos, según el sentido anterior, en aquella realidad objetiva que ellos mismos manifiestan, es decir en lo humano de estos derechos.

II. DE LAS DIVERSAS FORMAS EN LAS QUE SE PRETENDE FUNDAMENTAR LOS DERECHOS HUMANOS

La teoría general de los derechos humanos⁷ enumera por lo menos cuatro grandes intentos por fundamentar éstos: un intento iusnaturalista; otro historicista; uno más: ético; y finalmente el consensualista. A estos son a los que nos referiremos brevemente en las líneas que siguen a continuación.

1. *Intento iusnaturalista por fundamentar los derechos humanos*

A. *El derecho natural y el iusnaturalismo*

La referencia al derecho natural nos hace precisar, en primer lugar, una idea que debemos dejar clara: saber si bajo la expresión derecho natural podemos reconocer una serie de características que lo identifiquen de manera unívoca, o si por el contrario, son diversas las que llevan a reconocer diferentes tipos de iusnaturalismo. ¿A qué clase de derecho natural nos estamos refiriendo cuando hablamos de él? Desafortunadamente, buena parte de las críticas que hoy se hacen a esta concepción del derecho vienen motivadas precisamente por uniformar en una sola voz, rasgos comunes de consideraciones distintas del derecho natural.⁸

7 Aparte de los libros de Beuchot antes citados pueden confrontarse: Bidart Campos, G., *Teoría general de los derechos humanos*, México, UNAM, 1993, *passim*; Pérez Luño, A. E., *Derechos humanos. Estado de derecho y Constitución*, 4a. ed., Madrid, Tecnos, 1991, *passim*; Saldaña, J. (coord.), *Problemas actuales sobre derechos humanos. Una propuesta filosófica*, México, UNAM, 1997, *passim*.

8 Podemos citar, como ejemplo, las siguientes corrientes iusnaturalistas que Massini nos presenta: “i) un iusnaturalismo *racionalista*, principalmente el de la Escuela Moderna del Derecho Natural; ii) un iusnaturalismo *empirista*, que puede ser ejemplificado en la figura de Hobbes; iii) un iusnaturalismo *realista*, de raíz aristotélica, y cuyo principal representante es Tomás de Aquino; iv) un iusnaturalismo *marxista*, intentado por Ernst Bloch y Hermann Klenner; v) un iusnaturalismo *Kantiano*, como el propuesto por Stammler, etcétera”. Massini Correas, C. I., *Los derechos humanos. paradoja de nuestro tiempo*, Santiago de Chile, Alfabetá, 1987.

Cuando hablamos de derecho natural, podemos señalar, al menos, dos grandes escuelas o corrientes: el derecho natural que Villey califica como clásico y que encuentra como claros antecedentes al pensamiento aristotélico, al derecho romano y principalmente a Tomás de Aquino;⁹ y el derecho natural moderno de corte racionalista, entre cuyos exponentes encontramos a Grocio, Pufendorf, Tomasius, Wolf, etcétera.¹⁰

Según la corriente de derecho natural clásico, hablar de éste imposibilitaría admitir la división del derecho en dos órdenes distintos, uno natural carente de juridicidad positiva, y otro positivo. El derecho, para dicha concepción, es un único sistema jurídico integrado por dos tipos de factores del derecho, uno natural y otro positivo.¹¹ Hervada es bastante claro en este argumento, al señalar que en

cada contexto social no existen dos sistemas de derecho, el ordenamiento jurídico natural y el ordenamiento jurídico positivo, sino que el sistema jurídico es *único*, un sistema jurídico unitario constituido por el derecho natural y el derecho positivo, o dicho con más precisión, formado por factores jurídicos naturales y factores jurídicos positivos.¹²

Una segunda característica importante dentro de esta consideración del derecho es la de reconocer, si existiera algún conflicto o contravención del factor natural, la superioridad de éste sobre el factor positivo. Hervada es también bastante claro al respecto, al señalar que: “una atribución o una medida positivas que vayan contra un

p. 122. Cfr. Soaje Ramos, G., “Diferentes concepciones del derecho natural”, *Ethos* 10-11, Buenos Aires, 1982-83, pp. 317-339. Cfr. Serrano Villafañe, E., *Concepciones iusnaturalistas actuales*, 2a. ed., Servicio de Publicaciones de la Universidad Complutense de Madrid, 1977.

9 Para una visión general de esta visión del derecho cfr.: Hervada, J., *Lecciones propedéuticas de filosofía del derecho*, Pamplona, Eunsa, 1992, *passim*; Gómez Robledo, A., *Meditaciones sobre la justicia*, México, FCE, 1982, *passim*. Entre otros.

10 Un panorama general de las características que identifican este pensamiento en Massini Correas, C. I., *La desintegración del pensar jurídico de la edad moderna*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1980, *passim*. Para un análisis más profundo acerca de desarrollo y evolución de este derecho natural racionalista cfr. Carpintero Benítez, F., *El derecho natural (visión histórica)*, México, UNAM (en prensa).

11 Cfr. Serna, P., “Modernidad, posmodernidad y derecho natural: un iusnaturalismo posible”, *Persona y derecho*, España, 1989, vol. 20, p. 168 (especialmente nota 34).

12 Hervada, J., *op. cit.*, nota 9, p. 511.

derecho natural, no da vida a un verdadero derecho, y en consecuencia carece de validez. Es el viejo principio enunciado por Gayo: "*Civilis ratio civilia quidem iura corrumpere potest, naturalia vero non potest*".¹³ De este modo, se afirma que para todo derecho positivo, existe un derecho natural que le sirve de inspiración y del cual se deriva.¹⁴

Estas son, quizá, las dos características más importantes del derecho natural. Respecto de la primera nota distintiva, habría que decir también que al reconocer la procedencia de este derecho de una naturaleza humana, estamos a la vez afirmando que hay bienes atribuidos a la persona en virtud de la misma naturaleza de ésta. Esto supone la atribución de cosas a cada hombre por sus propia naturaleza. Estas cosas atribuidas y debidas al hombre son lo que constituye el derecho natural.¹⁵ Señalando éste con más precisión, diremos que el derecho natural "designa (*sic*) aquel sector del orden jurídico constituido por normas, derechos y relaciones cuyo origen y fundamento es la naturaleza del hombre".¹⁶ Según lo anterior, el dato identificatorio del derecho natural lo constituye la persona humana y la relación de debitud que mantiene con sus cosas o bienes.

Sin embargo, se nos presenta un problema de no fácil solución, ya que es quizá el argumento más fuerte formulado en contra del derecho natural, responder a la pregunta por sobre la naturaleza humana. ¿Qué es la naturaleza humana? y ¿cómo puede ser ésta el fundamento de los derechos humanos? Buena parte de las críticas formuladas al derecho natural, desde posiciones estrictamente empíricas, parten de esta interrogante; el famoso argumento de la falacia naturalista puede ser el ejemplo más claro de las objeciones formuladas contra el derecho natural.¹⁷

13 Hervada, J., *Introducción crítica al derecho natural*, 6a. ed., Pamplona, Eunsa, 1990, p. 113.

14 Cfr. Hernández Martín, R., *Historia de la filosofía del derecho contemporánea*, Madrid, Tecnos, 1986, pp. 63 y ss.

15 Hervada, J., *Introducción crítica al derecho natural*, 7a. ed., Pamplona, Eunsa, 1993, p. 80.

16 Hervada, J., *Historia de la ciencia del derecho natural*, 2a. ed., Pamplona, Eunsa, 1991, pp. 17-31.

17 Para un argumento en contra de la falacia naturalista cfr. Massini Correas, C., *La falacia de la falacia naturalista*, Mendoza-Argentina, Idearium, 1995, *passim*.

B. *Naturaleza humana*

Por naturaleza humana debemos entender aquella constitución o estructura fija en el hombre que es a la vez permanente y estable en medio de las mudanzas a las que puede verse sometido.¹⁸ Es la esencia, aquello por lo que el hombre es y se comporta como tal, es algo invariable, permanente e identificador del propio hombre. La naturaleza humana es la índole propia del ser humano, su peculiar esencia o manera de ser, en tanto que efectivamente dada en él como su más radical principio activo.¹⁹ En resumen, la naturaleza humana, podríamos decir, “es la esencia como principio de operación”.²⁰ Esta naturaleza humana, entendida no como fruto de una visión naturalista de la naturaleza, sino como una realidad tendencial de ella misma, adquiere un carácter normativo que define al hombre hacia su perfección como su objetivo último.²¹

Contrario a lo que se pueda pensar, la naturaleza humana, como realidad, no es una idea abstracta separada del ser humano, sino que está realizada en la persona; es una dimensión o estructura fundamental de la persona humana. O aun mejor, en cada persona humana existe una real estructura fundamental la cual, en cuanto la observamos en las demás personas humanas y la captamos como constitutivo caracterizador y especificador suyo, la universalizamos conceptualmente y la llamamos naturaleza humana. Es la estructura ontológica del ser humano.

18 Cfr. García López, J., “La persona humana”, *Anuario Filosófico IX*, Pamplona, 1976, p. 168.

19 Cfr. Millán Puelles, A., voz: “Naturaleza”, *Léxico filosófico*, Madrid, Rialp, 1984, p. 438.

20 Consideradas como realidades, no podríamos conformarnos con una distinción entre persona o personalidad y naturaleza humana. En este sentido podríamos aceptar la definición de Hervada acerca de la naturaleza humana diciendo que “...la personalidad es una forma de ser el hombre, o sea, es la intensidad de ser propia de la esencia humana. Como intensidad de ser que es, la personalidad atañe a la esencia misma del hombre, y en cuanto se refiere al obrar humano —que es lo que tiene relación directa con el derecho—, concierne a la esencia como principio de operación, es decir, lo que llamamos naturaleza humana”. Hervada, J., *op. cit.*, nota 13, p. 89.

21 Cfr. Serna, P., “Modernidad, posmodernidad y derecho natural: un iusnaturalismo posible”, *op. cit.*, nota 11, p. 181.

C. *Naturaleza y persona*

Según hemos visto, la naturaleza es constitutivo de la persona, está en ella misma como estructura fundamental suya y por eso resulta indistinto predicar algo de la naturaleza humana o predicarlo de la persona, porque entendemos la naturaleza como el concepto universal que expresa un constitutivo real de la persona individual.²²

La naturaleza humana que venimos analizando es la misma que identifica a la persona como tal y lo hace distinto y superior al resto de los animales. Ésta se integra por dos potencias propias del ser humano: su inteligencia y su voluntad, con cuyo concurso los actos del hombre pueden ser calificados como libres. “La capacidad o potencia espiritual del hombre es la inteligencia o razón y la facultad de querer de la naturaleza espiritual es la voluntad. En consecuencia, el acto libre es un acto racional y voluntario”.²³ Por estas potencias el hombre conoce y quiere, es lo que lo hace esencialmente distinto al resto de los seres vivos y le dan a éste su categoría humana. La razón y la voluntad son potencias suprasensitivas, espirituales, cuyo sujeto de inhesión es el alma, de naturaleza espiritual.²⁴

D. *Naturaleza humana y derechos humanos*

En la exposición sucinta que venimos haciendo del derecho natural y de la naturaleza humana, se ha de dejar claro que por esta naturaleza humana, al hombre le son atribuidos una serie de cosas o bienes que le corresponden por ese estatuto ontológico antes referido. Estas cosas o bienes, son, en nuestra opinión, lo que identificamos como derechos humanos. Así, dichos derechos serán aquellos que proceden de la naturaleza humana y que le son propios al hombre, independientemente de cualquier circunstancia histórica. De este modo, los derechos humanos son calificados como derechos naturales provenientes no de la voluntad del hombre sino, repetimos, de su propia naturaleza.

22 Cfr. Hervada, J., *op. cit.*, nota 9, pp. 480 y ss.

23 Hervada, J., *Cuatro lecciones de derecho natural*, 3a. ed., Pamplona, Eunsa, 1993, p. 35.

24 Cfr. *ibidem*, p. 27.

Entre los bienes que constituyen derechos naturales debidos al hombre, en virtud de su propia naturaleza, encontramos "a) los bienes que forma el ser del hombre, sus potencias y tendencias; b) las operaciones que tienden a obtener las finalidades naturales del hombre; c) los bienes que son el objeto de esas operaciones".²⁵

Finalmente, habría simplemente que mencionar que estos derechos o bienes no se encuentran en el orden de los fines del hombre, esto es, de algo que por naturaleza aún no es y deba alcanzarse, sino que los derechos humanos están en el estatuto natural del propio hombre. Es decir, algo que por naturaleza ya tiene y que posee en el orden del ser como derechos naturales. O, como lo hemos señalado, algo que le es suyo por naturaleza.²⁶ Aceptar lo contrario es admitir que los derechos humanos no se tienen sino que se deben alcanzar o conquistar como derechos a los que los hombres deben aspirar por no tenerlos, convirtiendo dicho concepto en valores o ideales por alcanzar, que dejarían de serlo en la medida en que la sociedad los desestimara como tales, convirtiéndolos así en presa fácil de una cultura relativista como es la cultura actualmente imperante.²⁷

En consecuencia, para esta particular forma de fundamentar los derechos humanos, estos son bienes que pertenecen al hombre, que le son inherentes a la naturaleza de éste y por tanto deben ser respetados. De este modo, la labor de cualquier organización política no ha de ser otra que la de reconocerle dichos bienes a la persona, o por mejor decir, reconocerle los derechos humanos que le corresponden. El instrumento que ha de emplear el Estado es, como es lógico pensarlo, el derecho positivo, el cual jamás podrá otorgarlos sino admitir la previa existencia de ellos como algo connatural al hombre.

25 Hervada, J., *op. cit.*, nota 13, p. 95.

26 Cfr. Hervada, J., *Los eclesiasticistas ante un espectador*, Pamplona, Eunsa, 1991, pp. 26 y ss.

27 Cfr. Hervada, J., *Escritos de derecho natural*, 2a. ed., Pamplona, Eunsa, 1993, p. 656.

2. *Propuesta historicista. Los derechos humanos como derechos históricos*

Otro intento igual de importante por fundamentar los derechos humanos es el presentado desde la posición historicista, el cual ha intentado ser expuesto como una propuesta superadora a la tesis iusnaturalista, negando por tanto la existencia de cualquier naturaleza humana reconocida en el hombre, y en consecuencia excluyendo la posibilidad de que los derechos humanos sean derechos radicados en ella. Esta tesis establece que antes que en la naturaleza humana, son en las necesidades sociales y la capacidad de satisfacerlas donde radican estos derechos. De este modo, es el propio desarrollo social el que en definitiva otorga los derechos a las personas y no un concepto de naturaleza humana que puede ser a todas luces discutible.

Desde nuestro punto de vista, la tesis historicista de los derechos humanos, tal y como se presenta, no ha comprendido una idea importante dentro del mismo derecho natural: la condición histórica, o historicidad que la naturaleza humana posee y que intentaremos presentar no sin pasar a reseñar brevemente las principales características de la visión historicista de los derechos humanos.

A. Derechos humanos como derechos históricos

Para este tipo de fundamentación, los derechos humanos manifiestan aquellos derechos variables y relativos a cada contexto histórico. Estos derechos los tiene el hombre de acuerdo con el desarrollo y evolución de la sociedad. Para la propuesta historicista, los derechos humanos no serán más derechos naturales, sino derechos históricos, cambiantes y por tanto relativos a cada una de las circunstancias temporales que las necesidades sociales presentan, y que condicionan al hombre a intentar satisfacerlas prescindiendo de cualquier dato ontológico u objetivo.

Son muchas las diferencias que esta fundamentación mantiene con la iusnaturalista, sin embargo, la más importante sería reconocer que los derechos humanos no son derechos anteriores y superiores a la constitución social, sino derechos cuyo origen se encuentra en la propia

sociedad. De este modo, los derechos de las personas pasan a ser resultado de la evolución y transformación de la propia sociedad.

Quienes argumentan en favor de esta forma de fundamentar los derechos humanos señalan que:

el concepto y formulación de los derechos humanos se ha ido decantando a través de la historia a partir del núcleo teórico más amplio de humanidad, entendida ésta no en su apoyo sentimental, sino como un proceso de autoconcienciación, mediante el cual se ha objetivado la esencia del hombre como un concepto unitario y abstracto. Ha sido un largo camino, cuyos momentos históricos principales fueron la filosofía estoica, la cristiana y el iluminismo.²⁸

Los derechos humanos encuentran su fundamento “no en la naturaleza humana, sino en las necesidades humanas y en las posibilidades de satisfacerlas dentro de una sociedad”;²⁹ por tanto,

la temática específica de los derechos humanos estará en función de los valores constituidos en una comunidad histórica concreta y de los fines que ella misma pretenda realizar, siempre que se respete como principio ineludible la propia esencia de la dignidad de la persona humana como fin en sí misma, pues de otra forma no podríamos hablar de derechos del hombre sino de cualquier otra cosa, aunque justa y útil.³⁰

Como se puede observar, la propuesta historicista de los derechos humanos reconoce el origen de éstos en las circunstancias sociales que determinan su creación, a la vez que establece de manera implícita el carácter necesario de ellos aunque no su entidad jurídica. Son necesidades humanas atendibles pero no derechos en el sentido estricto del término.

28 Perris, M., *Juez, Estado y derechos humanos*, Valencia, Fernando Torres-Editor, 1976, p. 135.

29 *Ibidem*, p. 137.

30 *Ibidem*, p. 138.

B. *Observaciones a la tesis historicista de los derechos humanos*

Los lineamientos que acabamos de hacer a la propuesta historicista de los derechos humanos merecen ser objeto de algunas observaciones que nos parece oportuno hacer en este momento. Para esto, hemos de hechar mano de las críticas formuladas por Eusebio Fernández a dicha fundamentación.

La primera de ellas es la que tiene que ver con la variabilidad histórica aplicada a todos los derechos. Si los derechos humanos son derechos históricos, y por tanto son valores constituidos en una comunidad histórica concreta; es decir, derechos relativos a cada contexto social, habría que preguntarse si dicha variabilidad es aplicable a todo el conjunto de derechos humanos o simplemente lo es para algunos de ellos. Se ha señalado que “la variabilidad histórica es bastante cierta en el caso de los derechos cívicos-políticos y en los derechos económico-sociales y culturales; pero, ¿lo es igual en el caso de los derechos personales, como el derecho a la vida y a la integridad física y moral?”³¹ Estos últimos derechos no pueden ser objeto de dicha variabilidad histórica por ser reconocidos como personalísimos e inherentes a la naturaleza del hombre, no a las necesidades de participación política o de intereses culturales que a la sociedad puede exigírsele.

Efectivamente, mientras algunos derechos, generalmente los de participación política o de exigencia social, pueden caracterizarse como derechos históricos, los considerados como personalísimos como el derecho a la vida o la integridad física no participan de la condición histórica de aquéllos. Es necesario en este punto aclarar que la condición histórica de los derechos no implica que éstos se hayan adquirido a través del desarrollo social, sino que este mismo progreso social viene a reafirmar el carácter connatural de los derechos humanos. Situaciones diferentes son, por una parte, que el desarrollo social otorgue derechos, y otra que este mismo confirme su pertenencia al hombre.

³¹ Fernández, E., *Teoría de la justicia y derechos humanos*, Madrid, Debate, 1984, p. 102.

Una segunda precisión, igual de acertada que la anterior, es la que se refiere a la consideración de los derechos humanos como satisfacción de necesidades humanas.

Los derechos fundamentales concebidos así, como exigencias basadas en las necesidades humanas y en las posibilidades de satisfacerlas dentro de una sociedad, pero también como derechos, es decir, valores integrados en normas jurídicas, ¿deben reconocer y garantizar todo tipo de necesidades?, ¿esto es posible y cómo sería posible?, ¿es necesario llevar a cabo una elección entre necesidades más apremiantes y fundamentales, y las menos?, ¿de acuerdo con qué valores se hará la elección?³²

Desde esta postura, parece poco probable que la fundamentación historicista de los derechos humanos pueda responder satisfactoriamente a las objeciones antes planteadas, si bien ofrece una visión general acerca de cuáles fueron las condiciones históricas que motivaron la aparición de estos derechos y el subsecuente reconocimiento de los mismos en los textos jurídicos, generalmente a nivel constitucional, pues no ofrecen una solución lo suficientemente sólida al planteamiento que sobre el fundamento del derecho se explicó al inicio de este capítulo. Pero hay más: como lo habíamos anotado, la tesis historicista de los derechos humanos no parece haber comprendido el tema de la historicidad y los derechos como naturales que a continuación intentaré reseñar.

3. *La fundamentación ética de los derechos humanos o moral rights*

La locución *moral rights* proviene del pensamiento anglosajón, adquiriendo especial fuerza en la cultura jurídica de habla castellana. Entre los profesores de esta lengua que han preferido emplear la expresión *moral rights* para calificar a los derechos humanos, están por ejemplo el profesor argentino recientemente fallecido Carlos Santiago Nino, quien en nuestra opinión ha sido el que más y mejor ha

32 *Ibidem*, pp. 102-103.

explicado dicha idea en tal cultura.³³ Al lado de dicho profesor, y dentro de la misma escuela analítica de la filosofía jurídica, la doctrina española es quien también ha hecho suya dicha expresión y la ha empleado en sus argumentos.³⁴

Un análisis general de lo que significa la expresión *moral rights* nos tiene que llevar a decir que ésta, al intentar explicar el fundamento de los derechos humanos, lo hace radicar no en el derecho positivo sino en un dato prepositivo, anterior al derecho estatal y diferente del ordenamiento vigente; en definitiva, ese dato previo al que se refiere es de índole moral. En una "moralidad básica", como la llaman sus seguidores, es donde radica el fundamento de los derechos humanos o morales. El fundamento de estos derechos, por tanto, es axiológico-valorativo, en torno a exigencias que se consideran indispensables para asegurarle al hombre tener una vida digna. Son, en definitiva, exigencias derivadas de la idea de dignidad humana que merecen ser respetadas y garantizadas por el poder político y el derecho.³⁵

Así, la idea central de la expresión *moral rights*, tal y como lo hemos anunciado, señala que estos derechos encuentran su fundamento no en el derecho (nos referimos al derecho positivo) sino en la moral. De este modo, se ha señalado que con "esta afirmación fundamental, los escépticos en materia ética podrán aceptar la tesis de que *los derechos humanos son derechos establecidos por principios morales*".³⁶ Así, cuando se habla de *moral rights*, en alusión a los derechos humanos, se está indicando una negación de todo fundamento jurídico de los derechos del hombre. El fundamento de estos derechos se encuentra en la ética, en las exigencias que se presentan

33 Cfr. por ejemplo: Nino, C. S., *Ética y derechos humanos. Un ensayo de su fundamentación*, Buenos Aires, Paidós, 1984, *passim*; Nino, C. S., *Introducción al análisis del derecho*, Buenos Aires, Astrea, 1980, *passim*.

34 Sólo por mencionar algunos autores españoles, podríamos citar: Fernández, E., *Teoría de la justicia y derechos humanos*, Madrid, Debate 1991; Laporta, F., "Sobre el concepto de derechos humanos", *Doxa* 4, Alicante, 1987; Ruiz Miguel, A., "Los derechos humanos como derechos morales, ¿entre el problema verbal y la denominación confusa?", *El fundamento de los derechos humanos*, Madrid, Debate, 1989; Rojo Sanz, J. M., "Los derechos morales en el pensamiento angloamericano", *Anuario de Derechos Humanos* 5, Madrid, 1988-1989; Guisán, E., "Una justificación utilitarista de los derechos humanos", *El fundamento de los derechos humanos*, Madrid, Debate, 1989.

35 Cfr. Fernández, E., *op. cit.*, nota 31, p. 107.

36 Nino, C. S., *op. cit.*, nota 33, p. 19.

como indispensables para una vida digna del ser humano, pero estas mismas serían realmente “derechos” sólo hasta que se encontraran incorporados en un sistema de normas, es decir, en el derecho positivo. Antes de esta incorporación, los *moral rights* serían sólo eso: derechos morales. En este sentido, únicamente se hablará de derechos humanos cuando el derecho positivo así los formule.³⁷

La fundamentación ética de los derechos humanos señala como parte central de su argumento que el origen y fundamento de estos derechos no podrá ser el derecho positivo sino un dato previo a éste. La función del derecho positivo es reconocer y proteger, a través de normas legales, estos derechos, jamás el de otorgarlos.³⁸

4. *La propuesta consensualista para fundamentar los derechos humanos*

Uno de los autores que más ha insistido en fundamentar los derechos humanos desde el consenso ha sido Norberto Bobbio, para este pensador, hablar sobre la fundamentación de los derechos humanos no depende de algo objetivo, sino del consenso al que intersubjetivamente se llegue. Nos dice el profesor de Turín que “buscar fundamento a los derechos humanos es aducir motivos para justificar la elección que hemos realizado y que querríamos realizaran también los demás”.³⁹ Así, “la única prueba por la que un sistema de valores puede ser considerado como humanamente fundado y, por tanto, reconocido, es la prueba del consenso general acerca de su validez”.⁴⁰ Finalmente, señala el profesor italiano:

se entiende que la exigencia del respeto a los derechos humanos y las libertades fundamentales nace de la convicción generalmente compartida de que ya están fundados: el problema del fundamento es ineludible. Pero cuando digo que el problema cada vez más urgente frente al que nos encontramos no es el problema del fundamento, sino el de

37 Bidart Campos, G. J., *op. cit.*, nota 7, pp. 79-80.

38 *Cfr. ibidem*, p. 106.

39 Bobbio, N., “Sul fondamento dei diritti dell'uomo”, *Il problema della guerra e le vie della pace*, Bologna, Il Mulino, 1979, p. 121.

40 *Cfr.* Bobbio, N., “Presente y porvenir de los derechos humanos”, *Anuario de Derechos Humanos I*, Madrid, Servicio de Publicaciones de la Universidad Complutense de Madrid, 1982, p. 10.

las garantías, quiero decir que consideramos el problema del fundamento no como inexistente sino como, en cierto sentido, resuelto, de tal modo que no debemos preocuparnos más por su solución. En efecto —continúa el referido autor—, hoy se puede decir que el problema del fundamento de los derechos humanos ha tenido su solución en la Declaración Universal de Derechos Humanos aprobada por la Asamblea General de Naciones Unidas el 10 de diciembre de 1948.⁴¹

De modo que buscar un fundamento absoluto carece, a su vez, de fundamento.⁴²

Para Bobbio existen tres posibles formas de fundar los valores: primera; deducirlos de un dato objetivo constante, por ejemplo, la naturaleza humana;⁴³ segunda, considerar los valores como verdades evidentes;⁴⁴ tercera, la opción del consenso: describir que en un determinado periodo de la historia son generalmente consensuados (la prueba, precisamente, del consenso).⁴⁵

Estas expresiones nos muestran cómo en la exposición de Bobbio “gravita una cierta duda sobre la posibilidad práctica y teórica de la

41 *Ibidem*. En esta misma línea de pensamiento podríamos incluir a Rabossi, quien considera que “Luego de esta descripción impresionista creo que no es necesario ofrecer ningún argumento para afirmar la existencia en nuestro mundo actual de un fenómeno específico, históricamente dado, sumamente complejo, extraordinariamente dinámico, de alcances universales y de consecuencias revolucionarias. A este fenómeno lo denominaré el fenómeno de los derechos humanos”. Rabossi, E., “El fenómeno de los derechos humanos”, *Ética, política y derecho*, México, UNAM, Siglo XXI, 1991, p. 205.

42 *Cfr.* Bobbio, N., *L'Età dei diritti*, trad. de R. de Asis Roig, Madrid, Sistema, 1991, p. 54.

43 La objeción que observa el profesor italiano es la imposibilidad gnoseológica de dicha categoría. Explica: “El primer modo nos ofrecería la mayor garantía de su validez universal si realmente existiera la naturaleza humana y, admitido que exista como dato constante e inmodificable, nos fuera dado conocerla en su esencia: a juzgar por la historia del iusnaturalismo, la naturaleza humana ha sido interpretada de los modos más diversos, y la apelación a la naturaleza ha servido para justificar sistemas de valores incluso opuestos entre sí...” Bobbio, N., *art. cit., op. cit.*, nota 40, p. 10.

44 “El segundo modo —la apelación a la evidencia— tiene el defecto de presentarse más allá de toda prueba y rechazar cualquier otra posible argumentación de carácter racional: en realidad, apenas sometemos a la verificación histórica valores proclamados como evidentes nos damos cuenta de que lo que ha sido considerado como evidente por algunos en un momento dado ya no se considera evidente por otro en otro momento... Actualmente ¿quién no piensa que es evidente no torturar a los detenidos? Y, sin embargo, durante muchos siglos la tortura fue aceptada y defendida como un procedimiento judicial normal...” *Ibidem*, p. 11.

45 “El tercer modo de justificar los valores es mostrar que están apoyados en el consenso, según el cual un valor estaría tanto más fundado cuanto más compartido fuese. Con el argumento del consenso se sustituye la prueba de la objetividad —considerada imposible o extremadamente incierta— por la de la intersubjetividad...” *Idem*.

objetividad, aunque no se da una rechazo total".⁴⁶ En definitiva, según el pensamiento de este autor, el fundamento absoluto es una ilusión.⁴⁷

A la anterior propuesta valdría la pena hacerle la siguiente observación: qué duda cabe lo atrayente que resultan las anteriores afirmaciones. Es claro que, ante la frecuente violación a los derechos humanos, observada hoy en los distintos lugares con las más diversas ideologías, lo más apremiante para ellos sea su efectiva y real protección, aceptada la fundamentación de éstos en el *consenso generalizado*. Sin embargo, aunque en un primer momento resulte sugestivo este intento de fundamentación (que se califica como consensualista), hay una serie de objeciones de carácter filosófico que convendría tener en consideración antes de aceptar con tanta simpleza de razón dicha tesis.

En este sentido, me parece que la pregunta obligada sería: ¿cabe la posibilidad de que el consenso pueda constituirse en un modo de fundamentar —en el sentido que hemos dejado anunciado— los derechos humanos, tal y como lo plantea Bobbio? Parece que la anterior pregunta podría ser respondida, según la postura manifestada por Bobbio, del siguiente modo: "...las mismas afirmaciones de Bobbio hacen desaparecer la posible validez del consenso como fundamento en el sentido clásico...".⁴⁸ En este sentido, se pueden observar claramente al menos dos importantes deficiencias de la tesis planteada.

Una de las deficiencias de la fundamentación bobbiana salta a la vista. Si por fundamentación hemos entendido aquel dato objetivo de los derechos humanos al cual nos referimos al principio del trabajo, es evidente que el argumento consensualista jamás podrá invocar ninguna realidad objetiva para la defensa de estos derechos; más bien lo contrario, encontrará su fundamento en un dato que se hace depender del común acuerdo entre los miembros de una sociedad, relativizando los derechos y considerándolos como una simple ideología, personal o de grupo.

Si son coherentes quienes defienden la tesis del consenso, tendrían que aceptar que tanto los derechos humanos, como la dignidad de la persona (sustento de estos últimos) son una ideología, "algo

46 Serna Bermúdez, P., *op. cit.*, nota 6, p. 147.

47 *Cfr.* Bobbio, N., *op. cit.*, nota 42, p. 55.

48 Serna Bermúdez, P., *op. cit.*, nota 6, p. 147.

apetecible pero sólo subjetivamente apetecible, subjetivamente valioso, pero no universalmente valioso, no valioso de suyo".⁴⁹

De este modo, para esta teoría, los derechos humanos no pasarían de ser valores, aspiraciones o sentimientos cambiantes, relativos en el tiempo y dependientes de ciertas circunstancias sociales,⁵⁰

con esta idea los derechos humanos se derrumban, pues basta que en un medio social se desarrollen en un modo suficientemente mayoritario unos sentimientos, valoraciones o ideologías contrarios a los derechos humanos (por ejemplos: el racismo, el esclavismo o el abortismo) para que esos derechos humanos —al esfumarse como valores— desaparezcan, con lo que su contravención dejaría de ser una injusticia, una tiranía y una opresión.⁵¹

Si esto es así, la propuesta consensualista parece que nos tiene que llevar a aceptar la tesis de que la dignidad de la persona, que en este momento es valiosa, mañana puede no serlo, de ahí que

quienes enarbolan la bandera de la dignidad humana no tienen derecho a hacerla actuar como concepto resorte que impida avanzar hacia el futuro; el consenso de hoy no puede ni tiene por qué condicionar el de mañana ni las posibles disidencias, al menos legítimamente, porque no se puede impedir una modificación del presente en nombre de un concepto que es esencialmente revisable incluso para quienes lo entienden, y en este caso toda política destinada a consagrar los derechos humanos y la dignidad humana es fuerza y violencia, al menos hacia las generaciones futuras y las minorías del presente —¿cómo fundar desde aquí los derechos de las minorías?—.⁵²

49 *Idem*.

50 En este sentido, me parece que existe una íntima coincidencia entre la tesis planteada por Bobbio, tal y como la hemos desarrollado anteriormente y el intento historicista de fundamentación de los derechos humanos, es decir, aquella propuesta que concibe a los derechos humanos como derechos variables y relativos en cada contexto histórico que el hombre tiene y mantiene de acuerdo con el desarrollo de la sociedad. *Cfr.* Fernández, E., "El problema del fundamento de los derechos humanos", *Anuario de Derechos Humanos 1*, Madrid, 1982, pp. 92-93.

51 Hervada, J., *Escritos de derecho natural*, 2a. ed., Pamplona, Eunsa, 1993, pp. 656 y ss. *Cfr.* Hervada, J., "Los derechos inherentes a la dignidad de la persona humana", *Humana Iura 1*, Pamplona, 1991, pp. 350 y ss.

52 Serna Bermúdez, P., *op. cit.*, nota 6, pp. 147-148.

Efectivamente, los argumentos del modelo consensualista manifiestan la imposibilidad de fundar los derechos humanos desde el concepto de dignidad. Ésta no puede hacerse depender de lo que intersubjetivamente puedan querer en determinado momento un grupo de personas por más que se califiquen como consenso, porque el fundamento de los derechos no puede ser una ideología plural. Por eso, es cierto que, de aceptarse como fundamento de estos derechos la dignidad de la persona, parece necesaria la admisión también de la objetividad de ésta y el rechazo de lo intersubjetivo y relativo, pues esto representa un simple hecho: el consenso de las personas. Ahora bien, si por el contrario, no se acepta que dicho fundamento es la dignidad personal, sino la decisión intersubjetiva a la que se llega, no podría emplearse la dignidad como dato objetivo, tendría que utilizarse otro concepto diferente de ésta; tendría que ser ésta una noción subjetiva, relativa, posibilitada para ser cambiante en el transcurso del tiempo y exclusivamente útil para los agrados colectivos o intersubjetivos.

5. A manera de conclusión

Como hemos intentado mostrar, el problema de la fundamentación de los derechos humanos presenta distintas maneras de ser abordado. Sin embargo, habría que decir que el discurso filosófico-jurídico con el que se intenta tratar la cuestión del fundamento puede ser resumido en dos posturas fundamentalmente, o se asume una postura objetivista respecto de estos derechos, o se defiende una posición subjetivista de los mismos. La primera de ellas nos lleva necesariamente a aceptar la tesis y los planteamientos iusnaturalistas; las segundas pueden ser perfectamente incluidas en algunas de las demás proposiciones. En mi opinión, el intento que mejor explica el fundamento de estos derechos es el asumido desde la corriente del derecho natural porque éste rescata para el discurso de los derechos humanos el concepto de la dignidad de la persona. “En efecto, en el fondo se trata de tener conciencia de la dignidad objetiva de la persona humana, de que el hombre no puede ser tratado al arbitrio del poder y de la sociedad, porque es objetivamente un ser digno y

exigente, portador de unos derechos en virtud de su dignidad, reconocidos, pero no otorgados por la sociedad".⁵³

III. BIBLIOGRAFÍA

- BOBBIO, N., "Sul fondamento dei diritti dell'uomo", *Il problema della guerra e le vie della pace*, Bologna, Il Mulino, 1979.
- , "Presente y porvenir de los derechos humanos", *Anuario de Derechos Humanos I*, Madrid, Servicio de Publicaciones de la Universidad Complutense de Madrid, 1982.
- , *L'Età dei diritti*, trad. R. de Asís Roig, Madrid, Sistema, 1991.
- FERNÁNDEZ, E., *Teoría de la justicia y derechos humanos*, Madrid, Debate, 1984.
- , "El problema del fundamento de los derechos humanos", *Anuario de Derechos Humanos I*, Madrid, Servicio de Publicaciones de la Universidad Complutense de Madrid, 1982.
- GARCÍA LÓPEZ, J., "La persona humana", *Anuario Filosófico IX*, Pamplona, 1976.
- GUASP DELGADO, J., *Derecho*, Madrid, Hergon, 1971.
- GUISÁN, E., "Una justificación utilitarista de los derechos humanos", *El fundamento de los derechos humanos*, Madrid, Debate, 1989.
- HERNÁNDEZ MARTÍN, R., *Historia de la filosofía del derecho contemporánea*, Madrid, Tecnos, 1986.
- HERVADA, J., *Cuatro lecciones de derecho natural*, 3a. ed., Pamplona, Eunsa, 1993.
- , *Introducción crítica al derecho natural*, 7a. ed., Pamplona, Eunsa, 1993.
- , *Historia de la ciencia del derecho natural*, 2a. ed., Pamplona, Eunsa, 1991.
- , *Lecciones propedéuticas de filosofía del derecho*, Pamplona, Eunsa, 1992.
- , *Los eclesiasticistas ante un espectador*, Pamplona, Eunsa, 1991.

53 Hervada, J., *op. cit.*, nota 27, p. 655.

- HERVADA, J., *Escritos de derecho natural*, 2a. ed., Pamplona, Eunsa, 1993.
- , “Los derechos inherentes a la dignidad de la persona humana”, *Humana Iura I*, Pamplona, 1991.
- LAPORTA, F., “Sobre el concepto de derechos humanos”, *Doxa IV*, Alicante, 1987.
- MASSINI CORREAS, C. I., *Filosofía del derecho. El derecho y los derechos humanos*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1994.
- , *Los derechos humanos, paradoja de nuestro tiempo*, Santiago de Chile, Alfabetá, 1987.
- MILLÁN PUELLES, A., voz: “Naturaleza”, *Léxico filosófico*, Madrid, Rialp, 1984.
- NINO, C. S., *Ética y derechos humanos. Un ensayo de su fundamentación*, Buenos Aires, Paidós, 1984.
- , *Introducción al análisis del derecho*, Buenos Aires, Astrea, 1980.
- PERRIS, M., *Juez, Estado y derechos humanos*, Valencia, Fernando Torres-Editor, 1976.
- RABOSI, E., “El fenómeno de los derechos humanos”, *Ética, política y derecho*, México, UNAM-Siglo XXI, 1991.
- ROJO SANZ, J. M., “Los derechos morales en el pensamiento angloamericano”, *Anuario de Derechos Humanos V*, Madrid, 1988-1989.
- RUIZ MIGUEL, A., “Los derechos humanos como derechos morales, ¿entre el problema verbal y la denominación confusa?”, *El fundamento de los derechos humanos*, Madrid, Debate, 1989.
- SERRANO VILLAFANE, E., *Concepciones iusnaturalistas actuales*, 2a. ed., Servicio de Publicaciones de la Universidad Complutense de Madrid, 1977.
- SOAJE RAMOS, G., “Diferentes concepciones del derecho natural”, *Ethos 10-11*, Buenos Aires, 1982-83.