

Antonio Marlasca López

## Fundamentación filosófica de los derechos humanos

(Una perspectiva actual. En el 50 aniversario de la proclamación de los derechos humanos por parte de la ONU: 1948-1998)

---

**Summary:** *In present times there are many Declaration of Rights. There is a basic agreement about the particular rights presented in the main declarations, for instance, that of 1948. However, there is no agreement as the reasons and ultimate justification of them. This task, a basically philosophical one, is the aim of this investigation. In order to fulfill this task, a critical analysis of the main theories about human rights fundamentation is presented. Then, a justification of human rights, for the author the most adequate, that based upon human necessities, is considered.*

**Resumen:** *En nuestro tiempo abundan las declaraciones de derechos. Suele haber acuerdo con respecto a los derechos concretos proclamados en las grandes declaraciones, la de 1948 por ejemplo. Pero no hay acuerdos respecto al por qué de esos derechos, o cuál es su fundamento último. Esta tarea, eminentemente filosófica, es la que se pretende llevar a cabo en la presente investigación. Para ello se hace, en primer lugar, un análisis crítico de las principales teorías que se han elaborado para fundamentar los derechos humanos. Posteriormente, se presenta la justificación de los derechos humanos que, actualmente, nos parece la más atinada, a saber, la basada en las necesidades humanas.*

### I. Introducción

Las declaraciones sobre derechos humanos han aumentado en forma casi exponencial en las últimas décadas. Y se ha dado a este respecto una

paradoja. Por una parte, se defiende la unidad de la persona. Por otra, se ha fomentado una atomización del ser humano: derechos del niño, derechos de la tercera edad, derechos de las mujeres, derechos de los trabajadores, etc. ¿No es verdad ya que los seres humanos tienen todos los mismos derechos? ¿No es verdad ya que los derechos humanos son universales? Suele haber acuerdo con respecto a los derechos concretos proclamados en esas declaraciones. Pero no hay acuerdo respecto al *por qué* de esos derechos, o cuál es la fundamentación última de esos pretendidos derechos. Esta tarea es eminentemente filosófica —la filosofía ha sido concebida tradicionalmente como un saber que investiga las ultimitades, los fundamentos últimos de las cosas— y es la que pretendemos desarrollar en la presente investigación.

En efecto, la pregunta típica y obligada sobre los derechos humanos, que los filósofos no pueden eludir, es por qué hay derechos humanos, cuál es la razón última de esos derechos, pues el "oficio" del filósofo consiste precisamente en dar razones de las cosas, aún de aquellas cuya existencia parece obvia y nadie cuestiona (como es el caso de los derechos humanos).

Para ello, después de hacer algunas aclaraciones terminológicas, haremos un análisis crítico de las principales teorías que se han venido elaborando para fundamentar los derechos humanos. En concreto, expondremos las siguientes fundamentaciones: la iusnaturalista, la positivista, la ética-dualista y la historicista-relativista. Para terminar esta revisión panorámica, y a modo de conclusión, presentaremos la justificación de los derechos humanos que, hoy por hoy, nos

parece la más atinente y adecuada, a saber, la basada en las necesidades humanas. Unas reflexiones finales cerrarán el presente ensayo.

Podría argüirse que la tarea que nos proponemos es eminentemente teórica y consiguientemente poco práctica y casi que inútil. En este sentido se han interpretado algunas afirmaciones voluntariamente polémicas y provocativas del teórico italiano N. Bobbio: según éste, el problema de nuestro tiempo respecto de los derechos humanos, no es el de fundamentarlos, sino el de protegerlos. Y aclara: "El problema que se nos presenta, en efecto, no es filosófico, sino jurídico y, en sentido más amplio, político. No se trata tanto de saber cuáles y cuántos son estos derechos, cuál es su naturaleza y su fundamento, si son derechos naturales o históricos, absolutos o relativos, sino cuál es el modo más seguro para garantizarlos, para impedir que, a pesar de las declaraciones solemnes, sean continuamente violados".<sup>1</sup>

En sentido contrario, otro teórico menos conocido, Francisco Puy, opina que "en materias ético-jurídicas siempre hay que ocuparse de los fundamentos". Y para rebatir lo que él considera un sofisma de Bobbio narra la siguiente parábola:

"Un hombre le pidió al Mulláh Nasrudin enseñanza espiritual. El Mulláh le dijo:

-Empezaré por los fundamentos.

Pero el hombre le dijo:

-Déjate de preliminares. No me importan. Vayamos al grano rápido.

El Mulláh, entonces, trajo una tinaja desfondada y empezó a echar cubos de agua en ella. Y preguntó el hombre:

-Pero ¿qué estás haciendo?

Y contestó el Mulláh:

-Llenando la tinaja.

Y dijo el hombre:

-Pero esa tinaja no tiene fondo.

Y respondió el Mulláh:

-A mí no me interesa el fondo. Dime cuándo llega el agua arriba nada más".<sup>2</sup>

El apólogo obviamente se interpreta en el sentido de que nunca se puede eludir la cuestión del fundamento. Y en realidad tampoco Bobbio la elude. Como él mismo admite, "el problema del

fundamento es ineludible".<sup>3</sup> Simplemente Bobbio parte del supuesto de que los derechos, hoy por hoy, ya están fundados o fundamentados, al menos por la vía del consenso. Más en concreto, según el jurista italiano, "no se trata de encontrar el fundamento absoluto de los derechos humanos -empresa sublime pero desesperada-, sino moderadamente los varios fundamentos posibles -empresa legítima y no destinada al fracaso como la otra"-.<sup>4</sup> En otras palabras, a pesar de sus afirmaciones aparentemente tan radicales, lo que Bobbio rechaza es un fundamento absoluto y no los diversos fundamentos posibles y relativos de los derechos humanos.

Pues bien, para comenzar nos encontramos con un problema terminológico, pero no por ello intrascendente, a saber qué se entiende por "derechos humanos". Para los efectos de este ensayo vamos a tomar prestada la definición de los derechos humanos que da el filósofo del derecho, Antonio E. Pérez Luño. Según este autor, los derechos humanos son "un conjunto de facultades e instituciones que, en cada momento histórico, concretan las exigencias de la dignidad, la libertad y la igualdad humanas, las cuales deben ser reconocidas positivamente por los ordenamientos jurídicos a nivel nacional e internacional".<sup>5</sup>

Esta definición, aparentemente anodina e intrascendente, presenta varias ventajas de las que su autor es perfectamente consciente. En primer lugar, no es una definición *tautológica* como aquella que dijese que "los derechos del hombre son los que corresponden al hombre por el hecho de ser hombre", pues en la definición transcrita se habla de unas exigencias humanas que deben concretarse históricamente. En segundo lugar, tampoco es una definición *formalista* del tipo "los derechos del hombre son los que deben pertenecer a todos los hombres, y de los que ningún hombre debe ser privado", pues la definición de Pérez Luño incluye la positivación de los derechos. En tercer lugar, la definición citada pretende no ser *teleológica* -que remitiría a conseguir una determinada finalidad- como sería la que estipulase que "los derechos humanos son aquellos imprescindibles para el desarrollo de la personalidad".<sup>6</sup> Pero, según su autor, el mayor mérito de

su definición radica en que escapa al dilema clásico entre iusnaturalismo y positivismo, en el sentido de que la definición propuesta "pretende conjugar las dos grandes dimensiones que integran la noción general de los derechos humanos, esto es, la exigencia iusnaturalista respecto de su fundamentación y las técnicas de positivación y protección, que dan la medida de su ejercicio" y eficacia práctica.<sup>7</sup>

Adoptamos esa concepción de los derechos humanos ya que, como se acaba de decir, evade el dilema iusnaturalismo-positivismo -o si se prefiere incluye ambas posturas contrapuestas- pues, prácticamente todos los intentos de fundamentación de los derechos humanos parten de una de estas dos posturas previas y un tanto aprióricas sobre los mismos. Es decir, se parte finalmente de una concepción iusnaturalista o positivista sobre los derechos. Lógicamente, como se verá posteriormente, se han hecho múltiples intentos para acortar o atenuar las distancias entre estas dos posturas extremas, para buscar posiciones intermedias o superadoras de las mismas, etc., pero, a la postre los autores vienen a recaer en una de estas dos posiciones al parecer irreductibles.

Continuando con las aclaraciones terminológicas, vamos a precisar también el significado de conceptos tan comunes como los acabados de citar: iusnaturalismo y positivismo, pues la dificultad de delimitar el concepto de derechos del hombre -o derechos humanos- es inseparable de la polémica secular entre iusnaturalismo-positivismo. Es decir, el problema consiste en si el derecho es exclusivamente derecho positivo, esto es, el creado o "puesto" por las convenciones o legislaciones humanas (positivismo), o, por el contrario, existen normas jurídicas anteriores, puntos de referencia para ese derecho positivo, y válidas en cuanto tales e independientemente de las leyes positivas (iusnaturalismo).

A nuestro entender el que mejor clarifica el sentido y alcance de estos términos es el ya citado profesor italiano Norberto Bobbio. En forma contundente escribe:

"Por 'iusnaturalismo' entiendo aquella corriente que admite la distinción entre derecho natural y derecho positivo y admite la primacía del primero sobre el

segundo. Por 'positivismo jurídico' entiendo aquella corriente que no admite la distinción entre derecho natural y derecho positivo y afirma que no existe otro derecho que el derecho positivo. Obsérvese la asimetría de las dos definiciones... El iusnaturalismo afirma la superioridad del derecho natural sobre el derecho positivo; el positivismo jurídico afirma la exclusividad del derecho positivo. El iusnaturalismo no afirma que exista únicamente el derecho natural, sino que existe también el derecho positivo aunque en una posición de inferioridad con respecto al derecho natural. Más brevemente: por iusnaturalismo entiendo la superioridad del derecho natural sobre el derecho positivo; por positivismo jurídico la teoría de la exclusividad del derecho positivo. El iusnaturalismo es dualista; el positivismo jurídico, monista".<sup>8</sup>

Al margen de las preferencias ideológicas de cada quien, es indudable que las delimitaciones conceptuales que hace Bobbio son nítidas y precisas. Al decir del profesor español Gregorio Peces Barba, en la actualidad los sectores iusnaturalistas y positivistas más conscientes y menos extremos tienden a superar la contradicción en sus posturas relativas a los derechos humanos a través de un acercamiento de sus respectivas posiciones teóricas. Más en concreto, según él, se puede solucionar el dilema "a través de una concepción dualista de los derechos humanos como *valores* o paradigmas de un derecho futuro y como *derecho vigente positivo* en una sociedad determinada".<sup>9</sup>

Por nuestra parte, juzgamos más acertada a este respecto la posición de J. Maritain. Para el filósofo francés, en la cuestión de la fundamentación teórica de los derechos humanos, las opiniones se dividen finalmente en dos grandes grupos: los que aceptan más o menos explícitamente y los que rechazan más o menos explícitamente (pero no por ello los niegan) la ley natural como fundamento de los derechos humanos:

"Para los primeros, el hombre, en razón de las exigencias de su esencia, posee ciertos derechos fundamentales e inalienables anteriores (por su naturaleza) y superiores a la sociedad. Y por ella misma nace y se desarrolla la vida social, con cuantos derechos y deberes implica. Para los segundos, el hombre, en razón del desarrollo histórico de la sociedad, se ve revestido de derechos de continuo variables y sometidos al flujo del

devenir, y que son el resultado de la sociedad misma, a medida que progresa al compás del movimiento de la historia... *Semejante contraste ideológico es irreductible y no admite conciliación en el plano teórico*; podría, empero, atenuarse algo, siempre y cuando que por los partidarios de la ley natural se subrayara que, si bien ciertos derechos fundamentales responden a una exigencia inicial de esta ley, y otros derechos a una exigencia posterior o, incluso a un simple anhelo de esta última, nuestro conocimiento de unos y otros queda en todo caso sometido a un desarrollo lento y azaroso, por lo cual sólo emergen como reglas de conducta reconocidas a medida y en virtud del progreso de la conciencia moral y del desarrollo histórico de las sociedades; y siempre y cuando que por los adversarios de la ley natural se recalcará que, si bien hay derechos que aparecen como función de la evolución de la sociedad, en cambio otros derechos más primitivos aparecen como función de la misma existencia de la sociedad".<sup>10</sup>

Es clara, también, la posición de Maritain. Según él, teóricamente las doctrinas iusnaturalista y positivista son irreconciliables; sin embargo, en el plano práctico pueden acortarse las distancias y alcanzarse acuerdos operativos concretos.

Una última aclaración: la palabra "fundamento" referida a los derechos humanos puede tener varios sentidos. Uno de ellos tiene que ver con el origen jurídico de los derechos humanos, con el modo y manera en que aparecen, nacen o se originan los mismos en la historia del hombre. Otro sentido tiene que ver con los valores de la persona a los que intentan proteger los derechos humanos, como por ejemplo el valor de la misma persona humana, el valor de la vida, el valor de la libertad, de la igualdad, etc. Estos valores protegidos por los derechos humanos serían la realidad que da sentido a los derechos, serían el fundamento de los derechos. En un sentido más amplio e impreciso, inquirir por el fundamento de los derechos humanos equivale a preguntarse por la razón de ser o el sentido de unos derechos que son considerados como imprescindibles e inseparables del mismo sentido de la vida humana. En nuestra exposición el término "fundamento" o "fundamentación" de los derechos humanos en principio no excluye ninguno de esos posibles sentidos, pero preferentemente, se toma en el prime-

ro de los reseñados. En último caso, será el contexto concreto el que indique el sentido preciso del término en cuestión.

Sin más preámbulos, abordamos ya directamente el tema central de nuestro ensayo exponiendo, en primer lugar, los principales intentos de fundamentación de los derechos humanos.

## II. Principales teorías para fundamentar los derechos humanos

Aunque existen diversas clasificaciones y terminologías al respecto, a efectos de una mayor claridad y sencillez las hemos reducido, como ya se apuntó, a las siguientes posiciones:

1. La fundamentación o justificación iusnaturalista (los derechos humanos como derechos naturales o basados en la naturaleza humana).
2. La fundamentación o justificación positivista ( los derechos humanos como derechos positivos o basados en leyes positivas).
3. La fundamentación o justificación ética-dualista (los derechos humanos como derechos morales o valores positivizados).
4. La fundamentación o justificación histórico-relativista (los derechos humanos como derechos históricos y relativos).

### 1. La fundamentación iusnaturalista

Esta fundamentación es la que ha gozado históricamente de mayor tradición y prestigio. Se basa en la postulación del derecho natural y se entiende por tal "el que es considerado como que resulta de la naturaleza de los hombres y de sus relaciones, independientemente de toda convención o legislación".<sup>11</sup> Este derecho es previo y superior al positivo y se deriva de la misma naturaleza humana. En este sentido ser persona es la condición necesaria y suficiente para ser titular de los derechos humanos. Como escribe A. Truyol y Serra "decir que hay 'derechos humanos' o 'derechos del hombre' en el contexto histórico-espiritual que es el nuestro, equivale a afirmar

que existen derechos fundamentales que el hombre posee por el hecho de ser hombre, por su propia naturaleza y dignidad; derechos que le son inherentes, y que, lejos de nacer de una concesión de la sociedad política, han de ser por ésta consagrados y garantizados".<sup>12</sup>

La influencia de la teoría del derecho natural en la historia de los derechos humanos aparece claramente en una serie de juristas y filósofos de la Ilustración, como por ejemplo Grocio, Puffendorf, Spinoza, Hobbes, Locke, Rousseau, Wolf, Kant, etc. Todos estos autores, lo que actualmente llamamos derechos humanos, ellos lo designan como derechos naturales, derivados de la misma naturaleza humana y comprendidos en el derecho natural.<sup>13</sup>

También la influencia de la teoría del derecho natural o iusnaturalismo se hace notar inequívoca y profundamente en las grandes declaraciones de derechos del siglo XVIII: en la Declaración de derechos del buen pueblo de Virginia, en la Declaración de Independencia de los Estados Unidos, en la Declaración Francesa de los derechos del hombre y del ciudadano.<sup>14</sup> En todas estas declaraciones se apela directamente a la naturaleza humana como un dato obvio y objetivo y se habla expresa y reiteradamente de derechos naturales. Las características más importantes de esta fundamentación serían las siguientes:

El verdadero origen de los derechos humanos no es el derecho positivo, sino precisamente el llamado derecho natural. Como escribe a este respecto J. Maritain "se trata de establecer la existencia de derechos naturales inherentes al ser humano, anteriores y superiores a las legislaciones escritas y a los acuerdos entre los gobiernos, derechos que no le incumben a la comunidad civil el otorgar sino el reconocer y sancionar como universalmente valederos, y que ninguna consideración de utilidad social podría, ni siquiera momentáneamente, abolir o autorizar su infracción".<sup>15</sup>

El derecho natural y los derechos humanos en él contenidos y de él deducidos son expresión y participación de una naturaleza humana común y universal para todos los seres humanos.

Los derechos humanos "existen y los posee el sujeto independientemente de que se reconozcan o no por el derecho positivo".<sup>16</sup> En otras palabras, las disposiciones de carácter positivo no crean los derechos humanos, simplemente los reconocen y garantizan jurídicamente. En este sentido el reconocimiento que el derecho positivo hace de ellos no es un requisito sine qua non sino de su existencia, sino de su eficacia, protección o garantía.<sup>17</sup>

### *Crítica de esta teoría*

El problema fundamental de esta teoría es que la naturaleza humana puede ser concebida -de facto se ha concebido- de modos muy diversos y hasta contrapuestos. La apelación a la naturaleza humana ha servido para justificar sistemas de valores muy diversos e incluso contradictorios entre sí. Así tan "natural" sería el derecho a la igualdad, como el derecho del más fuerte, tan "natural" sería el derecho a la libertad como el derecho a la esclavitud (de hecho, la esclavitud ha sido reivindicada históricamente como conforme al derecho natural).

Se aduce, además, que dentro de esta teoría se concibe a la naturaleza humana -y a los derechos naturales en ella fundados- como algo inmutable, petrificado e inmóvil, cuando si algo es evidente es cómo han variado a través de la historia las concepciones y las prácticas sobre los derechos humanos. Asimismo, históricamente se han presentado como derechos naturales (y por tanto intangibles y sacrosantos) cosas que no eran tales, sino privilegios de algunas personas o estamentos, como por ejemplo, el "derecho divino de los reyes" (a reinar), o el derecho irrestricto e ilimitado a la propiedad privada de la tierra, etc. Más aún, como señala N. Bobbio, la apelación a este fundamento absoluto -la naturaleza humana- de hecho ha servido de pretexto para defender posiciones reaccionarias:

"Es conveniente recordar que históricamente la ilusión del fundamento absoluto a algunos derechos establecidos ha servido de obstáculo para la introducción de nuevos derechos, parcial

o totalmente incompatibles con aquellos. Piénsese en las trabas puestas al progreso de la legislación social por la teoría iusnaturalista del fundamento absoluto del derecho de propiedad, o la oposición casi secular contra la introducción de los derechos sociales que se ha hecho en nombre del fundamento absoluto de los derechos de libertad".<sup>18</sup>

La objeción más seria contra la fundamentación iusnaturalista sería que, dentro de esta teoría, el concepto clave, como se ha visto, es "naturaleza humana" y este concepto no es claro ni preciso, sino ambiguo y equívoco, como lo prueba de forma incontestable las diversas formas en que históricamente se ha entendido la naturaleza humana. Como ha señalado certeramente Hans Welzel: "Toda apelación a lo 'conforme a la naturaleza' va precedida de una decisión axiológica primaria no susceptible de prueba".<sup>19</sup> De un modo semejante escribe A. Ross: "No hay ideología que no pueda ser defendida recurriendo a la ley natural".<sup>20</sup>

En otras palabras, lo que parece fundamental o natural en una época o en una cierta cultura no es fundamental o natural en otra época o en otra cultura. Insistiendo en este mismo punto de vista el profesor costarricense E. Haba sostiene acertadamente: "Qué soluciones jurídicas son las más 'naturales' y cuáles son 'antinaturales' es algo que dista mucho de ser evidente..." Y por lo demás, "tan evidente o tan poco evidente, según como se mire, es la distinción entre lo natural y lo no natural, como entre lo humano y lo no humano, si estas calificaciones se usan para tratar de distinguir derechos que deben ser reconocidos a cada persona".<sup>21</sup>

En definitiva, como sentencia N. Bobbio, "no puede haber un fundamento absoluto de derechos históricamente relativos".<sup>22</sup>

Por otra parte, hoy en día es incuestionable que los llamados derechos naturales solamente pueden ser considerados como auténticos derechos si están recogidos previamente en una norma jurídica del derecho positivo. En caso contrario, podrán ser valores, intereses, exigencias humanas, etc., pero estrictamente no son derechos al no poder ser exigidos por la vía jurídica.

## 2. La fundamentación positivista

Desde mediados del siglo pasado se comenzó a rechazar la idea de un derecho natural, entre otros motivos, porque al ser metapositivo o anterior a la ley dificultaba la construcción de una ciencia del derecho. Las normas jurídicas, para ser tales, se arguyó, tienen que estar elaboradas y determinadas por el legislador. En cierto sentido el positivismo jurídico es también *formalismo jurídico*. Desde esta perspectiva es casi más importante la formalidad que hay que seguir para establecer una norma jurídica que su mismo contenido material. No existe más derecho que el creado por la voluntad del legislador. No existe derecho ni normas objetivamente válidas, anteriores o superiores al derecho positivo, al derecho "puesto" por el Estado.

Lógicamente el fundamento último de los derechos humanos radicarán en el ámbito del poder y de la voluntad soberana del Estado independientemente de su contenido interno. "Los Derechos Humanos sólo son derechos en cuanto resulten reconocidos por el ordenamiento legal y respaldados por la tutela jurídica del Estado".<sup>23</sup> Asimismo, las declaraciones de derechos no serían ya ratificaciones solemnes de unas exigencias emanadas de la naturaleza humana sino instrumentos realmente constitutivos de tales derechos. Su positivación es la verdadera causa eficiente de su nacimiento, y de su existencia y de su realidad. Como escribe A. E. Pérez Luño, "el problema de la positivación (de los derechos) será siempre visto desde estas premisas no como un acto de reconocimiento o declarativo, sino como acto de creación, y por tanto, constitutivo. Con anterioridad a la positivación podrán reconocerse expectativas de derecho o postulados de justicia, pero nunca derechos".<sup>24</sup>

Dentro de la explicación positivista no se excluyen unos contenidos o antecedentes previos a los que la sociedad preste algún tipo de acuerdo o consenso, como base de los derechos. Pero, antes de su determinación y concreción en normas positivas no son propiamente derechos.

### *Crítica de esta teoría*

El positivismo jurídico, en general, ha sido sometido a una crítica implacable. Así, se ha argumentado que, dentro de la perspectiva positivista, la ley más infame ha de ser tenida por obligatoria con tal de que haya sido producida de un modo formalmente correcto.<sup>25</sup>

En el mismo sentido el profesor G. Peces Barba -que no es precisamente un defensor del iusnaturalismo- arguye que, dentro de la lógica del positivismo jurídico -que él denomina positivista voluntarista- se podría sostener, por ejemplo, "que una hipotética norma jurídica, en el período nazi, en Alemania, que otorgase a los ciudadanos de raza aria la facultad de exterminar directamente a los judíos sin tener que pasar por los órganos del Estado o del Partido y, por supuesto, sin que eso fuera constitutivo de delito, era un derecho fundamental de los ciudadanos alemanes".<sup>26</sup> Pero esas consecuencias serían inaceptables. Según el autor citado, si bien una norma jurídica profundamente inmoral es una norma válida si ha cumplido con los requisitos formales para su creación desde el punto de vista legal, esa norma no puede crear un derecho fundamental, porque "los valores que aparecen en la historia como derechos humanos -aunque no sean derechos, sin su incorporación al sistema positivo- tienen una sustantividad propia, una realidad propia, un contenido objetivo que no se puede cambiar caprichosamente por la voluntad del gobernante. Una cosa es, por consiguiente, que esos valores no sean derecho, sin su incorporación a un sistema normativo, y otra cosa es que todo sistema normativo pueda crear, a su voluntad, su propio sistema de derechos fundamentales... El poder no puede por su voluntad crear fuera de contexto e incluso con principios contradictorios derechos fundamentales... No puede bautizar como derecho fundamental a aquello que está en las antípodas de estos valores creados en el mundo moderno, que no son permanentes, que son históricos, pero que no son arbitrarios".<sup>27</sup>

De hecho, el relativo renacimiento del iusnaturalismo después de la Segunda Guerra Mundial se debió en buena parte al *argumentum ad hominem*- o a la *reductio ad Hitlerum*, como también

se lo ha llamado- esgrimido por sus partidarios frente al positivismo jurídico, argumento según el cual la responsabilidad última por los atentados monstruosos cometidos contra los derechos humanos bajo el régimen de Hitler habría que atribuirlos al positivismo jurídico.<sup>28</sup> En efecto, las leyes que se promulgaron durante el gobierno del nacional-socialismo en Alemania contra el pueblo judío y la obediencia que alegaron quienes acataron las órdenes son perfectamente aceptables dentro de la lógica y la óptica del positivismo jurídico. Sin embargo, los famosos juicios de Nuremberg, tras la victoria de los aliados, en el fondo implican un rechazo frontal a las tesis centrales del positivismo jurídico: no solamente es importante la *forma* en que una norma se ha promulgado, sino también, y si cabe, más, su *contenido* moral o inmoral.<sup>29</sup>

En definitiva, se rechaza el positivismo jurídico porque puede conducir al totalitarismo y al irrespeto de los más sagrados derechos humanos. La voluntad del legislador sería la última instancia de lo humano y de lo inhumano. "El positivismo jurídico no es sólo una teoría, sino una doctrina que se impone por la fuerza de la coacción del Estado, al margen de cualquier consideración intelectual o ética. Ningún Estado consiente en que se dejen de aplicar sus leyes, por inhumanas que sean. Desde esta perspectiva, la situación puede cobrar un dramatismo insospechado en cuanto tal legislación está en contradicción con los derechos humanos".<sup>30</sup>

### **3. La fundamentación o justificación ética y dualista**

Las restantes fundamentaciones que vamos a exponer a continuación no constituyen, como se verá, teorías totalmente novedosas y distintas de las anteriores. Son más bien variaciones, matizaciones, adaptaciones de las dos posiciones anteriormente estudiadas y que, al decir de J. Maritain, "teóricamente son irreconciliables".

La llamada fundamentación ética la defiende especialmente Eusebio Fernández y con ella intenta superar el binomio iusnaturalismo-positivismo.<sup>31</sup> Según él, el origen y fundamento de los

derechos humanos no puede ser jurídico, sino previo a lo jurídico. El derecho positivo no crea los derechos humanos, sino que, al reconocerlos y convertirlos en normas jurídicas, los garantiza jurídicamente. Más en concreto, el autor citado entiende por fundamentación ética o axiológica “la idea de que ese fundamento no puede ser más que un fundamento axiológico o valorativo, en torno a exigencias que consideramos imprescindibles, como condiciones inexcusables de una vida digna, es decir, de exigencias derivadas de la idea de dignidad humana”.<sup>32</sup>

Así, los derechos humanos aparecen como derechos morales, es decir, como exigencias éticas y derechos que los seres humanos tienen por el hecho de ser tales y, por tanto, con un derecho igual a su reconocimiento, protección y garantía por parte del poder político, derecho igual basado en el hecho de que todos los hombres son esencialmente iguales y portadores de humanidad, “salvo que se sostuviera, como algunos partidarios de la esclavitud y del aborto han pensado, que la humanidad es una propiedad que puede presentarse en diferentes grados”.<sup>33</sup>

Con la terminología “derechos morales”, E. Fernández pretende hacer la síntesis entre los derechos humanos entendidos como exigencias éticas o valores y los derechos humanos entendidos paralelamente como derechos. El calificativo “morales” aplicado a derechos expresa tanto la idea de fundamentación ética como una delimitación en el número y contenido de los derechos humanos (a saber, los que tengan que ver más directamente con la idea de dignidad humana). El sustantivo “derechos” designa la necesidad y pretensión de que para su auténtica realización los derechos humanos estén incorporados en el ordenamiento jurídico.

Es clara la intención superadora, por parte de E. Fernández, de la secular polémica entre iusnaturalismo y positivismo. En relación con el iusnaturalismo, porque “no se queda en la simple defensa de la existencia de los derechos humanos, como derechos naturales, independientemente de su incorporación al derecho positivo... si no que propugna la exigencia de reconocimiento, protección y garantías jurídicas plenas. En relación con el positivismo, porque defiende

la existencia de los derechos humanos aún en el caso de que éstos no se hallen incorporados al ordenamiento jurídico (en este caso, su existencia es parcial e incompleta, pero... si no aceptamos esa existencia moral previa no es posible ni criticar a cualquier ordenamiento jurídico porque no lo reconoce, ni defender la necesidad de su incorporación al derecho positivo)”.<sup>34</sup>

Una teoría muy parecida a la de E. Fernández, aunque con distintas matizaciones y terminología, es la que sustenta el profesor Gregorio Peces Barba.<sup>35</sup> Este autor denomina “dualista” a su teoría -a nuestro entender, un tanto sutil y alambicada- y pretende también superar y armonizar las perspectivas iusnaturalistas y positivistas. Básicamente distingue el autor el momento de los valores fundamentales (término que prefiere al de derechos humanos, por parecerle menos confuso, ya que, afirma, todos los derechos son “humanos”) que deben ser estudiados en un primer nivel o plano axiológico, y el momento de la inserción de esos valores en normas jurídicas que implica un segundo nivel de estudio jurídico. Al primer nivel lo llama Filosofía de los derechos fundamentales y ahí se estudia el concepto y origen de los derechos desde la perspectiva económica, social, cultural, política filosófica, etc. de cada época histórica. Al segundo nivel lo llama Derecho de los derechos fundamentales y ahí se supone la inserción de los valores en normas jurídicas del derecho positivo y la configuración de los derechos fundamentales como derechos públicos subjetivos. Es necesario el reconocimiento de una norma jurídica positiva para que esos valores, transformados, formen parte de lo jurídico. Sólo desde ese momento se podrán exigir jurídicamente ante los tribunales correspondientes.<sup>36</sup>

#### *Crítica de estas teorías*

La crítica principal que se puede hacer a la fundamentación ética es que es una variante -una versión atenuada, si se quiere- del iusnaturalismo y, por tanto, todos los reparos que se han hecho a aquella teoría serían válidos también en el caso presente. En efecto, la fundamentación ética sostiene “la existencia de los derechos humanos aun

en el caso de que éstos no se hallen incorporados al ordenamiento jurídico". Esta es precisamente, como se vio, una de las tesis centrales del iusnaturalismo. En el fondo, a pesar de todas las sutilezas a que recurre el autor de la teoría, no se ve muy bien la diferencia que habría entre lo que los iusnaturalistas llamaban precisamente "derechos naturales" y lo que nuestro autor denomina "derechos morales". En el fondo, según una expresión castiza, serían "los mismos perros con distintos collares".

Tal como sostiene lúcidamente Pérez Luño, "cualquier intento de cifrar la fundamentación de los derechos humano en un orden de valores anterior al derecho positivo, es decir, preliminar y básico respecto a éste (y esto es concretamente lo que hace E. Fernández), se sitúa, consciente o inconscientemente, en una perspectiva iusnaturalista".<sup>37</sup>

Por otra parte, si en el caso del iusnaturalismo se objetaba que el concepto de "naturaleza humana" era ambiguo, en el caso presente se podría hacer una objeción análoga. En efecto, el denominar o calificar a los derechos humanos como derechos "morales" obliga a averiguar previamente a qué moral se refiere uno. ¿Se trata de una moral individualista, o de una moral social, o de una moral religiosa? ¿de la moral occidental o de la moral hindú o confuciana? ¿En cuál de las muchas teorías éticas no coincidentes nos basaremos para fundamentar los derechos humanos?

Por lo demás, el mismo autor parece reconocer que las diferencias de su teoría con el iusnaturalismo son más que todo terminológicas y que las fundamentaciones iusnaturalista y ética son bastante semejantes.<sup>38</sup>

Algo parecido se podría decir de la fundamentación o teoría "dualista" de G. Peces Barba. Si bien este autor sostiene que su posición "esta lejana del modelo iusnaturalista y del modelo voluntarista-positivista", a los que pretende superar,<sup>39</sup> ello no siempre está claro para el lector. Unas veces parece defender tesis positivistas, como cuando sostiene que si un derecho humano no se halla reconocido y amparado por una norma jurídica, no es derecho, sino un simple valor. Otras veces parece tener "resabios iusnaturalistas", como cuando niega carácter jurídico a una ordenación de la sociedad que atente al derecho del hombre, absolutamente fundamental, a ser re-

conocido siempre como persona humana. De nuevo caemos en las ambigüedades del iusnaturalismo: ¿quién decide si una sociedad respeta o no a un ser humano como persona? ¿qué implica concretamente ser persona? Suscribimos plenamente a este respecto el juicio un tanto duro sobre el pensamiento de Peces Barba que emite un colega suyo, el profesor De Castro Cid: "El rechazo general del iusnaturalismo por parte del profesor Peces Barba Martínez es, por lo demás, constante, lo que no impide que en sus escritos pueden encontrarse abundantes elementos de lo que podría calificarse como iusnaturalismo vergonzante o criptoiusnaturalismo".<sup>40</sup>

#### 4. La fundamentación o justificación historicista y relativista

Incluimos dentro de esta denominación un tanto elástica las teorías de los autores que sostienen que los derechos humanos son variables y relativos a cada momento histórico-social. En este sentido se enfatiza la historicidad, variabilidad y relatividad de los derechos y su origen social. Los derechos humanos están en función de los valores asumidos y defendidos en una comunidad histórica concreta. Y así como cambian los valores de una época a otra, de una cultura a otra, así también varían los derechos humanos.

En una investigación que elaboró la UNESCO, en 1947, sobre los fundamentos de la Declaración de los derechos del hombre, la fundamentación historicista fue explícitamente defendida por el filósofo italiano B. Croce. Según este pensador, los llamados pomposamente derechos universales del hombre "hay que reducirlos, a lo sumo, a derechos del hombre en la historia. Esto equivale a decir que los derechos son aceptados como tales para hombres de una época particular. No se trata, por consiguiente, de demandas eternas, sino de derechos históricos, manifestaciones de las necesidades de tal o cual época e intentos de satisfacer dichas necesidades".<sup>41</sup> Es obvio el sentido claramente relativista e historicista de las afirmaciones del filósofo italiano.

Una postura relativista e historicista sostiene también un compatriota de Croce, el reiteradamente

citado Norberto Bobbio. En un trabajo ya clásico *-Presente e avvenire dei diritti dell'uomo* (1967)<sup>42</sup> - nos aseguraba este autor que el principal problema de nuestro tiempo con respecto a los derechos humanos no era el de fundamentarlos sino el de protegerlos: no estaríamos, pues, ante un problema filosófico sino ante un problema jurídico e incluso político. Específicamente, sostenía Bobbio, "consideramos el problema del fundamento no como inexistente, sino, en cierto sentido, resuelto de tal modo que no debemos preocuparnos más por su solución. En efecto, hoy se puede decir que el problema del fundamento de los derechos humanos ha tenido su solución en la Declaración universal de los derechos humanos aprobada por la Asamblea general de las Naciones Unidas el 10 de diciembre de 1948".<sup>43</sup> Esta declaración universal de derechos humanos representaría la mejor o la única prueba por la que un sistema de valores se considera humanamente fundada: "esta prueba es el consenso general acerca de su validez".

En opinión de Bobbio habría tres modos principales de fundamentar los valores o los derechos humanos:

- En primer lugar, deducirlos de un dato objetivo constante, como por ejemplo, la naturaleza humana. Bobbio rechaza esa posibilidad por las aporías a las que conduce (y que, por nuestra parte, expusimos anteriormente hablando de la fundamentación iusnaturalista, y que no vamos a reiterar aquí).

- En segundo lugar, considerarlos como verdades evidentes por sí mismas. Este intento de fundamentación lo rechaza igualmente Bobbio porque de una forma apriórica se sitúa más allá de toda prueba y rechaza cualquier posible argumentación de carácter racional.

En realidad, arguye Bobbio, si sometemos a un análisis histórico los valores proclamados como evidentes, veremos que lo que algunos consideran como evidente en un momento histórico, otros, en otra época, no lo consideran tal. Ejemplos o pruebas históricas de lo dicho abundan al respecto: a los autores de la Declaración Francesa de los derechos del hombre de 1789 debió parecerles evidente el derecho natural a la propiedad privada, como un derecho "inviolable y sa-

grado". Hoy no parece tan evidente ese supuesto derecho natural.<sup>44</sup> Actualmente nos parece obvio que no se puede torturar a los detenidos. Y sin embargo, la tortura -y no una tortura esporádica, sino una tortura sistemática, metódicamente determinada y reglamentada- ha sido aceptada y defendida como un procedimiento jurídico perfectamente normal, comenzando por los tribunales de la Santa Inquisición de la Santa Iglesia Católica, Apostólica y Romana.<sup>45</sup> En el pasado a casi todos los filósofos, teólogos y juristas les ha parecido evidente, al reflexionar sobre la violencia, que "es lícito rechazar la fuerza con la fuerza" (= "*vim vi repellere licet*", reza un axioma clásico), mientras que ahora están en boga teorías de la no-violencia que rechazan ese principio.

A estos ejemplos que cita Bobbio, podemos, por nuestra parte, añadir otros: en el siglo XVIII se consideraba evidente que ciertos derechos inalienables habían sido otorgados directamente por Dios a los hombres. Así, en la proclamación de independencia de los Estados Unidos podemos leer literalmente: "Consideramos como incontables y evidentes por sí mismas (*to be self-evident*) las verdades siguientes: que todos los hombres han nacido iguales; que han sido dotados por el Creador con ciertos derechos inalienables; que entre esos derechos deben colocarse en primer lugar: la vida, la libertad y la búsqueda de la felicidad...".<sup>46</sup> Sin embargo, en nuestra época secularizada, ya no resultan tan obvias las autoevidencias de tipo religioso, como por ejemplo, que los hombres han sido creados por Dios, y necesitan ser fundamentadas racionalmente. Los racistas, por otra parte -que todavía abundan, nunca han aceptado como evidente la igualdad de los hombres. Los mejores y más grandes filósofos y teólogos de la antigüedad y el medievo (Platón, Aristóteles, San Agustín, Santo Tomás, por citar sólo algunas "luminarias") consideraron evidente que algunos hombres, en determinadas circunstancias, podían y debían ser convertidos en esclavos. En la actualidad esto lo consideramos todos una aberración. En fin, en pleno Renacimiento se consideraba evidente que la tierra no se movía. "*Eppure si muove...*", dicen que dijo Galileo.

En definitiva, las verdades presentadas como evidentes suelen distar mucho de ser tales.

- Queda, al decir de Bobbio, un tercer modo de fundar los derechos humanos, que es precisamente el propugnado y defendido por él: fundamentarlos en el *consenso* y, así, un determinado valor o derecho estará mejor fundamentado cuanto más compartido sea. "Con el argumento del consenso -dejemos argüir *in extenso* a Bobbio- se sustituye la prueba de la objetividad, considerada imposible o extremadamente incierta, por la de la intersubjetividad. Ciertamente se trata de un *fundamento histórico* y, como tal, no absoluto; pero el histórico del consenso es el único fundamento que puede ser probado factualmente... (Así) la Declaración universal de los derechos humanos puede ser aceptada como la mayor prueba histórica que nunca haya existido del 'consensus omnium gentium' acerca de un sistema de valores. Por primera vez en la historia un sistema de principios fundamentales de la conducta humana ha sido libre y expresamente aceptado, a través de sus gobiernos respectivos, por la mayor parte de los hombres que habitan la tierra. Con esta declaración un sistema de valores es universal no en principio sino de hecho, en cuanto que el consenso sobre su validez e idoneidad ha sido explícitamente declarado... Después de la Declaración podemos tener la certidumbre histórica de que la humanidad comparte algunos valores comunes y podemos creer finalmente en la universalidad de los valores en el único sentido en que tal creencia es históricamente legítima, es decir, en el sentido en que universal significa lo objetivamente acogido por el universo de los hombres".<sup>47</sup>

En resumen, según Bobbio, la Declaración de 1948 constituye, vía *consensus*, la única posible fundamentación válida de los derechos humanos. Esta declaración representa la *conciencia histórica* que la humanidad, en la segunda mitad del siglo XX, tiene de sus propios valores y aspiraciones. Esta declaración es una síntesis del pasado y una inspiración del porvenir, pero sus tablas no han sido esculpidas de una vez y para siempre: como cualquier documento histórico es revisable y modificable.

### *Crítica de la teoría de Bobbio*

La postura de Bobbio les parece demasiado optimista a algunos autores para quienes las cosas no están tan claras como para el jurista italiano. Para comenzar, y desde un punto de vista meramente fáctico, el pretendido "consenso universal" acerca de los derechos humanos no es tan universal. Los orientales, por ejemplo, consideran a los derechos humanos como propios, por no decir exclusivos, de la cultura occidental; para ellos, los derechos son inconcebibles si se los separa de los deberes. Por otra parte, como el mismo Bobbio admite, el reconocimiento de los derechos humanos es un proceso "in fieri", que está en marcha, y nada ni nadie puede garantizar la continuidad y permanencia del consenso correspondiente.

En realidad el consenso a que llegó la Asamblea General de las Naciones Unidas para votar positivamente la declaración de los derechos humanos, al parecer no pasó de ser un "consenso fáctico" o un acuerdo contingente, o, al decir de Bobbio, un simple hecho histórico, que se limitó a establecer un compromiso estratégico de las partes interesadas, en lugar de ser la conclusión de una discusión racional entre las mismas. (Recuérdese la conocida anécdota de Maritain: los diferentes miembros de la Comisión de derechos humanos estaban de acuerdo acerca de la lista de los derechos a aprobar, pero a condición de que no se les preguntara "por qué": con el "por qué" comenzaba el desacuerdo).<sup>48</sup>

En este sentido un acuerdo colectivo de carácter fáctico -como parece ser el acuerdo de las Naciones Unidas de 1948- no puede tener en sí mismo su propio fundamento racional, dado que la facticidad de tales acuerdos no puede garantizar por sí sola su racionalidad.

Más claro: desde un punto de vista meramente lógico, el consenso -por muy universal que sea- nunca puede garantizar la verdad, ni tan siquiera la racionalidad, de los acuerdos consensuados... Nuestros consensos o nuestras convenciones pueden servir lo mismo para avalar normas injustas que normas justas: igualmente, lo mismo podrán servir para fundamentar derechos humanos que derechos inhumanos... Pues, desgraciadamente "nada

hay que excluya la posibilidad de que la decisión democrática de una mayoría sea injusta, y el hecho de que las decisiones no mayoritarias ni democráticas también lo puedan ser -y muy probablemente, o con toda seguridad, aún más injustas- no nos proporciona ningún consuelo ético... para fundamentar los derechos humanos".<sup>49</sup>

Desde otro punto de vista, esta vez práctico, otros autores objetan al planteamiento de Bobbio, al que califican de *optimista*, que "la constante violación de los derechos humanos muestra la falta de arraigo y la precariedad de esas pretendidas 'convicciones generalmente compartidas' y la consiguiente necesidad de seguir argumentando en su favor".<sup>50</sup>

En resumidas cuentas: el consenso que, según Bobbio, es, hoy por hoy el único fundamento válido de los derechos humanos, lo mismo puede fundar o avalar derechos justos que derechos injustos, derechos humanos que derechos inhumanos. Tampoco, pues, por la vía histórica y relativista hemos avanzado mucho. Admitimos, no obstante, de buen grado que la fundamentación consensual ha adquirido en los últimos años nuevos bríos e ímpetu gracias a los diferentes tipos de neocontractualismo, tan en boga hoy y representados principalmente por Rawls, Habermas y Apel. Pero también es necesario advertir que las situaciones ideales que en general diseñan estos autores para posibilitar consensos supuestamente racionales son sencillamente eso: "situaciones ideales" que distan mucho de realizarse y de poder realizarse en la práctica.

### III. Una nueva alternativa: Derechos humanos y necesidades humanas básicas

En la exposición de las teorías anteriores incidentalmente ha aparecido alguna vez el concepto de "valores" y "necesidades humanas" como base de los derechos. Ahora queremos explorar explícitamente las posibilidades de esta nueva perspectiva que, por lo demás, no es absolutamente novedosa y, aunque no es muy conocida, ya ha sido propuesta por algunos autores.

El prestigioso jurista español Joaquín Ruiz Jiménez en una conferencia dada en Costa Rica en 1984, patrocinada por el Instituto Interamericano de Derechos Humanos, sostenía lo siguiente:

"Los valores, que forman el contenido de los derechos humanos" no pueden concebirse como principios absolutos pertenecientes al mundo ideal, ni como meros deseos o intereses de los individuos, sino que tienen una fundamentación intersubjetiva que permite llegar a un consenso, el cual, a su vez "lejos de traducirse en fórmulas abstractas y vacías recibe su contenido material del sistema de *necesidades básicas* o radicales, que constituyen su soporte antropológico".<sup>51</sup>

Otro autor ya citado, Eusebio Fernández, al rechazar que la lista de los derechos humanos sea interminable, arguye que los derechos más esenciales están en relación con el desarrollo de la dignidad humana. Y continúa: "En este punto, la introducción del concepto de necesidades humanas aclara mucho las cosas: los derechos tienen su fundamento antropológico en la idea de necesidades humanas. Con el reconocimiento de los derechos humanos se pretende satisfacer una serie de exigencias para el desarrollo de una vida digna... Cabe una jerarquía entre esas necesidades que nos permita distinguir entre las importantes y las que no lo son... (Todo ello) partiendo de una situación en la cual existen medios suficientes y posibilidades reales para la satisfacción de las necesidades humanas de distintos tipos. Sin ese requisito será imposible hablar de derechos".<sup>52</sup>

En un sentido casi idéntico Liborio Hierro propugna que solo podemos considerar como derechos aquellas necesidades humanas que exigen su satisfacción en forma incondicional, cual si se tratase de un fin en sí mismo, y sólo cuando existan posibilidades de satisfacerlas, y cuando podamos imponer sobre los otros los deberes correlativos según sus posibilidades. Y especifica: "tener un derecho es tener una necesidad cuya satisfacción hay razones suficientes para exigir en todo caso; consecuentemente, tener un derecho es, jurídicamente hablando, tener una necesidad que las normas del sistema jurídico exigen satisfacer en todo caso".<sup>53</sup>

De estos textos recién citados se deduce claramente la idea de que el recurso a las necesidades

humanas básicas constituye el fundamento o soporte antropológico de los derechos humanos, de forma que reconocer y ejercer un derecho básico significa, finalmente, que se pretende satisfacer una serie de necesidades, consideradas como exigencias ineludibles para llevar una vida humana digna. Así también se explicaría la objetividad y el carácter generalizable del fundamento y, simultáneamente, se evade el recurso a los meros deseos o intereses individuales que desembocaría en un subjetivismo extremo. Algunos autores más optimistas, creen que se puede avanzar más por esta vía y se pueden concretar y especificar esas necesidades humanas, objetivas y universalizables. Así Pérez Luño escribe que "las exigencias o necesidades de la naturaleza humana constituyen la base de todo valor...(Y) esas necesidades, en cuanto datos social e históricamente vinculados a la experiencia humana, poseen una objetividad y una universalidad que posibilitan su generalización, a través de la discusión racional y el consenso, y su concreción en postulados axiológicos materiales".<sup>54</sup>

Otros autores son menos optimistas o, en cualquier caso, más precavidos e insisten sobre todo en las ambigüedades casi insuperables del concepto de "necesidades humanas". En efecto, es muy difícil ofrecer una noción de necesidades que responda a las múltiples formas que adoptan aquellas en la vida cotidiana, y, por otra parte, a la ambigüedad del concepto -¿cómo distinguir claramente, por ejemplo entre "necesitar algo", "desear algo", "tener interés por algo", etc.?-, hay que añadir su carga emocional y persuasiva.

En un trabajo interesante María José Añón Roig intenta precisar más el concepto de necesidades como fundamento de los derechos humanos. Destaca, para comenzar, el carácter no-intencional de las necesidades: "no elegimos nuestras necesidades y no es algo sobre lo que podamos tener una actuación positiva o no".<sup>55</sup> Anota en segundo lugar, que las necesidades básicas son insoslayables y que, en consecuencia, su no-satisfacción coloca a la persona que las padece en una situación de privación, de daño severo o perjuicio grave. Además, este grave perjuicio, que afecta a la calidad de la vida, va a mantenerse y perdurar mientras esas necesidades no sean satis-

fechas. En definitiva, lo que necesito no depende de mi opinión, sino de cómo es el mundo... o cómo soy yo. Por supuesto, se han hecho intentos, y se han utilizado diversos criterios para distinguir diferentes categorías de necesidades humanas: necesidades primarias y secundarias, básicas o instrumentales, derivadas o no derivadas, etc.<sup>56</sup>

Por descontado, aquí no podemos entrar en tales sutilezas. Simplemente sostenemos que las necesidades humanas responden a lo que objetivamente el hombre es: un ser complejo personal-social, material-espiritual, etc. Los escolásticos hablaban, en el caso del hombre, de tres instintos o necesidades básicas: supervivencia individual, perpetuación de la especie y vida social. Parece demostrado históricamente que el catálogo de los derechos humanos no ha procedido por vía de deducción lógica de los derechos fundamentales a partir de las necesidades básicas, sino que en el establecimiento de los derechos humanos han intervenido un conjunto de circunstancias y factores históricos muy diversos. En este sentido, si bien el ejercicio de los derechos responde a necesidades humanas urgentemente sentidas e inaplazables, su concreción histórica responde a factores jurídicos, morales y político-económicos. De ahí que el fundamento o razón de ser de los derechos habría que ubicarlo en el entramado de estos tres ámbitos.

No obstante, parece haber un dato objetivo antropológicamente comprobado: existen necesidades e intereses comunes a todos los hombres. Y el catálogo de derechos humanos -por supuesto, siempre revisable y modificable, a medida que van cambiando también relativamente esas necesidades e intereses humanos- responde o intenta responder de la forma más adecuada a esas necesidades e intereses.

Si es cierto, como rezaba el antiguo adagio romano, que "todo derecho ha sido instituido por causa y al servicio de los hombres" (= "*hominum causa omne ius constitutum*"), es claro que el derecho debe servir al hombre, o, dicho en forma negativa, que no debe existir ningún derecho que contradiga las necesidades básicas del hombre. O, lo que vendría a ser lo mismo, todo derecho debe aspirar a convertir las formas de necesidades fundamentales en formas de derechos fundamentales.

Y es un hecho comprobado que, en los catálogos de derechos humanos que suelen figurar en las constituciones de los Estados modernos, se da, aunque sea de forma imperfecta e inadecuada, esa correlación entre necesidades humanas básicas y derechos fundamentales. Dicho en forma breve: los derechos humanos responden a necesidades humanas.

De lo expuesto hasta aquí podrían deducirse varias consecuencias. Entre otras, las siguientes:

Existen necesidades humanas básicas que constituyen el soporte o fundamento antropológico de los derechos humanos que tienen como objetivo, precisamente, satisfacer esas necesidades.

Los sistemas de necesidades básicas, propuestos por psicólogos y antropólogos, pueden reflejarse sin alteración esencial en un sistema jurídico, y, de hecho, tal correlación o reflejo jurídico de las necesidades en los derechos se da en la mayoría de las legislaciones modernas.

La fundamentación de los derechos humanos en las necesidades básicas, y la conformación o "conversión" de las necesidades básicas en derechos fundamentales, parecen necesarias si se quiere realizar sobre la tierra un orden jurídico-moral en el que la persona humana sea tratada como tal. Por el contrario, si un sistema jurídico, no les da a los seres humanos la oportunidad de satisfacer sus necesidades básicas, o, lo que viene a ser lo mismo, si ese sistema jurídico no responde realmente a las necesidades humanas, la consecuencia será la frustración, el descontento, la rebelión y el caos.<sup>57</sup> (Valga la pena señalar que en la actualidad se suele sostener que uno de los principales factores de la caída del "socialismo real", al margen de las innegables dificultades económicas que agobiaban a los países socialistas, fue precisamente el irrespeto sistemático a los derechos humanos fundamentales).

A modo de ejemplificación -y sin que atribuyamos a esto demasiada importancia- se podría trazar un esquema gráfico en dos columnas. En la primera de ellas figurarían las necesidades básicas; en la segunda, los derechos fundamentales correspondientes. O viceversa.

Así, en concreto, a la necesidad de autoconservación responden el derecho a la vida, el derecho al bienestar corporal, el derecho a la legítima defensa

en caso de injusta agresión, el derecho a los medios de vida: derecho al trabajo, derecho al salario digno; derecho a la salud, derecho a la seguridad social, derecho al seguro del desempleo, etc.

A la necesidad de perpetuar la especie responden el derecho al matrimonio, el derecho a la educación de los hijos, el derecho a la protección de la familia por parte del Estado, etc.

A la necesidad de una vida social y comunitaria responden la inmensa gama de los derechos políticos o libertades públicas: derecho a la libertad de asociación, derecho a la libertad de movimiento, derecho a la libertad de sufragio, derecho a una justicia pronta y cumplida, derecho a tribunales imparciales, etc.

A la necesidad del hombre a desarrollarse como ser espiritual responde el derecho a la cultura, el derecho a la libertad de pensamiento, el derecho a la libertad de expresión, el derecho a la libertad religiosa, etc.

A la necesidad como ser material de asegurarse un mínimo vital para mantener la vida física responden todos los derechos económicos-sociales, tan desarrollados y determinados en las últimas décadas.

A la necesidad de sobrevivencia en un mundo cada vez más limitado y contaminado responden el derecho a una paternidad responsable, el derecho a un ambiente sano, el derecho a un habitat no contaminado, etc.

Por supuesto, todas estas necesidades están en relación con circunstancias histórico-socio-económicas diversas y por eso pueden cambiar, en mayor o menor medida, de un lugar a otro, de una época a otra, de una cultura a otra... Por eso mismo pueden dar lugar, como de hecho lo han dado, a diversas formulaciones de derechos.

#### *Valoración crítica de esta teoría*

A esta justificación de los derechos humanos con base a las necesidades humanas también se le pueden hacer, por descontado, diferentes objeciones. Algunas de ellas ya han sido apuntadas, como por ejemplo que el concepto de "necesidades humanas", a pesar de los intentos de clarificación y concreción, sigue resultando ambiguo:

no parece fácil establecer, de una vez y para siempre, un listado de necesidades básicas. Estas pueden cambiar y junto a las necesidades estrictamente biológicas hay otras que dependen de los contextos sociales o culturales en que viven las personas y también pueden ser básicas o fundamentales. Y en este mismo sentido pueden variar los derechos humanos fundados en ellas.

La objeción más grave que se suele hacer a esta teoría es, sin embargo, de otro orden. En el fondo, esta teoría -dicen- es una nueva versión del iusnaturalismo o teoría del derecho natural: "Recurrir a necesidades humanas es recaer, de algún modo, en la naturaleza humana que las suscita o les da asidero. De ser así, el fundamento de las necesidades tendría que ser incluido en el conjunto que remite a aquella naturaleza" humana.<sup>58</sup>

En particular, no estamos seguros que ello sea así. Por otra parte, con la misma razón también se podría sostener que esta teoría es una variante más del positivismo jurídico, ya que las necesidades, para que se conviertan en auténticos derechos, tienen que haber sido reconocidas expresamente en una norma jurídica-positiva. En todo caso, en nuestra exposición de esta teoría hemos evitado la utilización de cualquier término con connotaciones iusnaturalistas. No estamos ya frente a una teoría abstracta, atemporal y metafísica de los derechos humanos, sino más bien frente a una fundamentación antropológica que parte de necesidades reales y objetivas de los seres humanos -como las pueden comprobar los antropólogos y los psicólogos- y que además tiene en cuenta las diversas circunstancias históricas y los contextos culturales tan diferentes entre sí. Es obvio, ciertamente, que las necesidades humanas no brotan de la nada, sino que se originan en lo que realmente es el hombre, en la naturaleza humana, si se quiere, o, si se prefiere otra expresión menos comprometida y polémica, en la "condición humana", que diría J. P. Sartre.

Por lo demás -y esto no contradice lo que sostuvimos anteriormente- a nadie debería asustar la expresión "naturaleza humana". Erich Fromm, que tampoco es precisamente un iusnaturalista, escribe lo siguiente:

"Marx no creía, como muchos sociólogos y psicólogos contemporáneos, que no existe una

naturaleza del hombre; que el hombre, al nacer, es como una hoja de papel en blanco sobre la que la cultura escribe su texto. En contraste con el relativismo sociológico, Marx partió de la idea de que el hombre *qua* hombre es un ser reconocible y determinable; que el hombre puede definirse como hombre no sólo biológica, anatómica y fisiológicamente, sino también psicológicamente".<sup>59</sup> Y, a continuación, cita un texto de *El Capital* de Marx que distingue "la naturaleza humana en general y la naturaleza humana históricamente condicionada por cada época". De la primera provendrían necesidades y apetitos constantes; de la segunda, necesidades y apetitos relativos y variables.<sup>60</sup>

En definitiva, nada se opone a que podamos seguir hablando de una naturaleza o condición humana, radicalmente indigente, en donde se origina un conjunto de necesidades tanto fijas como variables. Esto es precisamente lo que hemos defendido en este último apartado.

Tampoco pretendemos, al defender esta fundamentación de los derechos en las necesidades, haber encontrado una tercera vía -la definitiva y la única verdadera- para escapar al dilema clásico iusnaturalismo-positivismo jurídico. La teoría de las necesidades no es forzosamente excluyente de otras fundamentaciones que pueden contribuir a argumentar consistentemente en pro de los derechos humanos. De igual modo, tampoco pretende ser una fundamentación de carácter absoluto que se apoye en un único factor del que se deducirían lógicamente todos los demás. Más bien, hemos insistido en la pluralidad de factores -de necesidades- que se van manifestando progresivamente en el decurso de la historia humana.

En tiempos postmodernos en que se rechazan los fundamentos absolutos para toda clase de realidades, es lógico que abogemos en pro de los derechos humanos partiendo de fundamentos relativos, múltiples, "débiles", como diría una razón fragmentada y postmoderna. En este sentido, "frente a todo tipo de exclusivismos que pretendiera monopolizar la razón es necesario reivindicar la pluralidad de razones y tradiciones que pueden encontrarse en la argumentación a favor de los derechos humanos... Entre estas tradiciones podemos encontrar tradiciones religiosas de

diferentes tipos y confesiones...” Y también la tradición de un marxismo crítico, como la de E. Bloch, que nos recuerda que “no hay instauración verdadera de los derechos del hombre sin poner fin a la explotación, ni hay verdadero término de la explotación sin la instauración de los derechos del hombre”.<sup>61</sup>

#### IV. Reflexiones finales

Para concluir esta revisión panorámica -a vuelo de pájaro- de las principales fundamentaciones que se han dado y se dan en pro de los derechos humanos, seamos permitidas algunas acotaciones o reflexiones finales.

Si bien la tesis de que ni se puede encontrar ni existe un fundamento absoluto de los derechos humanos ha llegado a ser hoy una especie de dogma en la teoría general de los derechos humanos, cualquier intento de justificación racional de los mismos se hace siempre desde el presupuesto explícito o velado de que es posible encontrar algún tipo de fundamento -absoluto o no- de los derechos humanos. Y por supuesto cualquier fundamentación se formula aceptando de antemano su posible carácter provisional, al estar abierta a la crítica, al rechazo, a la discrepancia y a la contradicción. El proceso de constitución de los derechos humanos no está clausurado sino que es un proceso “in fieri”, en marcha.

Al margen de las fundamentaciones de los derechos humanos que se acepten como válidas -dependiendo, por supuesto de las ideologías de cada quien- en la actualidad se aceptan como verdades axiomáticas -y por consiguiente sin necesitar ni ser susceptibles de demostración- las siguientes, que serían más bien un punto de partida para todo intento de justificar los derechos humanos:

- La afirmación de que el hombre-persona es el valor límite de toda formación social.

- El reconocimiento de que la racionalidad-libertad es el constitutivo y el rasgo diferencial del ser humano en cuanto tal.

- La convicción de que todos los seres humanos son esencialmente iguales en cuanto a la posesión y disfrute de la dignidad, la racionalidad y la libertad.

Estos axiomas son un dato de nuestro mundo actual, de nuestro entorno humano. Por qué la mayoría de los hombres en la actualidad tienen una fe arraigada en estas convicciones y no en sus contrarias, es una cuestión cultural y no una conclusión de una demostración científica. Esto, sin embargo, no les resta valor ni afecta al contenido ni a la eficacia de esos “axiomas”.<sup>62</sup>

Comenzábamos este ensayo citando y en parte criticando a Norberto Bobbio, según el cual lo importante hoy no era ya fundamentar los derechos humanos -porque según él ya lo estaban- sino garantizarlos y protegerlos. En cierto sentido, al final tenemos que darle la razón. Parafraseando una tesis celebrísima de Marx -*la undécima sobre Feuerbach*- podríamos decir también que los iusfilósofos se han dedicado hasta ahora a teorizar sobre los derechos humanos -¿y qué otra cosa podríamos hacer?-, pero que de lo que se trata ya es de ponerlos en práctica. Efectivamente, incumbe a todo ser humano, sea o no filósofo, luchar porque los derechos humanos no sean sólo bellas teorías sino realidades cotidianas, “el pan nuestro de cada día”.

Y por más razones que se esgriman en favor de una u otra fundamentación de los derechos humanos, a la postre, lo más importante es la decisión individual en favor de su puesta en práctica. Y esta decisión se forma más en acciones concretas a favor de los “humillados y ofendidos” al decir de F. Dostoievsky y E. Bloch- que en el mero análisis, a veces paralizante, de una argumentación tras otra o de una fundamentación que fundamenta la anterior en un regreso al infinito o proceso sin fin. (Recuérdese el trilema de Münchhausen, el Barón de las mentiras).

#### Notas y referencias

1. N. Bobbio, “Presente y porvenir de los derechos humanos”, en *Anuario de los derechos humanos*, N° 2, Universidad Complutense, Enero, 1982, Madrid, pp. 9-10.

2. F. Puy. “¿Qué significa fundamentar los derechos humanos?”, en J. Muguerza y otros, *El fundamento de los derechos humanos*, Edit. Debate, Madrid, 1989, p. 291.

3. N. Bobbio, “Presente y porvenir...”, p. 10.

4. N. Bobbio, *Le fondement des droits de l'homme*, Institut International de Philosophie, La Nuova Italia, Firenze, 1966, p. 9.
5. A. E. Pérez Luño, *Derechos humanos, Estado de Derecho y Constitución*. Edit. Tecnos, Madrid, 1984, p. 48.
6. Ver también Javier Muguerza, "La alternativa del disenso", en *El fundamento de los derechos humanos*, edición citada, p. 21.
7. A. E. Pérez Luño, *Derechos humanos, Estado de Derecho y Constitución*, Edit. Tecnos, Madrid 1984, p. 51. El profesor Gregorio Peces Barba en su obra *Derechos fundamentales*, Universidad de Madrid, Facultad de Derecho, Madrid, 1986, p. 30, cita también en términos encomiásticos y aprobatorios la definición de Pérez Luño.
8. N. Bobbio, *El problema del positivismo jurídico*, EUDEBA, Buenos Aires, 1965, p. 68. A su vez el profesor español ya citado, Gregorio Peces Barba, en su obra *Derechos fundamentales*, edición citada, pp. 15-16, reporta una extensa bibliografía sobre esta polémica interminable entre iusnaturalistas y positivistas.
9. G. Peces Barba, *Derechos fundamentales*, edición citada, p. 16.
10. J. Maritain, Prólogo a *Los derechos del hombre*, Edit. Laia, Barcelona, 1976, p. 25.
11. A. Lalande, *Vocabulario técnico y crítico de la filosofía*. Tomo I, El Ateneo Editorial, Buenos Ares, 1953, p. 291.
12. A. Truyol y Serra, *Los derechos humanos*. Tecnos, Madrid, 1967, p. 11.
13. Ver Eusebio Fernández, *Teoría de la justicia y Derechos humanos*. Edit. Debate, Madrid, 1984, p. 91.
14. *Ibidem*, p. 92. Ahí se transcriben los textos de las declaraciones citadas fundamentadas en la teoría iusnaturalista.
15. J. Maritain, "Acerca de la filosofía de los derechos del hombre", en *Los derechos del hombre*, Edit. Laia, Barcelona, 1976, p. 116.
16. A. Fernández-Galiano, *Derecho natural. Introducción filosófica al Derecho*. Publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense, Madrid, 1974, p. 150.
17. Ver P. Durán Lalaguna, *Manual de derechos humanos*. Edit. Comares, Granada, 1993, p. 71.
18. N. Bobbio, "Sobre el fundamento de los derechos del hombre", en su obra *El problema de la guerra y las vías de la paz*, Gedisa, Barcelona, 1982, pp. 125-126.
19. Hans Welzel, *Derecho natural y Justicia material. Introducción a la filosofía del derecho*, Ediciones Aguilar, Madrid, 1971, pp. 11 y 254.
20. A. Ross, *Sobre el derecho y la justicia*, EUDEBA, Buenos Aires, 1963, p. 254.
21. E. Haba, "¿Derechos humanos o derecho natural?", en *Anuario de los derechos humanos*, Nº 3, Universidad Complutense, Madrid, 1983, pp. 221 - 222.
22. N. Bobbio, *L'illusion du fondement absolu*, en *Le fondement des droits de l'homme*, Institut International de Philosophie, La Nuova Italia, Firenze, 1966, p. 5.
23. J. A. Ezcurdia Lavigne, *Curso de derecho natural. Perspectivas naturalistas de los derechos humanos*, REUS, Madrid, 1987, p. 58.
24. A. E. Pérez Luño, *Los derechos humanos*, Tecnos, Madrid, 1984, pp. 58-59.
25. Ver J. Muguerza, *La alternativa del disenso*, en *El fundamento de los derechos humanos*, edición citada, p. 27.
26. G. Feces Barba, *Derechos fundamentales*. Edición citada, p. 22.
27. *Ibidem*, pp. 22-23.
28. Ver J. Muguerza, "La alternativa del disenso", en *El fundamento de los derechos humanos*, Edición citada, p. 53.
29. Ver Sonia Picado, *Apuntes sobre los fundamentos filosóficos de los derechos humanos*. Instituto Interamericano de derechos humanos, San José, Costa Rica 1990, p. 22.
30. M. Peris, *Juez, Estado y Derechos Humanos*, Fernando Torres, editor, Valencia, 1976, p. 144.
31. E. Fernández, "El problema del fundamento de los derechos humanos", en *Anuario de los derechos humanos*, Nº 2, Universidad Complutense, Madrid, Enero 1982, pp. 73-111. Ver también del mismo autor, *Teoría de la justicia y derechos humanos*, Edit. Debate, Madrid, 1984, pp. 77-126.
32. E. Fernández, *art.cit.*, p. 98.
33. Carlos Santiago Nino, *Introducción al análisis del derecho*. Editorial Astrea, Buenos Aires, 1980, p. 417.
34. E. Fernández, *art.cit.*, pp. 99-100.
35. Principalmente en su obra ya citada *Derechos fundamentales*, Universidad de Madrid, Facultad de Derecho, Madrid, 1986.
36. Ver obra recién citada, especialmente pp. 24-31.
37. A. E. Pérez Luño, "La fundamentación de los derechos humanos", en *Revista de Estudios Políticos*, Nº 5, 1983, p. 65. Las palabras entre paréntesis son un añadido nuestro.
38. Ver P. Durán Lalaguna, *Manual de derechos humanos*. Edición citada, pp. 76-77.
39. G. Peces Barba, *Obra citada*. p. 28.

40. B. de Castro Cid, "Derechos humanos y Constitución", en *Revista de Estudios Políticos*, N° 18, 1980, p. 125.
41. B. Croce. "Los derechos del hombre y la situación histórica presente", en la obra colectiva *Los derechos del hombre*, Editorial Laia, Barcelona, pp. 143 y ss.
42. Hay traducción castellana de A. Ruiz Miguel: "Presente y porvenir de los derechos humanos", en *Anuario de los derechos humanos*, Universidad Complutense, Enero. 1982, Madrid, pp. 7-28 Los textos citados se toman de ésta traducción.
43. N. Bobbio, *art. cit.*, p. 10.
44. Ver a este respecto A. Marlasca. "El supuesto natural a la propiedad privada", en *Revista de filosofía de la Universidad de Costa Rica*, XVII, N° 46, 1979, pp. 123-137.
45. Ver a este respecto el resumen y los atinados comentarios que hace E. García Estebañez al famoso manual inquisitorial *Martillo de brujas*, en su obra *¿Es cristiano ser mujer?*, Siglo XXI Editores, Madrid, 1992, pp. 140-168.
46. Texto de la proclamación de independencia de los Estados Unidos (4 de julio de 1776), una de las primeras declaraciones de derechos. Ver J. Hervada-J. M. Zumaquero, *Textos internacionales de derechos humanos*. Eunsa, Pamplona, 1978, pp. 36-37.
47. N. Bobbio, "Presente y porvenir de los derechos humanos", pp. 11-12.
48. Ver J. Muguerza, "La alternativa del disenso", en *El fundamento de los derechos humanos*. Edición citada p. 33.
49. J. Muguerza, *art. cit.*, p. 42. Recuérdese a este respecto la famosa distinción rousseauiana en *El contrato social* entre "voluntad de todos" y "voluntad general".
50. A. E. Pérez Luño, *Derechos humanos, Estado de derecho y Constitución*. Tecnos, Madrid 1984, p. 133.
51. Sonia Picado, *Obra citada*. p. 16.
52. E. Fernández, *Teoría de la justicia y derechos humanos*, Edit. Debate, Madrid, 1984, pp. 78-79.
53. Liborio Hierro, "¿Derechos humanos o necesidades humanas? Problemas de un concepto", en *Sistema*, N° 46, Enero 1982, p. 57.
54. A. E. Pérez Luño, *Derechos humanos...*, pp. 18 y 182.
55. M. J. Anon Roig, "Fundamentación de los derechos humanos y necesidades básicas", en J. Ballesteros (Editor), *Derechos humanos*, Tecnos, Madrid, 1992, p. 101.
56. Ver M. J. Anin Roig, *art. cit.*, pp. 103-104.
57. Ver Ernst- Joahim Lampe, "Fundamento antropológico de los derechos del hombre", en *Folia Humanística* (Barcelona), V. 11, 123, 1973, pp. 247-256.
58. G. J. Bidart Campos, *Teoría general de los derechos humanos*. Astrea, Buenos Aires, 1991 p. 92.
59. E. Fromm, *Marx y su concepto del hombre*, Fondo de cultura Económica, México, 1975, p. 36.
60. *Ibidem*, pp. 36-37.
61. J. M. González Ruiz, "Fundamento de los derechos humanos", en *El fundamento de los derechos humanos*, edición citada, p. 183, donde se encuentra también la referencia concreta a E. Bloch.
62. Ver Benito de Castro Cid, "La fundamentación de los derechos humanos", en *El fundamento de los derechos humanos*, edición citada, p. 122.

Antonio Marlasca López  
Escuela de Filosofía  
Universidad de Costa Rica