La fundamentación de los derechos

The Foundation of Rights

Dr. Javier Sánchez Sánchez
Profesor Asociado, Universidad Carlos III
Académico Correspondiente, Real Academia de Jurisprudencia y Legislación
España
jss@sanchezmoro.com
0000-0001-8134-3512

RESUMEN

En este artículo se realiza un análisis de los diferentes intentos que se han sucedido históricamente, en el ámbito de la filosofía jurídica, para sostener el fundamento de los derechos humanos o derechos fundamentales; desde las que se sitúan en ámbitos extrajurídicos hasta las que se centran en la capacidad del ser humano para alcanzar consensos básicos mediante la acción comunicativa inteligente, pasando por aquellas tesis que no se apartan de la estricta norma jurídica positiva.

Palabras clave: *derechos humanos, derechos fundamentales, Iusnaturalismo, Iuspositivismo, Utilitarismo, razones morales, ética discursiva, Teoría de las necesidades.*

ABSTRACT

This article analyzes the different attempts that have been historically proposed, in the field of legal philosophy, to uphold the foundation of human or fundamental rights; from those that are located in extralegal areas to those that focus on the ability of the human being to reach basic consensus through intelligent communicative action, going through those theses that do not go beyond the strict positive legal norm.

Keywords: *human rights, fundamental rights, Naturalism, Iuspositivism, Utilitarianism, moral reasons, discursive ethics, Theory of needs.*

Introducción

Fundamentar consiste, según el diccionario de la Real Academia de la Lengua, en «establecer la razón o el fundamento de una cosa», definiéndose el concepto de fundamento como «razón principal o motivo con que se pretende afianzar y asegurar algo», por lo que cabe afirmar que fundamentar derechos consiste en formular razones principales con las que afianzar y asegurar las facultades que estos comprenden. Si ello es ciertamente así desde un punto de vista lógico, lo cierto es que, desde una perspectiva jurídica, en la media en que el derecho establece necesariamente una relación obligacional cuya posición pasiva implica la existencia de un deber, habremos de concluir que cuando pretendemos fundamentar derechos lo que en realidad estamos haciendo es aportar razones para que se acepte la existencia de un deber de satisfacción de esos mismos derechos; es decir, fundamentar derechos consistirá en construir argumentos que ofrezcan motivos validos por los que alguien se sienta compelido a dar, hacer o no hacer algo para la satisfacción del derecho

fundamentado o, más propiamente, las razones por las que un grupo social haya de considerar necesario imponer coactivamente a todos sus miembros la satisfacción del derecho esgrimido por alguno o alguno de sus integrantes.

Afirma con razón Rafael de Asís que:

> *La pregunta sobre el fundamento de los derechos humanos exige tanto realizar una reflexión ética respecto a los valores como adentrarse en consideraciones sobre qué tipo de poder y de Derecho son los que en mayor medida van a posibilitar la plasmación y ejercicio de estos.* (Muguerza, 1989a, p. 67)

Tradicionalmente la fundamentación de los derechos ha respondido a la distinción clásica entre iusnaturalismo y positivismo; de forma tal que los seguidores de la primera corriente radicaban el fundamento de los derechos en los bienes y valores proclamados por el derecho natural, ya fuese de origen divino o se situase en la naturaleza de las cosas y en la razón humana (iusnaturalismo racionalista), mientras que los iuspositivistas afirmaban como único fundamento de los derechos el de su proclamación por el derecho positivo.

Las fundamentaciones iusnaturalistas

A. La tesis de la fundamentación iusnaturalistas

Según Eusebio Fernández,

> *la fundamentación iusnaturalista de los derechos humanos fundamentales es sin duda la más conocida y la de mayor tradición histórica… se deriva directamente de la creencia en el Derecho Natural y, por tanto, de la defensa del iusnaturalismo como teoría que fundamenta y explica la existencia del derecho natural.* (Fernández, 1984, p. 85)

Y así

> *partiendo de que el Derecho Natural consiste en un ordenamiento universal deducido de la propia naturaleza humana, de ahí se derivan derechos naturales como derechos que ostenta la persona como reflejo subjetivo del orden normativo natural, es decir, la fundamentación de esos derechos se encuentra en el Derecho Natural, no en el Derecho positivo. Pero, además, esos derechos naturales son anteriores y superiores al derecho positivo, y, por lo tanto, inalienables.* (Fernández, 1984, p. 87)

Esta postura será calificada por Peces-Barba (1995) como «reduccionismo iusnaturalista». En la misma se encuadran las posturas de Castberg (1971), Fernández Galiano (1989), Michel Villey (1975) o, entre nosotros, Andrés Ollero (1983), para quienes, desde una crítica al sistema vigente, se postula que el iusnaturalismo consiste en convertir los derechos naturales en la proyección subjetiva de la ley natural, situando a esa ley natural más allá y por encima de la propia Constitución, como prejurídico positivo que determina el *id quod iustum est*, sin necesidad de recurrir al contractualismo constitucionalista que aflora en el pensamiento racionalista.

También podríamos encuadrar, con matices y en una posición menos ortodoxa, la propuesta de los «derechos morales» de Eusebio Fernández, que él mismo califica como «iusnaturalismo deontológico» y Rodriguez-Toubes define como «fundamentación axiológica», de manera que

los derechos morales son entendidos como «exigencias éticas y derechos que los seres humanos tienen por el hecho de ser hombres y, por tanto, con derecho igual a su reconocimiento, protección y garantía por parte del poder político y el Derecho» (1995, p. 245). Aquí el Derecho Natural, más que un orden jurídico, constituye, en palabras de Frede Castberg, la expresión de «principios jurídicos suprapositivos y objetivamente válidos, de juicios de valor de validez general y postulados –normas generales- que parecen tener fundamento suficiente en la naturaleza humana» (Castberg, 1971, p. 119).

En la misma línea se sitúa la propuesta de la profesora Paloma Durán y Lalaguna (1988) que reconduce la fundamentación de los derechos al concepto de dignidad humana.

Todas ellas son englobadas por el profesor Pérez Luño en la categoría que él denomina como «fundamentaciones objetivistas» en las que incluye «el conjunto de posturas doctrinales que afirman la existencia de un orden de valores, reglas o principios que poseen validez objetiva, absoluta y universal con independencia de la experiencia de los individuos o de su consecuencia valorativa» (2018, p. 137).

B. Los problemas de las fundamentaciones iusnaturalistas

Las críticas a las fundamentaciones iusnaturalistas se agrupan esencialmente en tres argumentos:

a) La falacia naturalista. Que ya apuntó Hume (1689) señalando que en este tipo de fundamentaciones aparece siempre un momento en que los doctrinarios iusnaturalistas pasan de la descripción de «es» a la prescripción del «deber ser», como aparente consecuencia del primero, pero, en realidad, de forma arbitraria y sin ningún fundamento. En el siglo pasado fue reformulada en el entorno del Círculo de Viena con la tesis de la «verificación del significado», afirmando que un enunciado es significativo si y solo si es analítica o empíricamente verificable, es decir, si es susceptible de ser presentado como verdadero o falso, lo que no puede predicarse de ningún valor sustentado en el Derecho natural (Ayer, 1991).

b) *El Trilema de Fríes.* Parte del racionalismo crítico y afirma que los juicios morales no pueden fundamentarse racionalmente, ya que toda fundamentación moral llega a unos postulados imposibles de justificar por vía racional. Según advirtió, ya en 1934, Popper (2008), los tres problemas que afectan a todo intento de justificar racionalmente un juicio moral son los siguientes:

- El *regreso al infinito*, constante e inagotable necesidad de retrotraerse a la búsqueda de fundamentos seguros.
- El *círculo vicioso lógico*, al utilizar como fundamentadores enunciados que están ellos mismos necesitados de fundamentación.
- Y la *arbitrariedad*, ya que, como consecuencia de lo anterior, los fundamentos irracionales suelen

interrumpir arbitrariamente el proceso aparentemente lógico.

c) *La negación de la validez abstracta.* Argumento que, desde posiciones agrupadas en torno al irracionalismo ético, se suelen enmarcar en la corriente que se ha venido «comunitarismo», surgida a finales de los años 70 del siglo XX y desarrollada a partir de los 80 (Spaemann, 1993; Ritter, 1969; Taylor, 1989; Walzer, 1983; MacIntyre, 1988), y que se enfrenta radicalmente al enfoque constructivista kantiano y a toda fundamentación objetiva y liberal, a las que acusan de «pervertir la ética para la formulación de reglas universales legalísticas que sustraen a los hombres de sus vínculos y circunstancias locales, concibiéndoles como egos descontextualizados, cuya historia, deseos y proyectos son irrelevantes» (Thiebaut, 1992, p. 23).

Las fundamentaciones positivistas

En la concepción general de las fundamentaciones de tipo positivista, «los derechos humanos solo existen si están reconocidos en el ordenamiento positivo… y han de aparecer como derechos subjetivos amparados por normas jurídicas válidas, esto es, pertenecientes al sistema» (((. El positivismo jurídico, aunque puede en algunas de sus modalidades reconocer que el Derecho realiza de hecho valores morales, se desentiende de cualquier fundamentación ética no convencional, y ello es así bien porque considera que los diversos argumentos iusnaturalistas son imposibles de reducir a una sola razón válida (relativismo ético) o bien porque niega la posibilidad misma de cualquier tipo de conocimiento cierto sobre los juicios morales (no cognoscitivismo o escepticismo ético)

Siguiendo el esquema de Rodríguez-Toubes, que las agrupa bajo la categoría de «Fundamentaciones No Morales», podemos enumerar las siguientes:

A. El dualismo

Sostenida por Peces-Barba (1995), que, partiendo de la posición positivista fuerte (es decir, que los derechos no son tales hasta que no está positivados), afirma que, no obstante, en los mismos radica también la necesidad de una valoración moral de la legislación positiva; o sea, se formula una doble vertiente de los derechos fundamentales como «derechos» y como «valores», aunque la razón fundamentadora de los mismos se sitúa claramente en el ámbito jurídico positivo. En la actualidad, la argumentación dualista se ha completado con una fundamentación «trialista» al introducir el profesor Peces-Barba el elemento de la eficacia social como tercer requisito para la existencia de los derechos, ((siguiendo los planteamientos iniciados en este sentido por Norberto Bobbio (1986, 1991).

Dentro de esta línea dualista se encuentra también las propuestas de Luis Prieto Sanchís (1990), Benito de Castro Cid (1989), Rafael de Asís (1989), Agustín Squella (1993) y Rex Martín (1989).

B. El positivismo radical

Defendido, entre otros, por Roberto Vernengo, que sostiene la noción de derechos humanos como «derechos subjetivos, como una construcción teórica de los juristas que no precisa de tener una correspondencia ontológica real», identificando cualquier afirmación de normas reales (pre-jurídicas) con un «relativismo ético subjetivista sin interés con fundamento filosófico de los derechos humanos» (Vernengo, 1990).

C. El realismo

Las posiciones amparadas por este rótulo afirman que el fundamento de los derechos humanos está en que una persona, un grupo determinado y relevante de personas o un grupo social amplio reconocen, de hecho, la normatividad de los mismos. Las explicaciones empiristas del tipo descrito, en las que es fácil descubrir un fuerte componente psicológico, son las ofrecidas por la escuela del realismo escandinavo, representada por autores como Karl Olivecrona (1990) y Alf Ross (1963), quien afirmará que niega toda posibilidad de un conocimiento de los valores de la democracia como el de libertad o el de derechos humanos, afirmando que invocar la justicia es como «dar un golpe sobre la mesa, una expresión emocional, que hace de la propia exigencia un postulado absoluto» (Ross, 1963, p. 16).

D. El racionalismo instrumental

Desde este planteamiento se afirma que las normas de conducta se justifican en cuanto se adecuan para la consecución de los fines sociales o personales que la sociedad o el individuo persiguen. Se trata, como se puede ver, de un tipo de fundamentación prudencial, de corte utilitarista, similar a la defendida por la «ética del autointerés» de Hoerster (1985), aunque en este caso se encuadra en las tesis positivistas porque el interés perseguido no es el de un sujeto o individuo, sino el de toda la sociedad, que, por ello, lo define y garantiza en normas jurídicas positivas y generales. El fundamento de los derechos se ajustaría así a los fines sociales del Derecho como instrumento de ordenación social.

E. Problemas de las fundamentaciones positivistas

Las críticas a las fundamentaciones iuspositivistas se agrupan en cuatro grandes problemas:

a) La paradoja de la positivación.

Formulada entre nosotros por Rafael de Asís (1995) al recordar que «los derechos fundamentales se presentan como límites al poder, pero es el poder el que los reconoce». Desde esta paradoja surge la necesidad de plantearse algunas cuestiones:

- El *problema de las autoobligaciones del poder estatal*, ya estudiado por Schelling, respecto del que Austin afirma que intentar presentar al Poder supremo limitado por el Derecho, es una *contradictio in terminis*. Parece que debe existir otro plano que sea capaz de limitar eficazmente al Poder.

- La *necesidad previa de que el poder que reconozca los derechos sea un poder democrático*; es decir, existe necesariamente un *prius* lógico a la

fundamentación positiva de los derechos que es previo al mismo acto de positivación y que no está explicado solamente por el derecho positivo.

b) La desaparición de la fundamentación

Apunta Peces-Barba (1995) que en las fundamentaciones positivistas radicales como las de Roberto Vernengo,

> *la ruptura con una moralidad previa vacía a los derechos de cualquier referente moral y los convierte en meros instrumentos del poder, con lo que este reduccionismo racionalista supone en realidad la desaparición de los derechos fundamentales y en este sentido son más bien una negación de los derechos.* (Peces-Barba, 1995, p. 56)

c) La incoherencia de la fundamentación dualista.

La visión dualista (y aun trialista) de la fundamentación de los derechos puede incurrir en un planteamiento incoherente en virtud de que su constante apelación a los valores morales como «raíz» u «origen» de los derechos reenvía inevitablemente a la necesidad de fundamentar los propios valores, circunstancia que se agrava aún más si exigimos el tercer elemento de «eficacia», al introducir entonces un requisito de existencia puramente sociológico, de tan difícil comprobación y de diversa valoración, como acertadamente ha señalado Joaquín Rodríguez-Toubes (1995).

Todas las fundamentaciones positivistas son encuadradas por Eusebio Fernández (1984) en la categoría que él denomina como «fundamentación historicista», diferenciándola de la iusnaturalista en que, en lugar de derechos naturales, universales y absolutos, habla de derechos históricos, variables y relativos, así como que, en vez de derechos naturales y superiores a la sociedad, se refiere a derechos de origen social (en cuanto son el resultado de la evolución social).

Las fundamentaciones utilitaristas

Sobre la base del utilitarismo filosófico de Hume, se han formulado teorías que propugnan la fundamentación de los derechos en el interés que los mismos suponen para los individuos que los invocan. Destacan entre ellas la de A. I. Melden (1980), que hace hincapié «en el derecho elemental que tiene toda persona como agente moral, de realizar aquello que favorezca más sus intereses» (p. 367); la de Richard Hare (1985) quien afirma que «los derechos morales se justifican en principios morales intuitivos que son seleccionados y depurados mediante una evaluación crítica de corte utilitarista» (p. 40), y la de Martín Diego Farrel (1986, p. 173), que restringe la concepción utilitarista mediante el derecho a igual consideración y respeto –que ya teorizó Ronald Doworkin- concebido este como no absoluto, sino como un derecho que, en algunas circunstancias puede infringirse justificadamente.

El problema de las fundamentaciones utilitaristas es el mismo que el del utilitarismo en su conjunto, en la medida en que proclama valores o derechos desde la perspectiva del individuo que los afirma, renunciando a una fundamentación objetiva y general; ello determina una quiebra especial en su función

de fundamentar derechos, en su vertiente correlativa, pues si el interés de un sujeto puede llegar a erigirse como fundamento plausible de su conducta, no es capaz por sí mismo de fundamentar deberes en otro u otros sujetos que no tienen el mismo interés que el primero.

Las fundamentaciones intersubjetivas

Una definición que puede ser muy útil para adentrarnos en el conocimiento de este tipo de fundamentaciones es la formulada por Pérez Luño, para quien «el intersubjetivismo representa un esfuerzo para concebir (los derechos humanos) como valores intrínsicamente comunicables, es decir, como categorías que, por expresar necesidades social e históricamente compartidas, permiten suscitar un consenso generalizado sobre su justificación» (2018, p. 162).

En este apartado pueden incluirse las que Rodríguez-Toubes califica como «Fundamentaciones Morales Formales», precisando que

> *el enfoque formal de la fundamentación de los derechos está orientado sobre todo a la postulación y defensa de un procedimiento de decisión moral. La tesis de base es que, una vez mostrada la perentoriedad de este procedimiento, bastará con seguirlo para descubrir un orden normativo que defina unos derechos básicos comunes a todos los sujetos morales.* (1995, p. 126)

Añadiendo seguidamente que

> *Los enfoques formales son los más adecuados para fundamentar los derechos humanos ante el escepticismo que no acepta las intuiciones como base suficientemente sólida para los derechos morales. A un escéptico así no se le puede convencer de la existencia de los derechos humanos aludiendo a la evidencia de unos principios morales, pues es precisamente la solidez de esta evidencia lo que cuestiona. Por el contrario, sí es posible involucrarle en un razonamiento que le obligue, por la lógica misma que rige el debate en el que participa, a acepar que ciertos valores, y acaso ciertos derechos, le vinculan.* (Rodríguez-Toubes, 1995, p. 152)

En este apartado incluiremos las siguientes propuestas fundamentadoras:

A. Las fundamentaciones de la ética discursiva

Formuladas por Jurgen Habermas (1991) y Karl-Otto Apel (1985*)* sobre el desarrollo de los modelos de análisis de la filosofía del lenguaje del segundo Wittgestein en sus *Investigaciones Filosóficas* en 1953, intentando actualizar las fundamentaciones morales de tipo kantiano. Se trata de un intersubjetivismo cuya finalidad es demostrar la veracidad de aquellos juicios morales obtenidos por medio de un consenso al que se llega formulando argumentos ajustados a las reglas que regulan la acción comunicativa de los seres humanos; una vez descubiertas y analizadas las reglas que posibilitan una comunicación real y veraz, se postula que si se respetan estas en la formulación e intercambio de argumentos, el juicio que se obtenga como conclusión ha de ser necesariamente correcto, aclarando que por correcto se entiende todo juicio o argumento idóneo para asegurar el mantenimiento de la cooperación social y de las razones que regulan la relación humana, de un lado, y para

posibilitar el acuerdo en los casos en que no existe o se ha quebrado el acuerdo, de otro.

Entre las reglas necesarias para un intercambio dialógico real y eficaz, Habermas incluye diversas pretensiones de validez que han de presidir las argumentaciones de todos los intervinientes, entre las que destaca:

- De veracidad, o sinceridad de sus expresiones sobre aspectos subjetivos propios.
- De verdad en los enunciados aseverativos.
- De eficacia de las acciones teleológicas.
- De corrección o rectitud de los enunciados.
- De inteligibilidad de los enunciados.

Utilizando las soluciones y formulaciones argumentativas coherentes con cada clase de pretensión de validez (técnica explicativa, procedimientos de coherencia conductual o valoración de criterios éticos para explicar, por ejemplo, las pretensiones de inteligibilidad, sinceridad o adecuación valorativa) podemos articular un discurso ideal con el que obtener un juicio moral, político o jurídico intersubjetivamente correcto.

La aplicación de las anteriores argumentaciones al ámbito de la fundamentación de los derechos humanos se realiza mediante una mera transposición de enunciados, y así Habermas, partiendo del presupuesto de que toda persona es sujeto de derechos, afirma que la aplicación del principio discursivo determinará cuáles de ellos tienen que reconocerse por los ciudadanos recíprocamente si quieren regular sus vidas en común con los medios de un Derecho positivo legítimo, precisando que el propio discurso definirá tanto el catálogo de derechos como la legitimidad del ordenamiento jurídico que los reconoce.

B. La teoría de las necesidades

Según el profesor Pérez-Luño, las teorías discursivas de Apel y Habermas han de ser completadas para una adecuada fundamentación de los derechos humanos, con la filosofía de las necesidades radicales elaborada por la Escuela de Budapest (Gyorgy Lukács, Gyorgy Márkus, Ferenc Fehér…) y defendida de forma muy especial por Agnes Heller.

Esta teoría ha sido abordada entre nosotros por Enrique Pérez Luño (1983), María José Añón (1984, 1990), así como por J. Herrera Flores (1989), entre otros; recientemente ha profundizado en la materia, desde México, Julio Boltvinik (2018), que realiza un análisis muy didáctico sobre el concepto marxista de necesidades propiamente humanas, alienadas y no alienadas. La primera de las cuestiones se aborda desde el análisis de los postulados de la Escuela de Budapest, especialmente de Agnes Heller, que partiendo de la distinción marxista entre necesidades alienadas (cuantitativas) y no alienadas (cualitativas), confluye en el de «necesidades radicales», que engloba a las dos anteriores y se configura como una categoría ontológica objetiva sobre la que fundamentar los derechos, como expresión de la relación de

dependencia del ser humano con el mundo exterior.

Señala Boltvinik que:

> *Según Marx las N (necesidades) de la clase obrera son radicales porque no pueden ser satisfechas en la sociedad capitalista, por lo cual la clase obrera sólo puede liberarse liberando a toda la humanidad. Heller problematiza el concepto de N radicales, considera que no son propiamente N: no son N existentes ni tampoco extensiones de las existentes, pues suponen una clase obrera que ya haya desarrollado una conciencia conforme a esa misión. Por analogía, dice que podemos llamar "radicales" las N imprescindibles para realizar esa misión. Pero la experiencia histórica ha demostrado que sin la superación del modo burgués de vida no se desarrollan las N radicales.* (2018, p. 57)

El concepto de necesidades radicales se define por Mª J. Añón como aquellas que no pueden ser satisfechas por la sociedad en la que se plantean y que, precisamente por ello, formulan un deber ser para su satisfacción, solucionando así el segundo de los problemas que más arriba apuntábamos: «Son, por tanto, aquellas necesidades que nacen en la sociedad caracterizada por relaciones de subordinación y jerarquía y que no pueden ser satisfechas en una sociedad semejante. Su satisfacción exige la superación de esa sociedad concreta» (Añón, 1990, p. 118).

Agnes Heller va a distinguirlas de las necesidades necesarias, aquellas que han surgido a lo largo de la historia en una sociedad determinada y cuya satisfacción forma parte de la vida ordinaria, sosteniendo que las necesidades radicales son las que se despiertan en las masas ante la alienación capitalista y que se encarnan en el deber colectivo de alcanzar la sociedad comunista. Afirmará:

> *Para poder funcionar en la forma característica de la época de Marx, para poder subsistir como "formación social", el capitalismo, en el interior de su estructura de las necesidades, incluía algunas de imposible satisfacción en su seno. Según Marx, las necesidades radicales son momentos inherentes a la estructura capitalista de las necesidades: sin ellas...el capitalismo no podría funcionar... Las "necesidades radicales" no pueden ser "eliminadas" por el capitalismo porque son necesarias para su funcionamiento. No constituyen embriones de una formación futura, sino "miembros de la organización capitalista: no es el ser de las necesidades radicales lo que trasciende el capitalismo sino su satisfacción". Aquellos individuos en los cuales surgen las necesidades radicales ya en el capitalismo son los portadores del deber colectivo.* (Heller, 1978)

En resumen, de la constatación de un hecho, la existencia de una necesidad radical para el ser humano (ser), se derivaría la obligación de procurar su satisfacción (deber ser).

Las dificultades que plantea este paso se apuntan ya por los propios autores que han tratado la materia. Así, para Pérez Luño, aunque las necesidades jueguen un papel primordial en las razones justificativas de los derechos, no aparecen ellas mismas como justificación suficiente; podemos añadir que, el hecho de que exista una determinada carencia no exige necesariamente que se haya

de cubrir esa carencia; para que se llegue a esa conclusión se ha de demostrar que es deseable o al menos plausible la supresión de la carencia o necesidad, y ese juicio valorativo no se desprende necesariamente y en todos los supuestos de la mera constatación de la necesidad.

En el mismo sentido, para Mª José Añón, las necesidades sirven de apoyo a las razones con las que exigimos su satisfacción, pero no llenan por sí mismas dichas razones, «sino que requieren un razonamiento práctico» (Añón, 1984, p. 121).

También Rodríguez-Toubes ve dudosa la posibilidad de mediación entre necesidades empíricas y valores morales si se parte del entendimiento de los valores como preferencias sociales generalizables, y aunque reconoce que la idea de necesidades radicales podría contribuir a precisar cuáles son las preferencias sociales reales, no puede apreciar con igual facilidad «su consistencia como criterio axiológico» (Rodríguez-Toubes, 1995, p. 193).

En una línea similar, Joaquín Herrera Flores sostiene que, aunque las necesidades radicales, cuando son expresadas pública y democráticamente, están muy cerca de los sistemas axiológicos universalizables, «los derechos humanos no pueden ser fundamentados únicamente en las necesidades humanas, por muy radicalizadas que estén» (Herrera, 1989, p. 84), porque pudiendo conectar necesidades y valores, el carácter indeterminado de las primeras hace que dicha mediación sea problemática (Herrera, 1989).

C. La teoría de las implicaciones lógicas de la acción

Formulada por Alan Gewirth (1990), sobre la fundamentación precia de «un principio moral supremo», rebasa el ámbito de las fundamentaciones dialógicas de corte habermasiano para lanzarse al análisis de las consecuencias pragmáticas de toda acción humana intencional y no solamente de la comunicativa, detallando además pormenorizadamente el proceso en virtud del cual su principio moral supremo fundamenta y justifica determinados derechos humanos concretos. El *Principio Moral Supremo* que propone como fundamentación primera prescribe: «actúa en conformidad con los derechos genéricos de tus receptores al igual que con los tuyos propios» (Gewirth, 1978, p. 118)[1].

El argumento de concreción es largo y prolijo y ha sido desarrollado con envidiable maestría por el profesor Rodríguez-Toubes; nosotros lo resumiremos articulándolo en una tesis principal de la que fluyen dos tesis derivadas.

- *Tesis principal:* Todo agente moral actual o potencial ha de aceptar, por lógica, que tiene derecho a la libertad y al bienestar.

- *Tesis derivada 1ª:* He de aceptar, por lógica, que cualquier otro agente moral actual o potencial tiene derecho a la libertad y al bienestar.

- *Tesis derivada 2ª*: He de actuar, en consecuencia, hacia otras personas con consideración favorable a la libertad y bienestar de ellos además de la mía propia,

incluso en circunstancias donde mis propios intereses podrían ser satisfechos de modo más «eficaz» mediante otro tipo de comportamientos.

Las condiciones de libertad y bienestar se conectan con derechos precisamente porque «son necesarias para actuar» y no por el mero hecho de que sean intereses o necesidades del sujeto (criterio delimitador que permite al autor distinguir entre derechos y simples caprichos), por ello, «todos los derechos morales justificados consisten en uno u otro segmento, individual o institucional, de los derechos de libertad y bienestar» (Gewirth, 1996, p. 210).

D.- El constructivismo ético.

Su representante más emblemático es el argentino Carlos Santiago Nino (1989) quien, apoyándose en la importancia del procedimiento argumentativo para obtener la corrección de los juicios morales, afirma la posibilidad de un cognoscitivismo ético como reacción racional tanto frente al dogmatismo como al relativismo. Su forma de profundizar en ese cognoscitivismo es precisamente la elaboración de su teoría del constructivismo ético como procedimiento de acercamiento coherente y constante de la moral social, positiva y vigente hacia la moral ideal, de la que pretende dar cuenta.

Nino parte de la hipótesis, generalmente aceptada, de que tanto el derecho como la moral positiva tienen la función de superar ciertas dificultades básicas de la vida humana, función que es independiente de las intenciones particulares de los individuos que intervienen en el desarrollo de tales sistemas normativos y del grado de eficacia con que ella es, en cada caso, satisfecha. Tanto la moral como el derecho cumplen, mal o bien, la función de reducir conflictos entre los individuos y la de facilitar la cooperación social.

Los sujetos intervinientes podrán introducir en el discurso pretensiones públicas, generales, universales y finales que, si se respetan las reglas dialógicas, darán lugar a un juicio moral de que podemos anticipar una «aceptabilidad hipotética», es decir, que será aceptado generalmente por todos los miembros de la comunidad a la que va dirigido, siendo por ello, un juicio moral válido.

Los problemas que se platean en relación con las justificaciones intersubjetivas son los siguientes:

a) La *autoexclusión participativa*, ya que, si es plausible pensar que un escéptico aceptará las conclusiones de un diálogo racional intersubjetivo no lo es tanto presumir que el escéptico esté dispuesto a participar en el mismo; es decir, no hay fundamento real para hacerle participar.

b) El *imperativo del disenso*, proclamando magistralmente entre nosotros por Javier Muguerza (1989b) que, apartándose de la búsqueda de justificaciones mediante el consenso, se pregunta si no extraeremos más provecho de un intento de fundamentación desde el disenso, es decir, de un intento de fundamentación negativa o disensual de los derechos humanos. En virtud de este fundamento, un individuo nunca podrá legítimamente imponer a una

comunidad la adopción de un acuerdo que requiera una decisión colectiva, pero se hallará legitimado para desobedecer cualquier acuerdo o decisión colectiva que atente -según el dictado de su conciencia- contra la condición humana.

Conclusiones

De las tesis expuestas sobre las diversas teorías fundamentadoras de los derechos humanos o derechos fundamentales, el autor considera más plausible, por encontrarlas más conformes con el actual estadio de evolución de la ciencia jurídica y moral -y de la propia humanidad- aquellas que hacen descansar el reconocimiento de los derechos y el establecimiento de los deberes correspondientes para su satisfacción, en procesos dialógicos de comunicación abierta entre los individuos sobre sus preferencias, deseos y necesidades, para construir, a través de pautas y reglas basadas en el igual respeto y consideración, un consenso generalizado, temporalmente revisable, pero dotado por ello de la suficiente legitimidad tanto individual como colectiva; es decir, las teorías fundamentadoras basadas en la ética discursiva.

Notas:

[1] En la versión original dice: "Act in accord with the generic rights of your recipient as well as of yourself". Traducción de Rodríguez-Toubes, J., del original de Gewirth, A. *Reason and Morality*, The University of Chicago Press, 1978.

Referencias:

Añón Roig, Mª J. (1984). *Necesidades y derechos. Un intento de fundamentación.* Madrid: Editorial CEC.

Añón Roig, Mª J. (1990). El sentido de las necesidades en Agnes Heller. *Sistema,* 96.

Apel, K. O. (1985). *La transformación de la filosofía.* Madrid*:* Editorial Taurus, Madrid.

Ayer, A. L. (1991). *Lenguaje, Verdad y Lógica*. Valencia: Ed. Universitat de Valencia.

Bobbio, N. (1986). *El problema de la guerra y las vías de la paz*. Barcelona: Editorial Gedisa.

Boltvinik, J. (2018). Agnes Heller y la teoría de las necesidades humanas. *Revistas UNAM*, 76.

Bobbio, N. (1991). *El tiempo de los derechos*. Madrid: Editorial Sistema.

Castberg, F. (1971). *La philosphie de droit*. Paris: RIDC.

De Asís Roig, R. (1989). Algunas notas para una fundamentación de los derechos. En Muguerza, J., *El Fundamento de los Derechos Humanos* (pp. 67-79). Madrid: Editorial Debate.

De Asís Roig, R. (1995). *Las paradojas de los derechos fundamentales como límites al poder*. Madrid: Editorial Debate.

De Castro Cid, B. (1989). La Fundamentación de los Derechos Humanos. En Muguerza, J., *El Fundamento de los Derechos Humanos* (pp. 119-124). Madrid: Editorial Debate.

Durán y Lalaguna, P. (1988). *Los derechos humanos ¿una nueva filosofía?* Valencia: Nau LLibres.

Farrel, M. D. (1983). *Utilitarismo: Ética y Política*. Buenos Aires: Editorial Abeledo-Perrot.

Fernández, E. (1984). *Teoría de la Justicia y Derechos Humanos.* Madrid: Editorial Debate.

Gewirth, A. (1978). *Reason and Morality.* Chicago: The University of Chicago Press.

Gewirth, A. (1986). Why rights are indispensable. *MIND*, 95.

Hare, R. M. (1985). Rights, Utility and Univerzalization. Reply to J.L. Makie. En Frey, R. G. (Ed.), *Utility and Rights*, Oxford.

Habermas, J. (1991). *Conciencia moral y acción comunicativa.* Barcelona: Editorial Península.

Heller, A. (1978). *Teoría de las necesidades en Marx.* Barcelona: Editorial Península.

Herrera Flores, J. (1989). *Los derechos humanos desde la Escuela de Budapest*. Madrid: Editorial Tecnos.

Hoerster, N. (1985). Ética jurídica sin metafísica. En Garzón Valdés, E. (Ed.), *Derecho y Filosofía* (pp. 111-134). Barcelona: Alfa.

Hume, D. (1992). *Tratado sobre la Naturaleza Humana*. Madrid: Editorial Tecnos.

MacIntyre, A. (1988). *Tras la virtud*. Barcelona: Ed. Crítica.

Martín, R. (1989). Human rights and Civil rights. En Winston, M.E. (Ed.*), The Philosophy of Human Rights.*

Marx, K. (1969). *Manuscritos de economía y filosofía.* Madrid: Editorial Alianza.

Melden, A.I. (1980). *Los derechos y las personas*. México: Editorial Fondo de Cultura Económica.

Muguerza, J. (1989a). *El Fundamento de los Derechos Humanos*. Madrid: Editorial Debate.

Muguerza, J. (1989b). La alternativa del disenso. En Muguerza, J., *El Fundamento de los Derechos Humanos* (pp. 19-56). Madrid: Editorial Debate.

Nino, C.S. (1994). *Ética y derechos humanos.* Barcelona: Editorial Ariel.

Olivecrona, K. (1990). *El derecho como hecho. La estructura del orden jurídico.* Barcelona: Editorial Labor.

Peces-Barba Martínez, G. (1995). *Curso de Derechos Fundamentales. Teoría General*. Madrid: Universidad Carlos III de Madrid, BOE.

Pérez Luño, A. E. (1983). La fundamentación de los derechos humanos. *REP*, 35.

Pérez Luño, A. E. (2018). *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución.* Madrid: Editorial Tecnos.

Popper, K. R. (2008). *La lógica de la investigación científica.* Madrid: Editorial Tecnos.

Prieto Sanchís, L. (1990). *Estudios sobre derechos fundamentales*. Madrid: Editorial Debate.

Ritter, J. (1969). *Metaphisyk und Politk, Studien zu Aristótoeles und Hegel*. Franfurt; Surkamp.

Rodríguez-Toubes Muñiz, J. (1995). *La razón de los derechos*. Madrid: Editorial Tecnos.

Ross, A. (1963). *Sobre el Derecho y la Justicia. Buenos Aires:* Editorial Universitaria de Buenos Aires.

Squella, A. (1993). Derechos humanos y derecho positivo. *Derechos y Libertades*, 1, 197-295.

Spaemann, R. (1993). *Ética. Cuestiones Fundamentales*. Pamplona: Enunsa.

Taylor, Ch. (1989). *Sources of the self. The Making of Modern Identity*. Massachusetts: Harvard University Press.

Vernengo, R. (1990). Enfoques escépticos de los derechos humanos. *Anuario de Derechos Humanos*, 6, 161-178.

Villey, M. (1975). *Critique de la pensée juridique moderne*. Paris: Editorial Montchrestien.

Walzer, M. (1983). *Spheres of Justice. A defense of Pluralism and Equality*. New York: Basis Book, Inc.

Conflicto de intereses:

El autor declara que no ha recibido financiación ni beneficio alguno de ninguna fuente pública o privada que pueda resultar afectada por los datos o el contenido del presente artículo, no presentando conflicto de intereses con ninguna institución o persona pública o privada del ámbito nacional o internacional, obedeciendo el contenido de este artículo a su exclusiva responsabilidad y conciencia.

Fecha de enviado: 20/3/2020

Fecha de aceptado: 30/3/2020

.