

LA FUNDAMENTACIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS: UN INTENTO DE SISTEMATIZACIÓN

Rafael Junquera

UNED



L abordar el tema de los Derechos Humanos nos encontramos con que existen cuatro bloques de problemas relativos a su estudio: su concepto, su fundamento, su tipología y su realización¹. Cada uno de ellos responde respectivamente a los siguientes interrogantes: ¿qué son los Derechos Humanos? ¿por qué deben ser aceptados y respetados? ¿cuáles son esos Derechos? ¿cómo se realizan? El hecho de buscar respuesta a cada uno de ellos es una labor compleja y difícil.

A continuación voy a contestar a la segunda cuestión planteada, intentando encontrar los motivos que nos llevan a admitir y aceptar esos Derechos Humanos. Me plantearé el tema de su fundamentación como una de

¹ N. M. LÓPEZ CALERA: «Teoría Crítica y Derechos Humanos ¿por qué no se realizan plenamente los derechos humanos?», en *El Fundamento de los Derechos Humanos*, Madrid, Debate, 1989, p. 209. PUY entiende que son ocho las cuestiones que componen la reflexión en torno a los Derechos Humanos: la denominación, la definición, la fundamentación, la evolución, la violación, el procedimiento, la opinión, la normativización («¿Qué significa fundamentar los Derechos Humanos?», en *El Fundamento de los Derechos Humanos*, cit., p. 298).

las preguntas centrales de la Teoría de los Derechos Humanos y sin el menor intento de dar con una respuesta única y absoluta, ni, por supuesto, cerrada. Más bien se trata de presentar diversas reflexiones fundamentadoras de los mismos, teniendo en cuenta que cada una de ellas parte de una concepción distinta de los Derechos Humanos, puesto que concepto y fundamento aparecen íntimamente relacionados, de donde se deriva la dificultad de abordarlos por separado².

El objetivo general de esta reflexión es doble: primero, presentar las posturas doctrinales existentes sobre la posibilidad de fundamentar racionalmente los Derechos Humanos; segundo, llevar a cabo una ligera valoración crítica de las diversas fundamentaciones que se han propuesto. Intentaré lograr este doble objetivo al hilo del siguiente esquema narrativo: en primer lugar, será analizado el problema general de la fundamentación, para ver si es posible y necesario fundamentar los Derechos Humanos o no lo es; en segundo lugar, analizaré las posibles vías de fundamentación; en tercer lugar expondré muy sumariamente los más importantes modelos de fundamentación racional elaborados hasta ahora por la doctrina especializada; en cuarto lugar, realizaré una ponderación crítica de las distintas fundamentaciones.

A continuación voy a tratar la cuestión previa sobre si es posible o no fundamentar los Derechos Humanos.

1. CUESTIÓN PREVIA: ¿ES POSIBLE FUNDAMENTAR LOS DERECHOS HUMANOS?

Dentro de esta cuestión previa voy a desarrollar cuatro apartados: qué se entiende en este contexto por «fundamentar»; cuáles son las posturas doctrinales que mantienen que no es necesario ni útil fundamentar los Derechos Humanos; qué posturas doctrinales niegan de manera rotunda tal posibilidad; y, por último, haré referencia a las posturas doctrinales que proclaman no sólo la posibilidad, sino también la necesidad de fundamentar.

² J. DE LUCAS: «Algunos equívocos sobre el concepto y fundamentación de los Derechos Humanos», en J. BALLESTEROS (ed.), *Derechos Humanos*, Madrid, Tecnos, 1992, p. 13.

1.1 Qué se entiende por «fundamentar» los Derechos Humanos

En consecuencia, un primer paso al tratar la fundamentación de los Derechos Humanos es ponernos de acuerdo sobre el sentido que vamos a dar a la palabra fundamento, pues, en este contexto, dependerá del sentido que demos a ese término el que se defienda una tipología de fundamentación u otra³.

Así, dentro del sentido habitual que se otorga a esta palabra mencionaré en primer lugar su explicación semántica específica. Para ello, me limitaré a acudir al diccionario de la RAE⁴ para comprobar que dicho vocablo alude a las raíces o cimientos de algo. En su sentido quinto, el *Diccionario de la Lengua* de esta ilustre institución define el fundamento como *raíz, principio y origen en que estriba y tiene su mayor fuerza una cosa no material*. Filosóficamente, siguiendo el diccionario del filósofo español J. Ferrater Mora, el término fundamento tiene dos acepciones básicas: A) el fundamento de algo en cuanto algo real (en este caso se identifica con la causa en el sentido de «la razón de ser de algo»); B) el fundamento de algo en cuanto algo ideal (en este caso, se identifica con la explicación racional). Pues bien, siguiendo esa pauta, la doctrina ha señalado también dos significados básicos a la expresión «fundamentar los Derechos Humanos»⁵: A) dar razones de su existencia; B) señalar la fuente de donde proceden.

Sin embargo, las explicaciones finales de los autores varían considerablemente, como lo demuestran la obra colectiva que, bajo el título de *El Fundamento de los Derechos Humanos*⁶, recogía las ponencias de las jornadas organizadas en 1988 por la Fundación Tanner y el Instituto de Derechos Humanos de la Universidad Complutense, bajo la presidencia del profesor Hart, o el libro publicado con anterioridad por la UNESCO con el rótulo *los fundamentos filosóficos de los Derechos Humanos*⁷.

³ A. FERNÁNDEZ-GALIANO: «Carta al Profesor Javier Muguerza», en *El Fundamento de los Derechos Humanos*, cit., p. 164.

⁴ REAL ACADEMIA ESPAÑOLA: *Diccionario de la Lengua Española*, t. I, Madrid, España Calpe, 1992, 21.ª ed., p. 1005.

⁵ F. PUY: «¿Qué significa fundamentar los derechos humanos?», en *El Fundamento de los Derechos Humanos*, cit., p. 290. J. RODRÍGUEZ-TOUBES MUÑIZ, *La razón de los derechos*, Madrid, Tecnos, 1995, pp. 81-83; etc.

⁶ AA.VV.: *El fundamento de los derechos humanos*, cit.

⁷ AA.VV.: *Los fundamentos filosóficos de los derechos humanos*, Madrid, Serbal-UNESCO, 1985.

Pero, entre los diferentes sentidos que los distintos autores asignan al término «fundamentar» cuando analizan el problema del fundamento de los Derechos Humanos, hay uno que concita la mayoría de las preferencias y que yo considero también como el más clarificador y funcional. Es el que identifica la fundamentación con la búsqueda de la razón o por qué los llamados Derechos Humanos han de ser reconocidos y protegidos. Ése es, por tanto, el sentido que va a tener la palabra «fundamentar» en los análisis que voy a realizar en el decurso de estas líneas.

Una vez delimitado el concepto, hay que constatar el hecho de que la doctrina, a través de este tema, se ha preguntado por las raíces más profundas que sostienen el reconocimiento de estos derechos como una exigencia inevitable⁸. A pesar de ello, el encontrar una fundamentación única y generalmente admitida supone unas dificultades tan arduas⁹ que algunos autores han dividido las corrientes doctrinales en dos posturas: los que admiten la posibilidad e importancia de encontrar un fundamento; los que niegan tal posibilidad o no la consideran trascendente. Así, ha pasado de ser una disputa en torno a la forma de la fundamentación a ser un debate sobre la posibilidad o necesidad de la misma¹⁰. Sin embargo, yo considero que podemos distinguir tres posiciones: *a)* los que afirman que no es necesario ni útil fundamentar los derechos humanos; *b)* los que niegan la posibilidad de fundamentarlos; *c)* los que proclaman no sólo la posibilidad de fundamentarlos, sino también la necesidad de encontrarles fundamento.

1.2 No es necesario ni útil buscar un fundamento a los Derechos Humanos

En cuanto a la primera postura, la que mantiene que no es necesario ni útil buscar un fundamento a los Derechos Humanos, podemos empezar

⁸ B. DE CASTRO CID y otros: *Problemas básicos de Filosofía del Derecho: desarrollo sistemático*, Madrid, Universitas, 1997, p. 209; «La fundamentación de los Derechos Humanos (reflexiones incidentales)», en *El Fundamento de los Derechos Humanos*, cit., p. 121. Ver también E. BEA PÉREZ: «Los Derechos Humanos», en J. DE LUCAS (coord.), *Introducción a la Teoría del Derecho*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1997, pp. 325-326; etc.

⁹ Esta dificultad puede observarse en las diversas posturas mantenidas por los autores y corrientes que se citan en el texto que sigue. En este mismo sentido ver J. BLÁZQUEZ RUIZ: *Derechos Humanos y Genoma Humano*, Granada, Comares, 1999, pp. 44-51.

¹⁰ A. RIVERO, J. SEOANE, C. THIEBAUT: «La Modernidad sin fundamento (Notas sobre algunas perspectivas antifundamentalistas en ética y su significado en la comprensión crítica del presente)», en *El Fundamento de los Derechos Humanos*, cit., p. 303.



constatando cómo los mismos redactores de la Declaración Universal de los Derechos Humanos renunciaron a ponerse de acuerdo en lo referente al fundamento de estos derechos. Declararon que coincidían en los derechos, pero con la condición de que no se les preguntase «por qué». Esta postura, en el fondo, encierra un desacuerdo fundamental: si no se está de acuerdo en el «por qué», probablemente, tampoco se estará de acuerdo en su contenido. Lo que se estaba diciendo, es que coincidían en ciertas fórmulas vagas que disimulaban sus diferencias¹¹. Esta posición defiende que la preocupación central de los autores que se dedican a estudiar los Derechos Humanos ha de ser buscar su realización, es decir, la eficacia de los mismos, no su fundamento.

Así, ante la imposibilidad de llegar a una fundamentación única y absoluta (en el sentido más radical del término) y de los problemas y debates que ello acarrea, N. Bobbio concluyó hace tiempo que lo importante es averiguar la manera más segura de garantizar estos derechos e impedir su violación sistemática, ya que el problema de la fundamentación ha sido satisfactoriamente resuelto a través de la Declaración Universal de los Derechos Humanos¹².

Pero este planteamiento, aceptado por algunos, ha sido criticado por otros muchos autores. Entre ellos, un autor español ha escrito muy acertadamente que la tesis de Bobbio habría que reformularla en estos términos: «el problema práctico de los derechos humanos no es el de su fundamentación, sino el de su realización; pero el problema teórico de los derechos humanos no es el de su realización, sino el de su fundamentación»¹³.

Hay, sin embargo, otra postura mucho más radical, es la que niega la posibilidad misma de encontrar un fundamento firme y permanente del reconocimiento de los Derechos Humanos.

¹¹ J. M. RODRÍGUEZ PANIAGUA: «Los derechos humanos del individualismo a la ética de la responsabilidad», *Anuario de Filosofía del Derecho*, t. XV, 1998, pp. 114-115.

¹² N. BOBBIO: *El problema de la guerra y las vías de la paz*, Barcelona, Gedisa, 1982, pp. 117-128; «Sul fundamento dei diritti dell'uomo», *Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto*, XLII, 1965, pp. 301-309; «Presente y porvenir de los derechos humanos», *Anuario de Derechos Humanos*, núm. 1, 1981, pp. 7-28.

¹³ G. ROBLES: *Los derechos fundamentales y la ética en la sociedad actual*, Madrid, Civitas, 1992, p. 11.

1.3 No es posible encontrar un fundamento

Esta postura parte de la afirmación de que es imposible encontrar un criterio que dé razón suficiente de los Derechos humanos y se ha manifestado en dos líneas complementarias: la que afirma la tesis central indirectamente y la que la afirma de forma directa y expresa. Dentro de la primera línea tenemos las tesis positivistas que impugnan la posibilidad de una demostración científica de los valores y, como consecuencia, niegan también que se pueda llegar a fundamentarlos racionalmente. Los valores éticos, jurídicos y políticos no pueden pretender una validez general, puesto que se limitan a expresar convicciones personales. Así, desde estos presupuestos resulta imposible fundamentar los Derechos Humanos¹⁴.

En la segunda línea nos topamos nuevamente con Bobbio que mantiene que no es posible encontrar un fundamento. V. Camps se ha adherido a la posición del autor italiano, si bien ella propone que no hay que hablar de fundamentación sino de descubrimiento de los Derechos Humanos. Para ello considera necesario empezar distinguiendo tres niveles en su análisis: 1. Nivel constituido por los valores fundamentales –libertad, igualdad, dignidad–; 2. Nivel constituido por la Declaración de 1948; 3. Nivel constituido por la realización de los mismos. El problema y el lugar de la fundamentación se encuentra en la relación entre el segundo y tercer nivel¹⁵.

Todas estas posiciones se han servido de la dificultad o del fracaso de muchos de los intentos de fundamentación para negar la posibilidad de encontrar un fundamento o incluso la propia existencia de estos derechos¹⁶.

Sin embargo, ante estas argumentaciones se han enfrentado los argumentos defendidos en la tesis que afirma que es posible e, incluso, imprescindible buscar o formular un criterio justificador de los Derechos Humanos, situación que ha evitado que se dé por zanjado este problema y se siga planteando en la actualidad.

¹⁴ Estas posturas no cognoscitivistas puede considerarse que son las mantenidas por los positivistas lógicos (neopositivistas de Viena y Berlín –Carnap, Ayer– y los realistas escandinavos –Olivecrona, Ross) que comparten la tesis de la imposibilidad de llegar al conocimiento científico de los valores.

¹⁵ V. CAMPS: «El descubrimiento de los derechos humanos», en *El Fundamento de los Derechos Humanos*, cit., pp. 111-113.

¹⁶ Podemos mencionar posiciones negativas mucho más extremistas, ya que llegan a negar la misma existencia de estos derechos. Consideran que son una ficción o ilusión, «es como creer en brujas y unicornios» (A. MCINTAYRE: *Tras la virtud*, Barcelona, Crítica, 1987, p. 96). La prueba de su inexistencia se basa en los fracasos de todo intento por mostrar que existen y las constantes violaciones de los mismos. Así, queda constatada y afirmada su no-existencia.

1.4 Es posible e imprescindible buscar un fundamento

Para un sector de estos autores, el problema del fundamento está unido radicalmente al de su reconocimiento y se encuentra sin resolver. La mejor forma de hacer eficaces los Derechos Humanos no consiste sólo en contar con buenos instrumentos jurídicos que los protejan, ni siquiera con un contexto socioeconómico que los posibilite, sino también con sólidos argumentos que los fundamenten¹⁷. Si nos desinteresamos de su fundamento filosófico, corremos el riesgo de vaciarlos de contenido, reduciéndoles a una simple técnica de control social¹⁸. Es, precisamente, la constante violación y negación actual de los Derechos Humanos lo que nos demuestra la falta de arraigo de estas convicciones y la necesidad de continuar dando argumentos a su favor¹⁹. Es más, se considera que es una cuestión de las que no pueden dejar impasible al filósofo y que éste no puede pasar por alto²⁰, puesto que su labor consiste en cuestionarse todos los aspectos de la realidad.

Otros autores²¹ estiman que existen cuatro tipos de razones que avallan la necesidad de fundamentar los derechos humanos. Hay razones de tipo *moral*, ya que no podemos defender los derechos humanos ni realizarlos si no estamos convencidos de que su implantación hace mejorar a los hombres y convierte en más justa a la sociedad. Hay razones de tipo *lógico*, puesto que el fundamento delimita materialmente el contenido de estos derechos. Hay razones de tipo *teórico*, dado que no se pueden elaborar teorías sobre los derechos si no se aborda su fundamento. Y hay razones de tipo *pragmático*, pues carece de sentido luchar por algo si se desconoce por qué se lucha.

Se ha llegado a diferenciar entre dos tipos de fundamentaciones: *fuerte* y *débil*²². La primera busca encontrar el argumento último que resulta

¹⁷ E. BEA PÉREZ: «Los Derechos Humanos», cit., p. 326; A. E. PÉREZ LUÑO, *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución*, Madrid, Tecnos, 1995, pp. 180-185; F. PUY, «¿Qué significa fundamentar los derechos humanos?», en *El fundamento de los Derechos Humanos*, cit., pp. 290-291 y 298; J. MUGUERZA: «La alternativa del disenso (en torno a la fundamentación ética de los derechos humanos)», en *El Fundamento de los Derechos Humanos*, cit., pp. 19-20.

¹⁸ G. PECES-BARBA: «Sobre el fundamento de los Derechos Humanos (Un problema de Moral y Derecho)», en *El Fundamento de los Derechos Humanos*, cit., p. 266.

¹⁹ A. E. PÉREZ LUÑO: *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución*, Madrid, Tecnos, 1995, p. 133.

²⁰ J. MUGUERZA: «La alternativa del disenso...», cit., p. 20.

²¹ G. ROBLES: *Los derechos fundamentales y...*, cit., pp. 12-16.

²² J. M. GONZÁLEZ GARCÍA: «Fundamento de los Derechos Humanos», en *El Fundamento de los Derechos Humanos*, cit., pp. 179-180.

irrebatible. La segunda «se limita a dar razones [...] sin ninguna pretensión de ultimidad»²³. Se constata el fracaso de las fundamentaciones fuertes que, históricamente, se han basado en la naturaleza, la evidencia o el consenso, quedándonos, en la actualidad, exclusivamente las débiles. Sólo hace falta contrastar los diversos presupuestos que se encuentran detrás del estatuto de los derechos y libertades recogidos por los distintos sistemas políticos que los reconocen, para darnos cuenta de la imposibilidad de llegar a un fundamento común y generalmente aceptado²⁴. Frente a las posturas que niegan la posibilidad de llegar a una fundamentación absoluta de estos derechos, algunos autores²⁵ mantienen que es inevitable que cualquier intento de fundamentación racional busque implícita o explícitamente llegar a un fundamento definitivo, aceptándose, sin embargo, que corre el riesgo de tener una validez provisional por contar con rechazos, discrepancias o contradicciones. Consideran que el carácter absoluto le viene por asentarse en principios a los que se les atribuye una validez actual no discutible (porque se presentan como racionalmente autoevidentes y así son reconocidos por los sujetos capacitados para pronunciarse) y que en su discurso fundamentador no pueden descubrirse inconsistencias en el momento en que se formula. Este carácter sólo se dará dentro del sistema de racionalidad ética del que se parte. Ahora bien, ello no implica que tenga eficacia excluyente, es decir no excluye que exista otra posible fundamentación absoluta dentro de cualquier otro sistema racional. De igual modo hay que constatar que sólo es posible encontrar fundamentos suficientes y válidos para un bloque o conjunto unitario de derechos (alcance sectorial de la fundamentación).

Otro sector defiende que los Derechos Humanos deben tener muchas fundamentaciones teórico-sistemáticas para poder articular las motivaciones que mejor garanticen su efectividad²⁶.

Sin embargo, parece inevitable que cualquier intento de fundamentación busque descubrir «un fundamento definitivamente resolutorio» con total capacidad de convicción. Por lo tanto, pretende ser absoluta. Pero esto

²³ *Ib.*, p. 179.

²⁴ A. E. PÉREZ LUÑO: *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución*, cit., p. 133.

²⁵ B. DE CASTRO CID: «La fundamentación de los Derechos Humanos...», cit., pp. 122-124; «La búsqueda de la fundamentación racional de los Derechos Humanos», *Persona y Derecho*, núm. 22, 1990, pp. 225-227; *Los Derechos Económicos, Sociales y Culturales (análisis a la luz de la Teoría General de los Derechos Humanos)*, León, Universidad de León, 1993, pp. 119-121.

²⁶ F. PUY: «¿Qué significa fundamentar los Derechos Humanos?, en *El fundamento de los Derechos Humanos*, cit., p. 300.



únicamente significa que su validez no está subordinada a ningún presupuesto ajeno al contexto en el que se formula. Al mismo tiempo está abierta a la posibilidad de no ser reconocida ni admitida por todos los sujetos ni en todo tiempo. Podemos decir que cualquier fundamentación tiene siempre una validez absoluta particular, no universal. De esta forma, puede darse la posibilidad de que coexistan varias fundamentaciones absolutas de los Derechos Humanos²⁷.

Pues bien, con estos u otros argumentos, la tesis que proclama la posibilidad y necesidad de fundamentar, es la predominante en nuestros días. Y, así, la mayor parte de los tratadistas de los Derechos Humanos dedica buena parte de su reflexión al tema de la fundamentación.

2. VÍAS DE FUNDAMENTACIÓN

Estudiando las diversas posturas doctrinales observamos que pueden existir muchas y variadas formas de fundamentar los Derechos Humanos. Cada una de ellas parte de presupuestos distintos e incluso opuestos, con lo que varias fundamentaciones llegarán a estar enfrentadas entre sí. Sin embargo, algunos autores han sintetizado dicha diversidad en dos vías o enfoques previos²⁸ que parecen representar las opciones posibles: 1. La vía histórico-sociológica; 2. La vía de la racionalidad teórica.

2.1 Vía histórico-sociológica

Se dice de ella que reduce su atención al contexto existencial de los Derechos Humanos. Se ocupa de dar explicación al hecho de que estos derechos sean en la actualidad un elemento esencial de las estructuras jurídico-políticas. Parte de una constatación fáctica de la realidad: los derechos están presentes en diversos ordenamientos y sistemas políticos y, por tanto,

²⁷ B. DE CASTRO CID: «La búsqueda de la fundamentación racional de los Derechos Humanos», cit., pp. 225-227.

²⁸ B. DE CASTRO CID y otros: *Problemas básicos de Filosofía del Derecho: desarrollo sistemático*, cit., pp. 213-215; «La fundamentación de los Derechos Humanos (reflexiones incidentales)», cit., p. 121; «La búsqueda de la fundamentación racional de los Derechos Humanos», cit., p. 216; *Los Derechos Económicos, Sociales y Culturales (análisis a la luz de la Teoría General de los Derechos Humanos)*, cit., pp. 107-113.

hay que dar una explicación de este hecho. Se sitúa el fundamento en la propia historia, dándole un carácter cambiante y variable.

Realmente, esta vía no busca una fundamentación sino una recopilación de datos concretos²⁹: normas, técnicas procesales de protección, etc. Se desentiende de buscar un fundamento, de la teoría general y del mismo concepto de Derecho Humano.

Estas vías resultan útiles para explicar el proceso de reconocimiento de los derechos humanos, pero no descubren o aportan los argumentos por los que resulta racionalmente exigible dicho reconocimiento, que constituye la preocupación general. No podemos detenernos en los simples datos que explican su existencia, se precisan razones que demuestren su imprescindibilidad.

Como se puede fácilmente deducir, esta línea da lugar a unos modelos de fundamentación histórico-sociológicos.

2.2 Vía de la racionalidad teórica

Esta vía se preocupa por encontrar los criterios que trascienden a ese contexto en el que aparecen los Derechos Humanos, intentando demostrar teóricamente que estos derechos han de ser un elemento indispensable de cualquier ordenación jurídica.

Este enfoque discurre en un planteamiento y metodología definidos por la racionalidad filosófica. Busca hallar los principios de razón de donde parta una argumentación rigurosa que nos lleve a aceptar que los Derechos Humanos vienen impuestos por exigencias de la propia racionalidad humana. Dichos principios deben encontrarse en un ámbito suprahistórico o supraestatal, y debe ser la propia racionalidad quien los establezca como referencias últimas de la regulación de la vida social. Esta vía debe partir de tres axiomas que actúan como principios primarios y no son susceptibles de comprobación crítica³⁰: 1. La persona humana es el valor límite de la organización social (dignidad); 2. La racionalidad/libertad es el valor constitu-

²⁹ G. PECES-BARBA habla del modelo pragmático de análisis del concepto de derechos fundamentales (*Derechos fundamentales*, Madrid, Facultad de Derecho-Universidad Complutense, 1983, pp. 23-24).

³⁰ B. DE CASTRO CID: «La fundamentación de los Derechos Humanos (reflexiones incidentales)», cit., p. 122; *Los Derechos Económicos, Sociales y Culturales (análisis a la luz de la Teoría General de los Derechos Humanos)*, cit., pp. 121-124.

tivo y rasgo diferencial del hombre (libertad); 3. Todos los hombres son básicamente iguales en cuanto a la tenencia y disfrute de la libertad, dignidad y racionalidad (igualdad). La elección de estos axiomas debe ser racional, pero no discursiva sino intuitiva. Debe estar vinculada a la aceptación de unos valores evidentes, que constituyen exigencias primarias de la existencia humana, lo que les hace inaccesibles a la revisión crítica³¹.

Un nuevo argumento que se utiliza a favor de esta vía es que los hombres buscan siempre una explicación racional de los valores, de tal modo que si carecen de ella darán escasa relevancia a éstos, no siendo generalmente admitidos³².

Por todos estos motivos, se considera que son preferibles las fundamentaciones racionales, puesto que tener su base asentada en la razón es lo que puede proporcionar una justificación absoluta y plena de la defensa de estos derechos.

Ahora bien, no podemos prescindir de las críticas que también se proyectan sobre esta vía. Para algunos la actividad racional es imprescindible para fundamentar los Derechos Humanos, pero no puede ser una razón en el aire, sólo puede serlo en la historia. Cuando nacen estos derechos, no son producto de una reflexión racional, teórica y abstracta sobre la dignidad del individuo sino una respuesta a situaciones de menoscabo concretas en las que aquél se encontraba. Toda fundamentación racional debe tener en cuenta este arranque histórico³³. También se ha mantenido que la supremacía de la razón, además de estar limitada por la experiencia, debe relacionarse con las impresiones, sensaciones e intuiciones. Se entiende que la razón no debe ser separada de la intuición, «su expresión puede o no ser racional,

³¹ Existe un consenso mayoritario en admitir los principios de dignidad, libertad e igualdad como presupuestos de los Derechos Humanos (A. E. PÉREZ LUÑO: «Sobre los valores fundadores de los Derechos Humanos», en *El fundamento de los Derechos Humanos*, cit., pp. 279-288; «Valores, ideologías y derechos humanos», en *Los Derechos Humanos cuarenta años después: 1948-1988*, Santiago de Compostela, Fundación Alfredo Brañas, 1990, pp. 89-100; V. CAMPS, «El Descubrimiento de los Derechos Humanos», en *El Fundamento de los Derechos Humanos*, cit., pp. 112-113; J. DELGADO PINTO: «La función de los Derechos Humanos...», en *El fundamento de los Derechos Humanos*, cit., pp. 138 y 144; B. DE CASTRO CID: «La búsqueda de fundamentación racional de los derechos humanos», cit., pp. 211-233; *Los Derechos Económicos, Sociales y Culturales*, cit., pp. 121-129; G. PECES-BARBA: *Los Derechos fundamentales*, cit., 1983, pp. 31-47; «Sobre el fundamento de los derechos humanos (Un problema de moral y derecho)», cit., pp. 270-276; etc.).

³² R. DE ASÍS ROIG: «Algunas notas para una fundamentación de los Derechos Humanos», en *El fundamento de los Derechos Humanos*, cit., pp. 68-69.

³³ G. PECES-BARBA: «Sobre el fundamento de los Derechos Humanos (un problema de Moral y Derecho)», cit., pp. 268-269.

pero sus fines siempre lo son, y además el actuar de los hombres se mueve en muchas ocasiones bajo esas coordenadas»³⁴.

Así pues, centraré mi reflexión en el examen más detallado de las principales líneas que ha seguido el esfuerzo teórico por fundamentar racionalmente los Derechos Humanos.

3. MODELOS DE FUNDAMENTACIÓN RACIONAL

Como ya he adelantado, los intentos por encontrar una fundamentación de los Derechos Humanos han sido muy variados y diferentes. Incluso existe discrepancia entre los autores a la hora de seleccionar y sistematizar aquellas fundamentaciones más representativas³⁵. Sin embargo, es posible agruparlas teniendo en cuenta ciertas coincidencias profundas o básicas que presentan en su intento de justificar los derechos. En aplicación de este criterio clasificatorio voy a considerar dos modelos básicos en torno a los cuales se pueden sistematizar las distintas fundamentaciones: modelo que encuentra la fundamentación en principios o criterios que están situados fuera de la organización social; y modelo que encuentra la fundamentación en principios o criterios que están situados dentro de la organización social.

A continuación voy a desarrollar el primer modelo con sus diversas manifestaciones.

3.1 Modelo que encuentra la fundamentación en criterios externos a la organización social

Este bloque incluye una notable variedad de fundamentaciones, pero, en mi opinión tales fundamentaciones deben agruparse en dos únicos tipos básicos: las fundamentaciones iusnaturalistas y las fundamentaciones axiológicas.

Ambas comparten el rasgo básico de recurrir a unas instancias que no dependen de la decisión directa o inmediata de los agentes que controlan la organización social.

Analicemos, en primer lugar, las fundamentaciones iusnaturalistas.

³⁴ R. DE ASÍS ROIG: «Algunas notas para una fundamentación de los Derechos Humanos», cit., p. 69.

³⁵ B. DE CASTRO señala las siguientes: iusnaturalismo, pactismo, utilitarismo, humanismo (*Problemas básicos de Filosofía del Derecho: desarrollo sistemático*, cit., pp. 215-223);

3.1.1 MODELO IUSNATURALISTA

En un sentido amplio podemos considerar que estas fundamentaciones ponen la raíz de los derechos en instancias objetivas. En un sentido más restringido diríamos que ponen el fundamento en el Derecho Natural. Distinguiamos dos grandes manifestaciones de las fundamentaciones iusnaturalistas de los Derechos Humanos: A) La que se desarrolló en el seno de la doctrina racionalista del Derecho Natural; B) La que se ha desarrollado más recientemente dentro del marco de un neiusnaturalismo de inspiración escolástica.

Veamos, en primer lugar, dónde pone el criterio fundamentador de los Derechos Humanos la primera de las corrientes citadas: la racionalista.

Según el iusnaturalismo racionalista, los individuos poseen en el estado de naturaleza unos derechos que la organización social y política ha de respetar. Son derechos que le corresponden al sujeto por su propia naturaleza y que, en consecuencia, tiene antes de que le sean reconocidos por el ordenamiento positivo.

Así lo proclamó su autor más reconocido: el inglés J. Locke³⁶. Para éste, en el estado de naturaleza, donde reina la paz y la concordia, el hombre goza de plena libertad e igualdad, siendo titular de unos derechos cuya

A. FERNÁNDEZ-GALIANO menciona: doctrina relativista, axiológica, lógico-sociológica, legalista, iusnaturalista (y B. DE CASTRO: *Lecciones de Teoría del Derecho y Derecho Natural*, Madrid, Universitas, 1999, pp. 555-563); G. PECES-BARBA habla de iusnaturalismo, positivismo e incorpora su postura dualista («Sobre el fundamento de los Derechos Humanos», cit., pp. 266-270; *Derechos fundamentales*, cit., pp. 18-27); A. E. PÉREZ LUÑO cita: el realismo, el positivismo y el iusnaturalismo; dentro de este último contempla: el objetivismo, el subjetivismo y el intersubjetivismo (*Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución*, cit., pp. 137-176); E. FERNÁNDEZ describe tres tipos de fundamentaciones: iusnaturalista, historicista y ética («El problema de la fundamentación de los derechos humanos», *Anuario de Derechos Humanos*, núm. 1, 1981, pp. 73-112; «Acotaciones de un supuesto iusnaturalista a las hipótesis de Javier Muguerza sobre la fundamentación ética de los derechos humanos», en *El fundamento de los Derechos humanos*, cit., p. 156); J. RODRÍGUEZ TOUBES divide todas las fundamentaciones en dos grandes grupos: fundamentaciones morales y no morales; dentro de las no morales señala: el positivismo jurídico, el realismo empirista y el racionalismo instrumental; las fundamentaciones morales las divide a su vez en: morales formales y sustantivas; dentro de las formales cita: el consenso moral, el modelo de las implicaciones lógicas de la acción, el constructivismo; dentro de las sustantivas: la fundamentación axiológica, el iusnaturalismo, el utilitarismo (*La razón de los derechos*, cit., pp. 118-302); M. DIEGO FARRELL distingue dentro de la justificación ética de los derechos humanos: teorías deontologistas, teorías consecuencialistas y teoría ecléctica («La justificación ética de los derechos humanos», *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, núm. 26/27, 1986/87, pp. 171-177).

³⁶ J. LOCKE: *Ensayo sobre el gobierno civil*, Madrid, Aguilar, 1990 y *Lecciones sobre la ley natural*, trad. M. Salguero y A. Espinosa, Granada, Comares, 1998.

defensa le viene encomendada a él mismo al no existir ninguna autoridad superior. La única finalidad con la que los hombres pactan la creación de la sociedad política, del Estado, es para garantizar a todos los individuos el pacífico goce de sus derechos. Y en caso de que ese Estado llegue a ser incapaz de cumplir esta función o se extralimite en el ejercicio de su poder, se justifica lo que Locke denomina *la llamada al cielo*, en virtud de la cual el pueblo recobra automáticamente el poder transferido y es libre de realizar un nuevo pacto. También se puede considerar en alguna manera que es la visión presente en las declaraciones de finales del siglo XVIII³⁷.

Se considera que existe un fundamento universal de los Derechos Humanos como derechos naturales y que descansa en el derecho de todo individuo a ser hombre. Para algunos autores actuales esto significa que no es un simple dato natural, sino que hay una exigencia en la naturaleza humana que va más allá de la propia naturaleza. En ésta reina la ley del más fuerte, esto excluye toda dimensión de dignidad y potencialidad (deber ser, tareas, exigencias, vocaciones). Sin el prerequisite de la libertad estas cosas carecen de sentido. Así, la palabra naturaleza se puede entender en un doble significado: fuerza o libertad. Si se admite que la «naturaleza humana» implica la libertad como un deber ser, una exigencia, una vocación, entonces los Derechos Humanos son «derechos naturales» en el sentido de que son conforme a la *vocación* de la naturaleza humana, pero son contrarios a ésta tal como nos viene dada, en la que reina el derecho del más fuerte³⁸.

La segunda de las corrientes iusnaturalistas es la denominada de inspiración escolástica. Esta fundamentación vincula los Derechos Humanos a la existencia de una legalidad u ordenamiento jurídico de carácter objetivo y, en cierta medida, trascendente que tiene una fuerza de vinculación superior a las leyes establecidas por los gobernantes. Es, según han proclamado reiteradamente algunos profesores, la única vía capaz de ofrecer una genuina fundamentación de los derechos³⁹.

³⁷ Declaración de Virginia, punto I: «Todos los hombres son por naturaleza igualmente libres e independientes y tienen ciertos derechos innatos»; Declaración de Independencia de Estados Unidos, párrafo segundo: «Sostenemos por evidentes en sí mismas, estas verdades: que todos los hombres son creados iguales; que son dotados por su creador de ciertos derechos inalienables entre los cuales están la vida, la libertad, y la búsqueda de la felicidad...».

³⁸ J. HERSCH: «Los fundamentos filosóficos de los Derechos Humanos en el contexto europeo», en A. DIEMER: *Los fundamentos filosóficos de los Derechos Humanos*, cit., pp. 147-150.

³⁹ Ver A. E. PÉREZ LUÑO: *Los Derechos Fundamentales*, cit., pp. 136-137. Aunque este autor se considera partidario del iusnaturalismo que denomina «crítico» y que veremos a continuación.

Ahora bien, las concreciones y características de esa legalidad trascendente varían de unos autores a otros. Así, por ejemplo: A. Fernández-Galiano⁴⁰ ha propugnado la existencia de una realidad metapositiva que es estrictamente jurídica y a la que debe someterse el derecho positivo. Así, los Derechos Humanos se encuentran en la dotación jurídica de todos los hombres con anterioridad a toda norma. Para L. Lachance⁴¹, en cambio, el fundamento remoto se encuentra en un principio orientador que consiste en la sabiduría y el ordenamiento eterno. J. Finnis⁴² considera, a su vez, que el fundamento se encuentra en el razonamiento práctico. Según este autor, la fundamentación de los Derechos Humanos no puede hacerse si no es definiendo los requerimientos o exigencias de esa razonabilidad en relación con los aspectos que afectan a los asuntos humanos. Esas exigencias son la fuente normativa de los derechos naturales. Los derechos humanos son aspectos del bienestar del hombre concreto.

Alguno de esos autores neoiusnaturalistas⁴³ argumenta que, puesto que un derecho implica una posición de ventaja de un sujeto respecto de una cosa u otro sujeto y la convivencia social exige que tal situación no dependa de la voluntad arbitraria de los individuos, cualquier potestad debe fundarse en una norma. Si esa facultad no es recogida por la normativa se tratará de una pretensión, un deseo, pero no de un derecho. Ante esta situación, sólo nos caben dos opciones: esa normatividad o es el ordenamiento positivo o es otra normatividad distinta. Optar por la primera supone, para estos autores, atentar contra la dignidad humana al sostener que los derechos que afectan a lo más íntimo y profundo de la persona dependen directamente de su otorgamiento por una norma positiva. Por lo tanto, habrá que optar por la segunda presuponiendo la existencia de un ordenamiento distinto al positivo y previo al mismo. Ahora bien, el neoiusnaturalismo que se propugna por este sector de la doctrina requiere algunas precisiones⁴⁴:

1. Se prefiere hablar de objetivismo jurídico, al defender la existencia de una realidad metajurídica que sirve de control del legislador;
2. Ese orde-

⁴⁰ A. FERNÁNDEZ-GALIANO: *Lecciones de Teoría del Derecho y Derecho Natural*, cit., p. 562.

⁴¹ Ver L. LACHANCE: *El Derecho y los derechos del hombre*, Madrid, Rialp, 1979.

⁴² Ver J. FINNIS, *Ley Natural y Derechos Naturales*, trad. C. Orrego Sánchez, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 2000.

⁴³ A. FERNÁNDEZ-GALIANO: *Lecciones de Teoría del Derecho y Derecho Natural*, cit., pp. 560-563.

⁴⁴ Con estas precisiones parece que se aleja de un iusnaturalismo en sentido estricto.

namiento no debe ser cerrado sino abierto a otros factores que contribuyan a atribuir a la naturaleza humana un contenido concreto; 3. Sus únicas afirmaciones dogmáticas son dos: que esa realidad metapositiva es jurídica, y que el derecho positivo debe someterse a la misma. Así, los Derechos Humanos se encuentran en la dotación jurídica de todos los hombres con anterioridad a toda norma, por lo que no pueden tener en ésta su origen. Ahora bien, se reconoce que en esa existencia previa, los Derechos Humanos gozan de dudosa eficacia.

Por otra parte, en la actualidad se ha hablado de iusnaturalismo crítico como la mejor manera de fundamentar el sistema de los Derechos Humanos. Para esta tendencia, la justificación de los derechos básicos se sitúa en una actitud intersubjetivista: reconocimiento de que la razón práctica llegue a «un consenso, abierto y revisable», acerca de dicha fundamentación⁴⁵. Consenso que recibe su contenido material del sistema de necesidades básicas que constituye su soporte antropológico. Se estima que no puede concebirse como un sistema cerrado y estático de principios absolutos situados en la esfera anterior e independiente de la experiencia (objetivismo); ni puede quedar reducido al plano de los meros deseos o intereses de los individuos (subjetivismo)⁴⁶.

El otro tipo básico de fundamentaciones que ponen la raíz de los Derechos Humanos en criterios o instancias que no dependen de la decisión inmediata de los agentes que tienen el control de la organización social está constituido por las fundamentaciones axiológicas.

3.1.2 MODELO AXIOLÓGICO

Tales fundamentaciones vinculan la justificación de los Derechos Humanos a la existencia de unos valores dotados de validez objetiva, de tal modo que los derechos no son más que la concreción de las exigencias de los valores de la dignidad, la libertad, la igualdad, la racionalidad, la capacidad para ser personas morales, etc.

Dentro de este tipo o modelo de fundamentación existen diversas posturas doctrinales. Así, H. Coing mantiene que los Derechos Humanos se basan en la exigencia moral de respetar la dignidad del ser humano como

⁴⁵ A. E. PÉREZ LUÑO: *Los Derechos Fundamentales*, cit., pp. 128-137.

⁴⁶ A. E. PÉREZ LUÑO: *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución*, cit., pp. 180-184.

persona moral⁴⁷. L. Recaséns proclama que tales derechos se fundan en principios ideales, en criterios estimativos, en juicios de valor⁴⁸.

E. Fernández y otros autores consideran que la fundamentación se encuentra en los valores morales previos a lo jurídico que se concretan en las exigencias imprescindibles para una vida digna. Conciben los Derechos Humanos como Derechos Morales. Son exigencias éticas y derechos que se tienen por el mero hecho de ser hombres. De esta forma, tienen una doble vertiente: ética y jurídica. La primera es necesaria, pero no suficiente. De su denominación como «morales» se puede deducir que su fundamentación es ética: son exigencias derivadas de la dignidad humana. La segunda es imprescindible para su auténtica realización. El término «derechos» se refiere a la radicalidad de esas exigencias y lo adecuado de su reivindicación, albergando la pretensión de incorporarse al ordenamiento jurídico. Estos derechos son anteriores a cualquier pacto, legislación o convención⁴⁹. Para que los enunciados jurídicos que otorgan los Derechos Humanos sean vinculantes deben ser conclusiones de un razonamiento práctico cuyas premisas valorativas sean extrajurídicas. Y para que sean obligatorios, dichos enunciados deben ser morales. Esta premisa es la que les otorga el fundamento⁵⁰.

Para algún autor que defiende esta postura, cualquier posición que mantenga la justificación moral de los Derechos Humanos, sólo puede hacerlo si considera que éstos son Derechos Morales. Al sostener la existencia de un Derecho Humano moralmente justificable, este derecho existirá como derecho moral con independencia de que sea o no social o jurídicamente reconocido. Se puede mantener que existen dos tipos de derechos: los derechos jurídicos y los derechos morales. Cada uno de ellos pertenece a un orden normativo diferente: el jurídico y el moral. Ambos campos contarán con derechos como correlatos de obligaciones. El mantener que no existen más derechos que los jurídicos dignifica en exceso las normas jurí-

⁴⁷ H. COING: *Fundamentos de Filosofía del Derecho*, trad. de J. M. Mauri, Barcelona, Ariel, 1961, p. 180. J. BLÁZQUEZ considera también que la «dignidad constituye [...] la piedra angular y soporte del edificio de los derechos humanos» (*Derechos Humanos y Genoma Humano*, cit., p. 53).

⁴⁸ L. RECASÉNS SICHES: *Tratado General de Filosofía del Derecho*, México, Porrúa, 1997, p. 553.

⁴⁹ E. FERNÁNDEZ: «Acotaciones de un supuesto iusnaturalista a las hipótesis de Javier Muguerza sobre la fundamentación de los Derechos Humanos», en *El fundamento de los Derechos Humanos*, cit., pp. 155-162; *La obediencia al Derecho*, Madrid, Civitas, 1987, 176-177.

⁵⁰ F. J. LAPORTA: «Sobre la fundamentación de enunciados jurídicos de Derechos Humanos», en *El fundamento de los Derechos Humanos*, cit., p. 205.

dicas, sugiriendo que los Derechos Humanos no son más que meros valores o demandas éticas sin el rango y exigencia de los derechos efectivos⁵¹.

Otros autores insertos dentro de esta corriente consideran que la pregunta fundamental se refiere a si existe y se puede conocer un sistema normativo moral no convencional en el que se puedan descubrir normas que reconocen situaciones subjetivas como las que denominamos derechos. A dicha pregunta se responde de manera afirmativa⁵².

Incluso un sector habla de una fundamentación moral-trascendental de los derechos humanos. Esta fundamentación parte de que el ser humano es constitutivamente moral y de que «la apelación a principios morales es apelación a principios últimos imposibilitados de ulterior fundamentación»⁵³. También hay quien defiende una fundamentación en valores morales históricamente concretizados y atendiendo a las situaciones concretas en las que los derechos se cumplen⁵⁴.

No puedo dejar de mencionar la fundamentación que, como una vía alternativa a otras, especialmente en las versiones del iusnaturalismo y del iuspositivismo, ha construido G. Peces-Barba⁵⁵: el llamado *modelo dualista*. Esta denominación le viene del hecho de estructurar la fundamentación de los Derechos Humanos en dos niveles complementarios (fundamentación doble): A, nivel de la Filosofía de los Derechos fundamentales; B, nivel del Derecho de los Derechos fundamentales.

En el primer nivel debe estudiarse la realidad autónoma que constituyen los valores de los Derechos fundamentales, analizando los factores sociales que han influido en su génesis y las corrientes de pensamiento que han articulado su actual contenido. La filosofía de los Derechos fundamentales tiene un fundamento suficiente: está dentro de la filosofía democrática

⁵¹ A. RUIZ MIGUEL: «Los derechos humanos como derechos morales, ¿entre el problema verbal y la denominación confusa?», en *El fundamento de los Derechos Humanos*, cit., pp. 321-326.

⁵² J. RODRÍGUEZ-TOUBES MUÑIZ: *La razón de los derechos*, p. 125. Algunos autores sostienen que «los derechos morales [...] no son tales derechos, sino que ofrecen razones para justificar la exigencia de un reconocimiento normativo determinado: para fundamentar los derechos» (J. DE LUCAS: «Una nota sobre el concepto y la fundamentación de los derechos humanos», *Doxa*, núm. 10, 1991, p. 315).

⁵³ B. ROMAN MAESTRE: «Fundamentación trascendental de la universalidad de los Derechos Humanos», *Derechos y Libertades*, núm. 5, 1995, p. 443 y ss.

⁵⁴ M. BEUCHOT: «La fundamentación de los derechos humanos como dilema moral», *Persona y Derecho*, núm. 41, t. II, 1999, pp. 29-44. Este autor denomina esta fundamentación como *iusnaturalismo analógico*.

⁵⁵ G. PECES-BARBA: «Sobre el fundamento de los derechos humanos (Un problema de moral y derecho)», cit., p. 267.

y tiene una raíz liberal y otra socialista. La liberal inspira los derechos civiles y políticos. La socialista inspira los derechos económicos, sociales y culturales. La tarea principal de esta filosofía de los Derechos fundamentales es razonar y fundamentar su propia objetividad, evitando que por apropiación lingüística o por tentaciones del Poder se construyan arbitrariamente normas que reciban el nombre de derechos fundamentales sin serlo, y constatando que existe una conciencia prácticamente universal que reconoce a la persona como un ser de eminente dignidad que se caracteriza por su razón y su libertad. Dicho reconocimiento exige que al hombre se le respete y trate como sujeto al que hay que garantizar su independencia y libertad en la sociedad.

El segundo nivel supone la inserción de los valores en normas jurídicas, configurándose los Derechos fundamentales como derechos públicos subjetivos. Supone ya la teoría jurídica de los Derechos fundamentales.

La fundamentación de los Derechos Humanos se encuentra en el primero de estos niveles, pero no es una actividad aislada. Debe conectarse con la idea de que los Derechos humanos no se completan hasta su positividad.

Se puede incluir dentro de las fundamentaciones axiológicas puesto que en la perspectiva filosófica se remite a los valores. No obstante, pesa tanto la importancia que se concede por esta corriente a la positivación de esos derechos, que se le ha tachado de iuspositivista⁵⁶. ¿Dónde se encuentra el fundamento: en el primer nivel, en el segundo o en ambos? No queda claro, por lo que es difícil vincularle a una fundamentación u otra.

Hasta aquí he presentado las diversas fundamentaciones que coinciden en poner el criterio fundamentador fuera de la organización social. Ahora voy a referirme a los modelos que encuentran la fundamentación en principios o criterios que están situados dentro de la organización social.

3.2 Modelos que encuentran la fundamentación en criterios internos a la organización social

Esta tipología acoge múltiples fundamentaciones dispares. Destacamos como más sobresalientes: la fundamentación desde las necesidades;

⁵⁶ Así lo entienden A. FERNÁNDEZ-GALIANO (*Lecciones de Teoría del Derecho y Derecho Natural*, cit., pp. 559-560) y J. RODRÍGUEZ-TOUBES MUÑIZ (*La razón de los derechos*, cit., pp. 133-143).

la fundamentación legalista; la fundamentación consensualista; la fundamentación consecuencialista.

Pero todas comparten la característica común de hacer reposar la fundamentación en algún criterio que depende de la decisión inmediata de los agentes que tienen el control de la organización social. Como consecuencia, podemos imaginar que este planteamiento, con respecto a la fundamentación de los Derechos Humanos, va a ser contradictorio con el desarrollado por los modelos anteriores.

La primera de las fundamentaciones que aparecen cobijadas dentro de este modelo es aquella que fundamenta los Derechos Humanos desde el campo de las necesidades.

3.2.1 MODELO DE LAS NECESIDADES

Este modelo sostiene que en las necesidades del ser humano se encuentra el soporte antropológico de los Derechos Humanos. Reconocer un derecho básico significa reconocer que hay que satisfacer unas necesidades ineludibles para desarrollar una vida digna. Esas necesidades constituyen el contenido de valor que informa estos derechos. El primer problema que se plantea es con respecto al propio concepto de necesidad, al ser un tanto ambiguo y difícilmente adaptarse a todas las formas que adquieren las necesidades en la vida cotidiana. Sin embargo, sí podemos encontrar unas características comunes a todas: es su no-intencionalidad; no las elegimos, aparecen en nuestra existencia. Incluso, no tiene por qué existir una razón para experimentar una necesidad. Podemos definir las como «las situaciones o estados siempre predicados de una persona y que tienen un carácter insoslayable para ella»⁵⁷. Es decir, constituyen una privación de lo que es básico e imprescindible, ocasionando un perjuicio grave para la persona que repercute en su calidad de vida. Las necesidades son entendidas como exigencias esenciales del núcleo de humanidad que iguala a todos los hombres. Así, lo primero es constatar la existencia de una necesidad y, luego, plantearse si debe ser satisfecha o no. De esta forma, nos otorgan argumentos para dar razones más fuertes que otras cuando queremos exigir su satisfacción a través del reconocimiento de un derecho. Esta fundamentación permite argumentar de manera que desde

⁵⁷ Ver A. HELLER: *Una revisión de la Teoría de las Necesidades*, Barcelona, Paidós ICE-UAB, 1996, pp. 55-82, 83-122.



la existencia de unas necesidades básicas podamos deducir unos derechos⁵⁸.

La utilidad de este modelo de fundamentación se puede encontrar por dos caminos⁵⁹: 1. Para el primero una necesidad da lugar a un derecho porque existe una conexión básica entre ellos que tiene lugar a través de los valores. Las necesidades tenidas en cuenta son aquéllas que se dirigen a algo considerado valioso. El derecho no se funda directamente en la necesidad sino en el valor. Esta primera tendencia a su vez tiene dos manifestaciones: a) se diferencia una primera fase consistente en el establecimiento de la relación entre necesidad y valor, y una segunda fase en la que se relacionan valores y derechos humanos; b) se establece la relación entre necesidades y derechos morales y a éstos como fundamento de los Derechos Humanos; 2. Para el segundo, esa relación entre necesidad y derecho está mediada por la prueba de una exigencia fuerte, pretensión que puede traducirse en derecho. Las necesidades nos aportan argumentos a favor de una respuesta jurídica a determinadas exigencias. La realización de las necesidades básicas es una condición necesaria para la supervivencia social y el desarrollo del individuo, constituyéndose así en el fundamento último⁶⁰ de los Derechos Humanos.

Otra fundamentación situada dentro del segundo modelo que estamos analizando (el que pone los criterios justificatorios dentro de la organización social) es considerada habitualmente como legalista.

3.2.2 MODELO LEGALISTA

Para esta fundamentación legalista la fuente jurídica de los Derechos Humanos en cuanto derechos está en el propio ordenamiento jurídico que los reconoce y garantiza; antes de ser incorporados a las normas positivas, no pueden ser considerados como verdaderos derechos. Así que, en última instancia, su existencia se debe al propio poder que respalda la capacidad de imposición de las normas estatales. Se afirma taxativamente que donde no hay leyes ni Estado no pueden existir derechos.

⁵⁸ A. HELLER: *Teoría de las Necesidades en Marx*, trad. de J.F. Ivars, Barcelona, Península, 1978, pp. 26 y ss; y M. J. AÑÓN ROIG: «Fundamentación de los Derechos Humanos y Necesidades Básicas», en J. BALLESTEROS (ed.), *Derechos Humanos*, cit., pp. 100-115; *Necesidades y derechos: un ensayo de fundamentación*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1994, pp. 259-322.

⁵⁹ M. J. AÑÓN ROIG: «Fundamentación de los Derechos Humanos...», cit., pp. 100-115.

⁶⁰ M. MARKOVIC: «Los fundamentos filosóficos de los Derechos Humanos», en A. DIEMER *Los fundamentos filosóficos de los Derechos Humanos*, cit., pp. 133-139.

Han defendido este modelo de fundamentación las corrientes del positivismo jurídico, desde Bentham en adelante.

Bentham⁶¹ al criticar la proclamación de los derechos naturales abstractos y permanentes que habían llevado a cabo los revolucionarios franceses en su Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, concluyó que tales derechos no eran más que un radical sinsentido, ya que donde no existen leyes ni Estado que pueda garantizar su cumplimiento, no pueden existir derechos propiamente dichos. Igualmente, han de ser incluidos en este modelo de fundamentación todos los autores que, frente a la Teoría de los Derechos Naturales, elaboraron la Teoría de los Derechos Públicos Subjetivos, así como los tratadistas que reducen los Derechos Humanos a la categoría de Derechos Fundamentales. En la actualidad, R. Vernengo⁶² se adhiere también a la tesis de que la búsqueda del fundamento de los Derechos Humanos sólo puede ser plenamente fructífera si se realiza bajo la consideración de su carácter de Derechos Públicos Subjetivos. Del mismo modo, el profesor Peces-Barba⁶³ asume un planteamiento legalista cuando afirma que sólo se puede hablar de Derechos Fundamentales cuando los valores que informan a éstos se encuentran recogidos en las normas jurídicas positivas, hasta dicho momento no se puede hablar de derechos.

El resultado que se produce al aplicar la filosofía positivista a un objeto de estudio como es el Derecho es que se restringe la materia de nuestra reflexión a una regulación jurídica concreta que se da en un momento histórico determinado (Derecho Positivo), excluyéndose toda especulación que sobrepasara los límites de la certeza que ofrece el conocimiento científico. Así, el Derecho Positivo se opone al Derecho Natural que hace referencia a un orden supraempírico e imposibilita la aplicación de los presupuestos gnoseológicos de la filosofía que estamos analizando⁶⁴.

Otro de los tipos de fundamentación que ha de ser incluido en este modelo es la fundamentación consensualista.

⁶¹ J. BENTHAM: *An introduction to the principles of Morals and legislation*, New York, Hafner Press, 1996, pp. 70 y ss.

⁶² R. VERNENGO: «Los Derechos Humanos y sus fundamentos éticos», en *El fundamento de los Derechos Humanos*, cit., pp. 327-343.

⁶³ G. PECES-BARBA: «Sobre el fundamento de los Derechos Humanos...», cit., pp. 267 y ss.

⁶⁴ L. PRIETO y otros: *Lecciones de Teoría del Derecho*, Madrid, McGraw-Hill, 1997, pp. 67-70.

3.2.3 MODELOS CONSENSUALISTAS

Este modelo incluye todas las teorías que afirman que el acuerdo o consenso de los miembros de la sociedad es el principio fundamentador de los derechos.

Podemos distinguir dos grandes manifestaciones de esta fundamentación: A) Contractualismo clásico; B) Neocontractualismo.

Para la primera el criterio fundamentador se encuentra en el Pacto que da origen a la sociedad civil y política. A través de dicho pacto el ser humano pasa del *status naturalis* al *status civilis* y por medio del mismo surgen unos derechos civiles que deben reconocerse a todos los hombres. El Estado se compromete a garantizarlos y protegerlos con sus leyes. Es la doctrina mantenida, con unos u otros matices, por algunos autores del iusnaturalismo racionalista⁶⁵.

Dentro de la segunda se dan varias corrientes que fundamentan los Derechos Humanos en un consenso racional obtenido a partir de exigencias procedimentales de una situación comunicativa ideal. Para esta manifestación los Derechos Humanos son valores intrínsecamente comunicables, es decir, expresan necesidades social e históricamente compartidas que permiten alcanzar un consenso generalizado sobre su justificación; no dependen de evidencias lógicas ni empíricas. Son las tesis defendidas, por ejemplo, por J. Habermas y K. O. Apel. Otros autores que de alguna manera se pueden considerar neocontractualistas son: J. Rawls, R. Dworkin, R. Nozick. Rawls, por ejemplo, reconoce que los principios de justicia que sustentan los derechos naturales derivan de la hipótesis de una supuesta «posición original» en la que los individuos racionales acordarían las bases sociopolíticas de su convivencia futura. Se establecen esos principios por consenso unánime, convirtiéndose en normas perpetuas para una sociedad bien organizada⁶⁶. Dworkin hablará también de un contrato general basado en una hipótesis de situación originaria⁶⁷. Y Nozick recurrirá igualmente a la figura del contrato⁶⁸. Como podemos observar, en las tesis mantenidas por estas tres líneas subyace una postura iusnaturalista: los seres humanos tienen

⁶⁵ Entre los que podemos destacar como símbolo a J. J. ROUSSEAU (*Del contrato social*, trad. Mauro Armijo, Madrid, Alianza, 1989).

⁶⁶ Es la posición mantenida por J. RAWLS: *Teoría de la Justicia*, (trad. de M. D. González), México, FCE, 1979, pp. 163 y ss.

⁶⁷ R. DWORKIN: *Los derechos en serio*, Barcelona, Ariel, 1989, pp. 234-275.

⁶⁸ R. NOZIK: *Anarchy, State and utopia*, Blackwell, Oxford, 1974, p. 198.

unos derechos naturales que son anteriores a la sociedad y a la organización política. Por ello, las podría haber considerado dentro del modelo iusnaturalista, pero creo más representativo tratarlas dentro del modelo consensual, debido a que el fundamento lo basan en la figura del contrato social que no es más que una forma de llegar a manifestar el consenso.

Por contraposición a la postura que fundamenta desde el consenso, J. Muguerza⁶⁹ pone el fundamento de los derechos en el *disenso*. Lo que hace que aparezca la necesidad de disentir no es el sentimiento de justicia sino el sentimiento de injusticia. Ante una situación injusta los individuos disienten. Este es el origen, el lugar de donde surgen los Derechos Humanos. Se está fundamentando la posibilidad de decir no a situaciones de indignidad, desigualdad o falta de libertad. Es la constatación histórica de lo que ha sido la lucha de los individuos por la conquista de los Derechos Humanos. Esta lucha ha consistido en un disenso (desacuerdo) con respecto a una situación de consenso que negaba los derechos. La ética invita a preguntarnos si hay ocasiones en que estamos moralmente obligados a desobedecer. Aquí es donde entra la fundamentación disensual de los Derechos Humanos. A través de esta tesis se está reivindicando el primado de la autonomía moral⁷⁰, pero como un paso en la dirección del primado de la razón práctica. Ahora bien, el disenso requiere la compañía de otros individuos: aquellos a los que asocia su acción y aquellos contra los que decide actuar.

Por último, voy a explicar la fundamentación consecuencialista.

3.2.4 MODELOS CONSECUENCIALISTAS

Existe un modelo ético de racionalidad que se define porque la elección entre varias opciones viene dada en atención a las preferencias y las oportunidades disponibles, teniendo en cuenta el máximo de información sobre las consecuencias y el coste de oportunidad de la elección. La conducta racional de los individuos debe tender a maximizar la utilidad. Este principio de maximización afirma que se elige la mejor alternativa de las posibles en función de algún criterio valorativo. Su idea básica es sencilla:

⁶⁹ Tesis defendida por J. MUGUERZA en el Instituto de Derechos Humanos de la Universidad Complutense de Madrid, en las Jornadas organizadas por la Fundación Tanner los días 19 y 20 de abril de 1988 [«La alternativa del disenso (en torno a la fundamentación ética de los derechos humanos)», en *El fundamento de los Derechos Humanos*, cit., p. 56; *Ética, disenso y Derechos Humanos*, Madrid, Argés, 1998, pp. 11-84].

⁷⁰ Autonomía que no es simple «autarquía».

el carácter moralmente correcto de los actos se encuentra relacionado directamente con su capacidad de producir efectos buenos. El último objetivo moral que propone es lograr los mejores resultados posibles y para ello extiende sus exigencias a todo cuanto sirva para maximizar el bien total. Así, obrar moralmente equivale a maximizar el bien. Quien hace lo que sabe que producirá peores resultados obra mal. Los Derechos Humanos deben protegerse porque ello produce mejores resultados que lo contrario⁷¹.

Dentro de las éticas consecuencialistas se encuentra el modelo utilitarista. Este modelo afirma que el fundamento de los Derechos Humanos descansa en su capacidad para contribuir a la felicidad general. Es el grado de bienestar total de todos los miembros de la sociedad el que legitima y fundamenta los Derechos Humanos. Estos derechos tienen sentido porque garantizan el disfrute de los bienes que los hombres consideran importantes para su felicidad y deben reconocerse y protegerse siempre que ello produzca mejores consecuencias que el no-reconocimiento o su violación. Ese bienestar exige que se satisfagan las necesidades más básicas de todos por igual⁷². Se puede decir que esta postura parte de tres afirmaciones centrales⁷³: 1. Los derechos protegen cosas valiosas para los hombres; 2. Estas cosas deben ser protegidas de forma equitativa; 3. El trato equitativo debe ser protegido *prima facie*. En cuanto al primer punto, se entiende por cosa valiosa aquella que tiene valor para el hombre porque responde a una necesidad real de los seres humanos. No dependen de circunstancias pasajeras, tienen su asiento en las capas más profundas de la personalidad humana. En la medida en que las personas comparten unas características generales existen necesidades igualmente generales que dan lugar a cosas generalmente valiosas, que se traducen en derechos universalmente reconocidos. Desde esta visión no se necesita que medie un consenso o pacto, en cuanto algo es valioso se convierte inmediatamente en un derecho fundamental que es preciso defender. Los Derechos Humanos son una respuesta ante las cosas que los hombres valoran para ellos mismos, respondiendo a necesidades reales que se corresponden con necesidades psico-somáticas que hace

⁷¹ G. GUTIÉRREZ: «Racionalidad consecuencialista y restricciones deontológicas», en *El fundamento de los Derechos Humanos*, cit., pp. 195-201.

⁷² B. DE CASTRO y otros: *Problemas básicos de Filosofía del Derecho: desarrollo sistemático*, cit., pp. 220-221.

⁷³ E. GUIJÁN: «Una justificación utilitarista de los Derechos Humanos», en *El fundamento de los Derechos Humanos*, cit., pp. 185-194; *Introducción a la ética*, Madrid, Cátedra, 1995, pp. 273-280.

posible identificar a determinados seres vivos como humanos. También debemos tomar en consideración que los valores no son entidades «a priori», pero tampoco son totalmente subjetivos. Al enunciar y promulgar un derecho como Derecho Humano estamos indicando que las cosas valiosas deben ser disfrutadas por los hombres. Es su servicio a las necesidades reales la tarea que los justifica y fundamenta. El segundo punto se refiere a que la defensa de los Derechos Humanos supone el presupuesto del reparto equitativo de las cosas valiosas porque dicho reparto produce un bienestar. Este bienestar implica que todos los seres humanos vean satisfechas por igual sus necesidades básicas y radicales, convirtiéndose en el fundamento último de los Derechos Humanos. Así, nos encontramos en el tercer punto en el que se mantiene que este trato equitativo es un valor *prima facie* para el ser humano porque éste desea ser tratado como igual a otro ser humano y sufre en caso contrario. Por todo lo expuesto se puede afirmar que la utilidad desplaza cualquier otro tipo de consideración para los utilitaristas.

A continuación y para finalizar, pasaré a desarrollar el tercer apartado de esta exposición: la ponderación crítica de las distintas fundamentaciones.

3. PONDERACIÓN CRÍTICA

Cada uno de los modelos citados anteriormente es objeto de diversas críticas. Voy a proceder, en este apartado, a realizar un breve recorrido por ellas.

3.1 Modelo iusnaturalista

Las fundamentaciones iusnaturalistas han recibido críticas furibundas al considerar que se trata de planteamientos totalmente idealistas que eluden el problema al afirmar que estos derechos son derechos que el hombre tiene por su propia condición de hombre, derivados de su naturaleza y anteriores al Estado. En consecuencia, esos pretendidos derechos se mantienen en el plano de los simples valores y carecen del carácter propiamente jurídico.

Por otra parte, se ha señalado también que esta fundamentación sólo tenía sentido en el momento histórico en que fue formulada por primera vez; hoy ya no se justifica, pues su explicación se agota en el ámbito de la



epistemología típica del iusnaturalismo racionalista. Quebrada ya esa epistemología se hace insostenible⁷⁴.

También se ataca el postulado en el que se mantiene que la afirmación de los derechos naturales basta para asegurar su efectividad jurídica, por no considerarla cierta al no responder a las pruebas otorgadas por la cotidiana violación de dichos derechos. Se le llega a calificar de idealismo anarquista⁷⁵.

Ahora bien, aunque no se defienda a ultranza este modelo, sí es obligatorio constatar que existe consenso a la hora de afirmar que los actuales Derechos Humanos tienen un origen iusnaturalista, apareciendo históricamente como «derechos naturales» para limitar el absolutismo desde la exigencia de unas garantías civiles, políticas y procesales basadas en argumentaciones contractualistas⁷⁶.

3.2 Modelo axiológico

Por su parte, las fundamentaciones axiológicas han recibido también diversas críticas. Entre ellas están las que llaman la atención sobre la dificultad que encuentran estas teorías para justificar el salto desde el campo de los valores al campo del Derecho tal como ha señalado Delgado Pinto⁷⁷ o la dificultad de ponerse de acuerdo acerca de cuáles son esos valores.

Dentro de las fundamentaciones axiológicas, la que caracteriza a los derechos humanos como «Derechos Morales» también ha sido criticada desde diversos puntos de vista y de forma específica. A-E. Pérez Luño le ha visto como una postura iusnaturalista más, a pesar de que sus defensores se han considerado críticos con el iusnaturalismo. En efecto, si con la expresión «Derechos Morales» se quiere significar la confluencia entre las exi-

⁷⁴ La misma Teoría de los Derechos Humanos no es más que una versión del iusnaturalismo racionalista de la Edad Moderna y que, por tanto, ha quedado obsoleta. Sólo desde posiciones iusnaturalistas se puede seguir manteniendo dicha teoría. Hay que distinguir entre el problema de los Derechos Humanos y la teoría de los Derechos Humanos. Esta teoría intenta dar una respuesta al problema de la situación jurídica del individuo desde el iusnaturalismo. Hoy habría que construir una teoría sobre el problema de la relación del individuo con la sociedad en el marco de la Teoría del Derecho (G. ROBLES, «Los Derechos Humanos ante la Teoría del Derecho», en *El fundamento de los Derechos Humanos*, cit., pp. 312-315). En este mismo sentido ver del mismo autor: *Epistemología y Derecho*, Madrid, Pirámide, 1982, pp. 199 y 282 y en general pp. 257-310.

⁷⁵ G. PECES-BARBA: *Derechos Fundamentales*, cit., pp. 18-19.

⁷⁶ I. ARA: «Los Derechos Humanos de la tercera generación en la dinámica de la legitimidad democrática», en *El fundamento de los Derechos Humanos*, cit., p. 58.

⁷⁷ J. DELGADO PINTO: «La función de los Derechos Humanos en un régimen democrático (Reflexiones sobre el concepto de Derechos Humanos)», cit., pp. 138 y 144.

gencias éticas y las normas jurídicas, se está asumiendo uno de los rasgos básicos del iusnaturalismo («el Derecho Natural implica defender que el derecho constituye una parte de la ética»). Y, además, el intento mismo de fundamentar los Derechos Humanos en un orden de valores anterior al Derecho Positivo, constituye ya una postura típicamente iusnaturalista ⁷⁸.

Pero, desde un punto de vista opuesto, se ha señalado la propia contradicción interna de la expresión «Derechos Morales» ya que parece claro que la Moral y el Derecho constituyen dos campos de normatividad netamente diferenciados. En esa línea R. J. Vernengo ha escrito que la tesis de que los Derechos Humanos son «derechos subjetivos morales» es un «hueso duro de tragar», ya que, mientras que los derechos subjetivos jurídicos son instituciones, los derechos morales no lo son. No es posible, por tanto, definir a los Derechos Humanos como Derechos Morales, puesto que los primeros son algo más que puras exigencias éticas ⁷⁹.

Para otros autores, no se pueden identificar los Derechos Humanos con los criterios éticos que determinan que sean recogidos por los ordenamientos jurídicos, ni con las disposiciones en que se plasman. Son una idea de carácter filosófico-político ⁸⁰.

Hay que reconocerle el mérito de evitar la supervaloración de las normas positivas.

Veamos a continuación las críticas que se han esgrimido ante la fundamentación desde las necesidades.

3.3 Modelo de las necesidades

Parte de la doctrina la considera como una tesis sugestiva, pero que, profundizando, resulta insuficiente ⁸¹. Puesto que las necesidades son en sí mismas simples situaciones de no-derecho que deben ser resueltas, no pue-

⁷⁸ A-E. PÉREZ LUÑO: *Los Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución*, cit., pp. 177-180.

⁷⁹ R. J. VERNENGO: «Los Derechos Humanos y sus fundamentos éticos», en *El fundamento de los Derechos Humanos*, cit., pp. 327-343. Sin embargo, hay autores que critican, a su vez, esta resistencia a admitir la existencia de unos derechos morales (C. S. NINO: «Sobre los derechos morales», *DOXA*, núm. 7, 1990, pp. 311-325).

⁸⁰ B. DE CASTRO: «La búsqueda de la fundamentación racional de los Derechos Humanos», cit., pp. 215-216.

⁸¹ J. HERRERA FLORES: *Los Derechos Humanos desde la Escuela de Budapest*, Madrid, Tecnos, 1989, pp. 86-87.

den actuar como fundamento de los derechos. El fundamento estará, por tanto, en alguna otra instancia. Por ejemplo, en el valor que subyace a la necesidad o en el principio ético que establece el deber de satisfacer determinadas necesidades. Incluso se habla de que es el desacuerdo ante la existencia de esos estados de necesidad lo que produce la construcción de los derechos humanos⁸². Pero las propias necesidades son incapaces de actuar como fundamento de los derechos. Y, si se entiende que las necesidades poseen una objetividad y una universalidad que permiten su generalización a través de la discusión racional y el consenso, entonces se entra ya en la órbita de las fundamentaciones iusnaturalistas⁸³.

Analicemos seguidamente las valoraciones críticas sobre la fundamentación legalista.

3.4 Modelo legalista

Esta postura presenta la seria dificultad de que deja en manos del poder político estatal la posibilidad de que los ciudadanos tengan o no los derechos humanos⁸⁴. Así que, en un supuesto Estado que no reconozca en su ordenamiento jurídico los mencionados derechos ¿qué podrían argumentar los individuos para reivindicar sus derechos fundamentales?

Es cierto que en la actualidad se entiende que la principal función del Estado moderno es garantizar el orden social y la seguridad jurídica y que, por tanto, la idea de unos derechos que se fundamenten en exigencias previas al ordenamiento estatal, no crearía más que inseguridad y desorden, como ya señalara Bentham. Todo Derecho se crea por voluntad del gobernante. El poder que respalda el orden jurídico es el origen de todo. Esto ha llevado a que a este modelo se le denomine también voluntarista-positivista⁸⁵. De acuerdo con esta tesis, el Poder puede otorgar cualquier contenido a la norma, con tal que la respalde con su ordenamiento. Esta consecuencia es, lógicamente, inaceptable. Se opone a esta concepción la idea de que esa norma sería verdadera norma jurídica, pero no crearía Derechos Humanos,

⁸² G. PECES-BARBA: «Sobre el fundamento de los Derechos Humanos», cit., p. 276.

⁸³ B. DE CASTRO: *Problemas básicos de Filosofía del Derecho: desarrollo sistemático*, cit., p. 218.

⁸⁴ A. FERNÁNDEZ-GALIANO: *Lecciones de Teoría del Derecho y Derecho Natural*, cit., pp. 559-560.

⁸⁵ G. PECES-BARBA: *Derechos Fundamentales*, cit., pp. 21-23.

porque los valores que aparecen como tales derechos tienen una sustantividad propia que no puede cambiar por capricho de nadie. Otra cosa es que no pueda reconocérseles eficacia hasta en tanto no se encuentren recogidos por la normatividad positiva. Para esta postura, esos valores no tienen un contenido propio ni son abstractos, genéricos, permanentes, ni se encuentran vinculados a la naturaleza humana, son creación del hombre en la modernidad, según unas condiciones dadas⁸⁶. Pero también es cierto que los derechos humanos nacieron para garantizar el reconocimiento de unos ámbitos de autonomía individual que ni el Estado ni su Derecho podían invadir en ningún momento. De modo que la fundamentación de tales derechos en el ordenamiento jurídico estatal equivale a una negación llana y directa.

Tampoco la fundamentación consensualista se ha visto libre de críticas. Veamos algunas.

3.5 Modelo consensualista

Han sido numerosas las voces que, desde credos éticos y políticos muy distantes, han proclamado que el fundamento de unos derechos que afectan al ser humano en su esencia no puede descansar en el hecho de alcanzar un mero acuerdo, ya que la simple existencia de acuerdos no es por sí sola garantía de racionalidad. Puede consensuarse tanto una situación de protección de Derechos Humanos como una situación de violación sistemática de dichos derechos⁸⁷. El consenso, por sí mismo, no funda la ética, más bien es una exigencia de ella⁸⁸.

¿Y el disenso? Tampoco parece aceptable, ya que, como ha advertido E. Garzón Valdés, el disenso, al tener un carácter negativo, está referido a un consenso previo y, por tanto, su calidad ética depende de la calidad de lo negado. Así, el disenso no es más que una situación transitoria enmarcada entre dos consensos: aquel al que se opone y aquel al que aspira a llegar.

Por otra parte, del hecho de que históricamente los Derechos Humanos hayan surgido por causa del disenso no puede deducirse que su funda-

⁸⁶ *Ibidem*, p. 22.

⁸⁷ J. MUGUERZA: *Ética, disenso y Derechos Humanos (En conversación con Ernesto Garzón Valdés)*, cit., 1998, pp. 36-43.

⁸⁸ A. OLLERO: «Consenso y disenso en la fundamentación de los Derechos Humanos», cit., p. 234.

mento resida en ese disenso. Lo único que podrá afirmarse es que el disenso ha actuado como motor del proceso de reconocimiento⁸⁹. Esta es una de las diferencias con el consenso: la actitud disidente no tiene vocación de estabilidad, tiende a autoeliminarse creando circunstancias para dejar de ser necesario. Otro aspecto que se le critica es que lo importante nunca es la negación en sí, sino lo que se niega. Igual que se mantiene que la calidad moral del consenso no puede ser referida al consenso mismo, así ocurre con el disenso⁹⁰. Otros autores defenderán, en la misma línea, que para poder sacar conclusiones de un disenso se necesita un consenso. La idea de consenso lleva consigo la del disenso⁹¹. En el momento en que varios individuos se han puesto de acuerdo en torno a lo que consideran injusto, están llevando a cabo un consenso sobre el disenso⁹².

Finalmente, la fundamentación consecuencialista presenta también una notable debilidad que ha sido agudamente resaltada por los críticos.

3.6 Modelo consecuencialista

Parece, en efecto, que una esfera tan profunda y valiosa de la personalidad como es la que queda amparada por el bloque constituido por los Derechos Humanos, no puede depender de criterios tan ambiguos, e incluso volubles como son: el de los resultados de la acción y el de la utilidad. La determinación del valor e importancia de los Derechos Humanos no puede subordinarse a los efectos que su reconocimiento produce en la sociedad o en la felicidad de los ciudadanos, ya que puede ocurrir perfectamente que los gobernantes o una mayoría social lleguen a la conclusión de que se conseguirá un mayor desarrollo, bienestar y armonía social prescindiendo de los derechos de algunas minorías o dejando de lado la preocupación por los Derechos Humanos.

⁸⁹ PECES-BARBA mantiene que cualquier intento de fundamentación racional de los Derechos Humanos debe tener en cuenta el arranque histórico desde el disenso («Sobre el fundamento de los Derechos Humanos», cit., p. 269). FERNÁNDEZ-GALIANO mantiene que «los derechos humanos no han nacido del disenso, sino con ocasión del disenso» («Carta al profesor Javier Muguerza», cit., p. 169).

⁹⁰ Posición mantenida por E. GARZÓN VALDÉS frente a las tesis de MUGUERZA (*Ética, Disenso y Derechos Humanos*, cit., pp. 85-112).

⁹¹ R. DE ASÍS ROIG: «Algunas notas para una fundamentación...», cit., p. 71.

⁹² A. OLLERO: «Consenso y disenso en la fundamentación de los Derechos Humanos», cit., p. 239.

Puede constatarse, pues, que todos los modelos de fundamentación presentan algún punto débil que es susceptible de crítica. Pero el ligero repaso que hemos hecho de todos ellos en esta reflexión pone en evidencia que algunos de esos modelos son más consistentes que otros y que, en consecuencia, tienen mayor capacidad de convicción y resultan más funcionales para construir argumentos en defensa del reconocimiento de los Derechos Humanos. Y, sobre todo, pone de manifiesto que el intento de elaborar una fundamentación racional plausible cuenta con el aval de todo tipo de razones: tanto morales, como teóricas, lógicas o pragmáticas.

