

## JURIDICIDAD Y FUNDAMENTACION DE LOS DERECHOS HUMANOS

PAULINA GOMEZ BARBOZA  
Magister en Derechos Humanos

### I. LA CUESTION DE LA JURIDICIDAD

En términos generales, la polémica sobre la juridicidad de los derechos humanos consiste en determinar si dada la múltiple naturaleza de su objetivo, constituido no sólo por categorías jurídicas sino también por categorías de valor, puede este discurso pertenecer al mundo del Derecho en tanto normatividad propiamente jurídica, o si por el contrario, su tratamiento ha de ser exclusiva y excluyentemente materias de otras áreas del saber, en tanto en cuanto, los derechos humanos no serían una normatividad jurídica sino moral, e incluso, no serían prescripciones de ningún tipo sino simples idearios políticos, caso en que los mismos deberían ser objeto, por ejemplo sólo de la Etica, de la Política o de la Teoría Económica, pero no del Derecho.

En términos más concretos, la polémica se centra en averiguar hasta qué punto el discurso de los Derechos Humanos está regido por principios jurídicos o por principios de otro tipo y, hasta qué punto y en qué medida puede hablarse con rigor de derechos humanos como una categoría jurídica.

La polémica entonces hace relación central al concepto mismo de derechos humanos, a la dificultad que existe para determinar su concepto merced de la importancia constituyente que tienen en su definición tanto las categorías normativas cuanto las valorativas. Problema de definición que se acrecienta, además, porque se sitúa en el campo de una polémica fundamental, que es la del iusnaturalismo versus positivismo.

Constituyen modelos de conceptualización de los derechos humanos o formas de entenderlos que como tales tercián en la polémica de la juridicidad de los mismos, contribuyendo a aclarar o a confundir su carácter jurídico, los siguientes:

De un lado, las posiciones positivistas. Estas pueden ser bien de carácter unilateral, bien de corte voluntarista.

Las posiciones positivistas de carácter unilateral estiman que son derechos humanos sólo aquellos que como tales son incorporados en un ordenamiento positivo, negando con ello todo carácter jurídico a las demás manifestaciones no positivizadas de la teoría.

Las posiciones positivistas de corte voluntarista, por su parte, también postulan que son derechos humanos sólo aquellos que como tales son incorporados en un ordenamiento positivo como voluntad del poder, pero sólo en tanto emanaciones de esa voluntad cualquiera sea su contenido. De ello resulta que no sólo se niega todo valor jurídico a las demás manifestaciones no positivizadas de la teoría, sino que también se desconoce el contenido axiológico propio de los derechos humanos.

De otro lado, tercián en la polémica sobre la juridicidad de los derechos humanos, en tanto modelos de conceptualización de los mismos, las posiciones iusnaturalistas.

Estas, ya en su expresión tradicional de derechos naturales ya en su nueva manifestación como derechos morales, conciben los derechos humanos como categorías de valor con carácter jurídico propio, es decir, independientemente de su consagración positiva. Como resultado de estas posiciones iusnaturalistas los derechos humanos aparecen doblemente debilitados. Por una parte, se les desconoce su faceta jurídico positiva restándole con ello su más evidente base de juridicidad. Por otra parte, se niega el fin trascendental de su faceta axiológica. Los derechos humanos no pueden obrar como categorías de valor informadoras de la legitimidad del derecho positivo tendiendo a su transformación, toda vez que, en tanto derechos naturales constituyen en sí mismo legalidad vigente.

Obviamente, también existen posturas escépticas que no sólo desconocen una u otra faceta de la realidad de los derechos humanos sino que niegan validez y sentido total al concepto mismo de estos derechos<sup>1</sup>. Así

---

<sup>1</sup> Cuando se habla de proceso sin sujeto o cuando se niega que el hombre pueda ser perspectiva válida para las ciencias sociales se está negando el fundamento último de los derechos fundamentales, que es la conciencia de la dignidad del hombre y de la necesidad de crear unas condiciones sociales que hagan posible su libertad. Buen ejemplo de estas posturas escépticas es M. Foucault cuando dice: "A todos aquellos que quieran aún hablar del hombre, de su reino o de su libera-

como también existen posturas pragmáticas que se ocupan exclusivamente del análisis de las técnicas positivistas, especialmente procesales de protección de los derechos humanos, sin interesarse por la Teoría General, concepto o fundamento de los mismos. Sin embargo, tales modelos no tienen importancia aquí en relación a la polémica de la juridicidad dado su carácter negativo que no ofrece hipótesis alguna sobre lo que son los derechos humanos.

Ahora bien, una vez reseñadas las principales posturas que tercián en la polémica que tratamos, hay que decir que desde nuestro punto de vista es más clarificador desechar las posturas unilaterales tanto de corte positivo como de corte iusnaturalista en tanto en cuanto ambas postulan una visión exclusivista y excluyente de los derechos humanos. En virtud de ella los mismos sólo pertenecerían al campo del Derecho positivo en desmedro de su faceta axiológica, tanto general como jurídica, o bien, sólo pertenecerían al mundo de la Ética entendida en un plano indistinto con el Derecho, en desmedro de la noción de derecho positivo y de la real vigencia y eficacia de los derechos humanos. Luego volveremos más detenidamente sobre esto.

En lugar de estas posturas se considera más riguroso, clarificador y fructífero enfrentar esta polémica de la mano de la realidad asumiendo un punto de vista integral de los derechos humanos, visión que implica sostener una concepción *dual* de los mismos acorde con su realidad política, social e histórica<sup>2</sup>.

Pues bien, conceptualizar los derechos humanos en forma dual significa sostener que ellos son tanto categorías propiamente jurídicas como categorías de valor.

---

ción; a todos aquellos que plantean aún preguntas sobre lo que es el hombre, sobre su esencia; a todos aquellos que quieren partir de él para tener acceso a la verdad; a todos aquellos que en cambio conducen de nuevo todo conocimiento a las verdades del hombre mismo; a todos aquellos que no quieren formalizar sin antropologizar, que no quieren mitologizar sin desmitificar, que no quieren pensar sin pensar también que es el hombre el que piensa; a todas estas formas de reflexión torpes y desvariadas no se puede oponer otra cosa que una risa filosófica, es decir, en cierto modo silenciosa..." FOUCAULT, *Las palabras y las cosas. Una arqueología de las ciencias humanas* (México 1968), página 333.

<sup>2</sup> Principal sostenedor de la concepción dual de los derechos humanos es el doctor Gregorio PECES-BARBA MARTINEZ. Ver, por ejemplo, su obra *Los Derechos Fundamentales* (Madrid 1980). Críticas a esa concepción pueden encontrarse en FERNANDEZ GALEANO, *Derecho Natural. Introducción Filosófica al Derecho*. (Madrid 1974) 2, p. 151; DIAZ, en *Sistema 7* (1974), p. 156.

En virtud de las primeras, los derechos humanos se constituyen como Derecho positivo y, por tanto, tienen un *fundamental* y evidente carácter jurídico.

En virtud de las segundas, los derechos humanos se constituyen tanto en categorías de valor que informan la legitimidad del Derecho positivo vigente como en paradigmas de Derecho positivo futuro, o lo que es lo mismo, como categorías de valor con pretensiones de llegar a constituir Derecho vigente. En tal sentido, los derechos humanos tienen un carácter jurídico *tendencial*.

En estos términos, que implican reconocer a los derechos humanos un carácter fundamental y tendencialmente jurídico, ha de entenderse lo que sería el objeto dispéense lo redudante de la expresión- de un *Derecho* de los derechos humanos. Derecho de carácter integral que estudia tanto la perspectiva normativa como la perspectiva axiológica específicamente jurídica de los derechos humanos.

Ahora bien, en tanto estas categorías de valor que forman parte de los derechos humanos tienen un contenido específico propio, poseen una objetividad apoyada básicamente en la historia, su valor ético no sólo tiene efectos en el mundo del Derecho, según veíamos como sistema de legitimidad del derecho positivo vigente y como paradigmas de Derecho futuro, sino que el contenido ético de los derechos humanos también afecta a muchas otras parcelas de la realidad (a lo antropológico, lo social, lo político, lo económico, etc.). En tal sentido, entonces, los derechos humanos son realidades fundamental y tendencialmente jurídicas, pero no exclusiva o excluyentemente jurídicas.

En estos términos hay que entender el objeto de los que sería una *Filosofía* general de los derechos humanos. Así, el mundo del Derecho no tiene por qué verse invadido por reflexiones ajenas a su campo si se distingue y respeta la distinción entre la dimensión axiológica general de los derechos humanos que compete a lo que es la Filosofía de los derechos humanos y la dimensión axiológica, específicamente jurídica, de los mismos que atañe a lo que es el Derecho de los derechos humanos en el marco de la Filosofía jurídica.

Hecha la salvedad, dejamos toda consideración sobre la Filosofía General de los derechos humanos y nos abocamos sólo a su dimensión jurídica.

En el ámbito de la dimensión jurídica de los derechos humanos, no asumir un concepto dual de los mismos, de la mano de la realidad, conlleva el riesgo de cometer los errores que hoy reflejan las distintas posturas tanto de conceptualización cuanto de fundamentación de los derechos humanos. Errores que, básicamente, se condensan en los

unilateralismos, de un lado, jurídicos en las posturas positivistas, de otro lado, valorativos de las posturas iusnaturalistas o moralistas.

Así, las confusiones más graves que se introducen hoy en el discurso de los derechos humanos y que se sitúan en el centro de la polémica sobre su juridicidad, se introducen por desconocer algunas de las perspectivas que presenta la realidad jurídica de los derechos humanos: bien su faceta normativa o jurídico-positiva, bien su faceta valorativa o jurídico-filosófica.

Por un lado, en relación con la perspectiva valorativa de los derechos humanos, los errores se generan tanto por desconocer el contenido axiológico general de todo Derecho, como se hace desde posturas positivistas de carácter unilateral y pseudoneutral, tanto por desconocer el contenido axiológico específico de los derechos humanos, como sucede en el seno de posiciones positivistas-voluntaristas.

Por otro lado, se yerra en relación con la perspectiva normativa de los derechos humanos, bien porque se exclusiviza este aspecto desde posturas pragmáticas, bien porque se desconoce otorgando a los derechos humanos valor como tales derechos independientemente del Derecho positivo. Postura sostenida tanto por quienes defienden que estos derechos son derechos naturales como por quienes sostienen que son derechos morales que tienen valor jurídico con independencia de su inclusión en el Derecho positivo. Veamos más detenidamente estos errores:

En efecto, desde posiciones positivistas de carácter unilateral y pseudoneutral, el error que se comete es desconocer la faceta axiológica general de todo Derecho.

A partir de ellas, se niega la juridicidad a la teoría de los derechos humanos no sólo porque parte de sus manifestaciones no logran aún positivación sino que, también, porque se reduce el mundo del Derecho, en general, al Derecho objetivo, a la sola normatividad y así, al amparo de un pseudoneutralismo axiológico, se estima inadmisibile la inclusión de valores en el mundo del Derecho como resultado de una separación tajante, que no distinción, entre Derecho y Moral. Como resultado de ello, se niegan los aspectos axiológicos y fácticos que tiene todo Derecho, aspectos de los que se ocupan respectivamente la Filosofía y la Sociología jurídicas. No obstante que sólo por medio de su consideración es posible lograr la realización plena del Derecho. El Derecho no sólo ha de existir sino que además ha de ser justo y eficaz si quiere alcanzar su plena realización.

Una concepción normativa aislada, pura, a la manera del formalismo kelseniano<sup>3</sup> es imposible y por tanto criticable en cualquier campo del Derecho. Más aún en éste donde es fundamental una concepción del mundo y de la vida, una ética, unos valores que luego se formalizan y cristalizan en normas jurídicas y en derechos subjetivos fundamentales. Todo Derecho es un punto de vista sobre la Justicia, como dice Legaz<sup>4</sup>, o referencia a valores, como afirma Recasens<sup>5</sup>. De modo que es imposible entender plenamente cualquier Derecho, más el Derecho de los derechos humanos, analizando sólo su contenido normativo sin referencia a su contenido valorativo, a las razones o fines de esas normas, a la idea de justicia que se pretende realizar. No puede entenderse Norma y Valor si no es una inescindible unidad dialéctica. Por lo mismo, la crítica hecha a la juridicidad de los derechos humanos a partir del positivismo unilateral pseudoneutral no es atendible.

Por otro lado, desde posturas positivistas-voluntaristas se comete, a su vez, el error de desconocer el contenido axiológico, ya no general de todo Derecho, sino que en este caso el específico y propio de los derechos humanos, admitiéndose, por tanto, la juridicidad normativa o positiva de los derechos humanos pero una vez que se les ha vaciado de su contenido axiológico específico convirtiéndoseles en meras categorías formales vacías de un contenido propio.

En efecto, el positivismo-voluntarista afirma que los derechos humanos son los que decide la voluntad del poder, aquellos que, cualquiera sea su contenido, se designan como derechos fundamentales del hombre por una norma jurídica regularmente establecida. Así, el Derecho de los derechos humanos se crea por la voluntad del gobernante con independencia de su contenido. Con ello, se pretende ignorar el valor ético específico y concreto de los derechos humanos. El mismo, no es abstracto ni genérico, sino un contenido axiológico específico que es creación del hombre en la historia moderna en unas condiciones sociales, económicas, culturales y políticas dadas. Merced de tales condicionamientos históricos, el Derecho de los derechos humanos posee un valor real, una finalidad propia que es servir al desarrollo de la dignidad humana, valor que no es posible desconocer sino es en términos voluntaristas y ahistóricos. Y posee también este

---

<sup>3</sup> KELSEN, *Teoría General del Derecho y del Estado* (México 1969).

<sup>4</sup> LEGAZ Y LACAMBRA, *Filosofía del Derecho* (Barcelona 1961) p. 288.

<sup>5</sup> RECASENS SICHES, *Iusnaturalismos Actuales Comparados* (Madrid 1970).

Derecho técnicas de organización propias para conseguir esos fines, desde las libertades civiles y políticas hasta los derechos económico, sociales y culturales.

Pues bien, comentadas las principales cuestiones sobre juridicidad que plantean las concepciones positivistas de los derechos humanos veamos qué ocurre del lado de las concepciones iusnaturalistas:

Desde planteamientos tanto iusnaturalistas<sup>6</sup> cuanto moralistas<sup>7</sup>, que no son más que nuevas formas iusnaturalistas, se comete el error contrario al que hemos venido señalando en torno a las posiciones positivistas. Esta vez, el yerro consiste no ya en desconocer el contenido axiológico de los derechos humanos, sino que en priorizarlo, si no exclusivizarlo. Lo que, en principio, genera dos efectos negativos: Primero, confunde los planos del Derecho y de la Moral haciendo de ellos un solo discurso que los asimila en desmedro de la noción de Derecho positivo. Ello, en definitiva, no hace más que restarle a los derechos humanos su carácter jurídico más evidente, el que deviene de su positivación. Y segundo, otorgar valor jurídico a categorías de valor que realmente no lo tienen. Razón de más para que se critiquen las concepciones de los derechos humanos y, lo que es más grave, terreno abonado para las posiciones que a partir de ellas niegan juridicidad a la teoría de los derechos humanos pero que en el fondo esconden un intento de marginación de los mismos.

Así pues, la afirmación iusnaturalista que los derechos humanos son derechos que el hombre tiene por su propia condición de hombre, como despliegues de su naturaleza, derivados de ella y por consiguiente anteriores al Estado, y la afirmación neo-iusnaturalista que los derechos humanos son derechos morales derivados de determinados principios éticos que asisten al hombre en razón de su dignidad e independientemente de su positivación, son postulados que adolecen del mismo vicio: otorgar valor jurídico a los derechos humanos sólo por el hecho de ser manifestaciones de Derecho Natural o exigencias éticas sin necesidad de que estos derechos tengan que ser reconocidos por el Derecho positivo.

Tal afirmación genera los siguientes inconvenientes. Primero: Impide que los derechos humanos tengan una real validez y vigencia sin un acto positivo de inclusión en el sistema jurídico, realizado por el poder, en

---

<sup>6</sup> Ver, por ejemplo, PEREZ-LUÑO, *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución* (Madrid 1986); RECASEN SICHES (n. 5).

<sup>7</sup> Ver, por ejemplo, FERNANDEZ, *Teoría de la Justicia y Derechos Humanos* (Madrid 1984); NINO, *Ética y Derechos Humanos* (Buenos Aires 1984).

tanto según estas posturas no lo necesitan. Así, los derechos humanos serían Derecho pero no tendrán la faceta normativa, positiva, propia de todo Derecho, y por ende, tampoco gozarían de un sistema organizado de coacción para su protección. Segundo: Se impide el fin más trascendental de su faceta axiológica. Los derechos humanos no podrían tener efecto crítico sobre la legalidad vigente en tanto ellos mismos constituyen Derecho vigente. Por tanto no podría haber una axiología de los derechos humanos. Y, tercero: Se les enmarca en una concepción puramente idealista, merced de la cual los derechos humanos tendrían una existencia separada de la realidad social con la que no requerirían ser contrastados. Por tanto, los derechos humanos serían Derecho pero careciendo de la perspectiva fáctica de todo derecho como hecho social, como una realidad con consecuencias para los hombres, los grupos sociales y el Derecho. A su respecto, la sociología jurídica no tendría nada que decirnos.

El carácter antagónico y excluyente con que han tratado el tema de los derechos humanos y han presentado su concepto, tanto las posturas positivistas como los diferentes modelos iusnaturalistas, quizás haya sido una de las más importantes dificultades del debate científico actual sobre derechos humanos.

Además, como hemos visto, este carácter antagónico y excluyente de ambas ha introducido, consciente o inconscientemente, no pocas confusiones y oscuridades en el seno de la polémica sobre la juridicidad de los mismos.

Sin embargo, como dijimos al comienzo, creemos que es posible arrojar luz sobre esta polémica y romper la infructuosidad de los polos iusnaturalistas-positivistas si nos oponemos a planteamientos antagónicos y excluyentes y asumimos una visión más completa e integral que, por un lado, reafirme la distinción, que no separación, entre la norma y el valor, entre el Derecho y la Ética, y por otro, consecuentemente con lo anterior, sostenga el carácter fundamental y tendencial que no exclusivamente jurídico de los derechos humanos para asumir en definitiva una concepción dual de los mismos.

La concepción dual de los derechos humanos nos lleva, a su vez, a distinguir entre el tratamiento filosófico del tema y el tratamiento jurídico del mismo. Y, entrados en el tratamiento jurídico de los derechos humanos, nos obliga a desarrollarlo con carácter tridimensional: tanto como Derecho vigente por medio de la Dogmática jurídica, como Derecho justo

a través de la Filosofía jurídica y como Derecho eficaz por obra de la sociología jurídica.<sup>8</sup>

Como acertadamente apunta Peces-Barba "el Derecho de los derechos humanos como todo Derecho no se puede entender plenamente sin analizar su contenido normativo, es decir, el conjunto de normas dotadas de coacción organizada, su contenido valorativo, es decir, las razones o fines de esas normas, la idea de justicia que se pretende realizar y, por fin, su repercusión y origen social"<sup>9</sup>.

"El recto entendimiento de los derechos del hombre en su concepción jurídica tridimensional a la luz de una concepción filosófico-jurídica es muy importante para superar las dificultades que en estos primeros pasos toda realidad jurídica nueva y por consiguiente, todo análisis científico nuevo, produce", añade el mismo autor<sup>10</sup>.

## II. EL PROBLEMA DE LA FUNDAMENTACION

A la luz de las distinciones que promueve la concepción dual de los derechos humanos es fácil situar con toda claridad dentro de la filosofía jurídica la otra gran polémica, además de la de su juridicidad, que se plantea en torno a los derechos humanos. Me refiero al problema de su fundamentación.

La concepción dual de los derechos humanos no sólo nos permite ubicar este problema dentro de la Filosofía Jurídica -cuestionando con ello fundamentos meramente positivistas, simplemente históricos o sociológicos- sino que también nos ayuda a hacer una distinción inicial importante: la tarea de fundamentación puede tener dos sentidos, reflejando así la doble naturaleza de los derechos humanos.

En un sentido, la fundamentación puede referirse a la faceta normativa de los derechos humanos, a su *ser* positivo. En tal caso será materia de la ontología jurídica.

En otro sentido, la fundamentación puede hacer relación a la faceta valorativa de los derechos humanos, a su *deber ser*. Ocasión en que será

---

<sup>8</sup> Una visión completa y sistemática sobre el tema general de los posibles tratamientos científicos de los Derechos Humanos puede encontrarse en CASTRO CID, *Dimensión Científica de los Derechos del Hombre*, en *La Enseñanza de los Derechos Humanos* (Valparaíso 1992), pp. 145-211.

<sup>9</sup> PECES-BARBA (n. 2), página 79.

<sup>10</sup> PECES-BARBA (n. 2), página 80.

objeto de la axiología jurídica.

Así, la búsqueda del fundamento puede orientarse a explicar por qué los derechos humanos son elemento inicial de las actuales estructuras jurídicopolíticas, o puede orientarse a demostrar por qué los mismos *deben ser* elemento básico de la ordenación jurídica.

Ahora bien, parece evidente que lo que preocupa más generalmente en este ámbito no es saber por qué y cómo han llegado los derechos humanos a ser incorporados a los textos positivos, sino más bien el descubrir las razones o argumentos por los cuales resulta racionalmente exigible que tales derechos sean reconocidos.

De este modo, y sin por ello desconocer el valor propio del primer enfoque, ha de quedar claro que al hablarse aquí de fundamentación de los derechos humanos se quiere significar aquella tarea racional orientada a descubrir las bases del deber ser de estos derechos.

Fundamentar los derechos humanos consiste, pues, en develar los principios éticos que hacen racionalmente necesario su reconocimiento por el Derecho. Por tanto, es una tarea que ha de ser desarrollada en el ámbito de la valoración ético-jurídica, de la axiología jurídica.

Sentadas las bases de lo que se entiende en nuestra hipótesis de trabajo por tarea de fundamentación, referiré algunas cuestiones que me parecen claves de esta labor. Las mismas se estiman premisas necesarias e ineludibles de un trabajo serio y riguroso de fundamentación, entendida ésta como tarea ético-jurídica.

Tales premisas son:

Primero: El necesario carácter racional que han de tener los discursos que se construyan para fundamentar los derechos humanos desde un punto de vista ético-jurídico.

Segundo: La necesidad de incluir en estos discursos racionales unos axiomas como presupuestos fundamentales o iniciales del discurso; y

Tercero: La validez que puede tener la fundamentación ético-jurídica y su carácter no excluyente.

Explicaré sumariamente cada una de estas aseveraciones.

En primer lugar, se debe tener presente que cuando se dice que la tarea de fundamentación de los derechos humanos pertenece al mundo de la axiología jurídica, desde ya se está optando por una vía de fundamentación. Por aquella que se considera más acorde con la doble naturaleza de los derechos humanos, que es fundamental y tendencialmente jurídica, pero no excluyentemente jurídica.

En efecto, afirmar que el problema de fundamentación es materia de axiología jurídica implica optar desde un principio por la vía de la fundamentación *ética* de los derechos humanos, desechando otras vías como la

iusnaturalista, la positivista, la histórica, la sociológica, etc.<sup>11</sup>. En este sentido, se afirmaba en un comienzo que fundamentar los derechos humanos consiste, desde nuestra hipótesis de trabajo, en develar los principios éticos que hacen racionalmente necesario su reconocimiento por el Derecho.

Ahora bien, si la afirmación y defensa de los derechos humanos ha de basarse en determinadas categorías de valor, es absolutamente necesario que sea *racional* el discurso que pretenda elevar tales categorías de valor como puntos de apoyo y referencias últimas de los derechos humanos. Y ello es así en tanto el discurso racional es el único capaz de establecer, consistentemente y de un modo susceptible de comprobación crítica, que tales derechos son una derivación lógica de tales principios.

En este sentido, fundamentar los derechos humanos consiste en argumentar racionalmente la existencia de ciertas razones lógicas que hacen surgir en la generalidad de los hombres (al menos en la generalidad de los hombres que actúan racionalmente) el convencimiento de la actual necesidad ineludible de reconocer y garantizar al disfrute de estos derechos.

De este modo, cuando falta el elemento racionalidad o cuando el sistema de racionalidad construido adolezca de inconsistencia, de modo tal que no resista una comprobación crítica, se tornará muy dudosa la viabilidad de la postura de fundamentación de que se trate<sup>12</sup>.

En segundo lugar, es claro que la fundamentación ético-jurídica no podrá desarrollarse, ni siquiera podrá iniciarse, si no se asumen algunos principios o presupuestos fundamentales que tengan carácter de axiomas. Tales principios, en tanto axiomas, en tanto verdades claras y evidentes que no necesitan demostración, quedan fuera de la discusión y pueden obrar como base del discurso racional. A partir de ellos, habrá que establecer que es lógica la existencia de los derechos humanos y que es necesario su reconocimiento y protección.

---

<sup>11</sup> Para ilustrar las diferentes posturas de fundamentación de los Derechos Humanos se pueden consultar las siguientes obras generales: PEREZ-LUÑO (n. 8); MUGERZA Y OTROS, *El Fundamento de los Derechos Humanos* (Madrid 1989).

<sup>12</sup> En GOMEZ, *Utilitarismo y Derechos Humanos* (Tesina de especialización en Derechos Humanos). Instituto de Derechos Humanos. Facultad de Derecho. Universidad Complutense de Madrid (1989), se puede encontrar un análisis crítico tanto de las posturas éticas utilitaristas clásicas de J. BENTHAM y J.S. MILL como de las diferentes posiciones éticas liberales defensoras de la noción de Derechos individuales representadas por J. RAWLS, R. NOZICK y R. DWORKIN.

Pues bien, la doctrina predominante en la actualidad parece concluir inexorablemente en un tipo de fundamentación racional, en la que se asuman como punto de partida, al menos, estos tres axiomas. Primero: la afirmación de que el hombre, la persona, es el valor límite de la organización social. Segundo: el reconocimiento de que la racionalidad/libertad es el valor constitutivo y el rasgo diferencial del hombre en cuanto tal. Y tercero: la aceptación de que todos los hombres son básicamente o esencialmente iguales en cuanto a la tenencia y disfrute de la dignidad, la racionalidad y la libertad.

Obviamente, estos axiomas son un dato del actual sistema vital humano. Por qué la mayoría de los hombres actuales tienen la creencia arraigada en estos axiomas y no en sus contrarios es un problema de historia cultural. Mas ese problema no afecta ni al contenido ni a la eficacia de los mismos. Salvo que se piense, motivadamente, que tales convicciones son producto de una racionalidad humana natural, hay que afirmar que estos axiomas pueden ser sustituidos por otros dentro de las convicciones o creencias básicas de los hombres. Sin embargo, esta permanente y conatural posibilidad no erosiona ni su importancia ni su actual validez.

En tercer lugar, debemos referirnos a la validez de la fundamentación ético-jurídica y su carácter no excluyente.

El tema de su validez dice relación directa con uno de los más importantes problemas de la fundamentación: la posibilidad o imposibilidad de un fundamento absoluto para los derechos humanos.

Al respecto, ha llegado a ser un tópico en la teoría general de los derechos humanos la tesis que sostiene que ni se puede encontrar ni existe el fundamento absoluto. De modo que, en términos generales, la doctrina asume que ninguna postura racional de fundamentación puede tener valor absoluto.

No obstante, conviene aclarar el sentido con el que se utiliza a estos efectos el término *absoluto*. Con él se quiere significar un absoluto-universal, vale decir, se quiere expresar que ningún fundamento racional podrá resolver por sí solo el problema de la fundamentación de todos y cada uno de los derechos humanos, hacerlo con validez permanente y con capacidad de convicción respecto de todos los hombres que actúan racionalmente. Ese es el sentido del término *absoluto*: la imposibilidad del fundamento universal, del fundamento total.

Ahora bien, ello no es más que la consecuencia lógica del carácter intrasistemático que tiene toda fundamentación racional. No se puede pretender la validez universal de unos planteamientos que se construyen en un determinado sistema de racionalidad. O, lo que es lo mismo, no se puede pretender la validez universal de propuestas que se apoyan en unos

determinados axiomas, en virtud de los cuales se define y cierra el respectivo sistema de racionalidad.

Sin embargo, si bien el fundamento ético-jurídico de los derechos humanos no puede tener, por su propia constitución, un carácter absoluto en sentido universal, sí puede tener validez absoluta en sentido parcial, es decir, dentro del sistema de racionalidad ética dentro del cual se formula, en tanto no presente inconsistencias en su discurso a la luz de un análisis crítico.

Por ello, es posible sostener que esta vía de fundamentación presenta importantes ventajas para ir alcanzando acuerdos parciales sobre la fundamentación de los derechos humanos con base en la racionalidad-crítica. Si toda fundamentación ético-jurídica consistente tiene validez absoluta en sí misma, es posible construir una serie de fundamentos racionales para los derechos humanos.

Por último, hay que afirmar que así como el carácter intrasistemático de toda fundamentación racional determina su validez absoluta parcial, así también determina su carácter no excluyente.

La fundamentación racional de los derechos humanos no es excluyente y, por tanto, es perfectamente posible que coexistan diferentes planteamientos que afirmen y defiendan los derechos humanos, tanto desde diferentes posturas éticas como a partir de diferentes principios dentro de posturas éticas similares<sup>13</sup>. Ello, sin duda, es otro punto a favor de la fundamentación ética de los derechos humanos. No iusnaturalista, ni meramente positivista o simplemente histórica o sociológica. Siempre y cuando, como es obvio, tal diversidad de posturas éticas se manifieste en diferentes principios fundadores o en las maneras distintas de presentarlos racionalmente, y no, en un diverso, subjetivo o arbitrario contenido valórico de los derechos que se tratan de fundamentar. Ello resulta evidente si recordamos que los derechos humanos tienen un contenido específico propio que no es transable, si no olvidamos que poseen una objetividad apoyada básicamente en la historia, que no es posible desconocer.

---

<sup>13</sup> Buena muestra de esta posibilidad son los esfuerzos de fundamentación recogidos en MUGERZA Y OTROS (n. 11).