

ACOTACIONES DE UN SUPUESTO IUSNATURALISTA
A LAS HIPOTESIS DE JAVIER MUGUERZA
SOBRE LA FUNDAMENTACION ETICA
DE LOS DERECHOS HUMANOS

Eusebio Fernández

Es convincente el profesor Francisco Laporta cuando, en su trabajo reciente («Sobre el concepto de derechos humanos», revista *Doxa*, número 4), ha señalado:

«Empieza a detectarse en la literatura especializada una cierta alarma ante la creciente abundancia y no infrecuente ligereza de las apelaciones a los derechos humanos. No sólo se han multiplicado y diversificado hasta grados de concreción sorprendentes los venerables derechos del hombre y del ciudadano, sino que se dan por sentados derechos de contenido social y económico cada vez más minucioso y se anuncia todavía el nacimiento de una nueva "generación" de derechos relacionados con cosas tales como las nuevas tecnologías o la conservación del medio ambiente natural.»

Las ideas expuestas en el texto anterior no tendrían sentido, y menos aún en un trabajo sobre el concepto y fundamentación de los derechos humanos elaborado por un ciudadano y profesor que ha dado suficientes muestras de creer en y defender los derechos humanos, si estuvieran escritas en un contexto histórico y social con recursos políticos, jurídicos y económicos más que suficientes para satisfacer, más o menos plenamente, las distintas necesidades humanas que se incluyen dentro de la reivindicación de los derechos humanos. Pero, es evidente que ése no es el caso. Nuestra vida transcurre en situaciones muy diferentes y con grandes diferencias entre unas sociedades y otras. La escasez de recursos suficientes para todos los seres humanos, una mala distribución de ellos, las desigualdades en poder, capacidades intelectuales y físicas, riquezas, situaciones de favor y méritos, los conflictos continuos, las arbitrariedades del poder político, el mantenimiento de los intereses egoístas por parte del que tiene algún tipo de poder o privilegio, etc., son el hecho normal. De ahí que, salvo que de forma casi inmediata pudiéramos convertir semejante situación de mediocridad y miseria en el paraíso, nos veamos obligados a

elegir, prudente y moralmente, qué necesidades son las más radicales y las más fáciles de satisfacer de acuerdo con un concepto adecuado de la naturaleza humana y de su dignidad y qué prioridades deben ser establecidas.

La construcción de una fundamentación o justificación y de un concepto apropiado de los derechos humanos tienen que ver bastante con esa tarea de elección y de establecimiento de prioridades. Puestos ante el reto de elegir, parece necesario hacerlo en compañía de la suposición del profesor Laporta de que «cuanto más se multiplique la nómina de los derechos humanos menos fuerza tendrán como exigencia, y cuanto más fuerza moral o jurídica se les suponga, más limitada ha de ser la lista de derechos que la justifiquen adecuadamente».

Escribo bajo la idea de que la fundamentación ética y el concepto de los derechos humanos como derechos morales facilitan mejor nuestra tarea que la fundamentación iusnaturalista tradicional y la mera dimensión positivista-historicista de este asunto.

Voy a desarrollar esta fundamentación y el concepto de derechos morales en una serie de propuestas, siguiendo en varias ocasiones el método de acotaciones al texto originario del profesor Muguerza.

PROPUESTAS

1. *Los derechos humanos fundamentales son derechos morales*

Como he señalado en otro lugar (*Teoría de la Justicia y Derechos Humanos*, Ed. Debate, Madrid 1984, pág. 107), «los derechos humanos aparecen como derechos morales, es decir, como exigencias éticas y derechos que los seres humanos tienen por el hecho de ser hombres y, por tanto, con un derecho igual a su reconocimiento, protección y garantía por parte del poder político y el Derecho; derecho igual, obviamente basado en la propiedad común a todos ellos de ser considerados seres humanos, y derecho igual de humanidad independiente de cualquier contingencia histórica o cultural, característica física o intelectual, poder político o clase social».

Me interesa insistir en que la fórmula «derechos morales» incluye la doble vertiente ética y jurídica, además de advertir que la vertiente ética es absolutamente necesaria, pero no suficiente, mientras que la vertiente jurídica (su positivación) es muy deseable y necesaria desde el punto de vista de su auténtica realización. El calificativo «morales» va dirigido a su justificación o fundamentación ética, a las exigencias históricas derivadas de algo tan abstracto, tomado en general, pero a la vez tan objetivable, en cada caso concreto, como la idea de dignidad humana; a la autonomía, la seguridad, la libertad y la igualdad como posibilidades de un desarrollo adecuado de esa idea de dignidad, universal a todos los seres humanos. El sustantivo «derechos», además de referirse a la radicalidad de esas exigencias y a lo adecuado de su reivindicación, alberga la pretensión de verse incorporados al ordenamiento jurídico internacional y nacional, es decir, de aparecer, paralelamente, como derechos

jurídicos. De lo anteriormente expuesto se deriva que los derechos humanos fundamentales, entendidos como derechos morales, pueden encontrarse en una de las tres situaciones siguientes:

A) Los derechos morales pueden ser exigencias morales aún no reconocidas jurídicamente, pero que cuentan a su favor con importantes y fuertes razones de orden moral y político que hacen especialmente deseable su positivación y esa es su pretensión.

En esta situación estarían, por ejemplo, exigencias de distinto orden, reivindicadas por grupos minoritarios, que no encuentran su acomodo dentro de un sistema democrático por motivos originados en que sus reglas de juego internas están dominadas por el criterio de las mayorías, a las cuales aún no han podido convencer de lo justo de sus pretensiones o en relación con las cuales aquellas (las mayorías) permanecen impermeables. La desobediencia ética y la desobediencia civil justificadas, lo mismo que la objeción de conciencia aún no reconocida en determinadas situaciones se encontrarían en momentos similares.

B) Los derechos morales pueden estar reconocidos jurídicamente, pero con un reconocimiento insuficiente para posibilitar su auténtico ejercicio, debido tanto a motivos técnico-jurídicos o garantías particulares de política legislativa como a barreras propias de las estructuras socioeconómicas dominantes.

Esta es la situación en la que se encuentran, en el plano de los textos internacionales en materia de derechos humanos como en los textos nacionales (v. gr., nuestra Constitución), gran parte de los derechos económicos, sociales y culturales. No me olvido que el problema aquí reflejado es muy complejo y que entran en juego planteamientos ideológicos, políticos y de modelo de sociedad, además de razones basadas en prioridades, en posibilidades efectivas y de prudencia legislativa.

C) Los derechos morales pueden estar reconocidos jurídicamente y contar con garantías generales y particulares suficientes para su efectivo ejercicio, es decir, tratarse de derechos jurídicos plenos.

Esta es la situación propia —con matizaciones, objeciones e insuficiencias, pero normalmente aceptable— de los derechos de autonomía, de seguridad jurídica y de las libertades cívicas y políticas dentro del contexto de las sociedades de tradición liberal-democrática.

Es evidente que todos los derechos morales posibles, que se reivindiquen justificadamente dentro de las tres situaciones, son auténticos derechos humanos fundamentales, como es también evidente que la situación C) es la ideal y que es preferible la situación B) a la situación A).

2. *Los derechos humanos así entendidos tienen poco que ver con su presentación como derechos naturales en el sentido tradicional.* Solamente es intercambiable la noción de derechos morales con la de derechos naturales si éstos se ajustan a una serie de requisitos (derechos naturales como pretensión de juridicidad, derechos naturales como control, fundamento y revisión o vigilancia de los derechos jurídico-positivos, etc.) y a un concepto de Derecho natural abierto, no dogmático, funcional (el profesor A. E. Pérez Luño se ha

referido a él y a nuestras coincidencias en varias ocasiones) y entendido como ética jurídica, como Derecho justo o Derecho correcto.

Por ello, estando de acuerdo con la primera de las «hipótesis» del profesor Muguerza, no puedo decir lo mismo de la segunda, cuando escribe: «Está claro, en tal caso, que aquellas exigencias tan sólo admitirían ser reputadas de “derechos” en la metafórica acepción en que lo hace el iusnaturalismo, una de cuyas variantes ha dado lugar en nuestros días a su confundente denominación como “derechos morales”.»

3. *No creo que exista nada especialmente «confundente» en la denominación «derechos morales»,* por mucho que les pese al profesor Muguerza y a los profesores Gregorio Peces-Barba (*Los valores superiores*, Ed. Tecnos, Madrid, 1984, pág. 110, nota 43) y Antonio Fernández-Galiano (*Derecho Natural. Introducción filosófica al Derecho*, Ed. Ceura, Madrid, 1986, pág. 279).

La formulación «tengo derecho a» está plenamente asumida en el lenguaje cotidiano, y no encuentro verdaderas objeciones para que no pueda ser utilizada en el lenguaje académico de la filosofía moral y la filosofía jurídica para referirse tanto a la reivindicación de meras exigencias morales y de exigencias morales con pretensión de juridicidad como a las ya plenamente integradas en el ordenamiento jurídico como derechos jurídicos. Además tengo la impresión de que la formulación «tener derecho a», al igual que en el caso de otros conceptos jurídicos como «deber», «obligación» o «responsabilidad», tiene un claro e irrenunciable origen y componente moral, aunque su utilización dentro del lenguaje jurídico especializado haya logrado cierta autonomía o independencia.

Por todo ello, quiero insistir en que la denominación de «derechos morales» encaja perfectamente con los hoy considerados como derechos humanos fundamentales y que su utilización es legítima, pues, como ha señalado el profesor Juan Ramón de Páramo, «la expresión “tengo derecho a” juega un importante papel en ámbitos no jurídicos, y no veo razones suficientes para usar esta expresión de modo exclusivo en los discursos jurídicos —en los discursos del Derecho y en los discursos sobre el Derecho—». («El concepto de Derecho: Una introducción bibliográfica», en *Anuario de Derechos Humanos*, número 4, Madrid, 1986-87.)

4. *El fundamento de los derechos humanos es previo a lo jurídico* y debe ser buscado en los valores morales que los justifican y sirven para reivindicarlos, los cuales responden y son una «abstracción» (si se me permite el término) de una dimensión antropológica básica, constituida por las necesidades humanas más fundamentales y radicales para una existencia digna. En otro lado (*Teoría de la Justicia y derechos humanos*, cit. pág. 106) ya ha quedado señalado por mi parte que «la fundamentación ética o axiológica de los derechos humanos fundamentales parte de la tesis de que el origen y fundamento de estos derechos nunca puede ser jurídico, sino previo a lo jurídico. El Derecho (me refiero siempre al Derecho positivo) no crea los derechos humanos. Su notable labor, sin la cual el concepto de derechos humanos no tendrá plena

efectividad, está en reconocerlos, convertirlos en normas jurídicas y garantizarlos también jurídicamente».

Mi propuesta, por consiguiente, sobre este punto, es que se puede y debe separar teóricamente el plano de la fundamentación y el plano de la positivación de los derechos humanos. Además, la defensa de los derechos humanos no se agota en su reconocimiento jurídico, pues la amplitud del concepto de derechos morales otorga mayor dinamicidad y adecuación a las necesidades humanas y sociales frente a la normal y algunas veces justificada, pero poco, lentitud del Derecho.

De todo lo anteriormente expuesto se puede concluir que no tengo ninguna objeción especial en relación con las «hipótesis» 3, 4 y 5.

5. *Los derechos morales nacen como respuesta a las necesidades humanas más importantes,* necesidades que son básicas y se configuran o desarrollan históricamente.

La fundamentación ética de los derechos humanos tiene esto muy en cuenta, pero sitúa en planos distintos el tema del estudio del origen histórico de los derechos humanos y de cada derecho en particular del tema de la fundamentación. Existe una explicación histórica de los derechos humanos, pero no existe una fundamentación histórica o historicista de los citados derechos. Además, la variabilidad histórica de los derechos humanos se detiene ante los derechos más básicos, como los derechos a la vida y a la integridad física y moral, pues sin un contenido invariable de las exigencias básicas que protegen sería superfluo hablar de derechos humanos fundamentales. A partir de ellos comienza a desarrollarse el tema de los derechos morales, antes no.

En un trabajo reciente (Sobre el puesto de la Historia en el concepto de los derechos fundamentales, en *Anuario de Derechos Humanos*, núm. 4, Madrid, 1986-1987) el profesor Peces-Barba mantiene las ideas de que «los derechos fundamentales son un concepto histórico del mundo moderno» y de que «la dimensión histórica es imprescindible para entender el sentido de los derechos fundamentales», al mismo tiempo que rehúsa situarse en una fundamentación historicista (pág. 220). Creo que tiene razón por lo que respecta a la segunda y tercera ideas; en cambio, respecto a la primera, considero que se le puede objetar que lo que es un concepto histórico propio del mundo moderno es el propio concepto de derechos fundamentales (en el bien entendido de que en su origen histórico se habla de derechos naturales) pero en ningún caso los valores que se protegen y amparan en él. El mismo lo reconoce cuando refiriéndose a mi tesis de que la fundamentación ética de los derechos humanos «se concreta en torno a exigencias que consideramos imprescindibles como condiciones inexcusables de una vida digna, es decir, de exigencias derivadas de la idea de dignidad humana», señala que «hay que añadir inmediatamente que esas exigencias derivadas de la idea de dignidad humana sólo se plantean desde el punto de vista de los derechos fundamentales en el mundo moderno, en un contexto político, social, económico y cultural que sirve de catalizador, en torno a diversos problemas, tolerancia, límites del poder y humanitarismo en el campo penal y procesal, y con una evolución hasta nuestros días que sólo se entiende situada en la historia» (pág. 221).

Respecto a su acusación, en el mismo trabajo, de confusa a la expresión «derechos morales», ya que «utilizar el término Derecho para realidades morales, sin inclusión en el Derecho positivo, sin constituir normas válidas es puro iusnaturalismo» (pág. 222), me remito a lo expuesto en las propuestas 2 y 3.

6. Los derechos morales no son producto de ningún contrato

Me parecen acertadas y convincentes las objeciones que el profesor Muguerza hace a N. Bobbio y a la idea habermasiana de la «Comunidad ideal de la comunicación» en las «hipótesis» núms. 6, 7 y 8. El ilustre profesor italiano no distingue suficientemente entre los temas propios de una fundamentación de los derechos humanos y la aceptación más o menos universal que representa la Declaración de 1948. Respecto a las ventajas de una ética comunicativa creo que son evidentes, siempre que se tenga en cuenta que no solucionan el tema del fundamento, sino la posibilidad de aceptación universal de los argumentos a favor del o de los fundamentos de los derechos humanos. La necesidad de aceptación general de las razones a favor de los derechos fundamentales es una necesidad que se centra en el consenso generalizado acerca de sus argumentos, por tratarse de necesidades universalizables a todos los posibles afectados por formar parte de la idea de humanidad. Si las necesidades y exigencias que integran los derechos humanos son intersubjetivas, las razones y los argumentos a su favor también lo pueden ser, pero ello no da una solución adecuada al porqué de los derechos humanos.

Las decisiones contractuales, el modelo de legitimidad contractual como legitimidad de origen de un sistema jurídico-político, sirven para elaborar el mejor marco para la realización de los derechos humanos, pero no para crearlos.

Me remito a lo expuesto, frente, por ejemplo, a lo desarrollado por el profesor Luis Prieto en su trabajo «Ideología liberal y fundamentación iusnaturalista de los derechos humanos. Observaciones críticas» (en *Anuario de Derechos Humanos*, núm. 4, cit., págs. 291 y sigs.), en mi libro sobre la *Obediencia al Derecho*, respecto a los requisitos de una teoría contractual de la justicia. Allí se señala «si los derechos morales son previos al contrato, esto quiere decir que son anteriores a cualquier legislación o convención, incluida la que aquí se considera la más legítima y que es la democrática. Si los derechos morales son previos al sistema democrático, ello quiere decir también que los derechos morales tienen prioridad axiológica sobre la democracia. Aunque un sistema democrático se caracteriza generalmente, y entre otros rasgos, por el respeto a los derechos morales de los individuos, lo anterior quiere decir, como última conclusión, que pierde justificación, por injusta, cualquier decisión o disposición tomada democráticamente que atente contra los derechos morales de las personas. Los derechos morales funcionan, así, como límites a priori del contrato y como control a posteriori de la democracia. La última conclusión no expresa desconfianza en la democracia, sino más bien tomarla en serio, como una forma de organización política de la convivencia de los ciudadanos, que materializa los contenidos morales de auto-

mía, libertad e igualdad» (*La obediencia al Derecho*, Ed. Cívitas, Madrid, 1987, págs. 176 y 177).

7. *La lucha por los derechos humanos fundamentales* como derechos morales es, al mismo tiempo, la lucha por el mantenimiento, profundización, ampliación y perfeccionamiento de los derechos humanos ya reconocidos y garantizados y la lucha contra un statu quo consensuado cuando éste es injusto.

Creo que tiene razón el profesor Muguerza cuando escribe en su «hipótesis» 9 que «ante tanta insistencia en el “consenso” —fáctico o contrafáctico— acerca de los derechos humanos, quizá vaya siendo hora de reparar en que la fenomenología histórica por la conquista de estos últimos, bajo cualquiera de las modalidades conocidas, ha tenido bastante más que ver con el “disenso” de individuos y grupos de individuos respecto de un consenso antecedente —de ordinario plasmado en la legislación vigente— que les negaba esa su pretendida condición de sujetos de derechos». Hay que tener en cuenta que la reivindicación de derechos morales se ha visto creada por el disenso y a su vez es creadora de disenso. El consenso tiene más que ver con el statu quo, y salvo que nos encontremos satisfechos de lo existente, el disenso ha sido, es y debe seguir siendo el motor de la historia de los derechos humanos.

8. Lo que el profesor Muguerza denomina «fundamentación negativa» o disensual de los derechos humanos no es una fundamentación, sino un intento de explicar la génesis de los derechos humanos.

El texto del profesor Muguerza dice así: «Mi pregunta, así, pues, vendría a ser la de si no extraeremos más provecho de un intento de “fundamentación negativa” o disensual de los derechos humanos, un intento, esto es, de “fundamentación” desde el “disenso”, que de su consabida fundamentación positiva o consensual.»

Pues bien, la denominada por él «fundamentación negativa» o disensual no es una verdadera fundamentación, sino el dato antropológico o social previo a partir del cual pretendemos elaborar buenas razones que sirvan como fundamentación de los derechos humanos, con la pretensión de que los otros seres humanos las acepten y lograr así un consenso racional e intersubjetivo sobre la importancia de que esas necesidades, exigencias y reivindicaciones se conviertan en derechos jurídicos. Por ejemplo, no creo que tenga mucho sentido fundamentar el derecho a la libertad religiosa argumentando las guerras de religión y los intentos de buscar soluciones que las hicieran innecesarias, y sí argumentando a su favor desde la perspectiva de la necesaria tolerancia y de la autonomía y libertad de conciencia como valores a proteger jurídicamente.

CONCLUSION

Para finalizar, y en coincidencia de base con las «hipótesis» 11 y 12, sólo añadir que la historia de los derechos humanos ha sido, es y posiblemente será la historia de disensos y consensos, de relaciones de poder, de retóricas no

A
creídas, buenos deseos, pretensiones sinceras, triunfos de la razón pero también de la revolución, entre otras cosas. La reflexión sobre una fundamentación de los derechos fundamentales que olvide la historia será irremediablemente una fundamentación vacía. Una fundamentación ética adecuada debe rechazar las injusticias del pasado y del presente con la mirada puesta en la justicia del futuro. No sé si esa justicia por realizar debe ser «desde abajo», como la llamara E. Bloch y nos recuerda el profesor Muguerza, o «desde arriba»; me gustaría que fuera «desde ahora», favoreciendo, por el momento, a los de abajo, pero sin olvidar, por razones de justicia y para prevenir y no tener que lamentar a posteriori, a los de arriba. Unos y otros pueden pretender, fraudulentamente, un ejercicio exclusivo de los derechos humanos, olvidándose de que se trata de derechos universales, para todos, y fundamentales, solamente realizables y efectivos si se crean e imponen deberes simultáneos, también para todos.