

¿DERECHOS FUNDAMENTALES O DERECHOS FUNDAMENTADOS?

JAVIER SÁNCHEZ SÁNCHEZ (*)

SUMARIO: INTRODUCCIÓN. I. ¿QUÉ ES FUNDAMENTAR DERECHOS?.-II. LAS FUNDAMENTACIONES IUSNATURALISTAS: *El reduccionismo naturalista moderno. El reduccionismo del derecho natural clásico. El reduccionismo impropio de los derechos morales.*-III. PROBLEMAS DE LAS FUNDAMENTACIONES IUSNATURALISTAS: *La falacia naturalista. El Trilema de Fries. La negación de validez abstracta.*-IV. LAS FUNDAMENTACIONES POSITIVISTAS: *El positivismo jurídico. El realismo. El racionalismo instrumental.*-V. LOS PROBLEMAS DE LAS FUNDAMENTACIONES POSITIVISTAS: *La paradoja de la positivación. La insuficiencia. La desaparición de la fundamentación. La incoherencia de la fundamentación dualista.*-VI. LAS FUNDAMENTACIONES INTERSUBJETIVAS: *Las fundamentaciones de la ética discursiva y la teoría de las necesidades. Las implicaciones lógicas de la acción. El constructivismo ético.*-VII. PROBLEMAS DE LAS FUNDAMENTACIONES INTERSUBJETIVAS: *La autoexclusión participativa. El imperativo del disenso. El carácter ambiguo de las necesidades. La falta de profundización. El carácter prudencial de la fundamentación internacional.*-VIII. CONCLUSIÓN.

(*) Letrado de la Asamblea de Madrid.

INTRODUCCIÓN

Un problema al que con carácter previo ha de enfrentarse todo aquel que quiera acercarse desde el ámbito jurídico al estudio de la fundamentación de los derechos humanos es el de la escasa atención que al mismo se dedica tanto en la doctrina científica iuspublicista como en las disciplinas que integran los planes oficiales de estudio de las facultades de Derecho (1). Y ello a pesar de tratarse de una cuestión que, si en un principio puede parecer etérea y vaporosa, a la postre se manifiesta de muy relevante utilidad en la actividad práctica de unos profesionales determinados que, como por ejemplo los Letrados de Parlamentos, en el diario desarrollo de su actividad han de enfrentarse en el seno de Ponencias y Comisiones —en los intersticios de las decisiones legislativas— con problemas que trascienden el ámbito del puro derecho positivo y planean sobre los campos colindantes de la ética y la moral, en torno a la legitimación del legislador para iniciar, regular o perfilar en mayor o menor medida, políticas generales que pueden colisionar con el ejercicio de determinados derechos de los ciudadanos. En estas circunstancias, la solidez de las respuestas que

(1) Un proyecto serio y riguroso para paliar esta carencia es el iniciado en el Instituto de Derechos Humanos «Bartolomé de las Casas» de la Universidad Carlos III de Madrid, a través de la encomiable actividad desplegada en el ámbito docente, científico y divulgativo, especialmente centrada, por lo que al tema interesa, en la impartición del Doctorado en Derecho: «Programa de Derechos Fundamentales» —distinguido por el Ministerio de Educación y Ciencia como «Doctorado de Calidad»— en uno de cuyos cursos, impartido por el Director del Instituto, Profesor RAFAEL DE ASÍS ROIG, se despertó el interés del autor de estas líneas por el conocimiento y estudio de la materia.

se ofrezcan estará directamente relacionada con el conocimiento de las diferentes posiciones que se mantienen en torno a la fundamentación de los derechos y a los problemas que afectan a las mismas.

Y si por ello, el estudio y análisis del concepto y fundamento de los derechos humanos se presenta sumamente interesante a efectos del asesoramiento técnico-jurídico dentro del procedimiento legislativo, adquiere no menor relevancia si lo conectamos con la determinante función de delimitación real y concreta de derechos que, día a día, realizan los Jueces y Tribunales en la aplicación de las leyes, y en su papel constitucional de garantes ordinarios del sistema de libertades públicas y derechos fundamentales.

Este breve ensayo, con la mejor voluntad y los limitados conocimientos del autor, pretende ofrecer una panorámica general, necesariamente resumida y actualizada de las modernas teorías que desde diversas perspectivas y diferentes planteamientos abordan los problemas de la fundamentación de los derechos humanos, así como las vías y cauces bibliográficos adecuados para profundizar en el conocimiento concreto de los aspectos que el lector considere más atractivos; solicito por ello del lector que amablemente me sepa disculpar al no poder ofrecer todas los enriquecedores detalles y matices de cada una de las propuestas fundamentadoras que aquí se expondrán (2).

Nuestro estudio ha de partir del hecho cierto de que el concepto de los derechos humanos en la cultura jurídica occidental de nuestros días está impregnado de nociones y elementos que abogan casi instintivamente por su reconocimiento, garantía y protección en los distintos ordenamientos jurídicos, siendo, en efecto, muy similares los diversos catálogos de derechos que constituyen la parte dogmática del

(2) El esquema que se sigue es, lógicamente, tributario del utilizado en su actividad docente por el Profesor RAFAEL DE ASÍS ROIG, al que manifiesto expresamente mi reconocimiento y gratitud por la gentileza demostrada al supervisar, criticar y corregir estas páginas, que precisamente gracias a su intervención alcanzan un valor añadido de garantía y seguridad científica que en modo alguno podía proporcionar la exclusiva participación del autor. Se ha tomado también en consideración, de modo principal la reciente y magnífica obra del Profesor de la Universidad de Compostela, JOAQUÍN RODRÍGUEZ-TOUBES MUÑIZ, *La razón de los derechos*, que será objeto de numerosas citas; sin olvidar las aportaciones que, sobre las fundamentaciones intersubjetivas, se toman de los múltiples y valiosísimos trabajos del Profesor ANTONIO ENRIQUE PÉREZ LUÑO, Catedrático de Filosofía del Derecho de la Universidad de Sevilla.

constitucionalismo continental de posguerra. Pero tal vez, las múltiples argumentaciones que se dan por supuestas a favor de la existencia de tales catálogos son, en cierta medida, desconocidas y, aún más, susceptibles de ser formuladas de forma divergente y hasta contradictoria para dar así cabida a concepciones e interpretaciones distintas, erráticas y hasta incompatibles. El componente voluntarista en el ámbito de los derechos humanos es particularmente relevante; en efecto, la misma expresión «derechos humanos» se acompaña de una enorme carga emotiva que, si de un lado contribuye indudablemente a fortalecer los sentimientos de adhesión y defensa, de otro puede originar algún distanciamiento inconsciente respecto a la necesidad del estudio científico y sereno de su fundamentación jurídica. Así señala el profesor PECES-BARBA que «a veces se puede tener la sensación de que muchos activistas de los derechos humanos no saben muy bien lo que quieren decir al usar esa palabra o la usan entre sí con diferentes sentidos, con acentos incluso contradictorios en contenidos parciales. La irrupción de los medios de masas, prensa, radio y televisión, de la comunicación con transmisión de mensajes de hecho y de opinión, y con un alcance universal, ha potenciado también esta dialéctica de confusión» (3).

En este breve ensayo nos limitaremos a apuntar algunos de los problemas que se han planteado los filósofos del derecho en su solitaria y meritoria tarea para intentar proporcionar una fundamentación adecuada a la existencia, reconocimiento y protección de los derechos fundamentales, término éste que se utilizará en adelante por considerarlo más apropiado para englobar las distintas significaciones que en el concepto se contienen (4).

I. ¿QUÉ ES FUNDAMENTAR DERECHOS?

Se trata de una pregunta esencial para el tema que nos ocupa, pues la respuesta o respuestas que se ofrezcan determinarán necesi-

(3) PECES-BARBA MARTÍNEZ, G., *Curso de Derechos Fundamentales. Teoría General*, Ed. Uni. Carlos III-BOE, Madrid, 1995, pág. 22.

(4) *Vid.* PECES-BARBA, G., *Curso de derechos...*, citado, págs. 22-38, y PÉREZ LUÑO, A., *Los derechos fundamentales*, Tecnos, Madrid, 1984, pág. 51. Sobre problemas terminológicos ver también RODRÍGUEZ-TOUBES MUÑOZ, J., *La razón de los derechos*, Tecnos, Madrid, 1995, pág. 27, y FERNÁNDEZ, E., *Teoría de la Justicia y Derechos Humanos*, Debate, Madrid, 1984, pág. 108.

riamente el procedimiento a seguir y los resultados que con el mismo se pretendan obtener.

JOAQUÍN RODRÍGUEZ-TOUBES MUÑIZ (5) señala que «fundamentar los derechos humanos es ofrecer razones que expliquen, respecto a un ordenamiento jurídico, o bien por qué se han reconocido o bien por qué deben ser reconocidas (por qué debieron serlo las que lo están y por qué deben serlo las que no lo están) las garantías así determinadas».

Por su parte, PECES-BARBA (6), desde su particular visión «integral», pone de manifiesto la inexcusable conexión entre el concepto y el fundamento de los derechos al indicar que «cuando hablamos de derechos humanos estamos refiriéndonos, al mismo tiempo, a una pretensión moral justificada sobre rasgos importantes derivados de la idea de dignidad humana, necesarios para el desarrollo integral del hombre, y a su recepción en el Derecho positivo, para que puedan realizar eficazmente su finalidad»; en este sentido continúa señalando que «el fundamento responde al *porqué* de los derechos humanos y se sitúa principalmente en el primer rasgo señalado, la pretensión moral justificada; y el concepto, en una visión dinámica y no solamente estática, aunque la presuponga, responde al *para qué* de los derechos humanos, y se sitúa principalmente en el segundo rasgo señalado, la recepción de esa pretensión moral en el Derecho positivo».

En la misma línea de concepción dualista de los derechos, LUIS PRIETO SANCHÍS (7) entiende que fundamentar derechos consiste en «mostrar razones que imponen o respaldan el deber moral de su reconocimiento jurídico».

Para el profesor BENITO DE CASTRO CID (8) se trata de realizar una «fundamentación racional o discursiva orientada al descubrimiento de las bases del deber ser de los derechos, es decir, de los principios

(5) RODRÍGUEZ-TOUBES MUÑIZ, J., *La razón de los derechos*, Tecnos, Madrid, 1995, pág. 83.

(6) PECES-BARBA, G., *Curso de derechos...*, citado, págs. 102-103.

(7) PRIETO SANCHÍS, L., *Estudios sobre derechos fundamentales*, Ed. Debate, Madrid, 1990, pág. 17.

(8) DE CASTRO CID, B., «La fundamentación de los derechos humanos (Reflexiones incidentales)»; en la obra colectiva de MUGUERZA, J., y otros, *El Fundamento de los Derechos Humanos*, Ed. Debate, Madrid, 1989, pág. 121.

morales que conducen a la conclusión de la necesidad racional del reconocimiento de los derechos, y no a la aclaración de las bases del ser o existencia de esos derechos».

Por último, EUSEBIO FERNÁNDEZ (9) afirma que «la indagación sobre la fundamentación de los derechos del hombre se refiere al problema de buscar una justificación racional (ni emotiva, ni intuitiva...) a dichos derechos».

En función de lo anterior no parece arriesgado afirmar que el problema de la fundamentación de los derechos se centra en la búsqueda de elementos racionales que justifiquen el paso de enunciados extrajurídicos a normas jurídicas. Más conflictivo se presenta el intento de definir qué ha de entenderse por argumentos racionales como instrumento válido para el trasvase entre sistemas; de aceptarse un concepto laxo de razón equiparable a «razonable», prácticamente cualquiera de las técnicas fundamentadoras que a continuación estudiaremos cumplirá los requisitos exigidos; si, por el contrario, seguimos esquemas conceptuales del tipo de los de HOERSTER cuando afirma que «las normas y valores serían fundamentados en forma racional si se pudiera admitir que forman parte de la realidad, pues en ese caso podrían ser conocidos y servir de base a proposiciones verdaderas (10), muy posiblemente tendremos que concluir que ninguna de las teorías fundamentadoras hasta ahora formuladas supera el listón.

Si nos situamos en parámetros de científicidad más evolucionados del corte de los defendidos por la «teoría de la falsabilidad» de K. R. POPPER (11) en el sentido de considerar científicas aquellas hipótesis que, con independencia de su eventual verificación empírica, puedan ser objeto de refutación, es decir, sean falsables, entonces podremos apuntar que tal característica sí es predicable de alguno de los tipos de propuestas fundamentadoras (como, por ejemplo, las fundamenta-

(9) FERNÁNDEZ, E., *Teoría de la justicia...*, citado, pág. 82.

(10) HOERSTER, N., «Rechtsethik ohne Metaphysik», en *Juristenseitung*, 16/4/82, núm. 8 (versión castellana, *Ética jurídica sin metafísica*), *Derecho y Filosofía*, Ed. E. Garzón Valdés, Barcelona, Alfa 1985, traducción de C. SANTIAGO NINO, págs. 111-134.

(11) POPPER, K. R., *La Lógica de la Investigación Científica*, Ed. Tecnos, Madrid, 1994, págs. 75-88.

ciones morales (12) formales basadas en la lógica implícita a los procesos de razonamiento y comunicación, como luego estudiaremos).

Como vemos, el problema de la fundamentación no es sencillo, pues en torno a él se ciernen cuestiones que afectan no sólo a la justificación de los derechos, sino a las consecuencias de su reconocimiento; en este sentido ya señalaba el profesor RAFAEL DE ASÍS que «la propuesta sobre el fundamento de los derechos humanos exige tanto realizar una reflexión ética respecto a valores como adentrarse en consideraciones sobre qué tipo de poder y de Derecho son los que en mayor medida van a posibilitar la plasmación y el ejercicio de éstos» (13).

A la pregunta sobre la fundamentación de los derechos se han dado históricamente diversas respuestas que, en síntesis, se agrupan entre quienes niegan la misma posibilidad de fundamentación basándose en las posiciones filosóficas amparadas en las distintas vertientes del escepticismo ético y quienes afirman tal posibilidad, construyéndola bien en valores anteriores al Derecho positivo (por ser manifestaciones de la ley eterna, divina, o atributos inherentes a la naturaleza humana) o bien en el mismo momento y procedimiento de adopción de las decisiones políticas y de las normas jurídicas. En cualquier caso, es conveniente aclarar que las fundamentaciones iusnaturalistas o positivistas no son incompatibles con propuestas fundamentadoras de tipo intersubjetivo, pues se sitúan en distinto plano y obedecen a diferentes criterios de clasificación; aquí se estudiarán de forma separada a los puros efectos expositivos y no desde perspectivas de oposición.

Seguidamente se analizarán las propuestas más significativas para plantear, a continuación, la peculiar problemática que les afecta.

II. LAS FUNDAMENTACIONES IUSNATURALISTAS

Según EUSEBIO FERNÁNDEZ, cuyos planteamientos, como veremos, pueden ser susceptibles de encuadrarse en este tipo de posturas, «la fun-

(12) RODRÍGUEZ-TOUBES, J., *La razón de los derechos...*, citado, pág. 152.

(13) DE ASÍS ROIG, R., «Algunas notas para una fundamentación de los derechos», en la obra colectiva de MUGUERZA, J., y otros, *El Fundamento de los derechos...*, citado, pág. 67.

damentación iusnaturalista de los derechos humanos fundamentales es sin duda la más conocida y la de mayor tradición histórica...», «...se deriva directamente de la creencia en el Derecho Natural y, por tanto, de la defensa del iusnaturalismo como teoría que fundamenta y explica la existencia del derecho natural», y así, «partiendo de que el Derecho Natural consiste en un ordenamiento universal deducido de la propia naturaleza humana, de ahí se derivan *derechos naturales como derechos que ostentan la persona como reflejo subjetivo de orden normativo natural*, es decir, la fundamentación de esos derechos se encuentra en el Derecho Natural, no en el Derecho positivo. Pero además, esos derechos naturales son *anteriores y superiores* al derecho positivo y, por tanto, *inalienables*» (14).

Desde una concepción particular, PECES-BARBA denomina a este tipo de fundamentación como «reduccionismo iusnaturalista» (15), distinguiendo dentro del mismo:

a) El reduccionismo iusnaturalista moderno que «parte de la idea individualista y subjetiva de derechos naturales, que se consideran derechos en sentido jurídico, y que arrancan de la escolástica española entre el *ius dominativnum* y el *ius preceptivum*» y «son producto de la razón, descubribles en la naturaleza humana, tienen un carácter abstracto, afectan al hombre genérico y al ciudadano, y parten de la superioridad del Derecho Natural sobre el positivo».

En esta corriente se inscriben en nuestros días los postulados de CASTBERG (16) o FERNÁNDEZ GALIANO (17).

b) El reduccionismo del derecho natural clásico y la reconstrucción que del mismo se hace en la actualidad en autores como VILLEY (18) o, entre nosotros, ANDRÉS OLLERO (19), para quienes, desde una críti-

(14) FERNÁNDEZ, E., *Teoría de la Justicia...*, citado, págs. 85-87.

(15) PECES-BARBA, *Curso de Derechos Fundamentales...*, citado, pág. 42.

(16) CASTBERG, *La Philosophie du Droit*, Pedone, París, pág. 119 y sigs.

(17) FERNÁNDEZ GALIANO, A., *Derecho Natural. Introducción Filosófica al Derecho*, Ed. Centro de Estudios Areces, 5.^a edición, Madrid, 1989, pág. 261.

(18) Sobre el pensamiento de M. VILLEY en este aspecto puede consultarse su obra *Critique de la pensée juridique moderne*, Montchretien, París, 1975, y también del mismo autor, *Philosophie du Droit*, Dalloz, París, 1969.

(19) Las tesis de OLLERO TASSARA, A., pueden consultarse en *Derechos humanos y metodología jurídica*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1989; y también del

ca al sistema vigente se postula que el iusnaturalismo consiste en «convertir los derechos naturales en la proyección subjetiva de la ley natural» (20), situando esa ley natural más allá de la propia Constitución, como prejurídico positivo que determina lo *id quod iustum est* sin necesidad de recurrir al contractualismo constitucionalista que aflora en el pensamiento racionalista (en el que precisamente nacieron los derechos humanos en el tránsito a la modernidad).

c) El reduccionismo impropio de los derechos morales. Posición calificada por EUSEBIO FERNÁNDEZ como «iusnaturalismo deontológico» y que RODRÍGUEZ-TOUBES identifica con las fundamentaciones de tipo «axiológico». Quizá una buena definición de los principios generales que inspiran este tipo de fundamentaciones sea la apuntada por A. PÉREZ LUÑO al señalar que «bajo dicho rótulo, lejos de apelar a alguna de las razones concretas del derecho natural, entendemos un conjunto de tesis metaéticas que coinciden en afirmar la necesidad de que todo sistema jurídico reconozca unos derechos básicos de quienes lo integran, así como las teorías que defienden la posibilidad de conocer y justificar tales derechos» (21).

La propuesta de EUSEBIO FERNÁNDEZ sobre los «derechos morales» entendidos como «exigencia ética y derechos que los seres humanos tienen por el hecho de ser hombres y, por tanto, con derecho igual a su reconocimiento, protección y garantía por parte del poder político y el Derecho» (22), podría servir de muestra de este tipo de posiciones.

El mismo autor aclara que, al contrario del iusnaturalismo clásico, en esta fundamentación deontológica, «los derechos humanos se fundamentan también en el Derecho Natural; sin embargo, se refiere a un Derecho Natural que, más que tratarse de un orden jurídico (dis-

mismo autor «Para una Teoría jurídica de los derechos humanos», en *Revista de Estudios Políticos*, núm. 35, septiembre-octubre 1983.

(20) OLLERO, A., *Derechos humanos y metodología jurídica*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1989, pág. 131.

(21) PÉREZ LUÑO, A., «La fundamentación de los derechos humanos», en *Revista de Estudios Políticos*, núm. 35, 1983.

(22) FERNÁNDEZ, E., *Teoría de la Justicia...*, citado, pág. 107. *Vid.* también LAPORTA, F. J., «Sobre la fundamentación de enunciados jurídicos de derechos humanos», en la obra colectiva de J. MUGUERZA y otros, *El Fundamento de los derechos...*, citado, págs. 203-208, y LAPORTA, F. J., «Sobre el Concepto de Derechos humanos», en *DOXA, Cuadernos de Filosofía del Derecho*, Univ. de Alicante, 1987, págs. 23-46.

tinto al Derecho positivo) se trata como expresa Frede Castberg, de *principios jurídicos suprapositivos y objetivamente válidos*, de juicios de valor de validez general y postulados —normas generales— que parecen tener un fundamento suficiente en la naturaleza humana» (23).

Es decir, en el iusnaturalismo deontológico, el orden de valores que integran los principios a los que debe aproximarse tendencialmente el Derecho positivo, no se defiende la tesis fuerte de considerar dicho orden de valores como «requisito de validez» del ordenamiento positivo.

Las tres posiciones iusnaturalistas son englobadas por el profesor PÉREZ LUÑO en la categoría que él denomina como «fundamentaciones objetivistas» en las que incluye «el conjunto de posturas doctrinales que afirman la existencia de un orden de valores, reglas o principios que poseen validez objetiva, absoluta y universal con independencia de la experiencia de los individuos o de su consecuencia valorativa» (24).

Como ya señalamos, RODRÍGUEZ-TOUBES encuadra el iusnaturalismo dentro de las fundamentaciones morales sustantivas, que son aquellas que parten de una «línea de justificación que conjunta la postulación de una norma sustantiva no derivada y la identificación de unas propiedades que la activan» (25); entre las que incluye, además de las propuestas de EUSEBIO FERNÁNDEZ, la fundamentación de R. DWORKIN centrada en un derecho básico a «igual consideración y respeto» (26), la tesis de PALOMA DURÁN y LALAGUNA que reconduce toda la fundamentación al concepto de «dignidad humana» (27) y de A. I. MENDEL que hace hincapié en «el derecho elemental que tiene toda persona como agente moral, de realizar aquello que favorezca más a sus intereses» (28).

(23) FERNÁNDEZ, E., *La teoría de la justicia...*, citado, pág. 94.

(24) PÉREZ LUÑO, A. E., *Derechos Humanos. Estado de...*, citado, pág. 137.

(25) RODRÍGUEZ-TOUBES, J., *La razón de...*, citado, pág. 242.

(26) DWORKIN, R., «Retorno al Derecho Natural», en la obra colectiva coordinada por BETEGÓN, J., y DE PÁRAMO, J. R., *Derecho y moral. Ensayos analíticos*, Ariel, 1990, Barcelona, págs. 23-45.

(27) DURÁN, y LALAGUNA, P., *Los derechos humanos: ¿una nueva filosofía?*, Ed. Nau Llibres, Valencia, 1988, pág. 46.

(28) MENDEL, A. I., *Los derechos y las personas*, Ed. FCE, México, 1980, pág. 252.

La última de las posturas está muy próxima a las posiciones utilitaristas caracterizadas por RODRÍGUEZ-TOUBES como aquéllas en las que la regla sustantiva de maximizar la utilidad, es determinante y desempeña el rol de principio básico a efectos de valoración moral. El mismo autor describirá a continuación la propuesta que realiza RICHARD HARE al afirmar que «los derechos morales se justifican en principios morales intuitivos que son seleccionados y depurados mediante una evaluación crítica de corte utilitarista (29) y la de MARTÍN DIEGO FARREL, que restringe la concepción utilitarista mediante el derecho a igual consideración y respeto, concebido este derecho como no absoluto, es decir, como un derecho que en algunas circunstancias puede infringirse justificadamente (30).

III. PROBLEMAS DE LAS FUNDAMENTACIONES IUSNATURALISTAS

Sobre las definiciones globalizadoras de PÉREZ LUÑO y de RODRÍGUEZ-TOUBES —en las que podemos encontrar los elementos comunes de todas las posiciones analizadas— expondremos a continuación los problemas con los que se han encontrado y aún se encuentran los intentos de fundamentación iusnaturalista.

1.º *La falacia naturalista*

Objeción efectuada desde los postulados del positivismo lógico, que en torno al Circulo de Viena, defiende la tesis denominada de «la verificación del significado», afirmando que un enunciado es significativo si y solo si es analítica o empíricamente verificable, es decir, si es susceptible de ser presentado como verdadero o falso (31). En consecuencia, se opone a toda fundamentación iusnaturalista lo que ya HUME denunciará en su Tratado sobre la Naturaleza Humana como la «falacia

(29) HARE, R. M., *Moral Thinking. Its Level, Method and Point*, Clarendon Press, Oxford, 1981, pág. 242.

(30) FARREL, M. D., «La justificación ética de los derechos humanos, ACFS, núms. 26-27 (1986-1987), págs 171-177.

(31) Vid. AYER, A. J., *Lenguaje, Verdad y Lógica*, Ed. Universitat de Valencia, 1991, pág. 19, y del mismo autor «Verification and experience», en *Logical Positivism*, Ed. The Free Press, Glencos, Illinois, 1959, págs. 228-248. Vid, también de WIENERG, J. R., *Examen del Positivismo Lógico*, Ed. Aguilar, pág. 95.

naturalista», que describe señalando que en las fundamentaciones estudiadas aparece siempre un momento en el que los doctrinarios iusnaturalistas pasan de la descripción del «es» a la prescripción del «deber ser» como aparente consecuencia del primero, pero, en realidad, de forma arbitraria y sin ningún fundamento (32).

Constantes han sido los intentos de los autores iusnaturalistas para superar la falacia, intentos que se mantienen en la actualidad. Como uno de los más originales y significativos puede apuntarse el realizado por CARLOS SANTIAGO NINO, quien, desde el constructivismo ético, establece un puente en relación negativa desde el «ser» al «deber ser», al afirmar que es contrario a la moral un *juicio de valor* (deber ser) sobre cuyo contenido no pueda concurrir la *aceptabilidad hipotética* (ser) de los destinatarios de su enunciado (33).

También JOHN FINNIS rechaza que el paso ser-deber ser esté presente en toda teoría de Derecho Natural, pues según él «uno capta mediante un sólo acto de comprensión no inferencial que el objeto de la inclinación que uno experimenta es un ejemplo de una forma general de bien para uno mismo (y para otros como uno)» (34). FINNIS defenderá un iusnaturalismo no enfrentado al positivismo jurídico y, partiendo de Aristóteles y Tomás de Aquino, desarrollará su «nueva teoría clásica del Derecho Natural» en la que éste no se considera un orden normativo anterior y superior al derecho positivo, sino como un conjunto de principios inspiradores de la razón práctica del hombre en su función directora de la vida humana hacia la completa realización de ciertos valores (que él considera autoevidentes) y que conforman un bien común objetivo.

2.º El Trilema de «Frías»

Objeción que surge desde el racionalismo crítico, que llega prácticamente a la misma conclusión anterior partiendo de distintas pre-

(32) HUME, D., *Ensayo sobre el entendimiento humano*, Ed. Tecnos, Madrid, 1992, pág. 267.

(33) NINO, C. S., *Ética y derechos...*, citado, pág. 199.

(34) FINNIS, J. M., «Nature law and de Is-Ought questions: an Invitation to Professor Veatch», en FINNIS, J. (ed.). *Natural Law*, Dartmouth, Aldershot, 1991, v. I, págs. 313-324. Citado por J. RODRÍGUEZ-TOUBES en *La razón de...*, citado, pág. 276.

misas, al postular que los juicios morales no pueden fundamentarse racionalmente, pues toda fundamentación moral llega a unos postulados imposibles de justificar por vía racional. POPPER estudia sistemáticamente el «Trilema de Fríes», en donde se enumeran los tres problemas que afectan a todo intento de justificación racional de un juicio moral (35):

a) El *regreso al infinito*, que se manifiesta en la constante e inagotable necesidad de retrotraerse a la búsqueda de fundamentos seguros.

b) El *círculo vicioso lógico*, al utilizar como fundamentadores enunciados que están ellos mismos necesitados de fundamentación.

c) Y la *arbitrariedad*, ya que, como consecuencia de lo anterior, los fundamentos irracionales suelen interrumpir, arbitrariamente, el proceso aparentemente lógico.

3.º *La negación de la validez abstracta*

Argumento que, desde posiciones filosóficas agrupadas en torno al irracionalismo ético, se suele enmarcar en la corriente que se ha venido denominando «comunitarismo», surgida a finales de los años setenta y desarrollada en los ochenta, y que se enfrenta radicalmente al enfoque constructivista kantiano y a toda fundamentación objetiva y liberal (36), a los que acusan de «pervertir la ética por la formulación de reglas universales legalísticas que sustraen a los hombres de sus vínculos y circunstancias locales, concibiéndolos como egos descontextualizados, cuya historia, deseos y proyectos son irrelevantes» (37).

Afirma NINO que el surgimiento de las doctrinas comunitaristas no es más que la consecuencia de un insoslayable imperativo histórico en virtud del cual «fatalmente, el espíritu de Kant tenía que enfrentarse con el de Hegel» (38).

La vertiente germana de la corriente la representan ROBERT SPAEMANN, ERIC VOGELIN y JOACHIM RITTER (39) y en el lado americano des-

(35) POPPER, K. R., *La lógica de la investigación...*, citado, págs. 99-100.

(36) *Vid.* NINO, C. S., *Ética y derechos humanos...*, citado, pág. 129.

(37) Sobre el comunitarismo en general, ver THIEBEAUT, C., *Los límites de la Comunidad*, Ed. CEC, Madrid, 1992.

(38) NINO, C. S., *Ética y derechos...*, citado, pág. 129.

(39) Sobre el pensamiento comunitarista de la corriente germana puede examinarse la obra de SPAEMANN, R., *Glück und Wohlfollen*, Stuttgart, 1989, Klett-Cotta, así como

tacan CHARLES TAYLOR y MICAEL WALZER (40); ambas escuelas se embarcan en un intento de reconducción del proyecto moderno. Sin embargo, la versión anglosajona del movimiento, encabezada por ALASDAIR MACINTYRE, afirma no presentarse como crítica conservadora, sino que incluso se postula como formulación explícitamente progresista y liberal contra la insuficiencia o la falta de radicalidad de los programas filosóficos, éticos y políticos de la modernidad (41).

Se pueden señalar como elementos comunes a las tesis comunitaristas todos aquellos que coinciden en su oposición a las fundamentaciones abstractas iusnaturalistas mediante afirmaciones en las que se destaca la relevancia de la idea de «comunidad» frente al papel del individuo y la consideración de que éste es importante precisamente por su pertenencia a aquélla, la afirmación de que, por ello, las normas más importantes del sistema son las que rigen la conexión individuo-comunidad, negando la posibilidad de una fundamentación del derecho de carácter moral, trascendente y universal. El comunitarismo más radical se centra en su crítica a la modernidad de la que se afirma es un proyecto fracasado que ha privado a los individuos de su verdadera identidad y ha restado cohesión a la sociedad, por ello se opone a cualquier intento de fundamentación de los derechos humanos a partir de norma y principios liberales y racionales, rechazando incluso el propio concepto de «derechos humanos» propugnando su sustitución por el de «virtudes». Todo ello les lleva a la afirmación de que, en realidad, no existen derechos humanos, afirmando radicalmente que creer en los mismos es «como creer en brujas y unicornios» y añadiendo que «todos los intentos de fundamentación de derechos humanos han fracasado, son una ficción social» (42).

su obra traducida al castellano por YANGUAS, J. M., *Ética: Cuestiones Fundamentales*, Ed. Eunsa, Pamplona, 1993. También de RITTER, J., *Metaphysik und Politik, Studien zu Aristoteles und Hegel*, Frankfurt, 1969, Surkamp.

(40) Sobre el pensamiento comunitarista americano pueden consultarse las obras de MACINTYRE, A., *Tras la virtud*, Ed. Crítica, Barcelona, 1988, y *Whose Justice? Which Rationality?*, Notre Dame, Univ of Notre Dame Press, 1988; así como de TAYLOR, C., *Sources of the Self. The Making of Modern Identity*, Cambridge Mass, Harvard Univ. Press, 1989, y de WALZER, M., *Spheres of Justice. A defense of Pluralism and Equality*, New York, Basic Books, Inc, Publishers, 1983.

(41) THIEBAUT, C., *Los límites...*, citado, pág. 23.

(42) Vid. MACINTYRE, A., *Tras la virtud*, Ed. Crítica, Barcelona, 1984, y también CHARLES TAYLOR, *Sources of the self. The Making of the Modern Identity*, Ed. Cambridge, Mass, Harvard Univer. Press, 1989.

Sin duda, uno de los más elaborados y eficaces intentos de superación de esta negación fundamentadora es el llevado a cabo por CARLOS SANTIAIGO NINO mediante su teoría del constructivismo ético, saliendo así al frente de lo que según él supuso un movimiento de retirada en autores liberales de la categoría de R. DWORKIN o JOHN RAWLS frente a la acometida del avance comunitarista. NINO va a denunciar en el comunitarismo su componente puramente relativista que precisa del particularismo tanto en el nivel de los contenidos de los juicios éticos como en el de la generación de los juicios morales —que deben seguirse de las tradiciones, prácticas y convenciones sociales—, lo que pugna con los imperativos de autonomía, imparcialidad y finalidad que deben presidir cualquier formulación moral, por lo que concluye que «los rasgos universalistas y abstractos de kantianismo objetados por el comunitarismo- están de hechos incorporados a la estructura subyacente de la práctica dominante del discurso moral que casi todos —incluso los comunitaristas— parecen compartir cuando se discuten cuestiones sustantivas de moralidad social» (43).

No obstante, a pesar de la brillante argumentación liberal de NINO para superar la objeción comunitarista, ha de reconocerse que parte de una petición de principios cual es la de solicitar o suponer *a priori* la participación de «todos» en el discurso moral (lo que el mismo reconoce implícitamente al utilizar la expresión «casi todos»), y esta falta de cumplitud en la refutación (que será también uno de los problemas de las fundamentaciones morales formales —no en vano RODRÍGUEZ-TOUBES incluye en ésta al constructivismo ético—), hace necesario señalar a las tesis comunitaristas como uno de las objeciones «vigentes» con las que se encontrará cualquier intento de fundamentación iusnaturalista.

IV. LA FUNDAMENTACIÓN POSITIVISTA

En la concepción general de las fundamentaciones de tipo positivista, «los derechos humanos sólo existen si están reconocidos en el ordenamiento positivo... y han de aparecer como derechos subjetivos amparados por normas jurídicas válidas (esto es, pertenecientes al sistema)» (44). FERNÁNDEZ GALIANO, identifica las fundamentaciones positivistas con las que él califica de «legalistas» es decir, las que «funda-

(43) NINO, C. S., *Ética y derechos...*, citado, págs. 159, 185 y 195.

(44) RODRÍGUEZ-TOUBES, J., *La razón de...*, citado, pág. 120.

mentan los derechos humanos en la ley positiva» (45). El Positivismo jurídico, aunque puede en algunas de sus modalidades reconocer que el Derecho realiza de hecho valores morales, se desentiende de cualquier fundamentación ética no convencional, y ello es así bien porque considera que los diversos argumentos iusnaturalistas son imposibles de reducir a una sola razón válida (relativismo ético) o bien porque niega la posibilidad misma de cualquier tipo de conocimiento cierto sobre los juicios morales (no cognoscitivismo o escepticismo ético).

Este tipo de posiciones se engloban en las que RODRÍGUEZ-TOUBES denomina «Fundamentaciones No Morales», distinguiendo tres vertientes:

1.º *El positivismo jurídico*

Propiamente dicho, cuya idea central respecto de los derechos humanos es la de que si son reales es porque pertenecen al Derecho Positivo. Dentro de ese apartado se incluye la tesis «DUALISTA» del profesor PECES-BARBA MARTÍNEZ, ya que afirmando la posición fuerte (es decir, que los derechos no son tales hasta que están positivados), sostiene, no obstante, que asumen también la necesidad de una valoración moral de la legislación positiva; o sea, se formula una doble vertiente de los derechos fundamentales como «derechos» y como «valores», aunque la razón fundamentadora de los mismos se sitúa claramente en el ámbito jurídico. En la actualidad, la argumentación dualista se ha completado con una fundamentación «trialista», al introducir el profesor PECES-BARBA el elemento de eficacia social como tercer requisito para la existencia de los derechos fundamentales (46).

Dentro de la línea «dualista» se encuentran también las tesis de LUIS PRIETO SANCHÍS (47), de BENITO DE CASTRO CID (48), de

(45) FERNÁNDEZ GALIANO, A., *Derecho Natural*, Ed. Universitaria, Madrid, 1991.

(46) PECES-BARBA, G., *Curso de Derechos Fundamentales. Teoría general*, Ed. Univer. Carlos III-BOE, Madrid.

(47) PRIETO SANCHÍS, L., *Estudios sobre derechos fundamentales*, Ed. Debate, Madrid, 1990, págs. 17-18.

(48) DE CASTRO CID, B., «La fundamentación de los derechos humanos (Reflexiones incidentales)», en la obra colectiva de MUGUERZA, J., y otros, *El Fundamento de los Derechos Humanos*, Ed. Debate, Madrid, 1989, págs. 119-124.

RAFAEL DE ASÍS ROIG (49), de AGUSTÍN SQUELLA (50) y de REX MARTÍN (51).

Y en una línea positivista radical se ha manifestado recientemente ROBERTO VERNENGO (52), que defiende la noción de derechos humanos como «derechos subjetivos, como una construcción teórica de los juristas que no precisa de tener una correspondencia ontológica real», identificando cualquier afirmación de normas reales con un «relativismo ético subjetivista sin interés como fundamento filosófico de los derechos humanos».

PECES-BARBA aborda la cuestión de la fundamentación positivista, desde su peculiar visión integradora, como un «reduccionismo positivista» señalando que en el mismo se pueden apreciar dos grandes líneas que permiten hablar de un reduccionismo propio y otro impropio (53). Según este autor, el reduccionismo positivista impropio no sostiene en pureza la imposibilidad de fundamentación, sino que, más bien, manifiesta una falta de interés por los problemas de la fundamentación, considerando más adecuado profundizar en el estudio de los problemas relacionados con la garantía y protección de los derechos, es decir, dedicar los esfuerzos a unos aspectos más prácticos, de fuente o reconocimiento, buscando, ante todo, la utilidad de los derechos; para ello se parte de una aceptación universal de la fundamentación que se da por supuesta en textos generales del tipo de la Declaración Universal de los Derechos Humanos adoptada en el seno de Naciones Unidas en 1948. En estos planteamientos se sitúa la postura de NORBERTO BOBBIO (54).

(49) DE ASÍS ROIG, R., *Las paradojas de los derechos fundamentales como límites al poder*, Ed. Debate, págs. 31-33, y *vid.* también del mismo autor «Algunas notas para la fundamentación de los derechos humanos», en la obra colectiva de MUGUERZA, J., y otros, *El fundamento de los derechos...*, citado, págs. 67-79.

(50) SQUELLA, A., «Derechos humanos y derecho positivo», en *Derechos y Libertades*, núm. 1, 1993, págs. 197-205.

(51) MARTÍN, R., «Human Rights and Civil Rights», en WINSTON, M. E. (ed.), *The Philosophy of Human Rights*, citado, págs. 75-87, citado por TOUBES, R., en *La razón de...*, citado, pág. 147.

(52) VERNENGO, R., «Enfoques escépticos de los derechos humanos», en *Anuario de Derechos Humanos*, núm. 6, 1990, págs. 161-178.

(53) PECES-BARBA, *Curso de derechos...*, citado, pág. 53.

(54) BOBBIO, N., *El problema de la guerra y las vías de paz*, Ed. Gedisa, Barcelona, 1986, págs. 161-178, *vid.* también del mismo autor, *El tiempo de los Derechos*, Ed. Sistema, Madrid, 1991, traducción de RAFAEL DE ASÍS ROIG, pág. 61.

El reduccionismo positivista propio o teórico engloba, según PECES-BARBA, a todos los planteamientos que parten de un no cognoscitivismo ético, desde HOBBS, HUME y, más recientemente, MAX WEBER. Destacan en este grupo afirmaciones como la de HANS KELSEN, para quien el problema de la justicia «parece ser una de esas cuestiones que la sabiduría se ha resignado a no poder contestar de un modo definitivo» (55), o como la que, proveniente del realismo escandinavo, realiza ALF ROSS al negar toda posibilidad de un conocimiento de los valores de la democracia como el de libertad o el de los derechos humanos, afirmando que invocar la justicia es como «dar un golpe sobre la mesa, una expresión emocional que hace de la propia exigencia un postulado absoluto» (56).

2.º *El realismo*

Las posiciones amparadas por este rótulo afirman que el fundamento de los derechos humanos está en que una persona, un grupo determinado y relevante de personas o un grupo social amplio reconocen, de hecho, la normatividad de los mismos. Las explicaciones empiristas del tipo descrito, en las que es fácil descubrir un fuerte componente psicológico, son las ofrecidas por la escuela del realismo escandinavo (que PECES-BARBA incluye dentro del reduccionismo positivista teórico) representada por autores como KARL OLIVECRONA, HAGESTROM y el ya citado ALF ROSS (57).

3.º *El racionalismo instrumental*

Desde este planteamiento se afirma que las normas de conducta se justifican en cuanto se adecuan para la consecución de los fines sociales o personales que la sociedad o el individuo persiguen. Se trata,

(55) KELSEN, H., *¿Qué es la justicia?*, Ed. Ariel, Barcelona, 1981, pág. 63.

(56) ROSS, A., *Sobre el Derecho y la Justicia*, Ed. Universitaria de Buenos Aires, 1963, págs. 16-178.

(57) Un representante típico es OLIVECRONA, K., *El Derecho como hecho. La estructura del orden jurídico*, Ed. Labor, Barcelona, 1990, sobre el realismo escandinavo en general, vid. HIERRRO, L., *El realismo escandinavo. Una teoría empirista del derecho*, Fernando Torres, editores, Valencia, 1991.

como se puede ver, de un tipo de fundamentación prudencial, de corte utilitarista. similar a la defendida por la «ética del autointerés» de HOERSTER (58), quien señalará que algunos juicios morales pueden ser objeto de fundamentación relativa apelando a los intereses o deseos de aquellos frente a quienes se tratan de justificar los mismos.

Por último y para finalizar la exposición sobre la variedad de fundamentaciones positivistas ensayadas, cabe apuntar que el profesor EUSEBIO FERNÁNDEZ encuadra a las mismas en la categoría que él denomina como «fundamentación historicista» diferenciándola de la iusnaturalista en que en lugar de derechos naturales, universales y absolutos, habla de derechos históricos, variables y relativos, así como que en vez de derechos naturales y superiores a la sociedad, se refiere a derechos de origen social (en cuanto son el resultado de la evolución social) (59).

V. LOS PROBLEMAS DE LAS FUNDAMENTACIONES POSITIVISTAS

1.º *La paradoja de la positivación*

Quizá la primera de las críticas que, en el orden de la coherencia, pueda hacerse respecto de los intentos de fundamentación positivista de los derechos humanos sea la que RAFAEL DE ASÍS ROIG denomina como «la paradoja de la positivación» (60), señalando tras un preciso estudio histórico sobre el origen de los derechos que «los derechos fundamentales se presentan como límites al poder, *pero es el poder el que los reconoce*». Es evidente, como señala el propio autor, que «si no vinculásemos los derechos fundamentales con el ordenamiento puede ser que no hubiera lugar para hablar de la paradoja de la positivación», aunque entonces, «tampoco habría lugar para hablar realmente de derechos fundamentales».

Desde esta paradoja surge la necesidad de plantearse determinadas consideraciones en torno a la eficacia de los derechos fundamentales como límites al poder desde una fundamentación positivista, consideraciones que giran en torno a:

(58) HOERSTER, N., *Ética jurídica sin metafísica*, citado, págs. 111-134.

(59) FERNÁNDEZ, E., *Teoría de la justicia...*, citado, pág. 101.

(60) DE ASÍS ROIG, R., *Las paradojas de los derechos fundamentales como límites al poder*, citado, págs. 74-75.

a) El problema de las autoobligaciones del poder estatal, ya estudiada por SCHELLING (61) y respecto de las que Austin afirmaba que intentar presentar al poder supremo limitado por el Derecho, no era sino una *contradictio in terminis* (62). RAFAEL DE ASÍS considera que «cabría hablar desde el punto de vista interno de obligaciones jurídicas en el Estado, cuya relevancia es mayor en relación a los derechos fundamentales. Estos son exigencias, pretensiones, necesidades, etc., que una vez han pasado a formar parte del ordenamiento, convirtiéndose en derechos fundamentales limitan la actuación del poder y, por tanto, le obligan jurídicamente». Ahora bien, como el mismo autor señala, desde el punto de vista extrajurídico el problema adquiere otras dimensiones, pues parece evidente que, aunque estén incorporados formalmente al derecho, la eficacia real de los derechos dependerá de su efectivo apoyo en el poder, es decir, «la limitación del poder dependerá de si él mismo la admite o no» (63).

b) El cuestionamiento sobre el tipo de poder que permite hablar de derechos fundamentales, que determina la insoslayable conexión entre derechos fundamentales y poder democrático, ya que la clásica afirmación de que no hay democracia sin derechos fundamentales es también susceptible de formularse de forma más precisa señalando, con JUAN JOSÉ SOLOZÁBAL, que «sin democracia no hay derechos fundamentales» (64).

c) La importancia que, a la luz de la paradoja, vuelve a adquirir el principio de separación de poderes como expediente de control del ejercicio del poder y como mecanismo adecuado para la vigilancia del cumplimiento de las autoobligaciones asumidas por el Estado.

2.º *La insuficiencia*

Esta objeción está claramente condicionada al propio concepto que de los derechos fundamentales se elabore. En este sentido, apun-

(61) SCHELLING, T. C., «La ética, el derecho y el ejercicio del autodomínio», en RAWLS, J., y otros, *Libertad, igualdad y Derecho*, Ed. Ariel, Barcelona, 1988, pág. 175 y sigs.

(62) AUSTIN, J., *The Province of Jurisprudence Determined*, Londres, 1954, pág. 254, citado por DE ASÍS ROIG, R., en *Los problemas de los derechos...*, citado, pág. 75.

(63) DE ASÍS ROIG, R., *Las paradojas de los derechos...*, citado, págs. 75-76.

(64) SOLOZÁBAL, J. J. «Algunas cuestiones básicas en torno a los derechos fundamentales», en *Revista de Estudios Políticos*, núm. 71, 1991, pág. 88.

ta RODRÍGUEZ-TOUBES que la fundamentación positivista es perfectamente consistente para dar cuenta de ciertos derechos que aparecen reconocidos en ordenamientos jurídicos nacionales o internacionales y en la medida en que predicamos de ellos su carácter de derechos, y por tanto respecto de ellos, la fundamentación positivista es autosuficiente. Ahora bien, desde una concepción distinta de los derechos humanos situándolos en una perspectiva de moral no convencional, la fundamentación positivista es inadecuada e insuficiente. No obstante, como el mismo autor reconoce, «esta apariencia es un resultado de un diferente enfoque de partida, y no un defecto de la fundamentación positivista» (65).

3.º *La desaparición de la fundamentación*

Que, según PECES-BARBA, se produce en las fundamentaciones positivistas de tipo estricto como las de ROBERTO VERNENGO, señalando respecto de las mismas que «la ruptura con una moralidad previa vacía a los derechos de cualquier referente moral y los convierte en meros instrumentos del poder, con lo que este reduccionismo racionalista supone en realidad la desaparición de los derechos fundamentales y en este sentido son más bien una negación de los derechos, que una reducción» (66).

4.º *La incoherencia de la fundamentación dualista*

La visión dualista (y aún trialista) de la fundamentación denominada «integral» puede incurrir en un planteamiento incoherente en virtud de su constante apelación a los valores morales como «raíz» u «origen» de los derechos reenvía inevitablemente a la necesidad de fundamentar los propios valores, circunstancia que se agrava aún más si exigimos el tercer elemento de «eficacia» al introducir entonces un requisito de existencia puramente sociológico de tan difícil comprobación y diversa valoración, como acertadamente ha puesto de manifiesto, entre otros, JOAQUÍN RODRÍGUEZ-TOUBES (67).

(65) RODRÍGUEZ-TOUBES, J., *La razón de los derechos...*, citado, pág. 150.

(66) PECES-BARBA, G., *Curso de derechos...*, citado, pág. 56.

(67) RODRÍGUEZ-TOUBES, J., *La razón de los derechos...*, citado, pág. 150.

VI. LAS FUNDAMENTACIONES INTERSUBJETIVAS

Una definición que puede ser muy útil para adentrarse en el conocimiento y estudio de este tipo de fundamentaciones en la formulada por A. PÉREZ LUÑO, para quien «el intersubjetivismo representa un esfuerzo para concebir (los derechos humanos) como valores intrínsecamente comunicables, es decir, como categorías que, por expresar necesidades social e históricamente compartidas, permiten suscitar un consenso generalizado sobre su justificación (68).

Dentro de este apartado pueden incluirse las que RODRÍGUEZ-TOUBES califica como «Fundamentaciones Morales Formales» (69), precisando que «el enfoque formal de fundamentación de los derechos humanos está orientado sobre todo a la postulación y defensa de un procedimiento de decisión moral. La tesis de base es que, una vez mostrada la perentoriedad de este procedimiento, bastará con seguirlo para descubrir un orden normativo que defina unos derechos básicos comunes a todos los sujetos morales», y añadiendo seguidamente que «los enfoques formales son los más adecuados para fundamentar los derechos humanos ante el escéptico que no acepta las intuiciones como una base suficientemente sólida para los derechos morales. A un escéptico así no se le puede convencer de la existencia los derechos humanos aludiendo a la evidencia de unos principios morales, pues es precisamente la solidez de esta evidencia lo que cuestiona. Por el contrario, sí es posible involucrarle en un razonamiento que le obligue, por la lógica misma que rige el debate en el que participa, a aceptar que ciertos valores, y acaso ciertos derechos, le vinculan».

Describiremos aquí tres intentos de fundamentación formal, en primer lugar los basados en las denominadas «éticas discursivas» que comprenden las formulaciones de KARL-OTTO APEL y JURGEN HABERMAS completadas por la Teoría de las Necesidades Radicales elaborada por la Escuela de Budapest; en segundo lugar nos detendremos en la propuesta fundamentadora de ALAN GEWIRT basada en las implicaciones lógicas de la acción intencional, y acabaremos con el estudio del «constructivismo ético» de CARLOS SANTIAGO NINO.

(68) PÉREZ LUÑO, A., *Derechos Fundamentales, Estado de Derecho...*, citado, pág. 162.

(69) RODRÍGUEZ-TOUBES, J., *La razón de...*, citados, págs. 126-152.

1.º *Las fundamentaciones de la «ética discursiva»*

JURGEN HABERMAS y KARL-OTTO APEL, desarrollando los modelos que sobre el análisis de la filosofía del lenguaje formularan los herederos del segundo LUDWIG WITTGENSTEIN, tratarán de actualizar las fundamentaciones morales de tipo kantiano (70). Se trata de un intersubjetivismo cuya finalidad es demostrar la veracidad de aquellos juicios morales obtenidos por medio de un consenso al que se llega formulando argumentos ajustados a las reglas que regulan la acción comunicativa de los seres humanos; una vez descubiertas y analizadas las reglas que posibilitan una comunicación real y veraz, se postula que éstas en la formulación e intercambio de argumentos, el juicio que se obtenga como conclusión ha de ser necesariamente correcto, aclarando que por correcto se entiende todo juicio o argumento idóneo para cumplir los fines de la acción comunicativa, es decir, para asegurar el mantenimiento de la cooperación social y de las razones que regulan la relación humana, de un lado, y para posibilitar el acuerdo en los casos en que no existe o se ha quebrado el consenso, de otro.

La reglas procedimentales de la acción comunicativa (cuyo respeto formal garantizará la corrección de los juicios sustantivos que se alcancen ya sean éstos políticos, éticos o sociales) se integran y forman parte de un «discurso argumentativo», de ahí la afirmación de que la verdad puede alcanzarse »discursivamente» (71).

Dentro de esta línea de investigación, K.-O. APEL hace hincapié en el intento de fundamentación pragmático-trascendental para escapar del anteriormente mencionado «Trilema de Fríes» (que como veíamos se oponía a las fundamentaciones iusnaturalistas), defendiendo que la fundamentación de un juicio no tiene por qué identificarse con la deducción lógica, proponiendo en tal sentido que el paradigma típico de la racionalidad filosófica (es decir, el lógico-formal) sea sustituido por

(70) Vid. APEL, K.-O., *La transformación de la filosofía*, Ed. Taurus, Madrid, 1985, y CORTINA, A., «La ética discursiva», en la edición de CAMPS, V., *Historia de la ética*, v. 3, Ed. Crítica, Barcelona; todo ello citado por RODRÍGUEZ-TOUBES en *La razón de...*, citado, pág. 153.

(71) Vid. GARCÍA AMADO, J., «La Filosofía del derecho de Jürgen Haermas», en *DOXA*, núm. 13, 1993.

el que él denomina «paradigma genuino de la racionalidad filosófica» que, a su juicio, es el de la *autorreflexión de la argumentación* que permitirá una búsqueda interior en el pensamiento que se pregunte también sobre la propia pretensión de conocimiento y de verdad que con el mismo se pretende.

Ahora, según APEL, la respuesta pragmático-trascendental a la cuestión sobre la norma básica de la ética, habrá de contestar en primer lugar a la propia pretensión de conocimiento de esa norma, es decir, a por qué debemos actuar éticamente, o lo que es lo mismo, a por qué somos racionalmente responsables. Quien, desde esta perspectiva, formula tal cuestión —introduciéndose así en el discurso argumentativo— ya ha reconocido él mismo una norma básica: que la razón es responsable del actuar humano, o sea, como acertadamente precisa RODRÍGUEZ-TOUBES, «que las pretensiones de validez ética deben de satisfacerse por medio de argumentos» (72). Del discurso anterior podemos obtener las siguientes conclusiones:

1.^a Con respecto a todas las cuestiones éticamente relevantes de la vida práctica, es posible, en un discurso, llegar a un consenso.

2.^a El consenso será ideal si se respetan las reglas de la argumentación de la comunidad ideal de comunicación.

3.^a En el discurso *práctico*, pues, habrá de aspirarse al consenso ideal intentando aproximarse a las reglas de argumentación de la comunidad ideal de comunicación.

Llegados a este punto se hace indispensable traer a colación las tesis sobre la acción comunicativa de JURGEN HABERMAS, quien señala que en toda acción comunicativa ideal los intervinientes presentan simultáneamente varias pretensiones de validez, a saber:

- a) De veracidad, o sinceridad de sus expresiones sobre aspectos subjetivos propios.
- b) De verdad de los enunciados aseverativos.

(72) RODRÍGUEZ-TOUBES, J., *La razón de...*, citado, pág. 160.

- c) De eficacia de las acciones teleológicas.
- d) De corrección o rectitud de los enunciados.
- e) De inteligibilidad de los enunciados.

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

La aplicación de las anteriores argumentaciones al ámbito de la fundamentación de los derechos humanos se realiza mediante una mera transposición de enunciados, y así HABERMAS, partiendo del presupuesto de que toda persona es sujeto de derechos, afirma que la aplicación del principio discursivo determinará cuáles de ellos tienen que reconocerse los ciudadanos recíprocamente si quieren regular sus vidas en común con los medios de un Derecho positivo legítimo, precisando que el propio discurso definirá tanto el catálogo de derechos como la legitimidad del ordenamiento jurídico que los reconoce (73).

El profesor PÉREZ LUÑO ha manifestado que las teorías discursivas de APEL y HABERMAS han de ser completadas para una adecuada fundamentación de los derechos humanos, a su juicio, con la filosofía de las necesidades radicales elaborada en la Escuela de Budapest y defendida de forma muy especial por AGNES HELLER. Según el citado profesor, «las fundamentaciones intersubjetivas del valor de HABERMAS y APEL, de un lado, y las tesis sobre el particular de la Escuela de Budapest, de otro, no sólo son compatibles, sino que se complementan. La primera tiene su aspecto más sólido en la construcción del marco formal para una teoría consensual del valor, pero no profundiza adecuadamente en los datos antropológicos —las necesidades— que constituyen el substrato del consenso; mientras que la segunda ha analizado con mayor precisión estos datos, pero ha debilitado los presupuestos formales para su universalización» (74).

(73) Vid. HABERMAS, J., *Conciencia moral y acción comunicativa*, Ed. Península, Barcelona, 1991.

(74) PÉREZ LUÑO, A., *Derechos Humanos, Estado de Derecho...*, citado, pág. 172.

La Escuela de Budapest (Gyorgy Lukács, Gyorgy Márkus, Agnes Heller, Ferenc Fehér...) y muy especialmente AGNES HELLER, ha reelaborado el concepto marxista de necesidad referido al alimento, vestido y vivienda (75), ahondando en el concepto de «necesidades radicales» como aquellas que desencadenan elecciones y actitudes valorativas y consecuentes y, por tanto, sólo pueden ser plenamente satisfechas en sociedades desalienadas en las que el individuo es completamente libre. Se diferencian así de las «necesidades naturales» referidas a los medios precisos para la conservación de la vida y de las «necesidades necesarias» cuya satisfacción forma parte de la vida habitual (más allá de la mera supervivencia) de los hombres pertenecientes a distintas clases sociales y en cuya definición intervienen factores culturales y socioeconómicos.

Apunta PÉREZ LUÑO (76) que HELLER, soslayando la impronta hegeliana de su planteamiento, «transita desde una concepción puramente descriptiva y empírica de las necesidades, que se identifica con la idea de las *necesidades naturales*, a su significación filosófico-axiológica que, a través de las *necesidades necesarias*, se plasma en las *necesidades radicales*», construyendo a partir de éstas un sistema axiológico que tiene su principal valor ético en «el reconocimiento y la satisfacción de todos los hombres». Así se constituye el ideal del bien que para HELLER es «nuestra utopía racional» (77).

La teoría de las necesidades que propugna su definición como «preferencias y opciones axiológicas conscientes», se conecta con las fundamentaciones dialógicas o discursivas en cuanto aquéllas, al fundarse sobre objetivaciones sociales generalizables como expresión del carácter genérico del hombre, se justifican y legitiman a través del *consenso*».

Al esquema habermasiano, formalmente construido sobre la racionalidad del hombre y su capacidad lógica de argumentación, in-

(75) MARX, K., *Manuscritos de economía y filosofía*, Ed. Alianza, Madrid, 1969, pág. 19.

(76) PÉREZ LUÑO, A., *Derechos Humanos, Estado de...*, citado, pág. 170.

(77) HELLER, A., *Por una filosofía radical*, Ed. El Viejo Topo, Barcelona, 1992, pág. 137. Vid. también HELLER, A., *Teoría de las necesidades en Marx*, Ed. Península, Barcelona, 1968, y HELLER, A., *Hipótesis para una teoría marxista de los valores*, Ed. Grijalbo, Barcelona, 1974.

corpora HELLER los elementos que considera imprescindibles para hablar del hombre entero: el cuerpo, los sentimientos, las relaciones humanas; pues, evidentemente, «el hombre es racional, pero no es sólo eso» (78) y así, considera que todas las necesidades sentidas como tales por los seres humanos son reales, deben ser consideradas como reales y deben ser reconocidas (79) y en este sentido «no ha de argumentar quien dirija a mí su necesidad, he de ser yo quien lo haga, siempre que no pueda satisfacerla».

Por todo ello, PÉREZ LUÑO sostendrá la necesaria complementariedad de las éticas discursivas con la teoría de las necesidades afirmando que «la utopía filosófica de una sociedad plenamente libre y democrática, que halla su plasmación concreta en la entera satisfacción de sus necesidades radicales, no creo que pueda concebirse al margen de una comunicación intersubjetiva, libre y racional, es decir, basada en una búsqueda libre y racional de la verdad» (80).

2.º *Las implicaciones lógicas de la acción*

Señala RODRÍGUEZ-TOUBES que la originalidad de la propuesta fundamentadora de ALAN GEWIRTH consiste en la fundamentación previa de un «principio moral supremo» (81). A nuestro juicio, GEWIRTH rebasa el ámbito de las fundamentaciones dialógicas de corte habermasiano para lanzarse al análisis de las consecuencias pragmáticas de toda acción intencional humana, y no solamente de la comunicativa, detallando además pormenorizadamente, el proceso en virtud del cual

(78) HELLER, A., *Por una filosofía radical*, citado, pág. 72.

(79) RODRÍGUEZ-TOUBES, J., *La razón de...*, citado, pág. 191.

(80) PÉREZ LUÑO, A., *Derechos humanos, Estado de...*, citado, pág. 172. Junto a las ideas expuestas recoge el profesor PÉREZ LUÑO en la fundamentación de valores a través de necesidades, las teorías del VIKTOR KRAET que se apoya en una antropología descriptiva para garantizar la efectividad de los juicios de valor por su inmediata referencia a las necesidades vitales, así como las tesis de H. ALBERT, quien califica los juicios éticos —además de por su capacidad para satisfacer necesidades— por su idoneidad para evitar sufrimientos innecesarios, y, por último, la de GIUSEPPE MARCHELLO, que intenta sentar las premisas para una axiología empírica que parte de la necesidad como ocasión y medio para valorar la praxis. Entre nosotros en la misma línea, *vid.* HIERRO, L., «Derechos Humanos o necesidades humanas? Problemas de un concepto», en *Sistema*, 1984, núm. 46.

(81) RODRÍGUEZ-TOUBES, J., *La razón de...*, citado, pág. 206.

su principio moral supremo justifica y fundamenta determinados derechos humanos concretos (82).

El Principio Moral Supremo, que GEWIRTH denomina Principio de Consistencia Genérica (PCG), es formulado por el autor en el enunciado «actúa en conformidad con los derechos genéricos de tus receptores al igual que con los tuyos propios» (83).

El argumento de concreción es largo y prolijo, y es desarrollado con envidiable maestría por el profesor RODRÍGUEZ-TOUBES (84). Nosotros lo resumiremos articulándolo en una tesis principal de la que fluyen dos tesis derivadas.

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

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

Tesis derivada 2.ª: He de actuar, en consecuencia, hacia otras personas con consideración favorable a la libertad y bienestar de ellos además de la mía propia, incluso en circunstancias donde mis propios intereses podrían ser satisfechos de modos más «eficaz» mediante otro tipo de comportamientos.

Esta deducción lógica desde el PCG parte de las consideraciones presupuestas que GEWIRTH tiene sobre el concepto de libertad como «el control de la propia conducta eligiendo voluntariamente con conocimiento de las circunstancias relevantes» y de bienestar como «tener las demás capacidades y condiciones generales requeridas para actuar», estas condiciones necesarias se conectan con derechos preci-

(82) Vid. GEWIRTH, A., «La base y el contenido de los derechos humanos», en *Derecho y moral. Ensayos analíticos*, V. Betegon y J. R. de Páramo (coords.), Ariel, Barcelona, 1990.

(83) Traducción de RODRÍGUEZ-TOUBES, J., del original de GEWIRTH, A., *Reason and Morality*, The University of Chicago Press, 1978, que en la versión original dice: «Act in accord with the generic rights of your recipient as well as of yourself».

(84) RODRÍGUEZ-TOUBES, J., *La razón de...*, citado, pág. 288.

samente porque «son necesarias para actuar», y no el mero hecho de que sean intereses o necesidades del sujeto (criterio delimitador que permite a al autor distinguir entre derechos y simples caprichos), por ello, «todos los derechos morales justificados consisten en uno u otro segmento, individual o institucional, de los derechos de libertad y bienestar» (85).

3.º *El constructivismo ético*

Se incluye esta propuesta dentro de las fundamentaciones intersubjetivas porque su base se centra, como seguidamente veremos, en la «aceptabilidad hipotética» de los miembros de una comunidad sobre determinados juicios éticos. El autor emblemático del constructivismo es, sin duda, el profesor argentino CARLOS SANTIAGO NINO (86).

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

Para ello, el constructivismo se articula de forma discursiva, buscando una equidad conclusiva muy similar a la del «equilibrio reflexivo» de JOHN RAWLS (87). NINO parte de la hipótesis, generalmente aceptada de que tanto el derecho como la moral positiva tienen la función de superar ciertas dificultades básicas de la vida humana, función que es independiente de las intenciones particulares de los indi-

(85) GEWORTH, A., «Why rights are indispensable», en *MIND*, núm. 95 (1996), citado por R.-TOUBES en *La razón de...*, citado, pág. 210.

(86) *Vid.* NINO, C. S., *Ética y Derechos Humanos. Un ensayo de fundamentación*, Ariel, Barcelona, 1989.

(87) *Vid.* RAWLS, J., *A Theory of Justice*, Oxford, 1971, pág. 51. Rawls sostiene que en la filosofía moral se busca llegar a un equilibrio entre ciertas convicciones intuitivas y determinados principios generales descalificando o modificando aquellos principios que no dan cuenta de nuestras convicciones más firmes, y abandonando aquellas convicciones que no pueden ser justificadas sobre la base de principios plausibles.

viduos que intervienen en el desarrollo de tales sistemas normativos y del grado de eficacia con que ella es, en cada caso, satisfecha (88). Tanto la moral como el Derecho cumplen, mal o bien, la función de reducir conflictos entre los individuos y la de facilitar la cooperación social, siendo así lógico que, para el adecuado cumplimiento de estas funciones, dependan parcialmente de las convicciones morales de la gente.

La moral apoya al Derecho para evitar que se actúe sólo por razones prudenciales; en este sentido, el último fundamento de nuestro actuar ha de ser moral y no meramente jurídico. El discurso fundamentero habrá de ser, por ello, un discurso moral, que para no ser arbitrario habrá de estar sometido a ciertas reglas que estipulan «cuáles son las condiciones para alegar razones morales» (89).

NINO señala como rasgos formales básicos que necesariamente habrá de satisfacer todo juicio moral para ser considerado como tal, el de su *autonomía, universalidad y no condicionamiento* a deseos o intereses contingentes. Este tipo de juicios sólo se pueden obtener en un discurso moral dirigido a conseguir una convergencia entre acciones y actitudes, a través de una aceptación libre, por parte de los individuos, de principios para guiar sus comportamientos frente a las actuaciones de los otros.

El discurso moral será acotado de forma negativa al estar presidido por los principios morales que en el mismo se introduzcan, y que habrán de ser *públicos, generales, supervinientes universales y finales* (es decir, aquellas pretensiones que no reúnan estas características, no podrán ser introducidas en el discurso), y la delimitación positiva se realizará desde el punto de partida, pues todo el desarrollo argumentativo habrá de estar controlado desde una perspectiva imparcial (que no es sino una de las versiones del observador ideal o imparcial apuntada por HUME).

Respetando los principios, las reglas y los procedimientos descritos, se puede llegar a formular un juicio moral sobre cuyo contenido

(88) NINO, C. S., *Ética y derechos...*, citado, pág. 97.

(89) NINO, C. S., *Ética y derechos...*, citado, pág. 103.

podamos anticipar una «aceptabilidad hipotética», afirmando que existen motivos racionales para creer que será aceptado generalmente por todos los miembros de la comunidad a la que va dirigido. Un juicio moral así obtenido será, según NINO, un juicio moral válido, de esta manera, y de forma original, señal nuestro autor que el constructivismo ético supera la denominada «falacia naturalista», pues traza un puente entre el «ser» y el «deber ser» de forma adecuada (en sentido negativo). Así señalará la corrección de un «juicio de valor» (deber ser) sobre el que pueda concluir la «aceptabilidad hipotética» (ser) de sus destinatarios (90).

Concluiremos la exposición de la tesis de NINO señalando que los principios morales que, según él, cumplen las condiciones requeridas para poder presidir adecuadamente el discurso moral no son otros que los principios típicos del liberalismo ideológico, a los que dedica atención pormenorizada en la segunda parte de su obra, y entre los que destaca el principio de autonomía, el de inviolabilidad y el de dignidad de la persona.

VII. PROBLEMAS DE LAS FUNDAMENTACIONES INTERSUBJETIVAS

1.º *La autoexclusión participativa*

Es éste un problema con el que se encuentra cualquier tipo de fundamentación dialógica o consensual. El escollo ya fue detectado por NINO al edificar su propia teoría constructivista, señalando la necesidad de la participación en el discurso moral como «medio distintivo de alcanzar una coincidencia en la aceptación de principios de conducta» (91).

En este sentido, y como recuerda RODRÍGUEZ-TOUBES (92), ya HABERMAS apuntaba que si bien el argumento pragmático-trascendental «es suficiente para que escéptico reconozca un principio normativo en tanto que participa en un discurso, no lo es para convencerle de que la aceptación de dicho principio como regla general de la acción fue-

(90) NINO, C. S., *Ética y derechos...*, citado, pág. 113.

(91) NINO, C. S., *Ética y derechos...*, citado, pág. 109.

(92) RODRÍGUEZ-TOUBES, J., *La razón de...*, citado, pág. 170.

ra de tal discusión. Así, al debatir, el escéptico reconoce implícitamente un principio de libertad de opinión en el diálogo, pero no por ello ha de admitir la necesidad de que el Estado garantice un derecho fundamental a la libertad de opinión». Frente a esta objeción, intachable, a HABERMANS sólo lo queda afirmar en una respuesta con cierta carga emocional, que el escéptico consecuente que renunciase a cualquier forma de participación social, que no se involucrase en las praxis comunicativa diaria, estaría condenado a »buscar refugio en el suicidio o en la neurosis» (93).

2.º *El imperativo del disenso*

Objeción formulada a todas las fundamentaciones de tipo consensual por el profesor JAVIER MUGUERZA, de forma casi solitaria (94), al señalar que «nada hay que excluya la posibilidad de que la decisión democrática de una mayoría sea injusta, y el hecho de que las decisiones no mayoritarias ni democráticas también lo puedan ser —y muy probablemente, o con toda seguridad, aún más injustas— no nos proporciona ningún consuelo ético, en especial si lo que deseamos es servirnos del imperativo de Habermas (o del principio kantiano de universalización en su versión habermasiana) para fundamentar los derechos humanos» (95).

Rechazando la fundamentación consensual, MUGUERZA, mediante una reformulación del imperativo kantiano, formula su *alternativa del disenso* con el denominado «imperativo de la disidencia» para fundamentar la posibilidad de decir «no» a situaciones en las que prevalece la indignidad, la falta de libertad o la desigualdad (96).

Con ello, el autor explica que «se trataría de preguntarnos si —tras tanta insistencia en el consenso, fáctico o contrafáctico, acerca de los derechos humanos— no extraeremos más provecho de un intento de «fundamentación» desde el *disenso*, es decir, de un inten-

(93) RODRÍGUEZ-TOUBES, J., *La razón de...*, citado, pág. 170.

(94) Vid. MUGUERZA, J., «La alternativa del disenso», en la obra colectiva de MUGUERZA, J., y otros, *El fundamento de los derechos...*, citado, pág. 19 y sigs.

(95) *Op. cit. supra*, pág. 42.

(96) MUGUERZA, J., «La alternativa del...», citado, pág. 42.

to de fundamentación «negativa» o disensual de los derechos humanos (97).

En virtud de esta fundamentación disensual, un individuo nunca podrá legítimamente imponer a una comunidad la adopción de un acuerdo que requiera la decisión colectiva, pero se hallará legitimado para desobedecer cualquier acuerdo o decisión colectiva que atente —según el dictado de su conciencia— contra la condición humana.

La fundamentación basada en la alternativa del disenso ha sido objeto de crítica por autores que, como J. BALLESTEROS o JAVIER DE LUCAS, han señalado los peligros que, desde esta concepción individualista, se corren al generar una visión escéptica sobre la democracia (98). No obstante, ésta es una crítica que se refiere a las consecuencias de la propuesta y no a la propia esencia de la fundamentación, por lo que entiendo que puede seguir oponiéndose válidamente a las alternativas consensuales. No hay que olvidar al respecto la advertencia de HUME sobre que «no hay peor argumento para demostrar la falsedad de una teoría científica o filosófica, que alegar sus consecuencias sociales perniciosas» (99). Pero existe un argumento más de fondo en la crítica de BALLESTEROS y DE LUCAS desde un punto de vista jurídico, cual es el de denunciar el excesivo carácter *voluntarista* de la fundamentación en el disenso, al centrarse ésta exclusivamente en el interés del afectado, es decir, en el hecho de que, según MUGUERZA, «el elemento decisivo a ese respecto es la voluntad, la condición de sujeto moral y su ejercicio», lo que deja sin resolver problemas como el fundamento de los derechos humanos de quienes no tienen capacidad de expresión de su voluntad (los niños y dementes), la existencia de derechos de índole irrenunciable e inalienable, o la completa distinción entre existencia o constitución de los derechos. Es decir, la fundamentación disensual deja sin resolver el problema de encontrar una categoría de objetivación del interés o deseo a través de la noción de necesidades (100).

(97) MUGUERZA, J., *op. cit.* supra, pág. 43.

(98) BALLESTEROS, J. J., y DE LUCAS, J., «Sobre los límites del principio de disidencia...», en la obra colectiva de MUGUERZA, J., y otros, *El fundamento de...*, citado, pág. 87-95.

(99) DAVID, H., *Enquires concerning human understanding*, P. H. Hidditch, Oxford, 1875, secc. VIII, part. II, 75, pág. 96.

(100) BALLESTEROS, J. J., y DE LUCAS, J., «Sobre los límites del principio de disidencia...», en la obra colectiva de MUGUERZA, J., y otros, *El fundamento de...*, citado, pág. 89.

3.º *El carácter ambiguo de las necesidades*

La fundamentación de los derechos basada en las necesidades radicales ha sido detalladamente estudiada entre nosotros por María JOSÉ AÑÓN (101) y por J. HERRERA FLORES (102). Este último afirmará que, aunque las necesidades radicales —cuando son expresadas pública y democráticamente— están muy cerca de los sistemas axiológicos universales, los derechos humanos no pueden tener como única fundamentación las necesidades humanas, por muy radicalizadas que estén. En este sentido, entiende que las necesidades radicales permiten conectar hechos y valores, pero la determinación de la naturaleza de aquéllas, hace dicha mediación sumamente problemática.

Por su parte, RODRÍGUEZ-TOUBES ve dudosa la posibilidad de mediación entre necesidades empíricas y valores morales si se parte de un entendimiento de los valores como preferencias sociales generalizables, y aunque reconoce que la idea de necesidades radicales podría contribuir a precisar cuáles son las preferencias sociales reales, no puede apreciar con igual facilidad «su consistencia como criterio axiológico», lo que, como el propia autor señala, obedece a la intuición de que existen necesidades humanas que van más allá de las que el sistema socioeconómico ha de satisfacer para reproducirse (103).

Esta limitación intuitiva es confirmada por la tesis de M.^a JOSÉ AÑÓN, para quien las necesidades sirven de apoyo a las razones con las que exigimos su satisfacción, pero no llenan por sí mismas dichas razones, «sino que se requiere un razonamiento práctico» (104).

La propuesta de PÉREZ LUÑO, orientada a completar las fundamentaciones dialógicas formales con la teoría de las necesidades radicales, parece adecuarse a las exigencias de «ese algo más», ya que aquí las necesidades juegan un papel primordial en las razones justificativas pero no aparecen ellas mismas como razones justificativas

(101) AÑÓN ROIG, M.^a J., *Necesidades y derechos. Un intento de fundamentación*, Ed. CEC, Madrid, 1984. Vid. también AÑÓN, M.^a J., «El sentido de las necesidades en Agner Heller», en *Sistema*, núm. 96, 1990.

(102) HERRERA FLORES, J., *Los derechos humanos desde la Escuela de Budapest*, Ed. Tecnos, Madrid, 1989.

(103) RODRÍGUEZ-TOUBES, J., *La razón de...*, citado, pág. 193.

(104) AÑÓN, M.^a J., *Necesidades y derechos*, citado, pág. 105.

suficientes. No obstante, también a esta formulación conjunta podría oponerse la objeción de T. CAMPBELL en el sentido de que es necesario considerar que el principio de la «necesidad» es altamente implausible como criterio político (es decir, material) general, a menos que se presente junto con estándares para elegir entre posibles objetivos o deseos humanos (105). Por ello, junto al propio carácter material, ha de procurarse no tan sólo un procedimiento formal como el representado por las propuestas dialógicas, sino un preciso razonamiento moral y teleológico que permita darle la importancia que se merece. Ese resorte moral, según RODRÍGUEZ-TOUBES, podría ser aportado por el constructivismo de NINO.

4.º *La falta de profundización*

Como sabemos, CARLOS SANTIAGO NINO apoya su teoría en la importancia que las prácticas sociales adquieren para la consecución del consenso moral, utilizando técnicas que buscan «un equilibrio reflexivo» entre intuiciones y argumentos, presidido todo ello por los principios morales más emblemáticos del liberalismo ideológico.

Por ello, la primera objeción que recibe la fundamentación constructivista es, precisamente, la de quienes niegan los postulados del liberalismo propugnado soluciones de tipo comunitarista y de corte más o menos premoderno, como ya tuvimos ocasión de describir en la tercera objeción a las fundamentaciones iusnaturalistas.

De otro lado, y en la medida en que NINO se apoya para obtener la corrección de los juicios en *intuiciones* que se pretenden conciliar con razones, ello introduce «una garantía muy poco fiable (aunque psicológicamente eficaz) dado el acusado carácter interno e inexcrutable de éstas. Además, estas intuiciones deben conectarse de alguna manera con las reglas orientadoras del discurso moral, y es en esta conexión donde —según TOUBES— más insuficiente se manifiesta la propuesta constructivista de NINO al no profundizar en los mecanismos conectores, respeto de los que se limita a realizar una mera incursión «ex-

(105) CAMPBELL, T., *The left and the rights. A conceptual analysis of the idea of socialist rights*, Routledge and Kegan Paul, London, 1983, pág. 133; citado por RODRÍGUEZ-TOUBES en *op. cit.*, pág. 201.

ploradora», con lo que es imposible llegar al final del empeño fundamentador; aunque para ello nos deje, eso sí, «un valioso material cartográfico» (106).

4.º *El carácter prudencial de la fundamentación intencional*

El principio filosófico que subyace a la fundamentación lanzada por ALAN GEWIRTH es de carácter prudencial. En efecto, la aparente deducción lógica que realiza de su Principio de Consistencia Genérica está orientada a demostrar que el sujeto actuante ha de reconocer en los otros sujetos los mismos derechos que él necesita para actuar; es decir, formulada en sentido inverso, podemos mantener con el mismo rigor que si el sujeto no tuviese necesidad de actuar no tendría por qué reconocer a los demás ningún tipo de derechos; con ello, la fundamentación se aleja de los principios de autonomía e imparcialidad que han de presidir todo principio moral.

De otro lado, adolece de un vicio que ya señalamos en las objeciones a las éticas discursivas, cual es el de ofrecer cierto grado de consistencia en el ámbito creado por la propia teoría, pero manifestarse insuficiente en procedimientos que rebasan dicho campo. Como los propios presupuestos de las implicaciones lógicas de la acción intencional humana determinan, el sujeto puede que esté obligado a reconocer en los otros sujetos derechos y facultades que son lógicamente precisas para que los demás actúen, pero lo que no es capaz de ofrecer la teoría de GEWIRTH son razones determinantes para que el sujeto deba «querer» o simplemente «admitir» que los otros actúen.

VIII. CONCLUSIÓN

Dentro del abanico de propuestas fundamentadoras que sobre los derechos humanos hemos expuestos, parecen, a juicio del autor, ofrecer mayor grado de consistencia y de fuerza explicativa aquellas que procuran una combinación de procedimientos formales derivados de reglas lógicas conductuales y de valoraciones materiales expresadas en

(106) RODRÍGUEZ-TOUBES, J., *La razón de...*, citado, pág. 235.

función de necesidades humanas empíricamente verificables, del tipo de las propuestas por el profesor PÉREZ LUÑO.

No obstante, en éste, como en todos los ámbitos del conocimiento humano, hemos de admitir, con KARL POPPER que «conjeturalmente cada uno de nosotros no sabe *más* sino otras cosas. Hemos cambiado ciertas teorías, ciertas hipótesis, ciertas conjeturas por otras, muy a menudo por mejores: mejores en el sentido de proximidad a la verdad», recordando la teoría crítica del conocimiento que ya formulara JENOFANES en cuatro preciosos versos traducidos por el propio maestro (107):

*«La verdad segura sobre los dioses y sobre todas las cosas de
[las que hablo
no la conoce ningún humano y ninguno la conocerá.
Incluso aunque alguien anunciara alguna vez la verdad más
[acabada,
él mismo no podría saberlo: todo está entreverado de conjetura.»*

(107) POPPER, K., *Sociedad abierta. Universo abierto*, Tecnos, Madrid, 1992, págs. 147-152.