

## ESQUEMA

PARA UNA "REFLEXION EN DOS TIEMPOS SOBRE EL FUNDAMENTO DE LOS DERECHOS HUMANOS, EN PERSPECTIVA HISTORICA Y -- PROYECCION DE FUTURO".

(Ciclo de conferencias del Instituto Interamericano de derechos humanos; San José de Costa Rica, Septiembre de 1.984)

### Preámbulo

- 1.- Agradecimiento al Instituto por su generosa invitación, que me honra y me place, tanto como me inquieta y abruma.
- 2.- Dificultades para corresponder decorosamente a su confianza:
  - 2.1.- Por el volúmen, la intensidad y otros factores concomitantes, de la misión que tenemos encomendada -- quienes integramos la Institución del Defensor del Pueblo en España (equivalente, como es sabido, al Ombudsman), desde Enero de 1983; máxime en vísperas de la comparecencia ante las dos Cámaras de las Cortes Generales, en sesiones plenarias, para exponer el primer "Informe anual (1.983)", y recoger las observaciones de los Grupos Parlamentarios.
  - 2.2.- Por mi personal alejamiento, ya hace casi dos años, de la docencia universitaria, con lo que ello entraña de desfase, respecto a la acelerada investigación científica y la consiguiente atención a las publicaciones que genera, sobre una problemática tan fluida, tan dinámica, como es la de los derechos humanos, en este crucial momento del mundo.
  - 2.3.- Por la dificultad intrínseca de sintetizar en dos intervenciones (que no deben sobrepasar por respeto a la paciencia de los oyentes, los sesenta minutos cada una) un tema tan amplio y complejo, -- como el que me ha sido confiado: Reflexiones sobre

la fundamentación de los derechos humanos en la perspectiva de la Historia del pensamiento jurídico y su proyección hacia el futuro.

- 3.- Esquema para esa reflexión en cuatro puntos (distribuidos entre las dos intervenciones):
- 3.1.- Aproximación metodológica (clarificación de términos y cuestiones previas básicas).
  - 3.2.- Tipología y crítica de las principales "fundamentaciones originarias de los sistemas de derechos humanos en perspectiva histórica".
  - 3.3.- Valores y principios normativos básicos que emergen, como constantes en ese dinamismo histórico.
  - 3.4.- Proyección actual y hacia el futuro de una fundamentación integradora y finalista de los derechos fundamentales.

PRIMERA CONFERENCIA (12 - Septiembre - 1.984)

I.- Prolegómenos metodológicos.

En tres preguntas claves:

1.- Sobre el sentido y límites de las expresiones "derechos humanos" y otras "equivalentes", en el proceso histórico.

1.1.- Principales resultados del análisis lingüístico contemporáneo (en torno a las denominaciones habitualmente utilizadas en la doctrina y en la práctica).

(cfr. ad exemplum, Norberto Bobbio, Sergio Cotta, Ronald Working, Elias Diaz, Enrique P. Haba, Gregorio Peces Barba, entre otros muchos).

Y, en especial, Antonio Enrique Pérez-Luño, en su capítulo: "Delimitación conceptual de los derechos humanos", recogido en la obra colectiva "Los derechos humanos. (Significación, estatuto jurídico y sistema", Universidad de Sevilla, 1.979, págs. 13 y ss; revisado y ampliado, aunque con el mismo título, en su espléndido libro, muy reciente, y que ofrezco a este Instituto, "Derechos humanos, Estado de Derecho y Constitución", - Ed. Tecnos, Madrid, 1.984, págs. 21 y ss.)

1.1.1.- Derechos naturales; derechos subje-

tivos y derechos públicos subjetivos; libertades públicas; derechos individuales; derechos sociales; derechos morales; derechos fundamentales.

1.1.2.- ¿Ambigüedad, equivocidad, de la expresión más usada: "derechos humanos"?.  
¿O más bien, conjunto analógico y polivalente de expresiones?

1.2.- Opción personal en favor de la denominación "derechos fundamentales".

- a) Por razones teóricas.
- b) Por razones prácticas.
- c) Sin olvidar, sus aspectos criticables.

-----0-----

2.- Sobre la posibilidad de una fundamentación absoluta, o -por lo menos- objetiva, racionalizada y compartible mayoritariamente de los derechos humanos (fundamentales).

2.1.- Respuesta categoricamente negativa:

2.2.1.- Basada en la diversidad e, incluso, contraposición o contradicción de - las diversas teorías defendidas históricamente sobre esa intentada fundamentación (iusnaturalistas y positivistas de diferentes signos).

(Cfr. las contestaciones de B. Croce, A. Husley y otros (en la encuesta --

realizada en 1.947 por la UNESCO, - para colaborar en los trabajos de - la Comisión de derechos del hombre de las Naciones Unidas, que prepara ba la "Declaración Universal" de -- 1.948; y que fué publicada por la - propia Unesco: trad. española de la Ed. LAIA "Los derechos del hombre", Barcelona, 1.973).

2.2.2.- Basada en análisis teóricos contra el concepto de "naturaleza humana" (y su inmutabilidad y universalidad), y las antinomias entre los - derechos humanos (los individuales y los colectivos, según las concepciones liberales y las socialistas).

(Cfr. además de las opiniones expresadas por varios de los autores en la referida encuesta de la UNESCO, los más recientes análisis de Norberto Bobbio, Ch. Perelman, Russell, y otros en el Congreso o Encuentro - Internacional promovido por el Instituto Internacional de Filosofía, celebrado en L'Aquila, en Septiembre de 1.964, y publicado -bajo el cuidado de Guido Calogero- por la Ed. La Nuova Italia, Firenze, 1.966, -- con el título "Le fondement des -- droits de l'homme").

A) En síntesis, los argumentos de Bo

bbio fueron estos (bajo el rótulo: -  
"La ilusión del fundamento absoluto").

a) Vaguedad de la expresión "derechos humanos" (definiciones tautológicas; y que, si se intenta concretar su contenido, es refiriéndose a valores últimos, pero los valores últimos no se justifican, sino que se asumen, y no se les encuentra a su vez, fundamento absoluto).

b) Variabilidad de las listas de derechos humanos a lo largo de los siglos y según los países y culturas, - lo que excluye la existencia de un -- fundamento absoluto.

c) Heterogeneidad de esos derechos, - con diverso grado de prioridad y con tensiones antinómicas entre ellos -- (los derechos individuales o libertades, y los derechos sociales o poderes), lo que igualmente excluye la - posibilidad de un fundamento absoluto. De ahí la conclusión de Bobbio de -- abandonar la idea o ilusión de un -- fundamento absoluto y el esfuerzo inútil de justificar los derechos humanos cuando lo importante es protegerlos; no es problema teórico, sino -- práctico.

(Insistencia de Bobbio, en escritos - posteriores, como en su ponencia, al "Congreso Nacional sobre los derechos humanos" Turin, Diciembre 1.967, recogido con otros estudios, en su libro "Il problema della guerra e le -

vie della pace" (Bologna, Il Mulino, - 1.979; hay trad. española, ed. GEDISA, Barcelona, 1.982: Capitulo III: "Sobre el fundamento de los derechos del hombre" recogido también en el "Anuario de derechos humanos, 1.981" del - Instituto derechos humanos de la Universidad Complutense de Madrid, 1.982)

B) También Ch. Perelman (en el Encuentro de L'Aquila) se planteó la cuestión de si era posible "fundar los derechos del hombre", y sostuvo la imposibilidad de un fundamento absoluto, pero aceptó la búsqueda dialéctica y consensual, de fundamentos suficientes y razonables de los diversos tipos de derechos humanos que van surgiendo en el proceso histórico.

C) Esas actitudes se han reflejado, con unos y otros matices, en un número creciente de iusfilosofos y de científicos del Derecho, de orientación positivista o historicista.

(Cfr. el excelente estudio del Prof. Eusebio Fernandez de la Universidad Autónoma de Madrid: "El problema del fundamento de los derechos humanos", en el "Anuario de derechos humanos, 1.981" Madrid, 1.982).

2.2.- Respuesta categoricamente afirmativa:

- 2.2.1.- Por razones teóricas: posibilidad de detectar datos constantes en el ser humano, por debajo de las mutaciones temporales, indudables, y de las diversidades geográficas (espaciales) y culturales.
- 2.2.2.- Por razones prácticas: necesidad de un consenso sobre ese fundamento objetivo, racional y compatible de -- los derechos humanos, si se quiere defenderlos, protegerlos eficazmente contra la arbitrariedad de los Poderes públicos. (El argumento "reducto ad Hitlerum", tras la II -- Guerra Mundial; y los "ejemplos" de la situación en los Estados "totalitarios" o dictatoriales, pese a formar parte de las Naciones Unidas y haber suscrito y ratificado la Declaración Universal de 1.948, los Pactos Internacionales de 1.966 y otras muchas Declaraciones y Convenios, sobre derechos concretos.
- 2.2.3.- Fué la actitud clásica de los iusnaturalistas, resurgida (con matizaciones) tras la II Guerra Mundial; pero también de iusfilosofos influidos por la Ética de los valores y otras tendencias "objetivistas".

En estos últimos años, ha roto lanzas sobre la posibilidad y la necesidad

dad de una fundamentación objetiva y racional de los derechos humanos, el Prof. Sergio Cotta, en dos importantes escritos: el más polémico (Attualità e ambiguità dei diritti fondamentali) (Prolusión en el XXVII Congreso Nacional de estudio, Roma 1976 de la Unión de Juristas Católicos -- Italianos, publicada en "Cuaderni di Justitia", nº 27, ed. Giuffrè), contra las construcciones positivistas y relativistas; y en el más constructivo, aunque también suscite serias reservas, titulado "Il fondamento dei diritti umani" (en el libro colectivo): "I diritti umani (dirigido por Gino Canetti, ed. A.V.E., Roma 1.982).

2.3.- Finalmente, una actitud conciliadora que se esfuerza en conjugar el convencimiento de que no es posible renunciar a priori a forjar una fundamentación objetiva de los derechos humanos, pero tampoco imponerla dogmáticamente y debe ser abierta y dialectica, en busca de un consenso operativo.

2.3.1.- Así, la que incoó Jacques Maritain, quien sin renunciar a una fundamentación racional y objetiva de los derechos humanos, por considerarla posible y necesaria, basada en los datos de la razón y de la conciencia moral humana, estimó (en vísperas de la De

claración Universal de 1.948) que tenía que avanzarse en el diálogo y en la concordia, con un respeto recíproco a las actitudes ideológicas antagónicas, y con la vista puesta en la eficaz tutela de los derechos humanos internacionalmente reconocidos.

( Cfr. su introducción al volumen -- "Los derechos del hombre" de la UNESCO, ya citado, sobre la encuesta preparatoria de la Declaración Universal de 1.948" (páginas 20 a la 23) (continúa pág. 10.1. (siguientes)

2.3.2.- Muy dignas de realzar en esa línea, son las reflexiones, mucho más recientes, del Prof. Eusebio Fernandez (en su estudio monográfico: "El problema del fundamento de los derechos humanos", en "Anuario de derechos humanos, 1.981", de la Universidad Complutense de Madrid, 1.982, ya citado) (págs. 103 a 106) (continúa págs. 10.4 (ss)

Y, especialmente, las del Prf. Antonio Enrique Pérez-Luño (en su libro ya citado, "Derechos humanos, Estado de Derecho y Constitución", en el -- capítulo 3º: "La fundamentación de los derechos humanos" en que tras exponer críticamente los tres tipos, ~~ta~~ que cuidadosamente analiza -el objeti

vista, el subjetivista, y el intersubjetivista- concluye declarando: "Una vez que se han analizado... (págs.180 a 181).Continúa en la página 11.1.

2.3.3.- Con ese mismo espíritu me inclino a - propugnar una actitud abierta, pluridimensional y dialogante, que:

- a) Supere cualquier intransigencia - unilateral en el intento de ofrecer una fundamentación objetiva y originaria de los derechos fundamentales, sin perjuicio que cada uno arguya racionalmente, con arreglo a su conciencia moral.
- b) Integre en su propia concepción - el mayor número posible de datos empíricos sobre las necesidades humanas básicas y sobre los valores éticos prevalentes en la conciencia colectiva de cada época y de cada cultura.
- c) Promueva, en diálogo con los demás filósofos y científicos (de las diversas disciplinas y de las distintas ideologías) sensibles a la problemática de los derechos humanos fundamentales, la eficaz tutela de los mismos, mediante la promoción de las condiciones económi

cas, culturales y políticas que ha  
gan posible el igual disfrute de -  
todos esos derechos básicos, dando  
prioridad a esa fundamentación fi-  
nalista, sobre la vieja polémica -  
del fundamento originario absoluto.

-----0-----

3.- Sobre la posibilidad y , en su caso, el sentido y -  
condiciones de una Historia general de los derechos  
humanos (puesto que ese es el tema que se me requi-  
rió).

3.1.- Actitudes reduccionistas.

En la bibliografía contemporánea se pueden se-  
ñalar dos, de diverso rigor y alcance:

3.1.1.- La maximalista, que restringe la His-  
toria de los derechos humanos, a la -  
que se abre con las Declaraciones pre-  
ceptivas o normativas del siglo XVIII  
(las de América del Norte y la de Fran-  
cia de 1.789).

Se apoyan en dos argumentos principa-  
les:

a) Que los textos normativos anterio-  
res (Magna Carta de 1.215, Bill of  
Rights de 1.689, en la tradición -  
británica; Decretos de Alfonso IX,

.../...

en las Cortes de León o Pragmáticas y Fueros del Reino medieval de Aragón, en la tradición hispana; y similarmente en otros países), no reconocieron propiamente "derechos humanos", de carácter universal, sino libertades, franquicias o privilegios de ciudadanos de cada Reino, y dentro de una estructura estamental.

b) Que sólo desde finales del siglo XVIII quedaron ligados esos "derechos humanos", positivizados y de alcance universal, a la estructura del Estado (liberal) de Derecho, condición básica para su tutela.

3.1.2.- La que amplia esa Historia, pero sólo para hacerla arrancar del "tránsito a la modernidad", es decir, de la desaparición del régimen socio-político feudal y la emergencia de los Estados nacionales, conjuntamente con los cambios geográficos, económicos, culturales y religiosos, desde finales del siglo XV.

3.2.- Actitud integradora, que (sin perjuicio de reconocer eras o períodos claramente diferenciables en esa Historia), insiste no sólo en la posibilidad, sino también en la necesidad

científica de contemplar y analizar objetivamente todos los datos comprobables sobre las ideas y los hechos que jalonan la milenaria toma de conciencia colectiva de la dignidad humana, y las exigencias éticas de libertad e igualdad de ella dimanantes, a la par de la lucha incesante contra las esclavitudes y arbitrariedades de los Poderes dominantes.

Desde esa óptica resulta posible, legítima y necesaria una descripción histórica periodificada (con los riesgos y las reservas que - ese intento entraña) en cinco grandes etapas (simbolizables en algo así como la parábola del grano de mostaza, que de semilla diminuta crece hasta ser árbol inmenso en que buscan cobijo y savia todos los seres humanos y todos los Pueblos):

- 1º) Una proto-historia, constituida por las raíces del humanismo antiguo (de Oriente y de Occidente: hebreo-cristiano y heleno-romano), en que se desvela el sentido de la dignidad personal y sus valores esenciales.
- 2º) Una fase remota coincidente con el Medioevo de Europa, en que pugnan las ideas filosóficas-morales, ligadas al pensamiento cristiano, con las estructuras opresivas, heredadas del mundo antiguo, y en que -- apuntan (siglos XIII a XV) , las primeras

"positivaciones" (como tallo de lo que será el gran árbol) de algunas garantías colectivas o comunitarias, y, por reflejo, también de los ciudadanos, pero en su inserción estamental.

- 3a) El "tránsito a la modernidad", en que los profundos cambios geográficos, económicos, religiosos, culturales y políticos (siglos XV a XVII), inciden sobre -- ese todavía débil tronco de derechos personales (ya con más neta conciencia de la subjetividad individual), y se originan textos normativos sobre algunas libertades cívicas (principalmente las de carácter religioso y las de índole económico) en los emergentes Estados de Europa, (sobre todo, Inglaterra, Francia, Confederación Helvética, Alemania, Italia y, con rasgos específicos, España).
- 4a) La consolidación de todos esos factores y su fructificación, en las grandes Declaraciones de derechos, durante el siglo XVIII y, luego, en las Constituciones nacionales del Siglo XIX, que marcan un paso decisivo en la positivación de los derechos individuales, dentro del -- marco de los Estados de Derecho, de ideología liberal, y, sincrónicamente, la -- pugna creciente hacia exigencias sociales de igualdad y solidaridad.
- 5a) El avance hacia la ramificación plural de

los derechos fundamentales positivizados (civiles, políticos, económicos, sociales y culturales de cada persona singular, por un lado; y por otro, los derechos de las minorías y otras comunidades diferenciadas, así como los de los Pueblos y de los Estados); todo ello, conjugado con un proceso relativamente acelerado -aunque con frenos y entorpecimiento- de universalización de los sistemas de protección (judicial y para-judicial), al tiempo que se agudiza la crisis del Estado democrático-liberal de Derecho, -emergen formas (no homogéneas, sino en varios aspectos contrastantes) de Estados democrático-sociales de Derecho y de Estados socialistas, y se eleva al plano de la Comunidad Internacional la suprema vigilancia de ese común patrimonio de derechos y deberes fundamentales, como condición necesaria para construir una auténtica paz en la justicia.

Con este esquema en mente nos incumbe ahora la difícil y arriesgada tarea de intentar describir y evaluar críticamente (aunque sea en forma irremediabilmente sucinta), las muy diversas y contrastantes teorías fundadoras del origen de esos conjuntos de libertades y derechos humanos, a lo largo de más de dos milenios.

II.- Ensayo de tipología y evaluación crítica de las principales fundamentaciones radicales u "originarias" de los derechos humanos (ligadas a las teorías de legitimidad de origen de los diferentes Regímenes políticos), propuestas a lo largo de la historia del pensamiento filosófico-jurídico.

Preámbulo.-

Frondosidad de la bibliografía sobre el tema, y dificultad de construir una tipología ideológicamente neutral o suficientemente objetiva. De ahí el carácter provisional de esta propuesta, que tiene en cuenta las ya más frecuentes en la literatura filosofico-jurídica actual, sólo que tratando de superar el riesgo deformador de los "ismos" (iusnaturalismo versus positivismo; subjetivismo versus objetivismo; individulismo versus colectivismo; liberalismo versus socialismo; etc.)

(Cfr. como valiosas orientaciones, las de Antonio Enrique Pérez-Luño, en el capítulo 3 de su obra, ya citada "Derechos humanos, Estado de derecho y Constitución" págs 132 y ss y el capítulo 5 del mismo libro, págs. 212 y ss.)

También, Eusebio Fernández: "El problema del fundamento de los derechos humanos", ya citado, en "Anuario de derechos humanos 1.981", Madrid 1.982, pags. 75 y ss.; Elías Díaz: "Legitimidad democrática versus legitimidad positivista y legitimidad iusnaturalista", en el mismo "Anuario-1.981", pags. 51 y ss; y, con singular relieve, Prof. Gregorio Peces-Barba, en sus obras: "Derechos fundamentales" (Ed. LATINA UNIVERSITARIA, 3a Ed. Madrid, 1980), "Tránsito a la modernidad y derechos fundamentales" (Ed. MEZQUITA, Madrid, 1.982), e "Introducción a la filosofía del derecho" (Ed. DEBATE, Madrid, 1.983).

En otro aspecto, Antonio Truyol: "Los derechos humanos", nueva edición, Tecnos, Madrid, 1.977; y su magistral "Historia de la Filosofía del Derecho y del Estado", dos volúmenes, ed. BIBLIOTECA DE LA REVISTA DE OCCIDENTE, Madrid, 1.975; Guido Fassó: "Historia de la Filosofía del Derecho", trad. española, 3 volúmenes, ed. PIRAMIDE, Madrid, 1.981; y, Carl J. Friedrich "La Filosofía del Derecho", trad. española Fondo Cultura Económica de México.

## 1.- Fundamentación ético-objetivista.

### 1.1.- Sus caracteres básicos:

- a) Los "derechos humanos", como fruto de exigencias morales dimanantes de un orden normativo racional de la vida humana en sociedad.
- b) Y, en consecuencia, sustancialmente, constantes y universales, sin perjuicio de mutaciones contingentes (en el tiempo y en el espacio), y, de infracciones o violaciones circunstanciales.

### 1.2.- Inserción en este marco teórico de tres concepciones diferentes:

- 1.2.1.- La de índole racional-transcendente, como proyección de un orden natural del Universo, en la vida social humana.

Fué la tesis iusnaturalista heleno-romana-cristiana, prevalente en el Mundo antiguo y medieval, configuradora de una jerarquía normativa descendente (Orden cósmico o Ley

Eterna; Ley Natural, Leyes positivas... con el consiguiente criterio de legitimidad para las últimas, y de deberes y derechos de las personas humanas).

Y, sobre ese transfondo, la distinción entre el ius naturae, el ius gentium, y el ius positivum, en su doble dimensión (objetiva, como norma de conducta, y subjetiva, como deberes y facultades).

- 1.2.2.- La de índole racional-inmanente a cada ser humano, pero objetivada por la común racionalidad de todos, y la convergencia de voluntades a través del pacto social.

Fué la tesis del iusnaturalismo racionalista, renacentista o moderno, (desde el Siglo XVI), en que la jerarquía normativa arranca de esa Ley racional común, con preceptos morales básicos y "derechos naturales", garantizados por el - "contrato social (hipótesis o idea reguladora), y criterio de legitimidad para las leyes positivas y para el ejercicio de los Poderes públicos.

- 1.2.3.- La de índole axiológica, basada en la - realidad objetiva de valores morales, susceptibles de ser captados por intuición, prevalentemente emocional, de las personas humanas y compartibles por consenso en función de una convivencia civil, garantizada por las leyes positi-

vas.

Sería la concepción contemporánea de numerosos iusfilósofos, inspirados en la Etica de los valores; y también, aunque con matizaciones, las de algunos de los exponentes de formas renovadas de inspiración neo-iusnaturalista.

## 2.- Fundamentación ético-subjetivista.

### 2.1.- Sus caracteres básicos:

- a) Los "derechos humanos" como exigencias del - criterio subjetivo de cada persona individual, sin sujeción a norma objetiva alguna.
- b) Y, en consecuencia, radical contingencia, y singularidad de esas exigencias, frente a toda Ley positiva restrictiva.

### 2.2.- Encajan en esta caracterización:

- a) Las corrientes actuales del más radical subjetivismo axiológico, extremadamente individualistas, exaltadoras del valor "libertad", es pecialmente en el orden de las estructuras -- económicas (propiedad privada, economía de -- mercado, etc.)

Así, Friedrich von Hayek, Karl Popper, Ralf Dahrendorf, Milton y Rose Friedman; los economistas de la Escuela de Virginia, James Bu chanan y Gordon Tullock; Anthony Downs, Ri--

.../...

chard Posner...

- b) También, desde otro ángulo, ciertas posiciones extremadamente individualistas, próximas a un neo-anarquismo, como la de Robert Nozick.

(Cfr. Antonio E. Pérez-Luño, en "Derechos humanos, Estado de Derecho y Constitución", cit. págs. 145 y ss).

- c) Retrospectivamente, podrían reconducirse a este "tipo" de fundamentación (o no fundamentación), las tésis del antiguo anarquismo, y las de los sofistas griegos, y las de los escépticos.

### 3.- Fundamentación jurídico-positiva-estatal.

#### 3.1.- Sus caracteres básicos:

- a) Los derechos fundamentales como proyección -- subjetivada de imperativos del ordenamiento -- jurídico-positivo, vigente en cada Estado.
- b) Y, en consecuencia, son derechos generados en la historia humana, contingentes, pero garantizados por normas jurídicas, formalmente válidas, de rango constitucional estatal.

#### 3.2.- Cabe integrar en esta categoría (o "tipo" de fundamentación), tres respuestas históricas:

- 3.2.1.- Los derechos fundamentales, como resultantes de normas imperativas, integrantes -

de Constituciones de Estados nacionales de ideología liberal individualista (capitalista).

3.2.2.- Los derechos fundamentales, dimanantes de normas imperativas, integradas en -- Constituciones de Estados nacionales, - de ideología marxista colectivista.

3.2.3.- Los derechos fundamentales, dimanantes de normas imperativas, integradas en -- Constituciones de Estados nacionales, - de ideología religiosa dominante, cuyas leyes o preceptos, inspiran el ordenamiento jurídico-positivo.

Así, en este momento, los Estados de religión musulmana, como principal ejemplo.

#### 4.- Fundamentación jurídico-positiva de la Comunidad Internacional.

##### 4.1.- Sus caracteres básicos:

a) Los derechos fundamentales como fruto de la - evolución de la conciencia moral de la Humanidad, generadora de un consenso suficiente sobre determinados valores esenciales para la - paz, y positivizados en normas de Derecho Internacional (principios generales, costumbres, - Declaraciones y Pactos o Convenciones).

b) Y, de ahí, pretensión de obligatoriedad para todos los Estados (ius cogens), y de permanencia o estabilidad indefinida.

4.2.- Es la fundamentación aceptada en la práctica, - por todos los Estados miembros de la Organización de las Naciones Unidas, pese a la "reserva tácita" sobre el "fundamento ideológico último" a los criterios de interpretación, y la efectividad de tutela y de cumplimiento.

#### 5.- Evaluación crítica de esta tipología.

Por razones obvias de tiempo, quedaría abierta al coloquio sobre tres líneas de reflexión colectiva:

5.1.- Argumentos contra y en pro de la tipología propuesta, en sí misma.

5.2.- Argumentos contra y en pro de cada uno de los tipos de fundamentación descritos:

5.2.1.- De la ético-objetivista (distintas formas de iusnaturalismo).

5.2.2.- De la ético-subjetivista extremada.

5.2.3.- De la jurídico-positiva estatal.

5.2.4.- De la jurídico-positiva internacional.

5.3.- Recapitulación:

5.3.1.- Necesidad de recoger lo legítimo de cada

una de esas concepciones sobre el funda-  
mento originario de los derechos humanos,  
 en conjunto, y en sus diversas categorías,  
 analizando los valores esenciales a que -  
 responden.

5.3.2.- Completar la fundamentación originaria, -  
 con la fundamentación finalista.

A ambas exigencias, corresponden las dos reflexio-  
 nes siguientes:

-SEGUNDA CONFERENCIA - 13 - Septiembre - 1.984-  
 III.- Valores y principios normativos básicos en el proceso  
histórico.

Preámbulo.-

- 1.- Breve evocación de las reflexiones precedentes, sobre -  
 la tipología de las principales concepciones teóri--  
 cas propuestas como fundamentación originaria de los de-  
 rechos humanos; y sobre el panorama histórico de la lu-  
cha por esos derechos.
- 2.- Intento de clarificación de las aportaciones positivas,  
 y de los obstáculos, para la vivencia efectiva de los -  
 valores morales esenciales al ser humano, en el proceso  
 histórico de tres grandes etapas, señaladas como simples  
 puntos de referencia.

-----0-----

.../...

I.- El legado del humanismo clásico (oriental, heleno-romano y hebreo-cristiano).

1.- Su aportación a la conciencia de tres valores esenciales (y principios éticos normativos):

1.1.- Dignidad de la persona humana.

1.2.- Libertad interior y reflejo social.

1.3.- Igualdad de todos los seres humanos.

2.- Contradicciones teóricas y obstáculos reales para la vivencia de esos valores, en las estructuras sociales y políticas de Mundo antiguo y del medieval.

3.- Algunas exigencias del pensamiento ético-jurídico humanista en esa fase histórica:

a) El derecho al respeto de la propia conciencia moral y religiosa.

b) El derecho a la libertad personal (frente a la esclavitud).

c) El derecho a la "desobediencia" contra las leyes injustas y contra las formas tiránicas del Poder.

4.- Primeros textos normativos de carácter jurídico-positivo en la Edad Media (con garantías o libertades de carácter estamental):

.../...

4.1.- En la tradición inglesa.

4.2.- En la tradición hispana (Concilios de Toledo, Decretos de Alfonso IX en las Cortes de León; Pragmáticas en el Reino de Aragón).

## II.- La aportación del humanismo renacentista y moderno.

### 1.- Factores condicionantes del "tránsito a la modernidad".

1.1.- Religiosos (Reforma, etc).

1.2.- Culturales:

a) Racionalismo y empirismo.

b) Subjetivismo e individualismo.

c) Contractualismo.

d) Democratismo.

e) Universalismo.

1.3.- Económicos (capitalismo).

1.4.- Políticos (Estados nacionales, etc).

2.- Reasunción y despliegue de los tres valores y exigencias morales:

2.1.- De la dignidad.

2.2.- De la libertad.

2.3.- De la igualdad.

3.- Contradicciones y obstáculos reales en las estructuras socio-económicas y políticas heredadas y en las de nueva implantación.

4.- Pugnas para garantizar los límites del Poder, y el reconocimiento jurídico-positivo de los principales "derechos naturales".

4.1.- En el plano teórico: las construcciones filosófico jurídicas de los grandes iusnaturalistas de la Edad Moderna, desde Hugo Grocio, a Ch. Wolf, y, con su especificidad, a E. Kant; y, en otra dimensión, Vitoria, Suarez, Vazquez de Menchaca, y - Fray Bartolomé de las Casas.

4.2.- En el plano práctico, los sucesivos textos normativos.

4.2.1.- En la tradición anglosajona:

a) El Bill of Rights de 1.689.

b) Las Declaraciones americanas del Siglo XVIII.

4.2.2.- En la tradición hispana:

Retrocesos y avances (las Leyes de Indias, sobre todo).

4.2.3.- En la tradición francesa: la Declaración de 1.789.

III.- El humanismo contemporáneo y su influjo en el avance del triple proceso que afecta a la vivencia efectiva de los derechos humanos fundamentales.

1.- Expansión del contenido de los derechos humanos mediante la asunción del valor solidaridad (fraternidad), -- junto a los valores dignidad, libertad e igualdad de los seres humanos.

De ahí, conjunción compleja y dialéctica, pero no antinómica (frente a ciertas teorías liberales extremadas) de los derechos "individuales" (cívicos y políticos, o "libertades públicas") y de los derechos económicos, - sociales y culturales (derechos de igualdad y derechos de solidaridad).

2.- Universalización creciente de esos derechos humanos, - en cuanto a los sujetos titulares (personas individuales, comunidades menores y Pueblos), y en cuanto a las diversas culturas.

3.- Protección jurisdiccional y para-jurisdiccional (sistema del Ombudsman) del conjunto de derechos fundamentales:

3.1.- En la órbita de cada Estado.

3.2.- En la órbita supranacional:

3.2.1.- Regional (o Continental).

3.2.2.- Universal (Naciones Unidas).

IV.- Ultima reflexión en la perspectiva de futuro:

- 1.- Insistencia en la integración de todo lo legítimo existente en las diversas concepciones históricas sobre el "fundamento originario" (o legitimación de origen) de los diversos derechos humanos, en conjunto.
  
- 2.- Acentuación del punto de vista finalista en esta fundamentación, en cuanto que la efectiva vivencia de los derechos humanos básicos, mediante la expansión de su contenido, (libertad, igualdad y solidaridad), la universalización de su alcance y la pretensión operativa de su disfrute (nacional y supranacional), frente a todas las formas de violación o frustración, es condición ineludible para la paz, una paz auténtica en la justicia.

Cuéntase que en una de las reuniones de una Comisión nacional de la UNESCO, en que se discutía acerca de los derechos del hombre, alguien se admiraba de que se mostraran de acuerdo, sobre la formulación de una lista de derechos, tales y tales paladines de ideologías frenéticamente contrarias. En efecto, dijeron ellos, estamos de acuerdo tocante a estos derechos, pero - con la condición de que no se nos pregunte el porqué. En el porqué es donde empieza la disputa.

La cuestión de los derechos del hombre nos enfrenta con un ejemplo eminente de la situación, que he intentado describir en un discurso pronunciado en la Segunda Conferencia Internacional de la Unesco, discurso del que voy a permitirme reproducir aquí algunos párrafos:

¿Cómo es posible -preguntaba yo- concebir una concordancia de pensamiento entre hombres congregados para realizar conjuntamente una tarea de orden intelectual, y llegados de los cuatro extremos del horizonte, y que, no sólo pertenecen a culturas y civilizaciones distintas, sino a familias espirituales y escuelas del pensamiento antagónicas?... Es posible, porque la finalidad de la Unesco es una finalidad práctica, y por esto el acuerdo de las inteligencias puede realizarse espontáneamente en ella, no sobre la base de un pensamiento especulativo común, pero sí sobre la comunidad de un pensamiento práctico; no sobre la afirmación de idéntico concepto del mundo, del hombre y del conocimiento, pero sí sobre la afirmación de un mismo conjunto de convicciones respecto a la acción. Esto quizá no sea mucho; es el último reducto de la concordancia de las inteligencias. Basta, sin embargo, para la posibilidad de emprender una obra magna; y mucho sería el poder tener conciencia de ese conjunto de convicciones prácticas comunes.

Quisiera destacar aquí que el término de ideología y el término de principios pueden entenderse en dos acepciones totalmente distintas. Acabo de comprobar que el estado actual de división de las inteligencias no permite un acuerdo, ni acerca de una ideología especulativa común, ni acerca de unos principios comunes de explicación. Ahora bien, si se trata, por el contrario, de la ideología práctica fundamental y de los principios de acción fun

damentales implícitamente acatados hoy en día, en su realidad si no en su formulación, por la conciencia de los pueblos libres, nos encontramos con que constituyen, grosso modo, un como residuo común, una especie de ley común no escrita, en el punto de convergencia práctica de las ideologías teóricas y las tradiciones espirituales más distintas. Para comprenderlo basta con distinguir convenientemente las justificaciones racionales integradas en el dinamismo espiritual de una doctrina filosófica o de una fe religiosa, y las conclusiones prácticas que, diversamente justificadas para cada uno, constituyen, para unos y otros, unos principios de acción analógicamente comunes. Tengo la convicción absoluta de que mi manera de justificar la creencia en los derechos del hombre y en el ideal de la libertad, - igualdad y fraternidad, es la única sólidamente basada en la verdad. Lo - cual no me impide estar de acuerdo, en lo que a esas convicciones prácticas se refiere, con aquellos que se hallan convencidos de que su propio modo de justificarlos, por completo diferente del mío, u opuesto al mío en su dinamismo teórico, es, asimismo, el único apuntalado realmente por la verdad. - Un cristiano y un racionalista, ambos creyentes en la carta democrática, presentarán, empero, de ésta, unas justificaciones incompatibles entre ellas; justificaciones a las que habrán entregado su alma, su espíritu y su sangre, y ello los moverá a luchar el uno en contra del otro. ¡Y Dios me guarde de decir que no importa averiguar cuál de los dos está en lo cierto! Importa esencialmente. Queda el que están de acuerdo acerca de la afirmación práctica de esta carta, y que pueden formular de consuno principios comunes de acción.

En el orden de las interpretaciones y justificaciones racionales, en el orden especulativo o teórico, la cuestión de los derechos del hombre pone de manifiesto todo el sistema de certidumbres morales y metafísicas (o antimetafísicas) al que cada uno se adhiere. Mientras no existe, entre las inteligencias unidad de fe o unidad filosófica, las interpretaciones y justificaciones se encuentran en mutuo conflicto.

Por el contrario, en el terreno de los asertos prácticos, es posible un acuerdo sobre una declaración común; ello mediante un acercamiento antes pragmático que teórico, y una labor colectiva de confrontación; refundición y esclarecimiento de las fórmulas, por la cual éstas puedan ser aceptadas por unos y

por otros, a modo de puntos de convergencia práctica, sean cuales fueren las oposiciones entre las perspectivas teóricas. Nada impide lograr, de esta — suerte, la elaboración de una Declaración nueva y ampliada de los Derechos del Hombre, la cual habría de señalar una etapa notable en el proceso de — unificación del mundo, y en la que, en particular, el concepto exclusivamente sobresaliente en el individualismo clásico, de los derechos y libertades del ser humano como aplicado a la obra de su destino personal, y el concepto, exclusivamente sobresaliente en las perspectivas marxistas, de los derechos y libertades del ser humano como comprometido en la obra histórica de las comunidades de que forma parte, llegarían a completarse y a coordinarse en un sentido absolutamente pragmático, y únicamente en lo que a la promulgación de un número determinado de principios de acción y reglas de conducta se refiere. No es razonablemente posible el esperar algo más que esa convergencia práctica sobre una enumeración de artículos formulados en común. — Si se trata de una conciliación teórica y de una síntesis propiamente filosofica, esta no se concibe más que como resultado de una enorme labor de profundización y depuración, la cual exigiría intuiciones superiores, una nueva sistematización y la crítica decisiva de cierto número de errores e ideas confusas: por lo cual, y aun cuando lograra ejercer una acción importante sobre la cultura, seguiría siendo una doctrina entre las demás doctrinas, aceptada — por unos, rechazada por otros, y que no podría alcanzar de hecho un dominio universal sobre los intelectos.

De lo anterior podemos obtener la conclusión de que resulta casi imposible encontrar una única fundamentación ética válida para todos los derechos humanos, con la excepción de la idea de dignidad humana. A partir de ahí ya nos debemos centrar en el análisis de las diferentes fundamentaciones éticas según los distintos derechos. Como apuntó NORBERTO BOBBIO hace unos años "no se debe hablar de un fundamento único, sino de fundamentos de los derechos del hombre, de fundamentos diferentes".

Hasta ahora he identificado la fundamentación ética de los derechos humanos con los valores y exigencias éticas que respaldan estos derechos, y obviamente esos valores y exigencias éticas son el contenido de esa fundamentación. Sin embargo, ha llegado la hora de preguntarnos por su razón de ser, por su misma racionalidad: ¿a qué tipo de valores nos referimos cuando hablamos de Derechos Humanos Fundamentales? ¿de qué tipo de exigencias se trata? ¿exigencias absolutas, universales, históricas, convencionales, mínimamente racionales o simples reflejos de una sensibilidad humanista y de la emotividad humana?. Y, finalmente, ¿existen buenas razones para la defensa y justificación de los derechos humanos fundamentales?.

Como esquema de lo que a partir de ahora desarrollaré, adelanto en relación con el primer interrogante que me refiero a los valores relativos a la dignidad humana, como valores de seguridad, libertad e igualdad. En relación con el segundo y tercer interrogante contesto que se trata de exigencias no absolutas (con la única excepción de la exigencia de respeto a la vida), históricas (defender la historicidad de estas exigencias no disminuye su importancia y necesidad) y también de exigencias racionales. Finalmente, en relación con el cuarto interrogante, defenderé la idea de que existen buenas razones para la justificación de los derechos humanos.

Comenzaré por contestar a los interrogantes segundo, tercero y cuarto, cuyo problema puede definirse como la posibilidad de elaborar una justificación racional de la fundamentación ética de los derechos fundamentales.

Esta justificación racional consta de tres pasos o requisitos:

.../...

1.- Como primer requisito debemos partir de la constatación mínima o suposición, si se quiere, de que los derechos humanos son algo (ideales, exigencias, derechos) que consideramos deseable, importante y bueno para el desarrollo de la vida humana. (Si no aceptamos esta suposición no tiene sentido preguntarse por los derechos humanos ni por su fundamento.)

Si se pregunta por qué consideramos deseables, importantes y buenos los derechos humanos podríamos contestar (como último argumento) que su negación, no reconocimiento, ni respeto, ni garantía o la prohibición de su ejercicio pone en tela de juicio la idea de dignidad humana y hasta, por ejemplo, en el caso del derecho a la vida y a la integridad física y moral la misma posibilidad de la vida, lo que contrastaría con el hecho comprobable y verificable intersubjetivamente de que en todas las sociedades conocidas la mayor parte de las personas prefieren vivir a no vivir y además desean un tipo de vida más rica y compleja que la que les daría la mera supervivencia física.

2.- En un segundo momento, una vez admitido el primer requisito, se trataría de buscar el fundamento de cada uno de los derechos humanos, contando siempre con la convicción de que se tienen buenas razones para alegar a su favor.

Estas buenas razones nos conducen, en último término, a la justificación de valores últimos que deseamos como objetivos o ideales y que elegimos frente a su negación y por encima de otros valores más secundarios. La evaluación de esos valores y la elección entre ellos también puede ser decisiones racionales aptas para ser justificadas. La argumentación no puede llegar hasta el infinito, ni es esa mi intención, sin embargo, creo que respecto a la justificación final de los valores primarios o últimos se puede utilizar el método que señala HANS ALBERT respecto a la comparación entre distintos sistemas éticos posibles: "la comparación entre distintos sistemas éticos posibles habrá que basarla en la experiencia, al igual que sucede cuando se trata de teorías científicas que versan sobre un mismo dominio. También los sistemas éticos, pueden ser más o menos verificados, si bien de distintas formas que la ciencia...

En cualquiera de los casos, a la hora de fijar un criterio para la verifica-

ción de los sistemas éticos habrá que poner en primer plano la satisfacción de las necesidades humanas, el cumplimiento de los deseos humanos, la eliminación del sufrimiento humano innecesario, la armonización de las aspiraciones humanas intrasubjetivas e intersubjetivas, hechos, en todos los casos, que son controlables sobre la base de experiencias humanas.

3.- El tercer paso se centraría:

a) en la posibilidad de que esas buenas razones que alegamos puedan ser expresadas a otras personas, es decir, puedan ser objeto de diálogo y contratación con las que otras personas argumenten también como buenas razones, y

b) también se centraría en la posibilidad, como fruto de lo anterior, de que esas buenas razones obtuvieran un reconocimiento general o lo más general posible.

En definitiva, analizar el fundamento ético de los derechos humanos fundamentales es plantear también la posibilidad de la racionalidad y universalidad de ese fundamento, y hablar de racionalidad y universalidad del fundamento ético de los derechos humanos no es hablar de derechos absolutos, atemporales e invariables, sino de derechos morales, que puedan ser justificados racionalmente y cuenten con la pretensión de ser universalizados en un momento histórico concreto.

"Una vez se han analizado críticamente distintas fundamentaciones actuales posibles de los derechos humanos, no me parece legítimo refugirame en una cómoda epojé y abstenerme de todo juicio o pronunciamiento sobre "el fundamento mejor". La constancia de que existen diversos fundamentos posibles de los derechos humanos no tiene por qué llevar a inferir que todos ellos poseen idéntico valor teórico, o relevancia práctica.

Del mismo modo que el avanzar una conyectura o propuesta sobre el "fundamento mejor" no implica la creencia en un fundamento absoluto de validez definitiva. Se parte aquí, por el contrario, del presupuesto de que toda justificación racional de los derechos humanos debe considerarse como contrastable, como "falsable" en el sentido popperiano, en cuanto debe hallarse abierta a ulteriores procesos de revisión. Lo cual, lejos de ser un demérito, constituye su principal virtualidad en cuanto prueba su aptitud para tomarse en cuenta en futuras argumentaciones discursivas que la perfeccionen o, eventualmente, que la convaliden.

Desde estas premisas puedo avanzar ahora mi opción personal, en cierto modo anticipada en la exposición que antecede, en favor de una fundamentación intersubjetivista de los derechos humanos. Entiendo, en efecto, que los valores, que informan el contenido de los derechos humanos, no pueden concebirse como un sistema cerrado y estático de principios absolutos situados en la esfera ideal anterior e independientemente de la experiencia, como pretende el objetivismo; ni pueden reducirse tampoco al plano de los deseos o intereses de los individuos, como propone el subjetivismo. La fundamentación intersubjetivista, por la que me inclino, parte de la posibilidad de llegar a establecer las condiciones de las que la actividad discursiva de la razón práctica permite llegar a un cierto consenso, abierto y revisable, sobre el fundamento de los derechos humanos. Un consenso que, de otro lado, lejos de traducirse en fórmulas abstractas y vacías recibe su contenido material del sistema de necesidades básicas o radicales, que constituye su soporte antropológico.