

## EL DISCURSO DE LOS DERECHOS HUMANOS, UN DISCURSO POLÍTICO

SUMARIO: I. *Introducción.* II. *La ontología de los derechos humanos.* III. *La cuestión del fundamento.* IV. *Los derechos humanos inaturaliza o historia?* V. *Enumeración y clasificación de los derechos humanos.*

### I. INTRODUCCIÓN

Analizaremos aquí algunas de las respuestas que han sido planteadas a las preguntas sobre qué y cuáles son los derechos humanos (DH), y cuál es su fundamento. Se trata, desde luego, de respuestas desde el punto de vista de la ética y la filosofía del derecho. Estas consideraciones filosóficas de los DH han dado lugar a varias discusiones, algunas de las cuales, a nuestro parecer las más sugestivas, son las siguientes.

### II. LA ONTOLOGÍA DE LOS DERECHOS HUMANOS

Entenderemos aquí por "ontología", la pregunta por lo que los DH "son". En efecto ¿son alguna clase de entidad? Para algunos, los DH son derechos "morales"; para otros, si bien no usan esta expresión, los DH son anteriores al derecho positivo; todos parecen aceptar que los DH pueden ser vistos como razones que, provenientes de la ética, constituyen, en tanto tales, compulsiones para la producción de normas positivas, incluyendo, entre éstas, a las resoluciones estatales, y, por tanto, también en este caso los DH están "antes" que el derecho positivo. También puede decirse que constituyen razones para oponerse a los designios del Estado y sus detentadores; incluso, desde el punto de vista sociológico, los DH bien pueden ser la causa de las acciones políticas de buena parte de la izquierda latinoamericana.

Por nuestra parte, sostendremos que también pueden ser vistos como un tipo especial de discurso, que es el discurso propio de la sociedad moderna. Lo cual no excluye que los DH puedan ser "razones para actuar" y, por tanto, estar "antes" que el derecho pro-

ducido por el Estado. En todo caso, la cuestión estará en saber qué clase de anterioridad implica ese “antes”.

### 1. *Los derechos humanos como derechos morales*

Al respecto, el fuego parece haber sido abierto por un libro de ya grueso prestigio, que, sintomáticamente, está dedicado al ex presidente Raúl Alfonsín.<sup>1</sup>

El autor sostiene que los derechos humanos son derechos de índole moral y no jurídica (p. 27). Y piensa que aun: “los escépticos en materia ética podrán aceptar la tesis de que los derechos humanos son derechos establecidos por principios morales, por más que agreguen a continuación que tales derechos son, en consecuencia —como los principios de los que derivan—, relativos, subjetivos o inexistentes.”<sup>2</sup>

Obsérvese, en primer lugar, que no resulta claro de qué manera los principios morales “establecen” derechos. En otro lugar (p. 29) habla de “principios morales que generan derechos humanos” o de “derechos humanos que derivan de principios morales”. “Establecer”, “generar” o “hacer derivar” es la función de los principios morales respecto de los DH. Sin embargo, pareciera que sin la intervención de alguien no es posible que unos principios “hagan”, en algún sentido, derechos humanos. Pareciera que, o bien una mente humana debe usar principios para derivar de ellos “derechos”, o bien el poder —la “voluntad”— de alguien debe poner normas jurídicas que “sancionen” tales principios.

Ahora bien, estos “principios morales” son definidos como unos que: “si existieran, su existencia estaría dada por su validez [...] y no por su reconocimiento efectivo [...] por ciertos individuos”.<sup>3</sup>

Es decir que no se trata de principios de alguna moral realmente existente —la católica o la comunista por ejemplo—, sino que se trata de: “una moral crítica o ideal que puede o no tener vigencia en algún ámbito”.<sup>4</sup>

Pero entonces, ¿cómo es que “generan” o hacen “derivar”? ¿Quién los hace derivar? Pero además, para llegar a este punto, primero hay que aceptar que un sistema moral, igual que uno jurídico, acuerda “dere-

1 Nino, Carlos S., *Ética y derechos humanos*, Buenos Aires, Paidós, 1984.

2 *Idem*, p. 26.

3 *Idem*, p. 27.

4 *Ibidem*.

chos" en el sentido en que esta palabra es utilizada por la teoría del derecho. Esto no está claro en el libro y ha sido plausiblemente criticado como veremos enseguida. ¿Por qué puede hablarse de derechos "morales"? El autor simplemente se limita a decir que tiene sentido preguntarse si son "de índole moral o jurídica" (p. 23), y encuentra que la respuesta es que son de índole moral, o, mejor, que hay derechos "morales", utilizando un argumento que introduce el concepto por una vía no legítima. Dice que: "las proposiciones acerca de derechos en general y de derechos humanos en especial [...] son equivalentes a proposiciones acerca del contenido de reglas o principios de un determinado sistema normativo".<sup>5</sup>

Adviértase, en primer lugar, que hace equivalente la palabra "principio" a "regla"; y digamos por nuestra parte, que es difícil diferenciar entre "regla" y "norma", por lo que "principio" podría llegar a ser lo mismo que la "norma" de un determinado sistema normativo. Y luego dice: "según sea el carácter moral, jurídico o de derecho natural del sistema normativo aludido por tales proposiciones, así será la índole de los derechos referidos por los enunciados originarios".<sup>6</sup>

O sea, en lugar de comenzar demostrando que la palabra "derecho" puede ser usada, sin ambigüedad, tanto respecto de un sistema moral como de uno jurídico, para lo cual precisaría mostrar que un sistema moral puede acordar derechos en el mismo sentido en que lo hace uno jurídico, en lugar de comenzar por la definición de sistemas morales y sistemas jurídicos, comienza por las proposiciones acerca de ellos. Como si se pudiera producir proposiciones sobre algo aún no definido. Además, para identificar proposiciones sobre dos objetos distintos, estos objetos no tienen que ser distintos en realidad. Porque si lo son, entonces las proposiciones que los refieren, si son idénticas, no lo serán del mismo valor semántico. Pero el autor comienza por las proposiciones que refieren derechos, y dice que lo son acerca de normas, para luego decir que, claro, si se trata de un sistema moral, entonces el hecho de que haya proposiciones sobre derechos respecto de ese sistema, comprueba que hay derechos morales. O sea que la palabra "derecho" tiene el mismo valor semántico si se refiere a un sistema moral que a un sistema jurídico.

Pareciera en cambio que el procedimiento debería ser diverso. Habría que analizar los sistemas morales como lo hace la teoría del derecho respecto de los jurídicos. Este análisis sería una "teoría de

<sup>5</sup> *Idem*, p. 23.

<sup>6</sup> *Ibidem*.

normas", sean morales, sean jurídicas. Esa teoría debería demostrar —más bien proponer plausiblemente— que las normas jurídicas son iguales que las morales, para luego concluir que algunos conjuntos de normas, de uno y otro sistema, constituyen "derechos". Si las normas fueran idénticas, los derechos subjetivos concedidos serían idénticos. O, mejor, podría decirse que la palabra "derecho" sirve, sin ambigüedad, para referir conjuntos de normas de ambos tipos de sistemas. Sólo entonces podría decirse que las proposiciones sobre derechos, que lo son sobre normas, pueden versar tanto sobre sistemas morales como sobre sistemas jurídicos. Y entonces resultaría plausible que hay derechos "morales". Pero partiendo de los derechos, no de los enunciados sobre ellos. Porque ¿y si los enunciados son inaceptables?

Dicho de otra manera, este planteamiento parece saltarse el problema de la diferencia entre normas morales y jurídicas, o simplemente entre moral y derecho. La diferencia entre ambos, por ejemplo, sobre la amenaza de la violencia, caería sin que se viera claramente la ventaja de suprimirla en vez de buscar otras maneras de definir los DH. Pareciera que el objetivo de esta propuesta es explicar cómo es que se usa "derechos humanos" para referir algo que puede no haber sido concedido por el Estado en un derecho objetivo. Y el argumento es atractivo, parece tener fuerza, porque efectivamente así hablamos: hay sistemas de derecho que no respetan los derechos humanos; y exigimos que el derecho reconozca los DH, Entonces éstos resultan ser "algo" "anterior" al derecho. Pero ello no hace plausible que sean "derechos" morales.

Pero el autor, en realidad no ignora la dificultad que significa la polisemia que introduce en el uso del término "derecho". Al contrario, dice que simplemente se disuelve: "no bien se abandona el prejuicio esencialista de que debe haber un único concepto de derecho".<sup>7</sup>

Habría que reconocer que, si aceptamos usar la palabra para referir dos o más objetos diversos, el problema se acaba. Pero siempre que luego no intentemos pasar de un referente a otro utilizando el mismo significado. Por ejemplo, si decimos que "derecho" se usará, tanto para referir algo que concede un sistema moral como uno jurídico, será aceptable siempre que no intentemos luego equiparar ambos derechos, si previamente hemos decidido que lo usaremos para referir cosas diversas. Para que fuera legítimo, tendríamos que equiparar también los sistemas a los que pertenecen ambos "dere-

<sup>7</sup> *Idem*, p. 24.

chos". Y entonces se pierde la diferencia entre moral y derecho, la cual nadie ha sostenido aún que sea irrelevante.

Como veremos después, ciertamente toda exigencia o aspiración humana puede ser enunciada en términos de "derechos". Este uso del discurso de los DH lo vemos, y producimos, cotidianamente. Sin embargo, este "hecho", propio de la sociedad moderna, puede ser explicado sin necesidad de recurrir a la creación del concepto de "derecho moral". No se ve la utilidad de dejar de usar la palabra "derecho" para referir las posibilidades de acción que concede el Estado bajo amenaza de ejercer la violencia contra alguien. Que la palabra "derecho", en sede teórica, sea usada para otra cosa que para referir el discurso del Estado que amenaza con la violencia, introduce ambigüedad, así como la sospecha, injustificada, de que el Estado y su derecho posean alguna bondad.

La identificación entre derechos subjetivos y derechos, por otra parte, "morales" ha sido también criticada precisamente por no tener en cuenta las diferencias siguientes:<sup>8</sup>

- a) Los derechos subjetivos son, desde el punto de vista político, técnicas de producción de normas jurídicas que imponen obligaciones. Son también un recurso auxiliar del pensamiento de la jurisprudencia, y, finalmente, no son necesarios para un sistema jurídico. En cambio, de los derechos llamados "morales", no podría decirse lo mismo sin acabar precisamente con el carácter de necesidad y objetividad que se supone que tienen.
- b) La estructura de ambos no es similar. En efecto, una norma moral facultativa no es semántica y pragmáticamente análoga a una norma jurídica facultativa. En efecto, las normas morales facultativas califican a las acciones moralmente indiferentes, mientras que las jurídicas sirven para delimitar el ámbito de las acciones libres del sujeto, lo cual tiene la mayor importancia política. Pero en términos éticos, las acciones moralmente indiferentes son irrelevantes.
- c) La noción de derecho subjetivo, como término técnico de la ciencia jurídica, supone la existencia de complejas estructuras sociales, como jueces, órganos sancionadores, Estado organiza-

<sup>8</sup> Vernengo, Roberto J., "Fundamentaciones morales de los derechos humanos", *Dos ensayos sobre problemas de fundamentación de los derechos humanos*, Buenos Aires, Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, 1989 (Cuadernos de Investigaciones, núm. 13).

- do, todo lo cual no está asociado a la idea de derechos morales, tal como la presentan sus sostenedores.
- d) Tratándose de derechos subjetivos, obviamente establecidos por el derecho positivo, contamos con criterios empíricos, susceptibles de verificación, para su aplicación a los datos. Pero no sucede lo mismo con la noción de derecho moral, cuyas condiciones de aplicación son, a lo sumo, metafóricas. Esto, porque no tendríamos ninguna prueba, ninguna experiencia, a la cual remitirnos para establecer si, en cierto caso, cabe o no atribuir a un sujeto un "derecho moral".
- e) Respecto de los derechos subjetivos, no tiene sentido formular tesis para probar la existencia necesaria de tal o cual derecho concedido por el sistema positivo. A lo más, puede argumentarse si es o no teóricamente útil, o retóricamente eficaz, interpretar ciertos datos recurriendo a la categoría de derecho subjetivo. En cambio, no puede decirse lo mismo de los derechos morales, respecto de los cuales es corriente proponer tesis ontológicas como las que proponen que existen derechos morales como consecuencia necesaria de ciertas características éticas esenciales del hombre, como su dignidad por ejemplo.

Con estos argumentos, pretende con razón este autor, se pone seriamente en tela de juicio la similitud entre DH y "derechos" morales.

El problema ontológico de los DH, por otra parte, como ya hemos mencionado, se complica cuando las palabras utilizadas para designar los DH son varias y tradicionalmente de distinto valor semántico. El autor, que veníamos comentando, titula el punto 4 del capítulo primero (p. 30) "El *status* normativo de los derechos morales", luego de haber supuesto que ese concepto ha sido bien definido. Pero comienza el acápite diciendo, sin mayor fundamentación, que: "Admitido [?] que los derechos humanos derivan [?] de principios morales o más precisamente, de un sistema de principios morales la pregunta que corresponde ahora hacerse es acerca del tipo de situación normativa que tiene que darse para que surjan tales derechos. En otras palabras, ¿surgen derechos morales [...]?"<sup>9</sup>

No se sabe entonces si tratamos con principios, con normas, o con derechos morales, lo cual impide obtener una idea clara precisamente acerca de qué son los DH.

<sup>9</sup> *Idem*, p. 30.

## 2. Los derechos humanos como anteriores al Estado

Que los DH son alguna cosa que está “antes” que el derecho positivo, ha sido sostenido también por otro autor:<sup>10</sup> “Lo que quiero sugerir es que los “derechos” son algo que, por así decirlo, está antes que las acciones, pretensiones o exigencias, antes que los poderes normativos, antes que las libertades normativas y antes que las inmunidades de *status*”.<sup>11</sup>

El autor parece llevado a esta conclusión por la necesidad de distinguir entre los derechos y las técnicas de protección de esos derechos. Y agrega que posiblemente: “esa confusión entre derechos y técnicas de protección de los derechos ha podido ser la causa de que se haya extendido tanto la idea que de los ‘derechos’ son componentes privativos de los sistemas jurídicos que no aparecen en otros sistemas normativos”.<sup>12</sup>

Podría contestarse a esto, que la razón de “que se ha extendido tanto” esa idea es, simplemente, que la definición que se hace de “derecho” es ésta y no otra; ésta es la razón de que la palabra sea aplicable únicamente a componentes de sistemas normativos. Lo que el autor quiere aquí es cambiar la definición de “derecho” por otra. Lo cual es válido, pero puede resultar en ambigüedad innecesaria.

Ahora bien, ¿cuál es el referente al que el autor quiere poder adjudicarle el significado de “derecho”? Su propuesta consiste en una noción de “derecho”:

Cuyos componentes aislados podrían ser los siguientes:

- a) La adscripción a todos y cada uno de los miembros individuales de una clase de [...]
- b) [...] una posición, situación, aspecto, estado de cosas,
- c) [...] que se considera por el sistema normativo un *bien* tal que constituye una razón fuerte
- d) para articular una protección normativa en su favor a través de la imposición de deberes u obligaciones, la atribución de poderes e inmunidades, la puesta a disposición de técnicas reclamatorias, etcétera. <sup>13</sup>

10 Laporta, Francisco, “Sobre el concepto de derechos humanos”, *Doxa*, Alicante, núm. 4, 1987, pp. 23 y ss.

11 *Idem*, p. 27.

12 *Idem*, p. 28.

13 *Idem*, p. 31.

Es decir que, "ontológicamente", los derechos son razones fuertes para producir normas. La concepción es coincidente, parece, con la que adjudica a los DH la calidad de "derechos" morales, puesto que éstos también tienen esa "función": generar, establecer, hacer derivar derechos subjetivos en un orden jurídico.

Estos desarrollos parecen determinados por la acuciosa necesidad de explicar cómo es que existe, en la ideología cotidiana, el discurso de los derechos humanos, que es utilizado para justificar acciones, como ser producción de normas, lucha contra normas, etcétera. Pareciera que no basta con una explicación sociológica, que simplemente dé cuenta de la existencia de esta ideología en el discurso social. Pareciera que es necesario dotar a ese discurso de alguna entidad especial —como calificarlo de "derechos" morales o "razones" para proteger aspiraciones vistas como universales—, tal vez con el fin de poder lograr un fundamento plausible a esos DH.<sup>14</sup>

### III. LA CUESTIÓN DEL FUNDAMENTO

Uno de los temas recurrentes en el análisis del discurso de los derechos humanos, es el del fundamento de los mismos, y, tal vez por eso, se busca afanosamente contestar a la pregunta ¿qué son los DH? Parece que, para hallar su fundamento, es necesario dotarlos de entidad ética, anterior al derecho positivo. Y el fundamento, parece, se busca porque, de otro modo, sería más difícil defender los DH. Parece que si se encuentra el fundamento de ellos, y, aun más, si ese fundamento puede encontrarse en algún código moral de carácter objetivo, es decir, en uno que sea válido para todos, su defensa es más eficaz.

Ahora la pregunta, entonces, es: ¿pueden fundamentarse moralmente los DH? Pregunta que parece previa a la pregunta: ¿cuál es el fundamento moral de los DH? La primera pregunta ha sido respondida de las dos maneras: para algunos no es posible fundar moralmente los DH y para otros sí es posible.

#### 1. *"No es posible fundar moralmente los derechos humanos"*

Sin duda, esta es una respuesta antipática. No obstante, desecharla sería un error. Aun quienes sostienen la propuesta contraria, deben

14 Aquí es necesario continuar con la crítica de Vernengo a este trabajo.



conocerla con el objeto de refutarla. En lo que sigue, comentamos a un autor de filiación analítica.<sup>15</sup>

Este problema tiene cuando menos, según este autor, estas tres facetas: A) ¿Qué debe entenderse cuando se habla de relación de determinación entre DH y una moral prescriptiva determinada? B) ¿Cómo puede pensarse la relación entre derechos subjetivos y un código moral? y C) ¿Qué función cumple la pregunta por el fundamento de los DH? Veamos las dos primeras:

A. *¿Qué ha de entenderse por una relación de determinación entre DH y una moral positiva? ¿Cuáles relaciones existen entre derechos subjetivos y códigos morales?*

Son posibles distintas respuestas. Puede responderse que “el derecho positivo puede bien ser conclusión deductiva de un sistema moral”, en cuyo caso se trata de imputarle a la lógica la tarea de tal demostración, o bien puede responderse, más simplemente, que para ser admitido como válido, el derecho positivo debe considerarse como subalterno de la moral admitida.

Pero también puede responderse desde el punto de vista de la sociología, atendiendo a las relaciones de causalidad que pudieran encontrarse entre la moral reconocida como válida en un grupo social y los derechos subjetivos concedidos o negados a los miembros del grupo. Por ejemplo, pueden buscarse las conexiones causales —cualquier cosa que esto sea— entre ciertas formas sociales como las inauguradas por la burguesía, la moral propia de las mismas, y los derechos subjetivos conocidos desde las revoluciones dieciochescas como “derechos del ciudadano”.

Por último, existen también pretensiones aún más fuertes, como la de considerar a los DH como: “principios morales cuya alcurnia y validez no podrían dejar de ser admitidos por ningún derecho positivo”.<sup>16</sup>

Pero, según este autor: “de ahí a considerar en algún sentido a los derechos humanos, pura y simplemente, como principios morales, no hay mayor distancia”, lo cual es acreditado por la actualmente muy difundida tesis de que los DH son, antes que nada derechos morales.

<sup>15</sup> Vernengo, Roberto J., “Fundamentaciones morales de los derechos humanos”, *Dos ensayos sobre problemas de fundamentación de los derechos humanos*, op. cit.

<sup>16</sup> *Idem*, p. 6.

De modo que habría tres posibilidades de contestar a la pregunta: 1. Los DH provienen deductivamente de un sistema moral, y, por tanto, el derecho positivo que no los reconozca es inmoral, conforme con ese código ético. 2. Los DH humanos provienen históricamente —“causalmente”— de morales positivas, y 3. Los DH son en realidad principios o derechos morales.

1. “Los DH provienen deductivamente de un sistema moral”. Respecto de esto, este autor hace notar que tales tesis pueden coincidir, en el fondo, con las que parecen sus contrarias, o sea las que sostienen que es moralmente obligatorio obedecer el orden jurídico, cuando las razones que se dan para ello son, por ejemplo, que “todo orden jurídico proviene de la moral”, o bien “que cualquier orden jurídico es mejor que el caos”. En efecto, parece que decir que un derecho positivo es justo porque proviene del derecho natural o de una moral aceptada, es lo mismo que decir que es moralmente obligatorio obedecerlo. Es claro: esta posición jusnaturalista puede no coincidir con la mencionada, si se asume que el derecho positivo del que se está hablando no proviene del derecho natural, en cuyo caso hay jusnaturalistas que sostienen no ser moralmente obligatorio obedecer, e incluso hay sostenedores de que es moralmente obligatorio luchar por la derogación de ese derecho positivo, o, simplemente, desobedecer. Pero, también es cierto, hay jusnaturalistas que, efectivamente, sostienen que, como todo poder proviene de dios, de todos modos es mejor obedecer el derecho, que atentar contra la autoridad. Todas estas posibilidades de respuesta se encuentran en el jusnaturalismo, y a todas se las oye por doquier. Pero en el presente caso, el autor que comentamos lo muestra: a pesar de aparentes diferencias, cierto jusnaturalismo concluye como el positivismo ideológico que denunciara Bobbio.<sup>17</sup>

Estas posiciones son analizadas por Vernengo desde el punto de vista de la lógica, para concluir en que tienen inconvenientes notorios. En efecto, si cabe deducir normas a partir de preceptos morales, también es posible la inversa, o sea: “derivar lógicamente reglas de derecho natural o preceptos morales, de las normas de un derecho positivo”.<sup>18</sup>

Esto es así porque:

17 Bobbio, Norberto, *El problema del positivismo jurídico*, Buenos Aires, EUDEBA, 1965, p. 46.

18 *Idem*, p. 8.

para que pueda efectuarse la derivación deductiva de preceptos del derecho positivo a partir de las premisas incluidas en el derecho natural, es requisito necesario que las reglas de inferencia correspondientes integren también el derecho natural en cuestión. Pero entonces las normas positivas deducidas son parte también del derecho natural de que se dice devienen y, en rigor, son indiscernibles de aquéllas por sus contenidos. En otros términos, esta tesis termina convirtiendo en derecho natural, y, por ende, en moral, al derecho positivo obtenido deductivamente.<sup>19</sup>

Y, si esto es así, entonces la diferencia que quería hacerse entre derecho natural y positivo, para fundar éste —o para criticarlo, agreguemos— se esfuma.

Esta conclusión, es decir, la de la caída de la distinción originaria entre derecho natural y positivo, ocurre también, sostiene el autor, en los casos en los cuales se afirma que una norma debe ser aplicada, no sólo cuando pertenece a un sistema de normas jurídicas válido, sino cuando, además, pertenece a un sistema considerado moralmente válido. En tal caso, la segunda validez, la “validez axiológica” de la norma, sería una de las condiciones suficientes de la validez jurídica de la misma. Pero ello supondría que en el sistema moral existen reglas de inferencia que permitan concluir con la afirmación de la validez jurídica de esa norma. Y Vernengo concluye:

Pero entonces resulta que toda norma positiva queda automáticamente convalidada por el sistema de valores y que el derecho positivo es pensado así como condición necesaria del sistema valorativo. Y si se pretendiera que las reglas de inferencia del sistema valorativo no corresponden a las aplicables al sistema jurídico, tendríamos que buscar un fundamento de validez en un sistema de preceptos superior [...] y así indefinidamente.<sup>20</sup>

Los argumentos del autor comentado nos parecen sugestivos, si no estamos en condiciones de hablar de contundencia. Lo importante es que este análisis desde el punto de vista lógico, muestra los inconvenientes de estas respuestas que conducen a la desaparición de la diferencia que se pretendía establecer en el origen. Luego el autor expone su crítica a la teoría de los DH como derechos morales, que ya vimos.

<sup>19</sup> El autor cita para este argumento, a Sartor, G., “Alcune osservazioni sull'applicabilità della logica classica alle norme”, *Informatica e diritto*, XIII, 3, p. 75.

<sup>20</sup> *Idem*, p. 8.

2. Sobre la cuestión de la eventual relación de causalidad entre DH e ideologías o procesos sociales, no hay referencia en el trabajo que comentamos.

B. *Las funciones teóricas y políticas de la pregunta por el fundamento de los derechos humanos*

Lo anterior constituye reflexiones acerca de la cuestión de la relación entre DH y sistemas morales. Sobre la tercera cuestión, es decir, sobre el problema de las funciones teóricas y políticas de esta búsqueda de fundamentación de los DH, el autor se pronuncia, otra vez, más que escépticamente.

En primer lugar, destaca que es una costumbre de los juristas preguntarse por el fundamento de la validez de las normas que han de aplicarse. Esto evidencia que, precisamente, las normas no tienen una validez intrínseca, objetiva, universal. Y, desde que el positivismo es ideología dominante, la cuestión se ha convertido en la de determinar si las normas han sido o no establecidas por la autoridad que debía establecerlas conforme con otras normas anteriores. Y entonces la pregunta por la fundamentación parecer remitirse al fundamento que eventualmente pudiera dar el que ejerce el poder para adoptar una y no otra solución normativa a determinados conflictos sociales. Y resulta obvio que tales garantías de certeza o fundamentos no existen.

Lo mismo sucede con las normas que configuran, en los derechos positivos, las instituciones que consideramos derechos humanos: no cuentan con una validez indisputable. Sin embargo, sostiene el autor, ello no quita que la tesis del fundamento moral de los derechos humanos tenga funciones efectivas que conviene indagar.

Las propuestas de fundamentar los DH en derechos previos, "morales" entonces, conduce a un innecesario dualismo ontológico del tipo propuesto por Platón entre otros. Habría así, unos derechos humanos preexistentes como derechos morales ideales, y unos derechos humanos reconocidos por el derecho positivo. Pero estos últimos serían algo así como la expresión real de aquéllos ideales, aunque como expresión "real" son, de todos modos, sólo copias o representaciones de los —en rigor— "más" reales, puesto que son ideales.

Esto tiene la consecuencia práctica de disfrazar el autoritarismo. En efecto, esta dualidad permite a cualquiera, pero muy especialmente al juzgador, justificar su alejamiento de normas positivas establecidas democráticamente con el pretexto de que son, en tanto copias, infieles

a los ideales; con lo cual se justificaría el autoritarismo judicial por ejemplo, consistente en derogar normas para crear otras, pero ahora no democráticamente, puesto que no han mediado mecanismos de participación de los ciudadanos en esa creación de nuevas normas que realizarían los jueces que así argumentaran. Esta maniobra de derogación de normas es llamada por el autor: "estrategia ideológica destinada a derogar las normas generales democráticamente producidas: a la voluntad general del legislador se sustituye el arbitrio personal del juzgador. Ello es, claro está, una forma disimulada de autocracia [...] Se trata de una política decisoria no democrática".<sup>21</sup>

Tal vez, por nuestra cuenta, podría decirse que, si se tratara del caso inverso, es decir de una legislación producida no democráticamente, tal vez no viéramos tan mal —y en todo caso sería interesante conocer la opinión del autor al respecto—, que un juez se apartara de ella. Ha sido el sonado caso de un juez de la Suprema Corte chilena que sistemáticamente se negó a aplicar ciertas normas dictadas por Pinochet y su nada democrático grupo social, actitud plausible que, como siempre, estuvo a punto de costarle el puesto. En tal plausible caso, ese juez, ¿no necesita argumentar afirmándose en normas de un sistema no jurídico o "prejurídico" o, llanamente, moral? Tal vez la respuesta es que la búsqueda de argumentos plausibles no tiene por qué conllevar la creencia en valores fundados ontológicamente.

La conclusión del autor, que de todos modos tiene la característica de ser presentada como también provisoria y relativa, es la siguiente: "Me parece que, pese a las intenciones muy nobles que exhiben los pensadores que buscan en una moral, preferentemente objetiva, el fundamento de los derechos humanos, tan pronto se hurga en un poco en estas ideas, con el instrumental analítico de la filosofía contemporánea, aparece el feo rostro del autoritarismo".<sup>22</sup>

Esta conclusión, en la que necesariamente debe verse la impronta del escepticismo kelseniano, pero también las huellas de Nietzsche, es típica de los pensadores que dudan de las posibilidades de fundar objetiva y universalmente los DH, y es la razón por la cual la hemos elegido como ejemplo de esta concepción filosófica.

El autor que hemos comentado, desde luego, no sólo no está solo; sino que tiene muy prestigiosa compañía. Por ejemplo, otro también prestigioso autor sostiene la imposibilidad de fundar objetiva y uni-

<sup>21</sup> *Idem*, p. 19.

<sup>22</sup> *Ibidem*.

versalmente los DH,<sup>23</sup> de los que dice que: “nada impide hablar de derechos morales y de derechos humanos, pero tales derechos no pueden pretender a una validez absoluta. Ellos sólo pueden ser interpretados como exigencias que se formulan al orden jurídico positivo desde el punto de vista de un determinado sistema moral”.

Lo sugestivo de este artículo es, por lo demás, la defensa que hace el autor de esta posición positivista. Porque lo normal es que, frente a las posturas escépticas, se argumente que, entonces, si se aceptan éstas, los DH no tienen cimientos sólidos y quedan a merced del poder. Con lo cual la posición positivista sería políticamente peligrosa. Pero el autor contesta invirtiendo la cuestión: “No veo ventajas en cerrar los ojos a la realidad y postular un terreno firme donde no lo hay. Y [...] podría retrucar que es políticamente peligroso crear la ilusión de seguridad, cuando la realidad es muy otra”.<sup>24</sup>

En efecto, no parece descabellado pensar que la verdadera defensa de los DH consiste en comprobar su fragilidad ontológica y, por tanto, redoblar esfuerzos en la creación de una cultura firme, verdaderamente firme, que proponga como ideal ético, una cotidiana, tenaz y siempre inacabada lucha por agregar la positividad jurídica a las exigencias morales que llamamos “DH”, y el respeto irrestricto a tal positividad. Cuando menos no puede decirse que ésta no sea una posición aceptable para quienes no consiguen creer en el fundamento ontológico de los DH.

### C. “*Si es posible fundar moralmente los derechos humanos*”

Como se sabe, las posiciones jusnaturalistas no tienen ningún problema al respecto. Precisamente son tradicionalmente consideradas tales, por la reiterada afirmación de que el derecho tiene fundamentos morales y, cuando no los tiene, no es derecho.

Pero lo novedoso es que, desde posiciones de las que hace veinticinco años no se hubiera esperado eso, porque eran antijusnaturalistas casi por definición, han aparecido teorías que intentan fundar moralmente los DH. Nos referimos a una sector, cada vez más amplio al parecer, de la filosofía del derecho de origen analítico. La explicación sociológica de esta irrupción de la analítica en el terreno de la reflexión —que no necesariamente de la lucha— acerca de los

<sup>23</sup> Bulygin, Eugenio, “Sobre el *status* ontológico de los derechos humanos”, *Doxa*, Alicante, núm. 4, 1987, pp. 81 y ss.

<sup>24</sup> *Idem*, p. 84.

DH, debe buscarse en las formas que la violación de los DH tomó en países donde las tendencias analíticas eran tradicionalmente fuertes, como en España, pero sobre todo en Sudamérica, principalmente en Argentina. En España estas tendencias son, en realidad, posfranquistas, de modo que su auge como defensoras de los DH no parecen haber estado determinadas por la lucha contra la dictadura que, por lo demás, ya muchos años antes de la muerte del "caudillo", había dejado de tener las características de brutalidad que tuvo en Sudamérica. Por otra parte, vale decir que la reflexión de los analíticos también tiene las características de lo *postfactum*, porque también es posterior a la época en que era verdaderamente peligroso ser un abogado defensor de presos políticos. En efecto, no se conoce ninguna víctima entre los juristas de esa tendencia que, como los hongos después de la lluvia, aparecieron en el horizonte editorial después de que pasó el peligro.

Las posiciones mencionadas más arriba, sobre los derechos humanos como derechos "morales", o como razones para proteger bienes, constituyen caminos para lograr una respuesta positiva a la pregunta de si se pueden fundamentar. Pero el problema continúa siendo: si todos los códigos morales son generados por la contingente cultura humana, entonces no se ve cómo encontrar un fundamento universalmente válido. En realidad esta pregunta es contestada positivamente por tendencias jusnaturalistas cuya permanencia merece reflexión aparte.

#### IV. LOS DERECHOS HUMANOS ¿NATURALEZA O HISTORIA?

Los DH ¿son producto de la naturaleza o de la historia? Es decir, ¿han sido una conquista de los hombres en el curso de la historia, o solamente el reconocimiento de leyes de la naturaleza?

El jusnaturalismo, que es un tipo de pensamiento ampliamente dominante en el mundo moderno, pero que proviene de la cultura griega, se ha encargado de contestar en el primer sentido: la fuerza de la razón es capaz de encontrar, en el orden natural, inspiración para producir las normas que son naturalmente justas.

Como puede verse, hay aquí varios supuestos: que hay un orden natural, que la razón humana puede captarlo en alguna forma, la cual, además, es capaz de encontrar, en el lenguaje, la manera de expresar eso que encuentra en el estudio de la naturaleza. Y, finalmente, que eso encontrado en la naturaleza, debe ser entendido de la misma manera por todos. Y si alguno no lo encuentra, peor para

él. Este es el discurso de todos los totalitarios que han existido. Y posiblemente lo seguirá siendo de todos los que existan.

Sin embargo, es también el discurso de todos los oprimidos del mundo. La razón de que el discurso jusnaturalista sirve a tirios y troyanos estriba, al parecer, en el hecho de que todos los grupos sociales construyen su propia ideología, según la cual las aspiraciones e intereses propios son proyectados, vividos, como "buenos", es decir, valiosos de manera universal. Cada grupo social entiende como universalmente bueno, lo que es bueno para sus miembros.

Otra cosa distinta es el jusnaturalismo residual, que todos profesamos, cuando preguntamos por qué existen normas, en general. En efecto, esto es distinto que preguntar por el contenido de las normas. Es posible entender que no hay ningún contenido universalmente válido, pero al mismo tiempo comprender que la explicación de que haya normas debe encontrarse en algo que se denomina naturaleza humana. Como todos tenemos una concepción acerca de lo que los humanos somos, todos tenemos una explicación "naturalista" de por qué existen normas. En cambio la pregunta acerca de cuáles normas son naturales, no para todos puede contestarse con la misma naturaleza humana que sirve para contestar por qué existen normas.

Las tendencias jusnaturalistas son varias. La más importante, entre las contemporáneas, es la que intenta encontrar una respuesta a la pregunta por la justicia, pero una respuesta que de ninguna manera se parezca a las del jusnaturalismo conservador. Puede señalarse a la llamada en América Latina: Filosofía de la Liberación, como aquella en la que algunos juristas han creído encontrar las bases de un jusnaturalismo transformador. En general, la idea consiste en que la justicia es, siempre, una opción por el oprimido, el cual es fácil de señalar en nuestros países, sin necesidad de elucubraciones muy complicadas: los oprimidos son aquéllos que forman parte de ese 60 por ciento de la población latinoamericana que padece hambre y explotación. Para esta tendencia jusnaturalista, las normas justas son las que promueven conductas que favorecen la situación de los oprimidos, mientras que, tal vez, no hay en esta tendencia una respuesta plausible a la pregunta acerca de lo que los DH son. De allí que su característica principal consiste en ser una posición política, muy clara, según la cual la justicia es una práctica que conduce a dotar a los oprimidos de lo que les falta, y liberarlos de toda forma de explotación. Puede verse que entre estos anhelos y los socialistas, marxistas y no marxistas, no hay ninguna distancia. Se trata, pues, de una posición socialista que, en materia de DH, se adscribe al



jusnaturalismo, en tanto hace pie en una noción de dignidad humana que, desde el punto de vista teórico, es tal vez confusa, pero desde el punto de vista político es muy clara: la dignidad humana requiere, para ser tal —o para ser respetada— que nadie carezca de lo mismo que tienen los demás, de que nadie sea explotado en beneficio del placer de otro.<sup>25</sup>

#### V. ENUMERACIÓN Y CLASIFICACIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS

¿Cuáles son los DH? El jusnaturalismo clásico respondía que estos tres: derecho a la vida, a la libertad y a la propiedad. Y además decía que esos tres derechos garantizaban, o constituían, el bien común. En realidad, con poco que se piense, todos caben en el primero: depende de lo que se entienda por "vida". Porque alguien podría creer que sin libertad no hay vida, y en el extremo, que sin propiedad de algo no se puede vivir (lo cual, por cierto, es una confusión entre propiedad y consumo).

De más está decir que la libertad y la propiedad son conceptos —o derechos— que la historia del capitalismo ha mostrado como incompatibles: donde los capitalistas tienen libertad de propiedad, a la mayoría de la población le queda solamente la libertad de morir de hambre. Y donde los capitalistas han sido privados del derecho de propiedad, la libertad no ha sido lo general. Este problema no ha sido resuelto. La experiencia latinoamericana ha sido puesta por Cuba, solitaria, por una parte, y el resto de los países por la otra. No hay mejor prueba de la hasta ahora incompatible coexistencia de libertad y propiedad, que el ejemplo de cubanos sanos, alimentados, vestidos, educados y protestando por falta de libertad, frente al ejemplo de los otros países donde todos son libres, algunos tienen mucha propiedad, pero la mayoría es enferma, hambrienta, harapienta y sin acceso a la instrucción elemental.

El discurso del Estado contemporáneo, "superando" al Estado demoliberal del siglo pasado, ha inventado los llamados "derechos sociales", que serían los aumentados ahora con el derecho al trabajo remunerado y la seguridad social. En realidad se trata de una maniobra que pone a elementales condiciones de vida, mucho después que el primario derecho a la vida del jusnaturalismo clásico. Así,

<sup>25</sup> Esta posición nos parece atestiguada principalmente por Torre Rangel, Jesús Antonio de la, "El derecho como arma de la liberación", *Crítica Jurídica*, Puebla, UAP, núm. 4, 1986, pp. 229 y ss., y "Desde otra perspectiva jusnaturalista: filosofía del derecho y ciencia jurídica", *Crítica Jurídica*, Puebla, UAP, núm. 9, 1988, pp. 59 y ss.

resulta que el derecho de los obreros a cobrar su salario, viene después que el derecho de los capitalistas a su propiedad y a su libertad.

Esta trampa ideológica debe ser salvada colocando en primer lugar el derecho a la vida en las mismas condiciones iniciales para todos. La libertad, la propiedad y cualquier otra cosa debe venir después del derecho de todos los niños a satisfacer las expectativas que la propia sociedad ha puesto frente a ellos como posibilidades. Cualquier enumeración de derechos humanos que no ponga esto en primer lugar, es tramposa y debe ser rechazada como otra forma de violación de los DH. Y, desde luego, que con esto propiciamos un concepto de DH como discurso político.

Pero lo importante es comprender que cualquier enumeración de DH tiene fundamento político. Toda enumeración de DH proviene de la ideología que expresa los intereses de quien produce la enumeración. No hay posibilidad de escapar a esta irremediable condición política de los DH. Pero tampoco debe avergonzarse a nadie reconocer que los DH no son lo mismo para todos. No debe ser vergonzoso reconocer que, al enumerar los DH, tomamos partido por los intereses de algunos grupos sociales. El problema es por quién tomamos partido cuando usamos el discurso de los DH. Esto ha sido ya claramente decidido por quienes luchan —no con teorías solamente— por los DH: en América Latina, los DH son los de la mayoría oprimida de la población. Y la norma ética es clara: es obligatorio tomar partido, siempre, por los oprimidos. ¿Quiénes son los oprimidos? Es muy fácil saberlo, leyendo los periódicos: los oprimidos son los que componen ese 60 por ciento de nuestra población que padece hambre, enfermedad, ignorancia, la explotación de los poderosos. Cualquier enumeración de DH que no ponga en primer lugar la obligación, por parte de los detentadores del poder y la riqueza, de terminar con la opresión, debe ser rechazada como éticamente disvaliosa. Estos DH son muy precisos y la determinación de los obligados también: los derechohabientes son los oprimidos y los obligados son los que disponen de lo que a ellos les falta.

Sin duda que esta posición es de índole política. Pero las otras también.

Óscar CORREAS  
Ana María DEL GESSO CABRERA