

LA FUNDAMENTACION DE LOS DERECHOS HUMANOS

Por ANTONIO-ENRIQUE PEREZ LUÑO

SUMARIO

1. La fundamentación de los derechos humanos a debate.—2. Fundamentación objetivista: 2.1. La ética material de los valores; 2.2. El objetivismo ontológico cristiano.—3. Fundamentación subjetivista: 3.1. El primado de la libertad individual; 3.2. Del individualismo al anarquismo.—4. Fundamentación intersubjetivista: 4.1. La teoría consensual de la verdad; 4.2. De las necesidades a los valores.—5. La fundamentación de los derechos humanos: teoría y *praxis*: 5.1. ¿Derechos humanos o derechos morales? 5.2. ¿Pueden fundamentarse los derechos humanos?

1. *La fundamentación de los derechos humanos a debate*

En la introducción de su *Relectio de Indis*, una obra clave en el proceso de afirmación de las libertades, Francisco de Vitoria, al iniciar su argumentación en favor del *status* jurídico-político de los habitantes del Nuevo Mundo, deja traslucir la inquietud de si «parece inútil y ocioso discutir esta cuestión»¹. El testimonio de Vitoria estimo que constituye un provechoso *leitmotiv* para cualquier tentativa de fundamentar los derechos humanos, porque prueba: que las dudas sobre la eficacia de tal reflexión no suponen ninguna novedad; que es conveniente abordarla desde una rigurosa perspectiva autocrítica; pero que, con todo, y como se desprende de la propia

¹ «Videtur quod tota haec disputatio sit inutilis et otiosa», escribía textualmente Francisco de Vitoria en el *Praeludium* de su *Relectio de Indis*, ed. bilingüe a cargo de L. Pereña y J. M.^a Pérez Prendes, CSIC, Madrid, 1967, pág. 4.

repercusión ulterior de las ideas de Vitoria, se trata de una labor teórica que puede incidir notablemente en la práctica.

Se ha insistido en la continuidad existente entre la expresión normativa de los derechos humanos y los presupuestos que le sirven de base. Entre dichos presupuestos, como también se ha tenido ocasión de indicar, la fundamentación filosófica ocupa un lugar relevante. Es evidente que, en nuestros días, la casi totalidad de los sistemas políticos desde las democracias liberales a los socialistas admiten virtualmente y en forma oficial alguna doctrina sobre los derechos del hombre. Por este motivo, estos derechos aparecen como una referencia obligada en casi todos los textos constitucionales de la hora presente, lo que no debe interpretarse como una prueba irrefutable de su efectiva realización. «Es la nuestra —ha escrito certeramente Ivo D. Duchacek— una época de nuevas aspiraciones, nuevas naciones y nuevas constituciones. Es también una época en la que las declaraciones constitucionales de derechos y libertades, tanto las nuevas como las antiguas, son constantemente violadas»².

Estas circunstancias han propiciado el que se señale, desde distintas perspectivas doctrinales, que el problema prioritario que hoy plantean los derechos humanos no es tanto el de su justificación como el de su protección³. Así, desde enfoques que globalmente pueden ser denominados *realistas*, se insiste en el plano político en las condiciones de democracia política y económica que deben servir de marco para un disfrute efectivo de los derechos humanos; en el jurídico, en los instrumentos y mecanismos de garantía que van a dar la medida real de su disfrute; y en el sociológico en la sensibilización de la opinión pública que, con su presión sobre los poderes públicos, puede influir decisivamente en la vigencia a escala nacional e internacional de tales derechos.

Ahora bien, estos planteamientos, que revisten indiscutible interés para la eficacia de los derechos humanos, dan como resuelto el problema de la fundamentación. Desde esta óptica se afirma que no existe una «convicción generalmente compartida de que ya están fundados»⁴. Sin embargo, cabe objetar a este planteamiento optimista que la constante violación actual de los derechos humanos muestra la falta de arraigo y la precariedad de esas pretendidas «convicciones generalmente compartidas»; y la consiguiente ne-

² I. Duchacek, *Derechos y libertades en el mundo actual*, trad. cast. de O. Montserrat, IEP, Madrid, 1976, pág. 15.

³ Cfr. capítulo IV, 2.3 del vol. *Los derechos humanos. Significación, Estatuto jurídico y sistema*, ed. a cargo de A.-E. Pérez Luño, Publicaciones de la Universidad de Sevilla, 1979.

⁴ N. Bobbio, *Presente y porvenir de los derechos humanos*, en ADH, 1981, pág. 10.

cesidad de seguir argumentando en su favor. De otro lado, basta cotejar la disparidad que ofrecen los presupuestos filosóficos o ideológicos que subyacen al estatuto de los derechos y libertades en los diferentes sistemas políticos que, de algún modo, los reconocen para que se disipe la ilusión de un fundamento común y generalmente aceptado⁵. Es cierto que se ha llegado a considerar a la Declaración universal de los derechos humanos de la ONU como manifestación de «la única prueba por la que un sistema de valores puede ser considerado humanamente fundado y, por tanto, reconocido: esta prueba es el consenso general acerca de su validez»⁶. Pero este argumento que puede explicarnos *cómo* se ha llegado a un acuerdo sobre los derechos y libertades básicas, deja en la penumbra otro de los problemas centrales de la fundamentación de tales derechos: su *por qué*, es decir, su razón de ser⁷.

Si desde las posturas *realistas* el problema de la fundamentación de los derechos humanos es considerado superfluo, por estimarse resueltos, para los *positivistas* aparece como inútil por irresoluble.

Las posturas *positivistas* reflejan en este punto distintas concepciones o teorías de la moral (metaéticas) muy difundidas en el pensamiento contemporáneo, que coinciden en impugnar la posibilidad de una demostración científica y, por tanto, de una fundamentación racional de los valores. A estas tesis se les da el apelativo genérico de *no cognoscitivistas* ya que parten de la idea de que los juicios de valor, particularmente los morales, no son susceptibles de ser considerados como verdaderos o falsos, porque al no referirse al mundo del ser no son verificables empíricamente.

Comparten esta orientación los neopositivistas de Viena y Berlín, así como los realistas escandinavos y un amplio sector de analistas del lenguaje moral en el seno del pensamiento anglosajón. Félix Oppenheim ha resumido acertadamente el alcance del *no cognoscitivismo* al indicar que, de acuerdo con sus premisas: «los principios éticos básicos no tienen un *status* cognoscitivo; no pueden ser *conocidos* como falsos ni como verdaderos porque no

⁵ Cfr. los trabajos de: I. Duchacek, cit.; y M. Kriele, *Die Menschenrechte zwischen Ost und West*, Wissenschaft und Politik Verlag, Köln, 1977.

⁶ N. Bobbio, *op. cit.*, pág. 10.

⁷ He recordado en el capítulo I del vol. *Los derechos humanos*, cit., la significativa anécdota que relata J. Maritain de que cuando se discutía en una comisión de la UNESCO sobre los derechos del hombre, alguien se admiraba de que se mostraran de acuerdo sobre la formulación de una lista de derechos, paladines de ideologías abiertamente contrarias. «En efecto, dijeron ellos, estamos de acuerdo tocante a estos derechos, pero con la condición de que no se nos pregunte el porqué.» Introducción al vol. col. *Los derechos del hombre. Estudios y comentarios en torno a la nueva Declaración universal reunidos por la UNESCO*, FCE, México-Buenos Aires, 1949, pág. 15.

son falsos ni verdaderos ya que no afirman ni niegan que algo venga al caso»⁸. De ello se sigue que los valores éticos, jurídicos y políticos no pueden pretender una validez general, objetiva o intersubjetiva, ya que se limitan a expresar convicciones personales. De ahí, que «si *cualquier* principio ético básico es cuestión de compromiso subjetivo, entonces los principios éticos básicos sobre las reglas jurídicas que deben ser decretadas y obedecidas tampoco tienen *status cognoscitivo*»⁹.

Como variantes del *no cognoscitivismo* pueden considerarse las distintas actitudes *relativistas* respecto a los valores éticos y jurídico-políticos. Es sabido, por ejemplo, que para Max Weber resultaba ingenua la creencia en principios básicos de las ciencias sociales de los que pudieran derivarse, inequívocamente, reglas para la solución de problemas prácticos. No existe ningún presupuesto científico (racional o empírico) que permita fundar una decisión sobre los valores. De ello se deriva que en cada situación en la que hay que elegir entre valores opuestos se parte de que, en principio, todos son igualmente legítimos, porque ninguno de ellos es más verdadero o está racionalmente más justificado que el otro¹⁰. Un planteamiento análogo referido a los valores jurídico-políticos ha sustentado Hans Kelsen. En su opinión el relativismo filosófico, fiel a sus premisas empíricas y antimetafísicas, descarta la posibilidad de entender lo absoluto por ser inaccesible a la experiencia humana. Insiste en separar claramente la realidad y el valor, al tiempo que funda los juicios de valor en las fuerzas emotivas de la consciencia humana y «siente una inclinación solapada hacia el escepticismo»¹¹. Para Kelsen las controversias sobre los valores entre personas de creencias religiosas o ideologías políticas distintas revisten siempre la forma de juicios de valor subjetivos y, y por tanto, sólo relativos¹². De ahí, que si algo muestra la historia del pensamiento humano es la falta de fundamento de la pretensión de establecer racionalmente normas absolutamente correctas para regular la conducta humana. La experiencia del pasado muestra que la razón sólo puede acceder a valores relativos. No se puede emitir un juicio sobre algo que parece justo con la pretensión de excluir el juicio de valor

⁸ F. E. Oppenheim, *Ética y filosofía política*, trad. cast. de A. Ramírez, y J. J. Utrilla, FCE, México, 1976, pág. 37.

⁹ *Ibid.*, pág. 68.

¹⁰ M. Weber, *Gesammelte Aufsätze zur Wissenschaftslehre*, Mohr, Tübingen, 4.^a ed., 1973, págs. 6 y sigs., y 260 y sigs.

¹¹ H. Kelsen, *¿Qué es justicia?*, trad. cast. de A. Calsamiglia, Ariel, Barcelona, 1982, pág. 115.

¹² *Ibid.*, págs. 41-42.

contrario. «La justicia absoluta es un ideal irracional, o, dicho en otras palabras, una ilusión, una de las ilusiones eternas del hombre»¹³.

Otra importante dirección del *no cognoscitivismo* es la denominada *emotivista* tesis sustentada por pensadores neopositivistas como Rudolf Carnap y Alfred Ayer, quienes indican que los enunciados éticos al carecer de significado cognoscitivo desempeñan una función emotiva. «Al decir que un tipo de acción es justa o injusta —señala Ayer— no estoy haciendo un enunciado fáctico, ni tampoco un enunciado sobre mi propia actitud mental. Simplemente expreso ciertos sentimientos morales...»¹⁴. La concepción *emotivista* de la ética ha sido defendida también por Charles L. Stevenson, quien al analizar el lenguaje moral ha indicado que en los juicios de valor la respuesta (por parte de quien escucha) y el estímulo (por parte de quien habla) se traducen en una determinada manifestación de emociones. Así, la afirmación por parte de un sujeto de que algo es «bueno», traduce la aprobación de quien la formula (emoción estimativa), así como el deseo de que los demás compartan esa estimación (emoción persuasiva). Pero, en cualquier caso, mientras los argumentos descriptivos pueden ser verdaderos o falsos, los argumentos estimativos o persuasivos no pueden juzgarse a tenor de ese criterio, sino únicamente por el de su eficacia de convicción respecto a sus destinatarios¹⁵.

La proyección del *emotivismo* axiológico al derecho se debe, principalmente, al *realismo escandinavo* y, de modo especial, a los exponentes de la Escuela de Uppsala (Axel Hägerström, A. Vilhelm Lundstedt y Karl Olivecrona)¹⁶, así como al danés Alf Ross. Este último ha llegado a afirmar que emitir juicios de valor sobre la justicia es algo así como golpear sobre la mesa: una expresión emocional que convierte el interés propio en un postulado absoluto. La ideología de la justicia es, por ello, una actitud biológico-

¹³ *Ibíd.*, págs. 59.

¹⁴ A. J. Ayer, *Language, Truth and Logic*, Dover Publications, New York 2.ª ed., 1946, pág. 107 (existe trad. cast., Martínez Roca, Barcelona, 1971). *Vid.*, también su libro *Los problemas centrales de la filosofía*, trad. cast. de R. Fernández, Alianza, Madrid, 1979, págs. 202 y sigs.

¹⁵ Ch. L. Stevenson, *Ethics and Language*, Yale University Press, New Haven, 1944, páginas 162 y sigs.; y *Facts and Values*, Yale University Press, New Haven, 1963, páginas 86 y sigs.

¹⁶ Cfr. Th. Geiger, *Moral y Derecho. Polémica con Uppsala*, trad. cast. de E. Garzón Valdés, Alfa, Barcelona, 1982, págs. 21 y sigs.; L. Hierro, *El realismo jurídico escandinavo*, Fernando Torres, Valencia, 1981, págs. 186 y sigs.; E. Pattaro, *Diritto, morale e concezione realistica del diritto*, en RTDPC, 1970, págs. 986 y sigs.; *íd.*, *Il realismo giuridico scandinavo, I*, Axel Hägerström, Cooperativa Libreria Universitaria Editrice, Bologna, 1974, págs. 58 y sigs.

emocional con la que se defienden ciega e implacablemente ciertos intereses. «It is so easy to believe in the illusions which excite the emotions by stimulating the suprarenal glands», concluye Ross¹⁷.

Conviene recordar que en el ámbito de la filosofía analítica las investigaciones sobre la dimensión pragmática del lenguaje de Charles W. Morris¹⁸; la teoría de los enunciados performativos (*performative utterance*) de John L. Austin¹⁹; así como el prescriptivismo de Richard M. Hare²⁰, han contribuido, aun en la esfera del *no cognoscitivismo*, a evidenciar la dimensión directiva y comunicativa del lenguaje moral. Se ha cuestionado así la reducción de los juicios éticos a fórmulas irreflexivas y arbitrarias como se desprendía del planteamiento emotivista, o a expresiones sin sentido, a meras exclamaciones, tal como quedaban relegados a partir del estricto empirismo lógico del neopositivismo inicial y del relativismo. Ya que de aceptarse estas premisas, como ha indicado críticamente Stephen E. Toulmin, los juicios éticos no serían otra cosa que «gritos»²¹. Sin que pueda tampoco soslayarse, en el cambio de rumbo de las actitudes de la filosofía analítica y neopositivista, la influencia ejercida por el último Ludwig Wittgenstein quien, como es sabido, vinculó el lenguaje a las «formas de vida»; de ahí, que las funciones del lenguaje no quedan reducidas a la descripción, sino que existen tantas como posibles usos de los términos en los distintos contextos vitales o «juegos lingüísticos» (*language-games*)²².

Es evidente, en cualquier caso, que a partir de los presupuestos no cognoscitivistas, desde los cuales el positivismo enfoca el problema de los valores éticos, jurídicos y políticos, resulta imposible fundamentar los derechos humanos. Estas tesis pueden ser, en determinadas ocasiones, útiles para evidenciar la falta de rigor de algunos intentos doctrinales dirigidos a la fundamentación de los derechos humanos, pero difícilmente pueden contribuir

¹⁷ A. Ross, *On Law and Justice*, Stevens & Sons, London, 1958, págs. 274-275.

¹⁸ Ch. W. Morris, *Lineamenti di una teoria dei segni*, trad. it. de F. Rossi-Landi, Paravia, Torino, 1954, págs. 36 y sigs.

¹⁹ J. L. Austin, *Philosophical Papers*, Clarendon Press, Oxford, 2.^a ed., 1970, páginas 233 y sigs.

²⁰ R. M. Hare, *The Language of Morals*, Clarendon Press, Oxford, 1952, págs. 127 y sigs.; *vid.*, también su obra *Freedom and Reason*, Clarendon Press, Oxford, 1963, páginas 4 y sigs..

²¹ S. E. Toulmin, *El puesto de la razón en la ética*, trad. cast. de I. F. Ariza, Alianza, Madrid 1979, pág. 67.

²² L. Wittgenstein, *Philosophical Investigations*, ed. a cargo de G. E. M. Anscombe, Blackwell, Oxford, 1976, pág. 11, donde escribe: «Here the term language-game is meant to bring into prominence the fact that the *speaking* of language is part of an activity, or of a form of life.»

a justificarlos. Tan sólo si se parte de que puede existir una base racional para los valores éticos, jurídicos y políticos —posibilidad negada por el no cognoscitivismo—, cabe construir una adecuada fundamentación de los derechos humanos.

Se desprende de lo expuesto hasta aquí que ni el *realismo*, que considera el problema de la fundamentación de los derechos humanos como un problema resuelto, ni el *positivismo*, que lo considera irresoluble, pueden ofrecer el marco teórico adecuado para enfocar dicho problema. Las posturas *realistas*, al dar por supuesto un fundamento para los derechos humanos, cifran su problemática en la obtención de los cauces más adecuados (económicos, jurídicos y políticos) para realizarlos. Mientras que para el *positivismo* jurídico, que descarta la posibilidad de establecer premisas racionales para justificar los derechos humanos, la tarea a realizar se circunscribe al análisis de las técnicas formales de positivación, a través de las cuales estos derechos alcanzan rango normativo en los ordenamientos jurídicos de los distintos sistemas políticos. De ahí, que sólo desde un enfoque *iusnaturalista* tenga sentido el plantear el problema de la fundamentación de los derechos humanos. Por ello, me parece decisivamente correcta la idea expresada por Crawford B. Macpherson de que «cualquier doctrina de los derechos humanos debe constituir, en cierto sentido, una doctrina de los derechos naturales. Sólo pueden concebirse los derechos humanos en cuanto especie del derecho natural, en el sentido de que deben deducirse de la naturaleza del hombre en cuanto tal (por ejemplo, necesidades y capacidades), bien de los hombres como son actualmente, bien de los hombres como se considera que pueden llegar a ser. Decir esto implica sencillamente reconocer que ni los derechos legales, ni los derechos reconocidos por la costumbre constituyen fundamento suficiente para los derechos humanos»²³.

Debo advertir, de inmediato, que aquí se utiliza el término «*iusnaturalismo*» en su acepción deontológica, funcional y abierta. Es decir, bajo dicho rótulo lejos de apelar a alguna de las versiones concretas del derecho natural, entenderé 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 racionalmente tales derechos. Será, por tanto, la contribución a explicar este cometido más que las declaraciones formales de adhe-

²³ C. B. Macpherson, *Los derechos naturales en Hobbes y en Locke*, en RICS, 1965, núm. 5, pág. 191. Con posterioridad este trabajo se incluyó en el vol. col., a cargo de D. D. Raphael, *Political Theory and the Rights of Man*, Mac Millan, London, 1967.

sión o rechazo del derecho natural, lo que determinará el que incluya distintas teorías éticas, políticas o jurídicas de nuestro tiempo dentro de esta acepción abierta de la expresión iusnaturalismo. Soy consciente del riesgo que conlleva proyectar este esquema interpretativo a posturas doctrinales que, explícitamente, no aluden para nada al derecho natural. Advertir de este peligro es al menos una condición para evitar que el modelo explicativo se convierta en un lecho de Procusto. De cualquier forma, a mi entender, intentarlo puede resultar provechoso para contribuir a una comprensión analítica, un examen comparativo y un justiprecio crítico de las distintas posiciones desde la que hoy se intenta dar una respuesta afirmativa a la posibilidad de fundamentar los derechos humanos. El esquema que se propone carece, por otra parte, de cualquier pretensión de exhaustividad y de rigidez, por compartir la inquietud expresada por José Ferrater Mora de que quizá «la ambigüedad sea el precio que haya que pagar para que el camino de la investigación no quede obstruido prematuramente»²⁴.

2. *Fundamentación objetivista*

A efectos de esta exposición, se incluirán en la justificación objetivista 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 conciencia valorativa.

De las diversas teorías éticas que parten de premisas objetivistas me limitaré a reseñar aquí, por su interés respecto a la fundamentación de los derechos humanos, a la postura de la ética material de los valores y a algunas de las principales concepciones actuales del objetivismo ontológico vinculadas al pensamiento social cristiano.

2.1 *La ética material de los valores*

La *materiale Wertethik* fundada, bajo la inspiración de la fenomenología de Edmund Husserl, por Max Scheler ha tenido también en Nicolai Hartmann a uno de sus más caracterizados exponentes. La ética material surgió como un intento de superar el riguroso formalismo atribuido a la ley moral kantiana: «fórmula terriblemente sublime en su vacío» —en palabras de

²⁴ J. Ferrater, *De la materia a la razón*, Alianza, Madrid, 1979, págs. 195.

Scheler²⁵. Frente al formalismo ético kantiano defendió la existencia de un orden objetivo y apriorístico de valores.

Las tesis más características de esta doctrina pueden resumirse en los siguientes puntos:

a) Los valores son esencias ideales existentes *per se* con anterioridad e independencia a cualquier experiencia que forman un «orden eterno» integrado por una serie de principios «absolutamente invariables»²⁶. Este orden ideal de valores se halla estructurado según relaciones apriorísticas de jerarquía, que configuran una serie de categorías o rangos valorativos que no pueden ser modificados por los hombres²⁷.

b) El orden objetivo y jerárquico de valores no puede ser conocido a través de la razón, sino aprehendido por el sentimiento y la intuición de su evidencia. Esta vía eidética permite definir los valores «con el mismo rigor y exactitud que se tiene de los resultados de la lógica y de la matemática»²⁸. La evidencia y precisión de la intuición eidética de los valores constituye una prueba inequívoca de su objetividad, así como del carácter absoluto de su ordenación jerárquica²⁹.

c) La aprehensión de los valores no deriva de su cognoscibilidad racional o empírica. Lo verdadero y lo falso, lo que es bueno y malo, en opinión de Scheler, no depende de las adquisiciones de la evolución natural del hombre, como pretenden los antropologistas; sino que es más bien la constitución ontológica de un espíritu sin más, de un espíritu que es privativo del hombre³⁰. Por ello, las aparentes contradicciones o fluctuaciones de los valores en la historia, son sólo variaciones de la *Werterkenntnis* humana, o sea, de la consciencia axiológica. Al igual que ocurre con las ideas eternas platónicas las mutaciones históricas y discontinuidades empíricas de los valores son tan sólo apariencia, fruto de las variaciones de la consciencia humana axiológica. «No es el valor —dirá Hartmann— sino la consciencia valorativa lo que varía»³¹. La limitación y la falta de perspectiva general

²⁵ M. Scheler, *Der Formalismus in der Ethik und die materiale Wertethik*, en *Gesammelte Werke*, vol. 2, Francke Verlag, Bern, 1954, pág. 30.

²⁶ M. Scheler, *op. cit.*, págs. 108, 117 y 269. Vid. también su obra *Apriori und Gegebenheitsordnung*, en *Gesammelte Werke*, cit., vol. 10, págs. 415 y sigs.

²⁷ M. Scheler, *Der Formalismus*, cit., págs. 103 y sigs. N. Hartmann, *Ethik*, Walter de Gruyter, Berlin, 3.ª ed., 1949, págs. 137 y sigs., y 604 y sigs.

²⁸ M. Scheler, *Der Formalismus*, cit., pág. 110.

²⁹ *Ibid.*, pág. 285, donde Max Scheler alude expresamente a «die Evidenz und die objektive Seinsgültigkeit unseres Werterfassens».

³⁰ M. Scheler, *Vom Umsturz der Werte*, en *Gesammelte Werke*, cit., vol. 4, página 188.

³¹ N. Hartmann, *op. cit.*, pág. 158.

de la imagen del mundo de cada individuo le impiden acceder a la inmutabilidad radical de los valores y captar su absoluta permanencia³².

Las dificultades que suscita la aceptación de las tesis centrales de la ética material de los valores se ponen de relieve cuando se comprueba que, ni tan siquiera entre sus máximos defensores se da un acuerdo sobre los valores que integran esa sedicente objetiva y absoluta tabla de valores (*Tafel der Werte*), ni sobre su respectivo orden de prioridad. Así, mientras que para Scheler el valor de la santidad constituye la cúspide del orden jerárquico de valores y el que exige una satisfacción preferente³³; para Hartmann «no existe ningún valor superior unitario»³⁴, siendo precisamente los valores inferiores los que tienen prioridad respecto a su satisfacción en relación con los superiores, ya que: «quien tiene hambre o sufre físicamente no puede captar los bienes del espíritu»³⁵. Esta antinomia se manifiesta también en el plano de la *Werterfassen*, es decir, en el terreno de su comprensión, ya que mientras para Scheler se da un cierto orden progresivo en el proceso histórico de aprehensión de los valores³⁶, para Hartmann la conciencia valorativa es errática y supone «un vagar falto de todo plan»³⁷. Por último, la ética material arranca en Scheler de un fundamento metafísico, se ha considerado que su doctrina supone un platonismo interpretado en clave cristiana³⁸, que cifra la raíz última de los valores en su vinculación con el espíritu divino y los concibe como modelos ideales eternos mediante los cuales Dios ha creado y sostiene al mundo³⁹; frente a esta tesis Hartmann sostiene que el ente ideal constituye una objetivación ideal pero no en el sentido de las ideas platónicas o de la metafísica cristiana, sino que funda su idealidad en su pura autoexistencia (*Selbstgegnheit*)⁴⁰.

Max Horkheimer ha captado lúcidamente la significación práctica de la ética material de los valores en la cultura contemporánea. Cuando se hace patente que los valores no están sustraídos al proceso histórico y, con ayuda de la ciencia, se descubre su condicionamiento antropológico (fisiológico o psicológico), o bien surge el intento convulsivo de anclarlos filosóficamente

³² N. Hartmann, *op. cit.*, págs. 157 y sigs.; M. Scheler, *Der Formalismus*, cit., páginas 306 y sigs., y 317.

³³ M. Scheler, *Der Formalismus*, cit., pág. 306.

³⁴ N. Hartmann, *op. cit.*, pág. 287.

³⁵ *Ibid.*, p. 145.

³⁶ M. Scheler, *Der Formalismus*, cit., pág. 317.

³⁷ N. Hartmann, *op. cit.*, pág. 280.

³⁸ Cfr. E. F. Sauer, *Scheler*, en su vol., *Filósofos alemanes de Eckhart a Heidegger*, trad. cast. de M. Martínez, FCE, México, 1973, págs. 231 y sigs.

³⁹ *Ibid.*, págs. 235 y sigs.

⁴⁰ N. Hartmann, *op. cit.*, págs. 368 y sigs.

(tesis de Husserl, continuada por Scheler y Hartmann), o se desemboca en el pesimismo cultural que proclama lo contingente (ideológico) de toda finalidad (tesis relativista de Max Weber). De ahí, que «la doctrina absoluta del valor es solamente la otra cara de la visión relativista, que se esfuerza por convertir el condicionamiento ideológico del espíritu en principio filosófico decisivo. Ambas doctrinas se exigen mutuamente, y ambas son un fenómeno característico de nuestro período»⁴¹.

Los principales intentos de proyectar la ética material de los valores al derecho se han visto obligados a mitigar, consciente o inconscientemente, el rígido formalismo de esta tesis. En efecto, es evidente que un esquema de valores abstractos de pretendida validez *a priori* y universal, es difícil que pueda ser operativo en el plano de las relaciones sociales prácticas que constituyen el núcleo de la experiencia jurídica y el marco de actuación de sus valores.

Así, el esfuerzo de Helmut Coing por demostrar que «es posible una intelección moral objetiva... también por lo que hace a la jerarquía de los valores morales»⁴², contradice, de hecho, los presupuestos de la ética material. Coing traza una fundamentación iusnaturalista de los derechos humanos que pretende basarse en el orden objetivo y apriorístico de valores, pero que lejos de representar una inferencia de las tesis Scheler y Hartmann, trae su inspiración inmediata de la experiencia histórica de las últimas etapas del proceso jurídico-político germano, en especial de la Constitución de Weimar⁴³. Por ello, tiene razón Hans Welzel cuando le acusa de hipostasiar los deseos jurídico-políticos de su tiempo o de su persona en proposiciones eternas de derecho natural («die rechtspolitische Wünschen ihrer Zeit oder gar ihrer Person zu ewigen Naturrechtssätzen hypostasieren»)⁴⁴.

También resulta significativo que otro de los pensadores vinculados a la ética material, Hans Reiner, haya propugnado una fundamentación antropológica de la objetividad de los valores que informan la idea del derecho na-

⁴¹ M. Horkheimer, *Ideología y acción*, en el vol. de Th. Adorno y M. Horkheimer, *Sociologica*, trad. cast. de V. Sánchez Zavala, Taurus, Madrid, 2.ª ed., 1971, pág. 61.

⁴² H. Coing, *Fundamentos de filosofía del Derecho*, trad. cast. de J. M.ª Mauri, Ariel, Barcelona, 1961, pág. 124.

⁴³ *Ibid.*, pág. 180 y sigs.

⁴⁴ H. Welzel, *Naturrecht und Rechtspositivismus*, en el vol. col. a cargo de W. Maihofer, *Naturrecht oder Rechtspositivismus?*, Wissenschaftliche Buchgesellschaft Darmstadt, 1972, pág. 325. *Vid.* también su libro *Introducción a la filosofía del Derecho. Derecho natural y justicia material*, trad. cast. de F. González Vicen, Aguilar, Madrid, 2.ª ed., 1971, págs. 233 y sigs.

tural y de los derechos humanos⁴⁵. Al propio tiempo que ha reconocido que los valores éticos deben buscar en apoyo de su justificación las aportaciones de las disciplinas científicas como la economía, la medicina, la psicología, la pedagogía y la sociología⁴⁶.

No debe, por tanto, extrañar que en su investigación de conjunto sobre la proyección jurídica de la ética material, Ulrich Matz haya denunciado la falta de soporte real y el *impasse* en el que desembocan estos intentos. Ya que, cuando quieren mantenerse fieles al apriorismo ideal de los valores desembocan en un intuicionismo abstracto con el que se puede afirmar todo pero no se puede probar nada, o, en otro caso, recurren de forma consciente o inconsciente a datos de la experiencia para fundar los principios de derecho natural, con lo que se desvanece el pretendido objetivismo apriorístico de los valores ético-jurídicos⁴⁷.

En España la ética material de los valores ha hallado eco en los planteamientos de José M.^a Rodríguez Paniagua sobre el derecho natural y la axiología jurídica. En su opinión constituye un mérito de la ética material su contribución a «encontrar los valores morales, la bondad moral, dondequiera que se encuentre, prescindiendo de la clase de seres en que se realice, aislándola así de las cualidades entitativas, naturales, o como quiera llamárseles, que acompañan a los soportes o titulares en que anteriormente la hubiéramos contemplado»⁴⁸. La filosofía de los valores concibe el valor «como independiente de concepto de ente y, en consecuencia, como distinto del concepto de bien»; por lo que en contraposición con la ética escolástica tradicional abre «un nuevo camino para el estudio de la ética, sin necesidad de pasar a través de las concepciones metafísicas»⁴⁹. Sin embargo, al transportar estos postulados a la fundamentación del derecho, Rodríguez Paniagua, al igual que los autores reseñados, tiene que remitirse a la experiencia y así

⁴⁵ H. Reiner, *Grundlagen Grundsätze und Einzelnormen des Naturrechts*, Karl Albert, Freiburg-München, 1964, págs. 17 y sigs.

⁴⁶ H. Reiner, *Die philosophische Ethik*, Quelle und Meyer, Heidelberg, 1964, página 221. En España se halla traducida su obra *Vieja y nueva ética*, ed. cast., a cargo de L. García San Miguel, Revista de Occidente, Madrid, 1964.

⁴⁷ U. Matz, *Rechtsgefühl und objektive Werte. Ein Beitrag zur Kritik des wertethischen Naturrechts*, Beck, München, 1966, págs. 81 y sigs. *Vid.* también, con relación a la crítica de la proyección jurídica de la ética material de los valores, los trabajos de: H. Suter, *Wertpluralismus und Recht*, Schulthess Polygraphischer Verlag, Zürich, 1979, págs. 45 y sigs.; 85 y sigs. y 101-106, y R. Zippelius, *Wertungsprobleme im System der Grundrechte*, Beck, München, 1962, págs. 205 y sigs.

⁴⁸ J. M.^a Rodríguez Paniagua, *¿Derecho natural o axiología jurídica?*, Tecnos, Madrid, 1981, págs. 93-94.

⁴⁹ *Ibid.*, pág. 92.

afirma que: «tanto la ciencia como la sociología del Derecho deben ser tenidas en cuenta como punto de partida para conocer los valores sociales que forman la base del Derecho vigente o del que aspira a entrar en vigor»⁵⁰. Pero si a la postre se reconoce que: «La axiología jurídica ha de estar abierta en primer lugar a la sociología, porque los valores sociales los descubre el hombre ante todo a través de su vida social: su práctica y sus convicciones sociales»⁵¹; entonces ¿qué queda de la consciencia intuitiva del valor? o ¿qué sentido tiene apelar a un orden objetivo y apriorístico de valores?

2.2. *El objetivismo ontológico cristiano*

Las aporías a que conduce la ética material han pretendido ser evitadas por otros pensadores de la hora presente que han situado la fundamentación de los valores en un replanteamiento de la tradición aristotélico-tomista, en el intento de recuperar así el nexo entre el ser y el valor; y remitiéndose al concepto de naturaleza humana (asumida en su dimensión metafísico-teleológica y no puramente empírica) para colmar el vacío de un orden de valores ideales y apriorísticos. De entre los diversos intentos fundadores de los derechos humanos inspirados en estas premisas me parecen especialmente relevantes las aportaciones de: Sergio Cotta, John Finnis, Martin Kriele y Louis Lachance que, en cierto modo, mantienen un enfoque análogo en este punto, pese a la disparidad de los contextos culturales a que pertenecen.

a) La afirmación, acorde con la tradición iusnaturalista, de que el hombre tiene desde su nacimiento la evidencia racional de un rango y una dignidad propios, que proceden de su naturaleza intrínseca antes que de cualquier concesión, es para Lachance el punto de partida de cualquier justificación de los derechos humanos. Estos derechos son universales, como lo son los supuestos naturales y espontáneos de la razón humana que los capta y formula. De ahí, que «para establecer los principios de un derecho humano basta con recurrir a la naturaleza y a la razón, sin que la confianza en ésta dispense, cuando se pasa al plano de las realizaciones, de invocar el auxilio de Dios»⁵².

Martin Kriele considera que la idea central de los derechos humanos, el

⁵⁰ *Ibid.*, pág. 208.

⁵¹ *Ibid.*, págs. 208-209.

⁵² L. Lachance, *El Derecho y los derechos del hombre*, trad. cast. de L. Horno, con *Introducción* de A. E. Pérez Luño, Rialp, Madrid, 1979, pág. 26. Cfr. A. E. Pérez Luño, *Louis Lachance y la fundamentación de los derechos humanos*, en RJC, 1981, núm. 4, págs. 241 y sigs.

valor de la dignidad del hombre, es «un concepto metafísico», ya que en la historia del derecho natural tal valor «se ha fundado o bien en la revelación o bien en el supuesto de que está escrita en el corazón del hombre y se manifiesta en la conciencia»⁵³.

Desde esta perspectiva se rechaza la idea de que los valores que fundamentan los derechos humanos sean ideales y abstractos, ya que son aspectos del bienestar de los hombres concretos: *aspects of the real well-being of flesh-and-blood individuals* —en expresión de Finnis—⁵⁴. Ahora bien, el concepto de naturaleza humana del que se derivan los aspectos básicos de la prosperidad (*flourishing*) expresados por las exigencias de la razón práctica (*the requirements of practical reasonableness*)⁵⁵, que sirve de fundamento a los derechos humanos no es un concepto empírico, sino una noción metafísico-teleológica. Por ello, en polémica abierta con las premisas de la filosofía analítica, John Finnis no considera a la razón práctica como la fase última de la autoperfección, ni admite que sus principios deriven de un supuesto imperativo categórico en sentido kantiano, sino que los vincula a su necesaria participación en el plan divino⁵⁶.

Partiendo de este enfoque Finnis alude al carácter absoluto, inviolable y universal de las exigencias que se expresan en los derechos humanos⁵⁷. Mientras que Lachance afirmará que junto a la universalidad connotan a los derechos humanos su carácter imprescriptible, por corresponder a desarrollos específicos de la naturaleza humana, e indefectible, por su necesaria tendencia hacia el bien⁵⁸.

b) Ese bien se plasma en unos valores objetivos susceptibles de intelección por parte de todos los hombres. La razón práctica no funciona en el vacío, tiene por cometido la regulación concreta de la existencia, para lo que parte del orden vital que impone a la persona su condición de ser humano, así como los imperativos de su medio físico y social. El hombre desde su nacimiento se encuentra «en situación», se halla *engagé* a un contexto físico y social, que ni ha creado, previsto o elegido. De otro lado, estos factores anteriores a su nacimiento han sido, a su vez, condicionados por la presión ejercida sobre ellos por esos órdenes peculiares de personas y medios

⁵³ M. Kriele, *Liberación e ilustración. Defensa de los derechos humanos*, trad. cast. de C. Gancho, Herder, Barcelona, 1982, pág. 241.

⁵⁴ J. Finnis, *Natural Law and Natural Rights*, Clarendon, Oxford, 1980, pág. 225.

⁵⁵ *Ibid.*, págs. 198 y 205.

⁵⁶ *Ibid.*, págs. 409-410.

⁵⁷ *Ibid.*, págs. 223 y sigs.

⁵⁸ L. Lachance, *op. cit.*, págs. 19 y sigs., y 80 y sigs.

que forman las instituciones familiares, educativas, económicas, sociales y religiosas⁵⁹.

Ese orden objetivo de valores, del que todo derecho es expresión, es la base de las normas objetivas de la acción humana, que son independientes de la libertad y superiores a ella. El fundamento inmediato de esos valores lo constituyen los propios datos objetivos y necesarios del orden natural e histórico tal como son comprobados por la razón práctica, su fundamento remoto se halla en la sabiduría y el orden eternos. De ahí, se deriva una subordinación de lo individual a lo colectivo, de lo particular a lo general, de lo subjetivo a lo objetivo. El hombre tiene unos derechos humanos subjetivos que se concretan en las facultades que le son debidas. Ahora bien, estos derechos no le corresponden porque tenga el poder de reclamarlos, sino porque la ley natural o positiva le reconoce un estatuto jurídico que compele a la sociedad para que se los respete⁶⁰.

A la prevención contra cualquier tipo de *Wertsujektivismus* de Lachance y de Finnis corresponde, en la teoría de Kriele una condena expresa del *Wertrelativismus* y del *Wertpluralismus*, al responsabilizarlos de la quiebra del sistema democrático instaurado por la Constitución de Weimar y considerar estas posiciones axiológicas como una grave amenaza para la *Grundgesetz* de Bonn, que se ve acechada por el nuevo despertar del relativismo en la República Federal de Alemania. A juicio de Martin Kriele hay que concluir que: «no se puede fundar una ética desde el pluralismo de intereses ni desde el pluralismo axiológico»⁶¹.

c) De la dependencia de los derechos humanos respecto de la ley natural, así como de su necesaria subordinación al bien común, derivan Lachance y Finnis la estricta correspondencia entre los derechos y los deberes del hombre⁶². Sobre este particular insiste Sergio Cotta para quien se da una «paridad ontológica» entre todos los sujetos de los derechos humanos en virtud de la cual ningún hombre puede pretender disfrutar sólo de derechos dejando a los demás las obligaciones, del mismo modo que las relaciones entre la sociedad y sus miembros deben establecerse a partir de derechos y deberes recíprocos: «Senza simetria bilaterale di diritti e obblighi, il diritto del soggetto non è pensabili»⁶³. Esta simetría debe

⁵⁹ *Ibid.*, págs. 122, 175 y 199-200; J. Finnis, *op. cit.*, págs. 68 y sigs.

⁶⁰ L. Lachance, *op. cit.*, págs. 194 y sigs., y 236 y sigs.

⁶¹ M. Kriele, *op. cit.*, pág. 182.

⁶² J. Finnis, *op. cit.*, págs. 205 y sigs.; L. Lachance, *op. cit.*, págs. 124 y sigs.

⁶³ S. Cotta, *Attualità e ambiguità dei diritti fondamentali*, en el vol. col., *Diritti fondamentali dell'uomo*. (Relazioni del XXVII Convegno dell'Unione Giuristi Cattolici Italiani, Roma, 6-8 dicembre 1976), Giuffrè & Iustitia, Roma, 1977, pág. 23.

hacer descartar cualquier concepción de los derechos humanos fundamentales como libertades absolutas o arbitrarias.

En España la fundamentación de los derechos humanos en base al objetivismo ontológico de inspiración neotomista ha contado con numerosas aportaciones doctrinales. Entre ellas, pueden reseñarse la llevada a cabo por Enrique Luño Peña al estudiar el concepto del derecho subjetivo y de los derechos naturales⁶⁴, así como por Antonio Fernández-Galiano para quien todo iusnaturalismo es una forma de objetivismo jurídico, al postular que la fuente de las normas positivas no puede estar sólo en la voluntad del legislador, sino en una realidad metajurídica a la que éste forzosamente ha de acomodarse⁶⁵. De ahí, que el fundamento de los derechos humanos deba asentarse «en un orden superior, objetivo, que pueda ofrecer un fundamento de carácter universal y al que, por consiguiente, pueda apelarse en todo tiempo y lugar»⁶⁶.

Como balance general de las tesis *objetivistas* entiendo que su principal virtud, su pretensión de fundar los derechos humanos en valores objetivos no sometidos a discusión por su evidencia y conexión metafísica con el absoluto, constituye al propio tiempo su mayor limitación. En efecto, es difícil universalizar esta fundamentación respecto a quienes no creen en la trascendencia o que, sin excluirla, prefieren una justificación racional e inmanente para una realidad radicalmente humana como son los derechos humanos.

De otro lado, estimo que la crítica y rechazo del *subjetivismo* axiológico desde estas premisas objetivistas puede ser fruto de un equívoco. En estas tesis se suele tender a una identificación entre el *voluntarismo*, el *subjetivismo* y el *relativismo* axiológicos. Estas posturas, si bien se han presentado aunadas en determinadas manifestaciones históricas, no se implican necesariamente. El *subjetivismo* se refiere al origen de los valores y reivindica la autonomía humana en su producción, negando consiguientemente que puedan existir auténticos valores impuestos desde fuera, esto es, de forma heterónoma al ser humano. El *relativismo* se refiere al carácter no absoluto ni

⁶⁴ E. Luño Peña, *Moral de la situación y Derecho subjetivo*. (Lección inaugural del Curso Académico, 1954-1955), Universidad de Barcelona, 1954, págs. 21 y sigs., y 151 y sigs. Vid. también su volumen, *La filosofía jurídica de Angel Amor Ruibal*, Porto, Santiago de Compostela, 1969, págs. 40 y sigs. Cfr. A. E. Pérez Luño, *El pensamiento jurídico y social del profesor Luño Peña*, en AFD, 1970, págs. 11 y sigs.

⁶⁵ A. Fernández-Galiano, *Derecho natural. Introducción filosófica al Derecho*. Gráficas Benzal, Madrid, 3.ª ed., 1982, págs. 78-79. Vid. mi recensión a 1.ª ed. de esta obra en RIFD, 1973, págs. 335 y sigs.

⁶⁶ *Ibid.*, pág. 166.

inmutable de su contenido, al postular la acomodación de los valores al variar de las circunstancias. En tanto que el *voluntarismo* hace alusión a la regla próxima de conocimiento y actuación de los valores, situándola en la voluntad, antes que en la razón.

Entiendo que el horror que inspira a los partidarios del objetivismo ontológico la anarquía de los valores y el consiguiente peligro de disolución del orden universal, estable y objetivo en el que poder fundamentar los derechos humanos, les ha inducido a una exagerada acentuación del carácter absoluto, inmutable y heterónomo de la ley natural. Para ello han vuelto los ojos a lo que, se ha denominado «estrella polar inconvencible en medio de las tempestades de la historia del mundo»⁶⁷. Ahora bien, quizá hayan olvidado que lo que hace a la ley moral natural más digna de admiración, por decirlo en los términos de un famoso *motto* kantiano, es el comprobarla operante en nuestro interior, más que contemplarla en el cielo estrellado de los valores externos.

3. *Fundamentación subjetivista*

El *subjetivismo* axiológico, como he indicado, supone la reivindicación de la autonomía humana como fuente de todos los valores. Esta postura en relación con el origen de los valores, aunada a un *racionalismo* ético, que sitúa en la razón antes que en el arbitrio de la voluntad la regla próxima de conocimiento y actuación de los valores, se ha considerado como la gran aportación de la tradición iusnaturalista. Así, desde sus formulaciones estoico-cristianas, replanteadas en el tránsito a la modernidad por los clásicos españoles y el pensamiento racionalista, el iusnaturalismo subjetivista sirvió de apoyatura a la reivindicación de los derechos humanos que cristaliza en el siglo XVIII en las consabidas Declaraciones y Constituciones.

La concepción subjetivista, entendida como autoconsciencia racional de la dignidad, la libertad y la igualdad humanas, se halla en la base de la mejor tradición del iusnaturalismo humanista y democrático sobre el que se construye la fundamentación moderna de los derechos humanos⁶⁸. Sin embargo, en este apartado no voy a referirme a esta orientación general del *subjetivismo*, sino a algunas de sus versiones actuales que han radicalizado

⁶⁷ La expresión es de Friedrich Meinecke, *El historicismo y su génesis*, trad. cast. de J. Mingarro y T. Muñoz, FCE, México, 1945, pág. 13.

⁶⁸ Cfr. capítulo I, 3.2, y el capítulo IV, 3.23, del volumen, *Los derechos humanos*, cit. en la nota 3.

sus premisas para afirmar la completa dependencia de los valores éticos respecto a los deseos, actitudes o intereses de cada sujeto individual, así como la exigencia de que tales deseos, actitudes e intereses sean respetados de forma absoluta. En todo caso, en el sentido en que aquí se asume, el *subjetivismo* axiológico a diferencia del *no-cognoscitivismo*, con el que en ocasiones indebidamente se le confunde, defiende la posibilidad de acceder al conocimiento racional que los valores, si bien lo circunscribe a la esfera individual comprometiendo, de este modo, su comunicabilidad.

3.1 *El primado de la libertad individual*

La interpretación radical del *subjetivismo* ha hallado especial eco en el seno del pensamiento anglosajón, ya que si bien es cierto que algunos de sus más caracterizados defensores, como es el caso de Friedrich von Hayek y Karl Popper, son de origen austríaco sus tesis de madurez se han manifestado y debatido preferentemente en el seno de la cultura anglosajona. Ambos pueden considerarse, en efecto, como figuras representativas de denominado movimiento *neoliberal*, que desde premisas políticas, económicas, éticas y jurídicas ha reformulado algunas de las principales tesis liberales.

Para Karl Popper el método filosófico, al igual que el método científico, se caracteriza por su tendencia a avanzar conjeturas o hipótesis que puedan ser «falsables», es decir, refutables mediante verificaciones o contrastaciones prácticas o a través de la crítica racional⁶⁹. Por ello, resulta consustancial a la crítica y a la filosofía política la incertidumbre. Cualquier tentativa de someter la historia o el desarrollo social a leyes dogmáticas inexorables es insostenible, aunque se presente revestida de sedicentes pretensiones científicas. No pueden existir, por tanto, verdades o valores eternos y absolutos, o leyes objetivas inexorables que releven al hombre de la libre responsabilidad de decidir su futuro: «Ni la naturaleza ni la historia pueden decirnos lo que debemos hacer... Somos nosotros quienes le damos un sentido a la naturaleza y a la historia»⁷⁰.

A una epistemología que basa el conocimiento en un continuo proceso

⁶⁹ K. Popper, *Conjectures and Refutations: the Growth of scientific Knowledge*, Routledge & Kegan Paul, London, 1963, págs. 193 y sigs., y 248 y sigs. (existe trad. cast. Paidós, Buenos Aires, 1967); *Logik der Forschung*, Mohr, Tübingen, 2.^a ed., 1966, págs. 27 y sigs. (existe trad. cast., Técnos, Madrid, 1973).

⁷⁰ K. Popper, *La sociedad abierta y sus enemigos*, ver. cast. de E. Loedel, Paidós, Buenos Aires, 1967, vol. II, pág. 398. A la crítica de la creencia en leyes inexorables del desarrollo histórico se halla dedicado el libro de K. Popper, *La miseria del historicismo*, trad. cast. de P. Schwartz, Taurus, Madrid, 1961, esp., págs. 60 y sigs.

de conjeturas y refutaciones, al cifrarlo en la propuesta de hipótesis de solución de los distintos problemas y dificultades, hipótesis que, a su vez, pueden ser revisadas o refutadas, corresponde una concepción dinámica, abierta y conflictiva de la sociedad, «no puede haber sociedad humana —escribe Popper— que carezca de conflictos: una sociedad tal sería una sociedad no de amigos, sino de hormigas»⁷¹. Para Popper la democracia liberal se basa en la comunicación libre; ésta sólo es posible cuando se lleva a cabo a través de argumentos racionales, que admitan ser falsables procediendo como en la investigación científica por conjeturas y refutaciones. Para que una democracia funcione es preciso fundarla en una mentalidad empírica, ligada a los hechos, y no en una mentalidad ideológica, basada en dogmas absolutos. Lo que diferencia a la democracia de la tiranía es, por eso, su perfectibilidad, así como su constante adaptación a las aspiraciones de los gobernados que pueden sustituir a los gobernantes, por medio de elecciones libres, sin tener que acudir a la revolución y al derramamiento de sangre⁷². El conflicto entre los sistemas de valores morales es inherente a toda sociedad democrática, o sea, abierta y pluralista, pero ello no equivale al relativismo. Los valores «pueden ser relevantes para una situación, e irrelevantes para otras situaciones. Pueden ser accesibles para algunas personas e inaccesibles para otras. Pero todo esto es muy distinto del relativismo; o sea, de la doctrina que postula que no puede ser defendido ningún conjunto de valores»⁷³.

⁷¹ K. Popper, *Búsqueda sin término. Una autobiografía intelectual*, trad. cast. de C. García-Trevijano, Técnos, Madrid, 1977, pág. 155.

⁷² K. Popper, *La sociedad abierta y sus enemigos*, cit., vol. I, págs. 193 y sigs.

⁷³ K. Popper, *Búsqueda sin término*, cit., págs. 155-156. La preocupación de Karl Popper por sustraer sus tesis de cualquier sospecha de relativismo le ha llevado a propugnar, en el plano gnoseológico (sin que ello afecte, por tanto, a su subjetivismo ético-político), un objetivismo moderado. Así, afirma la existencia de tres mundos: 1. El de las cosas materiales; 2. El subjetivo de los procesos mentales; y 3. El de los resultados de los procesos mentales, o sea, el pensamiento y la cultura. Para Popper pueden existir ideas que son el producto de la mente humana y, por tanto, son conscientes; junto a otras que son producidas por los problemas de la vida y que, por tanto, pueden estar dotadas de objetividad, incluso, sin que el sujeto sea consciente de ello. Ya que en el mundo 3, los productos de la mente humana permiten una interacción entre las acciones subjetivas y sus resultados objetivos. A esa interacción se debe, según Popper, nuestra racionalidad, la actuación crítica y autocrítica, así como el desarrollo mental. Se le debe, en suma, también «nuestra relación con nuestra tarea, nuestra obra y la repercusión de ésta sobre nosotros mismos». *Búsqueda sin término*, cit., pág. 263. Vid. también su obra *Objective Knowledge: An Evolutionary Approach*, Clarendon Press, Oxford, 1972, págs. 44 y sigs. Ahora bien, el objetivismo de Popper no supone una vuelta al platonismo de las ideas eternas y absolutas, sino

Partiendo del principio de inspiración kantiana de «que todo individuo constituye un fin en sí mismo»⁷⁴, se inclina por un subjetismo axiológico al negar la existencia de cualquier valor social o principio histórico que trascienda al individuo. Por ello, considera inadecuada la identificación del individualismo con el egoísmo y del colectivismo con el altruismo y propugna como alternativa: «una sobria combinación de individualismo con altruismo»⁷⁵. A la tensión entre individuo y colectividad en el plano de las relaciones sociales y políticas, y a la necesidad humanista liberal de salvar al primero de la «histeria colectivista» fundada en el dominio y en la sumisión, corresponde en la esfera de los valores la contraposición entre libertad e igualdad. Karl Popper se decanta inequívocamente por la primera cuando, al exponer su propia experiencia, afirma: «Durante varios años permanecí siendo socialista, incluso después de mi rechazo del marxismo; y si pudiera haber alguna cosa tal como el socialismo combinado con la libertad individual, seguiría aún siendo socialista. Porque no puede haber nada mejor que vivir una vida libre, modesta y simple en una sociedad igualitaria. Me costó cierto tiempo reconocer que esto no es más que un bello sueño; que la libertad es más importante que la igualdad; que el intento de realizar la igualdad pone en peligro la libertad, y que, si se pierde la libertad, ni siquiera habrá igualdad entre los no libres».⁷⁶

Si la reivindicación del primado de la libertad individual, como fundamento de los valores ético-políticos, responde en Karl Popper a una inspiración liberal-progresista, pues se dirigen a la defensa de la sociedad democrática, abierta y pluralista, las tesis al respecto de Friedrich von Hayek tienen una marcada orientación conservadora.

En opinión de Hayek la evolución social y política que se conoce como civilización es el resultado del «orden espontáneo», surgido del sometimiento consciente de los hombres a unas «leyes naturales» que sirven para el mantenimiento de la convivencia en libertad. Dichas «leyes naturales», en los inicios del iusnaturalismo moderno, designan a un conjunto de normas que responden a los imperativos de la evolución social. Estas normas, según Hayek, configuran el núcleo del *common law* «un derecho existente aparte de cualquier voluntad y que, a la par que vinculante para unos tribunales

una interacción o entrecruzamiento dinámico y siempre abierto entre el sujeto cognoscente y los resultados objetivos del pensamiento: se trata, por tanto, de afirmar la racionalidad crítica y autocrítica del pensamiento.

⁷⁴ K. Popper, *La sociedad abierta y sus enemigos*, cit., vol. II, pág. 348.

⁷⁵ *Ibid.*, pág. 394.

⁷⁶ K. Popper, *Búsqueda sin término*, cit., pág. 49.

independientes, era desarrollado por ellos»⁷⁷. La garantía de un sistema de libertades depende, por tanto, de la aceptación y permanencia de ese «orden espontáneo» y de sus «normas naturales», entre las que son especialmente importantes las que garantizan: «el respeto a la propiedad privada y a la relación contractual»⁷⁸. Esta concepción fisiocrata del «orden espontáneo» tiene como correlato económico la idea de la «catalaxia» vocablo griego con el que Hayek quiere referirse al «orden producido por el mutuo ajuste en el mercado de las individuales economías»⁷⁹. Dicho orden es el resultado de la concurrencia a las relaciones económicas que tienen lugar en el mercado de individuos dotados de distinta capacidad, que aportan diferente cantidad de esfuerzo y que se ven acompañados por desigual fortuna. Siendo los factores aportados diferentes, también deberán serlo los productos. Ahora bien, advierte Hayek que cualquier resultado a que conduzca el libre juego del mercado, que obedece a un mecanismo imparcial, deberá ser aceptado, sin que tenga sentido valorarlo en términos de justicia o injusticia, pues ningún individuo es responsable de sus consecuencias. Por ello, la idea «atávica» de la justicia social, en cuyo nombre se afirma que el gobierno tiene la obligación de darnos lo que pueda tomar por la fuerza de quienes han sido afortunados en el juego de la «catalaxia», es decir, en el ejercicio de la actividad económica, resulta incompatible con una sociedad de hombres libres. Una comunidad en la que todos pretenden obligar al gobierno a satisfacer sus necesidades e intereses se destruye a sí misma. La aceptación de que los grupos descontentos, movidos por la envidia y el resentimiento hacia quienes han sido más afortunados en el mercado, puede obligar a que les sean reconocidos supuestos «derechos», hace a una sociedad ingobernable. «En una sociedad cuya riqueza descansa en la rápida adaptación a circunstancias continuamente cambiantes, el individuo sólo será libre para decidir la dirección y el sentido de sus actos si la recompensa depende del valor de los servicios prestados»⁸⁰. De ahí, que cuando los gobiernos a través del intervencionismo o la planificación pretenden redistribuir los bienes de acuerdo con algún sistema de valores éticos o políticos se inicia un camino de servidumbre (*road to serfdom*)⁸¹.

⁷⁷ E. von Hayek, *Derecho, legislación y libertad*, vol. I, *Normas y orden*, trad. cast. de L. Reig, Unión Editorial, Madrid, 1978, p. 139.

⁷⁸ *Ibid.*, vol. II, *El espejismo de la justicia social*, 1979, pág. 71.

⁷⁹ *Ibid.*, vol. II, pág. 184.

⁸⁰ F. von Hayek, *Democracia, justicia y socialismo*, ed. cast. a cargo de L. Beltrán, Unión Editorial, Madrid, 1977, pág. 87.

⁸¹ F. von Hayek, *Camino de servidumbre*, trad. cast. de J. Vergara, Alianza, Madrid, 1978, págs. 72 y sigs.

En el plano de los derechos humanos sostiene Hayek una cláusula básica de la constitución ideal que establecería el principio de que el ciudadano: «Sólo se vería obligado a hacer algo en la medida en que así lo especificara alguna norma que, además de ser general, estuviera orientada a garantizar la inviolabilidad de las correspondientes esferas individuales»⁸². Esta cláusula permitiría una mejor defensa de las libertades individuales, ya que los derechos fundamentales que tradicionalmente han integrado las «Tablas de Derechos» no son los únicos que desde el punto de vista de la libertad merecen protección. Del otro lado, tales Declaraciones o «Tablas de Derechos» difícilmente pueden enumerar de modo exhaustivo el conjunto de facultades cuyo respeto permita garantizar la libertad individual. Tal libertad individual puede ser ejercida de otras muchas maneras, sin duda, tan merecedoras de protección, como aquellas que mediante las existentes Declaraciones de Derechos Humanos se ha pretendido hasta ahora salvaguardar⁸³. Al propio tiempo Hayek señala expresamente que, «carece de fundamento todo intento de ampliar el concepto de Derecho a aquellos otros que hoy reciben el calificativo de económicos y sociales»⁸⁴.

Las tesis de von Hayek han influido decisivamente en un amplio sector de economistas neo-liberales que coinciden en afirmar el primado de la libertad individual y que condicionan la existencia de ésta a la defensa de la libertad de mercado. Pueden considerarse como rasgos distintivos de esta dirección, en lo que concierne a la fundamentación de los derechos humanos, un planteamiento antinómico de los valores básicos de libertad e igualdad, inclinándose por la subordinación de la segunda a la primera; un enfoque decididamente individualista de los valores éticos y políticos; y una interpretación económica de los derechos humanos tendente a enfatizar el papel del derecho de propiedad.

a) Respecto al carácter inevitable de la contraposición entre la libertad y la igualdad los neoliberales conservadores insisten en afirmar que el avance en el reconocimiento igualitario del derecho a la educación supone comprometer la libertad de enseñanza y la libre elección de escuela; que el reconocimiento en términos sociales del derecho a la asistencia sanitaria reduce o suprime las posibilidades de los enfermos de elegir a sus facultativos y limita el libre ejercicio de la medicina; que el reconocimiento del derecho a la seguridad social, al descanso, a las vacaciones retribuidas o a

⁸² F. von Hayek, *Derecho, legislación y libertad*, cit. vol. III, *El orden político de una sociedad libre*, 1982, pág. 191.

⁸³ *Ibid.*, págs. 192-193.

⁸⁴ *Ibid.*, pág. 193.

la negociación colectiva representan una quiebra del principio de la libre autonomía de las partes en la contratación laboral; y que, en suma, cualquier intento de igualar las rentas a través de un sistema fiscal avanzado que las redistribuya amenaza, cuando no niega, el libre disfrute del derecho de propiedad.

Este planteamiento reposa en una concepción restrictiva de la libertad, en la que este valor viene identificado con la no ingerencia del poder público en la esfera privada. Isaiah Berlin ha resumido con precisión el alcance de la diferencia entre: la libertad negativa (*liberty from*), entendida como falta de impedimento externo, como ausencia de opresión, o como garantía de no intromisión del poder en las actividades privadas; y la libertad positiva (*liberty to*), que implica la posibilidad de ejercer activamente determinadas facultades o poderes, o de participar en el proceso social y político, o de disfrutar determinadas prestaciones⁸⁵. Berlin, así como Lord Robbins, autor de un significativo ensayo sobre las relaciones entre libertad e igualdad⁸⁶, coinciden en señalar el primado de la libertad negativa para el mantenimiento y garantía de la sociedad libre. Esta concepción negativa de la libertad forzosamente tiene que conducir a la conclusión de que cualquier avance de la igualdad, que rebase el mero plano formal de la igualdad ante la ley y ante el procedimiento, para decidir, a tenor de su sentido material, en el orden de las relaciones sociales, políticas y económicas, representa una grave amenaza para la libertad.

A partir de estas premisas se han esgrimido argumentos de orden práctico o criterios valorativos para negar la viabilidad o la justificación de la igualdad material. Al primer tipo de argumentos responde la tesis de Ralf Dahrendorf, basada en la obra publicada por el economista Fred Hirsch en 1976 sobre *Social Limits to Growth*, en la que se distingue entre bienes y ventajas de tipo material (*material goods*) y de tipo posicional (*positional goods*). Los primeros pueden distribuirse equitativamente, todos deben participar de su goce y ni la sociedad en su conjunto, ni los individuos que la integran resultan por eso desequilibrados: es el caso de los bienes de primera necesidad. Los segundos son aquellos bienes o ventajas que se caracterizan precisamente por distribuirse de un modo desigual, porque si se distribuyeran de modo uniforme dejarían de ser bienes o ventajas. No es posible que todos posean un cuadro de Goya, o un chalet con vistas ex-

⁸⁵ I. Berlin, *Dos conceptos de libertad*, en el vol. col., ed. a cargo de A. Quinton, *Filosofía política*, trad. cast. de E. L. Suárez, FCE, México, 1977, págs. 218 y sigs.

⁸⁶ Lord Robbins, *Libertad e igualdad*, ed. cast a cargo de P. Schwartz, Unión Editorial, Madrid, 1980, págs. 7 y sigs.

cepcionales, porque si todos lo poseyeran desaparecería su panorámica, ni todos pueden ser presidentes de la República, porque por definición hay un sólo presidente de la República. La amenaza actual del igualitarismo reside en que «se intenta hacer real la igualdad, incluso para este segundo tipo de bienes. Pero se ha descubierto que es un sistema que no funciona. Y, como no funciona —concluye Dahrendorf— el proceso hacia la igualdad genera frustraciones, las cuales, a su vez, conducen a nuevas formas de insatisfacción, que es imposible sanar»⁸⁷.

En contra de la justificación ética de la igualdad material se han pronunciado los esposos Milton y Rose Friedman, que juzgan infundada la pretensión democrática de equiparar las situaciones sociales y económicas partiendo de la premisa de que no es equitativo que unos niños partan de una situación más ventajosa que otros porque sus padres eran más ricos... Ahora bien, según los Friedman, «la falta de equidad puede adoptar muchas formas: herencia de los bienes —títulos y acciones, casas y fábricas— o herencia del talento —capacidad musical, fuerza genio matemático—. La herencia de los bienes se puede interferir más fácilmente que la del talento. Pero desde un punto de vista ético, ¿hay alguna diferencia entre ambas?»⁸⁸. Como la vida no es equitativa, la creencia de que el Estado puede rectificar lo que la naturaleza ha producido resulta tentadora, pero pone en peligro la libertad. El principio de la igualdad material, entendida como igualdad de los resultados del proceso social y económico, «es totalmente antitético respecto de la libertad»⁸⁹. De ahí, infieren que: «Una sociedad que anteponga a la libertad la igualdad —en el sentido de los resultados— acabará sin una ni otra. El uso de la fuerza para lograr la igualdad destruirá la libertad, y la fuerza, introducida con buenas intenciones, acabará en manos de personas que la emplearán en pro de sus propios intereses»⁹⁰.

b) Los economistas de la denominada Escuela de Virginia, James Buchanan y Gordon Tullock profesores del *Center for Study of Public Choice*, han contribuido a una revalorización política del *individualismo* como consecuencia de su implacable crítica del *Welfare State*, a través de la aplicación de instrumentos y métodos de análisis económico a su organización política, a la formación de sus decisiones y a su ejecución burocrática. En

⁸⁷ R. Dahrendorf, *El nuevo liberalismo*, trad. cast. de J. M.^a Tortosa, Tecnos, Madrid, págs. 84-85.

⁸⁸ M. y R. Friedman, *Libertad de elegir*, trad. cast. de C. Rocha, Grijalbo, Barcelona, 1980, págs. 194-195. Vid. también su obra *Capitalism and Freedom*, University of Chicago Press, 1968 (existe trad. cast. Rialp, Madrid, 1973).

⁸⁹ M. y R. Friedman, *Libertad de elegir*, cit., pág. 200.

⁹⁰ *Ibí.*, pág. 209.

opinión de estos neoliberales la organización política de una sociedad democrática debe tender a maximizar el bienestar social, entendido en función de las preferencias de los individuos que la componen. Por ello existe una continuidad necesaria entre la organización política (sistema estatal) dirigida a satisfacer las necesidades colectivas a través de opciones colectivas, y la organización económica (sistema de mercado) que tiende a satisfacer necesidades individuales mediante opciones individuales. Para que ambos sistemas funcionen correctamente es necesario que los instrumentos que facilitan los intercambios en el mercado operen en el marco de derechos individuales bien definidos. Lo que exige que el poder público deba calcular, con carácter previo a cualquier medida tendente a optimizar el bienestar social, su incidencia en los derechos individuales. Ya que el Estado, en buena doctrina liberal, debe ser un transmisor de deseos individuales, pero esa función se adultera si no se respeta íntegramente el marco legal de garantía de los derechos individuales⁹¹.

La toma de decisiones en una sociedad democrática sólo puede obedecer a opciones libres de los ciudadanos, cada uno de los cuales actúa con el deseo de maximizar su propio interés individual. Por ello, la elección pública (*public choice*) en un sistema democrático debe respetar cuatro exigencias formuladas por Kenneth Arrow: 1.^a, posibilidad de compatibilizar intereses sociales e individuales, ninguna elección debe implicar beneficios para algunos a costa de daños para otros; 2.^a, carácter independiente de las alternativas irrelevantes, las opciones deben referirse a alternativas concretas y no prejuzgar futuras decisiones sobre otras alternativas posibles; 3.^a, toma en consideración de las preferencias individuales previa a la elección pública; 4.^a, garantía de que ninguna elección pública responda a la preferencia de un individuo impuesta dictatorialmente a los demás. Arrow tras una minuciosa argumentación concluye que no existe ningún sistema de elección o decisión colectiva que satisfaga plenamente las condiciones de democracia y racionalidad que se desprenden de las cuatro exigencias de su «teorema»⁹². Esta teoría ha fluido en la decisión de Buchanan y Tullock de proponer un sistema «contractualista» para la toma de decisiones públicas. Parten para ello de la idea de que el Estado libre no puede ser independiente de las decisiones de los individuos que lo integran. Ahora

⁹¹ J. M. Buchanan, *The Limits of Liberty. Between Anarchy and Leviathan*, University of Chicago Press, 1975, págs. 37 y sigs.; G. Tullock, *Necesidades privadas y medios públicos*, trad. cast. de L. A. Martín, Aguilar, Madrid, 1974, págs. 21 y sigs.

⁹² K. Arrow, *Social Choice and Individual Values*, Wiley, & Sons, New York, 2.^a ed., 1963, pág. 17 y sigs. Cfr. A. Sen, *Sobre la desigualdad económica*, trad. cast. de I. Verdeja, Grijalbo, Barcelona, 1979, págs. 19 y sigs.

bien, la única regla que asegura que la decisión colectiva tomada libremente satisface a todos es la de la unanimidad, tal regla respetaría el «óptimo de Pareto», al garantizar la inexistencia de externalidades o costes externos por parte de quienes deben soportar los efectos de la decisión colectiva. Sin embargo, desde el punto de vista del coste para llegar a la decisión (*decision making costs*) la unanimidad comporta unos costes transaccionales excesivos, lo que obliga a optar por una regla mayoritaria que, mediante decisiones a largo plazo, permita también arribar a elecciones óptimas. A partir de ahí infieren que una sociedad será libre cuando los procedimientos para la toma de sus elecciones públicas respondan a los procedimientos de racionalidad descritos⁹³. A su vez, defienden la tesis del *Estado mínimo* al insistir en que las intervenciones estatales y la burocratización de la vida social conducen a efectos más perniciosos que las anomalías del mercado que pretenden corregir. En concreto se apunta al despilfarro de recursos y a la distorsión en el juego de los agentes económicos, como defectos más frecuentes producidos por la ingerencia de la Administración en el ámbito que debe quedar a la libre disposición de la iniciativa privada. Como alternativa proponen que el Estado recupere sus tradicionales funciones políticas y renuncie en favor del mercado a sus tareas intervencionistas encaminadas a proporcionar mercancías y servicios. Estas funciones mal desempeñadas por el *Welfare State* se han traducido en ineficacia de las prestaciones, en falta de productividad de los servicios públicos y, en suma, han conducido a los sistemas intervencionistas a la inflación y al déficit crónico. Para evitarlo aconsejan: reprivatizar los servicios y prestaciones de bienes de interés social; restringir el papel del Estado a la garantía del marco legal de los derechos y libertades; reducir la burocracia aplicando a su actuación el análisis económico coste/beneficio; y cubrir el coste de los servicios públicos haciéndolo revertir más directamente sobre sus usuarios. Estas medidas permitirán a un número máximo de personas la realización libre y responsable de sus preferencias con los costes mínimos. De este modo, en el marco de una sociedad competitiva se contribuirá a evitar que los ciudadanos queden relegados a eternos menores de edad cívica, que dejen en manos de los poderes públicos las responsabilidades y decisiones más importantes de su existencia⁹⁴.

c) La contraposición entre los valores de libertad e igualdad con la

⁹³ J. Buchanan y G. Tullock, *The Calculus of Consent. Logical Foundations of Constitutional Democracy*, University of Michigan Press, Ann Arbor, 1962, págs. 78 y siguientes.

⁹⁴ C. Buchanan, *The Limits of Liberty*, cit., págs. 165 y sigs.; G. Tullock, *Necesidades privadas y medios públicos*, cit., págs. 68 y sigs.

supeditación de la segunda a la primera, y el enfoque individualista de la sociedad y de la organización política ha tenido puntual repercusión en la teoría fundamentadora de los derechos humanos de los economistas neoliberales. Así, el célebre análisis económico del proceso político de Anthony Downs realizado en su obra *An Economic Theory of Democracy*⁹⁵ ha seguido en el plano jurídico la reciente investigación de Richard Posner *Economic Analysis of Law*. En esta obra se defiende una teoría de los derechos básicos, que son asumidos como derechos de apropiación. En función de tal premisa se procede a una redefinición del derecho de propiedad ampliando su ámbito y lógica operativa a todas aquellas facultades que, de algún modo, pueden ser objeto de cálculo económico. Así, por ejemplo, la actividad fiscal del Estado, los derechos laborales de los trabajadores, los derechos pasivos de los jubilados... A partir de esta proyección del análisis económico a tales esferas Posner entiende que podrán superarse determinadas externalidades que, debido a su indeterminación en términos de derecho de propiedad, genera el aprovechamiento de bienes libres, de uso común, pero en realidad escasos (el agua, el aire, el silencio, el paisaje, etc.). A través de la proyección del derecho de propiedad sobre estos bienes se podría conseguir su gestión óptima, su utilización adecuada y su eficaz protección. Por último, la necesidad de superar las externalidades que implican la incertidumbre en la titularidad y las dificultades de transmisión de bienes y servicios de contenido económico, exige, según Posner, vincular la legitimación de su titularidad y la garantía de su libre transferencia a quienes maximicen su aprovechamiento en términos de rendimiento económico y eficacia social⁹⁶.

Estos planteamientos aunque vinculados a la cultura anglosajona han hallado también eco en otras latitudes y, en concreto, en nuestro país donde han sido defendidos, de modo especial, a través del Instituto de Economía de Mercado⁹⁷. No es posible entrar aquí en una valoración pormenorizada

⁹⁵ A. Downs, *Teoría económica de la democracia*, trad. cast. de L. A. Martín, Aguilar, Madrid, 1973, donde avanza una explicación económica del comportamiento político del gobierno en págs. 301 y ss.

⁹⁶ R. Posner, *Economic Analysis of Law*, Little Brown & Co., Boston, 2.^a ed., 1977, págs. 36 y sigs.

⁹⁷ Entre los trabajos del Instituto de Economía de Mercado, publicados todos ellos por Unión Editorial de Madrid, pueden citarse los de: F. Cabrillo y F. Segura, *Dinero y libertad económica*, 1979; J. Sardá, *Una nueva economía de mercado*, 1980; y P. Schwartz, *Libertad y prosperidad*, 1979. En la República Federal de Alemania las tesis neoliberales han sido difundidas, de modo especial, por el Walter Eucken Institut a través de una amplia serie de publicaciones editadas por J. B. C. Mohr (Paul

de estas tesis, por lo que me limitaré a esbozar algunas consideraciones críticas de su alcance para la fundamentación de los derechos humanos.

La orientación subjetivista, que constituye el común denominador de estas teorías, corre el riesgo de desembocar en una concepción individualista e insolidaria de los derechos básicos; que pueden llegar a traducirse en instrumentos para la defensa de los intereses de determinadas categorías de ciudadanos, antes que en valores para la emancipación de la sociedad en su conjunto. Así, por ejemplo, la idea de la «catalaxia» avanzada por von Hayek, que pretende reflejar el orden armónico e imparcial de la comunidad libre basada en la aceptación con *fair play* por sus miembros de los resultados del juego del mercado, reposa en una concepción distorsionada de la realidad sociopolítica. En efecto, el pretendido carácter imparcial del juego de la «catalaxia» se ve desmentido cuando se advierte que, en el seno de la sociedad capitalista, se traduce en una ruleta o una lotería «trucada»... No existe en esta sociedad un reparto equitativo de las papeletas (oportunidades o situaciones socioeconómicas de partida) lo que, en virtud de un elemental cálculo de probabilidades, predetermina, o al menos condiciona, de antemano el resultado del juego. Un liberal más progresista, Ralf Dahrendorf, no ha dudado en denunciar que: «hay páginas, en Hayek, en las que expresa un cinismo característico a propósito de una mejora de las condiciones de la vida humana», ya que el que fuera Premio Nobel de Economía «ni siquiera por un momento considera la posibilidad de que haya una necesidad activa de actuar, una necesidad activa de mejorar las condiciones y el destino del hombre»⁹⁸.

Por lo que respecta a las tesis éticas de los esposos Friedman entiendo que reflejan un craso «daltonismo intelectual». Del mismo modo que el daltónico confunde la tonalidad de los colores, el daltónico intelectual confunde los planos metódicos de enfoque de los problemas éticos y sociopolíticos. De ahí, que su pintoresca tesis de que hay que medir, moralmente, por el mismo rasero la herencia genética que la de la propiedad de bienes económicos, confunde la obvia distinción entre las leyes del mundo físico y las leyes éticas, jurídicas y políticas que rigen la sociedad. Nadie juzga éticamente bueno o malo que una persona sea alta o baja, fuerte o débil, inte-

Siebeck) de Tübingen. En Francia, entre otros, ha defendido estas tesis H. Lepage en su volumen, *Mañana el capitalismo*, trad. de J. Bueno, Alianza, Madrid, 1979.

⁹⁸ R. Dahrendorf, *El nuevo liberalismo*, cit., pág. 35. Más moderada, y procurando conciliar la teoría política de von Hayek con la concepción democrática neoliberal, es la crítica de Volker Nienhaus, en su volumen, *Persönliche Freiheit und moderne Demokratie. F. A. von Hayeks Demokratiekritik und sein Reformvorschlag eines Zweikammersystems*, Mohr, Tübingen, 1982, esp., págs. 10 y sigs, y 57 y sigs.

ligente o torpe, como nadie, salvo los poetas en virtud de sus licencias literarias, consideran éticamente bueno o malo que salga el sol, que llueva o que esté nublado. Sin embargo, todo el mundo puede juzgar, desde premisas éticas, el que en una sociedad vivan personas en la opulencia, mientras otras no poseen los bienes mínimos para atender a sus necesidades más perentorias. Sin entrar en el tema, hoy en boga, de que la herencia genética precisa para su desarrollo un marco de condiciones sociales y económicas que le permitan alcanzar su plenitud. Por tal motivo, coincidí del todo con Robert Heilbroner cuando censura a los Friedman el haber omitido, en su denuncia de que los sindicatos al defender a sus miembros limitan la libertad de otras personas, que también los derechos de propiedad y las prerrogativas gerenciales «realzan la libertad de algunos y limitan la de otros». Heilbroner advierte que la forma en que los Friedman «usan la palabra libertad es supersimplificada y abstracta» y que como mentores sociales y políticos «no son unos guías morales totalmente dignos de confianza»⁹⁹.

Tampoco las tesis de Dahrendorf y Posner me parecen convincentes. Entiendo que la defensa de los bienes comunes y su disfrute ecológicamente equilibrado no se logrará proyectando a su utilización la lógica individualista de los derechos de apropiación. Por el contrario, la racionalización de su uso debe fundarse en la consideración de tales bienes como de interés colectivo y difuso, que en lugar de un aprovechamiento *exclusivo* y *excluyente* (según las premisas de la concepción liberal-individualista de la propiedad), asegure su utilización y disfrute *inclusivos* en favor de todos los miembros de la comunidad¹⁰⁰. De otro lado, la tesis de Posner tendente a vincular la legitimación del derecho de propiedad y los demás derechos humanos a la maximización del rendimiento económico y eficacia social, puede conducir al resultado paradójico de considerar como distribución óptima de los derechos aquella que permita a una minoría plutocrática detentar todo el poder económico en detrimento del resto de la población. Por este camino se podría, incluso, llegar a legitimaciones tan peregrinas de los derechos de apropiación como la de sostener que el millonario Rockefeller tiene una justificación preferente a la de cualquier chicano o negro de Harlem en la utilización y titularidad de cualquier tipo de bienes si así se asegura mejor «el rendimiento económico y la eficacia social».

En general, todos los intentos de extender la metodología económica al

⁹⁹ R. Heilbroner, *Camino del individualismo*, en el volumen sobre *La economía de mercado y los problemas españoles*, de *Papeles de Economía Española*, 1981, número 7, pág. 396.

¹⁰⁰ Cfr. E. W. Böckenförde, *Staat, Gesellschaft, Freiheit*, Suhrkamp, Frankfurt, 1976, páginas 221 y sigs.

análisis del proceso político y a la fundamentación de los derechos humanos, proyectando sobre ellos los criterios de la teoría del precio deben ser contemplados con desconfianza. Un neoliberal progresista, de cuyo pensamiento voy a ocuparme de inmediato, John Rawls, ha escrito que: «no existe una teoría acerca de las constituciones justas, que considere que éstas son procesos que conducen a una legislación justa, que concuerda con la teoría que concibe los mercados competitivos como procedimientos eficaces y esto parece implicar que la aplicación de la teoría económica al proceso constitucional actual tiene graves limitaciones, en tanto la conducta política esté afectada por el sentido que las personas tienen de la justicia, como ocurre en toda sociedad viable, en la que una legislación justa es el primer fin social»¹⁰¹.

En suma, la teoría económica neoliberal de los derechos humanos y su consiguiente supeditación de la igualdad a la libertad me parece inaceptable. Conuerdo con la segunda parte de la tesis ya expuesta de Popper en el sentido de que: «si se pierde la libertad, ni siquiera habrá igualdad entre los libres». Pero no acepto su primera premisa a tenor de la cual: «la libertad es más importante que la igualdad y que el intento de realizar la igualdad pone en peligro la libertad»¹⁰². La libertad sin igualdad desemboca en el elitismo y se traduce en libertad de unos pocos y no libertad de muchos; se trata de libertad —irónicamente denunciada por Anatole France— de los pobres y de los ricos para mendigar, dormir bajo los puentes, o albergarse en el Hotel Ritz.

3.2 *Del individualismo al anarquismo*

Los planteamientos neoliberales expuestos constituyen el *background* teórico y ambiental que ha servido de marco para interesantes empeños fundamentadores de los derechos humanos en la actualidad. Me refiero, en particular, a las influyentes, a la par que debatidas, aportaciones de John Rawls, Ronald Dworkin y Robert Nozick. Sus tesis representan otros tantos esfuerzos doctrinales por reactualizar la teoría iusnaturalista de los derechos humanos, si bien desde premisas y estímulos no del todo coincidentes.

John Rawls no ha dudado en reconocer que su concepción de la justicia como imparcialidad «tiene los sellos distintivos de una teoría del derecho natural». Rawls puntualiza que el término «natural» es apropiado porque

¹⁰¹ J. Rawls, *Teoría de la justicia*, trad. cast. de M.^a D. González, FCE, México-Madrid-Buenos Aires, 1979, págs. 401-402.

¹⁰² K. Popper, *Búsqueda sin término*, cit., pág. 49.

«sugiere el contraste entre los derechos identificados por la teoría de la justicia y los derechos definidos por la ley o por la costumbre». De ahí que los derechos naturales sean los que «dependen solamente de ciertos atributos naturales cuya presencia puede comprobarse mediante la razón natural, empleando métodos de investigación de sentido común. La existencia de estos atributos y de los derechos en ellos basados se establece independientemente de las convenciones sociales y de las normas legales». Los derechos naturales se caracterizan además por rango prioritario: «Los derechos fácilmente anulables por otros valores no constituyen derechos naturales»¹⁰³.

Como es sabido John Rawls resume su teoría de la justicia en dos principios fundamentales. El primero postula que: «cada persona ha de tener un derecho igual al más amplio sistema total de libertades básicas, compatible con un sistema similar de libertad para todos»; mientras que el segundo señala que: «las desigualdades económicas y sociales han de ser estructuradas de manera que sean para: a) mayor beneficio de los menos aventajados, de acuerdo con un principio de ahorro justo, y b) unido a que los cargos y las funciones sean asequibles a todos, bajo condiciones de justa igualdad de oportunidades»¹⁰⁴. Rawls explica que el sistema de libertades básicas protegidas por el primer principio entraña una manifestación de derechos naturales, porque, aparte de hallarse fundadas en atributos naturales, poseen «una fuerza especial contra la que otros valores no pueden prevalecer, normalmente»¹⁰⁵.

En la formulación de John Rawls los derechos naturales son absolutos en el sentido de que el conjunto de libertades básicas que postulan «sólo pueden ser restringidas en favor de la libertad en sí misma»¹⁰⁶. Tal restricción se podría justificar tan sólo en dos casos: para reforzar el sistema general de libertades, o cuando es aceptada por los posibles perjudicados por razones de interés colectivo.

Un aspecto especialmente sugestivo, y ampliamente debatido, de las tesis de Rawls es el que se refiere a la justificación de los principios de la justicia, que sustentan el sistema de derechos naturales o libertades básicas. John Rawls pretende derivar esos principios de la hipótesis de una supuesta «posición original» en la que unos individuos, racionales, libres e interesados en sí mismos, acordarían las bases sociopolíticas de su convivencia futura, y desconociendo sus respectivas posiciones sociales en esa sociedad futura

¹⁰³ J. Rawls, *Teoría de la justicia*, cit., pág. 558, nota 30.

¹⁰⁴ *Ibid.*, págs. 340-341.

¹⁰⁵ *Ibid.*, pág. 558, núm. 30.

¹⁰⁶ *Ibid.*, pág. 341.

(bajo lo que denomina «el velo de la ignorancia»), establecerían dichos principios por consenso unánime como normas perpetuas para una sociedad bien ordenada¹⁰⁷.

Ronald Dworkin considera un mérito de John Rawls el haber contribuido a sustraer la fundamentación de los derechos humanos de cualquier sospecha o acusación de ser meras falacias metafísicas. La justificación contractualista, apoyada en una sólida argumentación racional, llevada a cabo por el profesor de Harvard supone, a juicio de Dworkin, una rotunda respuesta a quienes piensan que los derechos naturales son algo así como «atributos fantasmagóricos utilizados por los hombres primitivos como amuletos»¹⁰⁸.

Para Dworkin existen tres grandes filofías jurídico-políticas: las fundadas en objetivos (*goal-based*), las fundadas en deberes (*duty-based*), y las fundadas en derechos (*right-based*). Al primer tipo pueden adscribirse las tesis utilitaristas, al segundo las inspiradas en el imperativo categórico kantiano, y al tercero las tesis revolucionarias de Thomas Paine, así como la teoría de la justicia de Rawls y su propia construcción¹⁰⁹.

Ronald Dworkin sostiene que para la *right-based thesis* «los individuos poseen intereses cuya titularidad les da derecho a defenderlos cuando lo estimen oportuno»¹¹⁰. La fundamentación contractualista de los derechos naturales permite calificar como el mejor programa político aquél que persigue la protección de determinadas opciones básicas individuales, y no las subordina a cualquier fin colectivo, o deber, o a la combinación de ambos. La *right-based theory* insiste en el carácter «natural» de los derechos básicos para diferenciarlos de aquellos que tienen una base legal o consuetudinaria. De ahí, que desde sus premisas se infiera que los derechos y libertades básicos no son el producto de la deliberación legislativa o de la costumbre social, sino que constituyen criterios independientes para enjuiciar a la legislación y a la costumbre¹¹¹. En todo caso, la *right-based theory* es entendida por Dworkin como un modelo constructivo, en el que la concepción de los derechos y libertades básicos como derechos naturales, se halla en función de su idoneidad para unificar y explicar sus propias convicciones políticas, así como una decisión programática para someterlas a un *test of coherence and experience*¹¹².

Los derechos naturales, o derecho morales, son —en palabras de Dwor-

¹⁰⁷ *Ibid.*, pág. 163 y sigs.

¹⁰⁸ R. Dworkin, *Takin Rights Seriously*, Duckworth, London, 2.ª ed., 1978, pág. 176.

¹⁰⁹ *Ibid.*, págs. 172 y sigs.

¹¹⁰ *Ibid.*, pág. 176.

¹¹¹ *Ibid.*, pág. 177.

¹¹² *Ibid.*, pág. 177.

kin— derechos que tienen su razón de ser en la protección que prestan a los individuos, incluso frente a la mayoría: *against the majority*. En la tradición política norteamericana la Constitución y, en particular, el *Bill of Rights* se hallan dirigidos a defender a los individuos y a los grupos contra determinadas decisiones que puede tomar la mayoría, de modo especial, frente a aquellos actos de la mayoría que afectan al interés general¹¹³. Dworkin justifica este planteamiento subjetivista e individualista de los derechos humanos explicando que hay determinados derechos y libertades, que desempeñan un papel tan relevante para la vida humana, que no pueden quedar a merced de decisiones políticas puramente cuantitativas. Por ello, en abierta polémica con la concepción utilitarista, entiende que cuando alguien tiene un derecho básico el gobierno no puede negárselo, aunque sea en nombre del interés general. Así, por ejemplo, el gobierno no está legitimado para restringir la libertad de expresión, aunque creyera que con ello se aumentaba el bienestar general¹¹⁴. Sin embargo, esta defensa de los derechos individuales, no se traduce en Dworkin, en la afirmación del primado de un derecho absoluto a la libertad, que pudiera sobreponerse a las exigencias de la igualdad. Precisamente, para evitar un planteamiento antitético de estos valores fundamentales y para superar las contradicciones filosóficas y políticas que oscurecen el significado de la libertad, Ronald Dworkin propone construir una argumentación más que sobre la idea de la libertad, sobre la de la igualdad formal. Así, centra su concepción en el primado del derecho básico a un tratamiento igual, es decir, en el derecho a la igualdad de consideración y respeto: «*a right to equal concern and respect*»¹¹⁵.

Robert Nozick ha radicalizado la fundamentación subjetivista de los derechos humanos, hasta el punto de que sus tesis llegan a desembocar en un individualismo libertario y anárquico. A tenor de su planteamiento, la existencia de los hombres como individuos separados y autónomos hacen moralmente condenable cualquier intento de sacrificar los derechos de unos en beneficio de otros. Nozick, apoyándose en su personal interpretación de la teoría de los derechos naturales del *state of nature* de John Locke, defiende una concepción de los derechos humanos como límites absolutos para la actuación de los demás y del Estado, con ello rechaza las teorías teleológicas que, como la utilitarista, permiten el sacrificio de los derechos individuales con el pretexto de que así se puede maximizar su extensión¹¹⁶. Los derechos

¹¹³ *Ibid.*, pág. 133.

¹¹⁴ *Ibid.*, págs. 269-270.

¹¹⁵ *Ibid.*, págs. 180 y 272 y sigs.

¹¹⁶ R. Nozick, *Anarchy, State and Utopia*, Blackwell, Oxford, 1974, págs. 22 y sigs.

naturales suponen, por tanto, el reconocimiento de la «inviolabilidad de las personas»¹¹⁷. Tales derechos individuales, al igual que para Locke¹¹⁸, se circunscriben a la garantía de la vida, de la salud, de la libertad, y de la propiedad; a los que Nozick añade el derecho al castigo y a la reparación de las violaciones de los derechos, así como a la defensa frente a tales violaciones¹¹⁹. Conviene destacar que Nozick pone especial énfasis en la defensa del derecho de la propiedad, que puede ser adquirida por el trabajo, la ocupación, o la herencia, así como a la defensa de los mecanismos jurídicos que facilitan su transmisión por contrato.

La teoría de los derechos naturales en Robert Nozick se fundamenta en una concepción de la justicia que denomina *entitlement theory*. Según dicha teoría cada persona es titular (*entitled*) de aquellos derechos adquiridos en virtud de apropiación histórica (*historical entitlement theory*) y que reposa en la máxima de que «todo lo que está basado en una situación justa, adquirida por procedimientos justos, es de por sí justo»: «*Whatever arises from a just situation by just steps is itself just*»¹²⁰. De tales premisas se desprende una legitimación en términos absolutos e ilimitados de los derechos de apropiación, y, en particular del derecho de propiedad.

Se debe advertir que Robert Nozick recurre, al igual que John Rawls, al contrato, aunque no para explicar la fundamentación de los derechos humanos o de los postulados de la justicia, ya que la tesis rawlsiana de «la posición original» y del «velo de la ignorancia» le parece abstracta. «Tan sólo si las cosas cayeran del cielo como el maná y nadie tuviera algún título para pretender alguna porción de él», sería posible admitir los criterios de justicia distributiva; que propone Rawls, pero como la experiencia muestra que las cosas no ocurren así, se pregunta Nozick si «¿es éste modelo apropiado para explicar el modo como han de distribuirse las cosas que los hombres producen?»¹²¹. Por tanto, es la titularidad adquirida por prescripción histórica y no el acuerdo el fundamento de los derechos naturales; de ahí, que el marco (*framework*) contractual sirva para justificar la protección, pero no el origen, ni el fundamento de los derechos naturales.

La protección de los derechos naturales se lleva a cabo a través de unas agencias protectoras (*protective agencies*) que terminan por desembocar en el Estado, que a diferencia de aquellas posee el monopolio de la fuerza¹²².

¹¹⁷ *Ibid.*, pág. 32.

¹¹⁸ J. Locke, *Two Treatises of Government*, II, 6.

¹¹⁹ R. Nozick, *op. cit.*, págs. 11 y sigs.

¹²⁰ *Ibid.*, pág. 151.

¹²¹ *Ibid.*, pág. 198.

¹²² *Ibid.*, págs. 23 y sigs.

Este planteamiento conduce a una desvalorización del Estado que queda reducido a un Estado-mínimo, relegado al cumplimiento de funciones de vigilante nocturno (*night-watchman State*); esto es, ve limitada su acción a la tutela de los derechos individuales, sin posibilidad de modificarlos y, menos aún, de sacrificarlos en aras de cualquier interés social o colectivo ¹²³. El Estado-mínimo restringe su cometido a organizar la política y el ejército, así como los Tribunales de Justicia, dentro de los límites que sean imprescindibles para la garantía de los derechos individuales.

Cualquier ingerencia estatal en la esfera de los derechos individuales es considerada por Nozick como violación de la persona independiente y autónoma, o como su instrumentalización que la degrada a medio puesto al servicio de otros ¹²⁴. No es, por tanto, incumbencia del Estado el realizar una justicia distributiva, por grandes que puedan ser la pobreza y las desigualdades económicas, o por importantes que parezcan la exigencias del bienestar general (como sucede en el caso de la enseñanza), ya que todo gravamen de las rentas del trabajo o de los beneficios económicos es moralmente inaceptable. De ello deduce que los impuestos equivalen el trabajo forzado (*forced labour*) y suponen una injustificable lesión de los derechos del hombre sobre su propio cuerpo, esfuerzo y propiedad, así como de su derecho básico a no ser obligado a hacer determinadas cosas ¹²⁵.

Como se desprende de la breve reseña hasta aquí trazada, pese a la coincidencia de las tesis expuestas en una concepción subjetivista de los derechos humanos que los contempla como categorías para la defensa de intereses individuales, y pese a la aparente similitud de los métodos de enfoque y planteamientos, se dan notables diferencias entre las posturas de Rawls, Dworkin y Nozick. Sin entrar en la divergencia de los presupuestos ideológicos que les sirven de punto de partida —un liberalismo progresista en Rawls y Dworkin, frente a un liberalismo individualista-conservador de Nozick— existen también entre sus respectivas tesis doctrinales manifiestas discrepancias. Así, por ejemplo, mientras la doctrina iusnaturalista que inspira la teoría de Rawls es la de Rousseau y, de modo especial, la de Kant; Nozick se remite expresamente a John Locke; hallándose la teoría de los derechos del hombre de Thomas Paine en la base de la construcción de Dworkin. Rawls y Dworkin fundamentan su teoría de la justicia y de los derechos naturales en un contrato general basado en la hipótesis de una situación originaria; en tanto que Nozick funda la legitimación de los

¹²³ *Ibid.*, pág. 332.

¹²⁴ *Ibid.*, págs., 32-33.

¹²⁵ *Ibid.*, págs. 167 y sigs.

derechos en los distintos títulos singulares de apropiación histórica de los individuos atomizados, las cuales protegen a sus derechos a través de una pluralidad de contratos particulares que, por último, desembocan en la justificación del Estado-mínimo. Por ello, tampoco coinciden las misiones que estos autores neoliberales atribuyen al Estado. De forma que, frente al riguroso abstencionismo propuesto por Nozick para la acción estatal, Rawls reivindica la necesaria actuación de los poderes públicos para la realización de los principios de la justicia distributiva, y también los hace Dworkin al admitir la intervención del Estado como cauce para la efectividad de su derecho básico a «la igualdad de consideración y respeto». Si bien, a través de su *theory of adjudication* Dworkin confiere a la actividad judicial un papel decisivo en la identificación y protección de los derechos humanos¹²⁶.

Es imposible abordar en las líneas un justiprecio general de la obra de estos pensadores. La metáfora de los «ríos de tinta» no resulta, en este caso, del todo hiperbólica para describir el amplio eco suscitado por sus teorías en los últimos años. En buena parte el interés de estos trabajos reside en su valor testimonial como prueba de la recuperación del gusto por los temas de «macrofilosofía del derecho» en el seno de la cultura anglosajona, abandonados en las últimas décadas por la influencia —en muchos casos provechosa— de la filosofía analítica, que propició investigaciones sectoriales sobre aspectos muy limitados y concretos de la teoría y la filosofía del Derecho. Desde el enfoque que aquí importa conviene insistir en el rol positivo desempeñado por estas teorías para una fundamentación iusnaturalista de los derechos humanos actualizada y disipadora de muchos de los recelos, equívocos y anacronismos que el derecho natural suscitaba en el área anglosajona. En este sentido, comparto plenamente las tesis de que los derechos humanos no pueden fundamentarse desde el positivismo jurídico, o desde un utilitarismo radical, si se parte de la prioridad de tales derechos respecto a la legislación positiva.

Recientemente, Herbert Hart, que ha sido uno de los blancos preferentes de la crítica de Ronald Dworkin, ha llevado a cabo una réplica dirigida a mostrar la insuficiencia de algunos argumentos críticos avanzados contra el utilitarismo en nombre de la revalorización de los derechos humanos. En opinión de Hart, Dworkin y Nozick, al concebir los derechos clásicos como categorías absolutas para la defensa de la individualidad de las personas frente al Estado, así como al denunciar que el utilitarismo maximizador del bienestar social (entendido como la suma o el total del placer o felicidad), ignora el principio moral básico de que la humanidad se compone de personas inde-

¹²⁶ R. Dworkin, *op. cit.*, págs. 81 y sigs.

pendientes, comprometen la realización de valores sociales y colectivos básicos¹²⁷. Esta crítica es aceptable en lo que tiene de llamada de atención sobre los peligros de un enfoque radicalmente individualista de los derechos humanos, pero tiene el límite de partir de una perspectiva extrasistemática; es decir, plantea el problema en términos de antítesis entre los derechos humanos circunscritos al plano individual y las exigencias económico-sociales del bienestar general¹²⁸. Frente a este planteamiento estimo que hoy la teoría de los derechos humanos no coincide ni se identifica con los derechos individuales, sino que engloba también en su seno a los derechos sociales. Por tanto, la crítica a estas teorías debe plantearse desde una posición intrasistemática; o sea, mostrando el carácter incompleto y parcial del concepto y la fundamentación de los derechos humanos que de ellas se deriva¹²⁹.

Como valoración global del fundamento de los derechos humanos, que se desprende de estas posturas me parece oportuno recordar aquí el juicio crítico avanzado por Robert Paul Wolff en relación con los presupuestos de la teoría de la justicia de John Rawls al escribir que: «El velo de la ignorancia crea una situación de elección en la que las características *esenciales* de la existencia humana se dejan a un lado, juntamente con los accidentes de las variaciones individuales. En mi opinión, el resultado no es un punto de vista moral, sino un punto de vista no humano, desde cuya perspectiva las cuestiones morales no se clarifican, sino que se deforman y se distorsionan»¹³⁰. En suma, las tesis neoliberales y neocontractualistas, aunque se presentan como fundamentaciones subjetivas de los derechos humanos al concebirlos como categorías al servicio de la individualidad, ter-

¹²⁷ H. Hart, *Entre el principio de utilidad y los derechos humanos*, trad. cast. de M.^a D. González, F. Laporta y L. Hierro, en RFDUC, 1980, núm. 58, págs. 7 y siguientes esp., págs. 26 sigs.

¹²⁸ Este planteamiento se evidencia cuando Herbert Hart, pese a su defensa del utilitarismo y sus reservas hacia las nuevas teorías de los derechos naturales, no duda en reconocer que: «la defensa de una doctrina de los derechos humanos —que limita la acción del Estado sobre sus ciudadanos— parece ser lo que con mayor urgencia exige los problemas políticos de nuestro tiempo, indudablemente con más fuerza que una simple demanda de la máxima utilidad general.» *Utilitarismo y derechos naturales*, en ADH, 1981, pág. 167, trad. cast. de J. R. de Páramo.

¹²⁹ Hay que advertir que Ronald Dworkin sugiere la posibilidad de derivar de su principio «a la igualdad de consideración y respeto» derechos sociales, como derechos básicos, y no como meros aspectos o porciones del bienestar colectivo, según se desprendería del enfoque utilitarista que, en este punto, sigue Hart. *Vid.* su réplica a la crítica de J. Raz en el Apéndice de su *Takin Rights Seriously*, cit., págs. 364 y sigs.

¹³⁰ R. P. Wolff, *Para comprender a Rawls*, trad. cast. de M. Suárez, FCE, México, 1981, pág. 91.

minan por ignorar las exigencias concretas de los individuos por carecer de una adecuada justificación antropológica de sus presupuestos.

4. *Fundamentación intersubjetivista*

Como alternativa a las fundamentaciones objetivistas y subjetivistas de los derechos humanos el intersubjetivismo representa un esfuerzo por concebirllos como valores intrínsecamente comunicables, es decir, como categorías que por expresar necesidades social e históricamente compartidas, permiten suscitar un consenso generalizado sobre su justificación.

Al tratar de legitimar los derechos humanos la razón práctica no puede prescindir de las condiciones antropológicas de los sujetos *que* y *para los que* se formulan tales derechos. Ello obliga a tener presentes las exigencias de la naturaleza humana, porque como advierte José Ferrater Mora: «si no hubiese absolutamente ninguna tendencia a conservar la propia vida, y si no hubiese ninguna simpatía hacia otros seres vivientes, y únicamente una completa y constante hostilidad tendría escaso sentido hablar de respeto a la vida o de altruismo.» No en vano los hombres «son individuos biológicos que se desarrollan en un continuo social-cultural. Este se modifica en el curso del tiempo, dando lugar a muy diversos tipos de sociedades y a muy variados *paradigmas sociales* y *códigos morales*»¹³¹. Ahora bien, la apelación a la naturaleza humana, desde estas premisas, no supone la recaída en un objetivismo, que la asuma como una categoría eterna o como una esencia metafísica, ni en un subjetivismo, que la disuelva en una multiplicidad de intereses atomizados y la desvincule de la experiencia, sino que implica «un intersubjetivismo cultural e histórico»¹³².

La fundamentación intersubjetivista de los derechos humanos entraña, por tanto, frente al objetivismo una revalorización del papel del sujeto humano en el proceso de identificación y de justificación racional de los valores ético-jurídicos; y frente al subjetivismo el postular la posibilidad de una «objetividad intersubjetiva» de tales valores, basada en la comunicación de los datos antropológicos que les sirven de base. Para explicar este planteamiento es preciso aludir a los presupuestos metodológicos desde los que se ha legitimado una construcción intersubjetiva del valor, así como a las premisas antropológicas en que tal teoría se puede sustentar.

¹³¹ J. Ferrater Mora, *De la materia a la razón*, cit., pág. 142.

¹³² *Ibid.*, pág. 142.

4.1. *La teoría consensual de la verdad.*

El punto de partida de la fundamentación intersubjetivista de los valores reside, como se ha apuntado, en el crítica a los postulados axiológicos del objetivismo y del subjetivismo. Esta tarea, estrechamente vinculada a las bases para una actuación comunicativa racional en cuanto condición epistemológica para poder llegar a un consenso sobre los valores, se halla en el centro de las tesis del último de los pensadores de la Escuela de Frankfurt: Jürgen Habermas.

Según Habermas el positivismo parte de que las cuestiones prácticas no son susceptibles de discusión racional por lo que, en definitiva, tienen que ser decididas. El positivismo supone una forma de filosofía axiológica subjetiva (*subjektive Wertphilosophie*) que conduce a un decisionismo, a una elección irracional de los sistemas valorativos, y a reducir las normas a decisiones. De este modo, el subjetivismo radical positivista termina por hallar su complemento —tal como advirtieron Adorno y Horkheimer— en la mitología. De otro lado, la ética axiológica objetiva (*objektive Wertethik*) postulada por Sheler y Harthmann implica «una falsa racionalización de lo desracionalizado» (*einer falschen Rationalisierung des Entrationalisierten*), al concebir las relaciones axiológicas desligadas de su nexo vital real e hipostasiarlas como un ámbito ideal del ser que trasciende la experiencia¹³³.

Para superar estas posturas, Jürgen Habermas propone un tipo de intersubjetivismo destinado a explicar y fundamentar consensualmente la verdad de los argumentos y la corrección de las normas que regulan la actividad social, en cuanto manifestaciones de la *praxis* comunicativa. A partir de ahí, la validez o invalidez de un argumento o de una norma social se pueden medir por su idoneidad para el logro de un entendimiento intersubjetivo. La experiencia comunicativa (*kommunikative Erfahrung*) es guiada por un interés práctico (*praktisches Interesse*) tendente a mantener la cooperación social cuando se aceptan la verdad del actuar comunicativo (*kommunikatives Handeln*) y de las normas que regulan las relaciones humanas; o a posibilitar el entendimiento en los casos en que no existe, o se ha quebrado el consenso. En estos supuestos, cuando se trata de restablecer un acuerdo cuestionado hay que recurrir al «discurso» (*Diskurs*). El discurso aparece, por tanto, cuando se impugnan las condiciones de validez del actuar co-

¹³³ J. Habermas, *Theorie und Praxis. Sozialphilosophische Studien*, Suhrkamp, Frankfurt a. M., 3.ª ed., 1982, págs. 318-321.

municativo, pero se tiene la convicción de que se puede llegar «discursivamente» a un entendimiento: sea sobre la verdad de los enunciados (discurso teórico); sea sobre la corrección o legitimidad de las normas que regulan la actividad social (discurso práctico). La situación comunicativa ideal (*ideale Sprechsituation*) es el medio que asegura un auténtico consenso, es decir, una comunicación sin distorsiones externas, que asegura un reparto simétrico de las posibilidades de intervenir en el diálogo y de avanzar argumentos a todos los participantes¹³⁴. Como se ve la situación comunicativa o lingüística ideal no se halla definida por las cualidades personales de los dialogantes, sino por la garantía de las condiciones procedimentales del discurso práctico.

Jürgen Habermas y Karl-Otto Apel han pretendido reelaborar críticamente el trascendentalismo kantiano al insistir en las premisas generales y necesarias, es decir, trascendentales de los discursos prácticos, a cuyo efecto el contenido normativo de las premisas generales de la comunicación ha de conformar el núcleo de una ética o pragmática lingüística universal. Al participar en un discurso o en cualquier acción comunicativa admitimos, al menos implícitamente, algunos presupuestos que son los que van a permitir llegar a un acuerdo: «así, los presupuestos de que las proposiciones verdaderas son preferibles a las falsas y que las normas justas (esto es: susceptibles de justificación) son preferibles a las injustas. La base de validez de un discurso, para un ser vivo que se mantiene en las estructuras de la comunicación hablada cotidiana, tiene —en expresión de Habermas— el carácter vinculante general e inevitable de los presupuestos *trascendentales*»¹³⁵.

Habermas intenta superar la crítica de abstracción y formalismo que se ha reprochado a esa situación comunicativa ideal. En su opinión, la situación ideal no constituye un dato empírico, pero tampoco es una mera abstracción formal. No es simplemente un principio regulador en sentido kantiano, ni un concepto existente en sentido hegeliano, porque ninguna sociedad coincide con la forma de vida que postula la situación comunicativa ideal. Implica, más bien, una pretensión o anticipación (*vorgriff*) por parte

¹³⁴ J. Habermas, *Vorbereitende Bemerkungen zu einer Theorie der kommunikative Kompetenz*, en el volumen de J. Habermas, y N. Luhmann, *Theorie der Gesellschaft oder Sozialtechnologie*, Suhrkamp, Frankfurt a. M., 1971, págs. 136 y sigs.

¹³⁵ J. Habermas, *La reconstrucción del materialismo histórico*, trad. cast. de J. Nicolás Muñiz y R. García Cotarelo, Taurus, Madrid, 1981, págs. 179-180. De K. O. Apel *vid.* su trabajo *Das Apriori der Kommunikationsgemeinschaft und die Grundlage der Ethik*, en su *Transformation der Philosophie*, Suhrkamp, Frankfurt a. M., 1973, vol. II, páginas 358 y sigs.

de todo el que «de hecho» entra en un proceso discursivo, de que puede llegarse a un consenso racional. De este modo, se vincula el consenso racional con el consenso efectivamente obtenido y se puede someter cualquier consenso empírico a la crítica basada en las condiciones de la situación ideal. Así se puede mostrar que «la verdad de enunciados (o, en su caso, teorías) y la corrección de acciones (o, respectivamente, normas) representan pretensiones de validez que sólo pueden resolverse en vía discursiva, esto es: con los medios de la conversación comunicativa»¹³⁶. De acuerdo con este planteamiento, el valor «verdad», así como los restantes valores, no depende de evidencias lógicas (objetivismo), ni de meras verificaciones empíricas (subjetivismo positivista), sino de un consenso racional obtenido a partir de las exigencias procedimentales de la situación comunicativa ideal¹³⁷.

La fundamentación intersubjetiva del valor al proyectarse a los problemas de la legitimación jurídico-política, tema central en la producción teórica habermasiana¹³⁸, incide también en los criterios justificadores de los derechos humanos. Tiene especial interés al respecto el capítulo sobre *Naturrecht und Revolution*, incluido en su obra *Theorie und Praxis*, que permite sintetizar el núcleo de su postura en los puntos siguientes:

a) Reconocimiento del papel decisivo de las teorías iusnaturalistas (liberal-fisiócratas y democrático-rousseauiana) para la fundamentación de los derechos humanos positivizados por la revolución burguesa¹³⁹.

b) Necesidad actual de superar la ideología iusnaturalista-individualista informadora de los derechos humanos formulados por la Revolución burguesa en el doble sentido de: 1.º, concebirlos como categorías vinculadas a intereses sociales e ideas históricas que exigen su interpretación a través de relaciones sociales concretas, en vez de fundamentarlos ontológicamente en el sentido filosófico-trascendental, o en una antropología naturalista basada en la naturaleza del mundo, de la consciencia, o del hombre¹⁴⁰; 2.º, considerar a los derechos humanos como derechos fundamentales de contenido

¹³⁶ J. Habermas, *La reconstrucción del materialismo histórico*, cit., pág. 307.

¹³⁷ J. Habermas, *Auszug aus Wahrheitstheorien*, en el vol. col., *Wirklichkeit und Reflexion. Festschrift für Walter Schulz*, ed. a cargo de H. Fehnbach, Neske, Pfullingen, 1973, págs. 238 y sigs.

¹³⁸ J. Habermas, *Legitimationsprobleme im Spätkapitalismus, Suhrkamp*, Frankfurt, a. M., 1973, esp., págs. 194 y sigs.; sobre los problemas actuales de la legitimación política, vid. también su obra, *La reconstrucción del materialismo histórico*, cit., páginas 243 sigs.

¹³⁹ J. Habermas, *Theorie un Praxis*, cit., págs. 89 y sigs.

¹⁴⁰ *Ibid.*, pág. 122.

social y político expresión de un orden jurídico integral (*Gesamtrechtsordnung*), que abarque al Estado y a la sociedad ¹⁴¹. Dicho orden jurídico se hace posible con la transformación del Estado liberal de derecho en Estado social de derecho con la que se culmina el proceso de positivación del derecho natural al alcanzarse la integración democrática de los derechos fundamentales («*der demokratische Integration von Grundrechten...*» ¹⁴².

c) Ello no implica reducir el sentido revolucionario y emancipatorio del derecho natural moderno a una mera conjunción social de intereses (*Interessenzusammenhang*); pero la idea del derecho natural que tiende a trascender la ideología burguesa sólo puede realizarse a partir de su interpretación basada en las concretas relaciones sociales y en el marco de los derechos fundamentales plasmados en la Constitución integral (*Gesamtverfassung*) de una *sociedad política* ¹⁴³.

Para Jürgen Habermas, en el Estado social de derecho, la teoría de los derechos fundamentales debe orientar a la *praxis* política en cuanto normas básicas del sistema y por lo que entraña de máximas-guía del proceso transformador de la sociedad. Al propio tiempo, la *praxis* política deberá aceptar las informaciones de las ciencias sociales sobre las condiciones necesarias para hacer efectiva la implantación de los derechos fundamentales. Sin que tales exigencias científico-sociales puedan ser satisfechas desde las premisas del nihilismo de los valores (*Wertnihilismus*) o de la abstinencia de los valores (*Wertabstinenz*) ¹⁴⁴.

De ahí, que frente al positivismo, que impugna la justificación racional de los valores, o frente a la teoría de los sistemas (*Systemtheorie*) defendida en Alemania por Niklas Luhmann, que transfiere la racionalidad de los valores a la mera necesidad de subsistencia de los sistemas autorregulados, Habermas propugna una teoría crítica de la sociedad basada en la reivindicación de la razón práctica. Fiel a su tesis de que todo conocimiento debe hallarse orientado por un interés, es decir, de la «*referencia latente del saber teórico a la acción*» ¹⁴⁵, concibe la situación comunicativa ideal como

¹⁴¹ *Ibid.*, pág. 121.

¹⁴² *Ibid.*, pág. 123.

¹⁴³ *Ibid.*, pág. 122.

¹⁴⁴ *Ibid.*, pág. 124.

¹⁴⁵ J. Habermas, *Conocimiento e interés*, vers. cast. de M. Jiménez, J. F. Ivars, J. M. Santos, revisada por J. Vidal Beneyto, Taurus, Madrid, 1982, pág. 324. *Vid.* también su capítulo sobre *Erkenntnis und Interesse*, en su volumen *Technik und Wissenschaft als Ideologie*, Suhrkamp, Frankfurt a. M., 11.ª ed., 1981, págs. 146 y sigs. En su tarea renovadora de la filosofía práctica las tesis de J. Habermas, a parte de sus nexos con las teorías de K. O. Apel, F. Kambartel, P. Lorenzen, M. Riedel o R. Bubner, presenta interesantes puntos de contacto con los planteamientos de J. Rawls. Así,

«interesada», en el sentido de que anticipa una forma ideal de vida asentada en los valores tradicionales de la verdad, la libertad y la justicia y que aparece, en suma, como un momento necesario en el proceso hacia la emancipación¹⁴⁶.

El principio-guía de la emancipación, como meta de un consenso obtenido a partir de las condiciones que permiten a la razón práctica establecer una situación comunicativa ideal, sirve también como fundamento y postulado crítico de los derechos fundamentales. En efecto, el catálogo de los derechos fundamentales en las constituciones occidentales constituyen la expresión de una moral basada en principios, que legitima el sistema jurídico-político al tiempo que «vincula la competencia legislativa... a la comprensión de la formulación de la voluntad democrática»¹⁴⁷.

La fundamentación habermasiana de los derechos humanos que, como se ha indicado, resulta incompatible con un iusnaturalismo ontológico, ahístorico, o idealista coincide, sin embargo, con intentos recientes por concebir el derecho natural como el conjunto de los valores jurídicos que la razón práctica descubre en la propia historia de la sociedad —según se desprende de la enseñanza de Guido Fassò¹⁴⁸—; y que se orientan —tal como ha evidenciado Ernst Bloch¹⁴⁹— a la reivindicación de los derechos para unos hombres desalienados en una comunidad definitivamente emancipada. Ahora bien, en la fundamentación de los derechos humanos que se infiere de la teoría crítica de Habermas conviene no soslayar un aspecto que se refiere, precisamente, a sus presupuestos antropológicos¹⁵⁰. Ya que nociones ta-

el propio Habermas reconoce que existe un paralelismo entre la situación lingüística y la estructura de la posición original que Rawls utiliza para su fundamentación contractual de la ética. *Auszug aus Wahrheitstheorien*, cit., pág. 258, nota 15. Si bien, Habermas entiende que, a diferencia del contractualismo, su tesis implica más que insistir en el interés común de todos los implicados en el contrato, sentar las premisas generales necesarias —trascendentales— para la formación racional del consenso. Vid., *La reconstrucción del materialismo histórico*, cit., págs. 250, 271 y 299. Cfr. H. Kitchelt, *Moralisches Argumentieren und Sozialtheorie. Prozedurale Ethik bei John Rawls und Jürgen Habermas*, en ARSP, 1980, págs. 391 y sigs.

¹⁴⁶ J. Habermas, *Vorbereitende Bemerkungen*, cit., pág. 140; *Technik und Wissenschaft*, cit., págs. 164-165; *Auszug aus Wahrheitstheorien*, cit., pág. 258.

¹⁴⁷ J. Habermas, *La reconstrucción del materialismo histórico*, cit., pág. 239.

¹⁴⁸ G. Fassò, *La legge della ragione*, Il Mulino, Bologna, 1964. Cfr. A. E. Pérez Luño, *L'itinerario intellettuale di Guido Fassò*, en RIFD, 1976, págs. 372 y sigs.

¹⁴⁹ E. Bloch, *Derecho natural y dignidad humana*, trad. cast. de F. González Vicén, Aguilar, Madrid, 1980.

¹⁵⁰ Conviene tener presente que la polémica entre Jürgen Habermas y Niklas Luhmann es, en buena medida, fruto de la pugna entre dos concepciones antropológicas contradictorias. La de Luhmann basada en las premisas antropológicas de Arnold

les como las de «la situación comunicativa ideal», «la teoría consensual de la verdad», o «la anticipación de una forma ideal de vida», podrían desembocar en el más abstracto formalismo de no hallarse apoyadas en determinadas categorías empíricas. Esas categorías constituyen el sistema de intereses y necesidades que conforman el substrato antropológico que posibilita legitimar las normas que regulan la acción social. En efecto, el consenso que legitima racionalmente las normas es posible en la medida en que las mismas pueden alcanzar un reconocimiento universal. Tal aceptación se consigue cuando: «las normas regulan legítimas *chances* de la satisfacción de necesidades; y las necesidades interpretadas son una parte de la naturaleza interna a la que todo sujeto, que se comporte de forma veraz hacia sí mismo, tiene un acceso privilegiado»¹⁵¹. El consenso tiene como presupuesto un «contenido experiencial» que garantiza la objetividad de las normas y valoraciones en la medida en que las necesidades o intereses que las justifican pueden ser generalizadas. «Mientras que sí existen intereses y valoraciones no generalizables, es decir, deseos particulares, satisfacciones o sufrimientos privados, las percepciones que no son objetivables no son tales percepciones, sino imaginaciones, fantasías y figuraciones.» Por tanto, «la objetividad del contenido experiencial de preceptos y valoraciones no tiene, pues, otro sentido que el siguiente: que las normas y criterios de valor subyacentes pueden pretender ser válidos, es decir, que son *universales*». A su vez, «la universalizabilidad de intereses y valoraciones depende de las normas y valores que encuentran reconocimiento intersubjetivo en circunstancias determinadas»¹⁵². La posibilidad de razonar intersubjetivamente sobre necesidades generalizables es condición necesaria para conseguir un consenso universal. Por tanto, «si se pretende que el discurso práctico procure algo más que examen de conciencia, precisión, examen de las condiciones de realización, etc., parece que también las mismas interpretaciones de las necesidades

Gehlen, a quien Habermas acusa de hipostasiar como datos «necesarios» de la naturaleza humana lo que son sólo aspectos coyunturales del devenir histórico. Al mismo tiempo Habermas opone a Gehlen y Luhmann una antropología basada en el materialismo histórico que sitúa la concepción del hombre en la teoría de la sociedad, que parte de las condiciones del trabajo social, del desarrollo de las fuerzas productivas y de la evolución de los sistemas socioculturales que sirven para la reproducción de la vida social. *La reconstrucción del materialismo histórico*, cit., págs. 117 y sigs.; *Theorie der Gesellschaft oder Sozialtechnologie? Eine Auseinandersetzung mit Niklas Luhmann*, en el volumen, *Theorie der Gesellschaft oder Sozialtechnologie*, cit., págs. 156 y sigs.; *Antropología*, en el volumen *Filosofía*, ed. a cargo de G. Preti, Enciclopedia Feltrinelli Fischer, Milano, 2.^a ed., 1972, págs. 19 y sigs.

¹⁵¹ J. Habermas, *Auszug aus Wahrheitstheorien*, cit., pág. 254.

¹⁵² J. Habermas, *Conocimiento e interés*, cit., pág. 316-317.

hubieran de incluirse en la argumentación»¹⁵³. La investigación de Jürgen Habermas plantea, de este modo, una cuestión central para la fundamentación de los derechos humanos en nuestro tiempo: la elucidación del concepto de necesidades humanas básicas.

4.2 De las necesidades a los valores

La categoría de la «necesidad» ha adquirido una relevancia decisiva para la filosofía jurídico-política moderna desde que Hegel concibiera el sistema de necesidades (*System der Bedürfnisse*) como el primer momento conformador de la sociedad civil. La satisfacción de las necesidades individuales a través del trabajo, que se objetiviza en la propiedad de las cosas externas, no puede reducirse a una afirmación de la particularidad subjetiva, porque gracias a la inteligencia se conjuga con las necesidades y la voluntad libre de los demás¹⁵⁴. Hegel puntualizaba: «El animal tiene un círculo limitado de medios para satisfacer sus necesidades, que son igualmente limitadas. El hombre, incluso en esa dependencia, muestra su posibilidad de superarla y su universalidad mediante la multiplicación de las necesidades y de los medios, así como mediante la descomposición y delimitación de las necesidades concretas en partes y aspectos singulares, que devienen necesidades diversas particularizadas y, por tanto, más abstractas»¹⁵⁵.

Es sabido cómo Karl Marx consideraba como exigencias imprescindibles para la vida las referentes al alimento, vestido y vivienda. De lo que infería que: «El primer hecho histórico es la producción de los medios indispensables para la satisfacción de estas necesidades»¹⁵⁶. A la vez, la satisfacción de esas primeras necesidades, la acción de satisfacerlas y la construcción de los instrumentales necesarios para ello conduce a nuevas necesidades (*zu neuen Bedürfnissen führt...*)¹⁵⁷. Para Marx la reducción de la necesidad a su mera dimensión económica representa una expresión de la alienación capitalista en la que «cada individuo es un conjunto de necesidades y sólo existe para el otro, como el otro sólo existe para él, en la medida en que se convierten en medio el uno para el otro»¹⁵⁸.

¹⁵³ J. Habermas, *La reconstrucción del materialismo histórico*, cit., p. 299.

¹⁵⁴ G. W. F. Hegel, *Grundlinien der Philosophie des Rechts*, en *Werke in zwanzig Bänden*, ed. a cargo de E. Moldenhauer, y K. M. Markus, Suhrkamp, Frankfurt a. M., 1970, vol. 7, parágrafos, 188 y 189, págs. 346-347.

¹⁵⁵ *Ibid.*, parágrafo 190, págs. 347-348.

¹⁵⁶ K. Marx y F. Engels, *Die deutsche Ideologie*, en *Marx Engels Werke*, Dietz, Berlín, 1978, vol. 3, pág. 28.

¹⁵⁷ *Ibid.*, pág. 28.

¹⁵⁸ K. Marx, *Manuscritos de economía y filosofía*, trad. cast. de F. Rubio Llorente, Alianza, Madrid, 1969, pág. 169.

En la actualidad la denominada Escuela de Budapest, integrada fundamentalmente por discípulos de György Lukács entre los que se puede aludir a: György Márkus, Agnes Heller, Ferenc Fehér..., ha abordado una sugerente reconstrucción del concepto marxista de necesidad. Esta reconstrucción de la noción de necesidad se ha dirigido, de forma prioritaria, a servir de soporte antropológico para una axiología superadora de sus versiones apriorísticas, idealistas, o ahistóricas.

Así, para Márkus el concepto de *menschliches Wesen* (esencia humana) constituye la noción básica de la «ontología marxiana del ser social»¹⁵⁹. Frente a Hegel, Marx asienta su antropología filosófica en la convicción de que «el ser humano en sí, como persona imaginaria, no puede obrar, actuar, existir; sólo puede ser en su real existencia humana, esto es, en los individuos singulares concretos, históricamente determinados, históricamente mutados, y en la actividad de éstos. El ser humano es simplemente la abstracción del proceso evolutivo histórico de individuos concretos y de sus generaciones»¹⁶⁰. Por ello, para Marx el principal criterio valorativo del progreso histórico se halla constituido por la medida del desarrollo de las fuerzas esenciales humanas —capacidades y necesidades— y del despliegue de la individualidad humana, libre, multilateral, o sea —en palabras de Márkus— «la medida en la cual se actúan esos presupuestos, la medida en la cual se realiza el *ser humano* en la existencia humana individual concreta»¹⁶¹.

De modo análogo Agnes Heller al exponer las premisas antropológicas fundamentales de su *Sociología de la vida cotidiana* advierte que: «la esencia humana no es el punto de partida, ni el núcleo al que se superponen las influencias sociales, sino que constituye un resultado; sobre el supuesto de que el individuo se encuentra desde su nacimiento en una relación activa con el mundo en que nació y de que su personalidad se forma a través de esa relación»¹⁶². Nos dice Heller que el principal mérito del sistema axiológico marxiano reside en «considerar los conceptos de necesidad como categorías extraeconómicas e histórico-filosóficas, es decir, como categorías de valor, y por consiguiente no susceptibles de definición dentro del sistema económico»¹⁶³.

¹⁵⁹ G. Márkus, *Marxismo y antropología*, trad. cast. de M. Sacristán, Grijalbo, Barcelona, 1974, págs. 5-6.

¹⁶⁰ *Ibid.*, pág. 72.

¹⁶¹ *Ibid.*, pág. 72.

¹⁶² A. Heller, *Sociología de la vida cotidiana*, trad. cast. de J. F. Ivars y E. Pérez, Península, Barcelona, 1977, pág. 7.

¹⁶³ A. Heller, *Teoría de las necesidades en Marx*, trad. cast. de J. F. Ivars, Península, Barcelona, 1978, pág. 26.

La obra de Marx —en opinión de Agnes Heller— ofrece una importante distinción entre las «necesidades naturales», referidas a los medios materiales indispensables para la autoconservación de la vida humana; las «necesidades necesarias», no dirigidas a la mera supervivencia, «en las cuales el elemento cultural, el *moral* y la costumbre son decisivos y cuya satisfacción es parte constitutiva de la vida «normal» de los hombres pertenecientes a una determinada clase de una determinada sociedad»¹⁶⁴; y las «necesidades radicales», que implican opciones axiológicas conscientes que sólo pueden ser satisfechas en una sociedad plenamente desalienada¹⁶⁵.

La interesante reconstrucción realizada por Heller de la teoría marxiana de las necesidades, pese a que soslaya el estudio de la impronta hegeliana en la formación de dichas categorías¹⁶⁶, resulta muy útil para seguir el tránsito 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». En esa reconstrucción de la teoría de las necesidades radicales juega un papel importante la distinción entre el plano cuantitativo, dirigido a la mera satisfacción del «tener», y el cualitativo, que se orienta hacia el «ser», es decir, a la libre realización de la personalidad¹⁶⁷; así como la diferencia entre la dimensión auténtica de las necesidades, producto de la autoconsciencia libre que para Marx sólo se da en el reino de la libertad «de la comunidad de los trabajadores asociados», y su falsificación producto de la manipulación de las necesidades en la sociedad capitalista¹⁶⁸.

¹⁶⁴ *Ibid.*, págs. 33-34.

¹⁶⁵ *Ibid.*, págs. 48 y sigs., y 178 y sigs.

¹⁶⁶ Este tema ha sido estudiado por Werner Becker en *La teoría marxista del valor*, trad. cast. de E. Garzón Valdés, Alfa, Barcelona, 1981, págs. 16 y sigs., y 71 y sigs. Vid. también el artículo de H. Kliemt, *Die Marxsche Wertlehre als Grundlage der Dialektik*, en ARSP, 1978, págs. 233 y sigs.

¹⁶⁷ A. Heller, *Teoría de las necesidades de Marx*, cit., págs. 64-66. Cfr. también el volumen de A. Heller y F. Feher, *Le forme dell'uguaglianza*, trad. it. de L. Boella, Edizioni Aut Aut, Milano, 1978, págs. 63 y sigs. Como es sabido, Karl Marx denunció el proceso de reducción de todas las necesidades humanas al «tener» que se produce en el seno de la sociedad capitalista en la que: «Todas las pasiones y toda actividad deben disolverse en la *avaricia*»; y en la que «cuanto menos *eres*... tanto más *tienes*», *Manuscritos*, cit., págs. 160 y 151, respectivamente. Cfr. sobre el tema el volumen de E. Fromm, *¿Tener o ser?*, trad. cast. de C. Valdés, FCE, México-Madrid-Buenos Aires, 1978, págs. 37 y sigs.

¹⁶⁸ A. Heller, *Teoría de las necesidades en Marx*, cit., págs. 161 y sigs. En este aspecto de la obra de Heller se advierte la influencia de las tesis de Herbert Marcuse, de modo especial cuando ésta alude expresamente a que: «masas cada vez mayores de

A partir de las necesidades radicales, que son necesidades cualitativas y auténticas se construye un sistema axiológico que tiene su principal valor ético «en el reconocimiento y la satisfacción de las necesidades de todos los hombres. Esta idea de valor es "el ideal del bien" —afirma Heller— en nuestra utopía racional»¹⁶⁹.

Las necesidades radicales, en cuanto categorías axiológicas, deben ser entendidas como formas de preferencias conscientes sobre objetivaciones sociales generalizables. Las preferencias conscientes, por ser expresión del carácter genérico del hombre, se justifican y legitiman a través del consenso: «Con respecto a los valores guía morales existe consenso social intersubjetivo»¹⁷⁰. La fundamentación intersubjetiva del valor permite cifrar su validez universal, que evita la arbitrariedad y contingencia de las tesis subjetivas, pero no sobre la base de un orden axiológico suprahistórico y trascen-

hombres están insatisfechas, se sienten perdidas en un mundo en el que sólo existen necesidades cuantitativas y buscan espontáneamente una forma de vida que se sustraiga a su dominio. Cuando numerosos grupos de jóvenes, y los mejores de ellos, abandonan el sistema de prestigio y de valores de sus padres, basados en el frigorífico y en el automóvil; cuando masas de estudiantes, de nuevo los mejores, abandonan las Universidades por motivos similares; cuando nuevas estructuras familiares se multiplican, asumiendo formas comunales, todo ello manifiesta que se ha desarrollado la necesidad de transformar la estructura de necesidades existentes» *ibíd.*, págs. 180-181. H. Marcuse trata el tema de las auténticas y falsas necesidades en *El hombre unidimensional*, trad. cast. de A. Elorza, Seix Barral, Barcelona, 1969, págs. 34 y sigs.; refiriéndose expresamente también a la redefinición en sentido cualitativo de las necesidades, *ibíd.*, págs. 274, 276 y sigs. En fecha reciente ha insistido en la importancia clave de la teoría de las necesidades para la antropología marxista Wolfgang Harich, quien, especialmente sensible hacia las necesidades ecológicas, distingue aquellas necesidades (auténticas) que deben satisfacerse, por contribuir a la relación equilibrada entre el hombre y la naturaleza; y las necesidades (falsas) que deben ser yuguladas, por centrarse en consumos de lujo, innecesarios o antisociales. *¿Comunismo sin crecimiento? Babeuf y el Club de Roma*, ed. cast. a cargo de M. Sacristán, Editorial Materiales, Barcelona, 1978, páginas 203 y sigs.

¹⁶⁹ A. Heller, *Por una filosofía radical*, trad. cast. de J. F. Ivars, El Viejo Topo, Barcelona, 1980, pág. 132. Heller formula kantianamente el «ideal del bien», identificándolo con el reconocimiento y la satisfacción de las necesidades de todos los hombres «en la medida en que esto excluya la utilización de los demás como meros medios», *ibíd.*, pág. 132. En cierto modo, la obra de Agnes Heller representa un replanteamiento del debate surgido a principios de siglo sobre la proyección de la ética kantiana al marxismo, que tuvo en Karl Vorländer, Franz Mehring, Eduard Bernstein, Karl Kautsky y, en el propio maestro de Agnes Heller, György Lukács a algunos de sus principales protagonistas. Cfr. los principales trabajos de esta polémica en el volumen, *Socialismo y ética: textos para un debate*, trad. cast. e introducción a cargo de V. Zapatero, Pluma & Debate, Bogotá-Madrid, 1980.

¹⁷⁰ A. Heller, *Por una filosofía radical*, cit., pág. 74.

dente, sino a partir del entendimiento de los valores como momentos de la evolución humana. Los valores no constituyen, en efecto, ninguna propiedad eterna del hombre dada metafísicamente con su ser, ningún *factum* fijo de la existencia humana, sino un orden de capacidades y necesidades que se despliegan a través de la evolución histórica ¹⁷¹.

En este punto se abre un sugestivo plano de confrontación entre los postulados axiológicos de la Escuela de Frakfurt y los de la Escuela de Budapest y, en concreto, entre las tesis de Jürgen Habermas y Agnes Heller.

Agnes Heller acepta expresamente el ideal habermasiano de la sociedad comunicativa ideal, es decir, libre de cualquier tipo de dominación, en la que ve la plena realización del ideal democrático; y comparte la tesis de Karl-Otto Apel de que las necesidades humanas son éticamente relevantes en cuanto exigencias interpersonales comunicables. Por lo que deben ser reconocidas, «siempre que puedan ser justificadas mediante argumentos interpersonales» ¹⁷². Sin embargo, reprocha a Habermas el haber construido su comunidad ideal a partir del dato exclusivo de la racionalidad del hombre y de su capacidad lógica de argumentación. «Los hombres en quienes se sostiene este ideal —señala críticamente Heller— no son hombres *enteros*. Pues *carecen de cuerpo*, de *sentimientos* y ni siquiera tienen *relaciones humanas*. La relación entre ellos estriba únicamente en la discusión de valor. No es preciso que sean hombres, de la misma forma podrían tratarse de ángeles. Pero no destinamos a los ángeles nuestra utopía radical. El hombre es indudablemente un ser racional, pero no es sólo eso» ¹⁷³.

De igual modo, la pretensión de Habermas y Apel de supeditar la satisfacción de las necesidades a su previa argumentación racional, es vista por Heller como un requisito formal innecesario. A su entender, la justificación de las necesidades no siempre tiene que hacerse mediante la argumentación racional, sino que muchas veces puede consistir en una remisión a otras necesidades. Por ello, no se puede esperar o exigir *siempre* que se razone la necesidad con argumentos: «*No ha de argumentar quien dirija a mí su necesidad; he de ser yo quien lo haga, siempre que no pueda satisfacerla*» ¹⁷⁴.

¹⁷¹ *Ibid.*, págs. 72 y sigs. *Vid.* también: A. Heller, *Hipótesis para una teoría marxista de los valores*, trad. cast. de M. Sacristán, Grijalbo, Barcelona, 1974, págs. 101 y siguientes; G. Márkus, *Marxismo y antropología*, cit., págs. 65 y sigs.; A. Heller, y F. Fehér, *Marxisme et démocratie*, trad. franc. de A. Libera, Maspero, París, 1981, páginas 36 y sigs.

¹⁷² A. Heller, *Por una filosofía radical*, cit., pág. 128.

¹⁷³ *Ibid.*, pág. 127.

¹⁷⁴ *Ibid.*, pág. 128.

Entiendo que la fundamentación intersubjetivista 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. Pienso, por ejemplo, que el sustraer la determinación de las necesidades radicales en cada sociedad histórica a la argumentación racional y al consenso, puede desembocar en manifestaciones de un subjetivismo decisionista o en un dogmatismo contra los que la Escuela de Budapest, precisamente, trata de luchar. En suma, 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.

Es obligado recordar que la fundamentación de los valores a través de las necesidades no se circunscribe a la tesis expuesta. Sin que pueda entrarse aquí a su análisis pormenorizado conviene tener presente que, desde las premisas del neopositivismo lógico del *Wiener Kreis*, Viktor Kraft en su conocida obra *Die Grundlagen einer wissenschaftlichen Wertlehre*, defiende una justificación de los valores a partir de su aptitud para satisfacer las necesidades humanas condicionadas biológicamente, así como las necesidades vitales de la comunidad humana en su conjunto. Kraft llega a afirmar que: «todo lo que contribuye a la satisfacción de necesidades vitales, tiene un valor determinado objetivamente»¹⁷⁵.

Una actitud semejante, desarrollada a partir de un racionalismo crítico inspirado en Karl Popper, se desprende de los estudios axiológicos de Hans Albert, quien para evitar caer en el dogmatismo y el decisionismo irracionalista ha propugnado una axiología empírica. De este modo, sitúa como

¹⁷⁵ V. Kraft, *Grundlagen einer wissenschaftlichen Wertlehre*, Springer, Wien, 2.^a ed., 1951, pág. 249. Debo advertir, sin embargo, que el empirismo axiológico de Kraft, que pretende apoyarse en una antropología descriptiva a partir de la cual se garantiza la objetividad de los juicios de valor por su inmediata referencia a las necesidades vitales, incurre en contradicciones al admitir unos valores fundamentales ligados a la esencia del hombre, que actúan como presupuesto de la vida social (la seguridad, la veracidad, la propiedad individual de los bienes de consumo y útiles de trabajo, la cultura...), *ibid.*, págs. 250 y sigs. Con lo que su teoría desmiente el riguroso empirismo sobre el que pretendía fundarse.

criterio de verificación de los valores éticos su idoneidad para satisfacer las necesidades deseos y aspiraciones humanas intrasubjetivas e intersubjetivas así como para la eliminación del sufrimiento innecesario, «hechos, en todos los casos, que son controlables sobre la base de experiencias humanas»¹⁷⁶.

En los últimos años la obra de Giuseppe Marchello *Dai bisogni ai valori*, ha intentado sentar las premisas para una axiología empírica que parte de la necesidad como ocasión y medio para valorar la *praxis*. En opinión de Marchello «la necesidad implica en su raíz el valor y correlativamente el valor es inmanente (en cierto modo) a la realidad de las necesidades»¹⁷⁷. El tránsito de la necesidad al valor condiciona la propia posibilidad de la satisfacción de las necesidades. Las necesidades nacen en el plano de la utilidad pero sólo hallan su satisfacción cuando se avaloran en el dinamismo teleológico de la *praxis*, como afirmación del proceso de valoración de la *praxis*. El hombre no puede concebirse encerrado en un determinismo mecánico, sino que vive sus necesidades en la posibilidad de mediarlas y resolverlas. En ello reside su capacidad de iniciativa y, en suma, su apertura real a la libertad. Sin embargo, este planteamiento no conduce, según su autor, a una fundamentación naturalista de los valores éticos, porque el acto de valoración trasciende el orden natural de los hechos, que aunque condiciona la experiencia humana es una tarea (*compito*), que al ser realizada por el hombre, contribuye a dar un «senso preciso alla sua ricerca, al suo "fare"». *Tutta la vita dell'uomo... non è altro che una trama infinita di tentativi, di proposte, di iniziative per avvalorarsi*¹⁷⁸.

El intento de Marchello adolece, a mi entender, de la pretensión de utilizar como categorías axiológicas empíricas lo que no es sino el fruto de la asunción apriorística y trascendente de determinados valores. Las nociones axiológicas de libertad, personalidad, tarea humana... no constituyen el resultado de una investigación antropológica a partir de la *praxis* real de las necesidades humanas, sino que incluso éstas constituyen un *prius* lógico que, de forma arbitraria, se presupone fundado en una idea teleológica de la *praxis* y de la experiencia.

Entre los intentos actuales por transferir a la fundamentación de los

¹⁷⁶ A. Albert, *Ética y metaética. El dilema de la filosofía moral analítica*, trad. cast. de M. Jiménez Redondo, con introducción a cargo de J. Rodríguez Marín, Teorema, Valencia, 1978, págs. 46 y sigs.; *Traktat über rationale Praxis*, Mohr, Tübingen, 1978, páginas 112 y sigs.; *Traktat über kritische Vernunft*, Mohr, Tübingen, 1980, págs. 80 y siguientes.

¹⁷⁷ G. Marchello, *Dai bisogni ai valori. Nuovi studi sull'etica dei valori*, Giappichelli, Torino, 1977, pág. 35.

¹⁷⁸ *Ibid.*, pág. 72.

derechos humanos la justificación axiológica basada en la noción de necesidades merece especial atención el planteamiento de Crawford B. Macpherson. En su construcción teórica sitúa explícitamente el fundamento de los derechos humanos en la naturaleza humana, en el conjunto de necesidades y capacidades naturales, y entiende que puede existir una limitación en su disfrute cuando el individualismo posesivo conduce a excluir a determinadas personas o grupos de la plena satisfacción de sus necesidades. Ahora bien, Macpherson confía en que esta situación puede ser superada en la medida en que se pase de una situación de escasez a una situación de abundancia de bienes que permita satisfacer todas las necesidades¹⁷⁹. La esperanza optimista de Macpherson en una sociedad en la que todas las necesidades, ligadas a la naturaleza del hombre y racionalmente demostradas, puedan ser satisfechas¹⁸⁰, se ve gravemente amenazada (y quizá desmentida) en la fase actual de limitación del crecimiento debida a la crisis de la energía, así como a la exigencia, cada vez más urgente, de someter el desarrollo a las pautas equilibradas de la ecología¹⁸¹. Ante esta nueva etapa, se echa de menos en Macpherson una profundización antropológica de las necesidades básicas, que reclaman una satisfacción prioritaria por su conexión inmediata con el pleno desarrollo humano. En todo caso, la principal objeción que me suscita la teoría de las necesidades de Macpherson es que termina por reducirse a un criterio cuantitativo ligado a los factores de escasez o de abundancia que condicionan su satisfacción, y soslaya la dimensión cualitativa, la crítica de las necesidades, que es la que, precisamente permite cifrar en ellas la fundamentación de los derechos humanos.

¹⁷⁹ C. B. Macpherson, *Los derechos naturales en Hobbes y en Locke*, cit. (en nota 23), págs. 191 y sigs. *La realidad democrática*, trad. cast. de C. Sánchez, Fontanella, Barcelona, 1968, págs. 32 y sigs., y 72 y sigs.; *Democratic Theory. Essays in Retrieval*, Oxford University Press, 1973, págs. 54 y sigs.; *La democracia liberal y su época*, trad. cast. de F. Santos, Alianza, Madrid, 1981, págs. 113 y sigs.

¹⁸⁰ Cfr. el interesante trabajo de A. Ruiz Miguel, *La teoría política del optimismo obsesivo: C. B. Macpherson*, en «Sistema», 1983, núm. 52, págs. 45 y sigs. Si bien, discrepo de que su autor reproche a Macpherson «la incoherencia existente entre la defensa de la libertad de pensar y actuar y la propuesta de un modelo político ideal basado en el objetivismo y el cognoscitivismo éticos». *Ibid.*, pág. 63. A mi entender, en este párrafo se confunde el cognoscitivismo con el absolutismo y el dogmatismo éticos. De aceptarse sus planteamientos cognoscitivistas contemporáneos tan diversos entre sí pero, a la vez, tan inequívocamente comprometidos con la defensa del humanismo y la libertad como, por ejemplo, Jacques Maritain, Karl Popper, Ernst Bloch, Jürgen Habermas, John Rawls o la propia Agnes Heller, serían paradójicamente etiquetados como «enemigos de la libertad de pensar y actuar»...

¹⁸¹ Cfr. W. Harich, *¿Comunismo sin crecimiento?*, cit., págs. 29 y sigs. y 203 y sigs.

A partir de una argumentación analítica, y desde premisas diferentes a las de Macpherson, coincide en proponer una fundamentación de los derechos humanos basada en las necesidades. Liborio L. Hierro. En su monografía *¿Derechos humanos o necesidades humanas?* sostiene Hierro que la idea de necesidad pretende reflejar un principio objetivo (o, al menos, objetivado, en función de los fines del sistema normativo o de los principios morales aceptados) del interés o deseo que se intenta satisfacer a través de un derecho. Ahora bien, una afirmación moral o una exigencia jurídica sustentadora de un derecho, requiere que existan medios suficientes para satisfacer la necesidad, interés o deseo de que se trate. «Por ello —indica Hierro— el conjunto de derechos tiende a incrementarse en cuanto se incrementan las posibilidades reales. Lo que en un momento dado puede con justicia no considerarse como un derecho (por ejemplo, a ciertas prestaciones sociales) puede en otro momento afirmarse como tal, precisamente en la medida en que se considera que existen medios suficientes para, debidamente ordenados, satisfacer tales necesidades en todo caso»¹⁸². La fundamentación de los derechos humanos en las necesidades permite un planteamiento «menos abstracto, menos cerrado y menos circular de la cuestión» que el tradicional basado en el *ius suum cuique tribuendi*. Ya que a partir de dicho enfoque: «Sólo podemos sostener como derechos aquellas necesidades humanas que exigen su satisfacción de forma incondicional, cual si se tratase de un fin en sí mismo, y sólo cuando existan posibilidades de satisfacerlas.» Si bien, advierte Hierro que esto no contradice su «más profunda convicción de que entre las necesidades del hombre se encuentra, entre las primeras, la de vivir como un hombre libre»¹⁸³.

La posible crítica a la teoría de las necesidades, basada en la denuncia de que la necesidad de heroína o de un cigarrillo no constituyen un derecho, no afecta, según Hierro, a la idea de necesidad que él postula. Ya que en su construcción las necesidades que fundamentan derechos son aquellas en relación con las cuales existen motivos para afirmar que «han de ser satisfechas en todo caso, o que se obra bien si y sólo si se las satisface. La necesidad de heroína o de un cigarrillo no parece que reúnan tal requisito, pues entendemos, para empezar, que es ampliamente perjudicial para el paciente continuar satisfaciendo semejantes vicios. Cuando, coyunturalmente, se satisface esa necesidad, por ejemplo, por prescripción médica, no se hace

¹⁸² L. Hierro, *¿Derechos humanos o necesidades humanas? Problemas de un concepto*, en *Sistema*, 1982, núm. 46, pág. 54.

¹⁸³ *Ibid.*, pág. 61.

como si se tratase de un fin sino como medio para un tratamiento, o como un mal menor»¹⁸⁴.

La tesis reseñada plantea, sin embargo, algunas dudas a las que voy a referirme sucintamente. Así, en mi opinión, Liborio Hierro incurre en una aparente antítesis cuando, tras afirmar su pretensión de eludir la fundamentación de los derechos de resonancias kantianas a partir de que «algo debe ser hecho como un fin en sí mismo y no como un medio para un fin ulterior»¹⁸⁵, concluye justificando los derechos en necesidades que exigen su satisfacción incondicional, como si se tratase de un fin y no como un medio. Dado que en el trabajo de Liborio Hierro la distinción entre necesidades finales, que exigen su satisfacción de forma incondicional, e instrumentales, cuya satisfacción se supedita a condiciones, no se apoya en un criterio trascendental en sentido kantiano, o en un consenso racional intersubjetivo, ni en un criterio empírico basado en un análisis antropológico de las necesidades, la fundamentación de los derechos humanos que se propone no deja de ser menos abstracta, menos cerrada y menos circular, que las que pretendía superar. La *petitio principii* resulta evidente cuando se trata de probar el carácter final o incondicional de determinadas necesidades, a partir de la presunción de que existen necesidades humanas que exigen su satisfacción de forma incondicional.

De otro lado, resulta sumamente peligrosa para la fundamentación de los derechos humanos la tesis adicional de que tales necesidades finales o *incondicionales* se hallen, paradójicamente, *condicionadas* a «que existan posibilidades de satisfacerlas». De aceptarse esta teoría la fundamentación de los derechos humanos lejos de cifrarse en la universalización de la exigencia de unos derechos básicos en todos los hombres, legitimaría la discriminación en el reconocimiento de tales derechos, que quedarían supeditados a la contingencia de las posibilidades de su satisfacción en cada situación concreta. Con ello, los derechos humanos perderían su dimensión emancipatoria y su propio contenido axiológico, al quedar identificados con los contenidos empíricos del derecho positivo de cada sistema político que es, a la postre, quién interpreta las condiciones de posibilidad para la realización de los derechos.

¹⁸⁴ *Ibid.*, pág. 61, nota 47.

¹⁸⁵ *Ibid.*, pág. 53, nota 25.

5. *La fundamentación de los derechos humanos: teoría y praxis*

Las distintas teorías que se han venido analizando no constituyen meras adquisiciones doctrinales sobre el valor ideal de los derechos humanos. Precisamente la polémica sobre la fundamentación de los derechos humanos mantiene todavía hoy plena vigencia, porque los argumentos debatidos tienen puntual repercusión en la práctica.

Así, por ejemplo, la fundamentación objetivista de los derechos humanos ha contribuido decisivamente a la conformación doctrinal y jurisprudencial de la teoría del orden de valores (*Wertordnung*), que concibe los derechos humanos positivizados por vía constitucional como derechos fundamentales (*Grundrechte*), es decir, como un sistema de valores objetivos dotados de una unidad material y que son la suprema expresión del orden axiológico de la comunidad. La interpretación de la Constitución, así como el sentido de los distintos derechos fundamentales en ella consagrados debería reconducirse, a tenor de esta tesis, a los principios axiológicos objetivos que determinan el respectivo alcance de las distintas situaciones individuales. Esta teoría, que ha alcanzado una notable importancia en la Jurisprudencia del *Bundesverfassungsgerichtshof* de la República Federal de Alemania en la inmediata postguerra, ha sido posteriormente objeto de crítica al haberse denunciado que entraña el peligro de traducirse en una pura intuición de los valores, arbitraria y decisionista, que puede degenerar en una auténtica tiranía de los valores (*Tyrannie der Werte*).

Las fundamentaciones de los derechos humanos de carácter subjetivista han tenido una importancia indiscutible para la garantía de las libertades públicas de signo individual. Su principal mérito reside en haber configurado un sistema de derechos de defensa (*Abwehrrechte*) de la autonomía personal frente a las injerencias del poder. Sin embargo, esta fundamentación se ha mostrado incapaz, en la práctica, para incorporar a la teoría de los derechos fundamentales la garantía jurídica de las condiciones materiales y culturales de existencia, que se hallan en la base de la reivindicación de los derechos sociales.

Por su parte, las fundamentaciones intersubjetivistas de los derechos humanos han contribuido a potenciar la orientación teórica y jurisprudencial tendente a afirmar la multifuncionalidad de los derechos fundamentales (*Multifunktionalität der Grundrechte*), atendiendo a la diversidad de objetivos que pueden perseguir estos derechos en un sistema axiológico pluralista. Tesis que, si tiene el valor de propiciar una estructura abierta y dinámica.

ca de los derechos fundamentales, corre el riesgo de relativizar en exceso su contenido ¹⁸⁶.

Por ello, tras la exposición crítica de las perspectivas actuales más significativas en orden a la fundamentación de los derechos humanos, es necesario abordar ahora un resumen-balance de las distintas posturas reseñadas.

5.1 *¿Derechos humanos o derechos morales?*

En fecha reciente ha aparecido en nuestro horizonte bibliográfico una importante contribución debida a Eusebio Fernández sobre *El problema de la fundamentación de los derechos humanos*. Dicho estudio contiene numerosos puntos de coincidencia con el planteamiento que aquí se sostiene, lo que es producto de nuestra provechosa colaboración intelectual suscitada a través de los trabajos del Instituto de Derechos Humanos. Sin embargo, existen también algunos puntos de discrepancia, entre nuestras respectivas tesis, sobre los que estimo oportuno pronunciarme con el deseo de clarificar los términos del debate.

Eusebio Fernández distingue tres fundamentaciones de los derechos humanos que califica, respectivamente, de: iusnaturalista, historicista y ética; pronunciándose en favor de ésta última. El iusnaturalismo intenta situar el fundamento de los derechos humanos «en el derecho natural, deducido de una naturaleza humana supuestamente universal e inmutable; mientras que el historicismo lo sitúa en «la historia cambiante y variable» ¹⁸⁷. De ahí, que se incline por una fundamentación ética o axiológica que considera los derechos humanos como derechos morales, es decir, «como exigencias éticas y derechos que los seres humanos tienen por el hecho de ser hombres y, por tanto, con un derecho igual a su reconocimiento, protección y garantía por parte del poder político y el derecho». Tales exigencias serían, por tanto, independientes «de cualquier contingencia histórica o cultural, característica física o intelectual, poder político o clase social» ¹⁸⁸. Explicitando el alcance de la expresión «derechos morales» añade Eusebio Fernández que con la misma pretende describir «la síntesis entre los derechos humanos entendidos como exigencias éticas o valores y los derechos humanos entendidos paralelamente como derechos» ¹⁸⁹. De esta caracterización infiere que los derechos humanos están a caballo entre las exigencias éticas y los derechos positivos. Por su

¹⁸⁶ Cfr. los capítulos I y III del vol. *Los derechos humanos*, cit. en la nota 3.

¹⁸⁷ E. Fernández, *El problema de la fundamentación de los derechos humanos*, en ADH, 1981, pág. 97.

¹⁸⁸ *Ibíd.*, pág. 98.

¹⁸⁹ *Ibíd.*, pág. 99.

significación ética los derechos humanos deberán hacer obligada remisión a la dignidad humana; mientras que por su dimensión jurídica tales derechos encarnarán la pretensión de incorporarse al ordenamiento jurídico-positivo para alcanzar su «auténtica realización». De ahí, que «a cada derecho humano como derecho moral le corresponda paralelamente un derecho en el sentido estrictamente jurídico del término»¹⁹⁰.

Esta fundamentación de los derechos humanos coincide, de forma explícita, con lo que Gregorio Peces-Barba ha denominado «concepción dualista» de los derechos humanos. En ella, el primer nivel corresponde a la *filosofía* de los derechos fundamentales, o sea, al plano axiológico de los valores al servicio de la persona humana; mientras el segundo al *derecho* de los derechos fundamentales y alude a la inserción de esos valores en normas jurídico-positivas¹⁹¹.

Con dicha fundamentación se considera posible —en palabras de Peces-Barba— «superar esas dos versiones unilaterales —iusnaturalismo y positivismo voluntarista— que por sus extremosidades respectivas han confundido y llenado de pasión este debate a lo largo de la historia»¹⁹²; o —como reitera Eusebio Fernández— «salir del círculo vicioso de la tradicional polémica entre iusnaturalismo y positivismo»¹⁹³.

El profesor Peces-Barba en un amplio y atento análisis crítico de mi fundamentación iusnaturalista de los derechos humanos, en el que coincide con muchos aspectos de mi enfoque, me objeta, sin embargo, el no considerar como un requisito *sine qua non* de los derechos humanos el de su reconocimiento por el ordenamiento jurídico positivo¹⁹⁴. Por su parte, Eusebio Fernández aunque acepta mi postura al reconocer que el fundamento de los derechos humanos es «anterior al derecho positivo», discrepa, no obstante, del mismo al rechazar que tal fundamento «tenga que ser necesariamente iusnaturalista, y no simplemente de defensa de las exigencias morales de dignidad, libertad e igualdad de la persona»¹⁹⁵.

Me parece obligado advertir que el profesor Eusebio Fernández, en un trabajo posterior, que constituye una excelente prueba de su talante rigurosamente autocrítico y antidogmático, ha realizado un valioso esfuerzo de pro-

¹⁹⁰ *Ibíd.*, pág. 99.

¹⁹¹ G. Peces-Barba, *Derechos fundamentales*, Latina Universitaria, Madrid, 3.ª ed., 1980, págs. 24 y sigs.

¹⁹² *Ibíd.*, págs. 24-25.

¹⁹³ E. Fernández, *op. cit.*, pág. 99.

¹⁹⁴ G. Peces-Barba, *Los derechos fundamentales en la cultura jurídica española*, en ADH, 1981, págs. 239 y sigs.; esp., págs. 241-242.

¹⁹⁵ E. Fernández, *op. cit.*, pág. 102.

fundación del significado del iusnaturalismo, matizando, a partir de ahí, su anterior postura. Así, señala que el derecho natural en su acepción deontológica, o sea, entendido como exigencia ética, actitud crítica y horizonte utópico «debe ser asumida por la filosofía del derecho». Al tiempo que reivindica «la importante función histórica del derecho natural... como fundamento y valoración crítica del derecho positivo»; y propone que el derecho natural «sea entendido como ética jurídica material..., es decir, como valores superiores al derecho positivo a los cuales éste debe estar subordinado»¹⁹⁶.

Por ello, mis objeciones y reservas al intento de utilizar el término «derechos morales» como alternativa a las expresiones «derechos naturales» o «derechos humanos» no pretenden polemizar con las tesis de Eusebio Fernández, ya que es evidente que existe un acuerdo básico entre nuestras respectivas actitudes globales, sino intentar clarificar los aspectos generales de la cuestión.

a) En primer término, conviene señalar que entre las expresiones «derechos naturales», «derechos humanos» o «derechos morales» no existe una delimitación conceptual precisa y unánimemente aceptada. Desde mi punto de vista, los derechos humanos suponen una versión moderna de la idea tradicional de los derechos naturales y representan un avance en su proceso de positivación¹⁹⁷.

En la doctrina anglosajona donde las expresiones «derechos naturales», «derechos humanos» y «derechos morales» se utilizan, en muchas ocasiones, indistintamente por autores como Herbert Hart, John Rawls, Ronald Dworkin o Robert Nozick el tema de su respectiva significación ha sido abordado explícitamente por John Finnis. El profesor de Oxford, tras indicar que el término «derechos humanos» es la forma contemporánea de designar a los «derechos naturales», advierte que él usa ambos términos como sinónimos (*I use the terms synonymously*). Finnis afirma, a continuación, que los derechos humanos o naturales son derechos morales de carácter general y fundamental, mientras que los derechos morales en sentido estricto tienen un carácter particular y concreto. Así, por ejemplo, el derecho de James a que John no lea su correspondencia privada durante su ausencia de la oficina, puede ser llamado un derecho humano o natural, pero es más frecuente denominarlo derecho moral, derivado de las reglas generales de la moral. Si bien, concluye Finnis, que esta distinción surgida del uso no es, de cual-

¹⁹⁶ E. Fernández, *Filosofía del Derecho, teoría de la justicia y racionalidad práctica*, en RFDUC, 1982, núm. 64, pág. 23.

¹⁹⁷ Cfr. los capítulos I y IV del vol. *Los derechos humanos*, cit.

quier modo, muy firme o clara (*the distinction thus drawn by usage is not, however, very firm or clear*)¹⁹⁸.

b) Si con la expresión «derechos morales» se quiere significar la confluencia entre las exigencias o valores éticos y las normas jurídicas, lo único que se hace, en el fondo, es afirmar uno de los principales rasgos definitorios del iusnaturalismo. Se ha recordado, con razón, que el derecho natural implica defender que «el derecho constituye una parte de la ética, su función esencial puede aparecer sólo como la de una instancia mediadora entre la esfera moral y la esfera propiamente jurídica. La noción de derecho natural participa al propio tiempo de un carácter jurídico y de un carácter moral. Acaso la mejor descripción del derecho natural consista en que éste ofrece un nombre para el punto de intersección entre derecho y moral»¹⁹⁹.

c) Que, por tanto, cualquier intento de cifrar la fundamentación de los derechos humanos en un orden de valores anterior al derecho positivo, es decir, preliminar y básico respecto a éste se sitúa, consciente o inconscientemente, en una perspectiva iusnaturalista. Lo cual, lejos de ser una rémora teórica, permite insertar el fundamento de los derechos humanos en el contexto histórico-doctrinal en que se produjo su génesis y ulterior desenvolvimiento. Por ello, cualquier justificación consciente, que no pretenda adolecer del más craso agnosticismo histórico y cultural, y que, por el contrario, reivindique un uso histórico de las categorías filosóficojurídicas no puede prescindir de conectar el fundamento de los derechos humanos con la tradición cultural en la que surgieron y fueron elaborados doctrinalmente, o sea, con la teoría iusnaturalista. Sin que sea legítimo —y la exposición de la mayor parte de las tesis hasta aquí reseñadas así lo prueba— identificar el orden de valores ético-jurídicos iusnaturalista con la postulación de unos principios universales, absolutos e inmutables. Téngase presente, por ejemplo, que la primera axiología moderna que, como es sabido, aparece en la distinción elaborada por Samuel Pufendorf entre los *entia phisica* y los *entia moralia*, al concebir éstos como «modos que los seres racionales aplican a las cosas o a los movimientos físicos para orientar y regular la libertad de las acciones voluntarias del hombre, así como para atribuir orden y armonía a la vida humana»; es decir, como valores, aparece, precisamente, en una obra en la que a través de la idea de la *dignitas* se van a sentar premisas decisivas para la fundamentación de los derechos humanos²⁰⁰.

¹⁹⁸ J. Finnis, *Natural Law and Natural Rights*, cit., págs. 198-199.

¹⁹⁹ A. Passerin d'Entreves, *Derecho natural*, trad. cast. de M. Hurtado Bautista, Aguilar, Madrid, 1972, pág. 151.

²⁰⁰ S. Pufendorf, *De iure naturae et gentium*, I, I, 3.

5.2 ¿Pueden fundamentarse los derechos humanos?

En los debates del Coloquio del Instituto Internacional de Filosofía, que tuvieron lugar en l'Aquila en 1964, Chaïm Perelman planteó abiertamente la cuestión de la posibilidad de fundar los derechos humanos. Su conclusión admitía un fundamento suficiente para nuestra época, basado en la argumentación racional, pero sin garantizar, de una vez por todas, la eliminación de todas las incertidumbres y de las futuras controversias²⁰¹. En sentido análogo, y en el seno de ese mismo Coloquio, Norberto Bobbio proponía sustituir la búsqueda del fundamento absoluto de los derechos humanos, tarea —en su opinión— desesperada, por el estudio de las diversas fundamentaciones posibles avaladas por las ciencias históricas y sociales²⁰².

Ahora bien, una vez se han analizado críticamente distintas fundamentaciones actuales posibles de los derechos humanos, no me parece legítimo refugiarme en una cómoda *epoje* 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 porque llevar a inferir que todos ellos poseen idéntico valor teórico, o relevancia práctica. Del mismo modo que el avanzar una conjetura o propuesta sobre «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 intersubjetiva 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 independiente de la experiencia, como pretende objetivismo; ni pueden reducirse tampoco al plano de los deseos o intere-

²⁰¹ Ch. Perelman, *Peut-on fonder les droits de l'homme?*, en el vol. col. *Le fondement des droits de l'homme*. (Actes des entretiens de l'Aquila, 14-19 septembre, 1964, Institut International de Philosophie), La Nuova Italia, Firenze, 1966, págs. 11 y siguientes.

²⁰² N. Bobbio, *L'illusion du fondement absolu*, en el vol. col. *Le fondement des droits de l'homme*, cit., págs. 4 y sigs.

ses de los individuos, como propugna el subjetivismo. La fundamentación intersubjetivista, por la que me inclino, parte de la posibilidad de llegar a establecer las condiciones en 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.

Mi postura intenta ser una mediación crítica entre dos estimulantes corrientes del pensamiento marxista actual de inequívoco signo antidogmático y humanista: la teoría consensual de la verdad elaborado por el último de los teóricos de la Escuela de Frankfurt, Jürgen Habermas; y la filosofía de las necesidades radicales defendida por la Escuela de Budapest y, de modo especial, por Agnes Heller. La primera proporciona el marco metódico, las condiciones ideales a que debe someterse el discurso racional fundamentador de los derechos humanos, así como a *contrario sensu* denuncia los factores que en las sociedades históricas distorsionan o impiden la posibilidad de llegar a legitimaciones racionales de los derechos, generalizables o universalizables en cuanto dotadas de «objetividad intersubjetiva». La segunda aporta datos relevantes sobre las condiciones antropológicas, sobre las exigencias o necesidades de la naturaleza humana, que constituyen la base material de todo valor²⁰³.

Pienso, con Norberto Bobbio, que «el fundamento de los valores debe buscarse en las necesidades del hombre». Toda necesidad supone una carencia: el hombre tiene necesidades en cuanto carece de determinados bienes y siente la exigencia de satisfacer esas carencias. Lo que satisface una necesidad humana tiene valor, lo que la contradice es un disvalor. Por ello, «el valor es una abstracción mental realizada a partir de una experiencia hu-

²⁰³ Los presupuestos antropológicos constituyen un soporte imprescindible para cualquier fundamentación de los derechos humanos. Piénsese, por ejemplo, que uno de los más implacables ataques contemporáneos de tales derechos, así como de los valores de la dignidad y libertad del «hombre autónomo» que les servían de base, ha sido llevado a cabo por quienes, desde premisas conductistas, han pretendido suplantarlo los derechos y valores fundamentales por una «tecnología de la conducta» condicionadora del comportamiento de los individuos a las exigencias del ambiente. Esta ha sido la tesis sustentada por B. F. Skinner, *Más allá de la libertad y la dignidad*, trad. cast. de J. J. Coy, Fontanella, Barcelona, 4.ª ed., 1980, págs. 33 y sigs., y 151 y siguientes. Entre los intentos de fundamentación antropológica de los valores jurídicos, vid. el libro de Thomas E. Davitt, *The Basic Values in Law. A Study of the ethico-legal implications of Psychology and Anthropology*, Marquette University Press, Milwaukee (Wisconsin), 2.ª ed., 1978, esp., págs. 11 y sigs.

mana concreta»²⁰⁴. Por ser abstracciones mentales los valores son un producto del hombre, que se configuran a partir del discurso racional intersubjetivo basado en las necesidades humanas. El valor es una proyección de la consciencia del hombre hacia el mundo externo, representa «un modo de preferencia consciente» —en palabras de Heller—²⁰⁵, que arranca de determinadas condiciones sociales e históricas y que, por tanto, tiene un fundamento empírico y no metafísico.

Esta postura responde, por lo demás, a mi concepción general de la filosofía del Derecho como filosofía de la experiencia jurídica, es decir, como reflexión crítica sobre la *praxis* histórico-social en la que el derecho y los valores ético-jurídicos (por tanto, también los derechos humanos) surgen y se desarrollan²⁰⁶. Ello implica cifrar la fundamentación de los derechos humanos en el despliegue multilateral y consciente de las necesidades humanas, que emergen de la experiencia concreta de la vida práctica. Esas necesidades, en cuanto datos social e históricamente vinculados a la experiencia humana, poseen una objetividad y una universalidad que posibilitan su generalización, a través de la discusión racional y el consenso, y su concreción en postulados axiológico-materiales. El sistema de valores o preferencias conscientes básicos debe servir, en suma, «para maximizar y optimizar la satisfacción de las necesidades e intereses de todos y cada uno de los miembros de la especie humana»²⁰⁷. Existe, por tanto, un condicionamiento mutuo o, si se quiere, una reciprocidad circular entre el método y el objeto de la fundamentación de los derechos humanos propuesta. Porque se parte de que el consenso racional sobre los derechos humanos tiene que surgir de la experiencia de las necesidades, y volver nuevamente a la experiencia para ilustrar, esto es, para hacer plenamente conscientes esas necesidades²⁰⁸.

²⁰⁴ N. Bobbio, *Introduzione alla filosofia del diritto*, Giappichelli, Torino, 1948, páginas 34 y 36. Partiendo de este planteamiento de Norberto Bobbio, Avelino Manuel Quintas ha trazado, en fecha reciente, una completa tipología de los valores ético-individuales, sociales culturales y económicos que integran la noción del bien común, y tienen su justificación en el sistema de necesidades humanas. *Analisi del bene comune*, Bulzoni, Roma, 1979, págs. 21 y sigs., y 116 y sigs. Cfr. mi recensión de esta obra en la REP, 1980, núm. 15, págs. 216 y sigs.

²⁰⁵ A. Heller, *Hipótesis para una teoría marxista de los valores*, cit., pág. 33.

²⁰⁶ Vid. mis *Lecciones de filosofía del Derecho. Presupuestos para una filosofía de la experiencia jurídica*, Minerva, Sevilla, 1982.

²⁰⁷ J. Ferrater Mora y P. Cohn, *Ética aplicada. Del aborto a la violencia*, Alianza, Madrid, 1981, pág. 40.

²⁰⁸ Resultan de gran interés sobre la circularidad de las relaciones experiencia/valor las reflexiones de Hans-Georg Gadamer en sus trabajos: *¿Qué es praxis? Las condiciones de la razón social*, y *Hermenéutica como filosofía práctica*, en su vol.,

Soy consciente de que a esta propuesta de fundamentación de los derechos humanos se le puede objetar que implica una forma de *naturalistic fallacy*, al derivar del dato empírico de las necesidades el valor de los derechos humanos. Sobre este punto resulta obligado recordar que, incluso en el seno de la filosofía moral analítica más reciente, se ha matizado la observación célebre de David Hume²⁰⁹, formulada expresamente por George Edward Moore de que cualquier intento de derivar conceptos normativos de datos descriptivos incurre en una «falacia naturalista»²¹⁰. Así, por ejemplo, incluso quienes como Karl Popper aceptan en principio la imposibilidad lógica de derivar los valores de los hechos, reconocen que los valores «a menudo tienen que ver con hechos o están conectados con hechos»²¹¹. Sin que hayan faltado intentos, como el de Stephen. E. Toulmin, por mostrar la peculiaridad de la argumentación ética a través de la cual puede pasarse de funda-

La razón en la época de la ciencia, trad. cast. de E. Garzón Valdés, Alfa, Barcelona, 1981, págs. 41 y sigs., y 59 y sigs., respectivamente

²⁰⁹ «En todo sistema moral de que haya tenido noticia —escribía David Hume—, hasta ahora, he podido siempre observar que el autor sigue durante cierto tiempo el modo de hablar ordinario, estableciendo la existencia de Dios o realizando observaciones sobre los quehaceres humanos, y, de pronto, me encuentro con la sorpresa de que, en vez de las cópulas habituales de las proposiciones: *es* y *no es*, no veo ninguna proposición que no esté conectada con un *debe* o un *no debe*. Este cambio es imperceptible, pero resulta, sin embargo, de la mayor importancia. En efecto, en cuanto que este *debe* o *no debe* expresa alguna nueva afirmación o relación, es necesario que ésta sea observada y explicada y que al mismo tiempo se dé razón de algo que parece absolutamente inconcebible, a saber: cómo es posible que esta nueva relación se deduzca de otras diferentes.» *Tratado de la naturaleza humana*, ed. cast. a cargo de F. Duque, Editora Nacional, Madrid, 2.ª ed., 1981, vol. II, págs. 689-690. Conviene, sin embargo, tener presente que aunque Hume denuncia la deducción de las aserciones morales a partir de los hechos, admite la conexión, a partir del sentimiento y la experiencia, entre el mundo de los hechos y el de los valores morales y jurídicos. De otro modo, no podría fundamentar su teoría sobre la obligatoriedad de las promesas, el tránsito de la obligación natural a la moral a través de la simpatía, la justificación de la propiedad en base al criterio del interés individual y la utilidad social, la concepción «artificial» pero, a la vez, necesaria y universal de la justicia... Cfr. L. Bagolini, *Esperienza giuridica e politica nel pensiero di David Hume*, Giappichelli, Torino, 2.ª ed., 1967, *passim*.

²¹⁰ G. E. Moore entiende que la noción de «bueno», que es el concepto básico de la ética al que se pueden reconducir todos los demás valores éticos, es indefinible. Quienes pretenden definir lo «bueno» a partir de la descripción de las propiedades de las cosas buenas piensan que «cuando nombran estas propiedades, están definiendo "bueno" realmente, y que no son de hecho, "otras" sino absoluta y enteramente iguales a la bondad. A esta postura propongo que se la llame *falacia naturalista*». *Principia Ethica*, trad. cast. de A. García Díaz, UNAM, México, 1959, pág. 9.

²¹¹ K. Popper, *Búsqueda sin término*, cit., pág. 260.

mentos descriptivos a una conclusión ética, mediante la inferencia valorativa ²¹². Todavía ha ido más lejos John Searle en su intento de mostrar cómo, en determinados casos, es posible la derivación del deber ser a partir del ser, incluso respetando las reglas tradicionales de la lógica deductiva ²¹³. No comparto, sin embargo, la tesis de Norbert Hoerster cuando, al proponer una fórmula de mediación entre hechos y valores, concluye que la fractura entre el ser y el deber ser «no es, como suele suponerse a menudo, un abismo lógico sino epistemológico: un deber ser puede ser *deducido* de un ser, pero no *conocido* a partir de un ser» ²¹⁴. Ya que la filosofía de la experiencia jurídica parte del principio viquiano del *verum ipsum factum*, de que sólo se conocen las cosas de las que se tiene experiencia y acepta la exigencia marxista de la continuidad entre teoría y *praxis* ²¹⁵.

El conocimiento y la fundamentación de los derechos humanos a partir de la experiencia de las necesidades no implica, sin embargo, confundir el plano de los hechos con el de los valores negando esta importante distinción metódica, ni caer en un empirismo sensorial. Lo que se afirma es que la distinción entre los planos respectivos del ser y el deber ser no tiene porque traducirse en una fractura abismal, que impida la necesaria articulación entre ambos. Esa articulación, en lo que afecta al fundamento de los derechos humanos, se produce a medida que las necesidades trascienden el plano de los datos inmediato sensoriales para devenir modos conscientes de preferencias, o sea, valores ²¹⁶.

²¹² S. E. Toulmin, *El puesto de la razón en la ética*, cit., págs. 152 y sigs., y 166 y siguientes.

²¹³ J. Searle, *How to Derive «Ought» from «Is»*, en su vol. *Speech Acts: An Essay in the Philosophy of Language*, Cambridge University Press, 1969, págs. 176 y siguientes.

²¹⁴ N. Hoerster, *Problemas de ética normativa*, trad. cast. de E. Garzón Valdés, Alfa, Buenos Aires, 1975, pág. 39.

²¹⁵ Cfr. mis *Lecciones de filosofía del Derecho. Presupuestos para una filosofía de la experiencia jurídica*, cit., págs. 126 y sigs.

²¹⁶ En este punto sigo la tesis anteriormente expuesta, al analizar la concepción de Agnes Heller, del progresivo despliegue de las necesidades humanas desde su dimensión empírica y material a su significado como necesidades radicales.

Por una argumentación diferente Luis Recaséns Siches llegaba a una conclusión similar al afirmar que aunque la raíz de cualquier valoración es un *a priori*, «los juicios estimativos contienen múltiples y variados ingredientes de experiencia, esto es, de referencia o de toma en consideración de hechos reales humanos, genéricos y particulares y concretos, a saber: los datos de las realidades humanas...» *Experiencia jurídica, naturaleza de la cosa y Lógica «razonable»*, FCE & UNAM, México, 1971, pág. 190. Para Recaséns es la propia existencia humana el principio articulador de la realidad y los valores, pues sólo vinculados a la vida humana éstos tienen sentido. Por ello, pese

La fundamentación de los derechos humanos que aquí se propone tiende a abolir la rígida división (*Spaltung*) entre *Sein* y *Sollen*, entre ser y deber ser, pero sin que ello implique aceptar la identificación hegeliana entre realidad y razón. Porque si faltos de apoyo en la experiencia de las necesidades los derechos humanos corren el riesgo de transformarse en ideales vacíos, sin la referencia al deber ser perderían su horizonte utópico-emancipatorio. El logro de esa difícil mediación entre la experiencia y los valores constituye el problema básico de la fundamentación de los derechos humanos, pero la dificultad del propósito no disminuye la virtud de la empresa ²¹⁷.

a su carácter ideal y objetivo, los valores se hallan condicionados, en cuanto a su fundamento, por el sujeto que debe realizarlos «y por la realidad de las cosas con las cuales, mediante las cuales y en las cuales vaya a materializarlos». *Ibid.*, pág. 28; *vid.* también págs. 319-320.

Con todo, estimo que la tesis de Recaséns incurre en algunas imprecisiones. Porque resulta contradictorio afirmar el carácter apriorístico de los valores, en cuyo caso el papel de la experiencia humana no sería otro que el de hallarlos y cumplirlos; y, a la vez, condicionar el fundamento de los valores a datos de la realidad, lo que implica descartar su pretendida significación ideal y *a priori*. Tan sólo podría superarse esta antinomia si la objetividad ideal *a priori* se entiende como mera posibilidad formal de la existencia de valores objetivos que, sin embargo, se hallan supeditados respecto a su conocimiento y realización a los datos de la experiencia humana. En otro caso, tendría razón Benito de Castro Cid cuando, en su excelente exposición crítica del pensamiento de Recaséns, advierte que: «su apriorismo axiológico... resulta un tanto incongruente con su fundamental orientación fenomenológico-vitalista.» *La filosofía jurídica de Luis Recaséns Siches*, Universidad de Salamanca, 1974, pág. 165, nota 34.

²¹⁷ Por lo que respecta a la actualización de la tesis iusnaturalista de la competencia de la razón práctica para fundar los valores ético-jurídicos, coincido con José Delgado Pinto cuando indica que: «revisten el mayor interés los intentos de delinear las condiciones de una situación hipotética de discusión racional que, asumida idealmente, nos permitiría enunciar no sólo fórmulas vacías, sino verdaderos principios materiales de justicia universalmente válidos, es decir, que habrían de ser tenidos en cuenta para la ordenación justa de cualquier sociedad.» *De nuevo sobre el problema del Derecho natural*. (Discurso leído en la solemne apertura del Curso Académico, 1982-83), Ediciones Universidad de Salamanca, 1982, pág. 35. El profesor Delgado Pinto que se había ocupado anteriormente del tema de los valores ético-jurídicos, en su trabajo inédito sobre *La idea de la justicia en Nicolai Hartmann*, así como en su amplia monografía *Derecho-Historia-Derecho Natural*. (*Reflexiones acerca del problema de la oposición entre la existencia del Derecho Natural y la historicidad de los órdenes jurídicos*), en ACFS, 1964, fasc. 2, págs. 73 y sigs., sugiere ahora un estimulante punto de encuentro y confrontación entre las actuales tentativas rehabilitadoras de la razón práctica y el iusnaturalismo.