

# CONCEPTO Y FUNDAMENTO DE LOS DERECHOS HUMANOS

## NOTAS SOBRE SU ENSEÑANZA

*Jesús González Amuchastegui*

*Profesor de Filosofía del Derecho, Moral y Política.*

*Instituto de Derechos Humanos. Universidad Complutense*

1) El objeto de este artículo es mostrar sucintamente los diferentes temas que, en mi opinión, deben ser abordados a la hora de intentar elaborar un concepto de derechos humanos. Debe quedar claro que mi objetivo no es señalar todos los aspectos relacionados con los derechos humanos, ni siquiera con el estudio de los derechos humanos. Mi pretensión es mucho más modesta; me limito a apuntar un conjunto de temas que deben estar presentes en la reflexión encaminada a responder la cuestión "¿qué son y cuáles los derechos humanos?". Dejo al margen aspectos ciertamente de gran importancia, como son los relativos a la positivación y a su protección y garantías tanto a nivel interno de los respectivos países como a nivel internacional; dejo asimismo al margen los aspectos históricos, que si bien me parece que deben ser tenidos en cuenta de cara a alcanzar una comprensión cabal de los derechos humanos y de su papel en la cultura moral, jurídica y política de la modernidad<sup>1</sup>, no creo que su inclusión resulta imprescindible en un

---

1 Es bueno, en todo caso, tener presente que los derechos humanos, en tanto que elementos centrales de una concepción válida de la justicia, son un producto del mundo moderno, de la filosofía moral y política racionalista e individualista del mundo moderno. Dicho con otras palabras, los derechos humanos son un concepto histórico. Véase al respecto Gregorio Peces-Barba, *Tránsito a la modernidad y derechos fundamentales*, Ed. Mezquita, Madrid, 1982.

análisis racional del concepto "derechos humanos". Por último, tampoco es objeto de mi reflexión el problema de la vigencia de los derechos humanos. Creo que resulta superfluo añadir que ese tipo de reflexión, muy próxima a la sociología política, es fundamental y probablemente el más relevante para la inmensa mayoría de los ciudadanos: queremos conocer la vigencia real de los derechos humanos, cuál es su grado de protección efectiva, en qué países ese nivel es superior, por qué, qué tipo de sistema jurídico-político garantiza en la práctica un mayor grado de protección de los derechos, de cuáles, qué modelo de organización económica resulta en la práctica más compatible con la vigencia de los derechos humanos, cuál es el papel de la religión en este ámbito... Este tipo de reflexión requiere, además de un exhaustivo trabajo empírico en el que la aportación de las Organizaciones No Gubernamentales es básica, una elaboración conceptual posterior con los instrumentos de la ciencia política. Pero repito, este tema es perfectamente separable del objeto de mi preocupación actual: señalar cuáles son los temas que deben ser abordados a la hora de intentar elaborar un concepto de derechos humanos y de señalar algunas pautas para su fundamentación.

2) Esto supuesto, antes de entrar a enumerar esos temas, dos observaciones pueden resultar necesarias. En primer lugar, la concepción intuitiva de los derechos humanos de la que se parte presupone la validez de una concepción de la justicia basada en derechos -lo cual quiere decir básicamente que el elemento central de una concepción aceptable de la justicia viene determinado por la existencia de derechos de los individuos- y que como tal concepción de la justicia intentará ofrecer o apuntar respuestas al conjunto de problemas relacionados con la vida humana en sociedad, no limitándose a señalar qué conductas pueden realizar los individuos al margen de la interferencia estatal o qué comportamientos por parte del Estado deben estar prohibidos por ser vejatorios y contrarios a la dignidad humana. Podría decirse, por tanto, que el punto de partida de esta reflexión es una concepción de los derechos humanos que se plantea, además de los temas antes citados, otros tales como la legitimidad del poder político, diferentes modelos de organización jurídico-política, el modelo económico más adecuado, el papel del Estado en relación con la garantía de los derechos humanos...

La segunda precisión que quiero realizar afecta a la necesaria separación de dos problemas de índole diferente, como son el de la conceptualización de los derechos humanos y el de su fundamentación. Son, como decía, dos problemas de carácter diferente que, por tanto, deben ser abordados por separado, aunque sus interconexiones sean muchas. Por decirlo de una manera quizás muy simple: al elaborar el

concepto de derechos humanos intentamos explicar qué son los derechos humanos, cuáles son las condiciones de aplicación del término "derechos humanos", mientras que al estudiar el problema de su fundamentación, nos preguntamos cuáles son los derechos humanos. Sin lugar a dudas, se trata de dos cuestiones que están íntimamente relacionadas; como ha señalado Carlos Santiago Nino, es necesario "admitir que hay un proceso de ajustes mutuos entre la elucidación conceptual y la elaboración de la teoría en cuyo marco opera el concepto"<sup>2</sup>. En efecto, no parece muy razonable proponer un concepto de derechos humanos en el que no encajen algunos de los derechos justificados "posteriormente" al estudiar los problemas de fundamentación. En este sentido, es bueno tener presente que el concepto de derechos humanos -y el de derecho subjetivo que estaba en su base- dominante durante todo el siglo XIX y buena parte de éste, es tributario de una determinada respuesta dada al problema de la fundamentación de los derechos humanos; y que precisamente por eso, dicho concepto de derechos humanos se ha convertido en un obstáculo teórico para la consideración de algunos derechos económicos y sociales como verdaderos derechos humanos. Por eso, a la hora de proponer un determinado concepto de derechos humanos, resulta conveniente tener en cuenta no sólo el uso común que del término se hace en el lenguaje vulgar así como en el moral, político y jurídico, sino que además debemos ser muy cuidadosos de que nuestro concepto no resulte contradictorio con las conclusiones a las que lleguemos a la hora de abordar los problemas de fundamentación. Así pues, los problemas conceptuales y de fundamentación constituyen el objeto de un mismo curso, aunque es conveniente analizarlos por separado.

3) 1. Un curso sobre concepto y fundamento de los derechos humanos debe comenzar, en mi opinión, con una lección de carácter introductorio donde se aborden un conjunto de problemas cuya correcta elucidación servirá para diseñar el marco de la reflexión posterior. Me refiero básicamente a tres temas. Por un lado, es imprescindible explicar con claridad cuál es el tipo de relación existente entre dos ordenamientos normativos diferentes: el Derecho y la Moral. A este respecto, quiero apuntar tan sólo que una de las grandes ventajas de la aproximación positivista al estudio del Derecho, al defender el carácter contingente y no necesario de las relaciones Derecho-Moral, es que deja abiertas las puertas a la crítica moral del Derecho positivo. Sin dejar abiertas esas puertas, la reflexión sobre los derechos humanos nace viciada.

---

2 *Ética y derechos humanos. Un ensayo de fundamentación.* 2ª ed., Ariel, Barcelona, 1989, pág. 13.

Por otro lado, conviene también plantearse algunos problemas relacionados con la racionalidad o irracionalidad del discurso moral. Parece importante desde el mismo inicio del estudio de los derechos humanos, explicar con claridad el significado de los juicios morales y su posible fundamentación. En este ámbito, el discurso sobre los derechos humanos sólo cobra sentido renunciando tanto a los planteamientos absolutistas o dogmáticos -defensores de la existencia de una única concepción moral válida y, cognoscible por el hombre- como a los planteamientos relativistas o escépticos -los juicios morales no son susceptibles de verificación, suelen expresar opiniones subjetivas imposibles de ser contrastadas-. Sólo admitiendo la existencia de un campo intermedio entre el absolutismo y el escepticismo, un campo caracterizado por el dominio de la razón -que no tiene que identificarse con la razón científica-, puede defenderse que nuestro discurso sobre los derechos humanos sea algo más que una manifestación irracional de nuestras preferencias subjetivas.

Por último, probablemente resulta conveniente realizar también en esa primera lección de carácter introductorio un repaso de diferentes concepciones de la justicia, repaso que perseguiría cuatro fines: en primer lugar, ayudarnos a asumir que los derechos humanos no son la única manifestación de la idea de justicia, que existen otras concepciones de la justicia -Kant, el utilitarismo o el marxismo, por ejemplo- que no hacen de los derechos de los individuos su elemento central. Todo ello puede conducirnos a una aproximación más crítica al estudio de los derechos humanos y a preguntarnos si, como la teoría de los derechos humanos sugiere, la justicia puede estar basada en derechos, y lo que ello implicaría. En segundo lugar, puede ayudarnos también a asumir algo que puede parecer obvio, pero que no lo es desde el momento que hay importantes sectores que lo niegan: me refiero a que los derechos humanos son algo artificial, son creación del hombre, un invento humano, exactamente igual que lo son las demás concepciones de la justicia. En este sentido, es bueno asumir que los derechos humanos son una de las muchas propuestas de organización social y política realizadas por el hombre a lo largo de la historia. En tercer lugar, dicho repaso reflejaría también la pretensión "holística" de la teoría de los derechos humanos; al igual que las demás concepciones de la justicia, pretende ofrecer una respuesta global a los problemas fundamentales de la vida humana en sociedad. Me parece que es bueno tener presente esta dimensión en todo momento. Por último, todo ello nos serviría para asumir que la reflexión sobre el concepto y fundamento de los derechos humanos pertenece al ámbito de la teoría de la justicia o de la ética, en

definitiva, que el ámbito natural para realizar dicha reflexión es el mundo del deber ser, el mundo de la moral y no del Derecho.

2. La siguiente lección sería de carácter estrictamente conceptual. El objetivo de la misma sería explicar qué son los derechos humanos. Ello nos exigiría aclarar tres cuestiones:

- a) ¿Qué son los derechos subjetivos?
- b) ¿Qué supone añadir a esos derechos subjetivos el calificativo de "humanos"?
- c) ¿Los derechos humanos son derechos "naturales", "legales" o "morales"?

Veamos estas tres cuestiones con un poco más de detalle:

a) Se trata de explicar el significado de la expresión "tener derechos a". ¿Qué queremos decir al afirmar que "tenemos derecho a" la vida, la libertad religiosa, la educación...? Para responder a esta cuestión es útil tener presente las respuestas ofrecidas por las clásicas teorías de la voluntad (Windscheid), del interés (Ihering), del beneficiario (Bentham) y por las modernas revisiones de la teoría del interés (fundamentalmente MacCormick). Asimismo el análisis de W.N. Hohfeld sigue siendo todavía hoy de gran utilidad<sup>3</sup>. Algunas de las cuestiones fundamentales a aclarar en este punto serían las siguientes: ¿cabe hablar de derechos al margen de los sistemas normativos, o sólo en el seno de éstos tienen sentido enunciados relativos a derechos? Aceptando esto último, ¿caben en cualquier sistema normativo o sólo en aquellos que se caracterizan por la institucionalización de la coactividad? ¿Es la coactividad, la garantía coactiva, un elemento esencial del concepto de derecho subjetivo, o lo es sólo de los derechos subjetivos legales o jurídicos? ¿Cuál es la relación existente entre los derechos y los deberes?, ¿qué son antes lógicamente y axiológicamente, aquéllos o éstos? Si aceptamos que los derechos justifican la adscripción de deberes a terceros, ¿de qué tipo son éstos, negativos y positivos, o sólo negativos?

b) La segunda cuestión afecta al calificativo "humanos". ¿Qué añade en la expresión "derechos humanos"? ¿Se refiere tan solo a quiénes son los beneficiarios de los mismos -cuestión harto difícil de concretar-, o apunta algunas notas que sólo un conjunto muy limitado de derechos reúnen? ¿Cuáles serían esas notas? Me interesa sobre todo plantear el problema de la presunta universalidad de los derechos humanos y señalar la necesidad de abordar con rigor un tema que me parece de gran complejidad. Asimismo, puede ser interesante analizar el papel que las necesidades humanas juegan en este punto.

3 Un buen análisis de estas controversias en J. R. de Párama, "El concepto de derecho: una introducción bibliográfica", *Anuario de derechos humanos*, N° 4, 1986-87, págs. 99-118, y en F. J. Laporta, *Sobre el concepto de derechos humanos*, en "DOXA", N° 4, 1987, págs. 23-46.

c) Por último, resta concretar la "especie" de los derechos humanos: ¿son éstos derechos naturales, derechos morales o derechos legales? La respuesta a esta cuestión vendrá condicionada por nuestro análisis previo del concepto de derecho en sentido subjetivo, así como por algunas otras cuestiones estudiadas en la introducción. Sea cual sea la respuesta que se dé a esta cuestión, en ningún caso se duda de que, en materia de derechos humanos, el objetivo es garantizarlos coactivamente; o lo que es lo mismo, afirmar que nuestro propósito es la positivación de los derechos humanos y su garantía coactiva, no implica responder la cuestión que nos ocupa en el sentido de que los derechos humanos son derechos legales.

3. El tercer apartado del curso debe ir destinado a señalar una serie de pautas que puedan ayudarnos en nuestro intento de señalar cuáles son los derechos humanos. Entramos así en el problema de la fundamentación de los derechos humanos. La primera cuestión consiste precisamente en explicar el significado de fundamentación. ¿Cuándo puede decirse que determinados derechos están fundamentados? Quizás la respuesta más aceptada en la actualidad sea la que intenta fundamentar los derechos en determinados principios morales que resultan aceptables para un individuo que se encuentra en la posición original rawlsiana con ese artificio llamado "velo de la ignorancia". Se opta así por una concepción metaética que suele denominarse "constructivismo" y que se caracteriza por construir una teoría de la justicia, a partir de una determinada concepción del individuo como agente moral y de una situación original ideal en la que esos individuos ignorantes de sus características reales discuten acerca de los principios sobre los que debería descansar la organización política y social.

Por lo tanto el objeto de esta tercera lección sería estudiar diferentes propuestas de fundamentación de los derechos humanos, o lo que es lo mismo, los diferentes intentos de formular una serie de principios morales básicos en los que poder fundamentar los derechos humanos. La propuesta de Carlos Santiago Nino<sup>4</sup> constituye probablemente el intento más serio en este sentido y proporciona una buena guía para estudiar los problemas de fundamentación. Muy sintéticamente, Nino formula tres principios morales característicos de una concepción liberal del individuo y de las relaciones sociales en la que encajarían los derechos humanos; en primer lugar, el principio de autonomía que prohíbe la interferencia con cualquier actividad de los individuos que no cause daño a terceros y que justifica aquellos derechos que consisten en libertades para hacer ciertas cosas y que adscriben a terceros deberes de carácter negativo o de no hacer. En segundo lugar, el principio de

---

4 *Ética y derechos humanos*, obra citada.

inviolabilidad, el cual prohíbe imponer sacrificios a los hombres contra su voluntad y siempre que no redunden en su propio beneficio, y que cumple una doble virtualidad: por un lado, justifica determinados derechos -a que no le hagan a uno ciertas cosas- y por otro lado, presenta los derechos de los individuos como límites al bien común y al procedimiento de decisión mayoritario característico del sistema democrático; y por último, el principio de dignidad que prescribe que los hombres deben ser tratados según sus decisiones, intenciones o manifestaciones de consentimiento, y cuya importancia como directiva social radica en que considera ilegítimas aquellas instituciones que discriminen entre los hombres sobre la base de factores que no están sujetos a la voluntad de los individuos. Ciertamente la propuesta de Nino puede dejar algunos problemas sin resolver adecuadamente y quizás no resulte fácil derivar de cada uno de los tres principios antes citados una lista precisa de los derechos en ellos fundamentados. Pero así y todo me parece, como decía anteriormente, que constituye una buena guía para reflexionar sobre los múltiples problemas relacionados con la fundamentación de los derechos humanos.

También dentro de esta lección puede resultar de utilidad analizar algunos conceptos políticos fundamentales estrechamente conectados con lo derechos humanos. Estoy pensando en los conceptos de "libertad", "igualdad", "solidaridad", "tolerancia" y "seguridad", tradicionalmente asociados con grupos de derechos humanos (los derechos de libertad, de igualdad, de seguridad...). Un análisis de los diferentes significados de estos términos puede resultar muy esclarecedor y de gran utilidad a la hora de hacer propuestas normativas.

Por último, esta lección concluirá con un apartado destinado a estudiar problemas relativos a la justificación de la democracia; y ello es así porque me parece importante poner de relieve la estrecha relación existente entre derechos humanos y democracia; por un lado, no parece muy aventurado afirmar que los regímenes democráticos son los que más han avanzado en la positivación y garantía efectiva de los derechos humanos; y por otro lado, los derechos de los individuos juegan un papel decisivo a la hora de proporcionar una justificación de la democracia, o lo que es lo mismo, a la hora de considerar deseable un régimen político que descansa en la soberanía popular.

4. La cuarta y última lección del curso está destinada a analizar un conjunto de problemas relacionados con la positivación de los derechos humanos. No me estoy refiriendo a los problemas que podemos considerar jurídicos o de técnica jurídica. La cuestión es de otro tenor y

podría formularse de la siguiente manera: ¿es posible hacer girar la convivencia humana en sociedad sobre el respeto y garantía de **todos** los derechos previamente fundamentados? ¿Tienen todos los derechos humanos vocación de ser positivizados? ¿Puede ser considerada coherente una determinada concepción de la justicia que incluye en su listado de derechos humanos algunos derechos imposibles de ser positivizados al mismo tiempo? ¿Es el problema de la fundamentación un problema absolutamente ajeno a un hecho que influye decisivamente en la posible positivación de los derechos como es el de que los recursos son escasos? ¿Cómo influye, si es que lo hace, en el fundamento de los derechos humanos, de determinados derechos humanos, el hecho de que sea "imposible", por razones económicas por ejemplo, proceder a su positivación y eficaz protección? En definitiva, lo que estoy proponiendo es la necesidad de analizar con rigor las consecuencias de tipo político y económico que conllevaría la positivación de los derechos humanos previamente fundamentados. Puede decirse que están fundamentados aquellos derechos en cuyo favor operan poderosas razones morales; o dicho de otro modo, las razones morales que hemos encontrado en contra de tales derechos no nos parecen aceptables. Y sin embargo, puede ocurrir que a la hora de proceder a su positivación, nos encontremos con serias dificultades; puede ocurrir que existan poderosas razones de tipo económico, normalmente basadas en la noción de eficiencia, que desaconsejen la positivación de algunos derechos, por no ser incluso la mejor manera de procurar proporcionar el bien garantizado por el derecho. Se plantea así, de nuevo, el viejo problema de las relaciones eficiencia-equidad. Hay dos maneras de encarar este problema que me parecen igualmente perniciosas: la primera sería la propia de los "economistas" y consistiría en defender siempre la solución eficiente; la segunda sería la característica de los "filósofos morales" y consistiría en proponer soluciones equitativas, despreocupándose por completo de la eficiencia de las mismas. La solución que, en mi opinión, habría que buscar debe partir de la existencia de ese "*trade-off*" entre eficiencia y equidad, y proponer alguna solución que sin ser ni la más eficiente ni la más equitativa, resulte aceptable tanto desde el punto de vista de la eficiencia como de la equidad. Es frecuente a la hora de plantearse este tipo de problemas, hablar de las limitaciones económicas de los derechos humanos, presentando tales limitaciones como algo ajeno a los derechos humanos, como algo independiente del contenido de éstos. ¿No sería más correcto intentar incluir dichas limitaciones dentro del propio contenido de los derechos humanos en cuestión? ¿Qué es más correcto: afirmar que todo el mundo tiene un derecho humano a la vivienda y que, sin embargo, no puede ser positivizado por temor de las "limitaciones económicas", o



cuestionarse la existencia de un derecho humano cuya efectiva vigencia plantearía gravísimos problemas de eficiencia? Quizás, pueda ser que no todos los derechos humanos tengan vocación de ser positivizados y ser exigibles judicialmente.

Como he apuntado anteriormente, el objetivo de esta reflexión es abundar en la necesidad de reflexionar acerca de las consecuencias políticas y económicas de una determinada Declaración de derechos humanos. Desde el punto de vista político, no merece la pena dedicar mucho tiempo a señalar que las concepciones de la justicia basadas en los derechos humanos conducen a regímenes políticos basados en la soberanía popular, el sufragio universal, la separación de poderes... Desde el punto de vista económico parece indiscutible que la lista de derechos humanos a la que lleguemos después de haber intentado fundamentarlos, será de carácter claramente intervencionista, como lo es la Declaración Universal de Derechos Humanos y como lo son la inmensa mayoría de las Constituciones contemporáneas. Analizar ese papel del Estado, de la Hacienda Pública, en relación con los derechos humanos, y siempre teniendo presentes tanto la escasez de recursos como los problemas de ineficiencia derivados de un posible peso excesivo del Estado, es uno de los temas centrales de esta última lección del programa.