

## El problema de la fundamentación de los derechos humanos

Encarnación Fernández

*Universitat de València*

### **Abstract: The Issue of Human Rights Foundation**

The work argues that the problem of the foundation of human rights is a question that it is not resolved (as Bobbio claimed) and that it must be approached by practical reason, through reasoning and dialogue, as “intersubjective support” in the search for the objective foundations of coexistence. After critically analyzing various proposals for the foundation of human rights, the work concludes that the idea of human dignity and the theories of needs, taken together, constitute the most appropriate way to base on human rights and their universality.

**Keywords** Practical reason, Consensualism, Individualism, Human dignity, Basic needs.

**Sommario:** 1. La necesidad de la fundamentación. – 2. Diversas propuestas de fundamentación de los derechos humanos. – 3. Teorías procedimentales: la concepción positivista. – 4. Posiciones consensualistas. – 5. Teorías sustantivas personistas: el utilitarismo. – 6. Fundamentaciones liberal-individualistas: entre universalismo y personismo. – 7. Doctrinas universalistas: el iusnaturalismo y la idea de dignidad humana. – 8. Necesidades humanas básicas, capacidades y derechos. – 9. Conclusiones.

### **1. La necesidad de la fundamentación**

La cuestión más compleja, difícil y debatida que suscitan los derechos humanos es la que hace referencia a su fundamentación. Es muy conocida la anécdota que narra Maritain:

Cuéntase que en una de las reuniones de una Comisión nacional de la UNESCO, en que se discutía acerca de los derechos del hombre, alguien se admiraba de que se mostraran de acuerdo, sobre la formulación de una lista de derechos, tales y tales paladines de ideologías frenéticamente contrarias. En efecto, dijeron ellos, estamos de acuerdo tocante a estos derechos, pero con la condición de no preguntarnos el porqué. En el ‘porqué’ es donde empieza la disputa<sup>1</sup>.

<sup>1</sup> J. Maritain, “Introducción”, en Aa.Vv., *Los derechos del hombre*, trad., Laia, Barcelona, 1976, p.20.

El problema de la fundamentación de los derechos humanos consiste en la búsqueda de una justificación racional, no meramente emotiva o intuitiva, para los mismos, porque como destaca Francesco Viola<sup>2</sup> lo que no está fundado en la razón es frágil. No obstante, no se trataría de encontrar un fundamento absoluto, evidente, incuestionable (esto es “un acervo de contenidos claros y evidentes, aplicables mecánicamente a la realidad social”<sup>3</sup>), pero sí un fundamento objetivo, cuya captación es sin duda problemática, compleja y difícil. No existiría en este ámbito evidencencia alguna incontestable. De ahí:

1. La necesidad de establecer, en las sucesivas fases del proceso de positivación y garantía de los derechos humanos, controles que obstaculicen la arbitrariedad.

2. Y la necesidad de recurrir a la razón práctica, que es el tipo de racionalidad específico del ámbito ético, político y jurídico, en el cual se sitúan los derechos humanos, de manera que la búsqueda de una fundamentación no absoluta, pero sí objetiva para los derechos es una tarea de la razón práctica.

La razón práctica presenta unos rasgos que la singularizan y la diferencian de la razón teórica y en particular de la racionalidad matemática, propia del ámbito científico técnico.

En el campo de la racionalidad práctica nunca puede alcanzarse el mismo grado de certeza que en el ámbito de la razón teórica. Las verdades prácticas nunca pueden considerarse alcanzadas de una vez por todas, de una vez para siempre, de forma completa, acabada y definitiva. La razón práctica versa sobre las acciones humanas y, como destaca Aristóteles, “todo lo que se diga de la acción debe ser sólo insinuado y no dicho con rigurosa precisión”<sup>4</sup>.

La razón práctica se ejerce no mediante demostraciones, sino a través del razonamiento, y de la argumentación. Así, en el tema que nos ocupa, se trataría de dar razones (argumentos) que justifiquen: la existencia de los derechos humanos; su exigibilidad; su catálogo y su contenido, sentido y significado.

En conexión con lo anterior la razón práctica es de carácter dialógico. Requiere el diálogo, la comunicación, el intercambio y la confrontación de razones y de argumentos. Como no cabe certeza respecto de las acciones del hombre y su infinita variedad, la reflexión acerca de las mismas merece una metodología propia. Ese método es la dialéctica que, como su nombre indica, significa dialogar; “pero no cualquier clase de diálogo, sino un método reglado de comunicación con la finalidad de guiar al entendimiento”<sup>5</sup>.

La razón práctica implica partir de un cierto cognitivismo, esto es del presupuesto gnoseológico de que existe una verdad práctica, susceptible de ser

<sup>2</sup> Cfr. F. Viola, *Ética e metaética dei diritti umani*, Giappichelli, Torino, 2000, cap. XI.

<sup>3</sup> A. Ollero, *¿Tiene razón el Derecho? Entre método científico y voluntad política*, Publicaciones del Congreso de los Diputados, Madrid, 1996, p. 390.

<sup>4</sup> Aristóteles, *Ética*, II, 2.

<sup>5</sup> A.J. Sánchez Hidalgo, *Epistemología y metodología jurídica*, Tirant lo blanc, Valencia, 2019, pp. 44-45.

conocida, aunque su captación sea problemática, compleja y difícil. Se basa asimismo en un cognitivismo no elitista sino genuinamente democrático en el sentido de entender que las personas comunes, y por tanto cualquier ciudadano, tienen la capacidad cognoscitiva para captar la verdad práctica, y en particular, para descubrir la verdad social, para discernir lo bueno de lo malo en la vida pública y también la capacidad comunicativa para debatir y llegar a acuerdos sobre cuestiones relativas a lo justo y lo injusto y acerca del bien común.

Ahora bien el cognitivismo en el que se basa la racionalidad práctica es un cognitivismo no dogmático, sino “moderado”<sup>6</sup>, en la línea desarrollada por Aristóteles, Tomás de Aquino, Suárez, Vico, etc... Y es que nuestra capacidad para discernir lo bueno de lo malo en la vida pública no es automática, ni absoluta sino limitada.

[L]as cuestiones prácticas, y especialmente las de alcance colectivo, no suelen presentar una certidumbre similar a las puramente teóricas, por lo que siempre cabe un espacio para la discrepancia razonable y para una cierta admisión de las razones esgrimidas por el oponente<sup>7</sup>.

De ahí la necesidad de recurrir al diálogo y al consenso social, el cual además de venir exigido por el respeto de la dignidad humana (no debemos olvidar que la posibilidad de participar en la configuración y ordenación de la vida en común es una exigencia de nuestra dignidad como personas), aparece como “apoyo intersubjetivo” en la búsqueda de los fundamentos objetivos de la convivencia<sup>8</sup>.

La razón práctica se caracteriza asimismo por su falibilidad y por la consiguiente necesidad de una permanente corrección de sus resultados<sup>9</sup>. Sobre estas bases epistemológicas se puede evitar el dogmatismo y el absolutismo político, y también ético, pero sin incurrir en el relativismo moral, puesto que se parte de la existencia de la verdad práctica y de la posibilidad para la razón humana de conocerla. Pero, en la medida en se reconoce que nadie puede captarla plenamente, se deja espacio para las visiones, las interpretaciones y las concepciones diferentes y de ese modo resulta posible fundamentar un pluralismo político no relativista.

Paradójicamente, la pretensión de que la razón alcance en el ámbito ético, político y jurídico el mismo grado de certeza que en el campo de las matemáticas (esto es, la total evidencia) es la que conduce al no cognitivismo ético, esto es al escepticismo en cuanto a la capacidad de la razón para conocer las verdades prácticas propias del ámbito ético, político y jurídico, y en particular en cuanto a la posibilidad de una justificación racional de los derechos humanos. Esto es lo que

<sup>6</sup> Expresión empleada por Alejandro Llano.

<sup>7</sup> A. Llano, *Humanismo cívico*, Ariel, Barcelona, 1999, p. 25.

<sup>8</sup> Cfr. A. Ollero, *¿Tiene razón el Derecho?*, cit., p. 411.

<sup>9</sup> Cfr. J. Ballesteros, *Sobre el sentido del derecho*, Tecnos, Madrid, 2001, pp. 81-83 y 102 ss.

habría llevado a Bobbio a considerar como una tarea inútil e innecesaria la de intentar justificar racionalmente los derechos humanos.

Bobbio parte de la imposibilidad de hallar un fundamento absoluto de los derechos humanos<sup>10</sup>. Para él la búsqueda de una justificación racional de tales derechos es una cuestión irresoluble, una empresa sublime, pero desesperada.

Sostiene que el consenso es el único modo de justificar los valores, porque es “el único fundamento que puede ser probado factualmente” y que la Declaración Universal de Derechos Humanos sería la prueba de la existencia de ese consenso. Por tanto, considera que el problema del fundamento de los derechos humanos está resuelto “en un cierto sentido”, desde el momento en que existe un “consenso general acerca de su validez” representado por la Declaración Universal de Derechos Humanos. En consecuencia, no debemos preocuparnos más de su solución<sup>11</sup>.

En estas circunstancias, no sería necesario fundamentar los derechos humanos. El problema de los derechos humanos no sería tanto el de justificarlos, como el de protegerlos, el de asegurarles una protección efectiva<sup>12</sup>.

Frente a la tesis de Bobbio se han formulado diversas objeciones que pueden reconducirse básicamente a las siguientes:

1. El tipo de racionalidad que opera en el ámbito ético, político y jurídico no es la matemática, sino la práctica, en la que no cabe una total evidencia, pero sí la argumentación. Ciertamente, como reconocíamos al principio, no estamos en condiciones de hallar un fundamento absoluto para los derechos humanos, pero eso no excluye la posibilidad de justificarlos racionalmente a través del razonamiento, de la argumentación y del diálogo.

2. En segundo lugar, el consenso, en el supuesto de que exista, es un hecho y en cuanto tal no es suficiente por sí solo para fundamentar los derechos humanos. Serna pone de manifiesto la sustitución operada por Bobbio del fundamento como tal por un mero acuerdo fáctico. “Los derechos quedan así fundados en un hecho [...]. Nuevamente comparece ante nosotros la *falacia positivista*”<sup>13</sup>. Como destaca Pérez Luño, el consenso puede explicarnos *cómo* se ha llegado a un acuerdo sobre los derechos y libertades básicas, pero no su *porqué* o su razón de ser<sup>14</sup>.

3. En tercer lugar, aunque los derechos humanos constituyen hoy una fuente importante de convergencia, sin embargo, no parece que exista un consenso universal *sustantivo* en torno al fundamento, al contenido, al catálogo de los derechos humanos, y al modo de interpretarlos<sup>15</sup>. Nos hallaríamos más bien ante un

<sup>10</sup> Cfr. N. Bobbio, *El tiempo de los derechos*, trad., Sistema, Madrid, pp. 54-60.

<sup>11</sup> *Ivi*, pp. 64-66.

<sup>12</sup> *Ivi*, p. 61.

<sup>13</sup> P. Serna, *Positivismo conceptual y fundamentación de los derechos humanos*, Universidad de Navarra, Pamplona, 1990, pp. 144 ss. Cita de la p. 148.

<sup>14</sup> Cfr. A.E. Pérez Luño, *Derechos humanos, Estado de Derecho y Constitución*, Tecnos, Madrid, 2018, p. 135.

<sup>15</sup> Cfr. G. Robles, *Los derechos fundamentales y la ética en la sociedad actual*, Civitas, Madrid, 1992, pp. 11-16.

consenso *aparente*. Las numerosas y constantes vulneraciones de los derechos ponen de manifiesto “la falta de arraigo y la precariedad de esas pretendidas ‘convicciones generalmente compartidas’; y la consiguiente necesidad de seguir argumentando a su favor”<sup>16</sup>. Además, tras el aparente consenso acerca de los derechos humanos se ocultan profundas divergencias ideológicas y culturales. De ahí que el diálogo sobre el fundamento sea indispensable para establecer el contenido.

4. Es cierto que, en última instancia, lo que importa en relación con los derechos humanos es asegurarles una protección efectiva. Sin embargo, ambas cuestiones, fundamentación y protección, no son mutuamente excluyentes, sino complementarias. Una buena fundamentación de los derechos humanos contribuye a una mejor protección de los mismos. Al respecto, Ollero subraya la contradicción que supone la situación actual en la que, desde un punto de vista político, se impone como ineludible la exigencia práctica de respetar los derechos humanos y, por otra parte, desde un punto de vista filosófico, se niega validez a cualquier intento doctrinal de fundamentarlos teóricamente. Precisamente “la contribución más efectiva a la protección de los derechos humanos consistiría en ahondar en la búsqueda filosófica capaz de proporcionarles el indispensable fundamento”<sup>17</sup>, pues “difícil tarea la de proteger algo de fundamento y alcance desconocido”<sup>18</sup>. De ahí las profundas divergencias que existen en las sociedades actuales en cuestiones tales como el aborto, la eutanasia, la prostitución, la maternidad subrogada, etc. Dependiendo de la posición que se sostenga en torno al fundamento de los derechos, tales prácticas pueden ser consideradas como compatibles con el respeto de los derechos humanos (e incluso como exigencias derivadas de los mismos) o por el contrario como vulneraciones de la dignidad y de los derechos humanos básicos. Esto pone de manifiesto que la cuestión del fundamento de los derechos humanos es un tema importante no sólo para la elaboración de una teoría de los derechos humanos, sino también para su praxis política. Se trata de “una labor teórica que puede incidir notablemente en la práctica”<sup>19</sup>, convirtiendo el debate sobre los temas controvertidos en un intercambio y confrontación de razones y de argumentos y no, como a menudo sucede, en un mero enfrentamiento ideológico entre convicciones políticas incapaces de intercambiar razones y argumentos y de dialogar entre sí.

El primer paso para proteger mejor un derecho es fundamentarlo bien. Eso fue lo que faltó en el S. XX, a pesar de la precisión con la que se formularon los derechos de la persona, y sigue faltando en nuestros días. La causa principal de esta falta de atención al fundamento de tales derechos guarda relación con la reducción de la racionalidad humana a razón científico-técnica y con la consiguiente negación

<sup>16</sup> A. E. Pérez Luño, *op.cit.*, p. 135.

<sup>17</sup> A. Ollero, “Control constitucional, desarrollo legislativo y dimensión judicial de la protección de los derechos humanos”, en *AFD*, 1994, pp. 91-103. Cita de la p. 102. Id., *¿Tiene razón el Derecho?*, cit., pp. 368 ss.

<sup>18</sup> A. Ollero, *¿Tiene razón el Derecho?*, cit., p. 386.

<sup>19</sup> A.E. Pérez Luño, *op.cit.*, p. 134.

del valor de la razón práctica que es la única que puede servir de guía en la búsqueda de fundamentos objetivos para el comportamiento humano.

## 2. Diversas propuestas de fundamentación de los derechos humanos<sup>20</sup>

El orden en el que voy a exponer las diversas propuestas de fundamentación de los derechos humanos es ascendente. Comenzaré por las teorías menos aptas para una fundamentación adecuada de los derechos humanos y de su universalidad. Continuaré por otras más aptas, hasta desembocar en las teorías universalistas: El iusnaturalismo y la idea de dignidad humana y las teorías de las necesidades, las cuales, tomadas conjuntamente, resultan las más adecuadas para fundamentar los derechos humanos y su universalidad. En efecto, la dignidad y el valor absoluto de todos y cada uno de los seres humanos exige que la sociedad garantice, a través del Derecho y en forma de derechos, la satisfacción de las necesidades básicas (o al menos de aquellas necesidades que sean susceptibles de satisfacerse socialmente) de todos.

Las teorías **procedimentales** (que son principalmente la concepción positivista y las posiciones consensualistas) se limitan a exigir requisitos formales para la fundamentación de los derechos humanos, de manera que se consideran fundamentados aquellos derechos que sean establecidos a través de un determinado procedimiento, que estén establecidos de una determinada forma. La objeción que puede formularse respecto de este primer grupo de teorías, y particularmente, respecto de las propuestas positivistas y de las que pretenden fundamentar los derechos en un consenso fáctico, es que sirven para constatar la existencia de los derechos humanos, pero sin dar razones que justifiquen su existencia, de modo que propiamente no aportarían una fundamentación para los derechos humanos.

Teorías **sustantivas** son aquellas que a la hora de justificar los derechos humanos apelan a una antropología, a lo que podemos calificar como antropología de los derechos humanos. Parten de una determinada concepción del ser humano (de lo que creen que es el ser humano). Y, sobre esa base, intentan fundamentar los derechos humanos. Las teorías sustantivas pueden clasificarse en dos grandes grupos: personistas y universalistas.

Las denominadas doctrinas **personistas** considerarían que no todo ser humano es persona, sino que para ser persona y, por tanto, titular de derechos, hace falta una determinada cualidad o propiedad del ser humano, que puede darse o no darse, esto es que puede no estar presente en ciertos seres humanos concretos (por ej. el desarrollo del sistema nervioso central o la autonomía). Por este camino, los seres humanos quedarían divididos en dos conjuntos: el de las personas titulares de derechos y el de quienes son seres humanos pero no son personas. Dentro de las

<sup>20</sup> Sigo la clasificación de las diversas propuestas de fundamentación de los derechos humanos establecida en J. Ballesteros, E. Fernández, A.P. Garibo, *Derechos humanos*, Publicaciones Universidad de Valencia, Valencia, 2007, pp. 103-116.

doctrinas personistas destacan: a) El utilitarismo y b) la concepción individualista liberal<sup>21</sup>.

Doctrinas **universalistas** son aquellas para las cuales todo ser humano es persona y, por tanto, titular de derechos. Y ello porque el fundamento de los derechos humanos no reside en determinadas características del ser humano aisladamente consideradas (racionalidad, libertad, capacidad moral, capacidad de experimentar dolor), sino en el ser humano como tal en su unidad indivisible. Dentro de las doctrinas universalistas destacan: a) El iusnaturalismo y la idea de dignidad humana y b) las teorías de las necesidades.

### 3. Teorías procedimentales: la concepción positivista

El triunfo del positivismo jurídico<sup>22</sup> como concepción dominante acerca del Derecho se produjo en el tránsito entre los siglos XVIII y XIX, coincidiendo cronológicamente con el momento en el que se proclamaron las grandes declaraciones de derechos de finales del S.XVIII, americanas y francesas, de inspiración iusnaturalista, que presentan los derechos como derechos naturales y universales que el Derecho positivo del Estado no concede u otorga, sino que los declara o reconoce. Ese es el contexto en el que aparecen las teorías positivistas acerca de la fundamentación de los derechos humanos, las cuales surgen como una crítica contra la concepción del iusnaturalismo racionalista de los derechos naturales, universales y absolutos, anteriores y superiores al Derecho Positivo, que el Estado debe reconocer y garantizar. Frente a esta visión iusnaturalista, para los positivistas los derechos humanos serían derechos positivos, incorporados e integrados en un sistema jurídico positivo (y, por tanto, derechos particulares y relativos), concedidos u otorgados por el ordenamiento jurídico positivo (y no preexistentes al mismo). De acuerdo con esta posición el origen y fundamento de los derechos humanos se hallaría en el Derecho positivo. Mientras que para las tesis iusnaturalistas el proceso de positivación tiene un valor meramente declarativo de unos derechos que son previos al mismo, para las tesis positivistas el proceso de positivación es constitutivo de los derechos.

Para el positivismo jurídico carece de sentido hablar de derechos subjetivos naturales, anteriores y superiores al Derecho positivo. Los derechos solo pueden proceder de las leyes positivas. Todos los derechos subjetivos son derechos positivos, un requisito esencial para la existencia de cualquier derecho es que esté

<sup>21</sup> Sobre el personismo, cfr. J. Ballesteros, "Exigencias de la dignidad humana en Biojurídica", en *RIFD*, 2002, pp. 178-208; Id., "¿Derechos?, ¿humanos?", en *Persona y Derecho*, 48 (2003), pp. 32-37; e Id., "El titular del derecho. La distinción entre persona y ser humano: el personismo contra la universalidad de los derechos", en J.J. Megías Quirós (a cura di), *Manual de derechos humanos: Los derechos humanos en el siglo XXI*, Thomson-Aranzadi, Pamplona, 2006, pp. 140-147.

<sup>22</sup> Sobre el positivismo jurídico, entre otros, N. Bobbio, *Il positivismo giuridico: lezioni di filosofia del diritto*, Giappichelli, Torino, 1979; J. Ballesteros, *Sobre el sentido del derecho*, cit. pp. 17-62.

integrado en el sistema jurídico positivo, que esté incorporado al ordenamiento jurídico positivo. Cualquier derecho es una creación del ordenamiento jurídico positivo. Las exigencias o valores previos al ordenamiento jurídico positivo no deben ser calificadas como derechos. Hablar de derechos naturales sería una contradicción conceptual. Esta posición radicalmente positivista fue formulada por Bentham (1748-1832) en la crítica que efectuó a las declaraciones de derechos americanas y francesas<sup>23</sup>. Para él hablar de derechos naturales es un sinsentido retórico: “nonsense upon stilts”, que tiene además graves consecuencias en el plano jurídico y político, pues supone una incitación a la anarquía y entraña el riesgo de la subversión de cualquier gobierno. Posteriormente esta postura fue defendida por numerosos autores positivistas, entre otros, Austin (1790-1859) y Bergbohm (1849-1927).

En consecuencia, de acuerdo con la concepción positivista los derechos humanos dejan de ser vistos como derechos naturales y pasan a ser configurados, en la dogmática alemana del Derecho público (Gerber, Laband, Jellinek, Kelsen), como derechos públicos subjetivos. Este cambio de rótulo implica también una importante mutación en la naturaleza de estos derechos, que pasan a encuadrarse en el sistema de relaciones jurídico-positivas entre el Estado, en cuanto persona jurídica, y los sujetos privados. Los derechos públicos subjetivos aparecen como pretensiones jurídicas de los ciudadanos frente al Estado, dotados de tutela jurisdiccional<sup>24</sup>. Como destaca Pérez Luño, la nueva categoría se presenta como un intento de ofrecer una configuración jurídico-positiva de la exigencia, mantenida por la teoría de los derechos naturales, de afirmar las libertades del individuo frente a la autoridad del Estado<sup>25</sup>.

Frente a la concepción positivista sobre la fundamentación de los derechos humanos cabe formular las siguientes objeciones:

1. Para el positivismo legalista extremo el fundamento de los derechos es la ley y ésta, a su vez, no es más que la expresión de la voluntad de la mayoría. Conecta con el positivismo sociologista que sostiene la suficiencia de la democracia como fundamento de los derechos. Sin embargo, si bien es cierto que derechos humanos y democracia están unidos de modo indisociable, la democracia no es el fundamento de los derechos, sino que se fundamenta en los derechos. La democracia es una exigencia de un sector de los derechos humanos: de los derechos de participación

<sup>23</sup> J. Bentham, *An Introduction to the Principles of Morals and Legislation*, Clarendon Press, Oxford, 1996, pp. 309-11; e Id., “Anarchical Fallacies; being an examination of the Declarations of Rights issued during the French Revolution. An examination of the declaration of the rights of the man and the citizen decreed by the Constituent Assembly in France. Declaration of the rights and duties of the man and the citizen, anno 1795. Observations on parts of the declaration of rights, as proposed by citizen Sièyes”, en *The Works of Jeremy Bentham*, William Tait, Edinburgh, 1838-1843, Vol. 2, pp. 490 ss.

<sup>24</sup> Cfr. A.E. Pérez Luño, *op.cit.*, pp. 59-61; Id., *Los derechos fundamentales*, Tecnos, Madrid, 2013, p. 33.

<sup>25</sup> Cfr. A.E. Pérez Luño, *Derechos humanos, Estado de Derecho y Constitución*, cit., p. 59.



política que exigen que se tenga en cuenta la manifestación de la voluntad popular, así como la transparencia y el control del poder político<sup>26</sup>.

Pero ¿cuál es el fundamento de los derechos de participación política? Sin duda lo que fundamenta esos derechos es la dignidad humana, ya que la posibilidad de participar en la configuración y ordenación de la vida en común es una exigencia de nuestra dignidad como personas. Y ese derecho corresponde por igual a todos los miembros del grupo. Ese sería el verdadero fundamento de la democracia. Si olvidamos esto, la democracia corre el riesgo de convertirse en tiranía de la mayoría. Los derechos se fundamentan en la dignidad y no en la democracia. Y son esos derechos los que aseguran el correcto funcionamiento de la democracia y no a la inversa.

2. Asimismo, y en conexión con lo anterior, si los derechos se fundan únicamente en el Derecho positivo, el cual a su vez depende de la voluntad de las mayorías, los derechos fundamentales de los ciudadanos quedan en una posición precaria<sup>27</sup>.

3. Por otra parte, la fundamentación positivista no proporciona una justificación racional (sino una explicación meramente fáctica) del porqué de la existencia de los derechos y de la exigibilidad de los mismos.

4. Por lo demás, la práctica totalidad de las posiciones doctrinales coinciden en que el fundamento de los derechos humanos tiene que ser anterior o previo al Derecho positivo y, en concreto, tiene que ser un fundamento ético o moral<sup>28</sup>. Así lo sostienen las teorías iusnaturalistas y las teorías de los derechos morales<sup>29</sup>, y también autores como Prieto Sanchís<sup>30</sup> y Peces-Barba<sup>31</sup> que si bien tienen un

<sup>26</sup> Cfr. J. Ballesteros, E. Fernández, A.P. Garibo, *Derechos humanos*, cit. p. 104.

<sup>27</sup> Cfr. A.E. Pérez Luño, *Derechos humanos, Estado de Derecho y Constitución*, cit. p. 46, nota 90.

<sup>28</sup> Cfr. J.M<sup>a</sup> Rodríguez Paniagua, “El artículo 10 de la Constitución Española y la fundamentación ética de los derechos humanos”, en *Lecciones de Derecho natural como introducción al Derecho*, Universidad Complutense, Madrid, 1988, pp. 207-208.

<sup>29</sup> La concepción de los derechos humanos como derechos morales no es una concepción unitaria, ya que los autores que hablan de ‘derechos morales’ son muy numerosos y lo hacen desde presupuestos filosóficos muy distintos. Esta concepción tiene su origen en el pensamiento anglosajón, en autores como John Stuart Mill, Dworkin, Maccormick, etc. En el ámbito del pensamiento en lengua española ha sido defendida, entre otros, por Nino, Eusebio Fernández, Laporta, Ruiz Miguel. En todo caso, como destaca Eusebio Fernández (*Teoría de la justicia y derechos humanos*, Debate, Madrid, 1991, pp. 104 ss.) el calificativo ‘morales’ aplicado a los ‘derechos’ representa la idea de la fundamentación ética, la idea de que el origen y el fundamento de estos derechos nunca puede ser jurídico, sino previo a lo jurídico. El Derecho, entendiendo por tal el Derecho positivo, no crea los derechos humanos.

<sup>30</sup> Cfr. L. Prieto Sanchís, *Estudios sobre derechos fundamentales*, Debate, Madrid, 1990, pp. 17ss.

<sup>31</sup> Peces-Barba tiende a separar los problemas del concepto de los derechos humanos, de un lado, del que se ocuparía la Teoría de los derechos fundamentales que se sitúa en un plano analítico; y de la fundamentación de los derechos, de otro lado, cuestión estrictamente filosófica de la que se ocuparía la Filosofía de los derechos fundamentales (Cfr. G. Peces-Barba, *Derechos fundamentales*, Universidad Complutense, Madrid, 1983). Su concepto de derechos humanos es un concepto histórico e incluso positivista, pues para él no cabe hablar de derechos humanos, sino refiriéndose a una “realidad integrable en el Derecho positivo”. En cambio, para él la fundamentación de los

concepto positivista de derechos humanos en el sentido de entender que solo son tales los derechos consagrados en el Derecho positivo, entienden en cambio que el fundamento de los derechos es un fundamento moral prepositivo. Esto es lo que se conoce como la tesis dualista en torno al concepto y al fundamento de los derechos humanos.

#### 4. Posiciones consensualistas

Las posiciones consensualistas intentan fundamentar los derechos humanos en el consenso, fáctico o racional.

Por lo que respecta al consenso fáctico, como antes hemos visto respecto de la tesis de Bobbio, para quien el reconocimiento internacional aparece como único fundamento de los derechos, el consenso es un hecho y, en cuanto tal, no es suficiente por sí solo para fundamentar los derechos humanos. Y ello por diversas razones, porque el intento de derivar exigencias de deber ser de los hechos supone incurrir en falacia naturalista. Porque el consenso puede explicar *cómo* se ha llegado a un acuerdo sobre los derechos humanos, pero no puede aportar un *porqué*, una justificación de su existencia y vinculatoriedad. Y porque los consensos fácticos, carentes de fundamentación racional, son frágiles.

Además, si su fundamentación se redujera a la aceptación de la convicción mayoritaria, los derechos humanos perderían su sentido que consiste, precisamente, en proteger a las personas, su dignidad y su libertad por encima del consenso o consentimiento mayoritario<sup>32</sup>.

Diversos autores contemporáneos (Apel, Habermas, Rawls, Alexy) se proponen buscar el fundamento de los derechos humanos en un consenso no meramente fáctico, sino racional que sería aquel que se alcanzaría en una “situación ideal de habla” (Habermas), de diálogo, que garantice la igualdad de los partícipes (la “comunicación libre de dominio” que postula Habermas) y la racionalidad de lo acordado.

Eso permite superar muchas de las críticas que se dirigían contra el intento de fundar los derechos en el consenso fáctico. En este segundo grupo de doctrinas lo que se propone no es un fundamento meramente fáctico, sino una justificación racional de los derechos, puesto que el acuerdo sería un acuerdo fundado en la razón. Además estas teorías prevén mecanismos para que los acuerdos alcanzados sean equitativos, por ej., esa sería la función que desempeña el velo de la ignorancia en la Teoría de la justicia de Rawls.

derechos es inequívocamente ética y se hallaría en la idea de libertad igualitaria (Cfr. G. Peces-Barba, “Sobre el fundamento de los derechos humanos”, en J. Muguerza, *El fundamento de los derechos humanos*, Debate, Madrid, 1989, pp. 265-278).

<sup>32</sup> Cfr. J.Mª Rodríguez Paniagua, “El artículo 10 de la Constitución Española y la fundamentación ética de los derechos humanos”, cit., p. 207.

No obstante, la limitación de este tipo de teorías radica en que caben diversos resultados racionalmente justificados. Se presupone que hay unas reglas de racionalidad de las argumentaciones que sirven para descartar algunas argumentaciones por ser irracionales o deficientemente racionales, así como para rechazar las soluciones incorrectas o no razonables, pero no para dar respuestas dirimentes a los problemas sustantivos (y en particular a los conflictos de derechos) que son objeto de intensos debates en nuestras sociedades y a los que antes me refería: cuestiones tales como el aborto, la eutanasia, la prostitución, la maternidad subrogada, etc. Esta limitación de las teorías procedimentales en general ha sido destacada, en particular, en relación con la teoría de la argumentación de Alexy.

[E]l propio Alexy admite -escribe Pedro Serna- que la corrección a la que puede aspirar su modelo es [...] meramente relativa [...], incluso en aquellos casos donde se respeten escrupulosamente las reglas del discurso [...], el resultado final estará necesariamente fundado [...] sobre una elección que muy bien podría ser otra manteniendo idéntico respeto a las reglas del discurso, es decir, sobre una auténtica decisión que solo ha estado condicionada negativamente (en el sentido de excluir las decisiones incompatibles con el procedimiento discursivo) pero no positivamente, es decir, en el sentido de que el procedimiento conduzca a la decisión y ésta se encuentre, por ello, justificada por él.

En definitiva, la limitación estribaría en la falta de un elemento que cumpla la función que desempeña la prudencia en la ética y en la teoría del conocimiento de inspiración clásica, elemento que resulta imprescindible para individuar la decisión<sup>33</sup>. Por otra parte, para dirimir esos conflictos, a los que las teorías procedimentales son incapaces de dar respuesta, es inevitable la apelación a presupuestos antropológicos de los que deliberadamente se intenta prescindir en las teorías en cuestión<sup>34</sup>.

## 5. Teorías sustantivas personistas: el utilitarismo

El utilitarismo es una doctrina ética y política, cuyo iniciador es J. Bentham (1748-1832), aunque con precedentes en Hutcheson (1694-1746) y Hume (1711-1776). El utilitarismo ha tenido un enorme éxito en el ámbito del pensamiento anglosajón. Después de Bentham, el principal difusor del utilitarismo fue J. Stuart Mill. Y en el S. XX uno de los más destacados representantes de esta corriente ha sido Moore. Sin embargo, en las últimas décadas autores relevantes como Rawls, Nozick, Dworkin, Ross y Hart han adoptado una actitud crítica frente al utilitarismo.

<sup>33</sup> Cfr. P. Serna, *Filosofía del Derecho y paradigmas epistemológicos. De la crisis del positivismo a las teorías de la argumentación jurídica y sus problemas*, Porrúa, México, 2006, pp. 88-90. Cita de la p. 89.

<sup>34</sup> *Ivi*, pp. 90-94.

Hay múltiples formas de utilitarismo, algunas muy diferentes entre sí y difícilmente reductibles a una doctrina común. Probablemente el único denominador común a todas ellas es el principio de utilidad que ordena maximizar la utilidad agregada, esto es la utilidad global de todos. En todas las versiones del utilitarismo la regla sustantiva de maximizar la utilidad es determinante y constituye el principio ético básico a efectos de valoración moral.

Así podemos caracterizar el utilitarismo como una teoría moral según la cual la corrección o incorrección de una acción depende de la bondad o maldad total de sus consecuencias, que se mide según su contribución a incrementar la utilidad o el bienestar<sup>35</sup>. El bien se identifica con la utilidad o el bienestar. El término bienestar, que puede ser considerado como equivalente a utilidad, resulta más fácilmente reconocible. De la caracterización anterior se desprende que el utilitarismo es una forma de consecuencialismo<sup>36</sup>. Y de ella se sigue también que el concepto determinante es el de utilidad.

No obstante, las diferentes ramas del utilitarismo difieren en cuanto al modo de entender la utilidad. En un principio, los utilitaristas la definieron en términos de estados mentales como el placer, la felicidad, o evitar el sufrimiento. En esa línea, Bentham para quien el fin del actuar humano es la persecución de la felicidad. De ahí deduce que el valor moral de una acción depende de los efectos, en términos de placer y de dolor, que dicha acción produzca. En consecuencia, justo es lo que proporciona la mayor felicidad al mayor número.

Posteriormente, cuando los utilitaristas comprendieron que hay otros aspectos del bienestar además de los estados mentales, comenzaron a definir la utilidad como estados de cosas, tales como satisfacción de deseos o de preferencias (de cualquier tipo de deseo); satisfacción de deseos informados (permite las comparaciones cuantitativas, pero corrige los errores que las personas cometen al interpretar sus deseos); bienestar medido con indicadores objetivos (ingresos, acceso a servicios sanitarios, vivienda, etc.).

Las divergencias entre las distintas versiones del utilitarismo hacen referencia también a la aplicación del principio de utilidad. Para el utilitarismo de actos o utilitarismo extremo (Bentham, Sidgwick, Moore), el principio de utilidad ha de emplearse para evaluar directamente las acciones particulares, de manera que la corrección de las acciones se juzga por las consecuencias que estas tengan en cada ocasión particular. En cambio, para el utilitarismo de normas o de reglas o utilitarismo restringido (Toulmin, Austin, Stuart Mill), el principio de utilidad se aplica para evaluar las reglas que son los criterios mediante los cuales se juzgan posteriormente las acciones. La corrección de una acción no se juzga valorando directamente sus consecuencias, sino considerando si cae o no bajo cierta regla. De

<sup>35</sup> Cfr. J. Rodríguez Toubes, *La razón de los derechos: Perspectivas actuales sobre la fundamentación de los derechos humanos*, Tecnos, Madrid, 1995, p. 283.

<sup>36</sup> Son consecuencialistas aquellas doctrinas morales según las cuales el criterio para la calificación moral de las acciones son sus consecuencias. Las acciones serán buenas o malas dependiendo de la bondad o maldad de sus consecuencias.

acuerdo con esta modalidad de utilitarismo, “las acciones se han de juzgar por las reglas y las reglas por sus consecuencias” (Smart).

La aplicación del principio utilitarista implica una actitud calculadora/cuantitativista. Lo que cuenta es lo que se puede contar. El interrogante acerca de qué hacer, de qué se debe hacer se reconvierte en la pregunta acerca de qué opción produciría la mayor suma de utilidad. Para determinarlo se lleva a cabo el denominado ‘cálculo utilitarista’ o ‘aritmética del placer’. A partir del principio de utilidad los problemas políticos y éticos deberían poder discutirse según procedimientos prácticamente científicos. Se trataría de comparar, medir, etc.<sup>37</sup>

Sin embargo, el principio de utilidad, según ponen de relieve sus críticos, plantea enormes dificultades de aplicación. Se ha destacado que no parece existir ningún método aceptable para calcular en términos de placer y de dolor y/o de satisfacción de deseos las consecuencias de las acciones o de las reglas. Y ello por dos razones: porque nuestras necesidades y deseos difieren cualitativamente. En consecuencia, son inconmensurables. Y porque las consecuencias tienen a su vez consecuencias, de manera que no se sabe muy bien dónde detener la cadena a la hora de evaluar una acción/regla<sup>38</sup>. Asimismo, Dworkin<sup>39</sup> ha puesto de manifiesto la gran cantidad de información sobre los deseos, preferencias, intereses, planes de vida, etc., de cada persona que sería necesario manejar y también problemas como el de la arbitrariedad de los deseos, los intereses suntuarios, etc. En consecuencia, ante el problema de la inconmensurabilidad de los estados interiores, el utilitarismo acaba recurriendo al nivel de rentas, de bienes como índice para medir la utilidad, el bienestar.

Por otra parte, las principales críticas que se han dirigido a las doctrinas utilitaristas hacen referencia a su incapacidad para reconocer y fundamentar adecuadamente los derechos humanos. Ante estas críticas, los autores utilitaristas han seguido dos vías distintas. La primera de ellas consistiría en negar que haga falta hacerlo puesto que los derechos humanos no existen o son innecesarios. La otra vía sería la de mostrar que su teoría sí que es capaz de dar cuenta de los derechos humanos. Estos últimos autores tratan de integrar los derechos humanos en la doctrina utilitarista. Otra cosa es que puedan hacerlo coherentemente<sup>40</sup>. Estas dos actitudes distintas de los utilitaristas ante los derechos estarían inspiradas, respectivamente, en el ‘espíritu de Bentham’ quien, como antes hemos dicho, mostraba un gran escepticismo hacia los derechos morales, y en el ‘espíritu de Mill’ quien fundamentaba los derechos en la utilidad.

<sup>37</sup> Cfr. M. Atienza, *Introducción al Derecho*, Barcanova, Barcelona, 1985, p. 132.

<sup>38</sup> *Ivi*, pp.133-134.

<sup>39</sup> Cfr. R. Dworkin, *Sovereign Virtue. The Theory and Practice of Equality*, Harvard University Press, Cambridge (Mass.), 2000, pp.11 ss.

<sup>40</sup> Cfr. J. Rodríguez Toubes, *La razón de los derechos...*, cit., pp. 282-302 *passim*.

No obstante, el utilitarismo no sería una vía adecuada para la fundamentación de los derechos humanos por dos razones principales: por su principio ético básico y porque es una forma de hedonismo<sup>41</sup>.

1. En efecto, el principio ético básico del utilitarismo es el principio de utilidad que ordena maximizar la utilidad global de todos (procurar la mayor felicidad del mayor número posible). Este principio no permite reconocer una esfera inviolable/intangible de la persona que es en lo que consisten los derechos humanos.

Al utilitarismo le importa la suma total de felicidad (o, a lo sumo, el nivel medio de felicidad) del conjunto de los individuos, pero como pone de relieve Rawls, al utilitarismo no le importa, salvo indirectamente, cómo se distribuye la suma de satisfacción entre los individuos. Y no se opone, en principio, aunque considera que no suele ser necesario, a sacrificar la libertad de unos pocos si ello reporta una mayor satisfacción en conjunto. En definitiva, el utilitarismo no se toma en serio la distinción entre las personas<sup>42</sup>.

En consecuencia, el utilitarismo puede justificar atentados contra la igualdad. Este riesgo ha encontrado una cierta corrección dentro del propio utilitarismo a través del principio de utilidad marginal decreciente, de acuerdo con el cual en una situación en la que los bienes y derechos estén igualitariamente distribuidos se produce una mayor cantidad de placer que en otra en la que lo estén desigualitariamente. No obstante, esta justificación utilitarista de la igualdad es contingente, en la medida en que está subordinada al ‘cálculo utilitarista’.

Asimismo, y en conexión con lo anterior, el principio de utilidad puede justificar atentados contra los derechos de las minorías o de individuos concretos (pena de muerte, castigo de un inocente, restricción de las libertades en favor de la seguridad colectiva/ciudadana) para mayor beneficio de todos. Así, por ejemplo, señala Hare (aunque reconociendo que se trataría de un caso irreal) que sería posible que el *sheriff* sí deba ahorcar a un inocente para aplacar a una turba que producirá más víctimas inocentes, si sabe (lo cual es imposible) que nunca se descubrirá que era inocente y que los efectos indirectos negativos no superarán a los positivos<sup>43</sup>.

No obstante, algunos autores utilitaristas, entre otros Hare, han tratado de integrar (o de mostrar que ya estaba presente) en la doctrina utilitarista el principio que exige igual consideración y respeto para todas las personas. Este principio había sido formulado por Dworkin<sup>44</sup> como un derecho individual básico precisamente como una crítica al utilitarismo que sería incapaz de incorporarlo. Sin embargo, Hare admite el derecho a igual consideración y respeto. Según él, equivale al principio de Bentham de que en el cálculo utilitarista todos han de contar como uno, y nadie como más de uno. Pero, en la interpretación de Hare, este derecho tendría

<sup>41</sup> Cfr. J.M<sup>a</sup> Rodríguez Paniagua, “El artículo 10 de la Constitución Española y la fundamentación ética de los derechos humanos”, cit., p. 208.

<sup>42</sup> Cfr. J. Rawls, *A theory of justice*, Oxford University Press, Oxford, 2000.

<sup>43</sup> Cfr. R.M. Hare, *Moral thinking: its levels, method, and point*, Clarendon Press, Oxford, 1981, p. 164.

<sup>44</sup> Cfr. R. Dworkin, *Taking rights seriously*, Duckworth, London, 1978.

un carácter puramente formal. Por eso le parece compatible con la respuesta utilitarista al caso de *sheriff* recién mencionado. En este caso, los intereses de todos (el candidato a la horca, las víctimas potenciales de la turba, los integrantes de la sociedad cuyo orden se verá afectado por la decisión) habrían sido computados por igual. En eso, y nada más que en eso, consistiría el derecho a igual consideración y respeto.

Sin embargo, esa interpretación meramente formal no hace justicia al verdadero significado del derecho a igual consideración y respeto. Mostrar el mismo respeto por todos en la distribución de derechos y cargas no significa solo computar por igual y concederle el mismo peso a los intereses iguales de todos, sino también considerar a cada uno como un individuo distinto de los demás que no puede ser sacrificado a los intereses de otros.

Frente a los riesgos del utilitarismo sigue siendo válida tesis de Rawls de acuerdo con la cual cada persona es distinta de las demás y no puede ser confundida con otras y es en sí misma un valor absoluto y, por lo tanto, no puede ser sacrificada a los intereses de otros o de la colectividad. Esta es la parte de la herencia ilustrada, liberal o incluso, si se quiere, individualista, a la que no podemos renunciar.

Así pues, el principal problema del utilitarismo es su defensa de la agregación de intereses. Con ello aplica a la sociedad el principio de elección racional individual. Sin embargo eso no es correcto, porque el ser humano, como individuo, puede sacrificar un placer presente por una mayor satisfacción posterior, pero no está claro que el placer de un individuo sea sustituible por el placer de otros individuos<sup>45</sup>.

Aunque se puedan justificar los derechos humanos con argumentos utilitaristas, mientras los derechos queden en última instancia subordinados al principio de maximización de la utilidad agregada, estaríamos ante una fundamentación de los derechos puramente contingente y por tanto inadecuada e insuficiente.

2. Por otra parte, el utilitarismo es una especie de hedonismo (el bien se identifica con el placer). Y esta es una segunda razón por la cual no resulta adecuado para la fundamentación de los derechos humanos. Desde sus premisas hedonistas, el fundamento de los derechos sería la eliminación del dolor físico. En consecuencia, la sensibilidad (la capacidad para experimentar placer y dolor) sería una cualidad o propiedad exigida para ser titular de los derechos humanos. Tendrían derechos todos los que sufren/gozan, sean seres humanos o animales. Y su derecho fundamental sería el de no sufrir y gozar.

Como subraya Ballesteros<sup>46</sup>, las implicaciones de lo anterior serían las siguientes:

2.1. En primer lugar, el utilitarismo conduce a negar la diferencia específica entre seres humanos y animales y a defender los derechos de los animales. Esta

<sup>45</sup> Cfr. M. Atienza, *Introducción al Derecho*, cit., p. 134.

<sup>46</sup> Cfr. J. Ballesteros, "Exigencias de la dignidad humana en biojurídica", cit., pp. 181-185.

posición puede *parecer* muy universalista, pues supone el rechazo de lo que califican, según la terminología de R. Ryder, como *especieísmo* o narcisismo de la especie humana<sup>47</sup>. Sin embargo, la negación de la diferencia cualitativa entre el ser humano y el animal resulta profundamente inhumanista, pues tras ella se esconde el intento de reducir al ser humano a mera biología.

La idea de derechos para los animales fue ya planteada por Bentham en un famoso texto en el que declaraba lo siguiente:

Los franceses ya han descubierto que la oscuridad de la piel no es razón suficiente para que un ser humano pueda ser atormentado sin que este hecho sea objeto de castigo. Puede ser que un día se reconozca que el número de patas, la mayor o menor cantidad de pelo por el cuerpo o la terminación del *os sacrum* son razones igualmente insuficientes para que sufra ese destino cualquier otro ser sensible. Porque ¿qué otra cualidad distinta de ésta de la sensibilidad ha de trazar la decisiva línea divisoria? ¿Es la facultad de la razón, o acaso la facultad del discurso? Mas un caballo o un perro adulto es sin comparación un animal más racional, y también más sociable, que una criatura de un día, una semana o incluso un mes. Pero, aun suponiendo que no fuera así, ¿qué nos esclarecería? No debemos preguntarnos: ¿pueden razonar?, ni tampoco: ¿pueden hablar?, sino: ¿pueden sufrir?<sup>48</sup>.

No obstante, Bentham acaba negando los derechos de los animales por la conciencia de la muerte. El ser humano sabe que puede morir y eso le confiere al sufrimiento en los seres humanos una trascendencia cualitativamente distinta a la que tiene en los animales. En la actualidad, el gran defensor de los derechos de los animales desde posiciones utilitaristas es Singer<sup>49</sup> con su proyecto *El gran Simio*.

2.2. Por otra parte, al negar la diferencia específica entre el ser humano y el animal, las posiciones utilitaristas tienden a atribuirle especial relevancia al dolor físico (más que al dolor moral) y a considerar sin sentido la vida con dolor, negando en consecuencia que deba ser protegida jurídicamente, de donde resultaría la legitimidad de la eutanasia, ya que para estas posiciones sería preferible morir a sufrir.

2.3. Por lo demás, desde posiciones utilitaristas se le niega la titularidad de los derechos a aquellos seres humanos que no pueden sufrir ni gozar (embriones menores de 14 días o niños anencefálicos<sup>50</sup>).

De lo dicho se desprende que el utilitarismo no estaría en condiciones de fundamentar (i) la universalidad de los derechos para todos los seres humanos, (ii)

<sup>47</sup> Cfr. Aa.Vv., *El Proyecto Gran Simio*, Trotta, Madrid, 1998.

<sup>48</sup> J. Bentham, *An Introduction to the Principles of Morals and Legislation*, cit.

<sup>49</sup> Cfr. P. Singer, *Repensar la vida y la muerte. El derrumbe de nuestra ética tradicional*, Paidós, Barcelona, 1997; Id., *Liberación animal*, Trotta, Madrid, 1999.

<sup>50</sup> Cfr. P. Singer, *Repensar la vida y la muerte*, cit., pp. 80, 108 y 182. Una excelente crítica de la postura de Singer en F. Viola, *De la naturaleza a los derechos*, Comares, Granada, 1998, pp. 184 ss.



ni su carácter de “humanos”, de derechos cuya titularidad corresponde exclusivamente a los seres humanos.

## **6. Fundamentaciones liberal-individualistas: entre universalismo y personismo**

Únicamente las doctrinas éticas humanistas, que son aquellas que afirman la dignidad humana y el valor absoluto de cada individuo, pueden servir de base para una adecuada fundamentación de los derechos humanos, cuyo sentido es el de ser una protección moral y jurídica del individuo frente a las acciones de otros. En esa línea, Rodríguez Paniagua considera como doctrinas aptas para la fundamentación de los derechos humanos (i) las doctrinas éticas de la Ilustración europea que culminan con Kant y (ii) las inspiradas en una visión personalista del ser humano de signo cristiano<sup>51</sup>.

Ahora bien, en la concepción ilustrada de los derechos naturales convivirían (i) la fundamentación universalista de los derechos y (ii) el individualismo (que conduce a la exclusión de amplios sectores de personas de la titularidad y de los beneficios de los derechos). Se trata de dos tendencias que están presentes simultáneamente en la tradición ilustrada. Desde entonces, toda la historia de los derechos humanos ha estado marcada por la tensión entre estas dos líneas de tendencia: entre el impulso y la vocación humanista, universalista, inclusiva, ascendente que implica la idea de dignidad humana; y la presión y el lastre elitista, excluyente, descendente que implica el individualismo<sup>52</sup>.

Esta ambigüedad de la posición ilustrada acerca de los derechos explica que entronquen con ella tanto las fundamentaciones liberal-individualistas que vamos a examinar en este epígrafe, como la posición iusnaturalista que veremos en el epígrafe siguiente y que fundamenta los derechos humanos en la dignidad humana. La diferencia entre ellas estriba en el distinto modo de concebir la dignidad humana y la sede de esa dignidad. Las fundamentaciones liberal-individualistas basan la dignidad en la autonomía. En cambio, las fundamentaciones iusnaturalistas reconocerían la dignidad de todos los seres humanos, más allá de su grado de autonomía o evolución. Las posiciones iusnaturalistas se caracterizan por la crítica e intento de superación del individualismo presente en la tradición ilustrada y por su conexión directa en la mayor parte de los casos con la visión personalista del ser humano de signo cristiano.

<sup>51</sup> Cfr. J.M<sup>a</sup> Rodríguez Paniagua, “El artículo 10 de la Constitución Española y la fundamentación ética de los derechos humanos”, cit., p. 209.

<sup>52</sup> Cfr. J. Ballesteros, “El individualismo como obstáculo a la universalidad de los derechos humanos”, en *Persona y Derecho*, 41 (1999), Estudios en Homenaje al Prof. Javier Hervada (II), pp. 15-27; E. Fernández, *Igualdad y derechos humanos*, Tecnos, Madrid, 2003, pp. 30-48; Id., “El Derecho como no discriminación y no violencia”, en Aa. Vv., *Pensar el tiempo presente. Homenaje al profesor Jesús Ballesteros Llompert*, Tirant lo blanc, Valencia, 2018, pp. 145-164.

Ya por lo que se refiere a las fundamentaciones liberal-individualistas, entre los autores que sostienen posturas en esa línea destacan Popper, Hayek, Rawls, Dworkin, Nozick, si bien existen importantes diferencias entre las posiciones mantenidas por cada uno de ellos.

A diferencia del utilitarismo, las fundamentaciones liberal-individualistas parten de la consideración de que el valor ético fundamental, primordial o prioritario es el valor absoluto de cada individuo, en cuanto distinto de los demás, y que por lo tanto no puede ser sacrificado a los intereses de otros o de la colectividad. Esta consideración 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 humanos desde sus formulaciones estoico-cristianas, replanteadas en el tránsito a la modernidad por los clásicos españoles y el pensamiento racionalista que culmina con Kant.

El mérito de esta tesis estriba en fundamentar el reconocimiento de una esfera intangible e inviolable del individuo, de la persona como tal, que abarcaría tanto la corporeidad (vida y salud), como la libertad, la espiritualidad y la autoconciencia racional. Sobre estas bases, las posiciones liberal-individualistas fundamentarían (resta por ver si adecuadamente) los derechos individuales de libertad, aquellos que explicitan las exigencias de la llamada libertad ‘negativa’<sup>53</sup>, ‘reservada’<sup>54</sup> o libertad ‘de los modernos’ (según la expresión acuñada por Benjamin Constant<sup>55</sup>), la cual supone el reconocimiento al individuo de una zona de inmunidad de coacción, de una esfera reservada en la que no cabe interferencia alguna por parte de la autoridad o de las otras personas, sin consentimiento de los individuos. También fundamentarían, en cierto modo, los derechos de participación política, en cuanto estrechamente conectados con los derechos individuales, pues los derechos de participación política tendrían un valor instrumental como garantías para salvaguardar los derechos individuales<sup>56</sup>. Los individuos y su libertad no estarían sometidos a más leyes que las dictadas por ellos mismos. Este sería el fundamento de la ley entendida como instrumento para garantizar y limitar la libertad (Rousseau).

Sin embargo, las fundamentaciones liberal-individualistas adolecerían de importantes deficiencias ligadas al individualismo y al dualismo antropológico que las inspira. El individualismo no solo defiende la prioridad del individuo y de sus derechos (esa sería -insistimos- la parte de la herencia ilustrada, liberal o incluso si se quiere individualista, a la que en modo alguno podemos renunciar), sino que además implica un determinado modo de concebir al individuo: como autónomo

<sup>53</sup> Cfr. I. Berlin, *Four Essays on Liberty*, Oxford University Press, Oxford, 1969.

<sup>54</sup> Ballesteros prefiere calificarla como “libertad reservada” o “exclusiva”, “por cuanto puede implicar una importante actividad por parte del sujeto de la misma” (J. Ballesteros, *Postmodernidad: decadencia o resistencia*, Tecnos, Madrid, 2000, p. 55).

<sup>55</sup> Cfr. B. Constant, “De la libertad de los antiguos comparada con la de los modernos”, en Id., *Escritos políticos*, CEC, Madrid, 1989, pp. 257-285.

<sup>56</sup> *Ivi*, pp. 278 ss.

(entendida la autonomía como capacidad de darse a sí mismo normas morales), autosuficiente, independiente; no sólo distinto, sino aislado y separado de los demás.

La visión individualista del ser humano está vinculada al dualismo antropológico moderno defendido por Descartes<sup>57</sup> quien consideraba que en el ser humano coexisten dos realidades separadas y a las que les atribuía una valoración muy distinta: la *res cogitans*, conciencia, autodomínio de la voluntad, que se identificaría con el ser de la persona (*cogito ergo sum*, pienso luego existo), es el sujeto desencarnado; y, de otro lado, la *res extensa*, como cuerpo, que es una cosa susceptible de dominio. El dualismo está también presente en la distinción de Locke, en su *Tratado sobre el entendimiento humano*<sup>58</sup> entre persona, como ser capaz de vida consciente y libre, de vida biográfica, y simple ser humano, como miembro de la especie, como ser puramente biológico, de valor irrelevante.

Desde esos presupuestos antropológicos, las fundamentaciones liberal-individualistas partirían de la reivindicación de la autonomía humana como fuente de todos los valores (es lo que Pérez Luño califica como el “subjetivismo axiológico”). En consecuencia, el fundamento de los derechos humanos se hallaría en el sujeto individual, en su autonomía. Estaríamos ante una fundamentación subjetivista de los derechos humanos<sup>59</sup>.

En conexión con lo anterior, las deficiencias de las fundamentaciones liberal individualistas serían principalmente las siguientes:

1. En la medida en que los derechos aparecen como categorías para la defensa de los intereses individuales, solo intentan fundamentar los derechos individuales de libertad y, en cierto modo, los derechos de participación política; pero no los derechos sociales llamados a proteger la vulnerabilidad humana, la cual no es tenida suficientemente en cuenta (o incluso es ignorada) por la antropología individualista; ni tampoco los llamados derechos de tercera generación (derecho a la paz, al medio ambiente, al desarrollo, al disfrute igualitario del patrimonio común de la humanidad, a la protección del genoma humano, etc.) que se basan en la toma de conciencia de la interdependencia global y también intergeneracional entre los seres humanos, interdependencia que es negada por la pretendida autosuficiencia que preconiza el individualismo.

2. Debido a la reivindicación de la autonomía humana como fuente de todos los valores, implican una concepción voluntarista de los derechos con los inconvenientes que la misma comporta, entre ellos que los derechos tienden a aparecer como disponibles, es decir desde este tipo de posiciones resulta difícil justificar la inalienabilidad de los derechos. Asimismo esta fundamentación comporta dificultades para reconocer la titularidad de los derechos a los no

<sup>57</sup> Cfr. R. Descartes, “Meditaciones de prima philosophia”, en Id., *Oeuvres philosophiques*, Garnier, Paris, 1973, t. II, pp. 177ss.

<sup>58</sup> *An essay concerning humane understanding*, Printed by Eliz. Holt for Thomas Basset, London, 1690, t. I, Chap. XXVII.

<sup>59</sup> Cfr. A.E. Pérez Luño, *Derechos humanos, Estado de Derecho y Constitución*, cit., pp. 147-164.

plenamente autónomos desde el punto de vista psicológico, esto es a quienes aquí y ahora no se hallan en el pleno ejercicio de sus facultades intelectuales y volitivas, lo cual no significa que carezcan de ellas (concebidos, niños, personas con discapacidades psíquicas, personas en estado de coma, incluso los ancianos en ciertos casos, por no hablar de las futuras generaciones) con lo que resulta comprometida la universalidad de los derechos.

Aunque Descartes y Locke no dedujeron esas consecuencias éticas de su pensamiento antropológico<sup>60</sup>, ello ha ocurrido en los neolockianos del S.XX, concretamente en Tristram Engelhardt<sup>61</sup>. Como destaca Ballesteros<sup>62</sup>, este autor representa perfectamente los planteamientos dominantes en la bioética USA, para la cual el principio de beneficencia debe ceder ante el de autonomía. El titular de los derechos puede disponer de ellos en ejercicio de su autonomía, aunque eso suponga un daño para sí mismo. El criterio es el *volenti non fit iniuria*, de modo tal que resulta lícito el suicidio, y su inducción.

Asimismo, en él culmina la separación radical entre los derechos de la persona y la carencia de derechos del ser humano. Como dualista, desprecia la naturaleza, al considerar que sólo la cultura, como técnica o dominación de la naturaleza, crea derechos. Como consecuencia de ello, separa igualmente entre seres humanos biográficos o culturales, como los adultos, que tienen derechos, y seres humanos simplemente biológicos, que no tienen derechos, como los niños.

El ser adulto consciente y competente es digno, merece respeto, y tiene derechos, en cuanto sólo él es agente moral, y no puede ser utilizado sin su voluntad. Sólo la autonomía atribuye derechos. Los adultos, en cuanto gozan de libertad y de propiedad, tienen derecho a la libre realización de su personalidad. Y este derecho se concibe con carácter ilimitado, como auténtica preferencia ilimitada. Y así, en base a ese poder de disposición, tendrían derecho a cambiar de sexo; a tener hijos, aunque no puedan engendrarlos naturalmente; o bien a no tenerlos habiéndolos concebido. Y ello porque los derechos se vinculan a la voluntad autónoma y no a la vulnerabilidad y a la necesidad de ser cuidado.

Al mismo tiempo se niega dignidad y derechos a los seres no autoconscientes de la especie *homo sapiens*, como los embriones, fetos, niños pequeños, comatosos, descerebrados. Engelhardt se permite clasificar a los seres humanos en función de su alejamiento respecto al ideal de la autarquía. Los cigotos, embriones, y fetos son considerados inferiores a los mamíferos superiores, por la mayor capacidad de conocimiento de éstos, y carecen de derechos, salvo el de no sufrir sin necesidad. Por su parte, los comatosos persistentes y anencefálicos son equiparados a los

<sup>60</sup> Así, por ejemplo, Locke defiende inequívocamente la inalienabilidad de los derechos (J. Locke, *Second Treatise of Government*, Infomotions, Inc., South Bend, 2001, Electronic reproduction, Chap. 2, Sec. 6).

<sup>61</sup> *Los fundamentos de la bioética*, Paidós, Barcelona, 1995.

<sup>62</sup> En la crítica a la postura de Engelhardt, sigo a J. Ballesteros, “Exigencias de la dignidad humana en biojurídica”, cit., pp. 179-181.

muertos. Ninguno de ellos tiene derechos, salvo que su vida resulte de interés para alguien dotado de autonomía.

Pese a que Engelhardt y buena parte de los dualistas traten de apoyarse en Kant, conviene señalar que el concepto de autonomía que utilizan los dualistas difiere del kantiano, ya que éste deja siempre a salvo la universalidad y el humanismo. Como ha señalado Laura Palazzani, la autonomía en Kant está fundada sobre la universalidad del deber, hasta el punto de que la norma es moral sólo si se extiende universalmente hasta la humanidad entera. La autonomía kantiana no es egoísta y arbitraria como en Engelhardt, sino universal<sup>63</sup>.

En resumen, la teoría individualista, en cuanto dualista, niega la dignidad del cuerpo, reducido a puro tener del ser humano, y por ello manipulable o enajenable. Lo que coincidiría con la antropología del capitalismo: Todo está en venta. Niega igualmente la dignidad de los seres humanos dependientes, ya que identifica autonomía y dignidad, dependencia e indignidad. Y con ello ignora la dignidad intrínseca y el derecho a ser protegidos de los seres humanos más vulnerables como los niños pequeños, los enfermos, los ancianos, etc. Olvida asimismo la dimensión relacional, interdependiente, del ser humano, y con ello los derechos de la segunda y tercera generación: así el derecho al trabajo, o al medio ambiente sano.

## **7. Doctrinas universalistas: el iusnaturalismo y la idea de dignidad humana**

Para las doctrinas iusnaturalistas, el fundamento de los derechos humanos se hallaría en la naturaleza humana, la cual está dotada de una especial dignidad por razón de sus caracteres de racionalidad y libertad. Al estar vinculada a la naturaleza humana, la dignidad es intrínseca, es un estatuto ontológico, algo que somos, no meramente algo que se tiene. A diferencia de la autonomía (que puede darse o no darse), la dignidad es inherente al ser humano, está presente siempre. La dignidad consiste en el valor intrínseco de cada ser humano. Como puso de relieve Kant, mientras que las cosas tienen precio, los seres humanos son valiosos. El fundamento de la dignidad radica en que la persona es única, y por tanto irremplazable, mientras que las cosas pueden ser reemplazadas por otras, y por ello tienen un precio. Todos los seres humanos son dignos, porque son únicos e irrepetibles.

Ese estatus ontológico en que consiste la dignidad tiene consecuencias éticas. En efecto, la dignidad hace a cada ser humano acreedor de un respeto incondicionado. La fórmula más adecuada sobre las implicaciones éticas de la dignidad es la que ofrece Kant, en sus *Fundamentos de la metafísica de las costumbres*: “Trata siempre al ser humano también como fin, y no solo como medio”. La primera exigencia de la dignidad de la persona es la ilicitud de su instrumentalización. Por tanto, la negación de la tortura, la pena de muerte, el

<sup>63</sup> Cfr. L. Palazzani, *La persona fra la bioetica e el diritto*, Giappichelli, Torino, 1996, pp. 163, 181 y 210.

aborto, etc. La dignidad se traduce en un estatuto moral especial de inviolabilidad, cuya manifestación jurídica consiste en la titularidad de unos derechos.

La naturaleza humana es universal. Comprende a todos los seres humanos sin distinción de raza, sexo, condición social, profesión religiosa, etc. y sin distinción tampoco en función de que se hallen en el pleno ejercicio actual y efectivo de sus facultades intelectuales y volitivas. Gracias a haber subrayado la indefectible vinculación de la dignidad humana con la naturaleza humana universal, el mérito de las posiciones iusnaturalistas estriba en su capacidad para fundamentar no solo los derechos humanos sino también y sobre todo la efectiva universalidad de los mismos. En conjunto, la principal aportación del iusnaturalismo a la fundamentación de los derechos humanos consiste en haber afirmado y seguir afirmando la igual dignidad de todos los seres humanos, sin excepción alguna, y la consiguiente necesidad de un idéntico respeto a todos ellos.

En ese sentido es importante destacar que los seres humanos son dignos en sí, con independencia de su comportamiento. Y ello porque la dignidad es ontológica, dignidad en sí, inherente al ser humano, y no meramente dignidad moral o dignidad por lo que se hace. La dignidad está por encima del comportamiento. Esta sería la diferencia entre cristianismo y estoicismo<sup>64</sup>. Todo ser humano es digno, independientemente de su comportamiento ético. De ahí la inadmisibilidad de la tortura y de la pena de muerte. La oposición a la pena de muerte tiene su origen en Génesis, con la entrega de la señal a Caín para que nadie le matara: ‘No toquéis a Caín’. Esta dignidad ontológica resulta desconocida cuando se olvida el criterio del no juzgar, como ocurre con los fanatismos o puritanismos de cualquier signo, en los que se valora a los seres humanos sólo por realizar determinado comportamiento.

Frente al riesgo de que la apelación a la naturaleza humana deje en la penumbra a los seres humanos concretos que son, en definitiva, los titulares de los derechos humanos, es importante subrayar que la dignidad humana se manifiesta, está presente no en la naturaleza humana universal y abstracta, sino en todos y en cada ser humano concreto. Además, la dignidad humana es indivisible y por lo tanto no reside en ciertas cualidades o propiedades del ser humano (racionalidad, libertad, capacidad moral, etc.) consideradas en abstracto, aisladamente, separadamente, sino en el ser humano como tal en su unidad indivisible. No habría por tanto seres humanos más dignos que otros, ni vidas más dignas que otras.

Así pues la dignidad humana no sería una realidad abstracta, sino concreta, encarnada en cada ser humano. Esta atención a lo concreto permite tener en cuenta la pluralidad de modos de manifestarse el ser humano. Como destaca Viola<sup>65</sup>, los seres humanos participamos de nuestra común humanidad precisamente a través de nuestra específica manera de ser y de las diversas situaciones vitales. Somos seres

<sup>64</sup> Cfr. J. Ballesteros, “La costituzione dell’immagine attuale dell’uomo”, en Aa.Vv., *Immagini dell’uomo. Percorsi antropologici nella filosofia moderna*, Armando, Roma, 1997, pp. 23 y ss.

<sup>65</sup> Cfr. F. Viola, *Identità e comunità. Il senso morale della politica*, Vita e Pensiero, Milano, 1999, p. 57.

humanos al ser mujeres, varones, concebidos, niños, adultos, trabajadores, parados, consumidores, ancianos, inmigrantes, refugiados, sanos, enfermos, personas con discapacidades, moribundos... No habría, por tanto, un modelo paradigmático de ser humano. Y desde esta atención a la pluralidad de modos de manifestarse el ser humano resulta posible fundamentar la auténtica universalidad de los derechos que es la que parte de la diversidad real existente entre los seres humanos. En este marco, cobra pleno sentido el llamado proceso de especificación que supone vincular los derechos humanos no al ser humano en abstracto, sino a las distintas situaciones vitales, a las diferentes esferas existenciales humanas, a los diversos modos de ser humano.

Asimismo, la atención a lo concreto permite tener en cuenta la complejidad del ser humano y fundamentar así no sólo los derechos de libertad, sino también los derechos sociales e incluso los derechos de tercera generación.

En efecto, el ser humano, en cuanto concreto, esto es, en cuanto no lo reducimos a una pura abstracción, presenta una multiplicidad de facetas: corpórea y espiritual; una dimensión de singularidad, mismidad, identidad o irreductibilidad personal pero también una dimensión de alteridad que implica una necesidad y capacidad de relacionarse con los otros tanto en un plano interpersonal, como a nivel social lo que se manifiesta en su pertenencia simultánea a una pluralidad de grupos sociales, de comunidades, etc., alteridad que genera unos vínculos de interdependencia respecto de los demás seres humanos; capacidad de autonomía y de autodeterminarse, pero también indigencia y fragilidad y por lo tanto necesidad de protección y responsabilidad por parte de los otros. Estas diferentes esferas aparecen como inseparables, como indivisibles. El ser humano es una unidad en la complejidad.

Las consecuencias de esta complejidad en el plano de los derechos humanos son: la complejidad, pluralidad y diversidad de los derechos humanos y al mismo tiempo su profunda unidad, su sentido unitario. La complejidad del ser humano hace que la defensa de su dignidad exija no solo derechos individuales que salvaguarden su libertad y su autonomía, sino también derechos sociales y derechos de tercera generación que protejan su vulnerabilidad y sus vínculos de interdependencia respecto de los demás seres humanos y respecto de la naturaleza. En este sentido la defensa de la dignidad humana, de la excelencia humana no supondría, en contra de los que sostienen algunos utilitaristas, *especieísmo* o narcisismo de la especie humana, porque el ser humano debido a su carácter abierto, a su exigencia de salir de sí, es capaz de cuidar la naturaleza, de cuidar la realidad como algo valioso en sí, y no por la utilidad que le reporta al sujeto. De modo tal que defender al ser humano es defender el conjunto de lo real<sup>66</sup>.

## 8. Necesidades humanas básicas, capacidades y derechos

<sup>66</sup> Cfr. F. Viola, *Etica e metaetica dei diritti umani*, cit., pp. 213 ss.

Si, como hemos dicho, los derechos humanos pueden ser considerados como la expresión jurídica de las exigencias de la dignidad humana, para fundamentarlos adecuadamente es necesario preguntarse qué exige la dignidad humana. A lo cual, desde el enfoque de las capacidades defendido por Sen y Nussbaum<sup>67</sup>, cabe responder que la dignidad humana exige que todas las personas tengan la capacidad real de ver satisfechas sus necesidades básicas (aunque Sen prefiere hablar no de necesidades básicas, sino de funcionamientos básicos y de las capacidades correspondientes), lo cual constituiría una ineludible exigencia de justicia. En este sentido las necesidades humanas básicas formarían parte del fundamento de los derechos humanos, pues es la determinación de esas necesidades la que permite concretar el contenido de los derechos humanos: el catálogo de los derechos, el contenido de cada uno de ellos y el modo adecuado de interpretarlos y aplicarlos. Y es así cómo el enfoque de las capacidades y las teorías de las necesidades pueden contribuir a la fundamentación de los derechos humanos.

Cabe preguntarse si deben reconocerse y garantizarse jurídicamente todo tipo de necesidades humanas, si esto es posible y cómo sería posible. Sin embargo, es claro que ello no es posible y que inevitablemente hay que efectuar una elección entre aquellas necesidades que son más apremiantes y fundamentales y otras que lo son menos, de manera que los derechos humanos se referirán a las necesidades más relevantes e importantes para la vida humana. Estas son las que se conocen como necesidades básicas.

Ahora bien, en torno a esta cuestión de las necesidades básicas hay abierto un intenso debate doctrinal en el que se plantean diversos problemas.

El primero de ellos es el de la determinación del concepto de necesidades y, en particular, de necesidades básicas. A este respecto, se plantea, de un lado, la dificultad de dar una noción de necesidades que responda a las múltiples formas que éstas adoptan en la vida cotidiana y, de otro lado, la dificultad de diferenciar el concepto de necesidad de otros conceptos afines, pero con los que no debe confundirse, tales como deseos, aspiraciones, preferencias, intereses. En este sentido, se ha apuntado como rasgo diferencial de las necesidades “su carácter no intencional: no elegimos nuestras necesidades”<sup>68</sup>. En esta línea, David Wiggins ha escrito que “a diferencia de ‘desear’ o ‘querer’, [...] ‘necesitar’ obviamente no es un verbo intencional. Lo que necesito no depende del pensamiento o del funcionamiento de mi cerebro [...] sino de cómo es el mundo”<sup>69</sup>. Por lo que se

<sup>67</sup> Cfr. A. Sen, *Desarrollo y libertad*, trad., Planeta, Barcelona, 2000; Id., *La idea de la justicia*, trad., Taurus, Madrid, 2010, Tercera parte, pp. 255 ss.; M.C. Nussbaum, *Las fronteras de la justicia. Consideraciones sobre la exclusión*, trad., Paidós, Barcelona, 2007; Id., *Crear capacidades. Propuesta para el desarrollo humano*, trad., Paidós, Barcelona, 2012.

<sup>68</sup> M.J. Añón, “Fundamentación de los derechos humanos y necesidades básicas”, en J. Ballesteros, J. (a cura di), *Derechos humanos. Concepto, fundamentos, sujetos*, Tecnos, Madrid, 1992, pp. 102-103; e Id., *Necesidades y derechos. Un ensayo de fundamentación*, CEC, Madrid, 1994.

<sup>69</sup> D. Wiggins, “Claims of Needs”, en T. Honderich, (a cura di), *Morality and Objectivity. A tribute to J.L.Mackie*, London, 1985.



refiere a las necesidades humanas básicas, se han propuesto muy diversos criterios para su especificación conceptual. Nos referiremos fundamentalmente a dos de ellos. Así se han caracterizado las necesidades básicas como aquellas situaciones o estados en que se encuentra una persona y que tienen un carácter *insoslayable* para ella, que constituyen una privación de aquello que es básico o imprescindible y cuya característica fundamental es el daño, perjuicio o grave detrimento que se sigue para la persona salvo que esa situación se vea satisfecha, cumplida o realizada, sin que haya ninguna posibilidad alternativa de salir de ella<sup>70</sup>. Otros autores caracterizan las necesidades básicas como aquéllas cuya no satisfacción impide a la persona la preservación de su integridad física o psíquica<sup>71</sup>.

También plantea problemas la determinación concreta de cuáles son las necesidades humanas básicas. La dificultad obedece, sobre todo, al hecho de que las necesidades básicas, y más todavía los medios necesarios o suficientes para satisfacerlas, pueden variar según las personas e incluso para una misma persona en distintos momentos de su vida y también según las circunstancias sociales en que viven las personas. En este sentido resultan de interés los análisis de Sen.

La idea que subyace su enfoque de las capacidades es la de que para la evaluación política ya sea de la desigualdad, de la pobreza, de la discriminación sexual o del bienestar, la libertad, la calidad de vida, el desarrollo, así como la justicia y la ética social, la información relevante no es la utilidad individual (o el bienestar en términos utilitaristas), ni los recursos a los que las personas tienen acceso, sino lo que las personas pueden *hacer y ser* con esos recursos. Esto es lo que Sen denomina capacidad: la habilidad real, efectiva de una persona para hacer actos valiosos o alcanzar estados de ser valiosos. La noción con la que arranca este enfoque es la de *funcionamientos*, aunque, como enseguida veremos, este no es el concepto nuclear de la teoría, sino sólo la noción de la que se parte. Funcionamientos serían las diversas cosas importantes que una persona consigue hacer o ser, los diversos “logros” que alcanza, desde los más elementales, como estar bien nutrido, o vestido y protegido adecuadamente, o libre de enfermedades prevenibles y de la muerte prematura, etc. ... hasta logros más complejos y refinados como la diversión, la autoestima, participar en la vida de la comunidad, poder aparecer en público sin avergonzarse, etc. ... Ahora bien para este enfoque lo decisivo y lo que hay que promover directamente no son los funcionamientos sino las capacidades correspondientes (las capacidades para funcionar). Sen lo ilustra con el conocido ejemplo de que no es lo mismo ayunar que pasar hambre.

<sup>70</sup> Cfr. M.J. Añón, “Fundamentación de los derechos humanos y necesidades básicas”, cit., p.103; e Id., *Necesidades y derechos. Un ensayo de fundamentación*, cit.

<sup>71</sup> Cfr. R. Zimmerling, “Necesidades básicas y relativismo moral”, en *Doxa*, 7 (1990), pp. 35-55.

Esta distinción es obviamente importante en muchos contextos sociales: por ejemplo, podemos tratar de eliminar el hambre involuntaria, pero no desear prohibir el ayuno<sup>72</sup>.

Esto guarda relación con la importancia de la elección en nuestras vidas. Se trataría pues de

proporcionar a las personas los medios necesarios para elegir, actuar y tener una opción realista para poder elegir lo más valioso [...] en un contexto básico de igualdad de oportunidades – o capacidades –, y no de resultados – o funcionamientos –<sup>73</sup>.

Pues bien, Sen insiste mucho en las variaciones interpersonales en cuanto a la capacidad de transformar medios económicos (ingresos y bienes) en funcionamientos. Una persona con un problema de riñón que necesita una diálisis que le cuesta muchísimo, puede tener más ingresos que otra persona y sin embargo no ser suficientes para ella dada su situación particular. Una persona con un nivel metabólico alto, o un gran tamaño corporal o una enfermedad parasitaria que le roba nutrientes, con el mismo nivel de ingresos estaría menos capacitada que otras para satisfacer sus necesidades nutritivas mínimas. Por esa razón rechaza la interpretación de la pobreza exclusivamente en términos de bajos ingresos. Ciertamente, la pobreza consiste en la privación grave, seria, de una realización mínima de capacidades elementales, debida a la ausencia de medios económicos. Pero lo característico de la pobreza no sería tanto la escasez de ingresos, cuanto la insuficiencia de los mismos y dicha insuficiencia no puede juzgarse independientemente de las características y las circunstancias personales. En definitiva, la pobreza consistiría en tener que contentarse a la fuerza con unos ingresos insuficientes, esto es, inferiores a los que esa persona necesita. Por lo que respecta a las variaciones sociales, señala que las formas concretas en que se satisfacen las necesidades básicas, en que se realizan los funcionamientos básicos tienden a variar de una sociedad a otra. La necesidad de nutrición puede satisfacerse con unos u otros alimentos. También varían las formas que adoptan las diversiones o los modos en que se participa en la vida social. De ahí que el diagnóstico de la pobreza no pueda hacerse con independencia de la sociedad de que se trate. Una horrible privación en una sociedad puede no serlo tanto en otra. Por lo demás, esto no excluiría la objetividad, porque esas variaciones sociales son también materia de estudio objetivo en las ciencias sociales<sup>74</sup>.

Esto último plantea el problema de las necesidades socialmente condicionadas, que surgen a causa de las convenciones y estructuras sociales, las

<sup>72</sup> A. Sen, “Capacidad y bienestar”, en M.C. Nussbaum, A. Sen (a cura di), *La calidad de vida*, Fondo de Cultura Económica, México, 1996, p. 66.

<sup>73</sup> J.A. Seoane, “El derecho a una capacidad de salud segura”, *Ius et Scientia*, 2 (2016), n. 2, p. 46.

<sup>74</sup> A. Sen, *Nuevo examen de la desigualdad*, trad., Alianza Editorial, Madrid, 2003, pp. 119 y ss.

que Zimmerling denomina necesidades básicas “derivadas”. El ejemplo clásico es el de las famosas camisas que tanto Adam Smith como Karl Marx incluyeron en sus respectivas listas de necesidades básicas derivadas de las “costumbres del país”. Por su parte, Zimmerling pone el ejemplo de la necesidad básica de tener acceso a los medios de transporte en sociedades donde un alto grado de división del trabajo hace de la “movilidad” un factor necesario para que una persona pueda ganarse la vida<sup>75</sup>.

Ahora bien, el riesgo es el de que por esta vía de las necesidades básicas derivadas, amplíemos excesivamente el ámbito de lo que se consideran necesidades básicas en los países desarrollados, con la consiguiente falta de solidaridad respecto de los países no desarrollados que ello supone. Este es precisamente uno de los aspectos del déficit de igualdad y de solidaridad de que adolecen nuestros llamados “Estados del bienestar”. De ahí que, aun cuando se admita que las necesidades básicas pueden variar en relación con el contexto histórico y social, el problema reside en marcar los límites. Como señala Cortina “recordar que las necesidades son básicas y tienen límites, por muy moduladas que se encuentren socialmente” es fecundo desde el punto de vista ético, entre otras cosas, a la hora de determinar las exigencias sociales de justicia, los mínimos que toda sociedad, nacional o global, debe cubrir para no caer en flagrante injusticia<sup>76</sup>. En las sociedades democráticas esa delimitación de cuáles son las necesidades básicas cuya satisfacción debe garantizar la sociedad debe ser objeto de deliberación pública, pues sin duda forma parte del debate sobre la justicia que, no lo olvidemos, es el debate político por excelencia.

Por lo demás, no podemos olvidar el hecho de que hay Estados que no están en condiciones de satisfacer ni siquiera esos mínimos de justicia por su insuficiente desarrollo económico, o incluso por su carencia, lo cual suele ir unido a la existencia de graves desigualdades sociales y en ocasiones también a la presencia de regímenes autoritarios y/o de situaciones de fracaso del Estado. A menudo, además, se trata de países que están llevando a cabo trabajosamente procesos de reconstrucción política y económica después de un conflicto o incluso mientras el conflicto persiste. No obstante, no comparto la tendencia a “racionar” los derechos humanos, esto es la idea de que el nivel de exigencia en lo que respecta a los derechos humanos no es el mismo para los países desarrollados y para los restantes. Semejante pretensión ha sido criticada acertadamente por Meyer-Bisch en nombre de la indivisibilidad de los derechos humanos<sup>77</sup>, crítica que suscribo plenamente<sup>78</sup>. Lo que quiero decir es que los derechos sociales son igualmente exigibles (plano de

<sup>75</sup> R. Zimmerling, “Necesidades básicas y relativismo moral”, cit., pp. 50-51.

<sup>76</sup> A. Cortina, *Por una ética del consumo. La ciudadanía del consumidor en un mundo global*, Taurus, Madrid, 2002, pp.166-167.

<sup>77</sup> Cfr. P. Meyer-Bisch, *Le corps des droits de l’homme*, Editions Universitaires, Fribourg (Suisse), 1992, pp. 280-285.

<sup>78</sup> Cfr. E. Fernández, “Derechos humanos: ¿Yuxtaposición o integración?”, *Anuario de Filosofía del Derecho*, 1997, pp. 697-698.

la validez) en los Estados con capacidades económicas más reducidas, lo que nos obliga a abordar el plano de la eficacia, esto es a plantearnos qué tipo de acciones son precisas para que los derechos sociales sean viables en tales contextos. Esto depende de factores tanto internos como internacionales. Por lo que respecta a los primeros, la lucha contra las desigualdades sociales parece indispensable como motor para el desarrollo y como condición para posibilitar la satisfacción de las necesidades básicas de todos sus ciudadanos. Por su parte, desde el punto de vista internacional, no hay que olvidar la exigencia de la justicia distributiva global como un reto pendiente para que los Estados más frágiles puedan estar en condiciones de atender esos mínimos de justicia a los que vengo aludiendo. Asimismo, en las políticas de cooperación al desarrollo y en los procesos de paz internacionalmente dirigidos es conveniente (aunque rara vez se hace así) que los actores internacionales favorezcan un modelo de reconstrucción económica orientada no al mero crecimiento, sino al desarrollo humano sostenible, esto es a la satisfacción de las necesidades básicas y a la provisión de seguridad económica a las poblaciones de forma sostenible<sup>79</sup>. Solo así los habitantes de estos países podrán sentirse “incluidos” como auténticos ciudadanos de su propio país y del mundo.

## 9. Conclusiones

En contra de lo sostenido por Bobbio, la búsqueda acerca de la fundamentación de los derechos humanos sigue siendo necesaria. Y de hecho es una de las tareas centrales que debe abordar en nuestros días la racionalidad práctica.

En esa búsqueda reviste una particular importancia tener en cuenta que la vocación de universalidad es consustancial al concepto de derechos humanos y es la que les confiere su sentido y su significado propios: emancipador y protector. En consecuencia, las diversas propuestas de fundamentación de los derechos deben ser evaluadas en función de su capacidad para sustentar sobre bases sólidas la efectiva universalidad de tales derechos.

De acuerdo con ese criterio, se consideran insuficientes para fundamentar los derechos, no solo las teorías procedimentales, en las que en última instancia los derechos dependen del poder y/o del consenso mayoritario, sino también las denominadas doctrinas personistas (utilitaristas y/o liberal individualistas), las cuales vinculan la titularidad de los derechos a la posesión efectiva de determinadas cualidades o propiedades del ser humano (como el desarrollo del sistema nervioso central o la autonomía).

Las doctrinas universalistas, en cambio, son aquellas para las cuales todo ser humano es persona y, por tanto, titular de derechos. Y ello porque la dignidad humana, que es el fundamento de los derechos humanos, no reside en determinadas

<sup>79</sup> Sobre ello, E. Fernández, *¿Estados fallidos o Estados en crisis?*, Comares, Granada, 2009, pp.180-183.

características del ser humano aisladamente consideradas (racionalidad, libertad, capacidad moral, capacidad de experimentar dolor), sino en el ser humano como tal en su unidad indivisible. No habría por tanto seres humanos más dignos que otros, ni vidas más dignas que otras. Esa dignidad ontológica tiene consecuencias éticas, pues le confiere a cada ser humano un estatuto moral especial de inviolabilidad, cuya manifestación jurídica consiste en la titularidad de unos derechos. Por lo demás, esta fundamentación de los derechos en la dignidad humana, presente en todos y en cada ser humano concreto, se complementa con el enfoque de las capacidades y las teorías de las necesidades, ya que la dignidad humana exige que todas las personas tengan la capacidad real de ver satisfechas sus necesidades básicas, independientemente de cualquier circunstancia, incluido el país en el que vivan. De ahí que la coherencia con esta fundamentación imponga la exigencia de la justicia distributiva global.