



¿Qué significa fundamentar los derechos en valores?

MILAGROS OTERO PARGA*

FRANCISCO PUY MUÑOZ**

Sumario

I. ¿A qué derechos nos referimos?; II. ¿Qué significa fundamentar?;
III. Tipos de fundamentaciones y IV. La fundamentación axiológica.

Introducción

Mucho se ha discutido a lo largo del tiempo sobre el concepto y fundamento de los derechos humanos; asimismo, el camino del reconocimiento y pleno disfrute de los mismos ha sido tan largo que aún no termina. La constante preocupación, casi obsesión en algunos mo-

* Actual Valedora do Pobo de Galicia. Es doctora en derecho por la Universidad de Santiago de Compostela desde 1987. Profesora titular desde 1989 hasta 2011. Catedrática de Filosofía del Derecho en la Universidad de Santiago de Compostela. Es autora de 15 libros y 118 artículos publicados en revistas nacionales e internacionales, entre los que destacan estudios relacionados con derechos humanos.

** Docente en la Facultad de Derecho de Santiago de Compostela desde 1966. Doctor en derecho por la Universidad de Granada con premio extraordinario en 1961. Cuenta con alrededor de 53 libros de su autoría y 44 en coautoría, entre los que se encuentran algunos estudios de derechos humanos y filosofía del derecho.

mentos por el cambio y la rapidez con la que se deben producir los acontecimientos nuevos, ha llevado a una parte de la reciente doctrina a defender, pues no hay tiempo para detenerse en la reflexión sobre el origen de las cosas o su significado último; es decir, la sociedad del conocimiento del mundo globalizado exige respuestas rápidas y concisas a preguntas concretas e inmediatas, lo que obliga a dejar de lado las cuestiones que exigen una reflexión larga y para muchos tediosa.

Así, las preguntas por el concepto y el fundamento de los derechos humanos parecen haber pasado de moda. No obstante, lo urgente es “pasar a la acción”: no reflexionar, actuar; no dudar, decidir; no potenciar un conocimiento plural sino buscar la única respuesta correcta.

En esa vorágine se agitan hoy los derechos humanos, a pesar de que la doctrina que los impulsa todavía no ha sido capaz de ponerse de acuerdo sobre su fundamento, contenido, jerarquía ni acaso sobre la necesidad de su protección o su denominación, pues se mezclan las expresiones derechos humanos, derechos fundamentales, derechos naturales, libertades políticas, etcétera.

Nosotros entendemos, discrepando, que todos estos extremos son importantes. Asumimos que la labor del jurista es esencialmente práctica y por lo tanto conducente a la protección eficaz de los derechos. Pero advertimos que ésta no se podrá llevar a cabo de forma convincente y eficaz si obviamos los cuestionamientos teóricos, porque la teoría es el sostén de la práctica y la base recia y sólida sobre la que se asienta el edificio de la Jurisprudencia, entendida como la ciencia de lo justo y de lo injusto, extraída del conocimiento genérico de las cosas divinas y humanas (Ulpiano, 228: 1, 1, 1, 10).

Del mismo modo que un edificio construido sobre bases endebles no soporta el más leve envite de los elementos, un conocimiento jurídico —entendido como operación sobre lo inmediato y como ciencia infalible, plena y coherente, cuya única misión sea dar respuestas universales a preguntas cerradas— no estará preparada para el *hard case*, es decir, para el caso difícil o el conflicto que se aparta de los parámetros previstos o previsibles, pero que precisa igualmente de una respuesta justa.

Por lo tanto, los autores de este artículo entendemos que el jurista precisa la reflexión filosófico-jurídica, y que por eso es también preciso formar juristas humanistas, cultos, capaces de dedicar su acti-

vidad a pensar, imaginar, discurrir y localizar la mejor manera de dar lo suyo a cada uno que se encuentre envuelto en un conflicto de titularidad de un derecho, o bien, en un conflicto social de dominio en el que una persona reclama algo como suyo y otra se lo discute. Pues tal ocurrencia, su prevención o su sanación es el origen de todas las relaciones jurídicas.

En esta investigación nos preguntamos básicamente ¿Qué significa fundamentar los derechos en valores? Responderemos a esta cuestión, reflexionando brevemente sobre las cuatro interrogantes implícitas en la pregunta, a saber: ¿A qué derechos nos referimos? ¿Qué significa fundamentar? ¿Qué tipos de fundamentación hay? ¿Por qué la fundamentación en valores?

I. ¿A qué derechos nos referimos?

Nos referimos a los derechos humanos. A aquel conjunto de facultades que acompañan a cada ser humano por pertenecer a su propia naturaleza, y que deben ser respetados por los demás y protegidos por el Estado a fin de que su disfrute esté normalmente garantizado. Nos referimos, en suma, a las facultades de las que necesita disponer el ser humano para poder realizarse como persona. Y no cuestionamos su designación, sino las cosas designadas con la expresión derechos humanos o con otras análogas o equivalentes.

A veces se les llama *derechos naturales* para indicar que nos encontramos ante un conjunto de derechos que pertenecen al ser humano porque están en su propia naturaleza. Así también, se les denomina *derechos fundamentales* para llamar la atención sobre el hecho de que se suelen proteger con leyes fundamentales o constitucionales. Asimismo, se los designa *libertades públicas* para señalar especialmente los derechos que resultaron de uno u otro proceso de luchas sociales por la conquista de esta o aquella especie de libertad individual o de grupo.

Todas estas opciones y algunas más que existen se han manejado por la doctrina con mayor o menor éxito, según el momento histórico y social del que se hable. No es el momento para ocuparnos de esta cuestión; no obstante, la mencionamos únicamente para resaltar su importancia e introducir nuestra forma de pensamiento, pues

creemos que sólo así se puede entender en puridad el contenido que defenderemos en el artículo que ahora se inicia.

Los autores de este trabajo somos de adscripción iusnaturalista; entendemos, por tanto, que la justicia es el valor fundamental que debe perseguir el derecho en todas sus manifestaciones fenoménicas, incluida esta de los derechos humanos. Y, consecuentemente, inferimos por derechos humanos, los derechos fundamentales que un hombre posee por el hecho de ser hombre, por su propia naturaleza y dignidad, que le son inherentes, y que lejos de nacer de una convención de la sociedad política, han de ser por ésta consagrados y garantizados (Puy Muñoz, 1983).

Así entendidos, los derechos humanos son derechos naturales que los individuos deben respetar, y derechos fundamentales que el Estado puede y debe reconocer, pues de este modo será más fácil y más efectivo su ejercicio por todos los miembros del grupo. Pero pensamos que este *reconocimiento* no crea ningún derecho humano, sino que sólo lo declara y lo protege. El derecho humano, en sí mismo considerado, es tan anterior como el ser humano, pues es un dato de su propia existencia, un atributo de su propia naturaleza, un complemento necesario para la realización de su propia dignidad.

Creemos que no se contradice esta opinión si se sostiene, como hacen algunos jurisprudentes, que “los derechos humanos no se completan hasta su positivación”, y que “tienen que contar con esa dimensión de la realidad” (Peces Barba, 1989: 267); o bien, si se afirma que “la positivación de los derechos fundamentales que rigen para todos los poderes del Estado constituye una apertura del sistema jurídico frente al sistema de la moral, apertura que es razonable y que puede ser llevada a cabo con medios racionales” (Alexy, 2002: 25).

Mientras tanto, sí contradicen nuestra opinión, quienes afirman que los derechos humanos se convierten en realidades o que tienen su razón de ser en la existencia de unas previas leyes positivas estatales que los establezcan, de modo que en ausencia de éstas, aquéllos no existen ni aunque parezca que existen, porque en tal hipótesis son únicamente declaraciones de intenciones sin entidad jurídica alguna. “Sin vigencia social, se llega a decir, los llamados *derechos* no serían tales, sino simples valores, paradigmas, modelos inconcretos, demandas ines-

pecíficas, sin delimitación suficiente, en permanente debate e indefensión, en suma pretensiones débiles en su exigibilidad” (Ruiz, 1989: 326).

Es posible designar a estas prerrogativas como “derechos humanos” o incluso “derechos morales”; se ha dicho también en esta línea, pero “teniendo clara conciencia del abuso terminológico” en que se incurre entonces, “pues no se trata de auténticos *derechos* sino de criterios ético políticos”, que, “como tales, necesitan la especificación de su contenido y de su orden jerárquico” (Robles Morchón, 1989: 319). ¿Como si hubiera algún derecho concreto, existente o no, fundamental o no, legislado o no, sentenciado o no, doctrinalmente justificado o no, que no sufra de inconcreciones, inespecificidades, indefiniciones, indefensiones y demás formas de la debilidad!...

Una mirada inocente a la realidad dice que cada derecho es, a semejanza del ser humano que lo hace necesario, un ser vivo que tiene alma y cuerpo y que pasa por diversas etapas que van desde una notoria debilidad inicial a otra evidente debilitación y agotamiento final, pasando por una etapa intermedia poderosa y fuerte de duración más o menos corta. Así que un derecho humano es derecho cuando nace como exigencia moral de un individuo frente a otro, que sólo tiene esa arma; va creciendo con el apoyo de la costumbre, la contención, la sentencia, la legislación y el dictamen doctrinal y, por último, va quedando rezagado, desusado, olvidado por operadores, jueces, legisladores y profesores... ¿Cuándo es derecho? Siempre, aunque no siempre con el mismo vigor... Pero ¿acaso un hombre sólo se considera hombre cuando es joven, está sano y goza del máximo vigor corporal, moral y mental?

Aunque nuestra opinión puede expresarse de muchos modos, por ejemplo: “cuando hablamos de derechos humanos estamos refiriéndonos al mismo tiempo a una pretensión moral justificada sobre rasgos importantes derivados de la idea de dignidad humana, necesarios para el desarrollo integral del hombre, y a su recepción en el derecho positivo, para que pueda realizar eficazmente su finalidad” (Peces Barba, 1995: 102). Nos referimos en este trabajo a una realidad que hoy tiene valor en sí misma, al menos en el mundo jurídico y cultural del entorno occidental, entendida de distinto modo según los países y las realidades socioeconómicas y culturales en las que éstos se desarrollen. Realiz-

dad que patentiza el hecho de que: “nunca hasta ahora se había hablado tanto de los derechos humanos”, “nunca habían sido tan invocados”, y “nunca la violación de estos derechos había suscitado protestas tan amplias y tan extensas” (Castro Cid de, 1982: 30). Y nos ocupamos de tal realidad, porque todos los derechos, y éstos más que los otros, necesitan ser constantemente enseñados, defendidos, reconocidos y protegidos. Y lo hacemos, o eso deseamos, con ánimo y con precaución.

Con ánimo, teniendo en cuenta que la expresión “derechos humanos” funciona hoy como un tópico de extraordinario valor comunicativo, habiéndose convertido en una especie de parámetro que mide la temperatura política y la salud moral de las sociedades y sus estados. De hecho, es de común aceptación, o al menos es habitualmente defendido que “los derechos humanos tienen hoy una aceptación y disfrutan de un universal reconocimiento”, y que además se les otorga “una primacía respecto de cualesquiera otras facultades o derechos que pueda ostentar el sujeto” (Fernández Galiano y Castro Cid de, 1993: 443).

Y con precaución porque, como advierte Prieto Sanchís (1990: 12), “los derechos humanos y sus compañeros de viaje pueden haber iniciado un periodo de decadencia, cuando no de falsificación, y temo que algún día provoquen en nuestra retina esa impresión de antigüedad, o esa condescendencia hacia nuestros mayores que nos producen las indumentarias pasadas de moda”. Las razones de este deterioro son varias, pero pueden resumirse, quizá, en una: “La inflación y mal uso que se viene produciendo del tópico derechos humanos”.

Lo hemos explicado recientemente diciendo que la “consecuencia inmediata” del mal uso generalizado del tópico derechos humanos “es el divorcio entre la realidad social y la manifestación jurídica institucional”, a su vez “ha llevado a considerar a estos derechos meras declaraciones de buenas intenciones sin una real efectividad práctica... con lo cual el tópico se deteriora y se convierte en papel mojado” (Otero Parga, 2013: 125).

Se trata de un problema serio: el abuso provocado por el mal uso ha debilitado ya considerablemente el tópico, “de modo que éste ya no puede ser utilizado como antaño como un tópico que suscitaba amplio consenso” (Otero Parga, 2010: 47-55). Hoy ya no es suficiente por eso introducir el tópico derechos humanos en esta o aquella norma,

sino que es necesario probar su subsiguiente cumplimiento efectivo (Otero Parga, 2014: 95).

Estimamos preciso revertir esta situación, volviendo a situar los derechos humanos en el puesto que les corresponde como garantes de la dignidad de los seres humanos y de su respeto. Es necesario contextualizar de nuevo los derechos purificándoles de todas las adherencias que el tiempo inexorable les ha ido colgando, quizá por la relajación que se ha consentido en torno a su interpretación y aplicación en todos los campos: jurídicos, civiles, políticos, económicos, sociales y culturales.

Para cumplir esta función estimamos conveniente replantearse el tema de su fundamentación, manteniendo la esperanza de que analizándola y reflexionando sobre ella será posible entender la entidad profunda, y la razón de ser de estos derechos, así como el mejor modo de afianzar su protección.

II. ¿Qué significa fundamentar?

Fundamentar implica ofrecer razones que expliquen la existencia de algo. Esta actividad se puede producir de dos modos: 1. Cuando la existencia de algo es incuestionada, la fundamentación se pregunta el porqué de la misma. 2. Cuando la existencia de ese algo es cuestionada, la fundamentación indaga sobre la razón que induce a afirmarla. En el ámbito de los derechos humanos utilizamos el término fundamentación cuando buscamos la razón o razones que permiten postular no sólo el reconocimiento de los mismos sino también su necesario respeto.

Las razones que fundamentan son muchas, tanto en el ámbito teórico como práctico, pues son demasiadas las vías que permiten explicar la razón de ser de algo, dado que los objetos varían de caso a caso, y lo mismo ocurre con los sujetos concretos a los que se quiera convencer. Por eso entendemos que cualquier fundamentación de los *dikeos* es válida con tal de que encaje en un sistema teórico, o motive una actividad práctica de realización efectiva de los mismos (Puy Muñoz, 1989: 290).

Es que “para fundamentar no es imprescindible que la argumentación sea racional”; por el contrario, “basta con que el interlocutor la reconozca como tal”: por eso es “la fundamentación normalmente

relativa a los individuos” (Rodríguez-Toubes, 1995: 85). Lo que resulta fundamentado para uno, puede resultar oscuro para otro, sin que esto suponga necesariamente ningún tipo de contradicción interna. En realidad es más bien lo contrario, pues quizá esta posible pluralidad de perspectivas resulte al fin y a la postre parte de la riqueza y de la fuerza tópica de los derechos.

Eso sí, a través de una buena fundamentación se consigue motivar a las personas para que observen los derechos humanos, incluso y muy especialmente, cuando esto conlleva una carga de sacrificio propio. Por eso hay que intentar buscarla aun sabiendo que no será la única posible o aceptable.

La fundamentación de los derechos humanos se puede y debe establecer a cuatro niveles diferentes: 1. A nivel de la estructura misma del ser en general, 2. A nivel de la estructura del específico modo de ser humano, 3. A nivel de la estructura de la vida social humana y 4. A nivel de la historia de la sociedad política organizada (Puy Muñoz, 1989: 293). En cualquiera de estos cuatro niveles, o en los cuatro al mismo tiempo, se pueden encontrar razones, argumentos que expliquen los derechos humanos a fin de conseguir que su existencia sea válida y no sólo eficaz. Pues en realidad no es suficiente con que el interlocutor los acepte de forma emotiva, sino que conviene que además de eso pueda apoyar su defensa en una convicción racional.

La importancia de descubrir las posibles fundamentaciones de los derechos ha conducido a algunos estudiosos a tratar de localizar una fundamentación absoluta y, por lo tanto, válida ante cualquier derecho, circunstancia, momento de la historia, situación socioeconómica y para cualquier sujeto. Este intento, comprensible en cuanto pretende blindar los derechos humanos no sólo en su realidad existencial sino también en su necesario respeto, resulta imposible en su realización práctica.

Nos encontramos ante un caso análogo al de la supuesta universalidad de los derechos humanos, cuando se afirma que éstos sólo son universales, considerados desde el punto de vista metodológico. Los derechos, al igual que las justicias y las leyes [así en plural], son universales únicamente para universos pequeños o locales. Desde cualquier otra perspectiva, los derechos no pueden ser considerados

universales, pues no pueden ser reconocidos de igual modo por todos los individuos ni en todas las geografías ni en todos los tiempos y ni siquiera son aceptados por todas las culturas (Puy Muñoz, 2000). Esta falta de universalidad y de carácter de absolutos ha llevado a algunos teóricos de los derechos humanos a suponerles una debilidad intrínseca que está lejos de ser real o al menos no lo es por los motivos aducidos.

Como consecuencia de esta situación, en la actualidad se han levantado algunas voces en contra del intento fundamentador. Una de las que ha alcanzado mayor predicamento es la de Norberto Bobbio (1982: 7). Según el jurista italiano “el principal problema en nuestro tiempo en relación con los derechos humanos no es fundamentarlos sino protegerlos, es decir, un problema que ha dejado de ser filosófico para convertirse en jurídico, y en un sentido más amplio todavía en político”. Esta opinión se sostiene en seis tópicos que podríamos llamar de antifundamentación y que podemos resumir en seis proposiciones (Puy Muñoz, 1983: 276-278):

1. Postular un fundamento absoluto para los derechos humanos es convertirlos en entidades inmutables y ahistóricas, desconociendo lo que ha sido y es la realidad social de estos derechos.
2. La ilusión fundamentadora absoluta de algunos derechos establecidos ha sido un obstáculo para la introducción de nuevos derechos incompatibles con aquéllos.
3. Tras la publicación de la Declaración Universal de Derechos Humanos de la Organización de Naciones Unidas, el problema de la fundamentación de los derechos humanos ha perdido gran parte de su interés.
4. Cuando se habla de derechos fundamentales se adopta un esquema mental deductivista perverso; de los derechos fundamentales se derivarían todos los otros derechos, que resultarían así automáticamente justificados.
5. El problema de los derechos humanos estriba en que cada hombre y cada ideología los entienden a su modo.
6. Los derechos humanos sólo pueden arrancar de una base, que es considerar al hombre como valor supremo para el hombre, aceptada la cual no es precisa ulterior fundamentación.

Este conjunto puede resumirse un poco más distinguiendo entre contra-fundamentaciones teóricas y contra-fundamentaciones prácticas. Las primeras conducen hacia un escepticismo claro que puede ser especulativo (conceptual) o práctico (ético). Es conceptual cuando quien lo defiende sostiene que no existe ninguna fundamentación clara o única de los derechos y por eso no hay que buscarla. La contra-fundamentación es práctica cuando conduce a lo que se denomina pragmatismo político, de acuerdo con el cual, el problema no está en si es necesario o posible fundamentar los derechos, sino en afirmar, simplemente, que no es necesario hacerlo (Puy Muñoz, 2009).

Pese a estos inconvenientes que deben ser tenidos en cuenta sólo con intención de subsanarlos, creemos que hoy, como siempre, resulta no sólo importante sino necesaria la labor de intentar buscar un fundamento a los derechos humanos que, sin pretensión de ser absoluto, proporcione razones plausibles de carácter práctico (pues depende de si alguien está dispuesto o no a dejarse convencer) para que el mayor número posible de personas encuentren motivos que los induzcan a respetarlos.

Curiosamente y pese a su crítica inicial, el mismo Bobbio (1965: 301-309) acaba entendiendo que hay tres posibles caminos para fundamentar los derechos humanos: 1. Deducirlos de un dato objetivo constante, por ejemplo, la naturaleza humana. 2. Considerarlos verdades evidentes por sí mismas. 3. Descubrir que en un determinado periodo histórico son generalmente compartidos.

Los ejemplos mostrados parecen sustentar la realidad de que es preciso otorgar a la labor fundadora el papel que le corresponde y que a veces le ha sido negada so capa de una supuesta pérdida de tiempo que alentaba a la elucubración sobre complicadas formas teóricas de pensamiento, en vez de a la efectiva realización de los derechos. “En realidad, en posiciones extremas el desinterés por la fundamentación se puede convertir en confusión de la función con la fundamentación, cuando se vacía de contenido a los derechos y se les reduce a una simple técnica de control social” (Peces Barba, 1995: 103).

Sin embargo, creemos que la indagación sobre la razón de ser de algo nunca será una pérdida de tiempo, por el contrario, el jurista que plantea con cuidado los cimientos del edificio jurídico estará mu-

cho más preparado para protegerlo cuando lo vea tambalearse, porque sabrá encontrar antes el punto de fractura que hay que arreglar. La falta de cuidado sobre estos extremos puede resultar irrelevante mientras no surgen problemas extraordinarios, y el reconocimiento o ejercicio de los derechos camina por los cauces previstos. Pero en el momento en que esto no sea así, cuando surjan los casos difíciles, el jurista deberá ser algo más que simple aplicador del derecho de los derechos: tendrá que convertirse en un jurisprudente creador de la solución justa. Y será en ese momento cuando todos adviertan la especial importancia de la labor especulativa de fundamentación.

Todo intento de fundamentación, afirma con razón Rodríguez-Toubes (1995:100), es conducente al menos por estas cuatro razones: 1. Porque no puede descartarse la posibilidad de alcanzar finalmente una fundamentación moral convincente que concite acuerdo. 2. Porque las fundamentaciones existentes en la actualidad son suficientes para muchos y trabajar sobre ellas puede contribuir a mejorarlas. 3. Porque aunque no se puedan resolver, sólo plantear el problema de la fundamentación estimula la conciencia moral de la población. 4. Porque un acuerdo superficial sobre los derechos, por muy efectivo que sea, es frágil ya que puede ser denunciado o ignorado.

Castro Cid añade otro argumento más. El intento fundamentador, dice, saca a la palestra axiomas de obligada consideración, como los tres siguientes: 1. El hombre-persona es el valor límite de la organización social. 2. La racionalidad y la libertad son valores constitutivos y rasgos diferenciales del ser humano. 3. Todos los seres humanos son básica o esencialmente iguales en cuanto a la tenencia y disfrute de los valores dignidad, racionalidad y libertad (Castro Cid de, 1989: 122). Pensar sobre la razón de ser de los derechos humanos ayuda a que la sociedad no pierda el pulso a la necesidad de protegerlos, cada uno a su manera y por sus motivos, cada cual en su momento y con la intensidad que pueda, pero en todo caso motiva a protegerlos.

Asís Roig (1989: 79) argumenta, en la misma dirección, que reflexionar sobre estas sentencias y otras de parecida índole nunca puede resultar negativo, pues “la comunicación intersubjetiva centrada, principalmente en las necesidades de los hombres y en la plasmación de las mismas en el ordenamiento jurídico fruto del poder que ma-

yormente se asemeja al diálogo” es y será, una fuente fortalecedora de la democracia. De modo que, profundizando sobre el concepto y el fundamento de los derechos humanos se podrá repensar la relación de los individuos con el poder y los límites infranqueables de los derechos conjugados con la necesidad de respeto a la dignidad de la persona, y las complejas relaciones entre el ser y el deber ser, amalgamando así, diversas perspectivas que parecen necesarias (Asís Roig de, 1992).

La ocasional posición contraria a la fundamentación de los derechos humanos ha llegado a ser una especie de tópico al que todos sus admiradores solemos acudir, buscando un adversario autorizado e importante al que rebatir. Pero no con una enmienda a la totalidad, sino con una rectificación parcial que dice que hay que buscar fundamentaciones a los derechos, a sabiendas de que ninguna será universalmente aceptada. ¿Es esto razonable? Por un lado parece que no:

Esta actitud es en sí misma bastante extraña ya que en principio parece de todo punto inevitable que cualquier intento de fundamentación racional de los derechos humanos se desarrolle sobre la pretensión explícita o implícita de descubrir un fundamento definitivamente resolutorio, es decir un fundamento que tenga una total y definitiva capacidad de convicción (Castro Cid de, 1993: 118).

Pero, por otro lado, parece que sí, ya que la mayoría cualificada pensamos lo contrario; o sea, que los argumentos prácticos no tienen que persuadir a todos los humanos, sino sólo al individuo o grupo ínfimo al que van dirigidos. Lo que conlleva reconocer la importancia de una labor, la de fundamentación, que permite acumular razones y sumar adhesiones a la causa irrenunciable del respeto a los derechos humanos.

III. Tipos de fundamentaciones

Sentadas las bases de la razón de ser y de la conveniencia de la fundamentación de los derechos, así como de la pluralidad esencial de la misma nos preguntamos ahora: ¿Qué tipo de fundamentaciones de los derechos son las más habitualmente aceptadas por más individuos?

Ante esta pregunta surge si cabe con más fuerza todavía la visión pluralista ya comentada. Pues el número de fundamentaciones es tan amplio en principio como personas que quieran fundamentar. No olvidemos que esto implica hallar razones que justifiquen el reconocimiento y el respeto por los derechos humanos. Y lo cierto es que los motivos por los cuales se produce esta situación son muy variados, tantos en realidad como personas a las que se quiera convencer o que quieran convencerse a sí mismas.

No obstante, es posible localizar algunas fundamentaciones que se han convertido en las más habituales, sirviendo como guía al pensamiento de una parte importante de la doctrina. Al exponerlas de forma sucinta, no pretendemos hacer un elenco de todas y cada una de las posibilidades reales de fundamentación como queda dicho, sino únicamente mostrar el panorama de las más aceptadas a fin de sentar las bases que nos permitan defender la nuestra.

Antes de comenzar, advertimos una vez más que el trabajo fundamentador y la búsqueda de una fundamentación lo más compartida posible es muy útil para fomentar y fortalecer el respeto por los derechos humanos; sí, pero es inútil en la práctica para aquellas personas que se niegan a aceptar la posibilidad fundamentadora en general, o que rechazan una fundamentación concreta.

Nos parece que la clasificación general en dos grupos que sirve para conocer y analizar la experiencia jurídica en general, puede servir igualmente para iniciar el conocimiento de los posibles tipos de fundamentación de los derechos humanos. Nos referimos a la ya clásica distinción entre iusnaturalismos y iuspositivismos. Obsérvese que hemos utilizado el nombre en plural porque es preciso advertir desde el comienzo, que no existe una forma única o escuela iusnaturalista de estudio de la realidad jurídica de cualquier tipo, incluido el estudio de los derechos humanos; como tampoco la hay iuspositivista. Por eso es preciso consignar el calificativo en plural.

En términos generales, las escuelas iuspositivistas defienden que el fundamento de los derechos humanos está en la ley positiva. De modo que serán derechos humanos los que el poder legislativo de un Estado en un momento determinado decida que deben serlo. En este razonamiento no hay ninguna referencia, en realidad no queda espacio

alguno para ninguna conexión con valores, o principios morales. Son derechos humanos aquel conjunto de bienes o facultades establecidas como tales derechos por una norma positiva. Su validez depende del sistema que los establece y lo mismo sucede con su vigencia.

Desde este punto de vista los derechos humanos son extremadamente variables, aunque desde luego su localización y aplicación es sin duda cierta, pues depende únicamente de algo externo a sí mismos, como es su reconocimiento y plasmación dentro de un ordenamiento jurídico de referencia. Su validez es únicamente formal, lógica, sin que sea necesaria ningún tipo de vinculación real entre normas y valores. Pues con independencia del valor que defiendan o ignoren, toda norma integrada en un sistema normativo deviene jurídica sin atender a su contenido.

La falta de vinculación necesaria entre derechos y valores se produce porque:

el fundamento de los derechos entendidos éstos en su sentido jurídico propio, no puede ser moral. El positivista aclara que en tanto que el derecho realiza de hecho valores morales, por ejemplo al reconocer los derechos fundamentales, estos valores son la causa de la decisión de reconocimiento de los derechos. Pero esta explicación no indica el fundamento de los derechos, el cual se sitúa en el momento de la decisión en la voluntad (Rodríguez-Toubes, 1995: 120).

Y es que los valores, piensan los positivistas, son de alguna manera relativos a las personas, no tienen por tanto carácter absoluto o general; consecuentemente es ilusorio perseguir una base ética no convencional para los derechos.

Dentro de este grupo de pensamiento que busca una fundamentación no moral para los derechos humanos están sin duda las escuelas positivistas puras, pero también otras formas de entender los derechos como aquellas que defienden el relativismo empirista y el racionalismo instrumental, por ejemplo, de acuerdo con las positivistas, los derechos humanos deben enfocarse y entenderse únicamente como derechos válidos dentro de un sistema jurídico concreto; las segundas, pertenecen al realismo empirista, los derechos humanos se identifican

prácticamente con los derechos aceptados *de facto*. Y por último, en consonancia con las fundamentaciones del racionalismo instrumental, las normas de conducta se justifican en tanto en cuanto son adecuadas para los fines sociales o personales que persiguen la sociedad o los individuos (Rodríguez-Toubes, 1995).

Las escuelas y formas concretas de entender los derechos humanos que hemos mencionado introducen, desde luego, elementos diferenciadores que son los que permiten la configuración teórica de las distintas fundamentaciones, pero a la vez coinciden en el aspecto principal y general de supeditar el reconocimiento y defensa de los derechos humanos a su positivación. Es decir, al señalamiento coyuntural de los mismos como tales derechos, bien por el ordenamiento jurídico, por el peso irrefutable de los hechos o por los intereses que proporcionen a los individuos y a la sociedad.

Por el contrario, y también en términos generales, podemos afirmar que las escuelas iusnaturalistas entienden que el fundamento de los derechos humanos está en la naturaleza humana y en los valores que defiende y ampara el derecho. Esos valores están, en parte, en las cosas (ontología) y en las personas que los perciben o no. Pues éstas reconocen y aprecian cosas distintas que no son cuantificables.

Sea como fuere, ambos parámetros, esto es la naturaleza y los valores, son independientes en su formulación, en tanto en cuanto no dependen ni de la voluntad puntual del legislador ni de su vigencia geográfica o temporal, sino que son elementos que permanecen inalterables, con independencia del hecho de que en algunos casos estén reconocidos en los ordenamientos jurídicos y en otros no. Estamos ante un tipo de fundamento objetivo y sustantivo que va más allá de la estricta validez formal adentrándose en la material.

Los que defienden una fundamentación iusnaturalista para los derechos humanos opinan que el fundamento de los mismos es metapositivo, pues es independiente de su regulación legal en un ordenamiento jurídico. Las escuelas iusnaturalistas buscan en general una fundamentación moral para los derechos que supera la base legal sin contradecirla, situándose, creemos, por encima de ella; esto porque entendemos que conviene a los derechos humanos ser reconocidos como tales por los ordenamientos legales.

En efecto, el reconocimiento legal es de gran utilidad en cuanto dota a los derechos de un ámbito de protección, incluso con fuerza coactiva, que si no asegura la plena eficacia de los derechos fundamentales, al menos la facilita. Así que los iusnaturalistas no niegan la importancia de la inclusión de los derechos en los ordenamientos jurídicos estatales y supraestatales. Sólo advierten que dicha inclusión es un medio, nunca la razón de ser de los derechos; es decir, los derechos humanos existen porque están en la propia naturaleza del ser humano, pues pertenecen a su ámbito de dignidad. No obstante, es conveniente y desde luego útil que esos derechos preexistentes sean positivados para dotarlos de protección extra. La positivación no crea los derechos, pero sí los fortalece.

Las fundamentaciones morales de los derechos humanos se agrupan principalmente en dos bloques: las de carácter formal, que son las que se orientan hacia la búsqueda de un procedimiento de decisión moral para la fundamentación de los derechos. Y las de carácter sustantivo, que son las que se orientan hacia la postulación y defensa de unos valores morales básicos que servirían como fundamento de los derechos humanos (Rodríguez-Toubes, 1995). En resumen, la diferencia más importante que se aprecia en las fundamentaciones de los derechos humanos de corte más iusnaturalista y aquellas otras de inspiración más iuspositivista se sitúa, a nuestro juicio, en la consideración o no, de que la razón de los derechos está únicamente en la ley positiva o, por el contrario, en la defensa de la necesidad de buscarla más allá de esta realidad contingente.

Una vez establecidos estos dos grandes grupos que, conviene aclararlo una vez más, presentan a su vez distintas subdivisiones que garantizan enfoques diferentes, es preciso aclarar que existen posiciones sobre la fundamentación de los derechos humanos que buscan una posición integradora también llamada dual, que pretende conjugar las esencias de ambas posiciones, las iusnaturalistas y las iuspositivistas.

En esta situación se encuentra por ejemplo la posición de Peces-Barba (1995: 104) que sostiene que:

los derechos tienen una raíz moral que se indaga a través de la fundamentación, pero los derechos no son tales sin pertenecer al ordenamiento y poder así ser eficaces en la vida social, realizando la función

que los justifica. Moralidad y juridicidad, o moralidad legalizada, forman el ámbito de estudio necesario para la comprensión de los derechos fundamentales.

Así las cosas, podemos afirmar que, en el ámbito de los derechos fundamentales, el espíritu y la fuerza que de algún modo se hacen presentes en la moral y en el derecho están indisolublemente entrelazados, de modo que cada uno de estos ámbitos presta razón de ser al otro, no pudiendo entenderse de otra manera la realidad de los derechos humanos. Realidad que es histórica y no abstracta, particular y no universal, real y no ideal, en la cual se mezcla el ser y el deber ser, la justicia y la validez material, pero también la eficacia.

Aunque existan diversas concepciones de derechos humanos, lo cierto es que muchas de ellas tienden a buscar la relación entre la ética y la moral como exigencias intrínsecas del ser humano, conjugándolas con la necesidad de que éstas sean reconocidas por las leyes como derechos. Pues “si bien es cierto que la exigencia moral es distinta de un derecho jurídico eso no implica que los derechos jurídicos se desvinculen de su justificación y de su fundamentación ética” (Calsamiglia, 1989: 97). Pues un ordenamiento jurídico eficaz debe procurar satisfacer las necesidades de dignidad y justicia que el ser humano siente como propias, ya que de otro modo dificultaría mucho la realización de los mandatos coactivos que impone.

En realidad, si “todo el proceso hacia los derechos ha significado el esfuerzo por pasar de la heteronomía moral a la autonomía, así como al progreso con vistas a una mayor exigencia moral y a una mayor eficacia en el camino hacia la igualdad y la dignidad de todos los seres humanos” (Camps, 1989: 111); no es posible olvidar que parte de la gran aceptación y profundo valor tópico que la expresión derechos humanos tiene en la actualidad, radica en que su simple mención se considera como una manifestación de la justicia e incluso de otros valores como la igualdad y la libertad sustancialmente. Una gran parte de la doctrina así lo manifiesta:

esta caracterización abre una posible línea de acuerdo entre teorías iusnaturalistas y no iusnaturalistas a propósito de la fundamentación

de los derechos humanos. Sin duda, la especial fuerza que los respalda como exigencias cuya satisfacción no puede condicionarse a otros objetivos políticos, no proviene tan sólo de su positivación jurídica ni siquiera allí donde son reconocidos, sino más bien de que se les considere exigencias inexcusables de la dignidad que atribuimos o reconocemos a todos los seres humanos (Delgado Pinto, 1989: 144).

Por eso está cada vez más extendida la opinión de que “el derecho positivo no puede agotar la fundamentación de los derechos humanos, aunque sí su concepto”, ya que “los derechos humanos son exigencias éticas que se transforman en derecho positivo mediante su positivación e inclusión en un ordenamiento jurídico vigente” (Vidal Gil, 1992: 31). El contenido de estas “exigencias éticas” se repite, es más o menos variado y extenso según la opinión de los distintos autores. Para unos, esas exigencias derivan de las necesidades espirituales de los seres humanos, para otros, habría que incluir las exigencias mínimas puramente materiales, aquellas que se refieren a los bienes básicos y a las necesidades (Lucas Martín de, 1992). Y aunque son difíciles de identificar “una vez que es posible establecer la existencia de una necesidad básica, ésta puede constituir razones que ofrezcan criterios suficientemente objetivos para la toma de decisiones o para justificar el grado de “justicia” de una pretensión” (Añón Roig, 1992: 115). De modo que podrían servir como razones fundamentadoras de los derechos humanos.

Llegados a este punto, cabría preguntarse si los derechos humanos son exigencias éticas variables a través de los tiempos, que no tienen carácter universal, y que dependen de variadas circunstancias sociopolíticas económicas y culturales ¿cómo llegan a delimitarse? En respuesta a esta pregunta, es importante considerar la teoría del consenso y del disenso. ¿Nacen los derechos humanos del consenso o del disenso? En principio podría parecer que los derechos humanos nacen del consenso pues se trata de necesidades o valoraciones que tiene el ser humano por su condición humana, y que resultan tan evidentes ante la comunidad que nadie puede negarlos sin arriesgarse a ser tachado de insolidario y aun de insocial. De la coincidencia en esta opinión y por tanto del consenso, parece que en principio puede venir la fuerza persuasiva de los derechos humanos como tópicos de evidente consistencia.

Sin embargo, como todo buen tópico, los derechos humanos presentan igualmente una doble cara que recomienda la posibilidad de abordarlos de la mano del disenso. En realidad se trataría de preguntarnos si “tras tanta insistencia en el consenso, fáctico o contrafáctico, acerca de los derechos humanos, no extraeríamos más provecho de un intento de ‘fundamentación desde el disenso’, esto es, de un intento de fundamentación ‘negativa o disensual’ de los derechos humanos a la que podría denominarse la ‘alternativa del disenso’” (Muguerza, 1989: 43).

Esta posibilidad es desde luego una alternativa a considerar, aunque la desaconsejen claramente algunos estudiosos como Ballesteros y Lucas Martín de (1989), después de analizar atentamente los problemas que provoca la aplicación del principio de disidencia. Otros colegas, si bien no la desaconsejan frontalmente, sí la matizan afirmando que “quizá cupiera decir que los derechos humanos no han nacido del disenso sino con ocasión del disenso” (Fernández Galiano, 1989: 169).

Creemos que esta última opción es más acorde con la realidad, pues teniendo en cuenta el pluralismo cognoscitivo:

precisaríamos para abordar una fundamentación desde el disenso un fundamento tan sólido que casi llevaría a rechazar por errónea cualquier variante pluralista. Si no disponemos de él, sólo parece quedarnos un arriesgado recurso: asumir la convicción de que las instituciones éticas de cada cual producirán, sin necesidad de mecanismo consensual alguno, una fructífera con-vivencia. Lo cual parece difícil si no se parte de la fe ciega en una armonía pre-establecida que, paradójicamente, supondría la negación radical de todo disenso (Ollero Tassara, 1989: 249).

Llegados a este punto creemos que es innecesario seguir enumerando más propuestas de fundamentación. Hemos recordado algunas de las más habituales de los derechos humanos, agrupándolas de forma general en iusnaturalistas y iuspositivistas. Dentro de estos dos grandes grupos hemos introducido algunas variantes, e incluso, hemos reflexionado sobre una llamada fundamentación dual en la que se toman rasgos de los dos tipos fundamentales.

También hemos manifestado en repetidas ocasiones que entendemos que las fundamentaciones de los derechos humanos deben ser plurales, pues su razón de ser es proporcionar motivos que ayuden a los seres humanos, al mayor número posible de ellos, a encontrar razones que los conduzcan a reconocer y respetar los derechos humanos. Al ser el género humano inevitablemente variado y variable en sus descripciones, estimaciones y decisiones, resulta que entienden, aprecian y viven de forma diferente sus derechos, por lo que es lógico que necesiten distintas razones para prestar su asentimiento.

Todo esto, no elimina el deber que tiene el estudioso individual del problema de proponer una solución al mismo que lo sea al menos para él, por si otro u otros la hacen suya. Por tanto, entendemos que esta reflexión sobre la fundamentación de los derechos humanos quedaría muy incompleta si no manifestáramos la que los autores de este trabajo consideramos propia, la cual es de corte iusnaturalista y de carácter axiológico.

IV. La fundamentación axiológica

La fundamentación axiológica de los derechos humanos justifica la existencia y necesidad de respeto de los mismos en la realidad de unos valores que se dan en las personas, que se suponen de tanta trascendencia que trasfunden la existencia del ser humano, y que por lo mismo deben ser especialmente protegidos. El elenco de estos valores es variable, pero son en general, los mismos que justifican el derecho. La vida, la libertad, la igualdad y la dignidad ocupan desde luego un papel primordial en cualquier enumeración de ellos.

De acuerdo con la fundamentación axiológica, los derechos surgen de forma ineludible, pues “para la plena realización y protección (de estos valores) se estima necesaria la atribución al sujeto de unos derechos que están por encima de las mudanzas del ordenamiento jurídico” (Fernández Galiano y Castro Cid de, 1993: 445).

Desde esta perspectiva, los derechos humanos son antes exigencias de la propia naturaleza humana que derechos en sí mismos. Dicho de otro modo, los seres humanos precisan que todos sus consocios, y en especial los investidos de poderes del Estado, respeten una serie de facultades y bienes que les corresponden por su propia condición humana, y sin las cuales, no podrían desarrollar su vida con la dignidad

que ésta reclama. Para conseguir esta finalidad, anterior a cualquier ordenamiento jurídico, el Estado promulga una serie de derechos, pero no lo hace como concesión graciosa, sino como forma de organización social que protege con el manto de la eficacia una situación que le viene dada, por ser anterior al propio Estado, y que éste necesita mantener.

Desde este punto de vista, algunos autores como Eusebio Fernández (1989: 156) utilizan el término “derechos morales” para referirse a los derechos humanos, entendiendo que “el calificativo ‘morales’ va dirigido a su justificación o fundamentación ética, a las exigencias históricas derivadas de algo tan abstracto, tomado en general, pero a la vez tan objetivable, en cada caso concreto como la idea de dignidad humana”.

Con el término “derechos morales”, los autores que lo suscriben pretenden “describir la síntesis entre los derechos humanos entendidos como exigencias éticas o valores, y los derechos humanos entendidos paralelamente como derecho”. De modo que “el calificativo morales, aplicado a los derechos, representa tanto la idea de fundamentación ética como una limitación en el número y contenido de los derechos que podemos comprender dentro del concepto de derechos humanos” (Fernández, 1984: 108).

No obstante, hay que admitir que en la expresión derechos humanos o derechos morales aparece el término “derechos”, lo cual puede llevarnos a pensar que la condición jurídica es previa, y aunque no es así, sí es importante, pues sus contenidos reales “albergan la pretensión de verse incorporados al ordenamiento jurídico internacional y nacional, es decir, de aparecer paralelamente como derechos jurídicos”; pero, no lo olvidemos, la juridicidad es consecuencia de su naturaleza y no al revés. Es que el ordenamiento jurídico no crea los derechos. “Su notable labor, sin la cual el concepto de derechos humanos no tendrá plena efectividad, está en reconocerlos, convertirlos en normas jurídicas y garantizarlos también jurídicamente”, pero no en crearlos (Fernández, 1989: 159). Así pues:

el fundamento de los derechos humanos es previo a lo jurídico y debe ser buscado en los valores morales que los justifican y sirven para reivindicarlos, los cuales responden y son una ‘abstracción’ de una dimensión antropológica básica constituida por las necesidades humanas más fundamentales y radicales para la existencia digna (Fernández, 1989: 158).

Recapitulemos tratando de aclarar algunos de los últimos conceptos que estamos utilizando: a nuestro parecer, la fundamentación axiológica implica un argumento teórico de los derechos humanos que afirma que la razón más plausible, es decir, aquella que puede atraer a un mayor número de personas para que respeten los derechos humanos, no se basa en la realidad empírica de que existen una serie de derechos que el ordenamiento jurídico reconoce como tales y, por lo mismo, puede otro exigirle a uno su respeto ante un juez o tribunal. No, la razón más plausible para respetar los derechos humanos está en que éstos encarnan una serie de valores estimados por casi todos como imprescindibles para que el ser humano se realice como persona, o sea, como animal racional, libre y social.

Dos palabras más sobre nuestra percepción de valorar y de los valores. En términos generales, “valorar” o “estimar” es la operación espiritual, racional y emocional, a la vez, de descubrir los valores de las cosas o las conductas. Y los valores son cualidades que los individuos perciben en las cosas y que las hacen buenas y deseables o malas e indeseables, para su apropiación, disfrute, uso o consumo (Puy Muñoz, 2013: 146).

En nuestra opinión, el derecho posee un valor importante en sí mismo que se concreta en su adecuación a la búsqueda de la justicia a través del ordenamiento desde luego, pero no sólo a través de él. Pues el ordenamiento jurídico es únicamente una parte del derecho, una parte sin duda muy importante, pero sólo una parte. Por eso una cosa es el valor del derecho o incluso del ordenamiento jurídico en sí mismo, y otra, el valor de cada uno de los derechos concretos.

Mantenemos que el derecho, en general, es valioso porque realiza valores, o sea porque es el instrumento más efectivo de que disponemos los humanos para realizar valores, para llevar a cabo las cosas que queremos hacer con nuestra vida porque las estimamos valiosas, o sea, buenas para nosotros aquí y ahora (Puy Muñoz, 2013: 147).

Algunos colegas piensan que el cabal entendimiento de la función de los derechos como medios para la realización de los valores, constituye la única posible justificación o fundamentación de su existencia, pues como “esos valores son elegidos por seres humanos plenamente desarrollados intelectual y sentimentalmente, parece que no se precisa de ningún otro requisito para proceder a su vindica-

ción y defensa tanto a nivel prudencial como moral” (Guisán, 1989: 194). Creemos que sí se precisaría de algo más, de al menos la última referencia a la justicia, pues la visión utilitarista como única causa para la protección o realización de cualquier valor nos parece una justificación endeble, por incompleta al menos.

De todas formas, y sea cual fuere el papel que se quiera destinar al estudio de los valores jurídicos, lo cierto es que el estudio y conocimiento de los valores no es un aspecto baladí en el derecho. Por eso la jurisprudencia dispone de unos conocimientos auxiliares que resultan imprescindibles para el conocimiento de la realidad jurídica.

Nos referimos a la axiología y a la estimativa jurídicas, formas de conocimiento que no son idénticas pero sí análogas. Con frecuencia se identifican ambos términos como sinónimos, aunque en puridad no lo son. De acuerdo con el *Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española*, la *axiología* es la teoría de los valores, mientras que la *estimativa* es la facultad del alma racional para juzgar el aprecio que merecen las cosas. De modo que la estimativa es una facultad de la razón y la axiología es, en cambio, una teoría cuya función es analizar los resultados de la actividad antedicha. Pero advertido eso no hay inconveniente en tomar la estimativa como una teoría de las operaciones que realiza la facultad que le da nombre.

De tal modo que, definimos la estimativa jurídica o la axiología jurídica como la parte de la jurisprudencia especializada en resolver los problemas que plantea la valoración de las cosas y de los actos humanos constitutivos de experiencias jurídicas concretas (Otero Parga y Puy Muñoz, 2012).

El objeto de estudio central de la axiología jurídica son los valores jurídicos y sus clases, éstos son unas realidades espirituales que devienen accidentes materiales en las personas que intervienen en un acontecimiento de conflicto sobre bienes y actúan sin salirse de la trayectoria que conduce a la plenitud de sus existencias individuales (Otero Parga y Puy Muñoz, 2012).

Existen muchos tipos de valores, algunos son jurídicos, aunque en nuestra opinión cualquier valor pueden tornarse relevante desde el punto de vista jurídico cuando un individuo realiza, o intenta realizar, con aprobación u oposición de otro individuo la apropiación o disfrute, uso o consumo de un objeto o del comportamiento de

otro individuo, estimado valioso para aquéllos. Por lo tanto, entendemos que todos los valores tienen capacidad potencial para tornarse jurídicamente relevantes en fenómenos empíricos concretos. De modo que, aunque el término valor no es ni mucho menos exclusivo del derecho, lo cierto es que puede convertirse en jurídicamente relevante cuando la relación u objeto sobre el que se aplica tiene una trascendencia jurídica.

Aunque cualquier valor puede convertirse en jurídico si, como hemos visto, se dan las condiciones adecuadas para que suceda; existen valores especialmente relevantes para el derecho, éstos, que podemos llamar cardinales, sirven de goznes sobre los que gira la experiencia jurídica, son siete, a nuestro juicio (Puy Muñoz, 1967-1968).

El primero es la justicia, que entendemos como el valor jerárquicamente superior, razón de ser de todos los demás valores. A continuación, la libertad, la igualdad y el pluralismo, recogidos como valores superiores en el artículo 1.1 de la Constitución Española de 1978 (Otero Parga, 1999). Finalmente y para completar la serie de siete, reconocemos a la dignidad, la legalidad y la paz.

Entendemos que la justicia no es sólo un valor jurídico extraordinariamente importante por estar presente en toda experiencia jurídica bilateral o unilateral, sino que es además el valor jurídico más importante, tanto por su solidez y presencia en el mundo jurídico, como por su carácter de organizador de todos los demás valores jurídicos. Por eso, afirmamos que la “justicia valor” es el aglutinante de todos los demás valores jurídicos, por ser la razón estimativa última del derecho.

A continuación recogemos los valores de libertad, igualdad y pluralismo, por este orden, porque es el que ha querido otorgarles el constituyente español. Reconocemos desde luego la importancia de estos tres valores, aunque no consideramos que necesariamente tenga un carácter jerárquico pues preferimos la dignidad que, sin embargo, hemos dejado para más adelante en la exposición que realizamos.

Obviando en este momento el aspecto puramente jerárquico, recordemos que la libertad ha sido considerada desde siempre como uno de los valores fundamentales que debía proteger el derecho. Pues “la justificación ética del Derecho y del Estado radica en la defensa y

realización de una serie de derechos básicos considerados imprescindibles y que no debe sacrificarse a otras instancias diferentes”. ¿Qué otras instancias? Pues aquellas que se identifican con “derechos que se centran en la afirmación y potenciación del valor libertad, entendida ésta, ante todo y de manera fundamental, como libertad crítica, de conciencia y de expresión, por un lado, y de acción personal y participación social, por el otro” (Díaz, 1989: 147).

La libertad llegó a alcanzar tal predicamento en algunos momentos de la historia, sustancialmente en aquellos en los que fue valor más escaso, que se entendió como “el principio aglutinante de la lucha por los derechos humanos, hasta el punto de que durante mucho tiempo la idea de libertad, en sus distintas formas y manifestaciones se identificó con la idea de derechos humanos” (Pérez Luño, 1989: 282).

Nosotros entendemos que el valor libertad es uno de los valores más radiantes y permanentes en la experiencia jurídica, y lo identificamos con la capacidad de elegir siendo conscientes en cada caso de la responsabilidad que implica la elección realizada.

La igualdad es el otro valor jurídico que muchos jurisperitos, y nosotros también, consideramos cardinal (Segura Ortega, 1991). Se trata, en efecto, de un valor que se ha manifestado como una aspiración creciente que sirve de “acicate y conformación del sistema de los derechos económicos, sociales y culturales” (Pérez Luño, 1989: 287). Creemos que la igualdad como valor jurídico es buena, pero debe entenderse siempre en relación con la desigualdad. De manera que ese valor traducido en principio y de ahí derivado hacia la norma, debe contemplar la igualdad ante la ley como derecho, y al mismo tiempo debe respetar igualmente la necesidad de la sociedad actual de proteger la diferencia como valor identificativo de la personalidad de cada ser humano que por su propia esencia no puede ni debe ser homogénea. La igualdad bien entendida debe convivir con la diferencia y en todo caso debe situarse jerárquicamente por debajo de la justicia.

El pluralismo es otro valor jurídico fundamental en la sociedad actual, con especial incidencia a partir del siglo xx, que responde a la existencia de una sociedad que huye de la uniformidad. Una sociedad formada por personas que precisan poder crearse a sí mismas de manera propia e irrepetible. Para eso necesitan poder acceder a la formación

que elijan y precisen; tener capacidad de elegir aquello que quieren aprender o desechar. Necesitan disfrutar de la posibilidad de obtener una formación que les permita decidir quiénes quieren ser, para después poder comunicarlo a otros y obrar en consecuencia.

El pluralismo actual se traslada a todos los ámbitos de convivencia de modo que impregna como valor toda la experiencia jurídica a través de derechos, justicias, leyes y doctrinas que, lejos de ser universales y únicas, tienden a ser plurales y opinativas. El valor del pluralismo no suele presentarse sin embargo como uno de los típicos dentro de aquéllos que deben proteger los derechos humanos. Creemos que tal omisión no se debe a una opción real de prescindir del mismo, sino a una práctica habitual de integrarlo y subsumirlo dentro de otros valores como la libertad de conciencia, la libertad de educación, la libertad de elección de circulación, la libertad de formación de partidos políticos, la libertad de expresión, etc.

La legalidad es un valor muy apreciado por los positivistas; tanto, que lo consideran el valor más importante del derecho. Esa importancia la trasladan a los derechos humanos, de modo que acaban convirtiéndola en el único fundamento de los mismos. De acuerdo con su pensamiento, la legalidad sería la puerta de entrada que franquea el paso al edificio de “lo jurídico”. Todo aquello que entre a través de esa puerta será jurídico. Lo que no pueda pasar, por no estar directamente establecido en una ley positiva del Estado, simplemente no lo será.

Nosotros opinamos que el valor legalidad es muy importante dentro del derecho en general y de los derechos humanos, en particular, especialmente porque a través de su concurso se proporciona fuerza, certeza y seguridad a los derechos. No obstante, creemos que el valor legalidad está subordinado al valor justicia, pues de otro modo se podría estar legitimando cualquier mandato con validez formal con independencia del contenido material del mismo. Pero el valor legalidad es intangible en el ámbito de la legalidad sancionatoria, o sea, en el de la legalidad que recorta, expropia o anula derechos. Con esta afirmación no contradecemos nuestra opinión iusnaturalista repetidamente manifestada, pues “la razón de ello es que el principio procesal de legalidad penal es un principio de justicia natural” (Otero Parga y Puy Muñoz, 2012: 272).

La paz a la que nos referimos al defenderla como valor jurídico fundamentador de los derechos humanos es la que se identifica con la tranquilidad y el orden (Agustín de Hipona, 425: 19.13.1). Mirado este valor general desde el ámbito puramente jurídico, la paz consiste en el valor que acredita la persona que procede cuidando de que ningún acto propio altere gravemente la tranquilidad del orden jurídico (operativo, judicial, normativo o doctrinal), establecido previamente en el grupo de referencia. Algunos autores discuten si este valor de la paz es propiamente jurídico. Nosotros consideramos que sí, porque es el valor que sirve de base para la efectiva realización de todos los demás valores jurídicos.

Defendemos esta idea fundamentalmente por tres razones: 1. Porque la situación de paz es la más valiosa y la preferible para el disfrute de los derechos; 2. Porque la situación de conflicto particular es valiosa, aunque menos que la paz general, para el disfrute de los derechos; y 3. Porque la situación de conflicto general (guerra, guerrilla, desórdenes callejeros seguidos) es la menos valiosa de todas para el disfrute de los derechos. Ciertamente, entre el ruido de las armas no se pueden oír las palabras de las leyes, según enseñaron los antiguos. Y nosotros añadimos: ni las palabras de las leyes ni las de los jueces ni las de los jurisprudentes... Ni siquiera pueden oírse las palabras de los embajadores que buscan un armisticio hasta que no se aprovecha una tregua...

Hemos dejado el valor “dignidad” para el final porque lo consideramos extremadamente importante. El valor, que junto con la justicia, en realidad formando en cierto modo parte de ella, puede considerarse el valor fundamentador por excelencia, tanto del derecho como de los derechos humanos. Tan es así que resulta muy difícil encontrar una fundamentación ética de los derechos humanos en la que coincidan los distintos operadores jurídicos, si exceptuamos, quizá, el valor dignidad.

Por eso, coincidimos con Pérez Luño (1989: 280) cuando afirma que: “la dignidad humana supone el valor básico fundamentador de los derechos humanos que tiende a explicitar y satisfacer las necesidades de la persona en la esfera moral”. Y es que la dignidad humana representa el núcleo axiológico de los derechos de la personalidad, núcleo, que lejos de permanecer estático se muestra junto con la libertad y la igualdad en permanente movimiento según los avatares de la realidad histórica (Pérez Luño, 2007: 232).

De la dignidad humana se derivan otros valores fundamentales del derecho como la seguridad o la autonomía; y también, desde luego, la libertad y la igualdad; de los que a su vez derivan tanto valores civiles y políticos, en el caso de la libertad; y económicos, sociales y culturales, en el caso de la igualdad (Fernández, 1984: 120).

La “dignidad valor” es la realidad espiritual que se materializa en la actuación de una “persona actor” en un acontecimiento social de dominio, que por su propia iniciativa y sin que nadie se lo mande, reconoce y cede a los otros individuos que intervienen en el negocio todo lo que no se le puede negar a un ser humano cualquiera, sin degradarlo de su condición humana a la condición de cosa, o sin destituirlo del puesto que ocupa en la escala jerárquica social a otro inferior (Otero Parga y Puy Muñoz, 2012: 262).

La adecuada comprensión de la dignidad exige contemplarla desde una doble vertiente: como dignidad ética y como dignidad ontológica. La última es la que iguala a todos los seres humanos con independencia de su actuación, por el simple hecho de ser los sujetos superiores de la creación. Por su parte, la dignidad ética es la que distingue a cada ser humano en función de sus actitudes y del respeto que haya podido conseguir, o por el contrario, que le haya permitido despilfarrar. La dignidad ontológica, iguala; la ética, distingue. Ambas facetas son imprescindibles para una correcta comprensión plena, así de la igualdad como de la dignidad (Otero Parga, 2006: 32 ss.).

A pesar de que la dignidad parece ser hoy el valor fundamentador más usualmente aceptado por la doctrina, es necesario reconocer que ni siquiera tiene alcance universal. Pues “toda fundamentación tendrá inevitablemente carácter intra-sistemático y validez limitada o particular. No es posible pensar en la validez totalmente abierta y universal de una fundamentación” (Castro Cid de, 1993: 129). Por eso quizá, algunos autores aducen que “la pretensión de fundamentar los derechos humanos en el valor moral de la dignidad de la persona, significaría una petición de principio, puesto que ‘decir que un ser humano tiene derecho porque es persona es tanto como decir que tiene derechos porque tiene derechos’” (Vernengo, 1989: 343).

Sea como fuere, y admitiendo que ningún valor tiene carácter universal, parece un lugar común admitir que la dignidad se configura

hoy como uno de los ejes fundamentales y fundadores de los derechos humanos, porque, con independencia de la forma en que cada sociedad o cada autor entiendan dicho valor, lo cierto es que pertenece a la naturaleza humana y se enraíza fuertemente en su ser. De manera que aunque sea difícil de definir e igualar, aunque cambie con el tiempo, el ser humano sabe lo que es digno y lo que no lo es. Quizá no por el conocimiento estricto de lo que es la dignidad, pero sí por la certeza y el reconocimiento de su antónimo, la indignidad.

Conclusión

La fundamentación axiológica de los derechos humanos es de carácter moral. Es más, creemos que “el modo tradicional de justificar moralmente los derechos humanos, o más en general la idea de que todos los seres humanos merecen respeto en cuanto tales, ha sido afirmar que algunas de las propiedades que los caracterizan son suficiente fuente de valor como para producir ese resultado” (Rodríguez-Toubes, 1995: 242).

Esta fundamentación puede ser objeto de matizaciones como las demás. Una de ellas refiere que aunque la existencia de los valores es incuestionable, ya no parece tan claro que de los mismos puedan derivarse unos derechos. De modo que, aun admitiendo que todo derecho protege un valor, lo cierto es que “tales derechos se originan en las normas jurídicas que los confiere al sujeto, por lo que en realidad no nacen del valor sino con ocasión del valor”. Y “más bien podría afirmarse que la existencia de los valores lo que origina es el deber del legislador de dictar normas adecuadas para su protección, o dicho de modo más general, el deber de crear, a través del ordenamiento jurídico, las condiciones idóneas para una plena realización de los valores” (Fernández Galiano, 1993: 446).

Por tanto, fundamentar un derecho es decir que el contrato, la sentencia, la ley o la doctrina que lo declara y provee de acciones procesales hacen algo que los individuos del grupo estiman valioso, o que considerarían inválido, perjudicial o reprochable que no lo hicieran. Por tanto, no es verdad que los valores no sean derechos hasta que no se positivizan como tales por leyes estatales. Pero, aunque lo fuera, esa afirmación no lastimaría, a nuestro juicio, la fundamentación axiológica o iusnaturalista de los derechos humanos; es decir, la que enseña o propone que los derechos existen con independencia de las leyes que

los reconozcan. ¿Podría objetarse a esta afirmación que para entenderla o justificarla hay que hacer un ejercicio de fe, un acto de creer en lo que se ve?, es posible, quizá sea preciso creer en lo que no se ve pero sí se siente.

En relación con los derechos, la experiencia histórica ha demostrado en múltiples ocasiones que la razón del respeto por los derechos contenidos en las normas legales escritas no es única ni principalmente el miedo al castigo, sino la convicción de que su realización es de justicia. Es que la fuerza que tiene la convicción de lo que se siente, obrando en lo que se estima justo y bueno, es a veces mucho más fuerte que la convicción del temor que suscita el desacato a las leyes.

Fuentes consultadas

Bibliografía

- Alexy, R. (2002), *Teoría de los derechos fundamentales*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- Añón Roig, M. J. (1992), "Fundamentación de los derechos humanos y necesidades básicas", en Jesús Ballesteros (ed.), *Derechos humanos*, Madrid, Tecnos, pp. 100-115.
- Asís Roig, R. de (1992), *Las paradojas de los derechos fundamentales como límites al poder*, Madrid, Debate.
- _____ (1989), "Algunas notas para la fundamentación de los derechos humanos", en Javier Muguerza y Gregorio Peces-Barba (coords.), *El fundamento de los derechos humanos*, Madrid, Debate, pp. 67-80.
- Ballesteros, J. y Lucas Martín de F. J. (1989), "Sobre los límites del principio de disidencia", en Javier Muguerza y Gregorio Peces-Barba (coords.), *El fundamento de los derechos humanos*, Madrid, Debate, pp. 87-96.
- Bobbio, N. (1982), "Presente y porvenir de los derechos humanos", *Anuario de Derechos Humanos*, núm. 1, Madrid, Instituto de Derechos Humanos de la Universidad Complutense, pp. 354-371.
- _____ (1965), "Sul fondamento dei diritti dell'uomo", *Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto*, XLII (III), Milán, pp. 301-309.
- Calsamiglia, A. (1989), "Sobre el principio de igualdad", en Javier Muguerza y Gregorio Peces-Barba (coords.), *El fundamento de los derechos humanos*, Madrid, Debate, pp. 97-110.

- Camps, V. (1989), “El descubrimiento de los derechos humanos”, en Javier Muguerza y Gregorio Peces-Barba (coords.), *El fundamento de los derechos humanos*, Madrid, Debate, pp. 111-118.
- Castro Cid de, B. (1993), *Los derechos económicos, sociales y culturales*, León, Universidad de León.
- _____ (1989), “La fundamentación de los derechos humanos”, en Javier Muguerza y Gregorio Peces-Barba (coords.), *El fundamento de los derechos humanos*, Madrid, Debate, pp. 119-124.
- _____ (1982), *El reconocimiento de los derechos humanos*, Madrid, Tecnos.
- Delgado Pinto, J. (1989), “La función de los derechos humanos en un régimen democrático”, en Javier Muguerza y Gregorio Peces-Barba (coords.), *El fundamento de los derechos humanos*, Madrid, Debate, pp. 135-144.
- Díaz, E. (1989), “Notas (concretas) sobre legitimidad y justicia”, en Javier Muguerza y Gregorio Peces-Barba, *El fundamento de los derechos humanos*, Madrid, Debate, pp. 145-154.
- Fernández Galiano A. y Castro Cid de, B. (1993), *Lecciones de teoría del derecho y derecho natural*, Madrid, Universitas.
- _____ (1989), “Carta al profesor Javier Muguerza”, en Javier Muguerza y Gregorio Peces-Barba (coords.), *El fundamento de los derechos humanos*, Madrid, Debate, pp. 163-170.
- Fernández García, E. (1989), “Acotaciones de un supuesto iusnaturalista a las hipótesis de Javier Muguerza sobre la fundamentación ética de los derechos humanos”, en Javier Muguerza y Gregorio Peces-Barba (coords.), *El fundamento de los derechos humanos*, Madrid, Debate, pp. 155-162.
- _____ (1984), *Teoría de la justicia y derechos humanos*, Madrid, Debate.
- Guisán, E. (1989), “Una justificación utilitarista de los derechos humanos”, en Javier Muguerza y Gregorio Peces-Barba (coords.), *El fundamento de los derechos humanos*, Madrid, Debate, pp. 185-194.
- Hipona, Agustín de (1959), *Civitas Dei. La ciudad de Dios*, (425), ed. y trad. de J. Morán, Madrid, La Editorial Católica.
- Lucas Martín, de F. J. (1992), “Algunos equívocos sobre el concepto y fundamentación de los derechos humanos”, en Jesús Ballesteros (ed.), *Derechos humanos*, Madrid, Tecnos, pp. 13-21.
- Muguerza, J. (1989), “La alternativa del disenso”, en Javier Muguerza y Gregorio Peces-Barba (coords.), *El fundamento de los derechos humanos*, Madrid, Debate, pp. 19-56.

- Ollero Tassara, A. (1989), “El consenso y el disenso en la fundamentación de los derechos humanos”, en Javier Muguerza, y Gregorio Peces-Barba (coords.), *El fundamento de los derechos humanos*, Madrid, Debate, pp. 239-250.
- Otero Parga, M. (2014), “La Medicación ¿una posible solución a la falta de eficacia de los derechos humanos?”, en Milagros Otero y Leoba Castañeda (eds.), *Eficacia de los derechos humanos en el siglo XXI*, México, Porrúa.
- (2013), “La inflación de los derechos. Un problema de eficacia”, en Narciso Martínez Morán, Ana María Marcos del Cano y Rafael Junquera de Estéfani (coords.), *Derechos humanos. Problemas actuales*, vol. 1, Madrid, Universitas, pp. 123-140.
- Otero Parga, M. y Puy Muñoz, F. (2012), *Jurisprudencia dialéctica*, Madrid, Tecnos.
- (2010), “Requiem por los derechos humanos”, *Dignitas*, III (XI), Toluca, Comisión de Derechos Humanos del Estado de México, pp. 48-56.
- (2006), *Dignidad y solidaridad. Dos derechos fundamentales*, México, Porrúa.
- (1999), *Valores constitucionales*, Santiago de Compostela, Universidad de Santiago de Compostela.
- Peces Barba, G. (1995), *Curso de derechos fundamentales*, Madrid, Universidad Carlos III.
- (1989), “Sobre el fundamento de los derechos humanos”, en Javier Muguerza y Gregorio Peces-Barba (coords.), *El fundamento de los derechos humanos*, Madrid, Debate, pp. 265-278.
- Pérez Luño, A. E. (2007), *Teoría del derecho. Una concepción de la experiencia jurídica*, Madrid, Tecnos.
- (1989), “Sobre los valores fundadores de los derechos humanos”, en Javier Muguerza y Gregorio Peces-Barba (coords.), *El fundamento de los derechos humanos*, Madrid, Debate, pp. 279-288.
- Prieto Sanchís, L. (1990), *Estudios sobre derechos fundamentales*, Madrid, Debate.
- Puy Muñoz, F. (2013), “¿Qué tiene que fundamentar una fundamentación teórica de los derechos humanos?”, en Rafael Junquera de Estéfani, Ana María Marcos del Cano y Narciso Martínez Morán (coords.), *Derechos humanos: problemas actuales*, vol 1, Madrid, Universitas, pp. 141-156.

- _____ (2009), *Teoría tópica de los derechos humanos*, Madrid, Colex.
- _____ (2000), “¿Son universais os dereitos humanos?”, *Dereito*, 9 (1), Santiago de Compostela, *Universidade de Santiago de Compostela*, pp. 121-128.
- _____ (1989), “¿Qué significa fundamentar los derechos humanos?”, en Javier Muguerza y Gregorio Peces-Barba (coords.), *El fundamento de los derechos humanos*, Madrid, Debate, pp. 289-302.
- _____ (1983), “Algunos tópicos actuales sobre derechos humanos”, en *Estudios de Filosofía del Derecho y Ciencia Jurídica. (En memoria y homenaje al catedrático D. Luis Legaz y Lacambra. 1906-1980)* Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, pp. 275-289.
- _____ (1967-1968), “Meditación sobre el valor del derecho”, Santiago de Compostela, *Boletín de la Universidad Compostelana*, 75-76 (2), pp. 185-211.
- Robles Morchón, G. (1989), “Los derechos humanos ante la teoría del derecho”, en Javier Muguerza y Gregorio Peces-Barba (coords.), *El fundamento de los derechos humanos*, Madrid, Debate, pp. 311-320.
- Rodríguez-Toubes Muñíz, J. (1995), *La razón de los derechos*, Madrid, Tecnos.
- Ruiz Miguel, A. (1989), “Los derechos humanos como derechos morales ¿Entre el problema verbal y la denominación confusa” en Javier Muguerza y Gregorio Peces-Barba (coords.), *El fundamento de los derechos humanos*, Madrid, Debate, pp. 321-326.
- Segura Ortega, M. (1991), “La igualdad como fundamento de los derechos humanos”, en *El principio de igualdad en la Constitución Española*, vol. 1, Madrid, Ministerio de Justicia, pp. 573-580.
- Ulpiano, D., (228), *Digesto*.
- Vernengo, R. J. (1989), “Los derechos humanos y sus fundamentos éticos”, en Javier Muguerza y Gregorio Peces-Barba (coords.), *El fundamento de los derechos humanos*, Madrid, Debate, pp. 327-343.
- Vidal Gil, E. (1992), “Los derechos humanos como derechos subjetivos”, en Jesús Ballesteros (ed.), *Derechos Humanos*, Madrid, Tecnos, pp. 23-41.