

DERECHOS HUMANOS Y POSITIVISMO MODERADO

*José Antonio Ramos Pascua**

Departamento de Historia del Derecho
y Filosofía jurídica, moral y política
Facultad de Derecho
Universidad de Salamanca
España
ascua@usal.es

Resumen

El artículo versa sobre la actitud del positivismo jurídico, que todavía hoy puede considerarse la teoría del Derecho característica de nuestro tiempo, hacia los derechos humanos, cuya vitalidad e importancia como principales exigencias de justicia del Derecho contemporáneo no es necesario destacar. Ocurre que los derechos humanos, por sus raíces históricas iusnaturalistas o por su carácter de derechos que pretenden tener validez con independencia de lo que dispongan las leyes positivas de cada país, encajan mal en la concepción positivista del Derecho.

La primera parte del artículo repasa las principales críticas de que ha sido objeto la doctrina de los derechos humanos por parte de los autores positivistas más radicales. La segunda parte estudia la actitud más matizada de algunos positivistas moderados, como el italiano Norberto Bobbio o el español Gregorio Peces-Barba, y apunta las dificultades con las que tropiezan sus propuestas teóricas.

Palabras clave: positivismo, derechos humanos, crítica a los derechos, N. Bobbio, G. Peces-Barba.

HUMAN RIGHTS AND TEMPERATED POSITIVISM

Abstract

The paper is about the attitude of legal positivism, the characteristic legal theory in our time, towards human rights, whose vitality and significance as principal claims of justice in contemporary law is undeniable. Human rights, because of their origin in the natural law theory or because they seek for legal validity independently of what positive law states, are hardly consistent with the positivist conception of law.

The first part of the paper reviews the principal criticisms on human rights theory coming from radical positivism. The second part explores the more nuanced attitude of some tempered positivists, such as the italian philosopher Norberto Bobbio or the spanish Gregorio Peces-Barba, and points out some objections on their theories.

Key words: positivism, human rights, criticisms on rights, N. Bobbio, G. Peces-Barba.

***José Antonio Ramos Pascua** es Doctor en Derecho y Profesor Titular de Filosofía del Derecho en la Universidad de Salamanca. Autor de numerosos artículos publicados en revistas nacionales e internacionales.

1. El positivismo jurídico, una de las grandes corrientes iusfilosóficas, que además es la teoría característica del Derecho y del Estado modernos, ha tenido desde sus orígenes una relación difícil con la idea de los derechos humanos. No es esto sorprendente si se advierte que la doctrina de los derechos del hombre tiene su origen en el iusnaturalismo racionalista o moderno, y que el positivismo se caracteriza, entre otras cosas, por su radical rechazo a todo Derecho natural. Sorprende, sin embargo, que doctrinas tan difícilmente conciliables hayan podido coexistir gozando ambas de enorme vigor, pues no es necesario destacar, por obvia, la pujanza de los derechos humanos en el mundo actual. Tampoco es necesario destacar que el positivismo jurídico sigue siendo la filosofía del Derecho dominante en nuestros días, pese a los duros ataques de que viene siendo objeto últimamente y cuya consecuencia podría llegar a ser la aparición de una nueva teoría del Derecho situada más allá de la vieja y ya estéril polémica entre iuspositivistas y iusnaturalistas.

La difícil convivencia del positivismo jurídico con la doctrina de los derechos humanos se pone claramente de manifiesto en las reiteradas críticas del uno a la otra. Tales críticas son más directas y virulentas entre los pioneros del positivismo que entre sus más moderados defensores actuales, que parecen aspirar a una cierta conciliación, tratando de integrar la idea de los derechos humanos, aunque debidamente debilitada o matizada, en sus propios planteamientos.

Jeremy Bentham, el padre del positivismo jurídico en Inglaterra, o Augusto Comte, fundador del positivismo filosófico, que, aplicado al Derecho, abre una corriente específica de positivismo jurídico realista o sociológico, figuran entre los más encarnizados críticos de la idea de los derechos humanos. Para Bentham, los llamados derechos humanos no son verdaderos derechos. Es un abuso del lenguaje, afirma, llamar derechos a lo que sólo son buenos deseos o simples exigencias. El mero hecho de que esté justificada y sea deseable la existencia de un derecho no significa que sólo por eso exista ya como tal derecho. Como dice Bentham, no se debe confundir la necesidad con su satisfacción, no se debe confundir el hambre con el pan.¹

Verdaderos derechos sólo son aquellas exigencias que el ordenamiento jurídico positivo reconoce, satisface y protege. En otras palabras, los derechos en sentido subjetivo son hijos del Derecho en sentido objetivo (del Derecho positivo vigente en cada país). O dicho aún más claramente: los derechos deben su existencia al poder político que los concede. Hablar de derechos al margen del Derecho positivo dictado por el titular del poder político, hablar de los derechos naturales del hombre, por ejemplo, es tan descabellado para Bentham como hablar de hijos que nunca tuvieron padres.

El argumento que justifica lo anterior es que los derechos son simples reflejos de los deberes. Tener un derecho es tanto como ser el beneficiario de un deber de otro u otros. Nadie puede tener derechos si los otros no tienen la obligación de respetárselos. Ahora bien, las obligaciones jurídicas las imponen las leyes. Luego, no puede haber derechos previos o anteriores a las leyes. Lógicamente, Bentham, como buen positivista, descarta rotundamente la posibilidad de que exista algo así como una ley natural de la que emanen los correspondientes deberes y derechos naturales. Para él no hay más Derecho que el Derecho positivo, ni más ley que la ley positiva. La ley natural le parece una quimera metafísica. Consecuentemente, no hay ni puede haber más derechos subjetivos que los reconocidos como tales por el Derecho positivo². Esta sería la crítica positivista básica, pero Bentham añade otras objeciones que en el fondo también tienen alguna connotación positivista. Téngase en cuenta que esta corriente de pensamiento

valora por encima de todo el orden y la seguridad jurídica. Valores que se ven amenazados, en opinión de Bentham, por las declaraciones de los derechos humanos, que esparcen las semillas de la anarquía. En efecto, en cuanto que la Declaración de los derechos del hombre y del ciudadano exige el reconocimiento de todos y cada uno de esos imprescriptibles derechos bajo amenaza de insurrección frente al gobierno y las leyes positivas, está abriendo las puertas a la anarquía.

Augusto Comte, por su parte, concibe los derechos del hombre como dogmas metafísicos, y les imputa el vicio de la abstracción que, según su opinión, es común a todas las concepciones metafísicas³. Pero no tiene una visión tan absolutamente negativa de esos dogmas como otros positivistas posteriores, cuyo horror a la metafísica llega a extremos radicales. Comte reconoce a lo que llama metafísica revolucionaria, es decir, a lo que para él son dogmas, como el de la libertad, igualdad o soberanía popular, cierto valor relativo, en cuanto elementos que sirvieron para destruir el antiguo orden teológico medieval. Sin la previa demolición de ese viejo orden no sería posible llegar a construir el nuevo orden positivo o científico del futuro, en el que él soñaba. Así, por ejemplo, el derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia y de expresión le parece a Comte valioso como arma capaz de destruir el viejo sistema de dogmas teológicos sobre el que se asentaba el antiguo régimen. Pero, aun reconociendo lo anterior, advierte que no existe libertad de conciencia ni de pensamiento en astronomía, ni en física, ni en química. No existen tales libertades en el ámbito científico en general. Sería absurdo no creer en los principios establecidos en esos campos por los científicos competentes⁴. Si la política ha de ser también una ciencia, como pretendía Comte, los principios que propongan los especialistas en la ciencia política habrán de aceptarse igualmente, sin que tenga sentido someterlos al escrutinio permanente y a la conciencia de cualquier persona incompetente. Esto último sólo conduce a la demagogia y a la anarquía.

En resumen, para Comte los derechos humanos, contemplados desde el punto de vista teórico, son pura metafísica, postulados científicos. Y contemplados desde el punto de vista práctico son instrumentos que conducen inevitablemente a la anarquía; lo cual no es siempre malo. No es malo cuando se trata de destruir un orden social injusto, pero es nocivo si de lo que se trata es de construir un nuevo orden social racional y estable fundado en los avances de la ciencia.

En ese nuevo orden social positivo los ciudadanos no tendrían derechos sino sólo deberes, en correspondencia con las funciones sociales que desempeñara cada uno. Quiere ello decir que, en opinión de Comte, la noción de derecho subjetivo debe desaparecer del ámbito jurídico-político. El positivismo comtiano sólo admite deberes de todos y hacia todos, pues su punto de vista, que es siempre social, excluye la noción de derecho subjetivo, apoyada en la individualidad.

En contraste con el abierto rechazo manifestado por los autores antes citados, los más destacados positivistas del siglo XX, aun sin apartarse de los planteamientos apuntados por sus predecesores, parecen eludir el choque directo con la doctrina de los derechos humanos. Pensemos, por ejemplo, en Hans Kelsen y Alf Ross, que pueden considerarse figuras paradigmáticas en las dos ramas del positivismo jurídico iniciadas por Bentham y por Comte, y que podríamos denominar normativista y realista, respectivamente.

Kelsen no critica expresamente la idea de los derechos del hombre, pero es obvio que tal idea no tiene cabida en su teoría de la justicia, entendida como algo subjetivo y, por tanto, relativo. Todas las exigencias de justicia, y obviamente los derechos humanos son exigencias de justicia, expresan meros intereses subjetivos. Extiende la misma conclusión a los juicios morales y políticos en

general. Todos ellos están determinados por el deseo subjetivo de quien formula el juicio. Se basan en ideologías, en emociones, en creencias religiosas, pero no en realidades. No son, pues, juicios universalizables, que puedan valer para todos. Son ideales irracionales, producto de la decisión individual⁵.

En un texto muy citado, Kelsen dice lo siguiente: «Sólo puedo afirmar qué es la justicia para mí. Dado que la ciencia es mi profesión y, por tanto, lo más importante de mi vida, la justicia, para mí, se da en aquel orden social bajo cuya protección pueda progresar la búsqueda de la verdad. Mi justicia, en definitiva, es la de la libertad, la de la paz; la justicia de la democracia, la de la tolerancia»⁶. Grandes valores, sin duda, que además son en parte los que se intentan realizar mediante la doctrina de los derechos humanos, pero que así formulados carecen de todo fundamento, puesto que se presentan como los intereses y emociones personales de Kelsen, unas emociones que en principio no tendrían más valor que las emociones opuestas de cualquier otra persona. Como ha dicho G. Lumia, con el planteamiento de Kelsen todas las ideologías terminan por ser equivalentes: el cristianismo valdría lo mismo que el nazismo, el capitalismo lo mismo que el comunismo, la democracia lo mismo que la dictadura... Dado que la elección de una u otra de estas ideologías no se apoya en la razón sino en reacciones emotivas, tampoco se puede condenar ninguna elección.

Una actitud similar a la de Kelsen es la de Ross, que comparte con su antiguo maestro el agnosticismo ético más fervoroso, negando la viabilidad de la razón práctica, es decir, negando toda posibilidad de alcanzar algún conocimiento objetivo sobre el bien y el mal, lo justo y lo injusto, y en consecuencia rechazando todo Derecho natural como pura especulación metafísica, no verificable y por tanto acientífica.

En opinión de Ross, el Derecho natural parte de unos postulados sobre la naturaleza humana que son arbitrarios, y esa misma arbitrariedad se extiende a todas las ideas jurídico-morales desarrolladas sobre ese fundamento, como la idea de los derechos naturales del hombre.

Esta concepción arbitraria tiene además el inconveniente de duplicar innecesariamente el sistema jurídico, porque los supuestos derechos naturales se superponen a los verdaderos derechos subjetivos jurídico-positivos y los deforman, dado que éstos se apoyan en las normas que imponen sanciones a ciertas conductas, mientras que aquéllos se presentan como exigencias directas de cierto misticismo espiritual. Todo esto genera una gran confusión de conceptos y un grave deterioro del análisis jurídico y del tratamiento de los problemas políticos⁷.

Como cualquier otra exigencia de justicia, los derechos humanos serían para Ross expresiones emocionales.

«Invocar la justicia es como dar un puñetazo sobre la mesa, una expresión emocional que hace de la propia exigencia un postulado absoluto»⁸.

La crítica a la idea de los derechos humanos, que en la obra de Kelsen, e incluso en la de Ross, aun sin dejar de ser evidente, queda más bien implícita, se explicita claramente en la obra de algunos autores que se apoyan en el pensamiento de los primeros.

Gregorio Robles, por ejemplo, afirma que «para quien piensa dentro de los esquemas generados por el positivismo, la teoría de los derechos humanos no es sino una de tantas expresiones

ideológicas y, como tal, está al servicio de la lucha política»⁹. Para el conocimiento científico, afirma en otro lugar, la categoría de los derechos humanos se ha convertido en un *flatus vocis*. No es sino un mito, un tópico intocable y sagrado, una bandera política¹⁰. El problema de fondo radica, para Robles, en que la doctrina de los derechos humanos es insosteniblemente acientífica.

Lo cierto es que actualmente se encuentra considerablemente desprestigiada esa visión positivista de la ciencia como saber perfectamente verificable, definitivo e infalible, fuera del cual no hay salvación para la vida racional. Hoy tienden a prevalecer modelos menos reduccionistas y menos pretenciosos de la racionalidad científica, que llegan incluso a reconocer su carácter en gran medida convencional. El mismo Gregorio Robles, en trabajos posteriores sobre los derechos humanos, parece haber abandonado las impetuosas conclusiones antes apuntadas¹¹.

Dejando a un lado la acusación anterior, que reduce la doctrina de los derechos humanos a pura metafísica, ideología o política, excluyéndola del mundo del conocimiento científico, podemos sintetizar la crítica central del positivismo jurídico en los siguientes términos: sólo son auténticos derechos los concedidos por las normas jurídicas positivas, las normas procedentes de las fuentes sociales en las que tiene su origen todo el Derecho, y que vienen a coincidir con los diversos órganos u organizaciones del Estado. Toda ley, norma o pretendido derecho que no proceda de la legislación del Estado, bien sea la llamada ley natural, o la moral, o sus derivados, los derechos naturales o morales, carece de validez jurídica. No existe para el mundo del Derecho.

2. Hay otros autores positivistas que adoptan posturas más flexibles, aunque en el fondo no dejan de suscribir el punto de vista apuntado en el párrafo anterior, que en realidad condensa el núcleo doctrinal del positivismo jurídico. Podemos comenzar aludiendo a H. L. A. Hart, iusfilósofo inglés y positivista moderado que ya en uno de sus primeros artículos sostenía la tesis de que, si existen derechos en el campo moral, de allí se sigue que hay al menos un derecho natural, el derecho igual de todos los hombres a ser libres. Efectivamente, tener un derecho moral es tanto como tener una justificación para limitar la libertad de los otros, luego aquí se está presuponiendo la libertad de los otros.

Con esto quiere decir Hart que todo ser humano capaz de elección tiene derecho a que todos se abstengan de realizar actos coercitivos en su perjuicio y tiene también derecho a realizar cualquier acción que no dañe a los demás ni coarte su libertad. Se trata de un derecho, según explica Hart, que todos los hombres tienen en tanto que hombres y no únicamente si son miembros de cierta sociedad. No es un derecho atribuido por la acción voluntaria de alguien, como el legislador. A continuación matiza, sin embargo, que su tesis «no es tan ambiciosa como las teorías clásicas de los derechos naturales; porque si bien, conforme a mi modo de ver, a todos los hombres les corresponde en igualdad el derecho a ser libres en el sentido expuesto, ninguno tiene un derecho absoluto o incondicional a hacer o no hacer alguna cosa en particular, o a ser tratado de algún modo particular»¹².

Hay que tener en cuenta que el pensamiento de Hart se inscribe en una tradición o corriente positivista peculiar: la corriente anglosajona, más conocida como Jurisprudencia analítica, que tiene su más ilustre precursor en Thomas Hobbes, su fundador en Jeremy Bentham, y su más conocido expositor en J. Austin, discípulo del anterior. Se diferencia de otras corrientes positivistas, entre otras cosas, por no compartir el agnosticismo ético. Los iuspositivistas ingleses, en efecto, no niegan que sea posible determinar racionalmente lo bueno y lo malo.

Pese a ello, también esta corriente es poco favorable a la doctrina de los derechos naturales del hombre, en parte por la escasa afición de los pensadores ingleses hacia las abstracciones del iusnaturalismo y, sobre todo, porque desde sus comienzos la Jurisprudencia analítica se entremezcla con el utilitarismo como filosofía moral o teoría de la justicia. Y el utilitarismo es una teoría de la justicia incompatible con la doctrina de los derechos humanos, porque su objetivo es el aumento de la suma total de bienestar social (la mayor felicidad del mayor número), y esa mayor felicidad global podría requerir en ciertos casos el sacrificio de los derechos individuales de algunos.

El utilitarismo es una moral colectivista y orientada por la búsqueda de unos resultados, mientras que la doctrina de los derechos humanos es individualista y se basa en principios. De ahí que el positivismo jurídico anglosajón, aunque éticamente cognoscitivista, tampoco haya sido especialmente favorable a la doctrina de los derechos humanos.

Hay, sin embargo, diversos autores positivistas, entre los que destaca Norberto Bobbio, o en España G. Peces-Barba, que se declaran defensores de los derechos humanos, aunque, como veremos, la adhesión les plantea serios problemas a la hora de justificar su posición tratando de fundamentar teóricamente esos derechos sin abandonar sus presupuestos positivistas. Podemos destacar, siguiendo a Bobbio, dos razones que explican esta actitud más abierta de algunos positivistas respecto a la doctrina de los derechos humanos.

La primera radica en la evidencia, difícilmente soslayable, de que pese al descrédito en que han caído las doctrinas iusnaturalistas, de cuya matriz proceden los derechos naturales, «las proclamaciones de los derechos del hombre y del ciudadano no sólo no han disminuido en la era del positivismo jurídico, sino que se han enriquecido cada vez más con nuevas exigencias»¹³. A los iniciales derechos o exigencias de libertad y de participación política les han seguido los derechos sociales, económicos y culturales, y a éstos, los llamados derechos de tercera generación, que normalmente son derechos colectivos, como el derecho al medio ambiente, a la paz, al patrimonio común de la humanidad, al desarrollo de los pueblos, o derechos de grupos específicos, como los derechos de la mujer, del niño o de los consumidores. La vitalidad y popularidad de los derechos humanos es tan grande que en la actualidad probablemente constituyan el referente valorativo social más importante después del religioso. Conforman, según reconoce Bobbio, el más vivo y eficaz patrimonio ideológico del mundo occidental. Su fuerza es tan arrolladora que ni siquiera el positivismo jurídico, la teoría del Derecho dominante desde hace siglo y medio, podría rechazarlos frontalmente sin exponerse a sufrir una especie de autorrefutación.

La segunda razón explicativa de la actitud relativamente abierta de ciertos autores positivistas hacia los derechos humanos estriba precisamente en su fuerte connotación ideológica progresista. Los autores que al positivismo en su concepción del Derecho, unen una actitud política progresista tienden a considerar los derechos humanos como valores clave de las democracias modernas, sin los cuales no podría avanzar el proceso de democratización del mundo, condición necesaria para el logro de la paz y del progreso de la humanidad.

La adhesión valorativa a la doctrina de los derechos humanos plantea, sin embargo, serios problemas a los autores positivistas, que no pueden aceptar el trasfondo iusnaturalista o antipositivista implícito en la idea de que algunos supuestos derechos pretendan gozar de cierta validez jurídica por sí mismos, al margen de la legislación positiva del Estado. ¿Cómo resuelven el dilema? Mediante una pirueta teórica o «astucia práctica», como dice Bobbio¹⁴, que les lleva a sostener

que los llamados derechos humanos, mientras no hayan sido reconocidos por la legislación positiva del Estado, no son en realidad verdaderos derechos en sentido estricto o técnico-jurídico, sino simples exigencias más o menos justificadas que reciben el nombre de derechos para subrayar su importancia y fortalecer su respeto.

El inconveniente que presenta esta solución es que cuando se revela la astucia, cuando se descubre que los pretendidos derechos naturales del hombre no son más que aspiraciones bienintencionadas, la doctrina de los derechos humanos pierde casi todo su vigor. No es el mejor servicio que se puede hacer a dicha doctrina insinuar que tiene un fondo fraudulento.

Una clara muestra de la actitud ambigua y problemática del positivismo progresista hacia los derechos humanos nos lo ofrece la respuesta de Bobbio al problema de su fundamento. El filósofo italiano reconoce el extraordinario valor de los derechos humanos, pero no es un valor absoluto sino relativo, porque esos derechos, según sostiene apoyándose en los estudios al respecto de G. Peces-Barba, son derechos históricos. Son derechos que surgen en un momento histórico determinado, la Edad Moderna, coincidiendo con el desarrollo de la concepción individualista de la sociedad. El derecho de libertad, por ejemplo, surge como efecto de la lucha frente al absolutismo; los derechos sociales son resultado de las reivindicaciones del movimiento obrero, y así sucesivamente.

Siendo los derechos humanos conquistas históricas relativas a una época y a una civilización determinada, sería erróneo buscarles un fundamento absoluto, puramente objetivo o racional. Existen además otras razones que dificultan el hallazgo de ese fundamento absoluto que algunos persiguen. ¿Cómo va a tener un fundamento absoluto algo de lo que no se tiene un concepto preciso, o algo que se halla en constante mutación, pues los derechos evolucionan, se modifican y se amplían? Más aún, si los derechos humanos no son todos de la misma naturaleza sino muy distintos unos de otros ¿cómo van a tener un mismo fundamento? Finalmente, Bobbio alega que la búsqueda de un fundamento absoluto para los derechos del hombre puede llegar a ser un pretexto para defender posiciones políticas conservadoras. Si se afirmara, por ejemplo, el fundamento absoluto y el carácter sagrado, imprescriptible e inalienable del derecho de propiedad o de libertad, se dificultaría cualquier recorte de las mismas con fines sociales.

Por todo lo anterior, Bobbio desprecia el problema de la fundamentación de los derechos humanos. Llega a decir que lo importante en relación con los derechos humanos no es tanto fundamentarlos cuanto protegerlos, garantizar su realización efectiva¹⁵.

Después, en parte acuciado por los críticos, que se preguntan cómo es posible exigir la protección de algo y no saber explicar por qué, Bobbio se ve obligado a justificar y matizar esa solución suya tan expeditiva que prácticamente niega el valor de toda la filosofía, pues la principal tarea filosófica es precisamente la de explicar los fundamentos de las cosas, o en terminología tradicional, «sus últimas causas». Algún fundamento o justificación habrán de tener esos derechos que tan valiosos y dignos de estima le parecen. En efecto, Bobbio llega a reconocer que «el problema del fundamento es ineludible», puesto que el necesario respeto a los derechos humanos sólo puede nacer de la convicción de que están fundados, de que existen razones que los justifican, razones que demuestran la necesidad de respetarlos¹⁶.

Pese a ello, el problema de la fundamentación le sigue pareciendo carente de interés por cuanto lo considera ya resuelto tras la Declaración Universal de los Derechos del Hombre, aprobada por la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas el 10 de diciembre de 1948.

En un primer momento sólo explica que si se ha logrado esa Declaración Universal es señal de que se habrán encontrado buenas razones para adoptarla¹⁷. Aquí sigue eludiendo el fondo del asunto, puesto que no cree necesario especificar cuáles son esas buenas razones que llevan al convencimiento de que el respeto de los derechos humanos es un fin valioso. En un trabajo posterior precisa algo más. Explica que la Declaración Universal de los Derechos del Hombre prueba la existencia de un consenso muy general sobre la validez de esos derechos, una especie de *consensus humani generis*. Y ésta es, en su opinión, la única forma aceptable de fundamentar o justificar valores: demostrar que se apoyan en el común acuerdo. Un valor estará tanto más fundado, afirma, cuanto más compartido sea¹⁸. Y la Declaración Universal representa la certidumbre histórica de que la humanidad comparte ciertos valores comunes, que adquieren así la categoría de universales, no en el sentido de objetivamente válidos, sino en el de «subjétivamente acogidos por el universo de los hombres»¹⁹.

Tendríamos aquí, por tanto, una fundamentación que no es absoluta, no es objetiva, sino intersubjetiva; una fundamentación que es relativa históricamente, lo cual concuerda perfectamente con el origen histórico y relativo de los derechos humanos, y que además tiene la ventaja de su carácter fáctico que permite la verificación empírica.

La concepción antes expuesta presenta, en mi opinión, dos flancos especialmente débiles para la crítica. El primero tiene que ver con la insistencia en el origen histórico y relativo de los derechos humanos. Se extraen de este hecho, tan incuestionable como trivial, consecuencias excesivas, confundiendo la génesis con el sentido. Una cosa puede tener orígenes muy concretos y sin embargo vocación de validez universal. Casi todas las ideas tienen su origen en la mente de algún pensador concreto que las concibe en una época y al calor de unas circunstancias muy determinadas, pero eso no limita necesariamente su alcance y valor, pues muy bien pueden trascender la relatividad de su origen y cobrar una dimensión universal o intemporal al reconocerse su intrínseca racionalidad. Incluso los conocimientos matemáticos o las leyes físicas han sido descubiertos por individuos concretos en circunstancias y épocas históricas muy determinadas, pero eso no les resta ni un ápice de validez objetiva.

En definitiva, el dato de que los derechos humanos hayan tenido un origen histórico muy determinado no es prueba suficiente de que su validez o fundamento haya de ser también por necesidad histórico y relativo. Hay algo profundamente contradictorio en el hecho de que se afirme por un lado el enorme valor de los derechos humanos, mientras por otro se socavan sus fundamentos, al relativizarlos. Si tales derechos no contaran con un fundamento objetivo o racional suficiente, el reconocimiento de su valor sería sólo la confesión de una inclinación personal, y por tanto no tendría justificación sólida. ¿Qué podría alegarse frente a quien no sintiera esa misma inclinación? Nada. Los derechos humanos habrían perdido su razón de ser.

Lo anterior nos permite afirmar, frente a Bobbio, que para asegurar la protección de los derechos humanos lo primero que se les debe conseguir es un fundamento sólido. ¿Es suficiente el fundamento que finalmente les ofrece el pensador italiano? No lo es, a mi juicio, porque se remite a un consenso puramente fáctico. La Declaración de la ONU puede ser un buen indicio de la posibilidad de lograr un consenso racional respecto a los derechos humanos, pero nada más que un indicio.

El hecho de que todos los hombres hayan estado de acuerdo en ciertas épocas históricas en que la tierra era plana, no la hacía realmente plana. Y lo mismo ocurre en el plano de la moral. Un simple consenso de hecho no prueba la corrección de una pauta moral, porque puede estar basado en errores o prejuicios. Sólo un consenso racional o ideal, es decir, logrado bajo ciertas condiciones que aseguren la corrección del resultado (información suficiente y veraz, participación de todos los afectados, suspensión de actitudes pasionales, etc.), podría servir como fundamento válido.

Es ingenuo, además, creer que la Declaración Universal de Derechos de la ONU representa un verdadero consenso universal, aunque sólo sea fáctico. Parece justificada la sospecha de que muchos países (pensemos por ejemplo en el mundo islámico o en los países del antiguo bloque comunista) se adhirieron a la Declaración por razones de oportunidad política, sin haber tenido nunca verdadera intención de tomársela en serio, como demuestra su escasa voluntad de aplicarla.

Con todo, Bobbio extrae una conclusión interesante al reconocer que con la Declaración Universal de 1948 la afirmación de los derechos humanos se convierte a la vez en universal y positiva. Lo de la universalidad no requiere mayor comentario, pero sí lo de la positividad. Hay que recordar que para Bobbio sólo son verdaderos derechos los jurídico-positivos. Por eso afirma reiteradamente que los derechos humanos, mientras no se fundamenten en su reconocimiento y protección efectiva por parte del Derecho positivo, son sólo exigencias más o menos justificadas, que se disfrazan de derechos como estrategia retórica o persuasiva²⁰.

Sin renunciar a lo anterior, ahora admite que la Declaración Universal positiviza los derechos contenidos en ella, pues «pone en marcha un proceso en cuya culminación los derechos humanos no sólo serían proclamados o idealmente reconocidos, sino también efectivamente protegidos incluso contra el propio Estado que los viola»²¹. Lo interesante es la concepción dinámica y flexible de la positividad implícita en lo anterior. Parece contemplarse aquí la idea de que la positividad pueda consistir simplemente en una tendencia, o lo que sería lo mismo, en algo que admite grados. Habría una positividad más o menos perfecta, la que se produce cuando el Derecho positivo de cada Estado reconoce y tutela el derecho en cuestión consagrándolo en sus leyes, y otras más o menos tendenciales o imperfectas, que se limitan a ofrecer algún apoyo jurídico positivo, nacional o internacional, para el derecho que se reclama.

Es un hecho evidente que, aunque de forma vacilante y lenta, la flagrante violación de los derechos humanos más elementales en determinados países (pensemos por ejemplo en las limpiezas étnicas de la antigua Yugoslavia), ha servido para que intervenga en ellos la comunidad internacional, haciendo uso hasta de la fuerza para restablecer el respeto a tales derechos. Tenemos aquí una manifestación clara de positividad imperfecta o relativa de los derechos humanos, pues en alguna medida se imponen aunque el Derecho positivo del Estado en cuestión no los garantice. Estas injerencias en los asuntos internos de Estados independientes, al igual que las manifestaciones, protestas y presiones encaminadas a lograr el respeto de los derechos humanos en los países que no los reconocen no tendrían sentido si los derechos fueran simples ideales que sólo alcanzan la categoría de verdaderos derechos cuando el orden jurídico positivo de cada Estado particular los protege.

El mismo Bobbio, aunque insiste en que estamos sólo ante el germen que apunta el inicio de un largo proceso de positivación, reconoce la existencia de una especie de movimiento dialéctico «que comienza con la universalidad abstracta de los derechos naturales, pasa a la particularidad

concreta de los derechos positivos nacionales, y termina con la universalidad no ya abstracta sino concreta de los derechos positivos universales»²². En esta visión dialéctica, derechos naturales y derechos positivos se unifican como momentos distintos de una misma realidad, evitando la fractura radical del positivismo jurídico clásico, que simplemente rechaza el Derecho Natural, negándole toda relevancia.

Del mismo modo que un niño no es un hombre, pero tampoco deja de serlo, pues está en camino hacia ello, los derechos humanos tienen desde el comienzo un cierto peso en el orden jurídico por esa tendencia inequívoca a la positividad. Lo cual es tanto como decir que aquello que fundamenta o justifica a los derechos humanos como exigencias morales lo fundamenta también jurídicamente, aunque ese fundamento sea sólo incipiente o tendencial.

Hay que tener en cuenta para entender la razón de lo anterior que los derechos humanos, como principales exigencias de justicia de nuestro tiempo, constituyen el núcleo de la moral que sirve de base al sistema jurídico en cuanto que lo explica o da sentido y lo justifica. Esa relación estrecha y necesaria entre el Derecho y la moral es lo que explica en último término el valor jurídico de los derechos humanos antes incluso de que el legislador los haya consagrado como derechos fundamentales al incluirlos en la Constitución del Estado.

Finalmente, aludiremos al pensamiento de otro positivista moderado, afín en sus planteamientos al anterior, el Profesor Gregorio Peces-Barba, que une a su constante dedicación al estudio teórico de los derechos fundamentales, una impecable trayectoria en la defensa y promoción de estos derechos en circunstancias no siempre favorables.

Lo primero que salta a la vista (y no es un detalle baladí) es que Peces-Barba siempre que puede evita hablar de «derechos humanos» y prefiere la expresión «derechos fundamentales», terminología más fácilmente digerible por los autores de inclinación positivista, puesto que suele utilizarse para designar a los derechos humanos que se reconocen y garantizan en la Constitución del Estado, adquiriendo así un indiscutible carácter positivo. El carácter jurídico-positivo, y esto es lo peculiar (y lo positivista) de la postura de Peces-Barba en el tema que nos ocupa, forma parte, en su opinión, de la naturaleza de cualquier verdadero derecho y también de los derechos fundamentales. Para él que no hay más Derecho que el Derecho positivo, ni más derechos que los positivados. Desde este punto de vista, Peces-Barba descalifica como iusnaturalistas todas las concepciones de los derechos humanos que los presentan como anteriores al Derecho positivo y no como creaciones de éste.

La construcción iusnaturalista, que fundamenta los derechos humanos en su racionalidad objetiva como ideales o exigencias de justicia emanados de la propia naturaleza humana o que los concibe como derechos morales, parte, según afirma Peces-Barba, «de una gran ilusión, de un intento imposible, de un desconocimiento de la evolución histórica de los valores fundamentales de la convivencia y de la influencia de la evolución técnica, económica, social, cultural y política, e incluso de la evolución de ciertos valores morales»²³.

Es una idea muy similar a la que ya criticamos anteriormente al examinar el pensamiento de Bobbio. Es cierto que el concepto actual de los derechos humanos ha surgido en un determinado momento histórico. Es cierto que su contenido ha ido evolucionando a lo largo del tiempo, pero eso no significa que su fundamento pueda hallarse en las circunstancias históricas del momento y de los países en que se formularon. La historia no es apta para fundamentar valores. La historia se limita a transcurrir. Es una sucesión de hechos y de lo que es no se puede deducir lo que debe ser, salvo zambulléndose

a fondo en la falacia naturalista. Además, fundamentar los derechos humanos en circunstancias históricas concretas, contingentes y aleatorias, sería tanto como relativizarlos, reconocer que carecen de fundamento racional u objetivamente válido y, por tanto, justificar su violación allí donde ni la historia ni el Derecho positivo los ha engendrado. Con la concepción de Peces-Barba ¿qué fuerza tendría la reivindicación de los derechos humanos en aquellos países que los vulneran? Ninguna, porque los infractores podrían argumentar que esos derechos sólo tienen sentido y validez en los países cuyas circunstancias históricas los han producido, pero no en sus propios países, cuya cultura, religión y nivel de desarrollo socioeconómico es completamente diferente. Si los derechos humanos han de ser exigencias de justicia universalmente válidas (y eso es lo que pretenden ser), no pueden apoyarse en algo tan mudable y circunstancial como la evolución de los acontecimientos históricos, salvo que se conciba la historia al modo hegeliano como el desenvolvimiento del espíritu objetivo o la manifestación de la Providencia divina o algo parecido, pero nada indica que sea éste el punto de vista del profesor Peces-Barba.

Parece más lógico pensar que habrán de apoyarse en los grandes valores de la libertad, igualdad, solidaridad y, en general, dignidad humana, valores morales objetiva, universal o racionalmente válidos que los derechos humanos intentan realizar, aunque para ello hayan de adoptar modalidades diferentes o variables, ajustadas a las circunstancias de cada época y de cada pueblo. Es evidente, por poner un ejemplo, que el derecho a la información o a la libertad de prensa no pudo surgir antes de que se inventara la imprenta y se desarrollara la prensa periódica, pero la razón de ser de la libertad de prensa como derecho fundamental del hombre no puede residir en una invención técnica. Esa invención técnica es sólo una condición «sine qua non» para que el derecho pueda surgir, pero no es la condición «per quam». La condición «per quam» debe buscarse en el valor de la libertad, como exigencia de justicia intemporalmente válida para los seres humanos, un valor que la libertad de prensa viene a especificar y dotar de contenido real en unas circunstancias concretas y mudables.

Después de rechazar la concepción iusnaturalista, por ocultar conquistas históricas o intereses de clase bajo la máscara respetable de una objetividad imposible²⁴, Peces-Barba dirige también sus críticas contra los excesos del positivismo jurídico, que considera justo al Derecho válidamente establecido, cualquiera que sea su contenido, y que concibe los derechos fundamentales como «una prolongación de la voluntad del poder». Para un positivista consecuente, «el derecho fundamental será tal, sólo porque así lo decide el poder soberano al establecer las reglas del Derecho positivo»²⁵.

Esta concepción positivista cerrada le parece, con razón, insatisfactoria. Frente a ella, apela a un sano realismo que supere tanto el idealismo ahistórico de los iusnaturalistas como el cinismo pragmático de los adoradores del poder. Este realismo supone aceptar que los derechos fundamentales «son a la vez expresión de moralidad y de poder, y sacar de ese examen todas las conclusiones necesarias para su fundamentación»²⁶.

Los derechos fundamentales, «que son Derecho», concluye Peces-Barba, vienen de la moralidad y sólo se concretan con la acción política. Sin el apoyo del Estado no se convierten en Derecho positivo. «Hasta que no salen del ámbito racional de la moralidad y, asumidos por el poder democrático, no se convierten en Derecho positivo, no podremos propiamente hablar de derechos fundamentales»²⁷.

Hay que reconocer el esfuerzo conciliador o sintético del Prof. Peces-Barba, que intenta ofrecer una concepción integradora de los derechos fundamentales del hombre que no ignore ninguna de sus dimensiones relevantes. Una concepción que no olvide su raíz en la moral ni su asiento en el Derecho positivo, por decisión del legislador democrático, como parte inseparable de una forma históricamente nueva de organización del poder: el Estado de Derecho²⁸.

Pero debemos preguntarnos si esos dos elementos tienen el mismo peso en la configuración del concepto que nos ocupa. Creo que no lo tienen. El aspecto de la exigencia moral es suficiente para configurar y dar pleno sentido a la idea de los derechos humanos. El reconocimiento de esos derechos o exigencias de justicia por parte del Derecho positivo ayuda a comprender o a explicar las condiciones reales de su aparición, y ciertamente incrementa su eficacia al poder alegarse ante los tribunales como Derecho válido, pero no añade nada esencial a la idea. Para la existencia de los derechos humanos como exigencias de justicia es indiferente que el Derecho positivo los reconozca o no. Porque esto es así, porque los derechos humanos no son esencialmente Derecho positivo, aunque pueden y deben llegar a serlo, tiene sentido exigir que en China, por ejemplo, se respeten tales derechos humanos, aunque obviamente el Derecho positivo de ese país no los reconoce ni tutela.

En mi opinión, la visión del Prof. Peces-Barba se ve distorsionada por su empeño en centrar la atención exclusivamente en el concepto de los derechos fundamentales y no en el de los derechos humanos. Los derechos fundamentales, entendidos como los derechos humanos plasmados en la Constitución del Estado, reflejan ciertamente a partes iguales los aspectos moral y jurídico-político que nuestro autor les atribuye, pero el concepto de derechos fundamentales, aunque de enorme trascendencia para el Derecho positivo, no puede suplantar el concepto, lógicamente previo y más radical, de derechos humanos que Peces-Barba, positivista al cabo, rechaza por impreciso y confuso o reduce a ingrediente moral de los derechos fundamentales.

Olvida que precisamente lo más característico de los derechos cuyo estudio nos ocupa es su pretensión de valer con independencia de o incluso frente a lo que disponga el poder político y el Derecho positivo. Los derechos humanos son exigencias morales que, sólo por serlo y dada la relación necesaria que media entre moral y Derecho, «deben» ser reconocidos y tutelados por el Derecho positivo, aunque de hecho puedan no serlo. Si ocurre esto último, si el Derecho positivo no los reconoce, entonces habrá de considerarse como Derecho injusto o moralmente defectuoso, y en consecuencia, aunque pueda seguir considerándose verdadero Derecho, aunque mal Derecho, su fuerza obligatoria será escasa.

Notas

¹ Cfr. J. BENTHAM, «Falacias anárquicas» (Examen crítico de la declaración de Derechos), en *Bentham*, ed. de J. M. Colomer, Barcelona, Península, 1991, p. 118.

² En términos similares se expresa uno de los primeros y no muy numerosos positivistas españoles, el destacado penalista de la Universidad salmantina D. Pedro Dorado Montero: «Los derechos meramente naturales, esos llamados derechos innatos que de un tiempo a esta parte y no antes, a lo menos de una manera precisa y sistemática, se quieren atribuir a todos los hombres por el simple hecho de ser hombres (...) no han sido nunca tales derechos, ni lo son tampoco ahora, en tanto no haya fuerza suficiente para hacerlos respetar. (...) Derecho no derivado de la ley (o de

- alguna otra fuerza equivalente) no es en realidad tal derecho: sólo es anhelo o aspiración.» Más adelante insiste en que no hay otros derechos «sino los que conceden las leyes, símbolo de la fuerza del Estado.» Cfr. P. DORADO MONTERO, *El Derecho y sus sacerdotes*, Madrid, 1909, pp. 25-7.
- ³ Cfr. A. COMTE, *La física social*, Madrid, Aguilar, 1981, p. 38. Este libro es traducción de las lecciones 46 y 47 del *Cours de Philosophie Positive*. Sobre la crítica de Comte a los derechos humanos, vid. B. BINOCHE, *Critique des droits de l'homme*, Paris, P.U.F., 1989, pp. 63-73.
- ⁴ Cfr. A. COMTE, Introducción a su *Système de politique positive*, I, Paris, 1851.
- ⁵ Cfr. H. KELSEN, «Los juicios de valor en la ciencia del Derecho», en *La idea del Derecho Natural y otros ensayos*, México, Ed. Nacional, 1979.
- ⁶ Cfr. H. KELSEN, «¿Qué es la justicia?», en *Qué es la justicia*, ed. y trad. de A. Calsamiglia, Barcelona, Ariel, 1982, p. 63.
- ⁷ Cfr. A. ROSS, *Sobre el Derecho y la justicia*, trad. de G. R. Carrió, Buenos Aires, Eudeba, 1963, pp. 258-9
- ⁸ *Ibid.*, p. 267.
- ⁹ Cfr. G. ROBLES, «Los derechos humanos ante la teoría del Derecho», en *El fundamento de los derechos humanos*, Madrid, Debate, 1989, p. 312. Más adelante (p. 314) insiste en términos similares: «para el positivismo carece propiamente de sentido hablar de derechos humanos. Estos, igual que la idea de justicia, constituyen una mera ilusión ideológica».
- ¹⁰ Cfr. G. ROBLES, «Análisis crítico de los supuestos teóricos y del valor político de los derechos humanos», en *Epistemología y Derecho*, Madrid, Pirámide, 1982, p. 282. De forma similar se pronuncia R. J. VERNENGO, «Los derechos humanos y sus fundamentos éticos», en *El fundamento de los derechos humanos*, loc. cit. Para él, los derechos humanos, entendidos como puras exigencias éticas o ético-jurídicas, son entidades metafísicas ideales que no son producto de la actividad científica o racional sino puramente ideológica.
- ¹¹ Cfr. G. ROBLES, *Los derechos fundamentales y la ética en la sociedad actual*, Madrid, Civitas, 1992, p. 126: «Lo realmente grave de la crítica positivista de los derechos naturales no es que los califique de ideología. Lo grave es el concepto de ideología que maneja, fruto sin duda de su estrecha concepción de la racionalidad. (...) En los últimos años estamos asistiendo a una rebelión contra el positivismo que, a la larga, sólo ha de traer buenos frutos, tanto para la teoría como para la práctica»
- ¹² Cfr. H. L. A. HART, «¿Hay derechos naturales?», en *Derecho y moral. Contribuciones a su análisis*, trad. de G. R. Carrió, Buenos Aires, Depalma, 1962, pp. 66-7.
- ¹³ Cfr. N. BOBBIO, «La herencia de la gran revolución», en *El tiempo de los derechos*, trad. de R. de Asís, Madrid, Sistema, p. 171.
- ¹⁴ *Ibid.*, p. 170
- ¹⁵ Cfr. N. BOBBIO, «Sobre el fundamento de los derechos del hombre», en *El tiempo de los derechos*, loc. cit., p. 61.
- ¹⁶ Cfr. N. BOBBIO, «Presente y porvenir de los derechos humanos», en *El tiempo de los derechos*, loc. cit., p. 64.
- ¹⁷ Cfr. N. BOBBIO, «Sobre el fundamento de los derechos del hombre», op. cit., p. 61.
- ¹⁸ Cfr. N. BOBBIO, «Presente y porvenir de los derechos humanos», op. cit., pp. 64-5.

- ¹⁹ *Ibíd.*, p. 66.
- ²⁰ En la introducción de 1990 a *El tiempo de los derechos*, loc. cit., p. 22, dice Bobbio respecto a los llamados derechos de tercera y cuarta generación que «son expresiones de aspiraciones ideales a las que dar el nombre de ‘derechos’ sirve únicamente para atribuirles un título de nobleza».
- ²¹ Cfr. N. BOBBIO, «Presente y porvenir de los derechos humanos», op. cit., p. 68.
- ²² *Ibíd.*
- ²³ Cfr. G. PECES-BARBA, «Nuevas reflexiones sobre la teoría democrática de la justicia (Los derechos fundamentales entre la moral y la política)», en *Escritos sobre derechos fundamentales*, Madrid, Eudema, 1988, p. 215.
- ²⁴ *Ibíd.*, p. 217.
- ²⁵ *Ibíd.*, p. 218.
- ²⁶ *Ibíd.*, p. 219. Citando a Pascal destaca que la justicia sin fuerza es impotente y la fuerza sin justicia es tiránica. «Hay que poner juntas la fuerza y la justicia y para eso hay que hacer que lo que es justo sea fuerte o que lo que es fuerte sea justo». Ciertamente, pero la fuerza es algo que debe añadirse a los derechos humanos como exigencias de justicia. Es algo adicional, no algo constitutivo de su concepto.
- ²⁷ *Ibíd.*, p. 223. Y añade: «El análisis realista y superador del iusnaturalismo y del positivismo pasa del ámbito moral al político sin rupturas y con pretensión de integración».
- ²⁸ *Ibíd.* p. 224. En el último párrafo del trabajo que hemos analizado se afirma francamente que: «Los derechos fundamentales son Derecho positivo (subrayado mío) que se genera en la moral del humanismo, de la libertad igualitaria y que la política democrática del Estado de Derecho asume e integra en su ordenamiento jurídico».