

DE DERECHOS: HUMANOS,  
NATURALES, FUNDAMENTALES Y DE  
GENTES



DIEGO ALFREDO PÉREZ RIVAS

1323

[De Derechos: humanos, naturales, fundamentales y de gentes](#)

*Diego Alfredo Pérez Rivas*



Editado por la Fundación Universitaria Andaluza Inca Garcilaso para eumed.net

**Derechos de autor protegidos.** Solo se permite la impresión y copia de este texto para uso personal y/o académico.

Este libro puede obtenerse gratis solamente desde  
<http://www.eumed.net/libros-gratis/2013a/1323/index.htm>

Cualquier otra copia de este texto en Internet es ilegal.

*“De Derechos: humanos, naturales, fundamentales  
y de gentes”*

Por Diego Alfredo Pérez Rivas.

*“Hay principios eternos que no admiten compromiso,  
y el hombre debe estar dispuesto a sacrificar su vida  
en defensa de esos principios”. Gandhi*

“A mi querida amiga Chiara Mantovani ”

## Introducción:

Si por algo se ha caracterizado la segunda mitad del siglo XX y la primera década del XXI, al menos en occidente, es por la consolidación del modelo de democracia representativa como el mejor régimen de gobierno posible. De manera paralela, a nivel jurídico, se ha consolidado el paradigma del Estado de Derecho, en cualquiera de sus manifestaciones, como el mejor sistema legal posible para asegurar los principios operantes de la democracia representativa. La protección de los derechos fundamentales se ha convertido en causa, y a la vez en consecuencia, del doble proceso de consolidación de los paradigmas mencionados en las instituciones políticas modernas.<sup>1</sup> Si la causa del Estado de Derecho es la protección de los derechos fundamentales, su existencia tiene como consecuencia la realización del sistema de democracia representativa. La modernización, entendida como un proceso evolutivo, se ha encargado de reivindicar al sujeto abstracto en todas sus manifestaciones, en este caso, en la doctrina jurídica.<sup>2</sup> Dicha reivindicación se sostiene en la creencia común de que la protección de los derechos fundamentales es la razón que legitima, en última

---

<sup>1</sup> Afirmaciones de este tipo son comunes en la literatura jurídica contemporánea. Un ejemplo: "Las constituciones modernas y el constitucionalismo, como movimiento que ha determinado su difusión, mantienen una relación constitutiva con los derechos fundamentales; encontrando en la exigencia de la tutela de estos últimos su más profunda razón de ser". D'Atena, Antonio, "La vinculación entre constitucionalismo y protección de los derechos humanos", en *ReDCE*, nº 1, Enero-Junio de 2004, p. 295.

<sup>2</sup> "La noción de Estado de Derecho remite a un Estado de la razón, o del entendimiento, que gobierna según la voluntad general racional y sólo busca lo mejor de modo general. El punto de partida es el individuo libre y autodeterminado, por lo que la actividad del Estado ha de ir dirigida a asegurar la libertad individual y a proteger el desarrollo de los sujetos desde sí mismos, habiéndose de regir la organización estatal y su regulación por principios racionales, trasladables a la ley como elementos nucleares". En Garrido Gómez, María Isabel, *Derechos fundamentales y Estado Social y Democrático de Derecho*, Dilex, Madrid, 2007, p. 33.

instancia, al Estado de Derecho.<sup>3</sup> El derrumbe del sistema de producción comunista y del gobierno soviético ha tenido como efecto la gestación de un mundo relativamente unipolar en ese sentido. En breve, el respeto de los derechos fundamentales, escritos en código individualista, se convertirá en la fuente de la que emana una de las preocupaciones más características de nuestro tiempo.

Una de las convicciones más consistentes de esta época es que los derechos fundamentales, formalmente considerados, constituyen un tipo *sui generis* de verdad jurídica común. Teóricamente, dicha verdad se encontraría expresada en los órdenes jurídicos occidentales en las declaraciones de derechos que emergen como la dimensión dogmática, doctrinal y legitimante de las constituciones políticas escritas. La aparición de dichas declaraciones formales se puede considerar como el momento decisivo en el que tiene surgimiento el ente abstracto que es el Estado-Nación de Derecho.

La verdad jurídica común que constituyen los derechos fundamentales en occidente aparece como trascendental en tanto que se considera sostenida en una serie de valores compartidos e indudables entre las naciones

---

<sup>3</sup> “El constitucionalismo maneja una determinada idea de Constitución, vinculada a una cierta concepción instrumental de la misma en relación con su fin básico (que en realidad es el del constitucionalismo), que no es sino el del reconocimiento y garantía de derechos, mediante técnicas de limitación del Poder.” En Ansuátegui Roig, Francisco Javier, “Constitucionalismo y Constitución Europea”, en *Derechos fundamentales, valores y multiculturalismo*, Dykinson, Madrid, 2005, p. 227. “Si estamos de acuerdo en que el sistema de legitimación de la democracia requiere no sólo de los mecanismos formales de representación, sino también de valores sustantivos, entonces necesitamos desarrollar una concepción de los derechos individuales y su protección”. En Calsamiglia, Alberto, “Constitucionalismo y democracia, en *Democracia deliberativa y derechos humanos*, p. 169.

contemporáneas. *Verdad jurídica que en cierto sentido también es relativa en tanto que los principios que expresan dichos valores tienen diversas manifestaciones e interpretaciones en las soluciones jurisdiccionales.* No es una casualidad, por ello, que gran parte de los estudios sobre derechos fundamentales sean sustancialmente de naturaleza jurisprudencial. En otras palabras, aunque las instituciones civiles-políticas-sociales-económicas-culturales aparecen como homogéneas en los sistemas constitucionales formales, es una realidad jurídica que su forma de realización es variable en función del Estado-Nación en el que se apliquen. Por ello, estamos aún muy lejos de sostener que la doctrina de los derechos fundamentales pueda ser considerada un saber estrictamente epistémico dotado de un núcleo fuerte e inamovible de fundamentación.

Por otra parte, es exacto decir que históricamente con la *Declaración Universal de los Derechos Humanos*, expresada en la carta de la Organización de las Naciones Unidas de 1948, se ha conseguido establecer un acuerdo mínimo en torno al respeto que las sociedades contemporáneas y sus estructuras estatales deben al ser humano. Se ha alcanzado, en la segunda mitad del siglo XX, la creación de un consenso más o menos generalizado entre gran parte de las naciones actuales, vía sus representantes, para asumir un compromiso de ecuaciones nominales mínimas que todo Estado tendría que respetar teóricamente a sus gobernados y a toda persona humana que se encuentre dentro de su territorio jurisdiccional. Con tal documento internacional se ha logrado gestar una vinculación moral, pero no estrictamente jurídica.

Aún así, lo que no se ha logrado producir es un imaginario colectivo y común entre los distintos pueblos y Estados para establecer nociones o conceptos canónicos acerca de lo que los susodichos derechos significan materialmente. Por la misma razón, es sencillo observar que en lo referente a la defensa jurídico-material de los derechos fundamentales existen naciones más comprometidas que otras según los sistemas políticos y jurídicos imperantes, así como por el grado de desarrollo que presenten sus mecanismos institucionales de tutela.

El respeto de los derechos es importante ya que en el contexto nacional o regional aporta, entre otras cosas, una cierta seguridad jurídica que certifica que las sociedades se desenvuelvan en un contexto mínimo de pluralidad política-ideológica y socio-cultural.<sup>4</sup> Los sistemas que cumplen con tal condición han sido denominados *ad hoc* como «Estados de Derecho». Mientras tanto, las sociedades que han iniciado esos procesos sin concluirlos o presentando un déficit importante en lo que a la garantía institucional se refiere pueden ser denominados como «Estados Fallidos».

---

<sup>4</sup> “La seguridad jurídica desempeña un papel informador y conclusivo de la libertad, la igualdad y la solidaridad, que en el Estado de Derecho es presupuesto de la legalidad emanada de los derechos fundamentales y es una función que asegura la realización de las libertades. La seguridad se reglamenta objetivamente por la regularidad estructural y funcional del sistema jurídico que produce una percepción de tranquilidad y sosiego al saber uno a qué atenerse. En consecuencia, las condiciones que deben concurrir son la corrección estructural, o garantía de disposición o formulación regular de los derechos, y la corrección funcional que comporta la garantía del cumplimiento de esos derechos por todos sus destinatarios, a lo que se añade la regularidad de actuación de los órganos aplicadores”. En Garrido Gómez, María Isabel, *Derechos fundamentales y Estado Social y Democrático de Derecho*, Dilex, Madrid, 2007, p. 151

En razón de lo anterior, desde la segunda mitad del siglo pasado, la filosofía ha recobrado un papel vital en la configuración política y jurídica mundial por la fundamentación, defensa y promoción de los derechos humanos que se ha forjado en su seno. Dentro de aquella se han llevado a cabo calurosos debates entre diferentes doctrinas, sistemas y metodologías en los que se ha buscado obtener una concepción global mínima tanto del ser humano como de los derechos que le corresponden. Un obstáculo para esos fines es, sin embargo, que en dicho debate se suelen confundir o usar ciertos conceptos sustanciales de forma intercambiable y equívoca. Es decir, la anfibología provocada por el uso de términos imprecisos no ha permitido un análisis sistematizado y pormenorizado de las distintas fuentes filosóficas de los derechos humanos en sus heterogéneas tradiciones y escalas.<sup>5</sup>

De hecho, para algunos pensadores como Norberto Bobbio el proceso de fundamentación o justificación se encuentra actualmente superado, constituyendo el verdadero problema de los derechos humanos un asunto político y no filosófico.<sup>6</sup> No obstante esa opinión, es preciso reconocer que Bobbio no considera en su reflexión las diferentes significaciones de dicho

---

<sup>5</sup> Una crítica similar lleva a cabo Danilo Castellano en su texto titulado *Racionalismo y Derechos Humanos. Sobre la anti-filosofía político-jurídica de la modernidad*, al explicar que los documentos jurídicos y políticos que declaran los derechos humanos surgen de la fuente racionalista que toma a la libertad como libertad negativa y que, por lo tanto, reducen la justicia al derecho positivo. Dicho derecho positivo vendría a ser a su vez presa de múltiples interpretaciones jurisprudenciales. En sus palabras y refiriéndose en concreto a la carta de Niza dice: "Afirmaciones anfibológicas o polisémicas como patrimonio espiritual y moral, dignidad humana y libertad, igualdad, solidaridad pueden asumir (y de hecho así es) significados diversos, con frecuencia conflictivos. La pluralidad de significados que dichos enunciados asumen dificulta la determinación de la misma identidad que, desde el punto de vista en el que se coloca la Carta, sería fundamento de la determinación política o, lo que es lo mismo, la decisión de los pueblos europeos que han dado vida a la Unión", Marcial Pons, Madrid, 2004, pp. 122-123.

<sup>6</sup> N. Bobbio, "Sobre el fundamento de los derechos del hombre", en *El tiempo de los derechos*, Madrid, Sistema, 1991, pp. 53-62.

concepto (los derechos humanos) y los contenidos-interpretaciones que involucra en las distintas tradiciones filosóficas y jurídicas, o, bien, le parecen insignificantes e irrelevantes en el escenario contemporáneo. Es decir, para tal pensador de la filosofía y las ciencias políticas, en lo que se debe poner toda la atención es en su protección jurídica después de la *Declaración Universal de los Derechos Humanos* firmada en 1948 por los representantes de las distintas naciones contemporáneas. Con tal postura se pierde de vista, entre otras cosas, que dicha declaración no es *stricto sensu* un documento jurídico vinculante, y que, por lo tanto, no obliga a los firmantes coactivamente, sino que solamente compromete moralmente respecto a su cumplimiento y promoción.<sup>7</sup> En otras palabras, dicho compromiso se presenta como laxo por la propia naturaleza de las interpretaciones jurídicas que le conceden el rol de recomendación, ya que en algunos casos hasta llegan a prescindir de una cierta reflexión filosófica para realizar su finalidad.<sup>8</sup> De tal forma, el problema de

---

<sup>7</sup> Un artículo interesante que trata esta temática enfatiza que la entonces Presidenta de la Comisión de Derechos Humanos y representante de los Estados Unidos en la Asamblea General, Eleanor Roosevelt, manifestó que “Aprobando la Declaración es de suma importancia tener claro el carácter básico del documento. No es un tratado, ni un acuerdo (*agreement*) internacional. No es, ni pretende ser, una declaración de derecho u obligación jurídica. Es una declaración de principios básicos de derechos humanos y libertades, impresa con la aprobación de la Asamblea General con el voto formal de sus miembros para que sirva como un ideal común por el cual todos los pueblos y naciones deben esforzarse”. En Oraá, Jaime “Algunas reflexiones en torno al valor jurídico de la Declaración Universal de Derechos Humanos”, en *Vigencia y futuro de la Declaración Universal de los Derechos Humanos en su 50 aniversario*, Ararterko, Bilbao, 1999, pp. 114-124. Siendo fieles a la interpretación positivista, aquel documento no tendría validez jurídica alguna tanto por la intención de los firmantes como por la carencia de instrumentos de coacción. Por su parte, los Pactos sobre los derechos civiles y políticos, y sobre derechos económicos, sociales y culturales de 1966 sin considerados como tratados multilaterales que tienen plena vigencia desde 1976, aunque su implementación requiera considerar la relación siempre conflictiva entre las distintas jurisdicciones.

<sup>8</sup> En una reflexión interesante acerca de la naturaleza conceptual de los derechos humanos, se aclara: “La expresión *derechos humanos* es de utilización generalizada, pero aparece relacionada con otras expresiones, como *derechos naturales*, *derechos públicos subjetivos*, *libertades públicas*, *derechos morales*, *derechos fundamentales*, que designan la misma realidad o realidades próximas. Dichas expresiones surgen dentro de un contexto histórico, unidas a determinadas conexiones culturales y son tributarias de ideologías, intereses y concepciones filosóficas de fondo”. Escalona, Gaspar, “La naturaleza de los derechos humanos”, en *Pasado, presente y futuro de los derechos humanos*, Comisión Nacional de los Derechos Humanos, México, 2004, p. 134.

la fundamentación de los derechos humanos sigue siendo un archivo abierto que es susceptible de actualización por medio de estudios que indaguen en la naturaleza de los conceptos y contenidos que a aquellos se refieren en el ámbito filosófico.<sup>9</sup>

En suma, con la creación de dicho documento internacional y sus posteriores agregados se ha elaborado un catálogo considerablemente homogéneo de derechos en lo que a la nomenclatura se refiere. Empero, aún queda por resolver la problemática de que los derechos siguen siendo interpretados de maneras diversas en lo referente a su contenido, según el sistema de valores y creencias culturales que predominen en cada sociedad y tradición jurídica. Por lo mismo, dicha protección en el ámbito jurídico-político y, en algunos casos, en el social-económico, no deja al margen la necesidad de que se lleve a cabo la aclaración de dichos conceptos a través de su rastreo y estudio a nivel histórico y filosófico, según las líneas generales del devenir de las ideas políticas. Solamente de esa manera, y a través de ese camino, podremos tener una visión general y precisa, a la vez, de la forma en la que ha ido evolucionando la problematización de la fundamentación filosófica de los derechos humanos, así como sus manifestaciones materiales. Si el ejercicio de la ONU consistió, única y exclusivamente, en declarar y enunciar una serie de derechos como subyacentes a la entidad humana y a su organización social, es

---

<sup>9</sup> “Cuando decimos derechos humanos los estamos distinguiendo de los derechos positivos, es decir, de aquellos derechos que tenemos porque el Estado o la comunidad nos los han asignado, normalmente a través de la ley o la costumbre. Lo dicho no significa que los derechos humanos no puedan o deban ser positivizados. Desde el siglo SVIII se ha intentado hacerlo en distintos documentos, pero todo ellos recalcan la idea de que se trata de derechos innatos, cuya existencia es anterior a los documentos e incluso al Estado mismo”. En García Huidobro “Derecho y derechos humanos. Introducción a un problema”, en *Problemas actuales sobre derechos humanos*, pp. 109.

labor natural de la filosofía explicar en qué consisten esos derechos y cuáles son sus fuentes, interpretaciones y contribuciones en la historia del pensamiento. Fundamentar los derechos, por ende, significa encontrar la objetividad de esas realidades jurídicas y políticas, para poderles dar una explicación lógica, sistemática y metódica a razón de los contenidos elementales que le componen. Fundamentar los derechos significa poder explicar por qué se les reconoce como la sustancia gris de los sistemas jurídicos contemporáneos.

Cuando los representantes que firmaron la *Declaración* acordaron establecerla con la condición de que no se les preguntara el por qué de su postura, manifestaban de antemano la incapacidad fundante del documento firmado. Dicha situación hace necesario, entonces, que sea la investigación filosófica la que explique dichos conceptos en razón de las fuentes desde las que han sido fundamentados racionalmente. De tal manera, se conseguiría también gestar una serie de principios racionales desde los cuales no se valore el documento firmado en 1948 como fuente de legitimidad de los susodichos derechos, siendo su fuente real un centro de naturaleza ontológica anterior: la persona humana.

Los derechos humanos, según nuestro punto de vista, no existen como tales sino declarándolos, y deben declararse siendo justificados racionalmente en todo lugar en el que tenga que demostrarse la coherencia interna del Derecho mediante la asignación de obligaciones y garantías. Al declararse, los

derechos se hacen patrimonio del ser-para-sí de la humanidad, es decir, se muestran no sólo como algo racional en potencia, sino también como una verdadera facultad intrínseca y consustancial de las personas que habitan en el *orbe*.

*El presente trabajo se enmarca dentro del conjunto de las investigaciones que se han desarrollado para descubrir las diferencias entre los conceptos de derecho natural, derechos humanos, derechos fundamentales y derechos gentes.* Ya que el uso de tales términos suele ser intercambiable en el discurso político y científico, nosotros propondremos un esquema razonado para entender sus diversos campos de acción. Tomaremos como base la distinción entre derechos entendidos según las vertientes nominal-liberal y sustancial-social.

Llevar a cabo un trabajo en el que se intente abordar el problema de la fundamentación filosófica de los derechos humanos necesita comenzar, por lo antes dicho, con una esquematización y explicitación de los conceptos a utilizar. Debido a que en nuestro caso la fundamentación precisa del uso de términos metafísicos, éticos, morales, jurídicos y políticos, mezclados entre sí, es sumamente oportuno enunciar brevemente las diferencias y los puntos de encuentro entre cada uno de esos conceptos.

Igualmente, en un segundo momento, será necesario describir y explicar el origen de las diversas interpretaciones sobre los derechos humanos y su desarrollo según las dos doctrinas del Estado de Derecho predominantes en nuestro tiempo. No será lo mismo el concepto de igualdad, por ejemplo, en la dimensión de un Estado de Derecho Civil o Liberal que en un Estado de Derecho Social. De hecho, la cantidad de derechos considerados como legítimos o fundamentados variará en cada caso. *Grosso Modo*, en el Estado de Derecho Liberal se representan como *derechos-libertades*, mientras que en el caso del Estado de Derecho Social se cristalizarán también *como derechos-créditos*. Frente a esas circunstancias, hablar de derechos humanos resulta en cierto sentido rapsódico, ya que los contenidos a los que se refiere tal concepto son muchas veces tan cuantiosos y amplios que resultan imprecisos para un estudio filosófico.

En el presente trabajo realizaremos tres tareas para dirigir nuestro estudio por brechas conceptuales claras. Enunciaremos sintéticamente, primero, las conceptualizaciones tradicionales más sobresalientes de los derechos fundamentales, el derecho de gentes, los derechos humanos y el derecho natural. En segundo lugar, describiremos, a la luz de las diversas perspectivas del Estado de Derecho, la interpretación, el origen y la evolución de los «derechos humanos y fundamentales» en sus lineamientos generales. En tercer lugar, realizaremos una breve reflexión en la que sostendremos el surgimiento de un nuevo tipo de derecho de gentes merced a los procesos de integración económica y política regionales.

## **1. Consideraciones metodológicas**

¿Si los derechos fundamentales son el fundamento legitimante del Estado-Nación de Derecho, en qué principios o en qué valores están fundamentados los susodichos derechos?

Una cuestión que tenemos que presuponer al comenzar nuestro estudio es que las diferentes manifestaciones o concepciones de los derechos fundamentales se debe a la existencia de distintas metafísicas de los derechos humanos, o, lo que es lo mismo, se debe a la existencia de diferentes concepciones del mundo que organizan los valores y los principios jurídicos de manera autónoma en sus sistemas constitucionales. De tal modo, cuando la teoría jurídica positivista supone que los derechos fundamentales están exclusivamente fundamentados en el contrato social o en la norma positiva legislada mediante los mecanismos de representación se comete un error lógico denominado como *petitio principii*. Suponen que aquello que fundamenta o se considera la causa de algo puede ser fundamentado a su vez desde el efecto. Esto implicaría que aunque la ciencia jurídica puede fundamentar el paradigma del Estado de Derecho desde los derechos fundamentales, no tiene soberanía para reflexionar acerca del fundamento de los derechos fundamentales (o los derechos humanos), pues aquella materia es indisponible

para una ciencia que presupone la objetividad absoluta de tales realidades desde la respuesta que otorga su particular sistema jurídico positivo.

El momento constituyente es el punto del cual brota el análisis positivo de los derechos humanos entendidos como derechos fundamentales, manteniéndose un velo de ignorancia respecto al proceso, a los valores y principios, que sostienen metafísicamente a esos mismos sistemas jurídicos. La ciencia del derecho, entendida como ciencia positiva, asume que el proceso constituyente consiste en algo así como un consenso de ángeles en el que se establecen las máximas y el orden de los valores del sistema jurídico. O bien, en todo caso, se considera al proceso constituyente como un concilio teológico en el que se establece el Credo y la Doctrina del Estado-Nación de Derecho. Con dicha proclamación de ortodoxia surge, evidentemente, la posibilidad de la herejía, por decirlo en términos metafóricos.

La fundamentación de los derechos fundamentales es una materia filosófica porque supone el análisis de la orientación paradigmática, la adecuación de los principios y los valores en un sistema, así como la explicación del universo simbólico de representación, o concepción del mundo, que plantea un objeto que pretende erigirse como fundante.<sup>10</sup> La ciencia del derecho constitucional puede explicar cómo se articulan los valores y los principios en un sistema jurídico determinado mediante sus peculiares

---

<sup>10</sup> En palabras de Ricoeur, la problematización surgida de la preocupación filosófica puede ser interpretada de la siguiente forma: "En primer lugar se trata de identificar el contexto filosófico inicial que da su sentido a estos derechos y luego investigar, si corresponde, su desarrollo en contextos más adecuados de filosofías y de culturas eventualmente muy distintas de la filosofía y la cultura original en que surgieron". En Ricoeur, Paul, "Fundamentos filosóficos de los derechos humanos: una síntesis", *Los fundamentos filosóficos de los derechos humanos*, p. 11.

mecanismos institucionales. Sin embargo, no puede brindar datos directos, ni siquiera a través de la jurisprudencia, acerca de las concepciones fundantes de las realidades jurídicas que se protegen.<sup>11</sup> La jurisprudencia arrojará, en algunos casos, sobre todo en sentencias que incluyan la técnica de la ponderación, datos sobre el valor de los principios protegidos en un caso específico. Sin embargo, su forma de explicación se encuadra en el propio sistema constitucional que considerará a la doctrina jurisprudencial como fuente legítima de derecho positivo. De tal modo, en lo que respecta a la fundamentación de los derechos humanos, un nuevo velo de ignorancia se tiende a través de la jurisprudencia.

Cuando queremos saber cómo se desarrolla la fundamentación del Estado-Nación de Derecho es necesario acudir a los planteamientos de algún constitucionalista para entender de qué forma están protegidos los derechos en el sistema jurídico de la nación en cuestión. Esto nos deja ver inmediatamente que los derechos fundamentales son siempre realidades jurídicas expresadas en la codificación de un sistema constitucional en específico, es decir, en el del aparato estatal al que se refiere. En este sentido, la cuestión de los derechos fundamentales es un tema de derecho positivo en tanto que se refiere a la manera en la que tales principios aparecen expresados en el contrato fundante

---

<sup>11</sup> “La interpretación de los derechos humanos no se limita (como sería el caso en una interpretación de derecho positivo) a interpretar normas dadas sino que apunta más bien a encontrar normas a partir de una situación que aún no es en sí misma normativa, indicando ciertas líneas según las cuales deberán establecerse leyes...“Si es necesario hablar, de la manera que sea, de derechos humanos, hay que admitir que existen derechos que no derivan de la legislación positiva de los estados. En efecto, esta legislación misma es la que debe juzgarse a la luz de los derechos humanos y si éstos no tuvieran otras fuentes nos encontraríamos ante un círculo vicioso””. En Mathieu, Vittorio, “Prolegómenos a un estudio de los derechos humanos desde el punto de vista de la comunidad internacional”, en *Los fundamentos filosóficos de los derechos humanos*, p. 46.

de una sociedad política o Nación determinada. Entendemos entonces que aquella sociedad política ha decidido proteger ciertos valores y principios que considera imprescindibles para el desarrollo de la vida social que nace en su seno. Los individuos son protegidos por el Estado al ser considerado una construcción social que ha surgido precisamente de la necesidad de ofrecer garantías a una serie de *derechos-libertades* sustanciales. Así, la sociedad política crearía para su garantía una serie de instituciones y organismos cuya tarea es la vigilancia de los derechos constitucionales. Toda constitución moderna, escrita o no escrita, presupone, primeramente, una serie de derechos fundamentales anteriores a la formación del Estado, y, por ende, la necesidad de su protección<sup>12</sup>; así como el desarrollo de dichos derechos esenciales en la delegación de funciones a un sistema autoritativo central (el Estado) que se encargará de gestionar la dinámica social mediante el monopolio legítimo de la violencia.<sup>13</sup>

La constitución política de un Estado de Derecho se considera simbólicamente el producto de una convención social en la que se establece una especie de marco o ley de leyes para regular la vida común. Dos operaciones básicas se realizan entonces: la declaración de derechos y la creación del Estado-Nación a partir de la delegación de funciones en los

---

<sup>12</sup> “El derecho natural, entendido como ideal de justicia, queda centrado sobre el individuo y, así, no es de extrañar que tienda a ser formulado como facultades que ese mismo individuo puede hacer valer para protegerse frente a la colectividad”. En Díez-Picazo, Luis María, *Sistema de Derechos Fundamentales*, Civitas, Madrid, 2003, p.28.

<sup>13</sup> Sobre este tema un texto interesante es Zagrebelsky, Gustavo, “Del Estado de Derecho al Estado Constitucional”, en *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*, Trotta, Madrid, 1995, pp. 21-45.

representantes y servidores públicos.<sup>14</sup> *Al poseer el monopolio legítimo de la violencia, el Estado se diferencia de una mera asociación de bandidos por el hecho de que, al menos en teoría, se autoriza se encuentra justificada racionalmente.*

La aparición del Estado de Derecho puede ser entendida a través de tres paradigmas cardinales.

Primero, por medio de un paradigma tradicional, el inglés, en el que dicha aparición viene dada a través de elementos de negociación feudales y el establecimiento de una jurisprudencia que procura la adaptación del sistema jurídico al cambio de los tiempos de una manera paulatina y gradual.

Por otro lado, podemos entenderlo a través un paradigma radical de rompimiento con el sistema feudal y la consolidación de una forma burguesa de producción en el modelo francés. Aquí podemos ver, entre otras cosas, el surgimiento de una sociedad que aniquila los cimientos de la sociedad estamental y los privilegios, estableciendo mediante un movimiento revolucionario el nacimiento de una nueva época que encarna unos valores radicalmente diferentes a los pretéritos. Es ejemplar que para representar esta

---

<sup>14</sup> “Una explicación de la constitución que la haga irrelevante de esta forma, que la subordine a otros estándares, como el de la mejor democracia alcanzable, no puede ser una explicación plausible de la fuerza obligatoria de la constitución. Para explicar la constitución, necesitamos una narrativa que la presente como la última palabra respecto de las dos preguntas sobre cómo debería funcionar el gobierno y qué derechos deberían tener sus ciudadanos”, Rosenkratz, Carlos, “La teoría epistémica de la democracia revisitada”, en *Democracia deliberativa y derechos humanos*, p. 289.

fractura entre el antiguo y el nuevo régimen, el movimiento revolucionario francés se haya atrevido a cambiar hasta su sistema de medición del tiempo en la formación de un calendario propio que empezaba no con el nacimiento de Cristo sino con el nacimiento del régimen político moderno.

Por último, a través de un paradigma sintético que combina la consolidación de las fuentes tradicionales y el establecimiento de un orden moderno para proteger esos valores. El constitucionalismo norteamericano, al parecer de Fioravanti,<sup>15</sup> constituye una tercera alternativa del modelo constitucionalista. Una serie de propiedades comunes tienen entre sí estos sistemas constitucionales: la separación de poderes, la protección de los derechos fundamentales, y la erección de una serie de mecanismos para evitar la tiranía y el despotismo.<sup>16</sup>

---

<sup>15</sup> “Mientras en los Estados Unidos los derechos están en la constitución y el arbitrio puede provenir de los poderes del Estado, en la Europa continental los derechos están en el Estado y el arbitrio puede provenir del poder constituyente, del contrato social, de la constitución como fruto de las voluntades de los individuos y las fuerzas sociales”. En Fioravanti, Mauricio, *Los derechos fundamentales. Apuntes de historia de las constituciones*, Trotta, Madrid, 1996, p. 105

<sup>16</sup> “El constitucionalismo *lato sensu* afirma la necesidad en todo Estado de una Constitución, como medio para evitar el despotismo; el constitucionalismo *stricto sensu* añade, a la existencia de una Constitución, el hecho de que ésta esté basada en ciertos principios encaminados a impedir el despotismo o a garantizar la libertad política; el constitucionalismo *strictissimo sensu* afirma la necesidad del control de constitucionalidad de las leyes como medio imprescindible para alcanzar los objetivos a los que se acaba de aludir”. En Troper, Michel, “El concepto de constitucionalismo y la moderna teoría del Derecho”, en *Por una teoría jurídica del Estado*, Dykinson, Madrid, 2001, pp. 183-184. “En cuanto a la legitimidad, el constitucionalismo está ligado a los principios iusnaturalistas mediante la racionalización del Derecho vigente, y a la revolución democrática de la segunda mitad del setecientos que deja de fundamentar a aquélla en el consenso racional de los ciudadanos. Por lo que respecta a la función, se desea una Constitución escrita destinada a impedir un gobierno arbitrario, instaurar un gobierno limitado y garantizar los derechos de los ciudadanos para evitar que sean violados por el Estado”. En Garrido Gómez, María Isabel, *Derechos fundamentales y Estado Social y Democrático de Derecho*, Dilex, Madrid, 2007, p. 50.

En el presente trabajo, lo que intentamos hacer, como dijimos, es una *reflexión de filosofía política y jurídica en la que analizaremos los fundamentos filosóficos que aparecen expresados en los distintos tipos de derechos*. Intentaremos trazar algunas líneas de reflexión en lo referente a la fundamentación del fundamento del Estado-Nación de Derecho. Más que una tesis formal y tradicional en la que se pretenda defender una serie de principios incuestionables, lo que buscamos realizar es un ejercicio ensayístico en el que propongamos algunas líneas de reflexión que puedan ayudarnos a entender la diferencia entre derecho natural, derechos humanos, derechos fundamentales y derecho de gentes.

Así, pretendemos exponer principalmente que *los derechos fundamentales pueden ser explicados única y exclusivamente a partir de los derechos humanos, pero no a la inversa*. En otros términos, si los derechos humanos son considerados como ideales o paradigmas consolidados para la humanidad en su conjunto, los derechos fundamentales aparecen como la materialización de dichas ideas en la protección que un Estado-Nación de Derecho realiza respecto a sus ciudadanos.

Cuando hablamos de la diferencia entre derechos humanos y fundamentales se presente frente a nosotros la clara distinción antigua entre derecho natural y derecho positivo. Cuando nos referimos a los derechos fundamentales en una lógica positiva lo que hacemos realmente es pretender explicar la consolidación de algunas instituciones en un sistema jurídico en

específico. Cuando hablamos de derechos humanos no nos referimos a la naturaleza de ningún sistema jurídico en específico, nos referimos a esa constante que aparece codificada en los sistemas filosóficos como naturaleza humana. Hablar de derechos humanos implica, en otras palabras, referirnos a toda esa serie de propiedades esenciales y accidentales que las concepciones del mundo consideran operantes de la dimensión ideológica de los sistemas jurídicos. En otras palabras, pensamos que mientras que el análisis del derecho positivo presupone esos valores ideológicos y explica su desarrollo, lo que debe hacer la filosofía del derecho es explicar el fundamento de tales valores ideológicos en la erección de concepciones del mundo determinadas. Nadie puede negar, por ejemplo, el valor ideológico de Locke en el constitucionalismo inglés, ni el de Rosseau en el francés, o el de Madison y Hamilton en el americano. Como bien lo explicaba Madison, el constitucionalismo moderno se diferencia del antiguo en el hecho de que ha convertido a la democracia no sólo en un régimen material, sino que le ha dado la posibilidad de ser persistente a pesar del tiempo.<sup>17</sup>

Aparentemente, la gran conquista política del mundo occidental es la fusión del Estado-Nación de Derecho con la democracia representativa, aunque a veces es comprometida con la violación sistemática de los derechos humanos de ciertos sectores desprotegidos históricamente como los

---

<sup>17</sup> Consultar Holmes, S, "El precompromiso y la paradoja de la democracia", en Elster y Slagstad, *Constitucionalismo y democracia*, Fondo de Cultura Económica, México, 1999, pp. 217-262.

extranjeros. La criatura que se ha gestado de tal unión son los derechos fundamentales según su concepción nacional-estatalista.

Nosotros explicaremos aquí, brevemente, cómo puede ser entendida esa conquista que es el Estado-Nación de Derecho concebida como el núcleo del que nace la fundamentación jurídica de los derechos fundamentales, y el surgimiento de un nuevo derecho de gentes que augura la conquista regional de ciertos derechos positivos por mor de la integración económico-jurídica europea, realizando a su vez, una especie de crítica a la integración de las naciones del norte de América.

Veremos, a grandes rasgos, cómo la aparición de un mercado común europeo ha implicado el surgimiento de una supraestructura institucional de defensa de derechos comunitarios, mientras que en el caso del *NAFTA*, firmado entre los países del norte de América, dicha consolidación no se consigue por estar fundada en principios diferentes. Es decir: en una visión rígida y excluyente de los derechos fundamentales que se avala en la defensa del tradicional Estado-Nación de Derecho. Mientras que en Europa se ha consolidado un sistema monetario común, así como, libertad de circulación para mercancías, servicios y personas, y, por ende, un cierto derecho de gentes; en América del Norte se han concedido, paradójicamente, más derechos a los servicios, a los capitales y a las mercancías que a las personas.

## **2. La concepción de los derechos en el esquema constitucionalista**

A grandes rasgos, los dos objetivos que orientan el pensamiento constitucionalista moderno y que fundamentan la racionalidad intrínseca del Estado de Derecho son: la garantía eficaz de los derechos individuales y la división equilibrada entre los poderes estatales. Por decirlo de alguna manera, esos dos aspectos son las condicionantes esenciales o mínimas para asegurar la humanización-racionalización en las relaciones entre Estado, individuos y asociaciones. Los derechos explican cuáles son los valores y los principios en los que se fundamenta el Estado de Derecho, mientras que la división de poderes explica a través de qué mecanismo se asegura la protección de dichos valores y principios. Los derechos representan el concepto que justifica el establecimiento de un Estado de Derecho racional, mientras que la división de poderes desarrolla su principal y originario método de realización.

Las tres tradiciones jurídicas predominantes en el ámbito occidental (británica, norteamericana y europea continental) coinciden en la necesidad de que dichas condiciones estén aseguradas en el Estado de Derecho, si bien su solución la plantean desde distintos frentes. No obstante esas diferencias, la exigencia contemporánea de la corriente constitucionalista es dotar de realidad fáctica a los principios que establece la *Carta de Naciones Unidas (1966)* haciendo uso de todos los mecanismos institucionales posibles. Esto es viable jurídicamente con la creación de reglas formales accesibles a todos los

ciudadanos, para evitar la actuación arbitraria de los poderes estatales en sus relaciones con los individuos y los colectivos en los que se organizan. Desde su origen, las constituciones políticas modernas han tenido como principal aspiración racionalizar las relaciones entre Estado y sociedad para evitar la incertidumbre y la arbitrariedad.

Los derechos humanos significarían, según esta tendencia y *lato sensu*, todas las prerrogativas consideradas como inalienables en el individuo, ya sea considerando la naturaleza de la entidad humana, ya sea por la coherencia interna de ciertos acuerdos nominales mínimos en el régimen jurídico. Por lo mismo, esa serie de prerrogativas serían la condición necesaria para que exista un sometimiento racional de las administraciones públicas y los poderes estatales a una ley general de dimensión nacional e internacional que abarcaría desde la esfera procedimental y administrativa hasta la penal. No cabe duda, en ese sentido, que con la implementación gradual de la democracia en la centuria pasada, se ha generado un fenómeno de homogeneidad respecto a los principios jurídicos que distinguen a esa forma de gobierno de las autocracias, tiranías, totalitarismos y dictaduras.<sup>18</sup>

*Grosso modo* podemos afirmar que las prerrogativas que sustentan la aspiración de proteger los derechos humanos vuelcan operativas mediante los

---

<sup>18</sup> Aunque los estudios que dan muestra de este fenómeno son vastos existen dos textos que, a mi parecer, son representativos. El primero de ellos: Diamond y Plattner (comp.), *El resurgimiento global de la democracia*, Instituto de Investigaciones Sociales, UNAM, México, 1996. En especial el capítulo 3: "¿Qué es ...y qué no es la democracia?", pp. 37-49. En segundo lugar: Dahl, Robert, "¿Qué condiciones de fondo favorecen a la democracia?, en *Democracia: una guía para los ciudadanos*, Taurus, Madrid, 1999, pp.117-137.

principios generales del derecho, eliminando las fuentes consuetudinarias que atentan contra la dignidad humana. En el fondo del pensamiento constitucionalista está presente la exigencia de que los individuos y los Estados mantengan relaciones humanitarias a través de un sistema normativo claro y transparente, pues solamente de esa manera se puede prevenir la arbitrariedad y el abuso de poder.

Entre las pretensiones normativas del constitucionalismo, en relación con la defensa de los derechos humanos, podemos enumerar al menos tres que son de vital importancia. En primer lugar, exige la creación de cualquier tipo de constitución que sea capaz de limitar el poder y prevenir el despotismo mediante reglas claras. En segundo lugar, exige la garantía de los derechos fundamentales mediante un sistema de pesos y contrapesos, para que ningún poder estatal extralimite sus facultades oprimiendo a los miembros de la sociedad civil. Y en un tercer momento, quizá el más importante para nuestra labor, *pretende garantizar esos derechos por medio del reconocimiento de la prioridad cronológica, axiológica y ontológica de los derechos respecto a la creación y acción del Estado*. Eso último significaría, en otros términos, que en el Estado de Derecho se pretende que una serie de garantías sean consideradas como necesarias para la protección de la entidad humana de tal modo que no puedan ser eliminadas de aquella en el momento de la juridicidad. División de poderes y protección de los derechos constitucionales serían los dos ingredientes esenciales de la receta constitucionalista para asegurar la dignidad humana y el libre desarrollo de la personalidad.

Las interrogantes esenciales para la filosofía en esta serie de representaciones son las siguientes ¿Qué son los derechos humanos

realmente? ¿En qué clase de ideas están fundamentados? ¿De qué forma se vinculan las justificaciones de los derechos con los axiomas doctrinales de una u otra tradición jurídica? ¿Cómo pueden ser explicados racionalmente e independientemente del momento histórico? ¿Cómo es posible que existiendo un consenso acerca de tales derechos haya sistemas filosóficos y jurídicos que den respuesta a esas aspiraciones de formas tan diferentes si se refieren a las mismas realidades?

*La hipótesis sustancial que defenderemos en las siguientes líneas consiste en exponer que conceptos tales como derechos humanos, derechos naturales, derecho de gentes, y derechos fundamentales poseen en la literatura filosófica y jurídica una multiplicidad de significados que hace menos comprensible su esencia y campo de operación. A nuestro parecer no existe, una diferenciación que cumpla con el requisito de fundamentar racionalmente las similitudes y las desemejanzas esenciales. En otros términos, el problema de la fundamentación filosófica requiere, en un primer momento, la exploración de los significados de los conceptos a utilizar. Por lo mismo, elaboraremos una pequeña revisión de las teorías que los hacen intercambiables, y en algunos casos iguales. Recogiendo, a su vez, los esfuerzos teóricos que han intentado trazar surcos nocionales para entender su correcta separación. Intentaremos elaborar una serie de conceptos propios para entender el campo de orientación de cada idea y así adentrarnos posteriormente en el territorio que nos pertenece. Solamente a través de esa aclaración sería correcto abordar, en una segunda instancia, el problema de “la fundamentación de los derechos humanos” con legitimidad.*

### ***3. La fundamentación filosófica de los derechos humanos en el modelo de las generaciones***

Cuando hablamos de la fundamentación filosófica de los derechos humanos buscamos esencialmente uno de dos objetos: establecer los contenidos de la naturaleza humana individual o, bien, de la naturaleza social.

Los defensores que optan por el primer tipo de comprensión sostendrán una tesis sustancialista, pues considerarán que los derechos humanos son anteriores a la creación del Estado. Establecerán, entonces, que los derechos fundamentales son meramente una expresión material específica, pero no una representación absoluta, de los primeros. El individuo, la persona humana, será ontológicamente anterior al Estado por lo que jamás podrán ser sacrificados sus derechos esenciales para conseguir intereses colectivos.

Los segundos, que mientan la objetividad de los derechos humanos desde la naturaleza social, serán los nominalistas. Estos considerarán que los derechos son posteriores al Estado tanto ontológica como cronológicamente. Por ende, entenderán que los derechos fundamentales serán derechos subjetivos reales respecto a los derechos objetivos ideales de la concepción naturalista. Para esta visión, los derechos solamente pueden considerarse verdaderos derechos si existe un Estado-Nación que los cree y que les brinde protección y tutela.

En suma, desde la filosofía, los derechos humanos pueden ser estudiados por medio de una historia del derecho natural que intente explicar los valores, los principios y el sistema dentro del cual se han encuadrado y justificado, pero entendiendo que esas respuestas han sido siempre parciales y perfectibles, del mismo modo que lo es el conocimiento humano o, bien, la conciencia moral de la especie humana. Por su parte, desde el derecho positivo, los derechos fundamentales pueden ser estudiados por medio de una historia del constitucionalismo que intente explicar los logros revolucionarios o reformistas de las llamadas generaciones de derechos fundamentales. Según esta última versión, los derechos fundamentales serán entendidos como conquistas populares, es decir, como reconocimientos que las distintas sociedades han arrebatado a los sectores más empoderados de sus naciones.

Si los derechos fundamentales pueden ser estudiados a partir de una historia constitucional es porque se consideran históricamente como los elementos justificadores de los paradigmas del Estado-Nación de Derecho y de la democracia representativa, a través de su respectiva evolución en el constitucionalismo. En la historia política de occidente, la consolidación de los derechos fundamentales representan verdaderamente logros significativos de la sociedad civil (y por ende, de los individuos) frente al Estado. La fórmula que divide a los derechos fundamentales en generaciones presupone que dichas épocas representan los ideales simbólicos de la revolución francesa, a saber, libertad, igualdad y fraternidad.

Una primera generación considera que los derechos civiles surgen como límites que contienen el poder estatal respecto a la autonomía y subjetividad de los individuos y las asociaciones en las que se agregan las susodichas libertades. Por eso, esa libertad concebida como una libertad negativa en la que se prohíbe que el Estado o lo público interfieran en el ámbito privado. El Estado, a grandes rasgos, tiene una serie de límites que no puede transgredir sin violar con ello su objetivo imprescindible, a saber, la protección de los derechos fundamentales. Las libertades civiles serán sincretizadas en la erección del derecho subjetivo que otorga facultades inalienables a los individuos como lo son la libertad sobre la propia persona y sobre los bienes; por lo que aquí surge también el derecho a la propiedad, a la libertad contractual, a la asociación, la libertad de expresión y conciencia.

Los derechos políticos, por su parte, reconocen en cierto sentido una especie de libertad positiva *sui generis* y parcial que parte de la premisa que considera que el poder estatal debe estar fundado-legitimado en las voluntades a las cuales rige. *Los derechos políticos son aquellos que ligan a los poderes públicos con la nación política a través de la categoría divinizada de la soberanía popular.* De tal manera, solamente la sociedad política o la nación, aquellos individuos que están facultados positivamente para ser representados, tendrían la posibilidad de legitimar el sistema de gobierno que les rige. Así, se realiza el ideal de la libertad según los principios revolucionarios franceses. El logro de la humanidad es realmente el logro del ciudadano. Los ciudadanos

franceses se hacen ciudadanos y participes de un universo jurídico racional pagando el precio de declarar al resto del mundo, entre ellos a las mujeres, como extranjeros o no ciudadanos. La igualdad, entonces, se convierte en igualdad entre ciudadanos y desigualdad respecto al resto de las personas humanas.

Una tercera generación de derechos, los derechos económicos y sociales, a los cuales a veces se les ha catalogado como derechos fundamentales y a veces simplemente como principios rectores del constitucionalismo del Estado de Derecho Social, vendrían a superar la igualdad formal expresada en términos civiles como igualdad ante la ley y en términos políticos como sufragio universal. Este tipo de derechos buscaría la materialización de una cierta equidad en lo referente a la distribución de la riqueza generada en una nación, por lo que concederá a sus ciudadanos una serie de derechos-crédito operados por un Estado activo. Así surge el derecho a la salud, a la educación y al trabajo, por poner algunos ejemplos, como ejes básicos que el poder legislativo y el ejecutivo deberían promover. La finalidad de estos derechos es asegurar la plena participación en la igualdad formal a partir del establecimiento de una serie de condiciones mínimas de protección de los individuos. Así se realiza el ideal de la fraternidad de la revolución francesa siendo ampliado su significado formal a una expresión material.

#### **4. Las paradojas de los derechos fundamentales**

Una primera aproximación de la cual podemos partir para indagar en la naturaleza de nuestro objeto de estudio puede ser el siguiente: “Los derechos fundamentales constituyen la principal garantía con que cuentan los ciudadanos de un Estado de Derecho de que el sistema jurídico y político en su conjunto se orientará hacia el respeto y la promoción de la persona humana”.<sup>19</sup>

Según esta visión, los derechos fundamentales surgen como una condición necesaria, pero no suficiente, para la realización del Estado de Derecho. Por eso, la condición ciudadana es considerada el lugar de residencia de los derechos fundamentales, pues aquellos estarían expresados en la sección dogmática de toda constitución, y, por ende, presentes en la relación constitucional entre gobernantes y gobernados. Los derechos fundamentales serían entendidos como una serie de principios básicos que sirven para regular la interacción entre el aparato estatal y el ciudadano. Así, en el origen del concepto, los derechos fueron planteados esencialmente como constitucionales. En tanto que los derechos fundamentales se declararían en las constituciones políticas nacionales y en tanto que su vinculación constituiría un enlace entre individuo-norma-estado, podrían ser definidos en primera instancia como derechos individuales de naturaleza constitucional. Su

---

<sup>19</sup> Pérez Luño, Antonio, *Los derechos fundamentales*, Técnos, Madrid, 1988, p. 20.

inmediata referencia a la naturaleza y dignidad de la persona humana es indudable.

La definición mostrada anteriormente parte del supuesto de que los derechos fundamentales nacen con la teoría jurídica moderna del constitucionalismo, ya que precisamente conciben como fuente de aquellos a la idea de constitución contemporánea.

En un artículo filosófico interesante e ilustrador, Javier De Lucas expone que el problema sustancial para la explicación jurídico-filosófica de los derechos fundamentales se encuentra precisamente en que siempre han sido enfocados desde la tradición liberal-individualista. Su planteamiento presume que los derechos fundamentales de los liberales coinciden con la visión burguesa y que, por ende, fijan la posesión de los derechos a la existencia previa de la condición de ciudadanía. En sus propias palabras indica:

“Lo que se pone de manifiesto hoy es la contradicción que alcanza casi los términos de aporía entre el ideal universalista o al menos cosmopolita de los derechos y la ciudadanía como regla de exclusión necesaria (al menos justificada como inevitable) que se aplica a los inmigrantes. La contradicción debida a la presencia de “grupos” crecientes de extranjeros que aparecen tendencialmente, por anticipación y adaptación, como típicos de una sociabilidad y una

ciudadanía nuevas, opuestas a lo nacional. Es la aporía de proclamar el universalismo al tiempo que se apuesta por el *apartheid* respecto a quienes están ya aquí y contribuyen con su trabajo y su cultura a la construcción de un espacio público nuevo, más rico, en el que sin embargo se les niega la presencia en condiciones de igualdad”.<sup>20</sup>

Los derechos fundamentales, al estar enmarcados tradicionalmente en la instancia constitucionalista de la cual se participa si y sólo si se posee la condición de ciudadanía, partirían de la premisa de que solamente los ciudadanos y nadie más que ellos pueden reclamar su protección o restitución. Los derechos fundamentales no estarían entonces referidos al individuo, al ser humano o a la persona humana en general, sino solamente al ciudadano que es reconocido como tal por un Estado-Nación determinado. Derechos fundamentales y ciudadanía serían entonces dos conceptos que se co-implican de forma necesaria.

Con la aparición del criterio de nacionalidad en el establecimiento de los derechos fundamentales surge un proceso de derecho positivo digno de llamar la atención para el observador minucioso. Poseer los derechos fundamentales supone el reconocimiento que el Estado hace de un individuo al considerar que posee un status jurídico en específico. Dicho status jurídico se alcanza esencialmente por la vía del nacimiento o por la naturalización. En un primer

---

<sup>20</sup> En De Lucas, Javier, “Los Derechos Humanos, entre el universalismo y el reconocimiento”, en *Vigencia y futuro de la Declaración Universal de los Derechos Humanos en su 50 aniversario*, Ararterko, Bilbao, 1999, p. 89.

momento, el status jurídico de la ciudadanía dependería del lugar de nacimiento, o bien, de la nacionalidad de los padres o los abuelos. En un segundo caso, mediante un proceso jurídico determinado, un individuo que no cumpla con los requisitos anteriores podría ser traído al nacimiento jurídico-social mediante un reconocimiento institucional de ciudadanía. Detrás de la idea de *naturalización* se encuentra la noción de que es la sociedad política, mediante el Estado, quien está capacitada para dotar de reconocimiento jurídico a una persona humana. Esto significaría que en la noción de derechos fundamentales, en tanto que se esconde el determinante de la nacionalidad, se observa el tipo de relaciones jurídicas expresadas en un pacto social. Sin embargo, los derechos fundamentales no expresan únicamente los valores o principios que son protegidos respecto a un individuo o persona humana que ha llegado a alcanzar la condición ciudadana.

Los derechos fundamentales han sido considerados en muchas ocasiones mediante dos frentes. En la normativa escrita son vistos, por una parte, como una serie de valores objetivos básicos (la doctrina germana los califica de *Grundwert*), pero, por otro lado, son considerados como el marco de protección de las situaciones jurídicas subjetivas. O sea que, la concepción de los derechos fundamentales como derechos subjetivos precomprende un nuevo tipo de derecho objetivo. Los derechos fundamentales simbolizarían, según esta visión, toda esa serie de condiciones morales irrefutables sobre las cuales se constituye la figura jurídica subjetiva y el Estado de Derecho. Tal figura adquiere relevancia y seguridad normativa mediante el fortalecimiento de una serie de valores susceptibles de protección constitucional. La figura jurídica

subjetiva es protegida en su espacio y sus potestades por un Estado que se legitima como asegurador de tales condiciones. El Estado de Derecho es concebido entonces como una institución de instituciones en la que existe el imperio de la ley. En tal contexto, el portador de los derechos constitucionales es toda persona reconocida por el Estado: sea aquella física o jurídica.

Es digno de notar que en esta concepción de los derechos fundamentales el sujeto protegido no es únicamente individual, sino que la noción es extendida hasta las asociaciones y sociedades reconocidas como sujetos morales por el Estado. Según esta fórmula, el sujeto de los derechos fundamentales sería más amplio de lo que comúnmente se cree, razón por la cual no podrían ser reducidos a derechos individuales de naturaleza constitucional.

En una observación bastante certera acerca de la fundamentación y conceptualización filosófica de los derechos humanos y fundamentales, Giuseppe Tosi advierte que existen dos momentos trascendentales para entender el plexo nocional en el cual se enmarca cada uno de ellos. El primero, caracterizado por la defensa de los derechos humanos como derechos naturales del hombre. Según esta concepción, los derechos humanos y constitucionales procederían de un orden supremo que estaría representado y asegurado por el derecho objetivo. Mientras que, en el segundo momento, los derechos humanos empezarían a ser interpretados como derechos

fundamentales, es decir, como derechos que encuentran su razón de ser en el pacto social. En sus propias palabras, explica:

“A partir del fin del Medioevo y el inicio del Renacimiento, el derecho (*ius*) tiene a ser identificado como dominio (*dominium*), que, a su vez, es definido como una facultad (*facultas*) o un poder (*potestas*) del sujeto sobre sí mismo y sobre las cosas. Inicia entonces una concepción que desvincula progresivamente a la libertad individual de la sujeción a un orden natural y divino objetivo, y le confiere una dignidad y un poder propio y original, limitado solamente por el poder igualmente propio y original de otro individuo, sobre el eje de la ley del contrato social”.<sup>21</sup>

De tal manera, el origen del concepto de derechos fundamentales se encontraría en el momento en el que se da la ruptura entre derecho objetivo y derecho subjetivo. Propiamente hablando, los derechos fundamentales encontrarían su razón de ser en el derecho subjetivo, pues se entenderían a aquellos como facultades o potestades que pertenecen al sujeto mismo independientemente del derecho objetivo que se presume universal y omnicomprendivo. El ser humano se desliga así de las visiones que le asignan un puesto en el cosmos para ser él mismo el que se asigna su propio sitio. Al propio tiempo, lo que se esconde detrás de esta fórmula es la caracterización de los derechos fundamentales como derechos constitucionales que

---

<sup>21</sup> Tosi, Giuseppe, “Raíces teológicas dos direitos subjetivos modernos: conceito de dominium no debate sobre a questão indígena no sec XVI”, en *Prima facie*, 2005, vol. 4, número 6, p. 44. (Traducción propia)

pertenece a las personas físicas y morales reconocidas por un Estado determinado, mismas que están fundadas en el marco de un sistema constitucional igualmente definido por los alcances del criterio de nacionalidad.

La cuestión a plantearse en este marco es si la nacionalidad es un criterio que se establece ante o post creación del Estado. En caso de ser post, como habitualmente se cree, cómo sería posible creer en la legitimidad del constituyente. El debate acerca del concepto de *Demos* en la actualidad encierra la problematización del criterio de nacionalidad como regla de inclusión-exclusión en términos parecidos.<sup>22</sup>

Un gran problema que surge de la conceptualización de derechos fundamentales derivada del anterior modelo es que aquellos pueden ser confundidos con los derechos subjetivos o las libertades individuales, remitiendo su validez y existencia a la previa aparición de dos órganos estatales modernos: el legislador y el sancionador o judicial. Sin declaración y sin coacción, bajo esta postura, no existirían los derechos fundamentales. Así entonces, entenderíamos a los derechos fundamentales en su sentido ostensivo, y no sustancial, tal como lo sostienen algunos autores positivistas.

Los derechos fundamentales serían entendidos como derechos constitucionales y meramente positivos que protegen a las (personas físicas y

---

<sup>22</sup> Dos artículos interesantes respecto a esta cuestión, son: Grimm, D. "¿Necesita Europa una Constitución?", en *Debats*, núm. 55, marzo, 1996, pp. 4-20. Y Habermas, "Observaciones a ¿Necesita Europa una Constitución?", en *Debats*, núm. 55, marzo, 1996, pp. 21-24.

jurídicas) en un contexto histórico determinado. Por eso mismo, para Danilo Castellano:

“La lectura de las Declaraciones de derechos y de las constituciones, en efecto, revela inmediatamente: a) que asumen como verdadera, como propia de la realidad, la situación del estado de naturaleza y, por tanto, asumen que la libertad es la libertad negativa; b) que, por consiguiente, fundan la legitimidad del ejercicio del poder social y político en el contrato, en el consenso de los gobernados, entendido como adhesión voluntarista a un proyecto cualquiera, y c) el itinerario delineado por dichas Declaraciones y constituciones desemboca, por tanto, en la tesis según la cual los derechos humanos serían, en última instancia, los derechos reconocidos, establecidos por el Estado”.<sup>23</sup>

Desde el punto de vista de Castellano, los derechos humanos y los derechos fundamentales serían idénticos en este paradigma, ya que tendrían como origen común la creencia de que el pacto positivo es la fuente de la legitimidad de su existencia. Como contraparte, él piensa que los derechos de la persona humana solamente podrían ser legitimados desde el argumento de la naturaleza humana que pertenece al derecho objetivo. Es decir, los derechos fundamentales encuentran su razón de ser en condiciones anteriores al surgimiento del propio Estado, pues en caso contrario el Estado estaría limitándose a sí mismo, lo cual resulta incoherente e ilógico.

---

<sup>23</sup> Castellano, Danilo, *Racionalismo y Derechos Humanos. Sobre la anti-filosofía político-jurídica de la modernidad*, Marcial Pons, Madrid, 2004, p.28.

Tomando en consideración las observaciones anteriores, podemos decir que los derechos fundamentales son la expresión de la dimensión histórica de los derechos humanos. Desde este punto de vista, los derechos humanos son una realidad jurídica que nunca cambia y que permanece inmóvil, mientras que los derechos fundamentales serían una realidad jurídica positiva que cambia y es dinámica. Por eso mismo, mentar la existencia de tales derechos humanos o del hombre significa hablar de la consagración y garantía que hace de aquellos la sociedad política. El respeto a los derechos humanos por la sociedad política y por el Estado asegura la existencia fáctica de los mentados derechos fundamentales vía el cumplimiento de la constitución.

Para Antonio Truyol:

“Decir que hay derechos humanos o derechos del hombre en el contexto histórico-espiritual que es el nuestro, equivale a afirmar que existen derechos fundamentales que el hombre posee por el hecho de ser hombre, por su propia naturaleza y dignidad; derechos que le son inherentes, y que, lejos de nacer de una concesión de la sociedad política, han de ser por ésta consagrados y garantizados”.<sup>24</sup>

Para Truyol, hablar de los derechos humanos históricamente es mentar la forma en la que aquellos aparecen consagrados en tanto que derechos fundamentales. Sin embargo, desde su punto de vista, a lo que se refieren los

---

<sup>24</sup> Truyol, Antonio, *Los derechos humanos*, Técnos, Madrid, 1982, p. 11.

dos es al mismo objeto: la consagración político-jurídica de la naturaleza y la dignidad humana.

Los derechos fundamentales, según la noción anterior, vendrían a ser la expresión de la dimensión histórica de los derechos humanos o del hombre, pues son el resultado de una interpretación que se restringe en el tiempo y en el espacio a las relaciones que mantiene un aparato estatal determinado con su ciudadanía. El instrumento que serviría originalmente para distinguir a los derechos fundamentales de otro tipo de derechos sería la normativa constitucional en su apartado dogmático o doctrinal, siendo en realidad comprendidos como derechos constitucionales que surgen como respuesta a las aspiraciones individuales y sociales del contexto histórico-espiritual.

Desde el punto de vista de Muguerza, a la tesis de Luño le hace falta un agregado sustancial para definir correctamente la diferencia entre derechos humanos y fundamentales. Por lo mismo, indica:

“Lo que por mi parte diría, en resumidas cuentas, es que las exigencias de dignidad, libertad e igualdad recogidas en la definición de los derechos humanos de Pérez Luño son exigencias morales, añadiendo que pasarían a merecer de pleno derecho la denominación de derechos humanos una vez superada la reválida de su reconocimiento jurídico...Las exigencias morales en cuestión vendrían a ser derechos

humanos potenciales, en tanto los derechos humanos serían por su parte exigencias morales satisfechas desde un punto de vista jurídico”.<sup>25</sup>

Para este pensador, la fundamentación y conceptualización filosófica de los derechos humanos y fundamentales tendría que ser moral y no metafísica. Considera, por lo mismo, que la esfera deóntica será mucho más apropiada para obtener nociones universales morales que la propuesta metafísica que intentaba derivar dichas nociones normativas de la naturaleza humana. El gran error de Muguerza, a mi parecer, es ignorar que la posición moral que propone se encuentra sustentada en argumentos metafísicos muy específicos, pues esa interpretación está postulada en la visión que considera que la naturaleza humana se caracteriza fundamentalmente por su participación en la dimensión de la moralidad, la juricidad y la eticidad.

Para Prieto Sanchis, los derechos fundamentales adquieren su verdadero valor merced a la existencia de la soberanía popular, entidad o potencia fantasmagórica que, en todo caso, guardaría en su seno la clave para proteger a los individuos. En sus palabras:

“Los derechos fundamentales sólo adquieren su verdadera dimensión cuando se fundan en un poder constituyente atribuido al pueblo, lo que, si es algo más que una idea metafísica, exige la articulación de una serie de procedimientos jurídicos que garanticen el efectivo y concreto

---

<sup>25</sup> Muguerza, Javier, “La alternativa del disenso (En torno a la fundamentación filosófica de los derechos humanos)”, en *El fundamento de los derechos humanos*, p. 24.

sometimiento a la Constitución de todos los órganos estatales, es decir, del poder constituido”.<sup>26</sup>

Militante de la tesis intersubjetivista moderna desarrollada por Habermas, la propuesta de Prieto Sanchis peca de ingenuidad al pensar que los procesos constituyentes se desarrollaron como una asamblea angélica y que la democracia entendida como voluntad de la mayoría es compatible con el sistema de derechos. La historia del siglo pasado demuestra que sin la existencia de unos derechos inaccesibles al legislador es imposible garantizar las condiciones mínimas del desarrollo democrático a lo largo del tiempo.

Gregorio Peces Barba, una autoridad en el terreno de la teoría de los derechos fundamentales en los países de habla hispana, considera que la existencia de aquellos se justifica desde la moralidad humanista de la libertad y la dignidad. En sus propios términos:

“Los derechos fundamentales que se originan y se fundan en la moralidad y que desembocan en el derecho lo hacen a través del Estado, que es punto de referencia de la realidad jurídica a partir del tránsito a la modernidad. Sin el apoyo del Estado, esos valores morales no se convierten en Derecho positivo, y por consiguiente, carecen de

---

<sup>26</sup> Prieto Sanchis, Luis, *Estudio sobre derechos fundamentales*, Debate, Madrid, 1990, p. 99.

fuerza para orientar la vida social en un sentido que favorezca la finalidad moral”.<sup>27</sup>

Desde su punto de vista, los derechos fundamentales constituyen una exigencia moral que es elevada al rango de juridicidad por el Estado. Influida por el pensamiento constitucional inglés y ligeramente por la escuela filosófica analítica, la propuesta de Peces Barba ha encontrado eco en la fundamentación contemporánea de los derechos humanos y fundamentales por el desarrollo histórico que le sustenta. Aún así, un dato que se echa en falta en su teoría es el desenvolvimiento conceptual de los contenidos que se refieren a la susodicha “moralidad”. Contrariamente a una postura radicalmente racionalista en la que se establezca que la moralidad es un saber epistémico con un núcleo fuerte de fundamentación, la postura de Peces Barba peca de ingenuidad al considerar que los molinos de la historia muelen por sí mismos en un sentido positivo para la dignidad humana. Quizá su mayor error sea precisamente ese historicismo que presupone y que pocas veces ha sido criticado.

---

<sup>27</sup> Peces-Barba, Gregorio, *Curso de derechos fundamentales. Teoría general*, Universidad Carlos III, Madrid, 1995, p. 105.

**a) Los derechos fundamentales en las tradiciones constitucionales**

Acotadas una serie de nociones tradicionales respecto al concepto de derechos fundamentales en su relación con los derechos humanos, resulta preciso analizar nuestro objeto de estudio a partir de las dos doctrinas del Estado de Derecho vigentes en el mundo occidental. Eso, a grandes rasgos, es lo que intentaremos hacer en las siguientes líneas.

En el centro de la discusión respecto al concepto de derechos fundamentales se encuentra la disputa entre la doctrina liberal y la doctrina social del derecho. Para los defensores de la primera tesis, los derechos fundamentales se identifican con el conjunto de derechos-libertades que el Estado reconoce a las personas (físicas y jurídicas) no interfiriendo en la realización de la susodicha libertad. Es decir, para los liberales los derechos fundamentales existen como una serie de potestades que el individuo y los colectivos no ceden en ningún momento al aparato estatal y a sus mecanismos de operación. Los derechos fundamentales, según esta versión, por ningún otro elemento podrían ser identificados de mejor manera que por la incapacidad legal del Estado de interferir en su realización.

Para los defensores de la tesis social, los derechos fundamentales no pueden ser reducidos a derechos-libertades en donde el Estado permite que el juego social se desarrolle sin su intromisión. Opuestamente, según la visión

social, la existencia de los derechos fundamentales y su realización, requiere en algunos casos específicos la intervención del aparato estatal para poder ser protegidos. Derechos relacionados con tal plexo son los referentes al ámbito económico-social, cultural y medioambiental sustancialmente. Por lo mismo, en este paradigma, existen también una serie de derechos entendidos como créditos.

Dentro de la teoría liberal, uno de los defensores más emblemáticos que podemos encontrar en la teoría político-democrática actual es Robert Dahl. La democracia moderna de raigambre liberal igualaría los derechos fundamentales con los derechos civiles. De tal manera, la protección exclusiva de los derechos civiles sería la garantía con la que contarían los individuos y las minorías para que sus intereses estuvieran asegurados en el proceso democrático y representativo. El aseguramiento de la pulcritud en el proceso de elección de gobernantes sería, al final de cuentas, la gran diferencia entre la democracia de los antiguos y la de los modernos, siendo su brecha indistinguible la existencia de una serie de derechos constitucionales reconocidos a la persona física: el ciudadano. Es decir, la democracia de los antiguos sería entendida como un proceso de selección de gobernantes menos inclusivo, teóricamente, que el que ofrecen las democracias representativas contemporáneas.

Los requisitos que establece Dahl para hablar de una democracia liberal representativa o “poliarquía”, *stricto sensu*, no los mencionaremos en este texto. Basta decir que aquellos asegurarían, *grosso modo*, el sufragio universal

y efectivo vía elecciones limpias, transparentes y frecuentes, así como la libertad de asociación y de información simétrica. Lo importante del planteamiento de Dahl es que el lugar en el que se realizan los derechos fundamentales de manera perfecta es en el momento de la elección de los gobernantes. Por eso mismo, los derechos fundamentales serán vistos como consustanciales a la condición ciudadana, e imposibles de ser explicados desde otro frente. El ciudadano poseería los derechos fundamentales para permanecer protegido ante las posibles intromisiones del Estado en su libertad civil y porque, por medio de las elecciones, realiza una especie de fundamentación vertical del régimen político y sus operantes.

El planteamiento de la tesis liberal respecto a la democracia puede ser reducido a la siguiente fórmula: las normas más benévolas y bien implantadas de una cultura cívica se deben pensar más bien como un producto de la democracia y no como productoras de ésta. Desde el punto de vista de los liberales, la protección y el aseguramiento de los derechos civiles (a los que ellos interpretan como análogos a los derechos fundamentales) sería el resultado de la implantación de la democracia, no su causa. La democracia moderna, según esta tesis, tendría que erigirse como la defensora de la sociedad civil y, por ende, de la categoría jurídica por la cual se le conceden derechos subjetivos a los sujetos: la ciudadanía. La democracia representativa, en su versión moderna, podría ser considerada entonces como el gobierno indirecto de los ciudadanos que se realiza vía electoral: ya sea castigando, ya sea aprobando a sus autoridades. La ciudadanía, según este concepto, de ninguna forma se podría entender de mejor manera que como aquel conjunto

de electores que interactúan y hacen posible un sistema de partidos y un sistema electoral.

Una de las críticas mejor fundadas a ese concepto reduccionista de los derechos fundamentales, proviene del pensamiento de Pérez Luño. Desde su punto de vista, con el desarrollo del ideal social-democrático en Europa se ha dejado de concebir a los derechos fundamentales como la mera institucionalización de los parámetros básicos de convivencia en donde el Estado acuerda no intervenir. En sus palabras: “Los derechos fundamentales han dejado de ser meros límites al ejercicio del poder público, o sea, garantías negativas de los derechos individuales, para devenir un conjunto de valores o fines directivos de la acción positiva de los poderes públicos”.<sup>28</sup>

Desde el punto de vista de este autor, el concepto de derechos fundamentales en la época contemporánea ha sufrido un desarrollo sustancial en lo referente a su contenido. Como derechos fundamentales se entenderían entonces no solamente las garantías negativas reconocidas constitucionalmente (derechos civiles), sino que también estarían dentro de aquel concepto el conjunto de garantías sociales, económicas y culturales en donde el estado participa para asegurar su promoción y protección. Ambos términos, no obstante su creación por medios constitucionales, necesitarían ser desarrollados por vía legislativa, en algunos casos a nivel orgánico.

---

<sup>28</sup> Pérez Luño, Antonio, *Los derechos fundamentales*, p. 21.

Para Pérez Luño: “En el horizonte del constitucionalismo actual los derechos fundamentales desempeñan una doble función: en el plano *subjetivo* siguen actuando como garantías de la libertad individual, si bien a este papel clásico se aúna ahora la defensa de los aspectos sociales y colectivos de la subjetividad, mientras que en el *objetivo* han asumido una dimensión institucional a partir de la cual su contenido debe funcionalizarse para la consecución de los fines y valores constitucionalmente proclamados”.<sup>29</sup> Esto quiere decir, a grandes rasgos, que un concepto actual de derechos fundamentales no puede identificarlos con las meras libertades públicas propias de la tesis liberal. Opuestamente, aquellos derechos fundamentales estarían garantizados por el ordenamiento jurídico positivo, en la mayor parte de los casos en su normativa constitucional o en el desarrollo de la legalidad orgánica, y suelen gozar de una tutela reforzada con la participación del Estado en la configuración de la vida social. Por las razones expuestas anteriormente, sentencia:

“La noción de los derechos fundamentales que aquí se propone no coincide con la de las libertades públicas con la que, en ocasiones, se la confunde. Al igual que los derechos fundamentales, las libertades públicas aluden a facultades y situaciones subjetivas reconocidas por el ordenamiento jurídico; ambas categorías, por tanto, se mueven en la esfera de la positividad. Sin embargo, mientras las libertades públicas se refieren a los derechos tradicionales de signo individual y tienen como finalidad prioritaria el garantizar las esferas de autonomía subjetiva, los

---

<sup>29</sup> *Ibid*, p. 25.

derechos fundamentales, como anteriormente se ha indicado, tienen un significado más amplio, y comprenden, junto a las libertades tradicionales, los nuevos derechos de carácter económico, social y cultural”.<sup>30</sup>

No está de más indicar que la propuesta de Pérez Luño para una conceptualización contemporánea de los derechos fundamentales se encuentra influenciada por la creación de la *Carta Internacional de los Derechos Humanos* que fue proclamada en diciembre de 1966. Desde su punto de vista, una serie de pactos internacionales respecto al cumplimiento de derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales constituirían el verdadero catálogo que recogería, al menos idealmente, toda la serie de garantías que los Estados contemporáneos tendrían que garantizar a sus ciudadanos.

De tal manera, la cuestión de los derechos fundamentales dejaría de pertenecer exclusivamente al campo de operación de un Estado-Nación determinado, para reposar en una serie de condiciones internacionales mínimas que la comunidad de naciones exige para sus estados miembros. Por la misma razón, existen estudiosos que consideran que “La controversia en la actualidad gira más bien en torno a dos cuestiones: en primer lugar, sobre la interpretación del proceso a través del cual la Declaración se ha convertido en vinculante; y, en segundo lugar, se discute si todos los derechos proclamados

---

<sup>30</sup> *Ibid*, p. 51.

en la Declaración son vinculantes para los estados y si lo son en toda circunstancia”.<sup>31</sup>

A la par del concepto de democracia mínima o procedimental, surge un cierto desarrollo o despliegue de la idea sustancial del régimen por causa de lo que se llama *socialización*. Aquella consiste en el abarcamiento de otras instituciones sociales privadas en los procedimientos del poder político y en la instauración de una igualdad efectiva en los beneficios. Es decir, la socialización se entiende como un desarrollo de la democracia en tanto que no considera solamente la igualdad formal de oportunidades. La socialización buscaría, según esta perspectiva, que al lado de la igualdad formal establecida en el Estado de Derecho se erija una cierta igualdad material respecto a los beneficios del sistema político, social, cultural, pero sobre todo económico.

La socialización comprende, por lo dicho, dos conceptos sustanciales: democracia social y democracia económica. La primera “consiste en convertir en ciudadanos a los obreros en las fábricas, los estudiantes en las escuelas y universidades, los miembros de asociaciones de intereses, los adeptos de los partidos políticos, los beneficiarios de las prestaciones estatales..., ad infinitum”.<sup>32</sup> La segunda “se refiere al suministro de iguales beneficios a la población a partir de los bienes y servicios generados por la sociedad”.<sup>33</sup>

---

<sup>31</sup> Oraá, Jaime, “Algunas reflexiones en torno al valor jurídico de la Declaración Universal de los Derechos Humanos”, p. 116.

<sup>32</sup> O’Donell, Schmitter, *Transiciones desde un gobierno autoritario*, Paidós, p. 28.

<sup>33</sup> *Ibidem*,

***b) Hacia una conceptualización posmoderna de los derechos fundamentales***

Llevar a cabo actualmente una conceptualización racional de los derechos fundamentales requiere tener en consideración el origen de esa realidad jurídica, pero también su desarrollo con el paso del tiempo. En el presente apartado hemos presentado diversas concepciones. En primer lugar, aquella tradición que los ubica como derechos individuales de raigambre constitucional. Dicho concepto nace con la tradición constitucionalista que busca regular la relación entre gobernantes y gobernados, para que los individuos y las organizaciones que están a cargo del aparato estatal no abusen del poder. La protección de los derechos fundamentales, aún hoy, toma en consideración esa exigencia, aunque en el plano concreto la supera.

Un segundo concepto de derechos fundamentales pone en evidencia su origen a partir de la ruptura entre derecho objetivo y derecho subjetivo. Contrariamente a la doctrina que los asimila como derechos naturales del ser humano, el derecho subjetivo los considera como derechos positivos que se remiten a la condición ciudadana. Ello sugiere que *el primer derecho fundamental por excelencia es el derecho a ser sujeto de derechos y responsabilidades en el contexto de un aparato jurídico en específico*. Para la tradición moderna, los derechos fundamentales serían entonces el resultado del pacto social mediante el cual los individuos son protegidos en su condición de ciudadanía. Por lo mismo, cabe decir que los derechos fundamentales aún

en la actualidad siguen residiendo en la susodicha condición y en la existencia de un aparato estatal que, vía separación de poderes e imperio de la ley, asegure su protección.

Un tercer concepto desliga a los derechos fundamentales de la mera condición ciudadana y los extiende a todas las personas jurídicas reconocidas por el Estado. Por el mismo motivo, el sujeto de los derechos fundamentales se introduce en dos procesos diferentes, pero no necesariamente paralelos. Por un lado, el proceso de desarrollo a nivel interno en las constituciones políticas, en las normas estatales, autonómicas y en las regulaciones normativas de las empresas y las entidades jurídico-públicas y también privadas. El segundo proceso es el de internacionalización, mediante las cartas de derechos y los tratados internacionales que establecen un mínimo común de acuerdo en torno al respeto que los estados miembros de una integración económico-monetaria deben a las personas jurídicas. Este doble proceso pone en evidencia que la naturaleza de los catálogos de derechos fundamentales es la movilidad y el cambio. En este rubro se llega a hablar de derechos de primera, segunda, tercera y hasta cuarta generación.

Con el nacimiento de los tribunales constitucionales a nivel nacional se ha conseguido establecer una cierta jurisprudencia en la que se explican los contenidos materiales de dichos derechos fundamentales en la escala constitucional. Pero lo característico del momento histórico es la aparición de tribunales de derechos humanos regionales como en el caso europeo. Esto

implica, necesariamente, concebir a los derechos fundamentales como una categoría que no puede ser explicada única y exclusivamente a través de las estructuras estatales. Opuestamente, la configuración de los derechos fundamentales, tanto a nivel interno como internacional, está atravesando por un proceso de homogeneización en el cual la voluntad y los acuerdos entre las distintas comunidades internacionales tienen un papel trascendental. Hablar de protección multinivel de derechos fundamentales es lo característico de nuestra época por esas razones.

## **5. Nociones de la concepción de derecho natural**

Plantear actualmente la teoría del derecho natural parecer bajo cierta luz doctrinal un intento por resucitar de los archivos de la historia del pensamiento filosófico una carpeta cerrada. El problema teórico del derecho natural se consideraba resuelto y superado por las tesis provenientes del positivismo. Efectivamente, de esa manera se pensó durante mucho tiempo en el cenit del pensamiento analítico por considerar incontrovertible la famosa tesis de Hume en la que se planteaba la presumible “falacia naturalista”.

A grandes rasgos, dicha tesis sostiene que es imposible argumentar que de la dimensión del ser se pueda dar un paso, sin más, a la dimensión del deber ser. O en otras palabras, dicha tesis sostendría que:

“Todos los sistemas éticos o jurídicos que pretenden fundar el contenido de las normas morales o jurídicas en la naturaleza de las cosas humanas, incurrirían inevitablemente en la falacia de pretender derivar proposiciones deónticas o estimativas de proposiciones enunciativas de situaciones o estados de las cosas”.<sup>34</sup>

---

<sup>34</sup> Massini Correas, Carlos, *La ley natural y su interpretación contemporánea*, Universidad de Navarra, Pamplona, 2006, p. 46.

Con ello, los *iuspositivistas* consideraban que todo tipo de derecho es derecho positivo, ya que no habría posibilidad de establecer la justicia o injusticia absolutas de ningún sistema jurídico. De esa forma, el pensamiento analítico desvinculo al Derecho de la Justicia, y se empezó a predicar una teoría relativista según la cual los términos de justicia serían particulares a cada sociedad. Por la misma razón, y con gran visión, Höffe señala: “Para que el positivismo jurídico y político no sea sólo un simple mito es necesario que estos teóricos del derecho desarrollen un concepto de derecho y del Estado que no deje ningún lugar a la justicia. Sólo esta teoría de derecho es propiamente positiva”.<sup>35</sup>

Sin embargo, dicha proposición acerca de la “falacia naturalista” ha sido sustancialmente matizada y replanteada debido a los hechos históricos acontecidos el siglo pasado a escala mundial. El gran ejemplo de las dos conflagraciones mundiales hizo patente que sistemas jurídicos sustancialmente inadecuados a la entidad humana como las leyes clasistas del stalinismo, las leyes racistas del nazismo o las del *apartheid* no podían ser consideradas como Derecho en el estricto sentido de la palabra.<sup>36</sup> Es decir, una serie de

---

<sup>35</sup> Höffe, O, *Justice Politique*, PUF, París, 1991, p. 85. (traducción propia)

<sup>36</sup> Bustos Gisbert acierta en algo fundamental al afirmar que el desarrollo de los derechos humanos en Europa arranca después de concluida la segunda guerra mundial al buscarse construir una paz duradera con dos campos de actuación: “Por una parte, se intentó conseguir la protección internacional de la democracia, los derechos humanos y el respeto al Estado de Derecho. Esta línea de actuación culmina con la creación del Consejo de Europa en 1949 y la aprobación en Roma del CEDH en 1950. Por otra parte, se persigue una integración económica que alivie las tensiones entre los Estados europeos, integración comenzada con el Tratado de la Comunidad Económica del Carbón y del Acero (CECA) en 1952 y continuada con el tratado de la Comunidad Económica Europea y la Comunidad de la Energía Atómica en 1957. En Bustos Gisbert, Rafael, “Diálogos jurisdiccionales en escenarios de pluralismo constitucional: La protección supranacional de los derechos en Europa!, en *El Consejo de la Judicatura*, [en línea], México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1996, 05/09/2001, [citado

hechos históricos enfatizados con la actividad sistemática de la discriminación plantearon la necesidad de establecer una nueva reflexión respecto a ciertos derechos que todos los individuos deben poseer por el simple hecho de pertenecer a la familia humana. En suma, se ha llegado a pensar que el mero cumplimiento de ciertas garantías procesales no es suficiente para fundamentar ni asegurar los derechos humanos. Justificar una serie de derechos universales, inalienables e imprescriptibles nos colocó en la necesidad de reconsiderar la existencia de una naturaleza humana común, aunque fuera en una versión mucho más depurada que en el pasado.

Entre las causas ético-políticas de la crisis y del colapso de la teoría iuspositivista, y con ello de la de los derechos fundamentales reducidos a su fuente positiva que negaba la anterioridad ontológica de ciertos derechos a los individuos frente a la creación del Estado, está indudablemente el rechazo moral que provocaron los regímenes totalitarios entre la comunidad internacional. Los delitos considerados de *lesa humanidad* fueron determinantes para considerar que era necesario replantear nuevamente la existencia de una serie de principios universales operantes de la razón práctica y, con ello, de la juridicidad. De hecho, históricamente la supuesta universalización de los derechos humanos mediante un mecanismo ostensivo como lo es la Carta de la ONU (1966) fue solamente una consecuencia de esa exigencia, misma que se ha ido cristalizando paulatinamente con su incorporación gradual como fuente de soluciones jurídicas materiales.

La declaración universal es una victoria cosmopolita para todas las personas y las sociedades civiles del *orbe*. Si algo ha revitalizado dicho documento internacional es el debate acerca de las fuentes del derecho internacional e interno, considerando que puede existir un origen común y compartido que en lugar de situarlos en una escala jerárquica puede organizarlos en otro tipo de esquema.<sup>37</sup> Con la internacionalización de los derechos fundamentales se ha iniciado un nuevo debate en el que se considera la posibilidad de la existencia de un cierto derecho natural con sus respectivas limitaciones. No hay que olvidar, sin embargo, que dicha reflexión está acompañada por algunos procesos de integración en el sistema-financiero-mundo y en el sistema-económico-monetario regional. La consolidación de dichas instituciones económicas ha acompañado la formación de acuerdos mínimos en torno a los derechos de la persona humana.

Mientras los iuspositivistas sostuvieron durante largo tiempo las tesis de la actualidad del derecho, la concepción no epistémica de las normas y los valores, la separación entre descripción y valoración; el acontecer político internacional señaló la necesidad de fundamentar una serie de derechos inalienables a la entidad humana concreta para que aquella pudiera asegurar la dignidad y el libre desarrollo de la personalidad que le corresponden.<sup>38</sup> Por eso

---

<sup>37</sup> Cuatro teorías que hablan acerca de la relación entre derecho interno e internacional en la actualidad son al menos las siguientes. La primera, el constitucionalismo en múltiples niveles, representada por Pernice. La segunda, la teoría del metaconstitucionalismo defendida por Walker. En tercer lugar el constitucionalismo dual de Cruz. Y finalmente el constitucionalismo en red de Rafael Bustos.

<sup>38</sup> Con especial dedicación, el pensamiento personalista ha justificado los derechos humanos y su oposición respecto a los regímenes fascistas a partir de su concepto de persona humana. Dicha entidad sería un universo en sí mismo al que le correspondería siempre realizar su "vocación". La Declaración de los Derechos Humanos ha recogido esa preocupación pero la ha

mismo, hablar actualmente de derecho natural no es algo estéril ni vacío. Aunque necesario es reconocer que la forma en la que se le entiende en los últimos tiempos es diferente a las visiones tradicionales provenientes de la época clásica y del cristianismo.

Una concepción común que contiene gran parte de las aspiraciones del pensamiento iusnaturalista contemporáneo consiste en identificar al derecho natural con aquellas “teorías que efectúan algún tipo de remisión al conocimiento de las realidades humanas como fuente de objetividad ética”.<sup>39</sup> La labor primordial de estas teorías sería la de reconstruir un plexo consistente de fundamentación y crítica de las estructuras jurídicas positivas. De esa manera, se podría llegar a demostrar la debilidad argumentativa de aquella postura que considera que el cumplimiento de las meras condiciones procedimentales es suficiente para crear Derecho.<sup>40</sup> “La verdadera oposición

---

denominado con el epíteto de libre desarrollo de la personalidad humana. Sin embargo, ambas tesis son adecuadas entre sí, pues parten de la idea de que “La persona, que forma parte del Estado, trasciende el Estado por el misterio inviolable de su libertad espiritual y por su vocación a bienes absolutos”, en Maritain, Jacques, *Los derechos del hombre*, pp. 52-53. Dicha noción nos vendría a decir que la anterioridad ontológica está puesta en la persona y no en el Estado, y que, por lo tanto, el Estado está fundado de tal manera que un acto autodestructivo sería negar la dignidad y el libre desarrollo de la personalidad humana. Los fines de la persona humana, al ser absolutos, al realizarse en un ente que puede ser considerado universo en sí mismo, superarían entonces a los fines del Estado, entidad contingente, un útil para realizar las aspiraciones humanas. Es importante señalar, en esta doctrina comprensiva que el Estado sería considerado un útil, una creación humana para potenciar la realización de las finalidades humanas, pero nunca una fuerza que pudiera hallarse por encima de sí.

<sup>39</sup> Massini, Correas, *Op. Cit.*, p. 34.

<sup>40</sup> Es uno de los presupuestos fundamentales del constitucionalismo considerar que la adopción de leyes por mayorías parlamentarias no es suficiente para garantizar la realización del Estado de Derecho. En la dicotomía derechos fundamentales-democracia tendrán prioridad los primeros sobre los segundos, pues se considerara radicalmente injusto que un sistema que se precie de ser constitucional prescindiera de una serie de garantías mínimas para establecer la relación humanitaria entre autoridades y gobernados.

entre iusnaturalismo y iuspositivismo radica en el carácter cognoscitivo o constructivo de la ética jurídica”, como lo asegura Massini.<sup>41</sup>

El problema de los derechos naturales, desde esta óptica, tiene un considerable acercamiento al problema de la fundamentación de los derechos humanos, pues precisamente la existencia de aquellos dos significaría que existe una implicación ontológica entre la persona humana y los derechos que le corresponden. Significaría, en términos jurídicos, tener como ciertos una serie de principios normativos que superan la soberanía del derecho positivo y de las instituciones que le dan vida (fundamentalmente el legislador y el juez). Con ello, se asentaría que no todo derecho positivo es *per se* justo como algunas teorías nominalistas lo aseguraron en su tiempo.<sup>42</sup> De esa forma, y bajo ese matiz, podemos entender a los *derechos humanos ostensivos* como el resultado político de una exigencia filosófica que ha pretendido desde hace mucho tiempo el reconocimiento de un cierto derecho natural del hombre o del género humano. Dicha exigencia consistiría principalmente en reconocer la existencia de una naturaleza humana común por medio de la cual se pudiera

---

<sup>41</sup> *Ibid.*, p. 87.

<sup>42</sup> Una de las tesis más importantes respecto a esta línea de pensamiento la estructuró Hobbes con su propuesta nominalista. Para aquel filósofo el momento del pacto social representaba el origen del Estado y la Justicia. El ser humano abandonaría el estado de naturaleza en el que se comporta de la misma manera que los animales, con un gran riesgo para su seguridad e integridad, y pactaría la no violencia mutua. De un estado de desprotección se pasaría a un estado de seguridad en el que lo bueno y lo malo, lo justo y lo injusto, estaría ordenado por la normativa del pacto. “Que los hombres cumplan los pactos que han celebrado. Sin ello, los pactos son vanos, y no contienen sino palabras vacías, y subsistiendo el derecho de todos los hombres a todas las cosas, seguimos hallándonos en situación de guerra. En esta ley de naturaleza consiste la fuente y origen de la Justicia. En efecto, donde no ha existido un pacto, no se ha transferido ningún derecho, y todos los hombres tienen derecho a todas las cosas: por tanto, ninguna acción puede ser injusta. Pero cuando se ha hecho un pacto, romperlo es injusto. La definición de Injusticia no es otra sino ésta: El incumplimiento de un pacto. En consecuencia, lo que no es injusto es justo”. Hobbes, Thomas, *Leviatán*, Tomo I, Sarpe, Madrid, 1983, p. 153.

justificar la objetividad de la existencia moral, ética y jurídica de los sistemas normativos. “El derecho del hombre como tal, tomado de manera universal, es fundamento así absolutamente, porque está fundamentado sobre aquello que eleva al hombre por encima de su existencia natural, física o relativa, sobre lo que en él hay de inteligibilidad o racional”.<sup>43</sup>

En la tradición del concepto “derecho natural” podemos identificar, *lato sensu*, cuatro grandes momentos. El primero de ellos, la época antigua, que se divide a su vez en la vertiente griega y la vertiente latina. El segundo, la época cristiana basada fundamentalmente en Tomás de Aquino. Posteriormente, la época contractualista de la cual se desprenden esencialmente la expresión lockeana, la hobbseana y la rousseaneana. Últimamente, la visión contemporánea que está representada por la Nueva Escuela Anglosajona de Derecho Natural, por el pensamiento de raigambre personalista, y también por una cierta parte de los pensadores procedimentalistas.

---

<sup>43</sup> Bourgeois, Bernard, *Filosofía y derechos del hombre*, Siglo del Hombre, Bogotá, 2003, p. 20.

## a) *Época antigua*

### a.1 Platón

Existen al menos dos momentos esenciales en la historia de la filosofía griega para identificar la problemática en torno al derecho natural. El primero es el diálogo platónico de la *República*. En aquel diálogo, Platón hace dialogar a Sócrates con sus interlocutores sobre la definición de la Justicia-en-sí, en sus dos primeros libros.

El origen de lo Justo, y por ello de aquello que constituye el Derecho, es para los sofistas (Polemárcos, Trasímaco y Glaucón) lo relativo y lo nominal.<sup>44</sup> Mientras tanto, Sócrates defiende una postura sustancialista en la que asegura que la Justicia proviene de lo *physis* y no de lo *nómos*. Con ello se plantea por primera vez en la historia de la filosofía antigua el debate acerca del derecho positivo y el derecho natural.<sup>45</sup> Mientras los sofistas mientan como lo Justo al

---

<sup>44</sup> Revisar Platón, *La República*, traducción de José Manuel Pabón y Manuel Fernández, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2006, Madrid, 332 a-b; 332 c-d; 333 b; 338 b. En este último fragmento, Trasímaco plantea la tesis según la cual la Justicia es “la ley del más fuerte sobre el más débil”, misma que se plasma en los patrones de legalidad impuestos por los gobernantes. En tal cauce, expondrá “cada gobierno establece las leyes según su conveniencia (τό αὐτή συμφέρον): la democracia, leyes democráticas; la tiranía, tiránicas; y del mismo modo las demás” (338 e). De tal modo, la justicia es entendida por el sofista como la expresión de la conveniencia (συμφέρον), de lo que es más útil a aquel o aquellos que detentan el poder público. Justicia, fuerza y monopolio de la violencia serán tres conceptos que estarán relacionados sistemáticamente en la visión *nominalista*. Para mayor información consultar: Pérez Rivas, Diego Alfredo, “Relación persona-justicia: la dicotomía physis-nómos en el mundo griego”, en *El soliloquio de Babel y la falacia nominalista*, Tesis para optar por el grado de máster en Filosofía y Ciencias Sociales, UCM, Madrid, 2008. El recurso se puede encontrar en: [http://www.ucm.es/info/eurotheo/e\\_books/tesinas/daperezrivas.pdf](http://www.ucm.es/info/eurotheo/e_books/tesinas/daperezrivas.pdf)

<sup>45</sup> Dos textos que exponen con maestría la naturaleza de esta controversia son: Calvo, Tomás, *De los sofistas a Platón*, Cincel, Madrid, 1986. Especialmente el apartado dedicado a “Naturaleza y nómos”, en el que expone la reflexión teórica acerca de las fuentes normativas. Y, Alegre, Antonio, *La sofística y Sócrates: ascenso y caída de la Pólis*, Montesinos, Barcelona, 2006. Especialmente el apartado III en el que se explica el origen de la dicotomía physis-nómos.

compendio de acuerdos vigentes en una sociedad, Sócrates plantea la posibilidad de que algún tipo de Justicia no éste construida en el ágora.

El Derecho Natural, si es permitido usar un anacronismo conceptual, vendría a representar toda esa serie de leyes que no son susceptibles de ser modificadas por la intervención humana. Opuestamente, el derecho natural, o, bien, lo que es justo en sí, sería aquello que pertenece sustancialmente a las entidades ordenadas por el demiurgo. El derecho natural sería en cierto sentido la forma en la que se nos presentaría el código universal para entender el orden del universo.

Los derechos naturales del ser humano estarían cifrados entonces en código objetivista, pues lo que tendrían que hacer los sistemas legales sería reconocer a cada quien su puesto en el cosmos. En oposición a lo que tiene como origen el azar (καρός) o la intervención humana (τέκνή), aquellas normas serían resultado del orden divino u objetivo (θεός).<sup>46</sup> Así, el derecho natural objetivo se opondría al derecho positivo subjetivo en el sentido de que las normas que lo constituyen son universales, perdurables e independientes de cualquier condición contextual.

---

<sup>46</sup> Una exposición excepcional respecto a este aspecto lo podemos encontrar en Platón, Leyes, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 709 a y ss.

## **a.2 Aristóteles**

El segundo momento importante en el crisol del derecho natural en la época griega es indudablemente el pensamiento de Aristóteles. En el libro V, capítulo I, de la *Ética a Nicómaco*, señala que existen dos tipos esenciales de injusticia: la que atenta a la *legalidad* y la que lo hace con la *equidad*.

La primera de ellas correspondería a una falta que se cometen en el orden de los preceptos establecidos nominalmente, es decir, el derecho positivo. Mientras tanto, la otra sería adecuada a una falta que se comete en el orden de los preceptos establecidos racionalmente, es decir, el derecho natural.

La injusticia legal es considerada una inadecuación del obrar humano respecto a un sistema normativo particular, mientras que la injusticia inequitativa haría imposible cualquier tipo de derecho coherente consigo mismo. Todo sistema normativo debería surgir, por lo mismo, a partir de una concepción mínima de equidad, ya sea para asegurar la condición ciudadana, ya sea para asegurar la responsabilidad jurídica de los sujetos ante la ley. Derechos y obligaciones aparecen ligados aquí por vez primera.

En el capítulo 6 del mismo libro, Aristóteles expone que la justicia política es aquella que “existe entre personas que participan de una vida en común para hacer posible la autarquía entre personas libres e iguales ya proporcional, ya aritméticamente”. Con ello establece, en principio, que la composición de una justicia política, de un ordenamiento jurídico racional, requiere cumplir con una serie de condiciones indispensables. El cumplimiento de esas condiciones hace posible la existencia de un tipo de justicia natural y otra nominal.

La justicia natural será considerada como aquella que tiene la misma fuerza en todas partes. Mientras tanto, la nominal será considerada como la que ha sido pactada a razón de la convención y la utilidad. Las segundas se deducirían de las situaciones empíricas de las sociedades, mientras que las primeras serían deducibles por medio de los principios generales del derecho, es decir, de la racionalidad que le sería intrínseca al sistema normativo. Como lo diría el propio Hegel en su momento, la diferencia entre una y otra visión de derecho es la misma que dista entre las Instituciones y las Pandectas. De esos principios generales del derecho se podrían desprender, así, las condiciones mínimas del derecho objetivo y, también, por ende, la división de poderes planteada por vez primera en la *Politeía* a través del concepto *eunomía*.<sup>47</sup>

---

<sup>47</sup> El concepto de división de poderes puede ser rastreado, al menos, desde el pensamiento aristotélico. Para él, la *Politeía* es la forma de gobierno en donde conviven la oligarquía y la democracia. Conservaría de la primera la distribución de los honores de acuerdo a la virtud, y de la segunda el respeto a la libertad. Tendría como principio rector el principio que reivindica la voluntad de las mayorías. Una de sus características sustanciales sería la obediencia a la ley, lo que recuerda el concepto de Estado de Derecho como imperio de la ley. Aristóteles, *Política*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, Libro VI, apartado 8, especialmente 1294 a y ss.

En el libro I, capítulo XII, de la *Retórica*, Aristóteles señala:

“Llamo ley, por una parte, a la que es particular, y por otra parte, a la que es común; particular, a la que viene determinada por cada pueblo para sí mismo, de las cuales unas son escritas; otras en cambio no escritas; y la ley común es la que es según naturaleza. Porque hay algo que todos adivinan que, comúnmente, por naturaleza, es justo o injusto, aunque no haya mutuo consentimiento ni acuerdo entre unos y otros”.<sup>48</sup>

Para Aristóteles, el animal político y racional estaría inclinado a acceder por naturaleza a una serie de leyes comunes que se remiten a una serie de principios universales. Tales son, por ejemplo, los principios generales del derecho que son asequibles para el animal político por la racionalidad.

Frente a la ley particular que en el sentido moderno la entendemos como ley positiva, por ser una regla imperativa que es creada por la autoridad representativa-soberana de una sociedad, Aristóteles opone una ley que es común a todos según naturaleza y más allá de las convenciones sociales. Ese derecho natural sería una especie de norma asequible por la filosofía y que no es accesible a la opinión o convención humana. Su propuesta nos recuerda el antiguo dilema de la *Antígona* de Sófocles. Después de que Creón prohíbe que Polinice sea enterrado con los honores rituales correspondientes, Antígona

---

<sup>48</sup> Aristóteles, *Arte Retórica*, Porrúa, México, 2002, p. 125.

decide oponer una inflexible resistencia a dicho mandato. Por lo mismo, desobedece la ley humana y decide darle sepultura a su pariente siguiendo lo que denomina como ley divina. Derecho natural, en este caso, se opondría a derecho humano, en tanto que éste último es entendido como derecho creado por la voluntad humana, es decir, derecho positivo.

Tanto para Platón como para Aristóteles el mundo jurídico es dependiente ontológica y axiológicamente del mundo moral. Los dos, desde diferentes puntos de vista, defienden una axiología de raigambre ontológica. Las fuentes de lo Justo o de lo que es conforme a Derecho no dependen de la voluntad humana. Por ello, los códigos para entender dicha Justicia serán accesibles vía el Derecho Natural, pues precisamente aquel es considerado como producto de la racionalidad divina, del derecho objetivo.

El ser humano, al estar dotado de alma racional, tendría la capacidad de existir en una dimensión moral de los deberes y los derechos que los animales no conocen por no poseer la susodicha racionalidad. Cabe decir que en ambos casos, los filósofos son defensores de una concepción objetiva del derecho, según la cual el derecho tendría que dar cuenta del orden natural que es subyacente al universo. Por eso su defensa del derecho natural se encuentra acompañada con frecuencia de diversas justificaciones que distinguen entre la naturaleza de los seres humanos y los demás entes.

### a.3 Romanos

Por su parte, el término derecho natural en cuanto tal fue utilizado por primera vez por Cicerón, siguiendo la tradición del derecho objetivo iniciada por los griegos. El derecho natural, para él, estaría instituido por fuerza divina, por lo que no sería condicionado ni temporal ni espacialmente. Por el contrario, el derecho natural representa la manifestación racional de lo que cada cosa es según su propia esencia. En tal cauce señala: “la ley es la «razón fundamental, inscrita en la naturaleza, que ordena lo que hay que hacer y prohíbe lo contrario». Tal razón, una vez que se concreta y afirma en la mente humana, es ley”.<sup>49</sup>

En palabras de Jesús Daza: “Cicerón destaca con fuerza la superioridad del hombre sobre los demás seres de la naturaleza, en cuanto que fue engendrado por el Dios altísimo con una condición verdaderamente privilegiada, y hecho partícipe de la razón. Por ella entra en comunidad con ese Dios supremo mismo. Reconocer a Dios, dirá más adelante, es recordar nuestro propio origen (*...ut is agnoscat deum, qui unde ortus sit quasi recordetur*)”.<sup>50</sup>

Lo que en la edad griega era una sospecha en la época romana se afirmó como una verdad incontrovertible. El universo tiene un orden y una ley con los que coexiste, de tal modo que, el derecho tiene que dar cuenta de esos principios: siendo la ley justa una simple expresión del verdadero orden del

---

<sup>49</sup> Cicerón, *De legibus*, Centro de estudios políticos, Madrid, 1970, I, 6.

<sup>50</sup> Daza Martínez, Jesús, “Libertas populi romani: libertad política, historia y derecho natural en Cicerón” en *Revista de Estudios Políticos*, núm. 208-209, 1976, pp. 180-181.

universo. El derecho natural entonces es considerado como producto de la voluntad divina, por lo que ningún hombre podrá modificarla y tan sólo podrá participar de ella por medio de la racionalidad. El universo es considerado como un organismo regido por una serie de leyes naturales que son accesibles a los seres humanos por medio del entendimiento. El entendimiento es considerado como óptimo para concebir las leyes que están inscritas en la naturaleza, de tal modo que dichas leyes sean el fundamento para ordenar nuestra vida individual y social. El compendio de esas leyes y su mutua comprensión es en lo que consistiría el Derecho Natural.

#### **b) *Medievo***

Razonablemente coherente con la interpretación tradicional, en la época medieval, Tomás de Aquino desarrolla la teoría del derecho natural y la justifica desde el centro de los dogmas católicos. Con este pensador se establecen gran parte de los fundamentos de la doctrina del humanismo cristiano, mismos que posteriormente serán usados por hombres de la talla de Vitoria y Suárez, y en la época moderna por Maritain.

Con mayor valor que la ley natural existirá, para Aquino, una ley eterna que es producto directo de la sabiduría divina y que es prácticamente inaccesible para el hombre por sus propias limitaciones. La ley eterna sería únicamente accesible al creador. Sin embargo, la ley natural y el derecho

natural serán las formas en las que el ser humano participaría de la sabiduría divina de forma perfecta. Para Aquino:

“...la razón de la sabiduría divina, al igual que tiene la condición de arte o de idea ejemplar en cuanto por medio de ella son creadas todas las cosas, así tiene naturaleza de ley en cuanto mueve todas esas cosas a sus propios fines. Y según esto, la ley eterna no es otra cosa que la razón de la sabiduría divina en cuanto principio directivo de todo acto y todo movimiento”.<sup>51</sup>

La ley eterna y la ley natural son para Aquino dos realidades que tienen prioridad ontológica respecto a cualquier clase de autoridad política, pero también respecto a la existencia de la propia entidad humana.

Según la concepción tomista que fue predominante en la tradición medieval: “toda ley, en la medida en que participa de la recta razón, se deriva de la ley eterna. Por eso dice San Agustín en I *De Lib. Arb.* que nada hay justo y legítimo en la ley temporal que no hayan tomado los hombres de la ley eterna”.<sup>52</sup> De tal manera, según la tripartición tomista existiría una ley divina, una ley natural y una ley humana.

La forma en la que operaría esa ley natural en el hombre sería aplicando el primer principio de la razón práctica o *sindéresis*: “El bien ha de hacerse y

---

<sup>51</sup> Aquino, Tomas de, *Suma teológica*, I-II, q. 93, a1.

<sup>52</sup> *Ibid*, a.3.

buscarse; el mal ha de evitarse”.<sup>53</sup> Principio único del cual se derivarán los subsiguientes preceptos morales y jurídicos. De hecho, la corriente de la *Nueva Escuela Anglosajona de Derecho Natural* retoma este precepto para vincular al mundo del ser con el deber ser, y, así, de tal manera, plantear una respuesta a la tesis de Hume que los desvinculaba originalmente.<sup>54</sup>

Uno de los problemas que parecen infranqueables respecto al uso moderno de este concepto de derecho natural es su inexorable vinculación con el derecho divino de raigambre judeo-cristiana. Para los tomistas duros los derechos humanos serían por definición los derechos creados por el ser humano y las sociedades políticas para organizar su vida civil. Estos preceptos serían absolutamente relativos y solamente se encontrarían resguardados si se adecuan al derecho divino. La mezcla de argumentos teológicos y filosóficos de este planteamiento, así como la negación de la teoría de Averroes de la doble verdad, tiene como consecuencia inevitable la creencia de que sólo desde la religión católica ortodoxa es posible tener una concepción real del derecho natural. No es posible hablar, desde esta postura, de un concepto de racionalidad distante de los dogmas oficiales predominantes en la edad medieval.

---

<sup>53</sup> *Ibid*, q.94, a2.

<sup>54</sup> Massini, “La Nueva Escuela Anglosajona de Derecho Natural”, pp. 76 -79.

### **c) Contractualismo**

En el contractualismo fue dominante una postura dualista del derecho, caracterizada por una huída de la sabiduría divina en la configuración del derecho social o convencional. Los planteamientos del pacto social fueron ideológicamente el aspecto más revolucionario. En el contexto de las luchas burguesas, dichos planteamientos aseguraban que los hombres podían regirse a sí mismos en el estado civil. Esto provocó la crisis de la concepción del derecho natural que dotaba de elementos al feudalismo y a la aristocracia. El momento contractualista significó, en el curso de las ideas políticas, la transferencia de la soberanía política de lo divino a lo humano. Es decir, el nacimiento del derecho subjetivo, de las facultades intrínsecas al individuo sin una necesaria apelación a derecho divino o eterno. El nacimiento de la noción de soberanía popular fueron estas teorías, a cuyo significado se le relacionó con la verdadera realización de los principios democráticos. Todos los hombres son por naturaleza iguales, y las diferencias que existen entre ellos no son sustancialmente importantes, dictaminó unánimemente el contractualismo.

La versión lockeana del derecho natural se reconoce como el punto de origen de la visión liberal de los derechos naturales, pues pone énfasis en que la sociedad y el gobierno civil son posteriores ontológica y cronológicamente a la existencia de la libertad y la propiedad. La versión de Rousseau gesta de su seno la versión social de los derechos naturales, pues el contrato social tendría como misión restituir la igualdad que existía en el estado de naturaleza, y que, por lo tanto, también tendría anterioridad ontológica. Por su parte, la postura de

Hobbes, que inicia en un estado de naturaleza hipotético en el que no existe ley alguna, sostendrá que el nacimiento del derecho y la justicia es el pacto social, por lo que sustenta la anterioridad ontológica del Estado frente a cualquier otra realidad que dignifique al ser humano. De esta tercera vertiente se desplegarán posteriormente las tesis iuspositivistas. Veámoslo con detenimiento.

### **c.1 Locke**

La vertiente lockeana parte de la idea de que en el estado de naturaleza existe un ambiente primitivo pacífico que después muta y se hace conflictivo por causa de la acumulación de la propiedad.<sup>55</sup> Por lo mismo, Locke entiende claramente la diferencia entre estado de naturaleza y estado de guerra.

El gobierno civil será considerado el producto de un contrato o pacto político mediante el cual los individuos ceden una parte de su libertad natural para asegurar otra clase de bienes. El pacto tiene como finalidad ceder cierta soberanía legislativa para que se forje un aparato normativo común que regularía a los ciudadanos y que pondría límites a los gobernantes para que no actúen con arbitrariedad. Locke concibe al ser humano como libre respecto a la voluntad ajena y arbitraria de otro igual, mientras que lo hace servidor de su propia razón o criterio. Por ello, dicha cesión tendrá como objetivo salvaguardar

---

<sup>55</sup> Para algunos pensadores: "Locke concibe el estado de naturaleza de un modo enteramente distinto, ya que no lo describe como un estado de guerra constante, sino como un estado racional, pacífico y social". En Macpherson, C. B., *La teoría política del individualismo posesivo. De Hobbes a Locke*, Fontanella, Barcelona, 1979, p 171.

el bien del todo en general y el de cada uno en lo particular. En sus propias palabras:

"Por ser los hombres, como ya hemos dicho, libres, iguales e independientes todos por naturaleza, ninguno de ellos puede ser sacado de este estado y sometido al poder político de otro sin su propio consentimiento. El único modo que alguien tiene de despojarse de su libertad natural y someterla a los límites de la sociedad civil es acordar con otros hombres unirse y asociarse en una comunidad para vivir cómoda, segura y agradablemente unos junto a otros, en el disfrute tranquilo de sus propiedades y con gran seguridad frente al que no pertenece a ella".<sup>56</sup>

El derecho de propiedad (de la propia vida, libertad y bienes) tendrá un carácter absoluto e irrenunciable en el paradigma liberal. Por lo mismo, se presume que existe en el estado de naturaleza y, una vez constituida la sociedad civil, el fin del Estado será la preservación y observación de aquel. La necesidad de relacionarnos con los demás y la de proteger la propiedad privada fueron para Locke las causas que provocaron el nacimiento del Estado.

Lo que cambia fundamentalmente antes y después del nacimiento del gobierno civil, es que en el estado de naturaleza todo hombre tiene derecho a juzgar y castigar a quien no respeta la ley natural, convirtiéndose el transgresor en un peligro para la humanidad: "cualquier hombre tiene el derecho de

---

<sup>56</sup> Locke, *Tratado sobre el gobierno civil*, VIII, 95.

castigar al culpable y de ser ejecutor de la ley natural".<sup>57</sup> Mientras que en el estado civil, dicho derecho es delegado a una autoridad que se convierte en juez y árbitro en nombre de la comunidad.

El caótico estado de hostilidad propiciará que los individuos pacten la creación de una sociedad civil o política, en la cual la autoridad protegerá los derechos que ya eran preexistentes a la propia sociedad civil. Se insistirá en que el poder de esa autoridad es producto del consenso de los gobernados y por eso se erigirá un principio supremo para asegurar la soberanía popular que será el derecho a la resistencia. Quizá, por el mismo motivo, en la tradición jurídica anglosajona las declaraciones de derechos no tengan un papel tan importante como en otras tradiciones, pues se parte del hecho de que el ser humano es libre excepto en aquellas facultades de juzgar que ha delegado a la autoridad. La ley, entonces, tiene así un sentido negativo o restrictivo de la libertad originaria.

Para Locke, que es el padre de la tradición liberal-individualista, el derecho natural se reduce originalmente al derecho de propiedad privada y al de resistencia. Mientras tanto, la sociedad política será algo artificial que fue creado para dar protección a esas garantías que ya existían de antemano en el estado de naturaleza. El derecho natural y el derecho positivo, en una sociedad organizada de esa forma, se igualarían en cuanto a sus objetivos. Sin embargo, las leyes positivas serán consideradas como aquellas que surgen de ese

---

<sup>57</sup> *Ibid.*, II, 8.

consenso entre los hombres para resolver conflictos contingentes que surgen en el seno de la vida pre-política.

### ***c.2 Rousseau***

Otra de las corrientes importantes respecto a la concepción del derecho natural en la época contractualista es indudablemente la que procede de Rousseau. En su pensamiento “las pretendidas leyes de la naturaleza se revelan como leyes sociales introducidas durante el proceso histórico de civilización. La historia filosófica es la única que permite juzgar los hechos por el derecho”.<sup>58</sup>

La naturaleza, en su sentido metafísico, será entendida como el reino del orden y de la armonía. Para él: “Todo está bien al salir de las manos del autor de las cosas: todo degenera entre las manos del hombre”.<sup>59</sup>

Contrariamente a Locke y al propio Hobbes, Rousseau considera que la propiedad y la formación de la sociedad civil serán los principios de los cuales se desprenderá la desdicha humana. Para él existirán dos causas de desigualdad: la física y la moral. El planteamiento del contrato social servirá para restituir la autonomía al ser humano en su connotación social.

La soberanía popular debe proponerse construir sus propias normas procurando emanciparse de los yugos que sujetan al ser humano por doquier

---

<sup>58</sup> Rubio, Carracedo, “El Discurso sobre la desigualdad de Rousseau como historia filosófica, *En Thémata: Revista de filosofía*, Número 40, 2008, p. 251

<sup>59</sup> Rousseau, Jean-Jacques, *Emilio*, Alianza, Madrid, 2005, p. 37.

convirtiendo a la sociedad civil en un germen de desigualdades. Por lo mismo, pretende que en el contrato se le reintegre en cierto sentido la condición al ser humano en lo referente a su libertad e igualdad. O, en sus palabras:

“El problema es encontrar una forma de asociación que defienda y proteja de toda la fuerza común la persona y los bienes de cada asociado, y por la cual, uniéndose cada uno a todos, no obedezca, sin embargo, más que a sí mismo y quede tan libre como antes”.<sup>60</sup>

Al formar el Estado, los individuos cederían algunas de sus prerrogativas naturales para que se garantice el goce de su continua libertad e igualdad. Rousseau funda su sistema sobre el concepto esencial de la libertad humana y de la igualdad natural.

### **c.3 Hobbes**

Una de las sentencias más conocidas y más citadas del pensamiento hobbesiano es indudablemente aquella que dice (*Homo hominis lupus*) “el hombre es el lobo del hombre”. Aquel pronunciamiento ha sido utilizado en diversas ocasiones para mostrar el sentido negativo que el creador del *Leviatán*

---

<sup>60</sup> Rousseau, Jean-Jacques, *El contrato social*, Madrid, Alfaguara, 1979, p. 410.

erige acerca de la naturaleza humana, sentido que también puede ser visto a través de lo que denomina como las inclinaciones naturales del género humano. En este aspecto, indica: “Señalo, en primer lugar, como inclinación natural general de la humanidad entera, un perpetuo e incesante afán de poder, que cesa solamente en la muerte”.<sup>61</sup>

Así pues, la inclinación natural del hombre es para Hobbes el incesante afán de poder, mismo que será en último término el elemento sustancial para entender el estado de naturaleza, y por ende, el derecho natural. Para el pensador británico son la pugna por las riquezas, por los placeres, por los honores y por otras formas de poder lo que constituye el fin-final de la persona humana. De hecho, precisamente de tal inclinación natural al poder se explica el estado originario del hombre, mismo que es a su consideración una perpetua guerra de todos contra todos. La terminación de la guerra comenzará con el pacto. Del pacto se derivará la ley, misma que cancelaría una parte del derecho natural, ya que por naturaleza todos tendrían derecho a todo. La ley, según esta versión, se opone al derecho natural, pues restringe precisamente y de forma necesaria a la naturaleza humana.

El derecho natural en Hobbes aparecerá expresado como una cierta indeterminación axiológica que solamente es obstaculizada y determinada cuando nace el pacto social. Tales tesis no son creación del pensamiento de

---

<sup>61</sup> Hobbes, Thomas, *Leviatán*, Tomo I, Sarpe, Madrid, 1983, *Ibid.* pp. 108-109.

Hobbes, ya que pueden ser rastreadas al menos desde Calicles y Hipias.<sup>62</sup> En sus términos indica:

“Que los hombres cumplan los pactos que han celebrado. Sin ello, los pactos son vanos, y no contienen sino palabras vacías, y subsistiendo el derecho de todos los hombres a todas las cosas, seguimos hallándonos en situación de guerra. En esta ley de naturaleza consiste la fuente y origen de la Justicia. En efecto, donde no ha existido un pacto, no se ha transferido ningún derecho, y todos los hombres tienen derecho a todas las cosas: por tanto, ninguna acción puede ser injusta. Pero cuando se ha hecho un pacto, romperlo es injusto. La definición de Injusticia no es otra sino ésta: El incumplimiento de un pacto. En consecuencia, lo que no es injusto es justo”.<sup>63</sup>

La aparición de un contrato social surgido de la necesidad de preservar la seguridad es el punto clave para entender la postura nominal-positivista de Hobbes. La negación del derecho natural tradicional, y, por ende, de todo lo que le compete, es uno de los más significativos elementos que podemos encontrar para determinar su negación a admitir una cierta dignidad ontológica subsistente a la persona humana. En este tenor, Hobbes señala:

---

<sup>62</sup> Respecto a la posición de Calicles, consultar Platón, *Gorgias*, 482 e-484 b; en cuanto a la posición de Hipias, revisar en el mismo autor *Protágoras*, 337 c-d.

<sup>63</sup> *Ibid.* p. 153.

“En esta guerra de todos contra todos, se da una consecuencia: que nada puede ser injusto. Las nociones de derecho e ilegalidad, justicia e injusticia están fuera de lugar. Donde no hay poder común, la ley no existe: donde no hay ley, no hay justicia. En la guerra, la fuerza y el fraude son las dos virtudes cardinales. Justicia e injusticia no son facultades ni del cuerpo ni del espíritu”.<sup>64</sup>

De tal modo, tenemos que la ley natural, para Hobbes, no prohíbe nada. Lo único que le parece cierto es que en el momento en el que todos desconfían de todos existe una cierta universalidad de permisión. Todos los seres humanos en estado natural están facultados legítimamente a usar la fuerza y a oprimir a sus iguales, pues no existe poder alguno (externo o interno) que se los prohíba-impida. De tal modo, contrariamente a la concepción del derecho objetivo y a la ley natural que le sustenta, en la que se dice que aquellos se originan a partir de una cierta naturaleza y cualidad ontológica que es propia de los seres humanos, en Hobbes la aparición del derecho no es esa dignidad ontológica de la persona humana, sino más bien el hecho de que prevalezca la fuerza de unos sobre otros.

La justicia y la injusticia dejan de ser conceptos universales y absolutos que pertenecen a la naturaleza humana y, contrariamente, pasan a ser un mero producto nominal. Para Hobbes, el nacimiento de la paz y el derecho, conceptos que se precomprenden y son simultáneos, se debe a tres tipos de

---

<sup>64</sup> *Ibid.* p. 138.

causas: el miedo a la muerte, el deseo de las cosas que son necesarias para una vida confortable y la esperanza de obtenerlas por medio del trabajo.

#### ***d) Época contemporánea***

La necesidad de contrarrestar a las posturas que sostienen que el derecho positivo o nominal es el único realmente existente, ha producido en el seno de las doctrinas iusnaturalistas un serio debate para replantear su postura en la filosofía contemporánea. Afirmar que en el derecho positivo se resumen las aspiraciones de cualquier sistema legal sería igual a negar anterioridad ontológica y axiológica a una serie de derechos subyacentes a la entidad humana. Por lo mismo, las doctrinas iusnaturalistas emergen como promotoras de ciertos postulados pre-estatalistas que parecen responder a la necesidad de fundamentación de los derechos de la familia humana.

##### ***d.1 Nueva Escuela Anglosajona de Derecho Natural***

La *Nueva Escuela Anglosajona de Derecho Natural*, que surgió de la corriente iniciada por Germain Grisez y que ahora encuentra grandes exponentes en otros tópicos del mundo, se caracteriza por una cierta hermenéutica contemporánea del pensamiento de Aquino. La principal

impugnación de estos pensadores consistió en debilitar la tesis de Hume respecto a la falacia naturalista.

“El primer argumento sostenido para defender la posibilidad epistémica de teorías del derecho natural fue proclamar que la naturaleza, en especial la naturaleza humana, no se reducía a los hechos brutos o a la mera materia en la que pensaban los positivistas al hablar de ella, sino que estaba cargada de valor”.<sup>65</sup> Desde el punto de vista de los militantes de la *Escuela Anglosajona*, la tesis de Hume es falsa desde el principio porque supone a la naturaleza privada de todo tipo de valor. Para los defensores del iusnaturalismo es falso que la filosofía naturalista derive, sin más, principios morales de reflexiones metafísicas. Los principios operantes de la razón práctica, por el contrario, son primarios o no-derivados, pero tampoco innatos. “Esto significa que los primeros principios prácticos de la ley natural, y en especial el primero de todos: el bien ha de hacerse y el mal evitarse son aprehendidos por evidencia o bien se presenta una cuestión de carácter ético o jurídico”.<sup>66</sup> Al presentarse como conflictivas las conclusiones del primer principio práctico por la complejidad de sus contenidos, esta corriente buscara una serie de valores universalmente aceptables.

“La búsqueda del contenido de las normas del derecho natural no debe partir, según la NEDN, del conocimiento de ciertas inclinaciones o impulsos del hombre, sino más bien de la captación práctica de los bienes o valores humanos básicos, es decir de las formas básicas del perfeccionamiento

---

<sup>65</sup> Massini, “La Nueva Escuela Anglosajona de Derecho Natural”, *Op. Cit.*, p. 75.

<sup>66</sup> *Ibid.*, p. 77.

humano”.<sup>67</sup> La solución que se plantea para dotar de elementos a la fundamentación filosófica de los derechos humanos consiste en recuperar la noción de las inclinaciones naturales del ser humano en la filosofía de Aquino.<sup>68</sup> La pregunta fundamental para este tipo de justificación está orientada a las inclinaciones que son benéficas naturalmente para el ser humano, ya que apelar a todo tipo de inclinaciones naturales podría llevar a sostener una visión relativa de los sistemas morales y legales. Una justificación objetiva y coherente consigo misma exigiría la erección de una medida para determinar qué es lo que debe protegerse en el ser humano. Esa medida se deduciría, para esta escuela, de las inclinaciones naturales que conducen a la perfección del género humano.

Las categorías básicas, las medidas, de esa perfección humana fueron definidas de la siguiente manera:

- a) La vida (su mantenimiento y transmisión, la salud y la seguridad)
- b) El conocimiento y la experiencia estética
- c) La excelencia en el trabajo y en el juego
- d) Amistad, paz, fraternidad
- e) Paz interior, autointegración (sobre todo entre los sentimientos y la inteligencia y el juicio prácticos)

---

<sup>67</sup> Ibid., p. 80.

<sup>68</sup> Aquino, Tomas De, *Suma teológica*, I-II, q.94, a.2.

- f) La armonía entre los seres humanos y los más amplios alcances de la realidad, especialmente con las fuentes, principios y bases de la realidad.<sup>69</sup>

No cabe duda que para la nueva escuela anglosajona esos bienes humanos básicos constituyen la fuente de todo derecho natural, mismo que sería idéntico, según sus propias interpretaciones, a la concepción de los derechos humanos. Su declaración y protección son los fines hacia los cuales estarían orientados los sistemas jurídicos, pues su base la colocan en el plexo de necesidades básicas que todo ser humano requiere para el libre desarrollo de su personalidad. Cada uno de tales bienes tendría que ser respetado inicialmente de forma tácita, pues de ellos se derivarían otros que completarían el catálogo de derechos. Por ejemplo, del derecho a la vida podría derivarse el derecho al matrimonio y a la procreación. Y del derecho al conocimiento podría derivarse el derecho a la libre expresión de las ideas o, bien, la libertad de conciencia y religión.

Desde el punto de vista de Massini, la teoría del derecho natural en los tiempos de la posmodernidad se enfrenta a dos grandes problemas. Primero, se busca la salida del atomismo nihilista y defundamentador del crepúsculo de la modernidad. En segundo lugar, se procura la necesaria fundamentación “fuerte” de las realidades jurídicas. De tal manera, en el centro de la teoría iusnaturalista está presente la exigencia de fundamentar desde una fuente de

---

<sup>69</sup> Boyle, Finnis, Grisez, *Nuclear Deterrence, Morality and Realism*, Clarendon Press, Oxford, pp. 279-280. (traducción propia)

derecho, legítima y válida, esa serie de prerrogativas cardinales que pertenecen a la persona humana. La fundamentación filosófica de los derechos humanos sustentaría una concepción mínima de la naturaleza humana, misma que desplazaría del ágora la discusión respecto a la causa de los límites del Estado frente al individuo.

## **d.2 Maritain**

Otra de las teorías que ha tenido gran representación en el mundo contemporáneo, y que utiliza el derecho natural como uno de sus grandes derroteros es el *personalismo*. Siendo Mounier su creador, ha tenido grandes exponentes sobre todo en el mundo francoparlante. También para esta corriente los derechos humanos se identifican con los derechos naturales del hombre o del ser humano.

Con respecto a la elaboración de la *Declaración Universal de los Derechos Humanos* y a la discrepancia que existió entre fundamentos para justificarlos, Maritain propuso que dicha justificación no debe dar cuenta de ideologías específicas, pues de esa manera se corre el riesgo de obtener resultados sesgados y excluyentes. A cambio de ello, propone ejecutar una alternativa viable: la elaboración de una justificación que se base sustancialmente en principios prácticos. Dicha elaboración a partir de principios

prácticos debe resolver dos exigencias imprescindibles: los derechos deben tener la cualidad de poder ser comprendidos y aceptados universalmente.

La erección de tales principios básicos tendría que tomar en consideración los aportes de las dos doctrinas cardinales que han explicado desde puntos de vista adversos el nacimiento de los derechos humanos. De tal manera, el estudio y la precisión que se pueda llevar a cabo entre las dos doctrinas servirá fundamentalmente para saber hasta qué punto pueden ser consideradas como verdaderas y aplicables a un contexto determinado. Para Maritain, la filosofía política debe tener la cualidad de “afirmar el primado de la persona humana sobre las necesidades materiales y sobre los mecanismos colectivos que sustentan su desarrollo” según los términos en los que lo entendió Mounier. A grandes rasgos, aquellas doctrinas adversas son al parecer de Maritain, las dos siguientes:

- 1) “Para los primeros, el hombre, en razón de las exigencias de su esencia, posee ciertos derechos fundamentales e inalienables anteriores (por su naturaleza) y superiores a la sociedad, y por ella misma nace y se desarrolla la vida social, con cuantos deberes y derechos implica”.
- 2) Para los segundos, el hombre, en razón del desarrollo histórico de la sociedad, se ve revestido de derechos de continuo variables y sometidos al flujo del devenir y que son el resultado de la sociedad

misma, a medida que progresa a compás del movimiento de la historia”.<sup>70</sup>

La división que ofrece Maritain es más rica de lo que parece a primera vista. Veámoslo. Para los pensadores de la primera corriente, el argumento ontológico acerca de la existencia de un ente que por su propia esencia o constitución sea radicalmente distinto a las demás entidades recae en la “persona o en el individuo”. Mientras tanto, para los pensadores de la segunda corriente, aquella entidad es meramente artificial y, por lo mismo, sólo puede ser explicada a partir del desarrollo social. Si para la primera corriente lo más importante en los derechos humanos es la unidad funcional de la sociedad, “la persona”; para la segunda el acento está puesto precisamente en dicha entidad que absorbe a los átomos y les supera, “la sociedad o el Estado” que establece un status jurídico a las personas. Con el afán de expresarnos en términos diferentes podemos decir que los defensores de la primera tesis consideran que con respecto a la consideración ontológica de los derechos humanos: la parte es anterior al todo. Asimismo, para los defensores de la segunda tesis: el todo es anterior a las partes. De tal forma, las dos tesis que defienden puntos de vista radicalmente distintos en cuanto al origen de los derechos humanos parten de consideraciones metafísicas diferentes. La primera tesis considera que existe algo así como un sustrato ontológico subsistente a la persona, mientras que la segunda tesis dirá que dicho sustrato pertenece a una esfera axiológica posterior por lo que lo considerará como inherente o accidental, es decir, dependiente del desarrollo social.

---

<sup>70</sup> En Carr, E., *Los derechos del hombre*, Laia, Barcelona, 1976, pp. 25-26.

Hablar de anterioridad o prioridad ontológica significa, en esta instancia específica, el hecho de considerar que la existencia de los derechos humanos depende fundamentalmente de otra existencia que le es prioritaria, existencia sin la cual no se podría hablar de los mentados derechos. Estamos aquí frente al fundamento de los derechos fundamentales. Así pues, prioridad ontológica significa la remisión a una *conditio sine qua non* que hace posible sostener la existencia de los derechos humanos en un plano distinto al meramente positivo. En el primer caso, dicha condición o dependencia es única y exclusivamente accesible a partir de la existencia de un tipo de entes particulares (las personas o los individuos) de los cuales se presume una naturaleza específica que es cualitativamente diferente a las otras entidades. De tal modo, la existencia de personas o individuos con una naturaleza sustentada en la libertad y racionalidad es considerada como razón suficiente para sostener los derechos humanos por sí mismos.

La segunda tesis, por su parte, defenderá que la existencia de las personas o los individuos no es suficiente para sostener los derechos humanos en cuanto tales. Los defensores de tal postura dirán que además de la existencia de las personas se necesita un argumento más sólido o palpable para entender el surgimiento de tales derechos. Por ello, para los militantes de la segunda tesis, de la existencia de entidades tales como individuos o personas no se sigue la existencia de los derechos humanos, sino que para que ello sea efectivamente de tal manera se necesita la erección de un sistema social que los cree, los justifique y les de vida. Solamente en la lógica de la vida social y política, pensarán, es comprensible la idea de ciertos derechos que son

adecuados a los miembros del conglomerado socio-político. Por lo mismo, mientras los primeros hablan de un derecho natural que metafísicamente es considerado como anterior a la sociedad, para los segundos el derecho positivo es el único realmente efectivo ya que en aquel se encuentra realizado “aquí y el ahora” la defensa de los derechos humanos.

La primera tesis identifica a los derechos humanos con los derechos naturales, pues aquellos se referirían a los derechos subjetivos que el individuo merece en su condición de miembro de la especie humana. Los segundos, desde una visión mucho más jurídica, explican que los derechos solamente pueden ser comprensibles desde la condición ciudadana. Condición que en el estado de naturaleza es inexistente.

La opinión de Maritain respecto a la posición de los defensores de las dos tesis es que cada uno de los posicionamientos depende, en gran medida, de la aceptación o negación que se tenga de la “ley natural”. Por la misma razón, considera que el “conocimiento moral” y el “sentimiento moral” se encuentran determinados por el “progreso moral”. De tal forma, es la existencia de la ley natural y no otra cosa lo que hace posible la efectividad del progreso moral, ya sea a nivel jurídico, a nivel cognitivo o gnóstico. Es decir, para dicho autor una de las creencias en las que coinciden los pensadores de ambas corrientes es en la idea de que existe un cierto progreso moral inevitable e innegable que se expresa en la evolución de los sistemas jurídicos históricos. Según su manera de ver la cuestión:

“Semejante contraste ideológico es irreductible y no admite conciliación en el plano teórico: podría, empero, atenuarse algo, siempre y cuando que por los partidarios de la ley natural se subrayara que, si bien ciertos derechos fundamentales responden a una exigencia inicial de esta ley, y otros derechos a una exigencia posterior o incluso a un simple anhelo de esta última, nuestro conocimiento de unos y otros queda en todo caso sometido a un desarrollo lento y azaroso, por lo cual sólo emergen como reglas de conducta reconocidas a medida y en virtud del progreso de la conciencia moral y el desarrollo teórico de las sociedades”.<sup>71</sup>

Así entonces, en un primer momento, la posición de Maritain consiste en exponer que una cosa es la “posesión” de los derechos naturales del ser humano, y otra muy diferente es su “ejercicio”. Si viniera a bien decirlo en otros términos, podríamos indicar que para aquel la posesión es análoga a la “potencia” y el ejercicio es análogo al “acto” en términos metafísicos. Si se acepta aquella equivalencia de conceptos en nuestro razonamiento, tendríamos que decir que Maritain es evidentemente un defensor absoluto de la tesis que pregona la existencia de la naturaleza humana y la ley natural, aunque sea sólo de forma potencial. Lo que él considera el ejercicio de los derechos humanos sería un acto que seguiría de la anterior posesión que se le imputa a la persona o al individuo y no a la inversa, como los *nominalistas* y *positivistas* lo piensan. Por la misma razón, indica: “Incluso en los derechos “inalienables”, es preciso distinguir entre posesión y ejercicio: este último, sujeto a las condiciones y limitaciones dictadas en cada caso por la justicia...El

---

<sup>71</sup> *Ibid.*, p.26.

derecho a recibir, por medio de la instrucción y la educación, comunicación de la herencia de cultura humana, es, asimismo, un derecho fundamental: que queda sometido, en su ejercicio, a las posibilidades concretas de una sociedad determinada...<sup>72</sup>.

Las cuatro tesis fundamentales que sostienen la posición de Maritain con respecto a la consideración ontológica de la existencia de los derechos humanos en potencia pueden ser resumidas de la siguiente manera: la primera, sostiene la existencia de la naturaleza humana; la segunda, sostiene que tal naturaleza consiste en la capacidad de inteligencia de la cual está dotado el hombre; la tercera, indica que tales características esenciales son las mismas para todos los seres humanos; y la cuarta, predica que existe un orden o una disposición que la razón humana puede descubrir y de acuerdo con la cual la voluntad debe obrar para conformarse con los fines esenciales y necesarios del ser humano.

De tal modo tenemos que naturaleza humana, inteligencia humana, universalidad y cognoscibilidad son los cuatro pilares que sostienen la postura *sustancialista* de Maritain. En tal esquema, los derechos humanos se fundamentan esencialmente en la naturaleza y la inteligencia humana, mientras que sus cualidades son la universalidad y la cognoscibilidad. Ergo, los dos primeros elementos *fundantes* no cambian, los segundos elementos tienen una interacción por mor de la cual se hace asequible el progreso moral. Es decir, la

---

<sup>72</sup> *Ibid.*, p. 28.

naturaleza y la inteligencia humana son comprendidas como universales, sin embargo, el conocimiento que se tiene acerca de la susodicha universalidad puede variar en el tiempo, dependiendo del desarrollo histórico de cada sociedad concreta. Lo cierto es que ninguna sociedad carece por completo, aunque sea a nivel del imaginario y los valores colectivos, de una idea más o menos arraigada de la naturaleza humana y la ley natural, ya que de lo contrario no podrían existir sistemas jurídicos que restringieran cierto tipo de acciones y omisiones en apelación a la Justicia-en-sí. La ley positiva (relativa) de una sociedad concreta será siempre un acercamiento más o menos cercano a la ley natural universal. El progreso moral consiste aparentemente en una continúa aproximación a las leyes absolutas que se encuentran ya impresas en la naturaleza humana.

A grandes rasgos, lo que Maritain sustenta con su postura es la existencia de un sistema metafísico teleológico en el que la fundamentación de los derechos humanos ocupa un lugar sumamente importante. Para él, la única forma en la que pueden ser deducibles racionalmente los derechos es a través de una interpretación “normalista” en la cual la vida práctica se establezca buscando la perfección del hombre en cuanto paradigma. De tal manera, la implementación, promoción y defensa de los derechos humanos se ve en la imperiosa necesidad de creer en una “normalidad de funcionamiento” que es determinante para saber hasta dónde llega el verdadero alcance de la ley natural.

Contradecir a la ley natural, en estos términos, no significa más que ir en contra de aquella estructura específica, si se quiere, constitución ontológica, del ente humano. La fundamentación de los derechos humanos debe considerar que la libertad y la racionalidad son en el ser humano parte constitutiva de su naturaleza y que, por lo mismo, éste puede ser capaz de acatarla o no, corriendo el riesgo de negar todo lo que aquel es en tanto idea o perfección. Negar tal naturaleza por sus posibles desviaciones sería algo así como negar la objetividad del Derecho por sus potenciales interpretaciones a lo largo del tiempo. Los positivistas pueden negar la universalidad del derecho objetivo y de la naturaleza humana, pero no pueden negar que todos los sistemas normativos han estado remitidos siempre a aquellas dos nociones. Si el Estado-Nación de Derecho y la democracia representativa no estuvieran fundamentados desde la protección de los derechos fundamentales, estarían erigidos sobre arenas movedizas.

La escisión fundamental entre las dos tesis mencionadas con anterioridad consiste en considerar como fuente de los derechos humanos a entidades distintas. Para los defensores de la primera tesis no se necesita la existencia de la sociedad y basta el individuo o la persona para sostener los derechos humanos; mientras que para los defensores de la segunda tesis el individuo o la persona son en sí mismos algo ontológicamente incompleto que necesita de la sociedad cuando se trata de fundamentar tales derechos. Ese, a grandes rasgos, podría ser denominado el problema ontológico en la fundamentación de los derechos humanos que está presente en el seno del

debate *derecho natural/derecho positivo*. Sin embargo, en otro sentido, también existe un problema distinto que es necesario tener en consideración.

A la par del problema ontológico, aquel pensador visualiza un problema de carácter epistemológico, mismo que consiste en confundir el conocimiento y el reconocimiento social del derecho natural con su existencia. A tal problema, nuestro pensador lo denomina como el segundo elemento o elemento gnoseológico de *la ley natural*, en el que la ley natural existe en tanto que es conocida, y no en cuanto promulgada o acatada social e internacionalmente. Es decir, la existencia de la ley natural y el derecho natural, así como la existencia de una “normalidad de funcionamiento” del ente humano, no depende en última instancia de su conocimiento o reconocimiento.

Al ser la ley natural una ley no escrita, al parecer de Maritain, el conocimiento que de ella tiene el hombre y las sociedades es susceptible al cambio. Dicho cambio, empero, se lleva a cabo siempre de forma ascendente y progresiva. Por el mismo motivo, indica que “El conocimiento que el hombre posee de ella ha crecido poco a poco, a medida que se iba desarrollando su conciencia moral”.<sup>73</sup> El tipo de conocimiento mediante el cual se hace accesible al hombre los lineamientos de las cosas que se deben hacer y no hacer se lleva a cabo en un plano diferente al conceptual o racional. Desde su punto de vista, tal conocimiento se lleva a cabo por una cierta inclinación natural. Contrariamente a las demás entidades (entre ellos los animales) que no

---

<sup>73</sup> Maritain, Jacques, *El hombre y el Estado*, Encuentro, Madrid, 2002, p. 96.

pueden tener conocimiento moral, pues su propia constitución ontológica no está dispuesta para ello, la inclinación a la perfección moral por parte del género humano es una de las tesis que sostiene Maritain. En sus propias palabras, el conocimiento de la ley natural en el hombre “es un conocimiento oscuro, no sistemático, vital, que procede por experiencia tendencial o connaturalidad y en el que el intelecto, para formar un juicio, escucha y consulta la especie de canto producido en el sujeto por la vibración de sus tendencias interiores”.<sup>74</sup> Para Maritain, los molinos del derecho natural giran lentamente a favor del reconocimiento de la persona humana, pero aún así siguen girando.

En lo referente al conocimiento de los derechos naturales del hombre, expresados en la ley natural, aparecen estrechamente vinculados los problemas ontológico y epistemológico, según la fórmula que propone Maritain para fundamentarlos. Por un lado, la sustancia individual, el microcosmos que es la persona, consiste en ser una entidad independiente y autosuficiente para fundamentar desde ahí los derechos humanos. Pero por otra, se reconoce que el conocimiento de tales derechos depende, en su esfera social, del progreso que se lleve a cabo en la conciencia moral de una sociedad determinada. Sin embargo, y a pesar de ello, se reconoce, por otro lado, que la naturaleza humana (en tanto que género humano) está dispuesta inexorablemente y con el paso del tiempo a alcanzar la perfección moral que es propia y pertenece de suyo al concepto de entidad humana. Por esto mismo, no es casualidad que Maritain indique que el conocimiento de los derechos humanos es “un

---

<sup>74</sup> *Ibid.*, p.98.

conocimiento que se ha desarrollado en el interior del doble tejido protector de las inclinaciones y de la sociedad".<sup>75</sup>

Que la existencia y el conocimiento de los derechos del hombre dependan en Maritain de la existencia de la ley natural y la naturaleza humana es algo indudable. Asimismo, que dicho conocimiento y existencia se encuentren desvinculados artificialmente en la disertación filosófica en dos momentos distintos es algo que parece igualmente innegable. Sin embargo, en el plano sistemático de lo jurídico-metafísico podríamos decir que aquellos dos momentos se encuentran estrechamente vinculados y dependen el uno del otro, aunque no con la misma intensidad o consistencia.

La *causa sui* en el planteamiento de nuestro filósofo es la existencia de una entidad diferenciada, misma que es la persona. En la persona como entidad están grabados ya, al menos como *télos* o perfección, los rasgos decisivos que definen la idea de un estado de progreso absoluto y definitivo en la conciencia moral. Por el mismo motivo, es indispensable subrayar cuál es el juicio que nuestro pensador esgrime para sustentar la susodicha evolución que presume en la conciencia moral. Así pues, aquel juicio fundante puede ser visto de la forma siguiente:

---

<sup>75</sup> *Ibid.* p. 99.

PM. En cuanto al modo en que la razón humana ha ido tomando una conciencia cada vez menos crepuscular, rudimentaria y confusa de las regulaciones de la ley natural,

Pm. En cuanto al modo en que ha tomado conciencia (siempre por vía de conocimiento por inclinación) de las regulaciones ulteriores y más elevadas de esta misma ley.

Conclusión: Este conocimiento continúa progresando y progresara mientras dure la historia humana. Este progreso de la conciencia moral es, en verdad, el ejemplo menos discutible de progreso de la humanidad.<sup>76</sup>

Al parecer de Maritain tanto la toma de conciencia de la razón humana de la ley natural, como la evolución que parecen ir alcanzando paulatinamente las sociedades contemporáneas en el reconocimiento de tal ley, son los argumentos más incontrovertibles del *telos* que presume en lo humano. Igualmente, considera que la sociedad civil y el Estado no tienen que “otorgar” la dignidad o la prioridad ontológica a la persona, sino sólo y exclusivamente “reconocer” como universalmente válida tal dignidad que pertenece ya en sí y en cuanto tal a aquella entidad. La persona humana y lo constitutivo de aquella (alma espiritual y libre albedrío) son los fundamentos sólidos e inamovibles mediante los cuales es posible cualquier fundamentación de los derechos naturales del ser humano. Dado que el progreso humano ha sido el causante de la abolición de las formas de gobierno más inhumanas, y en tanto que la

---

<sup>76</sup> Ibid., p. 100.

democracia es precisamente para Maritain el régimen más humano posible, indica que “La tragedia de las democracias modernas consiste en que ellas mismas no han logrado aún realizar la democracia”.<sup>77</sup>

La labor de la filosofía política y jurídica, en este plexo de ideas, sería ir clarificando una cierta variedad de caminos que reivindiquen la esencia de lo humano. Buscar su naturaleza, explicar su coherencia, sus limitaciones. Caminos que evidentemente no se tendrían que dejar en absoluto en manos de las inclinaciones humanas como Maritain lo concibe. Si lo que buscamos es realmente consolidar una serie de valores, expresados en derechos, lo que tenemos que hacer es buscar la fuente racional que explica por qué esos valores y no otros. En suma, es preciso trabajar en la fundamentación filosófica de los derechos para recordarle al mundo político y jurídico que es necesario remitirse a fuentes racionales, más allá de formales, para entender su fin.

### **d.3 Rawls**

Otra corriente de pensamiento que hace uso del derecho natural, aunque sea implícitamente, es el procedimentalismo. Algunos de sus más grandes exponentes, entre ellos Rawls y Putnam, han partido de la idea de que es necesario hacer una fundamentación política y no ética o metafísica de los

---

<sup>77</sup> Maritain, Jacques, *Cristianismo y Democracia*, Leviatán, Buenos Aires, p. 31.

derechos del ser humano. Sin embargo, sus planteamientos regularmente precomprenden una serie de elementos que las teorías del derecho natural han desarrollado detalladamente. Mostraremos únicamente el caso de Rawls por parecernos el más significativo.

La visión de Rawls respecto a la filosofía política puede ser denominada como pragmática, en el sentido de que considera que aquella disciplina debe estar orientada a la acción y no a la contemplación especulativa. Tal vez de ahí provenga su indudable rechazo a concepciones derivadas de la metafísica. Sin embargo, hay que considerar que su posición representa ya en sí, queriéndolo o no, una posición metafísica muy específica.

La postura de Rawls es relativista ya que considera que la tarea justificadora de los derechos es variable e inestable por las características de cada uno de los escenarios o regímenes posibles desde los cuales se tendría que sustentar. Considera que la tarea de la filosofía política no es la misma en un Estado-nación en donde las estructuras básicas respondan a una lógica secular que en otra con una lógica confesional. Indudablemente, el trabajo del filósofo político será en cada uno de esos contextos de diferente envergadura. En una sociedad enteramente secularizada se intentarán consolidar los marcos de pluralidad razonable, mientras que una sociedad que está en proceso de secularización la tarea primordial será la de incentivar esa pluralidad sobre la base de consensos entrecruzados.

La consolidación de la democracia liberal como forma de gobierno y como *modus vivendi* será inexorablemente el objetivo que las sociedades contemporáneas deben alcanzar tarde o temprano, desde el punto de vista de Rawls. A razón de tal motivo, indica:

“Yo creo que una sociedad democrática no es una comunidad ni puede serlo, entiendo por comunidad un cuerpo de personas unidas en la defensa de la misma doctrina comprensiva o parcialmente comprensiva. Semejante cosa la hace imposible el hecho del pluralismo razonable que caracteriza a una sociedad con instituciones libres. Es el hecho de las diferencias profundas e irreconciliables en las concepciones del mundo de los ciudadanos, en esas razonables concepciones religiosas y filosóficas comprensivas, y en sus visiones de los valores morales y estéticos que deben primar en la vida humana...Tampoco es la sociedad política una asociación, ni puede serlo. No entramos en ella voluntariamente”.<sup>78</sup>

Dado que la forma en la que acceden las personas a las sociedades democráticas o a las sociedades bien ordenadas no es voluntaria ni tampoco se fundamenta en una doctrina comprensiva específica, habría que decir que los nexos que tendrían que unir a los ciudadanos deben ser de distinta naturaleza. Por lo mismo, la concepción de Rawls respecto a la naturaleza de la unión política y de la identidad o el sentimiento de pertenencia a una

---

<sup>78</sup> Rawls, John, *Teoría de la Justicia*, Fondo de Cultura Económica, México, 2000, pp. 24-26.

sociedad determinada requieren estar formulados sobre los principios de la equidad y la cooperación, ideas que a su vez van a configurar lo que es denominado como la concepción política de la justicia.

Si es correcto decir que el sentimiento de pertenencia a una sociedad determinada no viene configurado por la agregación voluntaria a una doctrina comprensiva específica, y que aún así toda sociedad necesita que sus miembros posean aquel sentimiento de identidad, es igualmente correcto afirmar que dicho sentimiento tendría que estar modulado por parámetros distintos a los que son en esencia doctrinales o dogmáticos de un sector social o intelectual específico. Por lo mismo, pareciera ser que en este sentido Rawls rechaza la posibilidad de la construcción identitaria a partir de conceptos tales como nación, lengua o cultura desde un punto de vista pluralista. De tal manera, apuntala:

“La idea más fundamental en esta concepción de la justicia es la idea de la sociedad como un sistema equitativo de cooperación social a lo largo del tiempo de una generación a la siguiente... Para elaborar esta idea central recurrimos a otras dos ideas fundamentales que la acompañan. Son éstas: la idea de los ciudadanos (los que participan en la cooperación) como personas libres e iguales; y la idea de la sociedad bien ordenada, esto es, de una sociedad efectivamente regulada por una concepción pública de la justicia...estas ideas intuitivas fundamentales son tenidas por familiares en la cultura política pública de una sociedad

democrática. Aun cuando dichas ideas a menudo no se formulan expresamente, ni se delimita claramente su significado, pueden desempeñar un papel fundamental en el pensamiento político de la sociedad y en el modo en el que interpretan sus instituciones, y en cómo se les confiere una relevancia duradera en los textos históricos y de otra índole”.<sup>79</sup>

La idea que subyace en el fondo de su propuesta es la necesidad de que las sociedades contemporáneas construyan un concepto de justicia y equidad lo más universal posible sin remisión a una naturaleza humana particular. Sin embargo, en la búsqueda de tal universalidad pueden ser encontrados rasgos de relativismo que se manifiestan entre otros sitios en el escaso riesgo que asume el filósofo para ofrecer conceptos concretos de términos tales como justicia. Su negación a ofrecer contenidos específicos para tales conceptos proviene de la idea que tiene acerca de la capacidad de integración del sistema teórico. Según su forma de ver las cosas, solamente una teoría que no ofrezca ideas normativas y prescriptivas de la justicia tendría la capacidad de responder a necesidades prácticas en casi todos los casos posibles. En tal sentido, asume que el derecho positivo es el más próximo, pero también el más real y el más inmediato, contrariamente al pensamiento de los *sustancialistas*.

De tal modo, su idea de la justicia sustituye conceptos tales como el de “lo racional” (Rational) por el de “lo razonable” (Reasonable). Dicho salto,

---

<sup>79</sup> *Ibid.* p. 28.

evidentemente, no es ni casual ni inocente y, por el contrario, representa un giro o subversión conceptual que es difícil de no ver, pues altera todo el sistema teórico de la justicia según términos *sustancialistas*. El salto que se lleva a cabo entre racionalidad y razonabilidad es el mismo que se lleva a cabo entre *episteme* y *endoxai*, así como el que se lleva a cabo entre la verdad única de los *sustancialistas* y la verdad como probabilidad de los fideistas. Empero, a pesar de ello, no podemos catalogar a su teoría de incoherente, pues precisamente el código de eticidad más importante de las democracias directas y representativas consiste en predicar que en aspectos políticos, jurídicos y sociales no hay verdades absolutas, sino única y exclusivamente relativas. La verdad en cuanto tal es sustituida por la validez de la opinión. Por el mismo motivo, resulta mucho más difícil, pero no por ello imposible, sustentar desde la lógica de un régimen de gobierno democrático la idea del derecho natural, fijo, universal e inamovible.<sup>80</sup> En este sentido, Rawls señala de forma atinada lo siguiente: “Que una sociedad democrática a menudo se entiende como un sistema de cooperación social lo sugiere el hecho de que, desde un punto de vista político y en el contexto de la discusión pública de cuestiones básicas de derecho político, sus ciudadanos no conciben su orden social como un orden natural fijo o como una estructura institucional justificada sobre la base de doctrinas religiosas o principios jerárquicos que expresan valores aristocráticos”.<sup>81</sup>

---

<sup>80</sup> Uno de los debates más calurosos que se han llevado en la historia de los derechos fundamentales es aquella que se dio entre el concepto de democracia y su realización en las constituciones rígidas que hacían indisponibles ciertos contenidos a los legisladores. Holmes, S, “El precompromiso y la paradoja de la democracia”, en Elster y Slagstad, *Constitucionalismo y democracia*, Fondo de Cultura Económica, México, 1999, pp. 217 a 262.

<sup>81</sup> *Teoría de la justicia, Op. Cit.*

La lógica de la forma de gobierno democrática indica que lo importante es alcanzar consensos entre los distintos grupos y poderes sociales para obtener una recíproca cooperación estable y duradera. Por lo mismo, el régimen de gobierno democrático considera como uno de sus valores fundamentales la autarquía. El auto-gobierno que lleva a cabo la ciudadanía en las democracias a través de la creación, promulgación y administración de las leyes es su elemento diferencial de otras formas de gobierno en las que dichas tareas están restringidas a un grupo o sector social muy específico. Por lo mismo, la tesis de Rawls respecto a la conversión de conceptos tiene que ver con una idea fundamental. En lugar de decir: el hombre es por naturaleza un animal racional que puede alcanzar la verdad a través de la ciencia; se dice: el hombre es un ser razonable, dado que sabe que no puede conocer la verdad absoluta en cuestiones políticas se limita a dar opiniones comprensivas que sean tolerantes con las ideas comprensivas del resto del conglomerado social. Este es el principio de los consensos entrecruzados, mismos que permiten y también limitan la existencia de la llamada cooperación social. La concepción del derecho natural será implícita en tanto que considerará necesario en su proyecto político partir de una posición originaria imparcial, también llamada el momento del velo de ignorancia en el plano nacional e internacional. Sin fundamentar ni justificar los derechos humanos, asume, sin embargo, que es necesario que exista un punto inicial imparcial para que los contenidos de la vida social se completen por medio de los consensos entrecruzados.

## **6. Derecho de gentes**

Dos conceptos con los que se relacionan los derechos humanos son los derechos fundamentales y los derechos naturales. Para explicar los primeros hicimos uso de algunos conceptos que los conciben como la serie de derechos reconocidos en un sistema constitucional en específico, es decir, como derechos positivos. Por su parte, explicamos que la diferencia con respecto a los derechos naturales se sustenta en el hecho de que la categoría derecho natural se refiere a una de muchas fundamentaciones que se han planteado para explicar el origen de los derechos humanos. No obstante, insistimos en el hecho de que tal fundamentación basada en el derecho natural tiene distintas manifestaciones. En el presente apartado mostraremos una de las manifestaciones más importantes en este respecto. Analizaremos el concepto de derecho de gentes escrito en código humanista laico y en código humanista católico.

El concepto es al menos tan antiguo como el de derecho natural, por lo que en algunas ocasiones se pueden confundir o identificar. Aparece en las diversas fuentes jurídicas, políticas, filosóficas y sociológicas con diversos contenidos y connotaciones. Algunos reducen su campo de acción y existencia al derecho positivo. Otros tantos consideran que pertenece a un ámbito intermedio entre el natural y el positivo. En ciertas situaciones aparece identificado con el derecho internacional en general, o, bien, como origen del derecho internacional público. En el presente apartado haremos una breve y

sucinta revisión histórica de lo que ha significado el concepto en su desenvolvimiento teórico.

### **a) Roma**

El término *ius gentium* aparece formulado por primera vez en la tradición filosófica con Cicerón. Para este pensador romano, el derecho puede ser clasificado inicialmente en natural o positivo. El primero se divide en humano (expresado en la equidad) y en divino (expresado en los preceptos emanados de la religión). Por su parte, el derecho positivo puede ser formal o informal, es decir, escrito o no escrito. El derecho positivo informal se divide en Derecho de Gentes y en derecho consuetudinario. Siendo de tal manera, que el *ius gentium* puede ser a su vez privado o público.<sup>82</sup>

Aunque inicialmente parece claro que el derecho de gentes pertenece al derecho positivo, existen ocasiones en las que Cicerón afirma que también rige cierta parte del derecho natural en aquel. Por ejemplo, respecto a los robos o a la explotación del hombre por el hombre, considera que las reglas están instituidas por derecho natural, pero también forma parte del derecho de gentes en lo que respecta a su vigilancia.<sup>83</sup>

---

<sup>82</sup> Cicerón, *Oratoriae Partitiones*, capítulo 37, t. I, pp. 624-625.

<sup>83</sup> Cicerón, *De Officiis*, libro 3, capítulo 5, t. III, p. 374.

Inicialmente, decir que el derecho de gentes pertenece al derecho positivo participando del derecho natural no tiene nada de contradictorio entre sí. No lo tiene, porque a final de cuentas todo derecho positivo se encontraría justificado y sancionado en última instancia por el derecho natural. De tal forma, al mentar el derecho de gentes, Cicerón sentencia: “*Omni autem in re consensio ómnium gentium, lex naturae putanda est*”.<sup>84</sup> Esto no implica necesariamente, que el derecho de gentes fuera considerado como aquel que regía para todos los seres humanos.

Incorrecto sería decir que el término latino *gens* sea compatible o comparable con el concepto de humanidad tal como lo entendemos actualmente. Una traducción de esa naturaleza desvirtuaría el horizonte significativo que ese término tenía originalmente.<sup>85</sup> Aunque es un hecho que el cosmopolitismo jurídico de los romanos fue revolucionario, sus alcances no fueron tan lejos para considerar al derecho de gentes como similar al de derechos humanos vigente en nuestros tiempos. La distancia que existe entre el concepto *gens* y el concepto *humanitas* es el mismo que hay entre una conciencia particularista y una universalista. Las *gens* representaron inicialmente el grupo de personas que no pertenecían al Imperio, mientras que la *humanitas* representaba a todos los seres humanos, aún a los propios romanos.

Por la misma razón, en el libro primero de las *Instituciones* de Ulpiano el derecho de gentes aparecía explicado de la siguiente forma: “*Ius autem civile*

---

<sup>84</sup> Cicerón, *Quaest. Tusculananae*, lib. 1, cap. 1, t. II, p.304.

<sup>85</sup> Para mayor información respecto a este tema consultar Peruzzi, Emilio, *Origini di Roma. I. La famiglia*, Firenze, Valmartina Editore, 1970, 165 págs.

*vel gentium ita dividitur. Omnes populi, qui legibus et moribus reguntur, partim suo proprio, partim communi omnium hominum iure utuntur; nam quod quisque populus ipse sibi ius constituit, id ipsius proprium civitatis est vocaturque ius civile, quasi ius proprium ipsius civitatis; quod vero naturalis ratio inter omnes homines constituit, id apud omnes populos peraeque custoditur, vocaturque ius gentium, quasi quo iure omnes gentes utuntur*".<sup>86</sup>

En sentido estricto, el derecho de gentes pertenecía a los extranjeros que mantenían relaciones jurídicas con la ciudad de Roma y con sus ciudadanos, por lo que es una extensión del *ius civile*, para complementarlo en aquellos que no tuvieran la condición ciudadana. Sus aplicaciones más comunes, señaladas en las propias instituciones son: los contratos, como la compra-venta, el arrendamiento, la sociedad, el depósito, el mutuo y otros innumerables. Por lo mismo, es aplicable decir que el derecho de gentes se reducía originariamente a una serie de acuerdos para regir las relaciones entre los pueblos, es decir, para regular sus intercambios comerciales. No es casual que además del derecho civil que regulaba las relaciones entre las autoridades y los gobernados de la *civis*, se hiciera necesario regular las actividades con el exterior, pues es imposible concebir el mundo romano como un tópico aislado de las relaciones económicas extra-cívicas.

---

<sup>86</sup> "Más el derecho se divide así, civil o de gentes. Todos los pueblos, los cuales se rigen por leyes costumbres, usan un derecho, en parte suyo propio, en parte común a todos los hombres; pues el derecho de un pueblo cualquiera constituye él mismo para sí, es propio de la ciudad misma y se llama derecho civil; más el que la razón natural establece entre todos los hombres, este es igualmente observado en todos los pueblos, y se llama derecho de gentes, porque de este derecho usan todas las gentes". En *Cuerpo del Derecho Civil Romano* (edición bilingüe), Consejo de ciento editor, Barcelona, 1889, L. I, art. 2, p. 6.

El derecho de gentes es un tipo especial derecho que surgió entre sociedades antiguas que se consideraban como civilizadas, y que servía esencialmente para poder mantener relaciones no conflictivas entre sí. Aunque el derecho de gentes fue creado originalmente para evitar las guerras, o para hacer duraderas las alianzas regionales, también llegó a desarrollarse como un conjunto normativo que servía para regular la guerra y la postguerra.

Las instituciones formales e informales que le constituyen, desde entonces hasta ahora, sirven para eliminar la incertidumbre en las relaciones humanas. De tal manera, ese derecho constituía una garantía para que las guerras, las cautividades y las esclavitudes se evitaran o se institucionalizaran mínimamente entre lo que se consideraba el “mundo civilizado”. La búsqueda de relaciones pacíficas reguladas por reconocimientos mutuos mínimos fue el origen del derecho de gentes como una expansión del derecho de libertad de comercio. Detrás de dicho derecho estaba comprendido el derecho a ser sujeto de derechos, en lo que respecta a la libertad de la propia persona y en lo que respecta a la institución de la propiedad. Por medio del derecho de gentes, los pueblos se reconocían mutuamente el derecho a existir, a apropiarse de los bienes que se encontraban dentro de su territorio y a nombrar embajadas que les representasen.

### **b) Aquino**

La tradición tomista recupera la enseñanza romana en su aspecto formal y explica el derecho de gentes en sus propios términos nocionales. En su tripartición de leyes se inserta al derecho de gentes como derecho humano positivo que participa en cierto sentido del derecho natural, pero que no lo identifica con aquel. Para Aquino:

“Al derecho de gentes, en efecto, pertenecen las normas que se derivan del derecho natural como las conclusiones de sus principios; por ejemplo, la justicia en las compraventas, y otras cosas así, sin las cuales no sería posible la convivencia humana; y este derecho es de ley natural, porque el hombre es por naturaleza un animal social, según se expone en I *Polit.* En cambio, las normas que se derivan de la ley natural a manera de determinaciones particulares pertenecen al derecho civil, dentro del cual cada Estado establece las normas que considera más apropiadas”.<sup>87</sup>

“El derecho de gentes deriva del derecho natural como las conclusiones de sus principios”, afirma Aquino. Lo cual quiere decir, originalmente, que el derecho de gentes se presenta como un fenómeno de reconocimiento de la alteridad, del otro que no es como yo, que no está amparado por las mismas leyes que rigen en mi ciudad, pero que, sin embargo, ha alcanzado un desarrollo propio y por ende me resulta útil para mantener una convivencia social pacífica. Su

---

<sup>87</sup> Aquino, *Op. Cit.*, I-II, q.95, a.2.

primer elemento es el reconocimiento de la alteridad con relación a su *dominium*, ya sea público o privado. El derecho de gentes pertenece al ámbito que es común entre los pueblos, ya sea por medio de sus autoridades, ya sea por medio de los particulares. Al primero, en la modernidad, y después de ser desarrollado por mor de ciertos principios generales, se le ha dado el nombre de derecho internacional público, mientras que al segundo se le ha denominado derecho internacional privado.

¿Qué es lo primero que regula el derecho de gentes? Aquellas acciones que promueven las relaciones más inmediatas: las comerciales. Los pueblos empiezan a aceptar su existencia entre sí, y por ciertas relaciones estratégicas deciden formar alianzas y asegurarse mutua ayuda, siendo estas actividades reguladas por el derecho de gentes.

Para Aquino es claro que el derecho de gentes es parte del derecho humano positivo porque además de encontrar ahí su realización, también tiene ahí sus fuentes. No obstante, no se debe ignorar que la realización máxima de la ley eterna se encuentra en el derecho natural. El acceso a ese derecho natural, mediado por la doctrina católica, tenía que pasar por los senderos de la fe. Desde ahí y sólo desde la aceptación de ciertos dogmas fundamentales era posible alcanzar una visión objetiva del derecho natural, pues aquella era la manera más perfecta en la que el ser humano podía participar de la ley eterna. El derecho de gentes no podía ser incluido, pues, en el derecho natural, aunque a él se remitieran inicialmente sus conclusiones. El derecho natural sería perfectamente racional y desarrollado, mientras que el derecho de gentes

constituiría una base primitiva y siempre perfectible. El derecho natural sería el código que Dios colocó en la naturaleza de las entidades por él creadas, y por ende sólo accesibles para aquellos que creyeran en los “dogmas verdaderos” de la “religión verdadera”. El derecho de gentes representaba, contrariamente un conocimiento imperfecto, pero aún así conocimiento, del derecho de natural.

Hablar de derecho de gentes en la época de Aquino significaba, por lo mismo, mentar toda esa serie de leyes positivas humanas creadas respecto a los pueblos no cristianos con la finalidad de regular sus relaciones ya sea entre sí, ya sea con el pueblo cristiano. El derecho de gentes sería evidentemente una normatividad primitiva que servía para promover la convivencia pacífica de los pueblos, una primera aceptación de reconocimientos mutuos. Los católicos, por su parte, y acorde a la política del Sacro Imperio Romano-Germánico, participaban del derecho natural con todas sus derivaciones. Es digno de llamar la atención que dicha versión del derecho natural justificaba la monarquía y el sistema socio-económico medieval, por lo que iba acompañado con una visión muchas veces perversa de la naturaleza y la condición humana, pues sostenía sistemas estamentales enteramente incompatibles con las exigencias contemporáneas de humanismo. El humanismo de los antiguos, y aún más el de los medievales, dista de ser equiparable a la visión que tenemos hoy en día de ese concepto. Ciertas concepciones del derecho natural y aún más de la naturaleza humana llegaban a considerar como determinantes algunas diferencias accidentales entre individuos, mismas que fueron adjudicadas erróneamente como invariables y sustanciales. Entiéndase entre esas diferencias: religión, raza, lengua, nacionalidad y sexo. El derecho

objetivo de los antiguos es la noción que el humanismo de hoy crítica, o debería criticar ferozmente, pues al partir de un concepto de ser humano bastante estrecho, justificaba la discriminación de amplios sectores de la humanidad. Piénsese, por ejemplo, el puesto falazmente asignado a la mujer, a la cual se le consideraba inferior por su supuesta propensión al pecado, por su debilidad física o por su incapacidad de acceder al “conocimiento verdadero”, etc.

### **c) *Thomasius***

Una versión un poco distinta, y en cierto sentido contrastante con la de Aquino, la encontramos en Thomasius. Anticipadamente, él se declara contra el escolasticismo y declara a Grocio como el restaurador de su significado originario.<sup>88</sup> El aporte de ese filósofo es invaluable, pues saca a la luz una serie de anfibologías que hacen menos comprensible su contenido, y que a grandes rasgos son las mismas que han sido desarrolladas en tiempos posteriores. Esas definiciones equivocadas del derecho de gentes son las siguientes:

1. El derecho de gentes se entiende como el derecho natural mismo, porque todas las gentes se rigen por él. En ese caso, sin duda no es un tipo especial de derecho positivo ni de derecho natural, sino el derecho natural mismo y, por eso, inmutable. (§66)

---

<sup>88</sup> Thomasius, Christian, *Fundamentos de derecho natural y de gentes*, Tecnos, Madrid, 1994, §1.

2. Otras veces se entiende como el derecho natural que rige las acciones de unas naciones para con otras. En ese caso no es ciertamente el derecho natural mismo en su ámbito más amplio, sino un tipo especial de derecho natural, igualmente inmutable, y no un derecho humano, porque las naciones entre sí no tienen un legislador común. (§67)
3. Otra vez se entiende como ley positiva común a muchas naciones. En ese caso, se refiere a un tipo especial de derecho positivo, pero constituido, en su mayoría, por principios naturales y positivos; por esta diversidad de sus constituyentes en parte es mutable, en parte inmutable. (§68)
4. A veces se considera como una facultad o atributo de la persona, común a muchas naciones. Entonces es ciertamente un tipo especial de derecho natural, pero igualmente mutable que el propio derecho natural de este significado.
5. Finalmente se entiende como las costumbres de muchas naciones, desde el punto de vista del decoro. Entonces participa más del derecho natural que del derecho positivo. Sin embargo, no está sujeto a variación.<sup>89</sup>

Desde el punto de vista de Thomasius, el derecho de gentes no puede encontrarse fielmente justificado en ninguna de las visiones anteriores. Declara que la distinción común que solía hacerse entre naciones civilizadas o bárbaras tiene su origen en el orgullo de griegos y romanos, y que ha sido reproducida

---

<sup>89</sup> *Ibid.*, pp.232-233.

como un “estúpido prejuicio”, porque no existe juicio alguno que pueda distinguir entre la calidad de unas y otras naciones.<sup>90</sup> De tal manera, la distinción entre cristianos y gentiles reproduciría los mismos prejuicios. En una época determinada, el derecho de gentes era al que se suscribían los pueblos o individuos extranjeros respecto a sus relaciones con Roma. En otro momento, significaba el derecho común entre todos los pueblos no cristianos, y el de aquellos para mantener relaciones con el imperio.

Para tal filósofo, el derecho de gentes no puede ser derecho natural porque no es inmutable, pero tampoco puede ser derecho positivo porque rigen ciertas reglas en él que pueden ser deducibles del derecho natural. De tal manera, Thomasius replantea la tradición y deduce que el derecho de gentes son los pactos tácitos y no tácitos entre naciones independientemente de su condición. Su tesis principal predica que toda la moral puede demostrarse a partir de la naturaleza.<sup>91</sup> Sin embargo, distingue el ámbito moral del jurídico, señalando que para el primero existen penas divinas, mientras que para el segundo rigen penas humanas.<sup>92</sup> Mientras el derecho natural regiría en el ser humano por su condición humana, el derecho de gentes regiría en él como persona jurídica. Aún así, no cabe duda que la concepción de derecho que defiende Thomasius es de raigambre ontológica.

---

<sup>90</sup> *Ibidem.*

<sup>91</sup> *Ibid.*, §7, p. 7

<sup>92</sup> *Ibid.*, §10 y ss.

Por derecho natural entenderá Thomasius aquello que regularmente se piensa en términos filosóficos cuando se habla de derechos humanos, es decir: el que se tiene independientemente de toda voluntad humana.<sup>93</sup> Ese derecho natural innato o primario sería el que correspondería al derecho natural, mientras que el secundario o derivado sería producto indirecto de él, porque en su formación tendría cabida el juicio humano. Por eso como derechos innatos señala el derecho a la libertad, y como derecho adquirido el de dominio.<sup>94</sup> Con esta distinción sigue al pie de la letra la antigua división romana según la cual el derecho de gentes tendría que ver esencialmente con las regulaciones que hacen posible la relación entre los hombres por el comercio.

---

<sup>93</sup> *Ibid.* L.II, § 11.

<sup>94</sup> *Ibid.*, § 12, p. 214.

## **7. La problemática relación entre derechos humanos y derechos fundamentales**

El problema de la relación entre derechos humanos y derechos fundamentales presenta dos aspectos importantes, como hasta ahora lo hemos visto. El primero de ellos es la imprecisión conceptual de los términos, al equipararse los derechos fundamentales con los derechos naturales del ser humano. Esta imprecisión es conflictiva porque no pueden ser identificados en todas las tradiciones, sino sólo y únicamente desde el paradigma iusnaturalista.

Para pensadores como Castellano, por ejemplo, mentar la categoría derechos humanos significa hacer referencia a la tradición moderna que ve en esos derechos una serie de principios establecidos de forma nominal. Desde su punto de vista, los derechos humanos modernos están expresados en las Declaraciones internacionales y en las constituciones políticas, siendo meramente ostensivos. Los derechos humanos serían una categoría histórica de uso jurídico-político contemporáneo, mientras que los derechos naturales del hombre serían la categoría filosófica que sirve para denominar a aquella realidad que sostiene a los aparatos normativos en lo que tienen de universales y racionales. Según este desarrollo, el concepto de los derechos humanos en su versión moderna encierra un problema tautológico, pues aquellos serían los derechos creados por los seres humanos para el ser humano de forma arbitraria, sin ninguna remisión a un sustrato objetivo o invariable.

Otro problema que surge de la conceptualización de derechos humanos derivado del anterior es que pueden ser confundidos con los derechos subjetivos o las libertades individuales, remitiendo su validez y existencia a la previa aparición de dos órganos: uno legislador y el otro sancionador. Sin declaración y sin coacción, bajo esta postura, no habría derecho. Así entonces, entenderíamos a los derechos humanos en su sentido ostensivo, y no sustancial, tal como lo sostiene el propio Castellano.

El problema general, más práctico que teórico, es el que atañe a la diferencia entre derechos humanos y derechos fundamentales, pues en el discurso político y en la literatura científica son usados frecuentemente como intercambiables. Para algunos, los derechos humanos y los derechos fundamentales serían iguales prácticamente en todo, solamente que los primeros estarían a cargo de la vigilancia y sanción de las organizaciones supraestatales, ya sea a nivel regional o internacional, como el Tribunal Europeo de Derechos Humanos; mientras que los derechos fundamentales serían aquellos que son vigilados por la normativa nacional, por ejemplo, el Tribunal Constitucional de España o Alemania.

En algunos casos en los que se peca de ingenuidad por cometer un error de sinonimia, se llega a considerar a los derechos fundamentales como los derechos básicos (las condiciones mínimas) que un ser humano necesita para realizarse. No obstante, un dato interesante arroja esta concepción, ya que los derechos fundamentales son considerados como básicos porque,

efectivamente, son justificados por una doctrina moral comprensiva, es decir, por la existencia de un sistema de valores codificado en diversos principios y explicado a través de ciertas metodologías. Los dos grandes paradigmas en este sentido son el modelo liberal-individualista y el social-solidarista.

Lo diferencial entre derechos humanos y derechos fundamentales, desde cierto punto de vista, sería su campo de jurisdicción: los derechos humanos aplicarían en tratados internacionales, mientras que los derechos fundamentales se derivarían formalmente de los sistemas constitucionales, y materialmente de las leyes orgánicas u ordinarias para regular su protección. Según esta concepción, los derechos humanos resumirían las aspiraciones ideales del género humano de una región del planeta,<sup>95</sup> mientras que los derechos fundamentales implicarían las posibilidades materiales de una sociedad concreta para asegurar una serie de garantías a los individuos (en

---

<sup>95</sup> No es correcto olvidar que la Declaración Universal de los Derechos Humanos firmada en 1948 en la ONU no es el único documento internacional que promueve una visión específica de esos derechos, aunque por antonomasia casi todos los estudios se refieren a aquella como única fuente. A la par existen esfuerzos de otras regiones del planeta, como la Unión Europea, a través del Convenio Europeo de Derechos Humanos firmado en Roma en 1950, el Tratado de Niza, o, mejor aún, la Carta Árabe de Derechos Humanos, la Carta Africana sobre los Derechos Humanos y de los Pueblos, o su antecesora inmediata común, la Declaración de los Derechos del Pueblo Trabajador y Explotado firmado en 1948, al menos formalmente, por las jurisdicciones que constituían a la Federación de Repúblicas Nacionales Soviéticas. El origen de este tipo de documentos puede ser rastreado al menos hasta la Paz de Westfalia, compuesta de dos tratados firmados en Osnabrück y Münster, pues en aquellos se establece en principio la necesidad de un mutuo reconocimiento entre los pueblos cristianos litigantes, dando con ello origen al concepto de soberanía nacional. Por eso mismo, establece el Título primero lo siguiente: "Habrá una *paz cristiana y universal* y una amistad sincera, auténtica y perpetua entre [...] todos y cada uno [...]. Que esta paz y amistad sea observada y cultivada con tal sinceridad y celo, que cada parte se esforzará en procurar el beneficio, honor y ventaja del otro [...]." Para mayor información consultar Franca, Marcílio, "Historia y razón del paradigma westfaliano", en *Revista de Estudios Políticos (nueva época)*, n. 131, Madrid, enero-marzo, 2006, pp. 87-111. También: Valladares, Jesús, "El tratado de Paz de los Pirineos: una revisión historiográfica", en *Espacio, tiempo y forma*, Serie IV, t. 2, 1989, pp. 125-138. Y Nebrera, Montserrat, "De Europa y de la Paz en Europa", en *Revista de Estudios Políticos (nueva época)*, número 106, octubre y diciembre, 1999, Madrid, pp. 161-178.

unas ocasiones ciudadanos, y en otras también los extranjeros) que se reparten en su territorio.

Beuchot, al hablar de la fundamentación filosófica de los derechos humanos en *De las Casas*, dice lo siguiente, confundiendo las categorías:

“Los fundamentaba en el derecho natural, como derechos naturales del hombre, y los ratificaba con el derecho de gentes (antecesor del derecho mundial) y los derechos divino y humano. Eran derechos de la raza humana, de toda la especie. Los invocaba tanto para los indios como para los españoles, pero veía que estaban siendo violados en el caso de los primeros”.<sup>96</sup>

Más adelante menciona: “El derecho natural es común a todos los hombres del mundo, y entre todas las gentes poco más o menos siempre se hallará”.<sup>97</sup> Para Beuchot, los conceptos de derecho natural, derecho de gentes y derechos humanos son casi idénticos. Su diferencia radicaría en la dimensión en la cual se expresan. El derecho natural en la filosofía, el derecho de gentes en la vida internacional y los derechos humanos en el plano jurídico-político. En común tendrían las aspiraciones, mismas que vendrían a significar más o menos la defensa, promoción y realización de los valores y principios que se

---

<sup>96</sup> Beuchot, Mauricio, *Los fundamentos de los derechos humanos en Bartolomé de las Casas*, Anthropos, Barcelona, 1994, p.13.

<sup>97</sup> *Ibid*, p. 45.

consideran subyacentes a la raza humana. Derechos humanos, derechos naturales y derecho de gentes serían iguales en su contenido, pero distintos en su aplicación.

Parfraseando a De las Casas, Beuchot asienta:

“No es otra cosa el derecho de gentes sino algún uso razonable y conveniente al bien e utilidad de las gentes, que fácilmente cognoscen por lumbre natural, u en él todos consienten como en cosa que les conviene, como las justas conmutaciones, compras y ventas y otras cosas semejantes necesarias, sin las cuales los hombres unos con otros no podían. Y así el derecho de gentes se dice ser al hombre natural porque se deriva de la razón y la ley natural, e tiene la fuerza y vigor que el derecho natural, porque es de aquellas conclusiones comunes que se derivan del derecho natural inmediatamente, como de su principios, según enseña, Sancto Tomás”.<sup>98</sup>

El derecho de gentes se reduciría, para Beuchot, a su expresión en el caso de las conmutaciones, compras y ventas y cosas semejantes de intercambio normativo que comparten las naciones entre sí. El derecho de gentes trataría de aplicarse ahí en donde hay un intercambio de bienes y personas. Derecho de gentes sería la carta de Niza, pero no la declaración de los derechos

---

<sup>98</sup> *Ibid*, p. 48.

humanos. Los derechos humanos quedarían entonces suspendidos y nulamente declarados, pues solamente consistirían en una serie de postulados hipotéticos acerca de la naturaleza humana.

Pérez Luño señala que una de las definiciones corrientes respecto a los derechos humanos hace explicarlos a partir del derecho positivo. Al formularse la pregunta ¿Qué son los derechos humanos? Indica que:

“Una posible respuesta a dicha cuestión consistiría en exhibir o apelar a objetos tales como el texto de la Declaración Universal de los Derechos Humanos de la ONU, los Informes de los *Ombudsmen* o de nuestro Defensor del Pueblo, el Informe Anual de Amnistía Internacional, el Convenio Europeo de los Derechos Humanos, la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de Estrasburgo, el Título I de la Constitución española de 1978, o la jurisprudencia de amparo de nuestro Tribunal Constitucional, o de *Vergassungsbeschwerde* del *Bundesverfassungsgericht* de Karlsruhe, y otros documentos o supuestos semejantes, para indicar que esos objetos son los derechos humanos”.<sup>99</sup>

En una edificante crítica a este tipo de recurso conceptual señala tres objeciones. Uno, que las susodichas definiciones ostensivas están fundadas en uno, o en una serie, de ejemplos sin que su alcance pueda extenderse

---

<sup>99</sup> Pérez Luño, A., “Concepto y concepción de los derechos humanos (Acotaciones a la ponencia de Francisco Laporta) en, *Doxa: cuadernos de filosofía del derecho*, n. 4, 1987, p. 47.

arbitrariamente más allá de ellos mismos. O sea, el concepto de los derechos humanos estaría concretizado exclusivamente en los documentos históricos y en las prácticas jurídicas que le dan vida. Dos, lo que justifica la relación entre esas experiencias ostensivas que tienen que ver con los derechos humanos, es la presencia en ellas de notas o propiedades referidas al concepto de los derechos humanos. Es decir, en tal formulación se estaría cometiendo un error de *petitio principii*. Y tres, la evidencia sobre la que reposan las definiciones ostensivas no es algo que surja espontáneamente, sino el resultado de un determinado proceso reflexivo, sea o no consciente. Es decir, una generación estaría facultada para condenar a otra en lo que a la interpretación de los susodichos se refiere. La jurisprudencia crearía derecho de tal manera que impediría o haría inaccesible o infértil ese proceso reflexivo.

Desde su punto de vista, una conceptualización coherente consigo misma necesitaría tres condiciones. Primeramente, enseñarse a no confundir tipos de derechos con tipos de protección normativa, o, lo que es lo mismo, no confundir los derechos con las técnicas de protección de los derechos. Esto implicaría, en síntesis, usar la noción de derecho no en el sentido del conjunto de normas que tiene un sistema, sino más bien como los títulos o razones que se aportan como justificación de la existencia de tales normas. En segundo lugar, entender que la noción de derecho está antes que la norma, y que la norma opera exclusivamente como vehículo de protección de ese algo que está antes de ella. Terceramente, diferenciarse de la actitud de quienes mantienen que sólo puede hablarse de derechos en el marco de un sistema jurídico, porque usualmente eso implica alcanzar un “obstáculo teórico insalvable”.

La crítica de Luño adquiere amplio y profundo sentido para entender la naturaleza de la corriente del iuspositivismo en los derechos humanos. Para dicho ius-positivismo, al que algunos como Castellano les parece la extensión del racionalismo nihilista y el liberalismo político, el concepto de derechos humanos vendría a ser un concepto histórico y convencional que sólo podría ser entendido después de la modernidad. La fuente de los derechos humanos y, por lo tanto, el lugar en el que habría que buscarse su fundamentación, serían aquellos documentos jurídicos nacionales e internacionales que se han creado para la defensa de las garantías individuales. Los derechos humanos, en suma, serían el producto de las convenciones que surgen entre naciones y pueblos preparados para asumir que es necesario brindar una serie derechos-libertades y derechos-crédito mínimos al individuo. Por lo mismo, Luño señala también atinadamente que una conceptualización de los derechos humanos coherente consigo misma necesita reflejar la oposición que Antígona exponía ante Creonte. Es decir, la existencia de un derecho constituido por normas no escritas, o, bien por razones anteriores y superiores al derecho positivo. El derecho positivo, según este punto de vista, podría erigirse realmente como derecho y no meramente como uso del monopolio de la violencia, porque existirían razones profundas que ligarían a la ley particular con la justicia universal. La eliminación de la ley del más fuerte sobre el más débil, la desaparición de la violencia y la arbitrariedad, la eliminación de la miseria humana y la promoción de la dignidad de la especie en cada individuo es lo que buscaría en el fondo el derecho.

Uno de los más grandes errores en la ambigüedad de los conceptos consiste en asumir las nociones iuspositivistas de una forma poco prudente. Quizá el momento en el que de mejor manera pueda entenderse dicho fenómeno es en la forma en la que aparecen desarrollados los derechos humanos con relación a los derechos fundamentales y a los derechos naturales. Para una serie de pensadores iuspositivistas, aquellos conceptos solamente tendrían sentido ahí donde hay un documento jurídico que los dote de vida. *La Declaración Universal de los Derechos del Hombre (1966)* vendría a significar el nacimiento de los derechos humanos, la exposición de una serie de garantías institucionales en la sección dogmática de una constitución política sería el origen de los derechos fundamentales, y los derechos naturales vendrían a ser entendidos, por ejemplo, como todos aquellos que fueron creados en el seno de las constituciones americanas y en el seno de la asamblea general francesa por contener una concepción precisa de la naturaleza humana.<sup>100</sup> El Estado de Derecho sería, en el ámbito internacional respetuoso con los derechos humanos, en el nacional con los derechos fundamentales, y en su tradición jurídica con los derechos naturales que sólo habrían cambiado de connotación por haber cambiado de fuente.

Ferrajoli ha señalado con agudeza el peligro de asumir los conceptos positivistas sin previsión alguna en lo que denomina como la verdadera falacia naturalista. En sus propias palabras explica lo siguiente: "Este diagnóstico

---

<sup>100</sup> Castellano anuncia muy bien la forma en la que el concepto de los derechos humanos ha aparecido primeramente formulada a través de los susodichos derechos naturales, confundiéndose y a veces intercalándose. En sus palabras: "El itinerario delineado por Dichas declaraciones y constituciones desemboca en la tesis según la cual los derechos humanos serían, en última instancia, los derechos reconocidos, establecidos por el Estado", *Op. Cit.*, p. 33.

podría responder a una suerte de falacia naturalista, o quizá mejor, determinista: nuestros sistemas jurídicos son como son porque no podrían ser de otro modo. El paso irreflexivo del ser al deber ser es el peligro que me parece está presente en muchas actuales teorizaciones de la descodificación, la deslegislación o de desregulación”.<sup>101</sup>

Efectivamente, dentro de la tradición iuspositivista la diferencia entre derechos naturales y derechos humanos vendría dada por el reconocimiento de la veracidad y objetividad del sistema normativo por el mero hecho de existir requisitos procedimentales para su formación. Si la tradición esencialista sostiene que los derechos del individuo son derechos que emanan de la naturaleza de tal entidad, la tradición iuspositivista declara que dichos derechos del individuo emanan del contrato social mediante el cual se ha convenido la regulación de la libertad negativa. En el estado de naturaleza, piensan los iuspositivistas adherentes al contrato, no existen derechos humanos porque no existe un documento jurídico que los avale ni mucho menos una autoridad que haga que se respeten. La teoría de los derechos humanos a partir de una fuente sustancialista pondría siempre el acento en la naturaleza esencial de la persona humana, y en la anterioridad de su dignidad y condición, respecto a la creación del Estado y sus mecanismos institucionales. La teoría iuspositivista carece, de tal modo, de una verdadera referencia objetiva para entender a los derechos humanos, fundamentales, naturales y de gentes, desde una posición que no sea histórica. Ofrece, a cambio, una visión materialista en la que la

---

<sup>101</sup> Ferrajoli, Luigi, *Derechos y garantías. La ley del más débil*, Trotta, Madrid, 1999, p. 17.

realidad de los conceptos vendría dada por su uso en las diferentes sociedades que construyen aparatos normativos para auto-regularse.<sup>102</sup>

Una cuestión en la que atina Muguerza es en aquella que afirma que: “Los sujetos morales pueden aspirar, y aspiran de hecho, a ser reconocidos como sujetos de derechos. Y entre dichas aspiraciones figura como primordial la de su reconocimiento como sujeto de derechos humanos. En un cierto sentido, éste sería el primer derecho humano y hasta la quintaesencia de cualesquiera otros derechos humanos, a saber, el derecho a ser sujeto de derechos”.<sup>103</sup>

Una herramienta fundamental que pocamente se utiliza en la filosofía para distinguir a los derechos humanos de los derechos fundamentales es el lenguaje jurídico. Partiendo de aquel, los derechos humanos se distinguirían de los fundamentales al menos en tres aspectos: su expresión jurídica, los órganos institucionales a los que se refiere, y los contenidos que los explican. Igualmente, un primer acercamiento exclusivamente filosófico acierta en algo sustancial, los derechos humanos serían aquellos que se respetan en cualquier orden jurídico a los individuos por su mera condición de seres humanos. Los derechos humanos son las facultades y las aspiraciones jurídicas que se reconocen como legítimas a la alteridad por estar fundadas en un dato objetivo

---

<sup>102</sup> Un hecho curioso, pero que es digno de llamar nuestra atención es que en la “Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano” elaborada por la Asamblea Nacional, el concepto de hombre no es igualado al de persona humana o al de ser humano tal y como hoy en día es entendido. El concepto de hombre se reduce al varón, occidental, trabajador y que posee la condición ciudadana.

<sup>103</sup> Muguerza, Javier, “La alternativa del disenso (En torno a la fundamentación filosófica de los derechos humanos)”, en *El fundamento de los derechos humanos*, p. 50.

como puede ser su naturaleza ontológica o su condición existencial. Los derechos fundamentales, contrariamente, serían aquellos que se reclamarían por la posesión de la condición ciudadana. La ciudadanía no sería otra cosa que el reconocimiento que hace el Estado de un individuo al cual considera legítimamente perteneciente a su nación política. Pero esa afirmación ni es concluyente ni es exacta, salvo en lo que a las categorías filosóficas se refiere.

En el lenguaje jurídico el problema se vuelca más complejo y tiene implicaciones que pueden parecer contradictorias entre sí. Respondiendo a los tres cuestionamientos planteados por el pensamiento jurídico podríamos decir que por coherencia competiría a la *Carta de las Naciones Unidas (1966)* y a las legislaciones regionales sobre derechos, la residencia jurídico-positiva de los derechos humanos. Los derechos fundamentales serán entendidos como aquellos que aparecen en las constituciones políticas como garantías mínimas reservadas a las personas (físicas y jurídicas). Habrá algunos que consideren, con justa razón, que las legislaciones regionales no son más que una extensión de los derechos fundamentales, pues ejemplos como el *Convenio Europeo de Derechos Humanos* o la *Carta Europea de los Derechos Fundamentales* hacen patente que aquellos pueden ser reclamados por la creación de la nueva ciudadanía europea. Quedarían marginados de aquellos pactos los individuos que pertenezcan a otra nacionalidad.

Uno de los escenarios más actuales respecto a la naturaleza de los derechos fundamentales es el que se está dando en la Unión Europea. Las

ideas constitucionales nacionales parecen en muchas ocasiones incompatibles con las ideas constitucionales que intentan implantarse en la región. El debate entre soberanías, por ejemplo, respecto al *Tribunal Europeo de Derechos Humanos* o el *Tribunal de Justicia de Luxemburgo* en su relación con los Tribunales Constitucionales Nacionales, deja ver el trabajo que está costando sostener la primacía de la ciudadanía europea respecto a la nacional. En todo caso, lo que nos dibuja este escenario es que los derechos fundamentales son entendidos como aquellos que pueden ser defendidos en los tribunales nacionales o regionales, mientras que los derechos humanos tendrían que reclamarse, teóricamente, en el inexistente Tribunal Mundial de Derechos Humanos.<sup>104</sup>

Uno de los aspectos más importantes para distinguir a los derechos humanos de los derechos fundamentales es el de sus contenidos. Si bien la primera aproximación mostrada anteriormente para entender a los derechos fundamentales como esa serie de garantías mínimas reconocidas a los ciudadanos, como son los derechos civiles y políticos, nos ayuda para configurar un buen espectro de lo que son, no es exacta. Los derechos fundamentales se garantizan a todas las personas (físicas y jurídicas) reconocidas por un Estado. Para algunos pensadores, esa tergiversación de los derechos humanos, que tendría que ser referida única y exclusivamente a las personas humanas en virtud de ser individuos, ha conseguido minar

---

<sup>104</sup> Sobre la necesidad de crear este tribunal para consolidar el marco jurídico de los derechos humanos se puede consultar el siguiente artículo: Nowak, Manfred, "La necesidad de un Tribunal Mundial de Derechos Humanos", en *Consejo de Derechos Humanos: oportunidades y desafíos*, 2006, pp. 57-66.

verdaderamente el proyecto de los derechos fundamentales vistos como la realización material de los derechos humanos. La separación entre derechos humanos y derechos fundamentales, desde una visión jurídica, tendría que tomar en consideración que los primeros se refieren a los que son concedidos a la persona humana individual, mientras que los segundos abarcan otra serie de grupos que posiblemente imposibiliten el desarrollo de los derechos humanos.<sup>105</sup>

El problema de la fundamentación filosófica de los derechos humanos tiene frente de sí la necesidad de plantearse el reconocimiento de la alteridad. Ya que aquel constituye el principio básico que hace posible la relación moral y jurídica.

---

<sup>105</sup> Shiva, Vandana. "Derecho a la alimentación, libre comercio y fascismo", en *La globalización de los derechos humanos*, pp. 95-115. En ese ensayo mantiene una tesis interesante según la cual, la globalización lo que ha hecho realmente, por medio de herramientas jurídicas, ha sido crear derechos fundamentales que en esencia serían derechos inhumanos por fomentar y perpetuar relaciones injustas entre los individuos concretos y las empresas multinacionales. Un aspecto en el que pone especial atención es en el hecho de que las mercancías y los capitales parecen haber adquirido más libertades y derechos que las personas humanas en los tratados internacionales, pues los primeros pueden migrar de un lugar a otro sin problemas contrariamente a los ciudadanos del tercer mundo.

## **8. Europa: ¿El surgimiento de un nuevo derecho de gentes?**

Si por algo se ha caracterizado la segunda mitad del siglo XX y la primera década del siglo XXI es por la consolidación de regiones económicamente integradas y competitivas entre sí. Uno de los grandes logros de dicha consolidación para el tema que nos compete es el surgimiento de un nuevo derecho de gentes acompañado por el establecimiento de derechos fundamentales a nivel regional. Dicha acción ha sido exitosa porque no se ha restringido a la formulación estimativa de una serie de valores a defender, sino que ha estado caracterizada, más bien, por el desarrollo de documentos jurídicos vinculantes que paulatinamente han ido creando mecanismos institucionales de realización.

En su más reciente versión, la posibilidad de los sujetos jurídicos europeos de apelar a los tribunales de Estrasburgo o Luxemburgo da evidencia de ello. La integración económica regional que se hacía imprescindible para configurar una nueva Europa democrática se ha llevado a cabo merced a un replanteamiento de la teoría constitucional y, por ende, del concepto tradicional de Estado-Nación de Derecho. La crisis de tal paradigma, en los estudios que versan sobre la integración comunitaria, muestra hasta qué punto se puede afirmar la existencia de una nueva pluralidad constitucional.<sup>106</sup>

---

<sup>106</sup> Cruz Villalon, P, *La Constitución Inédita*, Trotta, Madrid, 2005, "Constitución nacional y constitución europea", cap. VII, pp. 131-149.

Perder de vista que el proceso de integración europea presenta distintas facetas puede llevarnos a conclusiones erróneas en nuestro estudio. Consideramos que estudiar el proceso de integración jurídico debe ser acompañado por una visión que vea en dicho proceso la creación de mecanismos económicos específicos que requerían la construcción de una superestructura que le normará. Es decir, la creación de la comunidad económica europea tiene tras de sí la idea de instaurar un marco financiero de convivencia que sería asegurado mediante disciplina fiscal y unidad monetaria. Al propio tiempo, la protección de derechos comunitarios surgió de la exigencia de marcar límites y condiciones a dicho proceso de integración. Los primeros documentos jurídicos vinculantes respecto al respeto de derechos fundamentales en la unión europea y sus posteriores manifestaciones han tenido esa finalidad.

Si por algo se ha caracterizado el proceso de integración económica en Europa es por estar abanderado por los principios del constitucionalismo. Es decir, el proceso de integración, merced a los pactos de naturaleza económica y al propio proceso de globalización, trajeron consigo el replanteamiento de la soberanía nacional. En oposición al modelo hiper-nacionalista, el proceso de integración en Europa ha significado también un lento, paulatino, pero seguro proceso de flexibilización y replanteamiento de los nacionalismos políticos, ideológicos, económicos, jurídicos y culturales.

Contrariamente a lo acontecido en Europa, en otras partes del mundo se han llevado a cabo procesos de integración económica que no incluyen, necesariamente, la protección de derechos fundamentales o humanos. De hecho, por paradójico que parezca, los pactos internacionales de integración han dibujado un *sui generis* panorama en el que las mercancías y los servicios parecen tener más derechos que las propias personas. Un claro ejemplo de ello es el pacto firmado por Estados Unidos, México y Canadá para la libertad de comercio (TLCAN, por sus siglas en español).

Aunque es claro que el proceso de integración europea ha sido criticado férreamente por su déficit democrático y por poseer un modelo de derechos fundamentales que se manifiesta mediante tratados internacionales (de ahí que sea derecho de gentes) y no mediante una carta constitucional tradicional, es claro que en comparación con la región del norte de las Américas, la Unión Europea representa a nivel jurídico un status más evolucionado en lo referente al reconocimiento de la persona humana y de los derechos que le competen. Mientras el proceso de integración Europea se ha llevado a cabo, en gran medida, mediante la creación de una ciudadanía casi continental, en el caso del TLCAN la libertad de tránsito es posible para capitales, bienes, servicios, pero no para personas.

Es en cierto sentido claro que detrás de los argumentos nacionalistas de la región del Norte América, se esconde una concepción muy clara de los derechos fundamentales que ve en ellos una creación positiva post Estado y además sólo comprensibles desde el status de la ciudadanía. Detrás del nulo

reconocimiento de derechos fundamentales a los seres humanos en la región se encuentran argumentos tales como los problemas que generarían la emigración, el desarrollo desigual de las economías, así como la pérdida de soberanía frente a instancias internacionales. En suma, un constitucionalismo individualista, economicista, liberal, estatalista y nacionalista predomina en América del Norte. Mientras tanto, al menos grosso modo, en Europa predomina un modelo social del Estado de Derecho que toma más en serio el proceso de integración económica como una oportunidad real para crear instancias internacionales que defiendan los derechos fundamentales de los europeos.

## **9. Conclusiones**

A lo largo del trabajo hemos intentado hacer un desmenuzamiento del problema que genera la confusión de conceptos tales como derechos humanos, derechos naturales, derechos fundamentales y derecho de gentes. Nuestra labor principal consistió en trazar surcos nocionales claros para distinguir el campo de acción de cada uno de esos conceptos, así como los contextos en los que surgieron y de los cuales se desprenden sus principales motivaciones. En las siguientes líneas elaboraremos una extracción de las conclusiones extraídas en cada uno de los apartados del trabajo.

Primeramente, en la introducción, consideramos que la consolidación jurídica de los mecanismos para la protección y tutela de los derechos necesitaba ir acompañada de una justificación de los susodichos derechos. Así lo consideramos porque creemos que la tarea de fundamentar los derechos desde una base racional y comprensible para todos, puede mostrarnos por qué es importante declararlos, protegerlos y respetarlos. Frente a la visión relativista, nominalista o procedimentalista que ve en los derechos protegidos jurídicamente un mero conjunto de valores relativos, protegidos mediante un pacto (derechos post pacto) y a través de ciertas reglas de procedimiento, pensamos que es necesario considerar a los derechos como algo que es racional en sí mismo. Solamente de tal forma sería posible defender la protección de esos derechos aún en situaciones de contingencias políticas o económicas.

En el primer apartado establecimos una crítica a lo que denominamos la falacia nominalista-positivista, misma que pretende fundamentar desde elementos jurídicos positivos a los derechos. La llamamos falacia por cometer un error de *petitio principii*, o sea, al creer que los derechos y el Estado de Derecho pueden justificarse mutuamente sin referirse, a su vez, a una tercera realidad objetiva. Propusimos diferenciar la fundamentación de los derechos según su vertiente jurídica o filosófica. La primera está representada por el momento constituyente, la segunda requeriría de un proceso de sistematización y reflexión acerca de los valores y principios que componen a las distintas tradiciones de los derechos.

Posteriormente, intentamos contextualizar el surgimiento, en el mundo moderno, de la preocupación por fundamentar e instrumentalizar la protección de los derechos. Explicamos a grandes rasgos cuál es la significación ostensiva de los derechos humanos y fundamentales, así como su relación con los principios del constitucionalismo y el Estado de Derecho. A la luz de la doctrina comúnmente aceptada dijimos que el constitucionalismo promueve la creación de un documento jurídico vinculante para evitar la tiranía y el despotismo; que actuaba originalmente mediante la separación de poderes; y que intentaba poner énfasis en la prioridad axiológica y cronológica de los derechos respecto a la creación del Estado.

Aunado a lo anterior, propusimos explicar el origen de los derechos según dos visiones opuestas. La *sustancialista*, caracterizada por la creencia

común de que los derechos de la persona humana son anteriores al Estado; y el *nominalismo* que, contrariamente, defiende el nacimiento de los derechos en el momento de la génesis estatal. Así, nos dimos cuenta que para esta segunda tesis era imprescindible desarrollar la categoría de soberanía nacional o popular, misma que significa, además del paso del derecho objetivo antiguo al derecho subjetivo moderno, el establecimiento de parangones artificiales para poseer la titularidad de los derechos. Detrás de la tesis nominalista está la creencia de que solamente los ciudadanos poseen derechos, ya que aquellos tienen una relación abstracta y co-poética con el Estado. Realizamos una crítica a las opciones intelectuales que consideran dogmáticamente al momento constituyente como una asamblea de ángeles o como un concilio ecuménico. Observamos entonces cómo esa relación abstracta y co-poética entre el Estado y la ciudadanía se hace patente en las denominadas generaciones de derechos fundamentales. Los triunfos en los derechos fundamentales han sido siempre triunfos parciales, pues son reales para los ciudadanos de una nación determinada. Discernimos por qué es importante distinguir a los derechos fundamentales de los derechos humanos según esa simple identificación.

Consecutivamente, mostramos las denominadas paradojas del concepto “derechos fundamentales”. Primero, al ser entendidos como los principios básicos que regulan las relaciones entre el aparato estatal y los ciudadanos. Vimos como, partiendo de ese acercamiento, la objetividad de los susodichos derechos se restringe necesariamente a un grupo limitado de personas. Ya no se trata entonces de los derechos del ser humano, sino de los derechos del

ciudadano y del propietario. Al mismo tiempo, observamos cómo desde la visión liberal los derechos fundamentales son mucho más restringidos que desde la visión social, pues en los primeros se resumen en derechos-libertades, mientras que en los segundos son también derechos-créditos. Detrás de la visión liberal se esconde una perspectiva individualista y economicista de protección de la propiedad en deterioro de la dignidad humana. Analizamos también la naturaleza de los derechos fundamentales como una sustancia histórica, cambiante, y modulada por principios ideológicos muy precisos que le condicionan. Propusimos, una serie de condiciones para concebir los derechos fundamentales en la posmodernidad, partiendo del principio del *reconocimiento*, es decir, establecer que el primer derecho es el derecho a tener derechos, contrariamente a la propuesta estatalista y nacionalista.

En el apartado cinco hicimos una revisión del concepto de derecho natural para desligarlo de los derechos fundamentales y los derechos humanos. Entendimos, básicamente, que la teoría del derecho natural está escrita en lenguaje filosófico y no jurídico. Revisamos sus más importantes expresiones que van desde el mundo antiguo en donde era concebido como derecho objetivo, hasta el mundo moderno en donde existen expresiones humanistas que le dan vida. Nos percatamos que desde los orígenes del concepto, el derecho natural significa un tipo muy especial de garantía que consistía en sacar del ágora pública una serie de condiciones que podrían ser considerados como nomo-estáticos. Las tres grandes visiones que en el contractualismo plantean diversos paradigmas constitucionales: el

contractualismo de Locke inicia una versión liberal; la vertiente de Rousseau crea una versión social; y la filosofía de Hobbes inaugura un paradigma nominal. La aportación más importante de pensadores como Maritain ha sido la de distinguir el horizonte existencial del gnóstico de los derechos humanos, proponiendo una fórmula que hace compatible la libertad humana con el derecho natural. Mostramos, en suma, los elementos sobre los cuáles se fundamentan los derechos humanos, en tanto que derechos naturales del género humano.

En una sexta sección ofrecimos una brevísima revisión histórica del concepto *derecho de gentes* para distinguirlo del *derecho natural* y de los derechos humanos. Realizamos una síntesis de su origen como derecho que complementa al civil en la época romana, y como el derecho que se establece entre los pueblos cristianos y los paganos en el mundo medieval. Observamos sus significaciones en el humanismo católico y en el laico, poniendo en evidencia como, aún para el humanismo católico, el derecho de gentes no podía ser considerado como derecho natural al pretender que la identidad religiosa de algunos de sus participantes era incompatible con la creencia hegemónica o dominante. Para mostrar nuestro punto mostramos las observaciones de Thomasius, pensador que acierta al mostrar de qué manera el derecho de gentes estuvo permanentemente contaminado por la distinción civilizado-bárbaro o nacional-extranjero.

Al propio tiempo, y con base en lo recogido a lo largo del trabajo, establecimos las diferencias más apremiantes entre los derechos humanos y los derechos fundamentales según sus acepciones corrientes. El concepto de derechos humanos es pluri-facético porque las fuentes que explican su origen son diversas. Pueden ser vistos como derechos naturales, derechos morales, derechos positivos, como aspiraciones del género humano, etc. Igualmente, en tanto que son distintas las tradiciones que explican a los derechos, desde un punto de vista liberal pueden ser reducidos a derechos subjetivos. Siguiendo a Beuchot, en su interpretación de los distintos tipos de derechos en el pensamiento de De las Casas, nos queda claro que las distintas escuelas filosófico-jurídicas no han alcanzado un consenso respecto a los conceptos mencionados por las diferencias doctrinales a través de las cuales se explican. No obstante, pensamos que la eliminación de la ley del más fuerte sobre el más débil, la desaparición de la violencia y la arbitrariedad, la eliminación de la miseria humana y la promoción de la dignidad de la especie en cada individuo es lo que buscaría en el fondo el término derechos humanos.

Como reflexión que extrapola los verdaderos límites del trabajo, insertamos un agregado octavo en el que explicamos que en América del Norte vemos un proceso que resguarda el aspecto más conservador, estatista y nacionalista de las doctrinas de los derechos; mientras que en Europa se vive actualmente un proceso más difícil y complejo, pero mucho más enriquecedor. Esto no se puede entender exclusivamente a través de una revisión en la historia de las ideas políticas y jurídicas como aquí lo hemos hecho. Aún así, ahí encontramos su sistema de justificación ideológica, pues en ningún otro

lugar más que en la filosofía los procesos humanos de cualquier naturaleza se argumentan a sí mismos para hacerse valer como racionales, necesarios y demostrados. Contrariamente a lo que pensaba Hegel, al decir que la filosofía era como el búho de Minerva que desciende a la realidad cuando la luz se ha marchado, hay que decir que la filosofía de los derechos humanos ha tenido la capacidad de orientar el vuelo de los diferentes modelos económico-político-jurídicos predominantes en nuestros tiempos.

## FUENTES

### BIBLIOGRAFIA:

Alegre, Antonio, *La sofística y Sócrates: ascenso y caída de la Pólis*, Montesinos, Barcelona, 2006.

Ansuátegui Roig, Francisco Javier, "Constitucionalismo y Constitución Europea", en *Derechos fundamentales, valores y multiculturalismo*, Dykinson, Madrid, 2005.

Aquino, Tomas de, *Suma teológica*, Austral, México, 1983.

Aristóteles, *Arte Retórica*, Porrúa, México, 2002.

*Política*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1991.

Ballesteros, Jesús (coord.), *Derechos Humanos: concepto, fundamentos y sujetos*, Tecnos, Madrid, 1992.

Beuchot, Mauricio, *Filosofía y derechos humanos (los derechos humanos y su fundamentación filosófica)*, Mendoza, Argentina, 1993, Siglo XXI.

*Los fundamentos de los derechos humanos en Bartolomé de las Casas*, Anthropos, Barcelona, 1994.

Bourgeois, Bernard, *Filosofía y derechos del hombre*, Siglo del Hombre, Bogotá, 2003.

Boyle, Finnis, Grisez, *Nuclear Deterrence, Morality and Realism*, Clarendon Press, Oxford.

Calvo, Tomás, *De los sofistas a Platón*, Cincel, Madrid, 1986.

Camasa, Giorgio, *Atene: la costruzione della democrazia*, L'Erma, Roma, 2007.

Campoy Cervera, Ignacio, *La negación de los derechos de los niños en Platón y Aristóteles*, Dykinson, Madrid, 2006

Carbonell, M. (editor), *Neoconstitucionalismo (s)*, Trotta, Madrid, 2003.

Carr, E., *Los derechos del hombre*, Laia, Barcelona, 1976.

Castellano, Danilo, *Racionalismo y Derechos Humanos. Sobre la anti-filosofía político-jurídica de la modernidad*, Marcial Pons, Madrid, 2004.

Cicerón, *De legibus*, Centro de estudios políticos, Madrid, 1970

*De Officiis*, UNAM, México, 1983.

*Oratoriae Partitiones*, UNAM, México, 1985.

*Quaest: Tusculananae*, UNAM, México, 1989.

Ciccotti, Ettore, *La esclavitud en Grecia, Roma y el mundo cristiano: apogeo y ocaso de un sistema atroz*, Círculo latino, Barcelona, 2005.

Cruz Villalon, P, *La Constitución Inédita*, Trotta, Madrid, 2005

*Cuerpo del Derecho Civil Romano* (edición bilingüe), Consejo de ciento editor, Barcelona, 1889.

Del Águila, Vallespín, et al, *La democracia en sus textos*, Alianza Editorial, Madrid, 2001.

De las Casas, Bartolomé, *Los indios de México y Nueva España*, Porrúa, México, 2004.

De Lucas, Javier, “Los Derechos Humanos, entre el universalismo y el reconocimiento”, en *Vigencia y futuro de la Declaración Universal de los Derechos Humanos en su 50 aniversario*, Ararterko, Bilbao, 1999.

Díaz, Carlos, *¿Qué es el personalismo comunitario?*, Persona, Madrid, 2005.

Díaz Otero y Olivas, E., *Metafísica e historicidad en los derecho subjetivos*, Dykinson, Madrid, 1997.

Diamond y Plattner (comp.), *El resurgimiento global de la democracia*, Instituto de Investigaciones Sociales, UNAM, México, 1996.

Diemer, A. (et al.), *Los fundamentos filosóficos de los derechos humanos*, Barcelona: Serbal/UNESCO, 1985.

Díez-Picazo, Luis María, *Sistema de Derechos Fundamentales*, Civitas, Madrid, 2003.

Droit, Roger-Pol, *Genealogía de los bárbaros. Historia de la inhumanidad*, Paidós, Barcelona, 2007.

Dworkin, Ronald (et al), *Democracia deliberativa y derechos humanos*, Barcelona, Gedisa, 2004.

Fantham, Elaine (et al), *Women in the classical world: images and text*, Oxford University Press, New York, s.f..

Elster y Slagstad, *Constitucionalismo y democracia*, Fondo de Cultura Económica, México, 1999.

Escalona, Gaspar, “La naturaleza de los derechos humanos”, en *Pasado, presente y futuro de los derechos humanos*, Comisión Nacional de los Derechos Humanos, México, 2004

Ferrajoli, Luigi, *Derechos y garantías. La ley del más débil*, Trotta, Madrid, 1999.

Fioravanti, Mauricio, *Los derecho fundamentales. Apuntes de historia de las constituciones*, Trotta, Madrid, 1996.

Flores Rentería, Joel, *Totalitarismo; revolución y negación del pasado*, Universidad Autónoma Metropolitana, México, 2003.

Garrido Gómez, María Isabel, *Derechos fundamentales y Estado Social y Democrático de Derecho*, Dilex, Madrid, 2007.

Gomez Canotilho, *Teoría de la Constitución*, Dykinson, Madrid, 2002.

Heater, Derek, *Ciudadanía. Una breve historia*, Alianza, Madrid, 2007.

Hobbes, Thomas, *Leviatán*, Tomo I-II, Sarpe, Madrid, 1983.

Höffe, O, *Justice Politique*, PUF, París, 1991.

Locke, *Tratado sobre el gobierno civil*, Porrúa, México, 1992.

Macpherson, C. B., *La teoría política del individualismo posesivo. De Hobbes a Locke*, Fontanella, Barcelona, 1979.

Maritain, Jacques, *Cristianismo y Democracia*, Leviatán, Buenos Aires.

*El hombre y el Estado*, Encuentro, Madrid, 2002.

*Los derechos del hombre y la ley natural*, Leviatán, Buenos Aires, s.f..

*Para una filosofía de la Persona Humana*, Club de Lectores, Argentina, s.f.

Massini Correas, Carlos, *La ley natural y su interpretación contemporánea*, Universidad de Navarra, Pamplona, 2006.

Muguerza, Javier, *El fundamento de los derechos humanos*, 1a ed, Madrid, Debate, 1989.

N. Bobbio, *El tiempo de los derechos*, Sistema, Madrid, 1991.

O'Donnell, Schmitter, *Transiciones desde un gobierno autoritario. Vol. IV Conclusiones tentativas sobre las democracias inciertas*, Paidós, Barcelona, 1994.

Oraá, Jaime "Algunas reflexiones en torno al valor jurídico de la Declaración Universal de Derechos Humanos", en *Vigencia y futuro de la Declaración Universal de los Derechos Humanos en su 50 aniversario*, Ararterko, Bilbao, 1999.

Osuna Fernández-Largo, Antonio, *Teoría de los derechos humanos. Conocer para practicar*, San Esteban, Salamanca, 2001.

Peces-Barba, Gregorio, *Curso de derechos fundamentales. Teoría general*, Universidad Carlos III, Madrid, 1995.

Pérez Luño, Antonio, *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución*, Tecnos, Madrid, 1984.

Los *derechos fundamentales*, Técnos, Madrid, 1988.

Pérez Rivas, Diego Alfredo, "Relación persona-justicia: la dicotomía physis-nómos en el mundo griego", en *El soliloquio de Babel y la falacia nominalista*, Tesis para optar por el grado de máster en Filosofía y Ciencias Sociales, UCM, Madrid, 2008.

Pérez Sedeño (coord.), *Conceptualización de lo femenino en la filosofía antigua*, Siglo XXI, Madrid, 1994.

Platón, *La República*, traducción de José Manuel Pabón y Manuel Fernández, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2006, Madrid

Prieto Sanchis, Luis, *Estudio sobre derechos fundamentales*, Debate, Madrid, 1990.

Rawls, John, *Derecho de gentes*, Paidós, Barcelona.

*La justicia como equidad. Una reformulación*, Paidós, Barcelona, 2000.

*Liberalismo Político*, Fondo de Cultura Económica, México, 2000.

*Teoría de la Justicia*, Fondo de Cultura Económica, México, 2000.

Rousseau, Jean-Jacques, *El contrato social*, Madrid, Alfaguara, 1979.

Rousseau, Jean-Jacques, *Emilio*, Alianza, Madrid, 2005.

Rubio Llorente, Francisco, *Derechos fundamentales y principios constitucionales (doctrina jurisprudencial)*, Ariel Derecho, Barcelona, 1995.

Saldaña, Javier (compilador), *Problemas actuales sobre derechos humanos*, UNAM, México, 1997.

Thomasius, Christian, *Fundamentos de derecho natural y de gentes*, Tecnos, Madrid, 1994.

Troper, Michel, "El concepto de constitucionalismo y la moderna teoría del Derecho", en *Por una teoría jurídica del Estado*, Dykinson, Madrid, 2001.

Truyol, Antonio, *Los derechos humanos*, Técnos, Madrid, 1982.

Zagrebelsky, Gustavo, en *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*, Trotta, Madrid, 1995

*Principios y votos. El Tribunal Constitucional y la política*, Trotta, Madrid, 2008.

### HEMEROGRAFIA:

Ayala, Jorge, "El derecho natural antiguo y medieval", en *Revista Española de Filosofía Medieval*, 10, 2003, pp. 377-386.

Balaguer Callejón, Francisco, "Niveles y técnicas internacionales e internas de realización de los derechos en Europa. Una perspectiva constitucional", en *ReDCE*, n. 1, Enero-Junio, 2004, pp. 25-46.

Bénéton, Phillipe, "Las dos versiones de la democracia liberal", en *Revista de Filosofía*, 3º época, vol. VIII (1995), numero 13, Universidad Complutense de Madrid, 121-128 pp.

Benitez, Villalba, "Notas sobre la naturaleza en el siglo de las luces", *Anales de literatura hispanoamericana*, Nº 9, 1980, pp. 39-48.

Beuchot, Mauricio, "Bartolomé de las Casas, el humanismo indígena y los derechos humanos", en *Anuario Mexicano de Historia del Derecho*, n. 6, 1994, pp. 37-48.

Bloch, Ernst, "Derecho y moral en su separación, en su conexión (moral en lugar de Derecho natural, y en su proporción axiológica", *Anthropos: Boletín de información y documentación*, n. 41, 1993 (Ejemplar dedicado a: Ernst Bloch: la utopía como dimensión y horizonte de su pensamiento) , pp. 105-112.

Bustos Gisbert, Rafael, "Diálogos jurisdiccionales en escenarios de pluralismo constitucional: La protección supranacional de los derechos en Europa!", en *El Consejo de la Judicatura*, [en línea], México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1996.

Carpintero, Francisco, "Persona, derecho natural y nuestra tradición jurisprudencial", en *Anuario Mexicano de Historia del Derecho*, n. 6, 1994.

D'Atena, Antonio, "La vinculación entre constitucionalismo y protección de los derechos humanos", en *ReDCE*, nº 1, Enero-Junio de 2004.

Daza Martínez, Jesús, "Libertas populi romani: libertad política, historia y derecho natural en Cicerón" en *Revista de Estudios Políticos*, núm. 208-209, 1976

De la Torre, Jesús, "El reconocimiento del otro: raíz de una concepción integral e histórica de los derechos humanos", en *Anuario Mexicano de Historia del Derecho*, n. 6, 1994.

Del Arenal, Jaime, "La utopía de la libertad: la esclavitud en las primeras declaraciones mexicanas de Derechos Humanos", en *Anuario Mexicano de Historia del Derecho*, n. 6, 1994.

Fernández, Atahualpa, "Derecho y naturaleza humana", *Revista Telemática de Filosofía del Derecho*, n. 8, 2004/2005, pp. 157-190.

Franca, Marcílio, "Historia y razón del paradigma westfaliano", en *Revista de Estudios Políticos (nueva época)*, n. 131, Madrid, enero-marzo, 2006, pp. 87-111.

García, Juan, "El fundamento utilitarista de los derechos humanos", en *Cuadernos electrónicos de filosofía del derecho*, n. 5, 2002.

Gil, Luis, "El tropos demokratikos: manipulación ideológica del lenguaje y efectos psico-sociales", en *Revista de Retórica y Teoría de la Comunicación*, Año 1, número 1 (enero-2001), Madrid, 93-102 pp.

"La ideología de la democracia ateniense", en *Cuadernos de Filología Clásica*, Madrid, numero 23 (1989).

Grimm, D. "¿Necesita Europa una Constitución?", en *Debats*, núm. 55, marzo, 1996, pp. 4-20

Habermas , J., Observaciones a ¿Necesita Europa una Constitución?", en *Debats*, núm. 55, marzo, 1996, pp. 21-24.

Landa, Cesar, "Teorías de los derechos fundamentales", en *Cuestiones Constitucionales*, n. 6, UNAM, México, 2002.

Maestre Sánchez, Alfonso, "Todas las gentes del mundo son hombres: El gran debate entre Fray Bartolomé de las Casas y Juan Ginés de Sepúlveda", en *Anales del seminario de filosofía de la historia*, número 21 (2004), Universidad Complutense de Madrid, 91-134 pp.

Magallón, Guillermina, "Los derechos humanos del indocumentado. Su desconocimiento por la jurisprudencia estadounidense", en *Revista de Derecho Privado*, Nueva época, año 1, n. 2, 2002, pp. 67-88.

Marline Maxine, Harrison, "Reflexiones sobre el estudio de los derechos humanos y su fundamentación", en *Universitas. Revista de Filosofía, Derecho y Política*, nº 2, 2005, pp. 13-36.

Narváez, Ramón, "Apuntes para descifrar al destinatario de los Derechos Humanos", en *Revista Telemática de Filosofía del Derecho*, n8, 2004/2005, pp.193-207.

Nebrera, Montserrat, "De Europa y de la Paz en Europa", en *Revista de Estudios Políticos (nueva época)*, número 106, octubre y diciembre, 1999, Madrid, pp. 161-178.

Nowak, Manfred, "La necesidad de un Tribunal Mundial de Derechos Humanos", en *Consejo de Derechos Humanos: oportunidades y desafíos*, 2006, pp. 57-66.

Pérez Luño, A., "Concepto y concepción de los derechos humanos (Acotaciones a la ponencia de Francisco Laporta) en, *Doxa: cuadernos de filosofía del derecho*, n. 4, 1987.

Peruzzi, Emilio, *Origini di Roma. I. La famiglia*, Firenze, Valmartina Editore, 1970.

Rodríguez, Marcelino, "Los derechos humanos como subjetivización de los contenidos del derecho natural", en *Persona y derecho: Revista de fundamentación de las Instituciones Jurídicas y de Derechos Humanos*, n. 23, 1990 (Ejemplar dedicado a: Actas de las II Jornadas internacionales de filosofía jurídica y social (II)), pp. 295-306

Rubio, Carracedo, "El Discurso sobre la desigualdad de Rousseau como historia filosófica, *En Thémata: Revista de filosofía*, Número 40, 2008.

Serra, Francisco, "La transformación de los derechos humanos", en *Cuadernos de Relaciones laborales*, n. 3, Editorial Complutense, 1993.

Tosi, Giuseppe, "Raíces teológicas dos direitos subjetivos modernos: conceito de dominium no debate sobre a questão indígena no sec XVI", en *Prima facie*, 2005, vol. 4, número 6

Valladares, Jesús, "El tratado de Paz de los Pirineos: una revisión historiográfica", en *Espacio, tiempo y forma*, Serie IV, t. 2, 1989, pp. 125-138.