

Durand Mendióroz, José E.

*La urgente necesidad de diálogo acerca del
fundamento de los derechos humanos*

XII Jornadas Internacionales de Derecho Natural, 2016
Facultad de Derecho – UCA

Este documento está disponible en la Biblioteca Digital de la Universidad Católica Argentina, repositorio institucional desarrollado por la Biblioteca Central “San Benito Abad”. Su objetivo es difundir y preservar la producción intelectual de la Institución.

La Biblioteca posee la autorización del autor para su divulgación en línea.

Cómo citar el documento:

Durand Mendióroz, J.E. (2016, octubre). La urgente necesidad de diálogo acerca del fundamento de los derechos humanos [en línea]. *Presentado en Duodécima Jornadas Internacionales de Derecho Natural : Ley Natural y Dignidad Humana*. Universidad Católica Argentina. Facultad de Derecho, Buenos Aires. Disponible en: <http://bibliotecadigital.uca.edu.ar/repositorio/ponencias/urgente-necesidad-dialogo-derechos-durand.pdf> [Fecha de consulta:]

XII JORNADAS INTERNACIONALES DE DERECHO NATURAL

“Ley Natural y Dignidad Humana”

La urgente necesidad de diálogo acerca del fundamento de los derechos humanos

Resumen:

La cuestión del fundamento de los derechos humanos (DDHH) nos remite al fundamento del derecho, a secas. En nuestra época, en la que el fracaso de los postulados teóricos del iuspositivismo y de (los hasta ahora infructuosos) intentos de un “tercer camino”, pone a los cultores del iusnaturalismo clásico ante el desafío de “un renovado esfuerzo de comprensión y actualización” en orden a dar respuestas a los problemas eticojurídicos actuales y presentar de un modo comprensible tales respuestas. Ello resulta acuciante respecto de los DDHH, cuya fundamentación originaria se encuentra en un proceso de sustitución progresiva, con el riesgo de su desnaturalización e inoperatividad. Así, quienes identificándose como “no positivistas” rechazan las tesis iusnaturalistas, no aciertan a dar un fundamento racional de los DDHH. La clave radica en la coextensión conceptual entre individuo humano y persona en sentido jurídico; y el inherente reconocimiento de su dignidad y de los bienes que le son propios. Quien niegue la capacidad de la razón en su función teórica para conocer con evidencia tales bienes y luego, la incidencia de la razón en su función práctica para ordenar -como debidas en justicia- aquellas conductas que tienden a tales bienes, sustrae a los derechos humanos la posibilidad misma de su justificación y universalidad.

Autor: José E. Durand Mendióroz*

Comisión N° 1: Dignidad humana y fundamento de los derechos humanos

* Universidad Católica de Salta. Profesor titular de Introducción al Derecho. Miembro del Instituto de Fundamentos del Derecho.

La urgente necesidad de diálogo acerca del fundamento de los derechos humanos

I. Dos nociones contradictorias y algunos interrogantes que plantean. Siguiendo el inveterado método de comenzar una exposición recurriendo a la opinión comúnmente aceptada por un auditorio especializado, voy a aludir a dos tópicos vinculados a los derechos humanos, que -a mi criterio- cumplen con esa condición:

a) El del reconocimiento cuasi universal que se da en nuestro tiempo acerca de la *existencia y obligatoriedad* de los llamados derechos humanos. En palabras de Hervada: “Por derechos humanos *se entiende comunmente* aquellos derechos (...) que el hombre tiene por su dignidad de persona -o si se prefiere, aquellos derechos inherentes a la condición humana-, que *deben ser* reconocidos por las leyes; en caso de que esos derechos no se reconozcan, se dice que se comete injusticia y opresión. E incluso se admite que la falta de reconocimiento - el hecho de que no se respeten esos derechos- genera la legitimidad del recurso a la resistencia, activa o pasiva¹.”

De dicha noción surge que tales derechos son previos es decir, preexisten -con plena validez jurídica- a los sistemas jurídicos históricos, y esta es la razón por la cual dichos sistemas deben “reconocerlos”, en vez de “establecerlos”. De lo expuesto, se sigue algunas de las notas características de los derechos humanos: *i)* son universales por cuanto sus titulares son todos y cada uno de los seres humanos; *ii)* preexisten como derecho a todo orden jurídico positivo; *iii)* definen núcleos de conducta que son indisponibles por parte de la autoridad social.

b) El segundo tópico, expresado en palabras de Carlos I. Massini, es “la cada vez más generalizada repulsa del positivismo jurídico por parte de los iusfilósofos, sobre todo por parte de aquéllos que “dan el tono” a la filosofía del derecho contemporánea.” Esta corriente, desde el momento que su tesis central consiste en que el derecho solamente es lo que las fuentes sociales establecen como tal; está descartando de movida la misma existencia de los DDHH -que por definición son prepositivos- como asimismo la indisponibilidad de ciertos contenidos y hasta su misma universalidad, ya que en la práctica para el iuspositivismo todo derecho está circunscripto al ámbito de aplicación de cada sistema histórico. Fácil es advertir que la mera confrontación de ambos tópicos plantea una contradicción entre la noción común de los derechos humanos y la proposición esencial del positivismo jurídico.

A lo que debe sumarse la percepción propia de nuestra época acerca de la *generación sistemática*, en la primera mitad del S. XX, de “*injusticias extremas*” -por usar las palabras de Radbruch- perpetradas al amparo de sofisticados sistemas políticos “animados” por las tesis iuspositivistas. Injusticias susceptibles de ser atribuidas no sólo a los regímenes totalitarios derrotados en la Segunda Guerra, sino también a los totalitarismos comunistas que en la posguerra gobernaron sobre gran parte de la humanidad.

Estas razones explican el hecho que si bien positivismo “clásico” no es hoy en día una categoría vacía, cada vez tiene menos adeptos. Pero aquella repulsa no supone que los herederos culturales del iuspositivismo hayan reconocido como verdaderas las tesis del iusnaturalismo clásico: “*Antes bien, pareciera que una buena cantidad de estos autores se encontrarán en una afanosa búsqueda de una vía media entre iuspositivismo y iusnaturalismo, fundamentalmente de una posición que provea al derecho los siguientes*

¹ Hervada, Javier. “Problemas que una nota esencial de los derechos humanos plantea a la filosofía del derecho”. *Persona y Derecho*, 9 (1982): 243-256.

elementos centrales: i) una justificación racional, más allá del mero *factum* del poder coactivo, sea éste estatal o social y ii) una instancia de apelación ética, a la luz de la cual sea posible juzgar críticamente los contenidos del derecho positivo.”² Nos encontramos así, ante la llamada “tercera vía” o “dritte Weg”.

Cabe preguntarse, liminarmente: i) ¿ha logrado alguna de las proposiciones que transitan por esta esta tercera vía, tal justificación racional del derecho o tal instancia de apelación ética?, ii) ¿cabe considerar que solamente el iusnaturalismo puede proporcionar una fundamentación racional de los derechos humanos? iii) ¿renacerá acaso de sus cenizas el positivismo “clásico”? (hoy también llamado “paleo positivismo” por los propios positivistas).

II. La “tercera vía” o los dilemas del constructivismo ético. Retomemos aquella idea de la “tercera vía”, volviendo a quien la ha estudiado con consistencia y pertinacia desde los años 80. Me refiero a Carlos Ignacio Massini, para quien “La gran mayoría de las corrientes enroladas en esta tercera alternativa entre iusnaturalismo y iuspositivismo, adoptan, explícita o implícitamente, una concepción constructivista de la normatividad ética, es decir, una visión según la cual los principios eticojurídicos son de algún modo “construidos” o “inventados” o “elaborados” por los hombres a través de algún procedimiento establecido de la racionalidad práctica³.” Siendo imposible en este espacio una síntesis, voy a seguir especialmente el discurso Massini en “*Los dilemas del constructivismo ético (análisis a partir de las ideas de John Rawls)*”.

Tras indicar que el *constructivismo epistemológico* es un fenómeno de la modernidad, constata que aquel “se traslada también a los saberes prácticos, la política, el derecho y la moral, y la objetividad de sus contenidos deviene meramente procedimental, sin referencia relevante a las estructuras de la realidad ni, especialmente, a los datos de la experiencia de las cosas humanas.”

Rawls, concretamente, en lo que se refiere a la selección de los principios de justicia política, rechaza el *utilitarismo*, que puede conducir a resultados tales como la justificación de la esclavitud, extremo que resultaría chocante “para ciertas convicciones intuitivas propias de los individuos que conviven en una sociedad democrática avanzada.” Pero también descarta el *intuicionismo racional* que tiene el inconveniente “de conducir de modo inevitable a una concepción heterónoma de la eticidad, incompatible también con las convicciones propias de personas que conviven en una sociedad democrática moderna. De allí la necesidad para este autor de “esbozar un tercer método de la ética, que respete al mismo tiempo la racionalidad y la autonomía moral; este método viene dado por un constructivismo (y por lo tanto racional) de carácter fundamentalmente kantiano (y por lo tanto autónomo).” Ello por cuanto: la finalidad propia de la filosofía política, “cuando aparece en la cultura pública de una sociedad democrática, es articular y hacer explícitas aquellas nociones y principios compartidos que se piensa que están latentes en el sentido común.”

En el párrafo precedente se hizo mención por tres veces al concepto sociedad democrática, con el uso alternativo los calificativos de “avanzada” y “moderna”. Y cuando en otro lugar Rawls se refiere al pluralismo, lo hace al que se da –precisamente- en el seno de las “democracias avanzadas”. Se trata, pues, de un pluralismo “ad intra”. Notablemente Rawls,

² Massini Correas, Carlos I. “*Los dilemas del constructivismo ético (análisis a partir de las ideas de John Rawls)*”. Persona y Derecho, 36 (1997)

³ De las numerosas contribuciones de este autor, cito algunas de las más significativas, que pueden ser consultadas también en el “Depósito Académico Digital de la Universidad de Navarra (DADUN). Massini Correas, Carlos I., además de la obra citada en la nota anterior, “*Multiculturalismo y derechos humanos. Las propuestas liberales y el iusnaturalismo realista*”. Persona y Derecho, 48 (2003): 63-95. “*Inmanencia, trascendencia y derechos humanos*”. Persona y Derecho, 21 (1989): 173-184. “*Individualismo y derechos humanos*”. Persona y Derecho, 16 (1987): 13-37.

uno de los autores que transitan por la tercera vía, que con más esfuerzo procura dar un sustento racional a los principios políticos y jurídicos, exhibe en una primera visión, al menos dos aspectos que dejan huérfanos de justificación racional a los derechos humanos: i) la pérdida de su sentido de universalidad; y ii) algunos errores formales en razonamiento.

i) En el constructivismo rawlsiano ¿qué sitio⁴ le pertenece a los interlocutores que provienen de sociedades o culturas diferentes de las “*democracias avanzadas*”? Es decir, a quienes son verdaderamente diferentes, quienes representa aquello que es realmente “lo otro” desde el punto de vista cultural, ético, político, jurídico... Porque si bien es “lo otro”, no por ello deja de existir y ser parte protagónica del mundo en el que convivimos en el marco de una globalización tecnológica. Y justamente porque es “lo otro” es donde más urge obtener consensos sobre bases objetivas.

Ahora bien, ¿de qué modo las democracias avanzadas van a tender puentes para establecer consensos, *que no sea la guerra*? recurso al que han echado mano frecuentemente en las últimas décadas. Muchas veces, con el expreso propósito de fomentar la “asimilación” de los regímenes “extraños” al superior status de las democracias modernas. Hasta ahora sin demasiada suerte, dicho sea de paso, al menos en Medio Oriente y países asimilables, la intervención militar “occidental” ha destruido o se encuentra en vías de destruir estados nacionales con democracias imperfectas, descomponiéndolos en sus elementos tribales originarios.⁵

“Afirmar que una convicción política es objetiva –expresa Rawls– es afirmar que existen razones, especificadas por una concepción política razonable y mutuamente reconocible (...), suficientes para convencer a todas las personas razonables que ella es asimismo razonable.”⁶ *Objetividad y racionalidad estas* –repongo– *que difícilmente pudiesen pasar el filtro de un control de racionalidad en un verdadero diálogo intercultural*. Se hace pues, imprescindible y urgente este diálogo sobre bases verdaderamente objetivas y justificadas racionalmente.

ii) También es refractario a la noción común de derechos humanos el subjetivismo en el que incurre el constructivismo ético, así como la deficiente fundamentación racional de sus conclusiones. Ello porque para esta corriente “la justicia de los principios de la organización social básica no proviene sino -y exclusivamente- del procedimiento a través del cual se ha llegado a un acuerdo acerca de ellos. El contenido material de estos principios puede ser, fundamentalmente, cualquiera: basta con que se haya seguido el procedimiento propuesto por Rawls para asegurar la imparcialidad del resultado.” Massini señala con acierto que Rawls y, en general los constructivistas, incurren de este modo “en la ‘falacia procedimentalista’ que consiste en la inanidad de la pretensión de obtener objetividad para ciertos principios prácticos basándose exclusivamente en el procedimiento racional seguido para alcanzarlos (...) Esto significa, dicho en términos menos hermenéuticos pero más directos, que toda la *Teoría de la Justicia* reposa fundamentalmente en una serie de pre-conceptos introducidos por Rawls en su doctrina, pre-conceptos que como tales no han sido justificados racionalmente.”⁷

⁴ En el sentido de sitio, de sede, donde se establece un *consilium*. Santo Tomás dice que esta palabra alude etimológicamente a quienes se “han sentado juntos” para deliberar sobre algo. (*con-silium*, de *sella* – silla, v. *sedere* –sentarse)

⁵ Ex profeso omito un juicio de valor de lo que en ocasiones aparece como demostración palmaria de utilitarismo político en función del aprovechamiento de los recursos de los países que son objeto de intervención militar, los que, por lo demás, suelen encontrarse en una notoria inferioridad estratégica.

⁶ Massini, *Los dilemas...* cit.

⁷ Massini, *Los dilemas...* cit.

III. La Declaración Universal de los Derechos Humanos (DUDH) y el multiculturalismo.

Resulta de interés releer la DUDH (1948), recurriendo al análisis de Pedro Pallares-Yabur en su estudio acerca de *“La justificación racional de los derechos humanos en los redactores de la Declaración Universal de los Derechos Humanos”*⁸. El autor constata que no existe en el texto una explícita mención de sus fundamentos; más aún, refiere una anécdota de J. Maritain, quien se manifestó sorprendido ante el notable avance del trabajo en la comisión redactora, integrada por personas de ideologías irreconciliables y ámbitos culturales diversos; a lo que se le respondió: *“estamos de acuerdo en lo tocante a estos derechos, pero con la condición de que no se nos pregunte por qué.”* No obstante, Pallares rescata la racionalidad de la DUDH, especificando: a) aquella que surge de lo textual y b) la que se encuentra implícita.

a) El artículo 1º de la DUDH establece que: “Todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos y, dotados como están de razón y conciencia, deben comportarse fraternalmente los unos con los otros”. La fórmula –analiza Pallares– “se construye a partir de tres secciones interrelacionadas entre sí: (i) la descripción de un *hecho* (‘nacen’, ‘libres’, ‘iguales’, ‘dignidad’); (ii) el reconocimiento de un *deber* (fraternidad) vinculado a esos derechos; y (iii) una conexión gnoseológica entre las dos (‘razón y conciencia’)”

b) Lo que se encuentra presupuesto en esta norma, es más interesante aún: “Al menos para escribir una Declaración de *derechos humanos* [los representantes] debían compartir unos presupuestos teóricos mínimos. A saber, primero, la existencia de un modo de ser humano que se reconoce como el sustento y núcleo indisponible, no negociable, de un valor radical y absoluto llamado dignidad. Segundo, que este “*ser-persona-mostrando su-dignidad*” puede traducirse al lenguaje de los derechos y se expresa en el término “derechos humanos”. Tercero, como ese carácter digno solo sucede en la historia y en el contexto de una comunidad, el respeto y realización de los derechos humanos es deseable, posible y necesario para la vida social. Cuarto, sostener estas tres conclusiones permite a los derechos humanos condicionar la acción del Estado y la ley. A partir de estas cuatro afirmaciones teóricas implícitas y compartidas, los redactores afirmaron treinta y ocho “párrafos” que sintetizan una “concepción común” respecto a “algo-digno” que exige ser tratado de determinada manera.” Sin caer en una ingenua exaltación de lo acontecido en la deliberación que dio por resultado la aprobación de la DUDH, tengo para mí que allí se dio un paso en la dirección correcta porque: i) los redactores eran representativos de una diversidad cultural razonable, superando por lejos a los conciliábulos de las personas expectables de las democracias avanzadas postulados por el constructivismo; ii) la pretensión de universalidad es explícita, buscándose compartir no solamente expresiones comunes en el texto, sino también “afirmaciones teóricas implícitas” que dotan de sustento a las primeras; iii) si bien no se logró un acuerdo desde un pensamiento especulativo común, al decir de Maritain, sí se lo hizo “*sobre la comunidad de un pensamiento práctico*”; iv) sobre esta base, el texto del artículo 1º, que es la clave de justificación de las demás disposiciones, tiene la suficiente racionalidad para ser una norma jurídica.

IV. A modo de Epílogo. El límite que esta Comunicación nos impone ha dejado sin tratamiento a alguno de los interrogantes propuestos en su comienzo, pero intentará no obstante, suscitar la atención sobre la tarea pendiente, el diálogo en un ámbito auténticamente multicultural, a fin de demostrar que los derechos humanos no constituyen una categoría utópica, que realmente existen con los caracteres sucintamente mencionados, y que se encuentran razonablemente expresados -en cuanto derechos- por los tratados que los positivizan. “En este sentido, ha escrito Alejandro Llano que “es necesario ganar la “batalla

⁸ Pallares-Yabur, P. (2013). op. cit., en *Persona y Derecho*, 68, 139-158

retórica" de los derechos humanos: no permitir que deriven irreversiblemente hacia su versión individualista y agnóstica; abrir un camino cada vez más ancho a su versión cognitivista, es decir, aquella que se basa en la admisión de la capacidad que el hombre tiene para conocer su propia naturaleza, que es lo que le hace ser persona (...) ⁹”

Nos planteábamos, al inicio de esta comunicación, si el positivismo habría de resurgir de sus cenizas. Creo que el positivismo “está esperando el tiempo” en que la versión agnóstica e individualista de los DDHH finalmente prevalezca. Entonces terminarían imponiéndose argumentos tales como: *i)* que el tenor literal de los tratados de derechos humanos en cuanto se refiere a sus caracteres de universalidad, indisponibilidad, y pre positividad, constituye un “exceso retórico” de parte de sus redactores; y *ii)* que, en definitiva los llamados derechos humanos, en cuanto de ellos pueda predicarse que pertenecen al ámbito jurídico, lo será debido únicamente a su positivización en tratados internacionales y en las constituciones nacionales (tratándose así de un “positivismo de libro”, esto es, un conjunto de normas positivizadas por diversas fuentes sociales).

Es que “*no es posible sostener la existencia de principios, normas, deberes o derechos jurídicos sin la correspondiente justificación racional ya que el derecho es un estándar racional de la conducta y requiere necesariamente una fundamentación racional*” ¹⁰. Hemos de librar entonces una “batalla retórica”, que deberá convencer a un auditorio multicultural que “(...) los derechos humanos no son resultado de una ideología -como entienden una serie de autores-, no son un invento del hombre, sino una realidad. El hecho psicológico en cuya virtud los hombres y las sociedades admiten esos derechos como anteriores a la ley positiva y al consenso social -tal como reflejan los documentos estudiados y las reacciones normales de los hombres- no es una reacción debida a factores meramente culturales, sino a dictados naturales de la razón natural. En otras palabras, la idea de los derechos humanos como preexistentes a los factores positivos es verdadera, porque obedece a una real conformación del ser humano ¹¹”

Decimos también con Massini, ya concluyendo: “*sólo a partir de una concepción cognitivista de la eticidad y la juridicidad y de la consiguiente consideración de los bienes humanos básicos y de la naturaleza de la cual dependen, es posible alcanzar una concepción objetiva, completa y equilibrada de los problemas que plantea a la teoría de los derechos humanos la realidad del multiculturalismo* ¹².” Una clave esencial a tal efecto será el reconocimiento de la coextensión conceptual entre individuo humano y persona en sentido jurídico; y el consiguiente reconocimiento de su dignidad y derechos. Quien niegue la capacidad de la razón en su función teórica para conocer con evidencia tales bienes y luego, la incidencia de la razón en su función práctica para ordenar -como debidas en justicia- aquellas conductas que tienden a tales bienes, sustrae a los derechos humanos la posibilidad misma de su justificación y universalidad.

⁹ Citado por Massini,

¹⁰ Massini Correas, Carlos I., *Nota sobre el Artículo “¿Derechos Humanos Sin Metafísica?” De Robert Alexy, En Ideas y Derecho, N° 6, 2008.*

¹¹ Hervada, op. cit.

¹² Massini Correas, Carlos I., op. cit. *Multiculturalismo y derechos humanos...*