

# ¿SIRVE EL CONSENSO PARA FUNDAMENTAR LOS DERECHOS HUMANOS? UN BREVE ANÁLISIS A DOS INTENTOS DE FUNDAMENTACIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS DESDE EL CONSENSO (NORBERTO BOBBIO Y CHAÏM PERELMAN)

Javier SALDAÑA SERRANO

SUMARIO: I. *Planteamiento del problema.* II. *La constante del fundamento.* III. *Planteamiento general de la tesis de Norberto Bobbio.* IV. *Planteamiento general de la tesis de Chaïm Perelman.* V. *Conclusión.* VI. *Bibliografía.*

## I. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

Uno de los temas más importantes en el discurso filosófico-jurídico de la modernidad ha sido, sin duda, el relativo a los derechos humanos; tema este que, particularmente después de la Segunda Guerra Mundial, adquirió una nueva revitalización a raíz del genocidio alemán, e hizo resurgir además el intento iusnaturalista por fundamentar estos derechos, por eso, con justificada razón se ha escrito

que el final de la Segunda Guerra Mundial marca un hito en la historia de la filosofía jurídica, que viene determinado por el socavamiento de los dogmas del XIX y la subsiguiente reedición de viejas polémicas, no diremos superadas, pero sí claramente abandonadas por el pensamiento decimonónico, en el que predominaron a todas luces los enfoques histórico y dogmático sobre el filosófico, dentro de los estudios jurídicos. Sin duda alguna, los temas antiguos que ahora resurgen con fuerza —el de la metodología, el de las fuentes del derecho, etcétera— observan entre sí una estrecha relación teórica, aunque cabe encontrar en la raíz común a todos ellos el viejo problema del derecho natural.<sup>1</sup>

1 Serna Bermúdez, P., *Positivismos conceptual y fundamentación de los derechos humanos*, Pamplona, Eunsa, 1990, pp. 13-14.

Como lo mencionamos, uno de estos temas es el relativo a los derechos humanos, cuyo discurso, lamentablemente, ha estado durante muchos años alimentado por una profunda carga emocional motivada por el contenido mismo que la expresión significa, de tal manera que hoy utilizamos la locución “derechos humanos” casi para cualquier cosa. Lo mismo llamamos derecho humano al derecho a la vida que todo hombre posee, que el derecho que tienen los padres de determinar el sexo o cualidades físicas de sus futuros hijos; igualmente, la empleamos para calificar el derecho a la libertad de las personas, que para justificar los derechos de los homosexuales a contraer matrimonio y adoptar niños,<sup>2</sup> convirtiendo este término muchas veces en parte de una ideología bajo la que se pretenden justificar ciertos intereses que nada tienen que ver con lo que realmente son los derechos humanos.<sup>3</sup> ¿Son tan ambiguos los derechos humanos?

A la anterior pregunta ha intentado responder uno de los apartados que integran lo que podríamos denominar “discurso iusfilosófico de los derechos humanos”, concretamente la fundamentación de estos derechos.

## II. LA CONSTANTE DEL FUNDAMENTO

Cuando centramos nuestra atención en el tema de la fundamentación de los derechos humanos es necesario formularnos la siguiente pregunta: ¿qué significa fundamentar?; precisando aún más, ¿qué significa fundamentar un derecho humano?

Es claro que la expresión “fundamentación” parece denotar el sustento objetivo de las cosas. Fundamentar, en el orden del conocimiento práctico, es la justificación racional que sostiene una afirmación. En el caso particular del derecho, cuando hablamos de la fundamentación de éste tenemos que referirnos, como lo hace Guasp, a que la misma no puede hallarse en lo sustancialmente jurídico (nos referimos al derecho positivo), porque es una regla lógica que nada se apoya sobre sí mismo, sino en otra realidad ajena, la cual, justamente por serlo, es la única que le puede servir de sustento.<sup>4</sup> De este modo, en el campo jurídico esta justifi-

2 Para una visión general de los problemas que presenta el tema de la homosexualidad y el derecho, *cfr.* Samar, J. V., *The Right to Privacy. Gays, Lesbians, and the Constitution*, Philadelphia, Temple University Press, 1991; Sander, D., “Getting Lesbian and Gay Issues on the Human Rights Agenda”, *Human Rights I. V. 18*, E.U.A., 1996.

3 *Cfr.* Massini Correas, C. I., *El derecho. Los derechos humanos y el valor del derecho*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1987, pp. 135-137.

4 *Cfr.* Guasp Delgado, J., *Derecho*, Madrid, Hergon, 1971, pp. 289-290.

cación racional que se pregona nunca podrá ser lo puramente normativo sino una realidad objetiva y, por tanto, diferente a lo meramente formal del derecho.

Colocados en el terreno de los derechos humanos, parece que fundamentar éstos sería la búsqueda de “ciertas afirmaciones o principios [...] que, en razón de aparecer como evidentes, justifiquen racionalmente, por la vinculación lógica necesaria con ellos, las afirmaciones acerca de la existencia y extensión de los derechos humanos”.<sup>5</sup> Así, “no sería posible [...] recurrir a enunciados de principios aceptados por mera convención”.<sup>6</sup> En definitiva, la fundamentación de los derechos humanos no es sino la labor que permite distinguir qué hay de objetividad en ellos y qué de ideología.<sup>7</sup> En esta *realidad objetiva* es donde, según parece, es posible comenzar a buscar la respuesta al problema que plantea el fundamento de los derechos humanos. Así, en el terreno de los derechos, el fundamento de los que calificamos como “humanos” lo encontraremos, según el sentido anterior, en aquella realidad objetiva que ellos mismos manifiestan.

### III. PLANTEAMIENTO GENERAL DE LA TESIS DE NORBERTO BOBBIO

Sin embargo, la idea anterior parece no ser compartida por buena parte de los teóricos que se han dedicado a hablar sobre tales derechos y particularmente sobre su filosofía. Éste es el caso del profesor italiano Norberto Bobbio, para el cual hablar sobre la fundamentación de los derechos humanos no depende de algo objetivo, sino del consenso al que intersubjetivamente se llegue. Nos dice el profesor de Turín que “buscar fundamento a los derechos humanos es aducir motivos para justificar la elección que hemos realizado y que querríamos realizaran también los demás”.<sup>8</sup> Así, “la única prueba por la que un sistema de valores puede ser considerado como humanamente fundado y, por tanto, reconocido, es la prueba del consenso general acerca de su validez”.<sup>9</sup> Finalmente, señala el profesor italiano:

5 Massini Correas, C. I., *Filosofía del derecho. El derecho y los derechos humanos*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1994, p. 104.

6 *Ibidem*.

7 Cfr. Serna Bermúdez, P., *op. cit.*, nota 1, p. 147.

8 Bobbio, N., “Sul fondamento dei diritti dell’uomo”, *Il problema della guerra e le vie della pace*, Bologna, Il Mulino, 1979, p. 121.

9 Cfr. Bobbio, N., “Presente y porvenir de los derechos humanos”, *Anuario de Derechos Humanos I*, Madrid, Servicio de Publicaciones de la Universidad Complutense de Madrid, 1982, p. 10.

se entiende que la exigencia del respeto a los derechos humanos y las libertades fundamentales nace de la convicción generalmente compartida de que ya están fundados: el problema del fundamento es ineludible. Pero cuando digo que el problema cada vez más urgente frente al que nos encontramos no es el problema del fundamento, sino el de las garantías, quiero decir que consideramos el problema del fundamento no como inexistente sino como, en cierto sentido, resuelto de tal modo que no debemos preocuparnos más por su solución. En efecto —continúa el referido autor—, hoy se puede decir que el problema del fundamento de los derechos humanos ha tenido su solución en la Declaración Universal de Derechos Humanos aprobada por la Asamblea General de Naciones Unidas el 10 de diciembre de 1948.<sup>10</sup>

De modo que buscar un fundamento absoluto carece, a su vez, de fundamento.<sup>11</sup>

Para Bobbio, existen tres posibles formas de fundar los valores: primera, deducirlos de un dato objetivo constante, por ejemplo, la naturaleza humana;<sup>12</sup> segunda, considerar los valores como verdades evidentes;<sup>13</sup> tercera, la opción de consenso: describir que en un determinado periodo de la historia son generalmente consensuados (la prueba, precisamente, del consenso).<sup>14</sup>

10 *Idem*. En esta misma línea de pensamiento podríamos incluir a Rabossi, quien considera que “Luego de esta descripción impresionista creo que no es necesario ofrecer ningún argumento para afirmar la existencia en nuestro mundo actual de un fenómeno específico, históricamente dado, sumamente complejo, extraordinariamente dinámico, de alcances universales y de consecuencias revolucionarias. A este fenómeno lo denominaré el fenómeno de los derechos humanos”. Rabossi, E., “El fenómeno de los derechos humanos”, *Ética, política y derecho*, México, UNAM-Siglo XXI, 1991, p. 205.

11 *Cfr.* Bobbio, N., *L'Età dei diritti*, trad. cast. R. de Asís Roig, Madrid, Sistema, 1991, p. 54.

12 La objeción que observa el profesor italiano es la imposibilidad noseológica de dicha categoría. Explica: “El primer modo nos ofrecería la mayor garantía de su validez universal si realmente existiera la naturaleza humana y, admitido que exista como dato constante e inmodificable, nos fuera dado conocerla en su esencia: a juzgar por la historia del iusnaturalismo, la naturaleza humana ha sido interpretada de los modos mas diversos, y la apelación a la naturaleza ha servido para justificar sistemas de valores incluso opuestos entre sí [...]”. Bobbio, N., “Presente y porvenir de los derechos humanos”, *Anuario...*, *op. cit.*, p. 10.

13 “El segundo modo —la apelación a la evidencia— tiene el defecto de presentarse más allá de toda prueba y rechazar cualquier otra posible argumentación de carácter racional: en realidad, apenas sometemos a la verificación histórica valores proclamados como evidentes nos damos cuenta de que lo que ha sido considerado como evidente por algunos en un momento dado ya no se considera evidente por otro en otro momento [...] Actualmente, ¿quién no piensa que es evidente no torturar a los detenidos? Y sin embargo durante muchos siglos la tortura fue aceptada y defendida como un procedimiento judicial normal [...]”. *Ibidem*, p. 11.

14 “El tercer modo de justificar los valores es mostrar que están apoyados en el consenso, según el cual un valor estaría tanto más fundado cuanto más compartido fuese. Con el argumento del

Estas expresiones nos muestran cómo en la exposición de Bobbio “gravita una cierta duda sobre la posibilidad práctica y teórica de la objetividad, aunque no se da una rechazo total”.<sup>15</sup> En definitiva, según el pensamiento de este autor, el fundamento absoluto es una ilusión.<sup>16</sup>

### 1. *Observaciones a la tesis presentada por Norberto Bobbio*

Qué duda cabe lo atrayente que resultan las anteriores afirmaciones. Es claro que, ante la frecuente violación a los derechos humanos, observada hoy en los distintos lugares con las más diversas ideologías, lo más apremiante para ellos sea su efectiva y real protección, aceptada la fundamentación de estos en el consenso generalizado. Sin embargo, aunque en un primer momento resulte sugestivo este intento de fundamentación (que calificamos como consensualista), hay una serie de objeciones de carácter filosófico que convendría tener en consideración antes de aceptar con tanta simpleza de razón dicha tesis.

En este sentido, me parece que la pregunta obligada sería: ¿cabe la posibilidad de que el consenso pueda constituirse en un modo de fundamentar (en el sentido que hemos dejado anunciado) los derechos humanos tal y como lo plantea Bobbio? Parece que la anterior pregunta podría ser respondida, según la postura manifestada por Bobbio, del siguiente modo: “[...] las mismas afirmaciones de Bobbio hacen desaparecer la posible validez del consenso como fundamento en el sentido clásico [...]”.<sup>17</sup> El porqué, lo veremos a continuación. En este sentido, se pueden observar claramente al menos dos importantes deficiencias de la tesis planteada.

#### a) Subjetivización en los derechos humanos

La primera deficiencia de la fundamentación bobbianas salta a la vista. Si por fundamentación hemos entendido aquel dato objetivo de los derechos humanos al que antes nos hemos referido, es evidente que el argumento consensualista jamás podrá invocar ninguna realidad objetiva para

consenso se sustituye la prueba de la objetividad —considerada imposible o extremadamente incierta— por la de la intersubjetividad [...]”. *Ibidem*.

15 Serna Bermúdez, P., *op. cit.*, nota 1, p. 147.

16 *Cfr.* Bobbio, N., *op. cit.*, nota 11, p. 55.

17 Serna Bermúdez, P., *op. cit.*, nota 1, p. 147.

la defensa de estos derechos; más bien lo contrario, encontrará su fundamento en un dato que se hace depender del común acuerdo entre los miembros de una sociedad, relativizando los derechos y considerándolos como una simple ideología, personal o de grupo.

Si son coherentes quienes defienden la tesis del consenso, tendrían que aceptar que tanto los derechos humanos, como la dignidad de la persona (sustento de estos últimos) son una ideología, “algo apetecible pero sólo subjetivamente apetecible, subjetivamente valioso, pero no universalmente valioso, no valioso de suyo”.<sup>18</sup>

De este modo, para esta teoría, los derechos humanos no pasarían de ser valores, aspiraciones o sentimientos cambiantes, relativos en el tiempo y dependientes de ciertas circunstancias sociales,<sup>19</sup>

con esta idea los derechos humanos se derrumban, pues basta que en un medio social se desarrollen en un modo suficientemente mayoritario unos sentimientos, valoraciones o ideologías contrarios a los derechos humanos (v. gr. el racismo, el esclavismo o el abortismo) para que esos derechos humanos —al desaparecer como valores— desaparezcan, con lo que su contravención dejaría de ser una injusticia, una tiranía y una opresión.<sup>20</sup>

Si esto es así, la propuesta consensualista parece que nos tiene que llevar a aceptar la tesis de que la dignidad de la persona, que en este momento es valiosa, mañana puede no serlo, de ahí que

quienes enarbolan la bandera de la dignidad humana no tienen derecho a hacerla actuar como concepto resorte que impida avanzar hacia el futuro; el consenso de hoy no puede ni tiene por qué condicionar el de mañana ni las posibles disidencias, al menos legítimamente, porque no se puede impedir una modificación del presente en nombre de un concepto que es esencialmente revisable incluso para quienes lo entienden y, en este caso, toda política destinada a consagrar los derechos humanos y la dignidad humana es fuerza y violencia, al menos hacia la generaciones futuras y las minorías

18 *Idem.*

19 En este sentido, me prece que existe una íntima coincidencia entre la tesis planteada por Bobbio, tal y como la hemos desarrollado anteriormente y el intento historicista de fundamentación de los derechos humanos, es decir, aquella propuesta que concibe a los derechos humanos variables y relativos en cada contexto histórico que el hombre tiene y mantiene de acuerdo con el desarrollo de la sociedad. Cfr. Fernández, E., “El problema del fundamento de los derechos humanos”, *Anuario...*, *op. cit.*, nota 9, pp. 92-93.

20 Hervada, J., *Escritos de derecho natural*, 2a. ed., Pamplona, Eunsa, 1993, pp. 656 y ss.; *ibidem*, “Los derechos inherentes a la dignidad de la persona humana”, *Humana Iura* 1, Pamplona, 1991, pp. 350 y ss.

del presente —¿cómo fundar desde aquí los derechos de las minorías?— [...].<sup>21</sup>

Efectivamente, en esta primera impugnación, los argumentos del modelo consensualista manifiestan la imposibilidad de fundar los derechos humanos desde el concepto de dignidad. Ésta no puede hacerse depender de lo que intersubjetivamente puedan querer en determinado momento un grupo de personas por más que se califiquen como consenso, porque el fundamento de los derechos no puede ser una ideología plural. Por eso, es cierto que, de aceptarse como fundamento de estos derechos la dignidad de la persona, parece necesaria la admisión también de la objetividad de ésta y el rechazo de lo intersubjetivo y relativo, pues esto representa un simple hecho: el consenso de las personas. Ahora bien, si, por el contrario, no se acepta que dicho fundamento es la dignidad personal, sino la decisión intersubjetiva a la que se llega, no podría emplearse la dignidad como dato objetivo, tendría que utilizarse otro concepto diferente de ésta; tendría que ser ésta una noción subjetiva, relativa, posibilitada para ser cambiante en el transcurso del tiempo y exclusivamente útil para los agrados colectivos o intersubjetivos.

#### b) ¿Aceptación generalizada de los derechos humanos?

Una segunda objeción a la tesis planteada por Bobbio vendría dada por la presunta aceptación generalizada de los derechos humanos al considerar que

sólo después de la Declaración podemos tener la certidumbre histórica de que la humanidad, toda humanidad, comparte algunos valores comunes y podemos creer finalmente en la universalidad de los valores en el único sentido en que tal creencia es históricamente legítima [...].<sup>22</sup>

A esta tal afirmación se puede decir que “ante un planteamiento tan optimista como el del profesor de Turín, cabe objetar que la constante violación actual de los derechos humanos muestra la falta de arraigo y la precariedad de esas pretendidas *convicciones generalmente compartidas* y la consiguiente necesidad de seguir argumentando filosóficamente en su favor (...)”.<sup>23</sup>

21 Serna Bermúdez, P., *op. cit.*, nota 1, pp. 147-148.

22 Bobbio, N., “Presente y porvenir de los derechos humanos”, *Anuario...*, *op. cit.*, nota 9, p. 12.

23 Pérez Luño, A. E., *Derechos humanos, Estado de derecho y Constitución*, 4a. ed., Madrid, Tecnos, 1991, p. 133.

Efectivamente, si existiera una creencia generalizada acerca de la existencia y posesión de estos derechos por parte de las personas, habría que dar una solución a la siguiente interrogante: ¿por qué son tan frecuentes las violaciones a estos derechos? Por otro lado, baste observar la diversidad de argumentos filosóficos que encontramos en los distintos sistemas políticos para darnos cuenta de que este fundamento no es tan común ni tampoco tan generalmente aceptado.<sup>24</sup> En todo caso, lo que parece válido aceptar es que, con el acuerdo alcanzado en la Declaración Universal de las Naciones Unidas, se nos explica *cómo* se ha llegado a consentimiento, pero no se responde a la razón de ser de éstos, es decir, su *por qué*.<sup>25</sup>

Sobre esta última idea apuntada cabría advertir igualmente que el consenso al que llegó la Asamblea General de la ONU (ese *cómo* y no *por qué*) no fue un consenso teórico o filosófico, sino un acuerdo eminentemente práctico; fue, en definitiva, un consenso válido sólo fácticamente, pero no filosóficamente. El acuerdo fáctico no nos dice sino que

se trata de un acuerdo práctico, en el que es fácil coincidir; pero eso no significa acuerdo teórico y, aunque es verdad que se tuvieron buenas razones para aceptar esos derechos, resulta que fueron distintas. Es fácil ponerse de acuerdo en cuanto a la *praxis*, máxime cuando se trata de cosas tan necesarias, la integridad, la salud, la libertad, etcétera, pero no puede olvidarse que la *praxis* se fundamenta en la teoría.<sup>26</sup>

La Asamblea General y la Declaración a la que llegó el 10 de diciembre en París representa exclusivamente la preocupación universal por proteger los derechos humanos, pero no el consentimiento teórico acerca de los mismos.<sup>27</sup>

24 *Idem.*

25 *Idem.*

26 Beuchot, M., *Filosofía y derechos humanos (los derechos humanos y su fundamentación filosófica)*, México, Siglo XXI, 1993, p. 158; *idem*, *Derechos humanos. Iuspositivismo e iusnaturalismo*, México, UNAM, 1995, pp. 123-135.

27 Baste recordar los fuertes debates que se llevaron a efecto en el seno de las Naciones Unidas para la aprobación de cada uno de los artículos que integran la Declaración. Así, por ejemplo, el artículo 18, relativo a la libertad religiosa, tuvo más de ocho propuestas antes de llegar a su aprobación definitiva. *Cfr.* Verdoot, A., *Naissance et signification del la Déclaration Universelle des Droits de l'Homme*, trad. cast. Arzálluz, J., Bilbao, Mensajero, 1969, p. 173; Truyol y Serra, A., *Los derechos humanos. Declaraciones y convenios internacionales*, 3a. ed., Madrid, Tecnos, *passim*; AA.VV., *Veinte años de evolución de los derechos humanos*, México, UNAM, 1974, *passim*.

En este sentido, parece acertada la idea que distingue entre el problema estrictamente filosófico de los derechos humanos y el de índole puramente política. Aunque ambos problemas (fundamentación y *praxis*) sean distintos, es difícil establecer una diferenciación radical entre ambos si se quieren proteger estos derechos; “no sólo es contar con las técnicas jurídicas que los garanticen [...], sino también estar respaldados por buenos argumentos a la hora de fundamentarlos y defenderlos”.<sup>28</sup>

A manera de resumen de lo dicho hasta ahora, podríamos decir que, a pesar del intento que Bobbio propone por reconocer en el consenso la posible solución al problema que plantea el fundamento de los derechos humanos, es claro que dicha postura resulta difícil de aceptar en tanto queden sin resolver las objeciones planteadas. Primero, el problema que plantea la subjetividad a la que nos lleva dicha posición, que no es sino dejar a la voluntad, es decir, a la arbitrariedad la solución del fundamento; segundo, según hemos visto, parece que la diversidad de concepciones sobre lo que son los derechos humanos nos hacen ver lo utópico de esta posición.

#### IV. PLANTEAMIENTO GENERAL DE LA TESIS DE CHAÏM PERELMAN

Otro intento propuesto para fundamentar los derechos humanos desde el consenso es el formulado por el filósofo belga Chaïm Perelman.<sup>29</sup> En términos generales, podemos incluir la teoría de Perelman dentro de los diversos intentos que buscan encontrar una racionalidad para el derecho, particularmente en la decisión judicial a través de la argumentación jurídica.<sup>30</sup> “El medio elegido para dicha *justificación* no va a ser el de la *legitimación* por una justicia *a priori*, metafísica, sino el de una racionalidad de particulares contornos”.<sup>31</sup>

28 Fernández E., *Teoría de la justicia y derechos humanos*, Madrid, Debate, 1991, pp. 83 y ss.

29 Para el objeto de este artículo utilizaremos el trabajo de Perelman: “Peut-on fonder les droits de l’homme”? en *Droit, Morale et Philosophie*, 2a. ed., París, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1976, pp. 67-73. La exposición y comentarios que hagamos del pensamiento del autor belga lo transcribimos de la explicación que se hace de éste en: Serna Bermúdez, P., *Positivismo conceptual...*, *op. cit.*, pp. 165-192.

30 Sólo por mencionar dos de sus trabajos sobre este tema, podemos citar: Perelman, Ch., *Le champ de l’argumentation*, Bruxelles, P.U.B., 1970, *passim*; *idem*, *Traité de l’argumentation. La Nouvelle rhétorique*, 2a. ed., Bruxelles, Université de Bruxelles, 1976, *passim*.

31 Serna Bermúdez, P., *op. cit.*, nota 1, p. 168.

Perelman intenta colocarse en una postura intermedia entre el derecho natural y el derecho positivo para la justificación del derecho. Critica cualquier planteamiento metafísico del derecho, pero tampoco acepta que la explicación del mismo pueda ser plenamente satisfecha por el positivismo jurídico, ya sea en el plano teórico como en el práctico.<sup>32</sup>

Perelman no emplea la *racionalidad* como medio de justificar el derecho pues considera que esta expresión, en última instancia, nos llevaría a una idea de verdad y, en último extremo, a lo metafísico en el derecho. Noción ésta, como todos sabemos, despreciada en los tiempos modernos.<sup>33</sup> En este sentido, prefiere utilizar el concepto de lo *razonable*, que se presenta como lo cierto de hecho, con un marcado acento empírico. Es así como entra de nuevo en la escena la idea del consenso. El consenso de la comunidad es el ámbito donde surge lo razonable.<sup>34</sup> “La categoría específica del pensar jurídico es la razonabilidad, y ésta viene, de un modo u otro, determinada por el consenso, tácito o explícito, ideal o fáctico, la ciencia jurídica debe constituirse como ciencia de la argumentación, de la persuasión, del convencimiento, es decir, como una *nueva retórica*”.<sup>35</sup>

32 Perelman, Ch., “Peut-on fonder les droits de l’homme”?, *op. cit.*, nota 29, pp. 67-69.

33 Cfr. Massini Correas, C. I., *La desintegración del pensar jurídico en la Edad Moderna*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1980, pp. 13 y ss.

34 Serna Bermúdez, P., *Positivismo conceptual...*, *op. cit.*, nota 1, p. 170.

35 *Ibidem*, p. 171. Haciendo un poco de historia, podemos señalar que el antecedente de la filosofía propuesta por Perelman podemos encontrarla en Aristóteles. El estagirita, en el libro primero, capítulo primero de los Tópicos, señalaba: “El propósito de este estudio es encontrar un método a partir del cual podamos razonar sobre todo problema que se nos proponga, a partir de cosas plausibles, y gracias al cual, si nosotros mismos sostenemos un enunciado, no digamos nada que le sea contrario. Así, pues, hay que decir primero qué es un razonamiento y cuáles sus diferencias, para que pueda comprenderse el razonamiento dialéctico [...]”.

Un razonamiento es un discurso (*logos*) en el que sentadas ciertas cosas, necesariamente se da a la vez, a través de lo establecido, algo distinto de lo establecido. Hay demostración cuando el razonamiento parte de cosas verdaderas y primordiales, o de cosas cuyo conocimiento se origina a través de cosas *primordiales y verdaderas*; en cambio, es dialéctico el razonamiento construido a partir de cosas plausibles. Ahora bien, son *verdaderas y primordiales* las cosas que tienen credibilidad, no por otras, sino por sí mismas [...]; en cambio, son cosas *plausibles* las que parecen bien a todos, o a la mayoría, o a los sabios, y, entre estos últimos, a todos, o a la mayoría, o a los más conocidos y reputados [...]”. Aristóteles, *Órganon*, 100 a. trad. cast. M. Candel Sanmartín, Madrid, Gredos, 1982, p. 89.

Más adelante señala 10: “[...] En efecto, no toda proposición ni todo problema se ha de considerar dialéctico: pues nadie en su sano juicio propondría lo que para nadie resulta plausible, ni pondría en cuestión lo que es manifiesto para todos o para la mayoría: esto, en efecto, no ofrece dificultad, aquello, en cambio, nadie lo haría suyo.

Una proposición dialéctica es una pregunta plausible, bien para todos, bien para la mayoría, bien para los sabios, y, de entre éstos, bien para todos, bien para la mayoría, bien para los más conocidos, y que no sea paradójica: pues cualquiera haría suyo lo que es plausible para los sabios, siempre que no sea contrario a las opiniones de la mayoría. Son también proposiciones dialécticas las semejantes a las plausibles, y las contrarias a las que parecen plausibles, propuestas en forma contradictoria, y

En este sentido, se señala que

la postulación del derecho como ciencia retórica sólo tiene sentido sobre la base [...] de la negación del fundamento metafísico del obrar moral y del derecho, que tienen como consecuencia inmediata la negación de una verdad en el campo de lo jurídico y de la ética. La justicia que así surge no puede ser nunca una expresión de nada real, sino más bien de un mero acuerdo de voluntades.<sup>36</sup>

Se niega, por tanto, el concepto de verdad en el derecho, aceptando la idea de justicia, pero sin contenido.

### 1. *Tesis planteada por Perelman sobre los derechos humanos*

Retomando algunos de los preámbulos expuestos anteriormente, y colocados ya dentro del terreno que a nosotros nos interesa, el de los derechos humanos, tenemos que decir que Perelman rechaza expresamente la posibilidad de un fundamento absoluto para estos derechos, pero también rehúsa —como se ha señalado— aceptar que el positivismo formalista pueda ser capaz de dar una respuesta favorable al tema de la fundamentación de los derechos humanos.

Toda búsqueda de un fundamento —señala Perelman— supone la necesidad de fundamentar; y, si esa necesidad se manifiesta a partir de no importa qué, el problema del fundamento no recibirá jamás solución satisfactoria, toda vez que conducirá a una regresión sin fin. Para que la búsqueda de fundamento sea una empresa con sentido, se requiere que se admita la existencia de realidades o principios que sirvan de fundamento a otras cosas, y que son ella mismas incontestables o, por lo menos, incontestadas. Por el contrario, lo que se propone fundamentar debe ser comprensible ya sea jurídica o fácticamente.<sup>37</sup>

todas las opiniones que están de acuerdo con las técnicas conocidas. Pues, si es plausible que el conocimiento de los contrarios sea el mismo, también parecerá plausible que la sensación de los contrarios sea la misma; y que, si existe un único arte de leer y escribir, también existirá un sólo arte de tocar la flauta, mientras que, si existen varios artes de leer y escribir, también existen varios artes de tocar la flauta [...]”. *Ibidem*, pp. 104-106.

<sup>36</sup> Serna Bermúdez, P., *op. cit.*, nota 1, pp. 171-172.

<sup>37</sup> “Toute recherche d’un fondement suppose le besoin de fonder et, si ce besoin devait se manifester à propos de n’importe quoi, le problème du fondement en recevrait jamais de solution satisfaisante, car il conduirait à une régression sans fin. Pour que la recherche d’un fondement soit une entreprise sensée, il faut donc qu’on admette l’existence de réalités ou de principes qui servent de

En este sentido, el pensador belga propone un *fundamento suficiente* que pueda superar los extremos a los que nos llevan el dogmatismo y el escepticismo filosófico.<sup>38</sup> Por eso, “la búsqueda de fundamentos suficientes, pero relativos a un espíritu, a una sociedad o a una disciplina determinadas, deviene filosóficamente esencial para todos aquellos quienes, rehusando la evidencia de valor a un criterio absoluto, no pueden sin más, adherirse a un escepticismo negativo y estéril”.<sup>39</sup>

Como puede observarse, para la elaboración de este fundamento suficiente habría que partir entonces, alejándose primero de las dos posturas que aceptan y niegan la evidencia o verdad en los valores,

en las filosofías clásicas [...] el criterio de la evidencia que concierne a las intuiciones, racionales o sensibles, debe permitir la distinción, en una ontología o en una epistemología, las realidades y los principios que se imponen y que no tienen que ser fundadas en otras cosas; las realidades, las verdades, las normas y los valores que deben encontrar su fundamento en ellas mismas.<sup>40</sup>

Según esto, lo que es evidente no tiene ninguna necesidad de prueba. El fundamento, por tanto, es evidente y absoluto. Pero también nos encontramos con que, en la

concepción empirista del conocimiento, sólo la sensación nos proporciona el fundamento indubitable. Resulta que las normas y los valores que no son dados por la sensación deberían ser fundados sobre cualquier realidad empírica; sin embargo, como no se puede deducir del ser el deber ser, las normas y valores privados de fundamento válido, no serán más que la expresión de emociones objetivas o de mandamientos que adquirieren su prestigio de la fuente que los impone y los sanciona.<sup>41</sup>

fondement à autre chose, et qui soient eux-mêmes incontestables ou, du moins, incontestés. Par contre, ce que l'on se propose de fonder devrait être soit contestable, en droit, soit contesté, en fait”. Perelman, Ch., “Peut-on fonder les droits de l’homme”?, *op. cit.*, nota 29, p. 67.

38 “Insisto sobre la distinción entre lo incontestable y lo incontestado, contestable y lo contestado, dado que esa ignorancia se encuentra en el origen de confusiones que hacen oscilar la filosofía del absolutismo al escepticismo, dos posiciones que me parecen, por su exageración, igualmente contrarias a los mecanismos efectivos de nuestro pensamiento, que se sitúa, normalmente, entre ambos”, *ibidem*.

39 “La recherche de fondements suffisants, mais relatifs à un esprit, une société ou une discipline déterminés, devient philosophiquement essentielle pour tous ceux qui, tout en refusant à l’évidence la valeur d’un critère absolu, en peuvent néanmoins se contenter d’un scepticisme négatif et stérile”, *ibidem*, p. 68.

40 *Idem*.

41 *Ibidem*, pp. 68-69. *Cfr.* también, Serna Bermúdez, P., *op. cit.*, nota 1, p. 174.

Es decir, el poder.<sup>42</sup>

Se observa cómo, en el último de los argumentos expuestos, Perelman objeta igualmente el positivismo jurídico como forma de fundamentar los derechos humanos, al señalar que éste “negó la existencia que no fuera la expresión de la voluntad del soberano”.<sup>43</sup> Dicho positivismo se derrumba ante los abusos del hitlerismo. Se observa, entonces, cómo Perelman pretende alejarse de estos dos extremos, rechazando ambos. Esto lo confirma cuando señala: “este absolutismo ideológico, al que debe conducir la búsqueda de un fundamento absoluto e inmutable, de la misma manera que cuando es un fundamento positivista, me parece inaceptable”.<sup>44</sup> Sin embargo, no cierra la puerta a la posibilidad del fundamento. “Pero esto —continúa diciendo— no significa que la búsqueda de un fundamento no absoluto sea carente de sentido y de alcance”.<sup>45</sup>

Perelman recurre como primer paso en la construcción de su propuesta a la aceptación de principios —*principios generales del derecho*— que nadie tiene el afán de refutar; pero que presentan problemas cuando se trata de convertir esas reglas generales en casos de especie<sup>46</sup> por la diversidad de interpretaciones que han recibido.

Ante dicha dificultad,

la búsqueda de un fundamento absoluto debe ceder el paso a una dialéctica.<sup>47</sup> en la que los principios que la elaboren para sistematizar y jerarquizar los derechos del hombre, tal y como los conocemos, sean constantemente confrontados con la experiencia moral, las reacciones de nuestra conciencia. La solución de los problemas suscitados por esta confrontación no será ni evidente ni arbitraria: será (éste es uno de los principales argumentos de la tesis de Perelman) proporcionada gracias a una toma de posición teórica

42 Cfr., *ibidem*, p. 175. El propio Perelman señala que, “en una visión teocrática de la sociedad, cuando el mandamiento es supuestamente emanado de una fuente perfecta, la norma que establece no puede ser discutida. Si el mandamiento emana de la voluntad general, constituida gracias a un contrato social, la norma que él establece es considerada como obligatoria en virtud del principio *pacta sunt servanda*. La voluntad del soberano, netamente expresada, dotará a esas normas de un fundamento indiscutible. Veamos como, transfiriendo a la voluntad general las funciones anteriormente cumplimentadas por la voluntad divina (vox populi vox Dei) [...]”. Perelman, Ch., “Peut-on fonder les droits de l’homme”?, *op. cit.*, nota 29, p. 69.

43 *Idem*.

44 *Ibidem*, p. 70.

45 *Idem*.

46 Cfr. *Ibidem*, p. 71.

47 *Dialéctica* es el método —según Aristóteles— con cuyo auxilio se puede formar toda clase de silogismos sobre todo género de cuestiones, partiendo de proposiciones simplemente probable, y que nos enseñe, cuando sostenemos una discusión, a no adelantar nada que sea contrario a nuestras propias aserciones. Aristóteles, *Órganon...*, *op. cit.*, p. 89.

que resultará de una decisión personal, que se presenta por tanto como válida o verdadera para todos los espíritus *razonables*.<sup>48</sup> Esta decisión no está en simple conformidad con la evidencia, y no se da por infalible, no corre el riesgo de proporcionar un fundamento a un despotismo ilustrado o instruido, exento de todo control y de toda crítica. Al contrario: las soluciones contingentes y manifiestamente perfectibles presentadas por los filósofos no podrán pretenderse *razonables* sino dentro de la medida donde son sometidas a la aprobación del auditorio universal, constituido por el conjunto de hombres normales y competentes para juzgarlo.<sup>49</sup>

Perelman termina su argumentación afirmando que

lo razonable no remite a una razón divina, invariable y perfecta, sino a una situación puramente humana, la adhesión presunta de todos aquellos que son considerados como interlocutores válidos respecto a las cuestiones debatidas. La presunción permite la elaboración de una regla, de una norma, pero que escapa, sin embargo, al control de los hechos: la norma, lo normativo, es inicialmente asociado a lo normal, a lo que es [...].<sup>50</sup>

El concepto de racionalidad que Perelman sustituyó por el de razonabilidad, y que es el que emplea en su discurso, se elabora, como hemos visto, a partir del “concurso de todos los seres humanos susceptibles de integrarse en el auditorio universal y confrontar sus ideas, el conocimiento de sus reacciones afectivas”.<sup>51</sup> De este modo, los derechos humanos sólo serán aquellos a los que razonablemente llegue un auditorio, es decir, el consenso. Esto ayudará, dice Perelman, “al progreso del pensamiento teórico”,<sup>52</sup> reconociendo implícitamente la posibilidad de una sucesión progresiva de *concepciones más y más razonables*; de esta manera, el fundamento propuesto “no será un fundamento absoluto, ni el único fundamento concebible, y que los derechos *que permitan justificar no serán definitivos*”.<sup>53</sup>

48 Las cursivas son nuestras.

49 Perelman, Ch., “Peut-on fonder les droits de l’homme”?, *op. cit.*, nota 29, p. 72.

50 *Idem*.

51 *Ibidem*, p. 73.

52 *Idem*.

53 *Idem*. Las cursivas son nuestras.

## 2. *Observaciones a la tesis propuesta por Perelman*

Es claro que algunas de las objeciones que hicimos a la tesis de Bobbio pueden ser aplicadas igualmente a la tesis de Perelman. Veamos cuáles pueden ser.

### a) Relativización de los derechos desde lo razonable

Parece que el alejamiento que intenta Perelman, tanto del dogmatismo filosófico como del escepticismo, es legítimo pero, como dice Serna, injustificable.<sup>54</sup> La expresión que emplea —*lo razonable*— tiene como objetivo fundamental precisamente ese distanciamiento, en aras de evitar la arbitrariedad en la que pueden incurrir ambos extremos. Sin embargo, habría que decir al respecto que, desde la posición que asume el profesor belga, que es una posición intermedia, dicha arbitrariedad no desaparece del todo.<sup>55</sup> Hablar de lo razonable en el campo de los derechos humanos es dejar en un hecho real, el consenso, la posibilidad de que el diálogo y la contraposición de argumentos puedan decidir cuáles son derechos humanos y cuáles no. De este modo, sólo el acuerdo al que razonadamente se llegue podrá ser aceptado como instancia última por la que se establezcan o supriman derechos.

Lo anterior tiene un problema de partida: la negación de la verdad como dato objetivo. Si negamos, como lo hace Perelman, la imposibilidad de una verdad dentro de los derechos humanos, hemos de partir exclusivamente de aquello que fácticamente nos presenta la realidad, es decir, del consenso, o sea, de aquello a lo que intersubjetivamente se llegue, subjetivizando y relativizando por tanto estos derechos. Luego entonces, si por fundamento habíamos entendido —en el sentido tradicional de la expresión— aquel dato objetivo que sustenta a los derechos humanos, es claro que la subjetivización planteada por Perelman no encuadra dentro de este sentido de fundamento, a menos que identifique al consenso como un criterio objetivo, cosa que parecería contradictoria.

En último extremo, cualquier edificio de fundamentación que pretendamos construir debe descansar sobre alguna *verdad*: de lo contrario, los derechos serán siempre una imposición, más o menos solapada, procedente de una

54 Cfr. Serna Bermúdez, P., *op. cit.*, nota 1, p. 178.

55 Cfr. *ibidem*, p. 172.

voluntad que se ha adherido, por fe a determinados postulados, y que utiliza instrumentalmente a la racionalidad.<sup>56</sup>

Parece claro que, desde la óptica en la que Perelman pretende fundamentar los derechos humanos, existe un presupuesto básico, no sujeta al consenso y sin el cual no podría existir el diálogo: el concepto de persona, y, sobre todo, la dignidad de ésta. Es lógico que para que exista un acuerdo deben existir unos hombres (auditorio universal) capaces de racionalmente llegar a un consenso.

Dicho de otro modo, para que pueda existir consenso deben existir unos entes —llamados hombres— dotados de ciertas y determinadas características: la racionalidad, capacidad de lenguaje, etcétera, que les confiere una cierta *dignidad* y los diferencian de los restantes entes del universo.<sup>57</sup>

### b) Razonabilidad vs. objetividad

Pero hay más, estos “hombres” tienen que mantener entre ellos un punto común de discusión. En el caso de los derechos humanos, será el “argumento suficiente” en favor de ellos. Así, se hace necesario partir, para tal efecto, de un dato precedente: los derechos que le pertenecen a las personas, en definitiva, se requiere tener preliminarmente una concepción antropológica de lo que es la persona y de cuáles son sus derechos. Esto, en mi opinión, nos coloca ante una noción objetiva que, en el discurso, no puede estar supeditada a la arbitrariedad del consenso acordado. De lo contrario, ¿de qué se va a partir?, ¿cuál sería el primer elemento de discusión sin esa concepción de la persona? Por eso, “la idea de consenso no sugiere un valor en sí misma, sino sólo en función de una determinada concepción del hombre”.<sup>58</sup> En definitiva, la respuesta a las anteriores interrogantes parece encontrarse en la idea de dignidad de hombre que, en el supuesto de que fuera aceptada por el consenso planteado por Perelman, ésta no fundamentaría suficiente y satisfactoriamente los derechos humanos.<sup>59</sup>

56 *Ibidem*, p. 181.

57 Massini Correas, C. I., *Los derechos humanos en el pensamiento actual*, 2a. ed., Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1994, p. 136.

58 *Cfr.* Serna Bermúdez, P., *op. cit.*, nota 1, p. 178.

59 *Cfr. ibidem*, pp. 178-179.

### c) Interrogantes sin respuesta

Para finalizar, algunas preguntas. Desde la perspectiva de Perelman, es necesario que exista un auditorio universal constituido por “hombres normales y competentes para juzgar”. A este argumento valdría preguntarse: ¿cuáles son los criterios con los que se ha de juzgar quiénes son hombres normales y quiénes no?, ¿quiénes realizarían esta selección? Además, ¿existe un punto de referencia a partir del cual estos hombres normales puedan juzgar qué son y qué no son los derechos humanos?

## V. CONCLUSIÓN

A modo de conclusión, tendríamos que decir que el consenso propuesto por Perelman nos lleva al mismo error que advertíamos en Bobbio: la relativización de los derechos humanos. Desde esta perspectiva relativista,

no es posible otorgar un fundamento sólido a los derechos de las personas, es decir, un fundamento teóricamente firme, sino que pueda esgrimirse válidamente aun en circunstancias excepcionales o cuando la concreción de los derechos contraría los intereses inmediatos de quienes deben respetarlos. Y ello es así, porque la relatividad de su fundamento se transfiere, por necesidad lógica, a los derechos fundados; en efecto, es una regla lógica universalmente aceptada que las conclusiones no pueden ser más fuertes que las premisas; así, por ejemplo, de una o varias afirmaciones probables no puede seguirse una afirmación cierta. Del mismo modo, de una afirmación relativa: “los derechos humanos tienen fundamento si y sólo si existe consenso al respecto”, sólo podrá seguirse la afirmación siguiente: “tal derecho humano (el derecho a no ser torturado, por ejemplo) estará fundado si y sólo si existe consenso al respecto”. Dicho más concretamente, si existe el consenso acerca de que los judíos, los negros, los católicos o los terroristas pueden ser torturados en ciertas circunstancias [...] ellos carecerán —en esas circunstancias— del derecho a no ser torturado. Y carecerán de él toda vez que no existirá el fundamento lógicamente necesario para que este derecho sea tal y pueda, en consecuencia, ser reclamando o exigido.<sup>60</sup>

Habíamos establecido como título del presente artículo la pregunta sobre la posibilidad de que el consenso sirviera para fundamentar los de-

60 Massini Correas, C. I., *Los derechos humanos en...*, op. cit., pp. 134-135.

rechos humanos. A la luz de lo que hemos expuesto, parece difícil aceptar dicha postura si, como dice Dworkin, nos queremos tomar en serio los derechos.

## VI. BIBLIOGRAFÍA

- “El problema del fundamento de los derechos humanos”, *Anuario de Derechos Humanos 1*, Madrid, 1982.
- “Los derechos inherentes a la dignidad de la persona humana”, *Humana Iura 1*, Pamplona, 1991.
- “Peut-on fonder les droits de l’homme”? en *Droit, morale et Philosophie*, 2a ed., París, Librairie Generale de Droit et de Jurisprudence, 1976.
- “Presente y porvenir de los derechos humanos”, *Anuario de Derechos Humanos 1*, Madrid, Servicio de Publicaciones de la Universidad Complutense de Madrid, 1982.
- “Sobre el puesto de la historia en el concepto de los derechos fundamentales”, *Anuario de Derechos Humanos 4*, Madrid, Servicio de Publicaciones de la Universidad Complutense de Madrid, 1986-87.
- “Sul fondamento dei diritti dell’uomo”, en *Il problema della guerra e le vie della pace*, Bologna, Il Mulino, 1979.
- AA. VV., *Veinte años de evolución de los derechos humanos*, México, UNAM, 1974.
- BEUCHOT, M., *Filosofía y derechos humanos (los derechos humanos y su fundamentación filosófica)*, México, Siglo XXI, 1993.
- BOBBIO, N., *L’Età dei diritti*, trad. cast. R. de Asís Roig, Madrid, Sistema, 1991.
- CARPINTERO, F., *Derecho y ontología jurídica*, Madrid, Actas, 1993.
- Derechos humanos. Iuspositivismo y iusnaturalismo*, México, UNAM, 1995.
- El positivismo jurídico*, Madrid, Debate, 1993.
- FERNÁNDEZ, E., *Teoría de la justicia y derechos humanos*, Madrid, Debate, 1991.
- Filosofía del derecho y los derechos humanos*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1994.
- GUASP DELGADO, J., *Derecho*, Madrid, Hergon, 1971.
- HERVADA, J., *Escritos de derecho natural*, 2a. ed., Pamplona, Eunsa, 1993.

- HOYOS CASTAÑEDA, I. M., *El concepto jurídico de persona*, Pamplona, Eunsa, 1989.
- Introducción crítica al derecho natural*, 7a ed., Pamplona, Eunsa, 1993.
- Justice et raison*, Bruxelles, Presses Universitaires de Bruxelles, 1963.
- La desintegración del pensar jurídico en la Edad Moderna*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1980.
- Lecciones propedeúticas de filosofía del derecho*, Pamplona, Eunsa, 1992.
- Los derechos fundamentales*, 5a ed., Madrid, Tecnos, 1993.
- Los derechos humanos en el pensamiento actual*, 2a. ed., Buenos Aires, 1994.
- MASSINI CORREAS, C. I., *El derecho, los derechos humanos y el valor del derecho*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1987.
- NASH, R., “¿Tienen derechos las rocas? Pensamientos sobre la ética del medio ambiente”, en M. Mooney y F. Stuber (comp.), *Los humanistas y la política*, México, FCE, 1984.
- Norberto Bobbio: el filósofo y la política*, México, FCE, 1996.
- PECES BARBA, G., *Escritos sobre derechos fundamentales*, Madrid, Eudema, 1988.
- PERELMAN, CH., *Le champ de l'argumentation*, Bruxelles, PUB, 1970.
- PÉREZ LUÑO, A. E., *Derechos humanos, Estado de derecho y Constitución*, 4a. ed., Madrid, Tecnos, 1991.
- RABOSI, E., “El fenómeno de los derechos humanos”, en *Ética, política y derecho*, México, UNAM-Siglo XXI, 1991.
- SERNA BERMÚDEZ, P., *Positivismo conceptual y fundamentación de los derechos humanos*, Pamplona, Eunsa, 1990.
- Teoría general del derecho*, Madrid, Debate, 1993.
- Traité de l'Argumentation. La Nouvelle rhétorique*, 2a. ed., Bruxelles, Université de Bruxelles, 1976.
- TRUYOL y SERRA, A., *Los derechos humanos. Declaraciones y convenios internacionales*, 3a. ed., Madrid, Tecnos, 1984.
- Una introducción a la ciencia jurídica*, Madrid, Civitas, 1988.
- VERDOOT, A., *Naissance et signification de la Déclaration Universelle des Droits de l'Homme*, trad. cast., Arzálluz, J., Bilbao, Mensajero, 1969.