

CAPÍTULO PRIMERO

LA FUNDAMENTACIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS COMO PROBLEMA MORAL

I. PLANTEAMIENTO

Usualmente se ha visto la fundamentación de los derechos humanos como un problema de la filosofía, concretamente de filosofía del derecho. Pero no ha sido sino hasta muy recientemente cuando se ha percibido que también es una cuestión de filosofía moral.¹ Por eso hasta se han planteado como derechos morales. Mas no sólo pertenece (al menos en parte) a la moral su fundamentación, sino que asimismo plantea un dilema moral: ¿Se pueden fundamentar en valores morales inamovibles, o se tienen que fundamentar solamente en la positivación jurídica (que estamos moralmente obligados a cumplir)? El dilema consiste en que si se fundan en valores morales inamovibles, nos veremos obligados a sostenerlos en cosas sobre las que, como la esencia humana, parecen conceptos cerrados, y sobre los que además no hay acuerdo, y que difícilmente son aceptados por todos, a más de que no parecen responder a las situaciones históricas; y si los fundamos en la positivación, ¿pueden ser des-positivados por un tirano, y ser cancelados por los regímenes opresores, así como pueden positivarse leyes injustas? Para intentar salir de este dilema y resolverlo, ensayaremos la propuesta de otra alternativa, que no caiga en los inconvenientes de esas dos, consistente en fundar los derechos humanos en valores

¹ Peces-Barba, G., “Sobre el fundamento de los derechos humanos (un problema de moral y derecho)”, *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, Granada, núm. 28, 1988, pp. 194 y ss.

morales, e incluso en una naturaleza humana, pero que se da históricamente concretizada y que es atenta a las situaciones concretas en las que los derechos se cumplen. Se trata de un iusnaturalismo vivo, que busca la universalidad para esos derechos, pero que piensa que lo universal se da de manera concreta, situada, encarnada en lo histórico. Es un iusnaturalismo analógico.

Procederemos de la siguiente manera: primero caracterizaremos lo que entendemos por fundamentación. Después veremos las ventajas y desventajas del iuspositivismo. Luego las del iusnaturalismo. En seguida procederemos a añadir algunas consideraciones tendentes a pragmatizar e historizar el iusnaturalismo, resultando lo que llamamos “iusnaturalismo analógico”. Agregaremos algunos argumentos a favor de ello, comparándolo sobre todo con la posición que considera los derechos humanos como derechos morales (*moral rights*) en la filosofía analítica. Y terminaremos con unas breves conclusiones.

II. FUNDAMENTACIÓN FILOSÓFICA

¿Por qué buscar una fundamentación filosófica a los derechos humanos? Muchos dicen que esto es una pérdida de tiempo, que lo que en verdad urge y ha de hacerse es positivarlos y proteger su cumplimiento. Pero algo que nos mueve a buscar fundamentos filosóficos a los derechos humanos es la misma hambre filosófica que nos mueve a buscarlos para otras cosas, es decir, nuestra inclinación a cuestionar e inquirir la razón suficiente de los seres y, en este caso, de los derechos y las leyes que admitimos.² Y si tenemos una actitud filosófica exigente, no nos bastará una fundación puramente pragmática o utilitaria, es decir, cerrar el caso diciendo que son algo benéfico para el ser humano, y ya. Iremos hasta la razón suficiente más íntima, que estará enraizada en la ética o

² Es lo que plantea E. García Máynez en su trabajo “El derecho natural y el principio jurídico de la razón suficiente”, *Ensayos filosóficos jurídicos, 1934-1979*, México, 1984, pp. 217-224.

filosofía moral, en la epistemología y en la metafísica misma, según los niveles de profundidad que nos exijamos en nuestra tarea de fundamentación filosófica (pues todos ellos son aspectos y ramas de la filosofía).

Otros han dicho que no hay que buscar fundamentos filosóficos a los derechos humanos porque no hay tales fundamentos, como se ve en el espíritu del tiempo (la llamada “posmodernidad”), que nos ha mostrado que nada se puede fundamentar en los apoyos que buscaron afanosamente los filósofos modernos, como Descartes, Malebranche, Leibniz, Locke, Hume, etcétera. No hay ni fundamento racionalista ni empirista; no se encontrará ni en los primeros principios de la razón ni en los hechos básicos de la experiencia. Lo que proponen es aceptar los derechos humanos porque sí, o darles, en todo caso, una aceptación débil, condicionada a sus resultados pragmáticos. Pero también podemos darnos cuenta de que posturas así, como algunas posmodernas, rayan a veces en lo gratuito y lo irresponsable. Irresponsable, porque parecen decirnos que hemos de luchar y defender ciertos derechos aunque no existan, precisamente por carecer de razón suficiente de su existencia. Nada vale alegar la fiesta o el carnaval del discurso ni la desontologización y hermeneutización o pragmatización de la filosofía, porque (llegamos siempre a lo mismo) los relativismos nunca llegarán a los derechos humanos. Éstos suponen y requieren la superación o sobrepujo del relativismo, y alcanzar algún tipo de universalidad, y algún tipo de necesidad o absolutez. Si no, se hunden en el vacío.

¿Y qué posibles fundamentos filosóficos hay para los derechos humanos? Tradicionalmente, quienes se han dado a la tarea de ofrecer tal fundamento a estos derechos han oscilado entre el iuspositivismo y el iusnaturalismo. Se han propuesto varias posibilidades intermedias, diferentes; pero se ha visto que en definitiva se reducen a alguna de estas posturas clásicas, por carta de más o por carta de menos. El iuspositivismo consiste en fundamentar esos derechos en la sola positivación de los mismos, esto es, en el acto normativo, que los hace formar parte del *corpus* jurídico de un

Estado; así tendrán una fuerza coercitiva que los haga ser cumplidos y respetados. En cambio, el iusnaturalismo sostiene que la fundamentación de esos derechos está más allá de su positivación, en algo previo a ella, y se pone en la naturaleza humana (la cual, a su vez, es entendida de diversas maneras).

III. EL IUSPOSITIVISMO

Muchos partidarios ha ganado el positivismo jurídico, sobre todo por la sencillez y firmeza de su planteamiento. Tiene varias modalidades, pero lo resumiremos lo más posible. No hay derechos humanos hasta que sean puestos como derechos fundamentales en la Constitución de un país, o en una declaración firmada por varios países (por todos, si fuera posible). En algún momento, Bobbio llegó a decir que, desde su positivación en la Declaración de la ONU de 1948, la fundamentación filosófica de los derechos humanos había dejado de ser problema.³ Estaban fundamentados en el consenso y las firmas de los países que la suscribían. Y si se iban descubriendo nuevos derechos humanos, bastaría con que se fueran incorporando a esas legislaciones. No negaremos que es necesaria y urgente la positivación de los derechos humanos, y que vayan creciendo y engrosando las cartas magnas de los diversos países, o en las que acceden a firmar entre varios de ellos.

Sin embargo, no parece que ahí termine el asunto. El peligro que tiene el iuspositivismo es que está en manos del positivador, y puede estar el servicio de un individuo o grupo. Y si viene otro positivador, podrá positivar leyes injustas, o podrá despositivar estos derechos, sin que encontremos algún recurso que oponerle, ni siquiera de tipo moral, que se dirija a la conciencia, como es el de la filosofía. Algunos dirán que esto es un recurso muy magro, y que viene a ser casi un consuelo oponer al tirano, al cancelador o

³ Bobbio, N., “Presente y futuro de los derechos del hombre”, *El problema de la guerra y las vías de la paz*, 2a. ed., Barcelona, Gedisa, 1992, p. 130.

violador de los derechos humanos, una objeción moral y de conciencia de la cual se reirá seguramente. Pero algo es ya tener una autoridad moral, al ser un escrúpulo molesto que no deje en paz las conciencias, como siempre ha sido la labor del filósofo moral. En todo caso, también hemos visto, y con tristeza, que cuando un país viola los derechos humanos, no hay fuerza autorizada para detenerlos, pues, o bien todos fingen que no están obligados a hacerlo, o hay alguno (uno, muy en concreto) que finge estar constituido como el policía del globo terráqueo, y entonces la situación es peor que al inicio.

Muy claramente Bobbio reconoce que el iuspositivismo tiene la falla de dejarnos inermes frente al que cancela o despositiva los derechos humanos.⁴ Por eso se siente uno impulsado a ensayar y pulsar las otras alternativas. Y la otra alternativa es el iusnaturalismo (con varias modalidades, pero que resumiremos al máximo).

IV. EL IUSNATURALISMO

En principio, al iusnaturalismo se le ve el defecto de basarse en algo extrajurídico, a saber: la naturaleza humana. Da la impresión de que los llamados derechos naturales no son derechos, pues sólo es derecho lo que es creado de manera positiva y normativa. En concreto, tales derechos naturales no son como los derechos positivos, que tienen una instancia coercitiva que los haga cumplir. Estos derechos naturales sólo tienen como instancia que los haga valer una coerción moral: la buena conciencia y, en definitiva, la buena voluntad de los seres humanos. Pero eso es difícil de conseguir.

Tales derechos naturales, además de no parecer derechos, tampoco parecen naturales, ya que dicen basarse en la naturaleza

⁴ Cfr. *El positivismo jurídico*, Madrid, Debate, 1993, p. 228, donde habla del iuspositivismo como ideología.

humana, y no parece haber naturalezas, pues desde una postura nominalista o antiesencialista, es desechada. Pero esto podría subsanarse de manera no tan difícil, ya que en la actualidad han vuelto las posturas esencialistas, sobre todo en la filosofía analítica, y los teóricos de la posmodernidad que adoptan el antiesencialismo y el relativismo marchan en retirada, o dan razones tan débiles que no se pueden tomar en cuenta; y si tampoco aceptan razonar (ni dar ni aceptar razones), ellos mismos se excluyen de todo cognitivismo, y se salen del diálogo discursivo o racional.

Pero, aun aceptando que de alguna manera se pueda invocar una naturaleza humana, queda el problema de cuál es la que se va a establecer. Se han propuesto tantas a lo largo de la historia, y tan diferentes, que eso parece acabar con su existencia, es su mejor refutación. Platón, Aristóteles, San Agustín, Santo Tomás, Hobbes, Locke, Hume, Rousseau, etcétera, han tenido las más diversas ideas del hombre. Si se juntaran, de todas saldría un monstruo de contradicciones. Con todo, el disenso acerca de un objeto no implica necesariamente que el objeto no exista. El que no haya acuerdo en moral, y haya tantas escuelas éticas no cancela la posibilidad de que haya filosofía moral. Más bien hay que buscar cuál es la idea de hombre que se puede defender más que las otras, sus rivales. Inclusive se puede pensar en que dos o tres teorías acerca del hombre se acercan y se pueden hacer compatibles, son verdaderas y complementarias; pero por supuesto no todas. Hay que hacer una criba, y atender a lo que la experiencia histórica y la capacidad de abstraer que tiene el hombre le digan aproximadamente lo que es él mismo.

Se puede, pues, postular una naturaleza humana. El contenido que desde Aristóteles se le ha dado es el de animal racional. Y esto parece insuficiente, demasiado formal, ya que tendremos que discutir qué se entiende por racionalidad, qué tiene la razón como contenido material. Sobre todo se ha visto que tiene que ser una racionalidad ética, como han insistido Apel y Habermas. No basta una racionalidad sin más, pues ésta puede tomarse

como razón maquiavélica, o puramente fría y estratégica, interesada e individualista, o instrumental, como llama el discurso habermasiano. Tiene que ser una razón ética, animada por el deseo del bien común, del bien, no sólo individual, sino del de los demás. De otra manera no se podrían garantizar los derechos humanos, como se encargó de señalarlo Ernst Bloch.⁵

Pero, aun cuando se llegue, así, a una naturaleza humana, centrada en la racionalidad (Adela Cortina llama a las posturas de Apel y Habermas “iusnaturalismo procedimental”,⁶ esto es un iusnaturalismo formal o de la razón sola), vemos que necesita ciertos contenidos materiales o axiológicos, no puede ser tan formal. Y aquí viene el impulso hacia la vida, hacia la integridad personal, hacia la procreación, hacia la educación de la prole, y hacia el cultivo del espíritu o cultura. Sólo de esta manera se podrá dar un contenido más explícito y aceptable a lo que se ve como naturaleza del hombre.⁷ Tal vez se tenga que discutir acerca de esos contenidos: la vida, la cultura, etcétera, pero ya será sólo para explicarlas y aclararlas, no para postularlas.

Pues bien, otro reparo u objeción que se hace al iusnaturalismo es que, al basarse en una naturaleza humana, y determinar en ella las necesidades y las aspiraciones del hombre, puede englobar como en un sistema cerrado a los seres humanos, y declarar no hombres a los que no se plieguen a esa definición, por no caber en ella o no aceptarla. Pero esto sólo ocurriría si se mantuviera una idea completamente cerrada y excluyente

⁵ Bloch, E., *Derecho natural y dignidad humana*, Madrid, Aguilar, 1980; Habermas, J., “Derecho natural y revolución”, en el mismo, *Teoría y praxis*, Buenos Aires, Sur, 1966, pp. 59 y ss.

⁶ Cortina, A., “Una teoría de los derechos humanos”, en la misma, *Ética sin moral*, Madrid, Tecnos, 1990, p. 245.

⁷ En esta postulación de un contenido material a la ética, y no sólo una ética formal, coincidimos con Enrique Dussel, que propone la producción y la promoción de la vida. Cfr. Dussel, E., “Ética material, formal y crítica”, *Coloquio de Filosofía* 1997, *Teoría crítica, liberación y diálogo intercultural. Encuentro con Karl-Otto Apel*, México, UIC-UAM, 1997, p. 20.

de la naturaleza humana, no si se tuviera una que no fuera reduccionista, aunque tampoco tan abierta como para que se desdibujen sus contornos. O se puede temer que, por excluir los cambios en la naturaleza humana, no se adapte a las vicisitudes históricas del hombre y sea tan universal que olvide las peculiaridades de los individuos. Tal objeción se puede superar, a condición de que la noción del hombre no se le exija que acepte todo, sin límites; justamente son los límites los que constituyen una definición. Se preguntará: ¿y quién impone esos límites? Se ponen de manera a posteriori, por la experiencia y la reflexión (ni siquiera de manera sintética a priori, como quiere Apel y Habermas). Se atiende a la experiencia que da la historia, la cual ya es bastante, y se extrae por una abstracción reflexiva lo que ella decanta acerca del ser humano. Este es el gran problema que tiene el iusnaturalismo. ¿Cómo seguir siendo iusnaturalistas si admitimos adaptaciones, y cómo seguir siendo justos si no se adapta a los movimientos históricos del hombre?

V. IUSNATURALISMO ANALÓGICO

Para resolver este dilema es que deseamos proponer una clarificación epistemológica y ontológica. Se puede plantear un iusnaturalismo analógico, esto es, que no tenga el univocismo de los iusnaturalistas modernos, sobre todo racionalistas, que son los más temidos y a los que más les cuadran las objeciones que corrientemente se dirigen al iusnaturalismo; pero que tampoco tenga el equivocismo que caracteriza a los relativismos al uso, en los cuales se quieren justificar hasta las perversiones, y donde ya no cabe ni siquiera la noción de derechos humanos.

Un iusnaturalismo analógico tiene una universalidad diferenciada, esto es, trata de no perder la advertencia de las condiciones particularizantes de la situación, de las circunstancias; trata de dar cuenta de las diferencias, de no lastimarlas en lo que sea posible. Con todo, nunca renuncia a universalizar. Guarda y

preserva la suficiente universalidad como para señalar de manera clara qué cosas son moralmente admisibles y qué actos son intrínsecamente malos. No nos espantemos ante esta idea de actos que son moralmente malos en sí mismos. Ciertamente es difícil señalar valores absolutos, pero al menos se pueden señalar maldades absolutas. Un ejemplo que es frecuentísimo en la literatura reciente es el señalado por Adorno: Auschwitz. Y así hay otros más. Un iusnaturalismo analógico escapa a la dispersión y permisividad del equivocismo, pero también evita la homogeneización del univocismo. Esto último lo logra con una aplicación del derecho de manera muy ponderada al caso concreto (es donde intervienen la *phrónesis* y la *epiquía*), pero sigue siendo universal (análogo), porque la idea que se maneja resulta una instancia paradigmática o icónica de lo que debe ser el hombre, esto es, se aplica de manera analógica y dinámica un icono de la naturaleza humana. Por eso es un iusnaturalismo, además de analógico, icónico (en el sentido de Peirce).⁸ Es como lo que Bartolomé de las Casas aplicaba al indígena para reconocerlo como otro, pero buscando los límites de la apropiación; aceptación de la diferencia, pero diferenciada ella misma; reconocimiento de la alteridad, pero en la semejanza.⁹

En relación con la historicidad y la mutación, un iusnaturalismo analógico admite cierta variación o cambio. No ciertamente en esos principios básicos que lo constituyen como núcleo, sino en los principios rectores de la aplicación, esto es, en las cosas que hay que añadir y modular. Pues, en efecto, el derecho natural tiene principios o preceptos que guardan jerarquía. Hay analogicidad entre ellos, esto es, orden de primarios y secundarios. Los preceptos primarios son unos pocos, relativos a las modalidades de la vida y su promoción, a los que ya hemos aludido, y éstos

⁸ Para una amplia exposición del signo icónico en Peirce, *cf.*: Sebeok, T. A., *Signos: una introducción a la semiótica*, Barcelona, Paidós, 1996, pp. 95-106.

⁹ Beuchot, M., *La fundamentación filosófica de los derechos humanos en Bartolomé de las Casas*, Barcelona, Anthropos, 1994, pp. 63 y ss.

no se pueden cambiar ni negociar ni transigir. Pero hay otros que son las concretizaciones de éstos, y ellos sí pueden ser mejorados y adaptados a las circunstancias particulares del momento histórico. Por ejemplo, la calidad de vida exige ahora muchas más cosas que hace dos siglos; pero siempre tendrá como límite aquello que haga al hombre salir de su propio cultivo intelectual, de la cultura que lo identifica como ser racional. La calidad de vida que nos trae la globalización puede no ser lo más deseable para el hombre. Siempre se buscará el bien del individuo humano, que es lo que se intenta al buscar el bien de la especie humana, de la naturaleza misma del hombre.

En todo caso, en tan importante la prudencia y la epiqueya en la aplicación del derecho, que es como si se adaptara a la situación histórica de los propios principios o normas. Es una segunda legislación, por así decir, ya que es muy difícil e importante aplicar el derecho a la situación o circunstancia de una manera adecuada.¹⁰ Sin ello, se cometerá injusticia incluso al aplicar el derecho establecido. Es, otra vez, el principio de la analogicidad, que busca la aplicación no unívoca, sino diferenciada, de los principios y las normas. Cada norma será una invitación a cumplir de manera paradigmática e icónica el bien que se desea alcanzar. En este caso, la persona es la que cumple y aplica (sea como legislado, o como legislador o juez) esas normas y derechos de manera responsable y madura, con las diferenciaciones o distingos que sean del caso; pero nunca de manera equivocista y laxa, de modo que también se venga a cometer injusticia. Esto nos enseña, a su vez, que la misma justicia es analógica; que si queremos aplicarla unívocamente, igualando sin más a todos, esto es, sin atender a sus circunstancias concretas, se cae en la injusticia; y, de manera semejante, si se quiere aplicar equívocamente, con privilegios infundados o con laxitudes solapadoras, también se incurre en lo injusto.

¹⁰ En esta idea de un iusnaturalismo histórico coincidimos con Torre, Rangel, J. A. de la, *Del pensamiento jurídico contemporáneo. Aportaciones críticas*, México, Escuela Libre de Derecho-Miguel Ángel Porrúa, 1992, pp. 197 y ss.

Además, un iusnaturalismo analógico retiene las ventajas del positivismo como método, a saber: la búsqueda de una instancia coercitiva que mediante la positivación haga cumplir los derechos humanos. Pero trata de evitar el exceso en el que puede incurrir el positivismo, a saber: el imponer una ley injusta. Sólo podrá cumplirse cuando el desobedecerla traiga mayores males, y entablando o siguiendo un proceso en el que se la critique y se busque su cambio o derogación.

VI. ALGUNOS ARGUMENTOS A FAVOR DEL IUSNATURALISMO ANALÓGICO

Igualmente, podemos caracterizar nuestro iusnaturalismo analógico (e icónico) por lo que respecta a la función o los efectos que produce en el Estado o en la ley. A eso nos ayuda Bobbio, quien habla del iusnaturalismo y del iuspositivismo viéndolos a ambos bajo dos aspectos: como método y como ideología (entendiendo “ideología” como doctrina iusfilosófica sustancial); lo más interesante es verlos como ideologías, y así es como Bobbio los ve. Bajo esa perspectiva, resultan cuatro modalidades de los mismos, dos extremas y dos medias. Así, la ideología iuspositivista extrema dice que las leyes deben ser obedecidas en cuanto tales porque son justas, esto es, aunque se muestren injustas (obediencia activa); la ideología iuspositivista moderada dice que las leyes deben ser obedecidas porque la legalidad, por sí misma, garantiza el valor del derecho en el orden y la paz (obediencia condicionada); la ideología iusnaturalista extrema dice que las leyes deben ser obedecidas en la medida en que sean justas, además de válidas, y cuando no lo son se las puede desobedecer (desobediencia activa); la ideología iusnaturalista moderada dice que las leyes deben ser obedecidas aun cuando sean injustas, salvo en caso extremo (desobediencia condicionada u obediencia pasiva).

Mientras que las dos posturas extremas son opuestas, las moderadas son convergentes, y tienden a resaltar el valor de la le-

gualidad.¹¹ Como puede verse, nuestro iusnaturalismo analógico-icónico coincide con el iusnaturalismo moderado de Bobbio, el cual puede compatibilizarse —como cree él mismo— con el iuspositivismo moderado, que pone como prioritarios el orden y la paz. De acuerdo con ello, a ese iuspositivismo moderado, que busca el orden y la paz, puede corresponderle un iusnaturalismo moderado, según el cual una ley injusta puede ser desobedecida, pero sólo en el caso de que esa desobediencia no lleve a una situación peor que la que se produciría en caso de atenerse a ella; esto es, cuando lleve a romper ese orden y esa paz que se procuran. También puede verse que la ética o moral está presente y actuante junto al derecho, pues precisamente una ley injusta lo es de acuerdo con una moral; esto es, se toma como una ley inmoral, y por eso debe ser señalada y combatida. Pero la misma ética o moral obliga a no oponerse a esa ley cuando el orden y la paz van a sufrir con ello mayor detrimento.

El propio Bobbio dice que el iusnaturalismo ha sido visto como una iusfilosofía de acuerdo con la cual el derecho surge de la razón (*ex imperio rationis*),¹² en tanto que de acuerdo con el iuspositivismo el derecho surge de la voluntad (*ex ratione imperii*).¹³ No se puede negar que éste es el cambio que se dio con el nominalismo y la modernidad: para Santo Tomás la ley surge de la razón del legislador, en tanto que para los ockhamistas o nominalistas (medievales y modernos) surge de su voluntad. Así, el iusnaturalismo resalta la razón, y el positivismo la voluntad. El peligro en el primero es restar eficacia a la ley, y el peligro del segundo es que la ley pueda ser arbitraria y hasta atrabiliaria. Pero se puede evitar esto último sin perder las ventajas de lo primero, a saber: postulando un derecho basado en la razón y en la justicia que sea efectivo.

¹¹ Bobbio, N., *El problema del positivismo jurídico*, México, Fontamara, 1991, pp. 79 y 80.

¹² Por el imperio de la razón.

¹³ Por la razón del imperio.

Pero también tiene razón el mismo Bobbio cuando dice que, a pesar de que se ha querido ver al iusnaturalismo como el defensor de la razón y la justicia en contra de los poderes del Estado en vistas a evitar los absolutismos, históricamente no siempre ha sido así; y que, a pesar de que se ha querido ver al iuspositivismo como exaltador de los poderes del Estado, no siempre ha sido de esa manera. Por ello, lo que le parece mejor es buscar la coincidencia —lo cual nos parece bien, en el espíritu de Nicolás de Cusa— de estos dos opuestos en sus formas moderadas, a las que ya hemos mencionado. De él mismo dice:

Creo que el modo más prudente de responder a la pregunta acerca de si cierto autor es iusnaturalista o positivista, es decir, con un gesto de cautela... “depende”. Depende del punto de vista en el cual uno se coloca para juzgarlo. Puede suceder que sea positivista desde un cierto punto de vista y iusnaturalista desde otro. En la medida en que sea útil, pongo como ejemplo mi caso personal: ente el enfrentamiento de las ideologías, donde no es posible ninguna tergiversación, soy iusnaturalista; con respecto al método soy, con igual convicción, positivista; en o que se refiere, finalmente, a la teoría del derecho, no soy ni lo uno ni lo otro.¹⁴

Nos parece bien esta prudencia que Bobbio aconseja, para conjuntar en uno los aspectos más aprovechables del iuspositivismo y del iusnaturalismo. Por eso proponemos un iusnaturalismo analógico. Ciertamente es un iusnaturalismo, pero no incurre en las dificultades que se le atribuyen; en efecto, no ve como sistema cerrado la naturaleza humana, pues desde su analogicidad procurará ser atento a las diferencias entre los hombres; ni tampoco quita la normatividad, pues aunque exige la ley justa, no privará de obediencia a la ley injusta más que en los casos extremos, y cuando el desobedecer no sea peor que el obedecer; ni se cegará ante el proceso de la historia, pues con la prudencia y la epiqueya tendrá que ser muy cuidadoso de las circunstancias históricas o con la situación concreta.

¹⁴ Bobbio, N., *op. cit.*, p. 89.

Este iusnaturalismo analógico-icónico entrará en lo que Bobbio ha denominado iusnaturalismo moderado o mitigado, que integra los beneficios del iuspositivismo también moderado, pues desea la positivación de los más derechos humanos que se pueda. Este iusnaturalismo analógico ve al derecho natural como un conjunto de principios y normas de tipo más bien ético y moral; esto es, no como una ley en el sentido coercitivo, de que tenga un órgano punitivo, sino en el sentido moral o directivo, de que tiene capacidad para aludir a la razón y a la conciencia de los hombres. En este sentido, parece acercarse también a la idea de derechos morales (*moral rights*) de algunos teóricos pertenecientes a la filosofía analítica, como Ronald Dworkin, Eusebio Fernández y Carlos Santiago Nino. Para estos autores, tales derechos son independientes de su positivación, aunque estén positivados, y tienen más fuerza moral que coercitiva o propiamente jurídica. Por eso estos derechos morales han sido considerados como derechos naturales por sus críticos iuspositivistas. De hecho, Javier Muguerza ha llamado iusnaturalista velado a Eusebio Fernández, y lo mismo ha hecho Roberto Vernengo con Carlos Santiago Nino.¹⁵

VII. CONCLUSIÓN

Como conclusión, podemos decir que hemos abordado un dilema moral, ya que es el lado moral de los derechos humanos, a saber: el de su fundamentación filosófica, que es moral, más que filosófico-jurídico. El dilema que se presenta es el de fundarlos en el iusnaturalismo (con sus inconvenientes) o en el iuspositivismo (con sus inconvenientes). Hemos tratado de abordar el dilema superándolo mediante la adición de una alternativa viable, como era la

¹⁵ Muguerza, J., “La alternativa del disenso (en torno a la fundamentación ética de los derechos humanos)”, en Muguerza, J. *et al.*, *El fundamento de los derechos humanos*, Madrid, Debate, 1989, p. 25; Vernengo, R. J., “Los derechos humanos y sus fundamentos éticos”, en *ibidem*, p. 339.

costumbre y la ley en los antiguos lógicos: entre un dilema o *cornuto* —como se llamaba al silogismo que lo contenía, pues eran como dos cuernos las dos alternativas del dilema— había que romper uno de los cuernos, partirlo en dos presentando una nueva alternativa, la cual no se veía, por lo reduccionista del planteamiento originario. Así, entre esos dos cuernos extremos y amenazadores, se trata de saltar, a la torera, la embestida asesina partiendo el cuerno más débil, el del iusnaturalismo, y añadiendo a partir de él una alternativa nueva, la del iusnaturalismo analógico, que permita salvarse de la cornada que se avecinaba. Esperamos haberlo logrado.

En síntesis, nos hemos planteado el dilema moral de fundamentar los derechos humanos en el iusnaturalismo (con el riesgo de anquilosarlos, estratificarlos, endurecerlos; en suma, por imponer una definición del hombre que parece cerrarlos) o en el iuspositivismo (con el riesgo de dejarlos tan abiertos que quedarían a merced del tirano, el que podrá cambiarlos a su antojo o aun cancelarlos, pues lo que únicamente se basa en su positivación carece de sustento cuando se procede a despositivarlos). Hemos intentado resolver este dilema moral escapándonos de esas dos alternativas, y planteando otra, que fue nuestra propuesta. Una postura en la que el fundamento es la naturaleza humana, pero entendida no unívocamente, sino de manera analógica; esto es, dando cabida a lo particular, a lo histórico, al cambio, pero no en lo fundamental, sino por la atención cuidadosa a las contingencias de su aplicación, de modo que intervenga la *epiqueya*, o diferenciación en el cumplimiento de los derechos y leyes, y la *phrónesis* o prudencia que ve lo universal en lo particular, de modo que se llegue a una jurisprudencia de los derechos humanos, pero sin renunciar a su universalidad y firmeza.