

Cuestiones básicas para la fundamentación de los valores jurídicos

Por JOAQUIN HERRERA FLORES

Sevilla

SUMARIO: I. Introducción.—II. Fundamentalismo «versus» Fundamentación.—III. Radicalidad y suficiencia en la fundamentación de los valores.—IV. Delimitación y clarificaciones de la estructura formal de la fundamentación.—V. Conclusiones.

I. INTRODUCCION

Desde hace algunos años y dentro de nuestro ámbito doctrinal, se viene asistiendo a una doble tendencia en el estudio de los valores jurídicos. Por un lado, se han publicado investigaciones dirigidas a concretar el fundamento, o los fundamentos posibles de nuestra tabla de valores jurídicos y, en un sentido más general, del conjunto de derechos humanos como valores más abstractos, y, por ello mismo, de mayor grado de universalización. Pero por otro lado, también han salido a la palestra opiniones y trabajos que parten de la base de que dichos esfuerzos fundamentadores o no conducen a nada positivo, o bien confunden más que aclaran el objeto de su estudio.

Pensamos que esta polémica puede encontrar una vía de solución afrontando una serie de cuestiones previas que incidan directamente sobre el significado que se le puede otorgar en el presente al concepto de fundamentación, y sobre la estructura formal que dicha fundamentación debe tomar como base procedimental de su desarrollo material. Las líneas que siguen van dirigidas a analizar tres de estas cuestiones básicas y previas a todo esfuerzo fundamentador. Si se consigue un acuerdo mínimo sobre las mismas, la crítica a las diferentes fundamentaciones aportadas por la teoría jurídica, podría centrarse con más solidez en los contenidos precisos que se ofrezcan. Que la fundamentación sea un tema de «nunca acabar», o una «obsesión colectiva», no proyecta sombra sobre los esfuerzos que se plantean tal tarea; más bien, denota la preocupación de nuestra filosofía jurídica por problematizar y reactualizar categorías teóricas y normativas con tendencia secular al enquistamiento.

Hemos elegido tres de estas cuestiones. Podrían añadirse otras o postularse alternativas a las dadas. El problema está abierto puesto que a lo más que puede llegarse es a una teorización incompleta, aproximada y revisable. Un principio de acuerdo en la comunidad de investigadores sólo puede construirse sobre los pilares de la «reciprocidad» o comprensión mutua y la «autocorregibilidad». En el espíritu de estas dos pautas es como deseamos sean leídas las argumentaciones que siguen.

II. FUNDAMENTALISMO «VERSUS» FUNDAMENTACION

En su intento de superar a Platón y a Kant, Hegel procuró, en todo momento de su producción, la unificación de la Verdad con la idea del Bien; en la *Ciencia de la lógica*, llegó a afirmar que éste último «es superior a la idea del conocer ya considerado, pues no sólo tiene la dignidad de lo universal, sino también la de lo *absolutamente real*» (1). Pasando por alto las diferentes lecturas que sugiere esta obra de Hegel, topamos aquí con un elemento que sobrevuela el pensamiento actual cuando se enfrenta con los valores jurídicos y sociales: el deslizamiento hacia posiciones absolutistas, en las que la multiplicidad de lo real se reduce, o se intenta reducir a un único factor que se introduce arbitraria o ideológicamente y se lo eleva a criterio último desde el que esa misma realidad es valorada *a posteriori*. Este deslizamiento absolutista no es algo que aparezca en la filosofía moderna, sino es un elemento que impregna toda la filosofía tradicional apegada a un sistema de categorías que propugna una fundamentación circular y cerrada sobre sí misma. Para Althusser ese sistema clásico puede describirse en función de los conceptos de «origen», «sujeto», «objeto», «verdad», «fin» y «fundamento», y su circularidad viene dada en cuanto que generalizando «... el Fundamento es que la ordenación del sujeto y del objeto sea el origen teleológico de toda verdad» (2). Argumentación circular o hipostatización de conceptos que han conducido por un lado a que se hable de «la manía fundamentadora del pensamiento» que intenta por todos los medios reducir lo real a un único factor determinante de los demás elementos que lo componen (3); y por otro ha provocado el surgimiento de posiciones *escépticas* que niegan toda posible

(1) G. W. F. HEGEL, *Ciencia de la lógica* (traducción de A. y R. Mondoejo), Librería Hachette, S. A., Buenos Aires, 1956, t. II, pág. 551.

(2) L. ALTHUSSER, «Sobre la relación de Marx con Hegel» en VV.AA. *Hegel y el pensamiento moderno*, (seminario dirigido por Jean Hyppolite), ed. a cargo de Jacques D'Hont, (traducción de Ramón Salvat), Siglo XXI, edit., México, 1975, pág. 105.

(3) Esta «manía fundamentadora» ha sido puesta de relieve por Elías Canetti, en su obra *Masa y Poder*, (traducción del alemán por Horst Vogel), Muchnik editores, Barcelona, 1981, pág. 449, «...hay que remitirse a una manía de *causalidad* que se coloca como fin en sí y que en este grado no se da sino en los filósofos. Nada sucede sin causa, basta preguntarse por ella. Siempre se encuentra una causa. Todo lo desconocido se reduce a algo conocido. Lo extraño que se acerca es desenmascarado como una propiedad secreta. Tras la máscara de lo nuevo siempre hay algo viejo, sólo debe calársela sin ningún temor y arrancarla. El *fundamentar* se hace pasión que se ejerce en todo».

fundamentación al haberse perdido la posibilidad de bases últimas y ciertas: posiciones *pragmáticas* que repudian la necesidad de fundamentar los principios básicos del obrar humano en busca de fundamentos parciales que antepongan la efectiva realización de aquéllos a su basamento en algún principio inescrutable y/o inmutable.

Sin embargo, tanto una posición como la otra no se libran del deslizamiento de que hablamos; la una por su deseo de dogma, la otra al establecer una dicotomía entre lo empírico y lo teórico que la impulsa a absolutizar alguno de dichos factores. Lukács ha puesto de relieve esta idea al manifestar cómo la eficacia práctica no está reñida, de ninguna de las maneras, con la elaboración teórica de la fundamentación. Lukács retoma al joven Hegel y le hace decir, en un contexto distinto al original (*Fe y saber*), que la dicotomía entre el concepto y lo real conduce inevitablemente al absolutismo, ya que «la unidad y la multiplicidad se contraponen... como abstracciones, con lo que los contrapuestos tienen ambos, uno frente a otro, las dos caras de la positividad y la negatividad, de tal modo que lo empírico (lo eficaz para nuestra argumentación) es a la vez un algo absoluto para el concepto (la fundamentación), y al mismo tiempo la nada absoluta» (4).

Es precisamente desde la denuncia contra el absolutismo con la que comenzábamos este epígrafe y desde las inconsecuencias de estas posiciones escépticas y pragmáticas, como hay que reactualizar, a nuestro entender, la problemática de la fundamentación de los valores; parcela teórica que, en palabras del profesor Peces Barba, necesita cada vez más de «un esfuerzo de reflexión serio» (5), debido a la omnipresencia de sus postulados en todo acercamiento al estudio de los valores jurídicos fundamentales (6). Esta omnipresencia se debe, sobre todo, a que es una tarea sin un final predeterminado; más bien es su continuo hacerse el que, según V. Frosini, «... asume los caracteres estructurales necesarios tan pronto como éstos emergen de la experiencia en que aquélla —la búsqueda en este caso del concepto del derecho— se sustancia» (7). Del mismo modo la motivación que impulsa a penetrar en este campo abierto de posibilidades, reside en la superación de posiciones como las de un Schopenhauer cuando exclamaba que «predicar moralidad es difícil; darle una justificación intelectual es imposible» (8), o de un Gustav Mahler cuando afirmaba «¡cuán oscuro es el fundamento sobre el que descansa nuestra vida!.. ¿Revelará

(4) G. LUKÁCS, «Contra el individualismo abstracto en la ética» en su obra *El joven Hegel y los problemas de la sociedad capitalista*, (traducción de Manuel Sacristán), Grijalbo, Barcelona, 1976, pág. 287.

(5) G. PECES-BARBA, «Los derechos fundamentales en el pensamiento español», en *Anuario de derecho humanos*, 1, 1981, pág. 236.

(6) G. PECES-BARBA, *op. cit.*, págs. 251-252, donde se dice textualmente que este estudio se ha convertido en «un tema permanente... de nunca acabar».

(7) V. FROSINI, *La Struttura del diritto*, edición castellana a cargo de A. E. Pérez Luño, bajo el título de *La estructura del derecho*, Publicaciones del Real Colegio de España, Bolonia, 1974, pág. 65.

(8) Frase citada por A. JANIK y S. E. TOULMIN, *La Viena de Wittgenstein*, (traducción de Ignacio Gómez de Liaño), Taurus, Madrid, 1974, pág. 245.

por fin la muerte su significado?.. (9) y, asimismo, las afirmaciones de un Kalinowski (10), de A. Fridolin Utz (11) o, incluso, de un Goethe (12) en cuanto que tienden a posiciones irracionalistas que ocultan el sentido del *problema de la fundamentación*, que en palabras de G. Lukács, refiriéndose al movimiento por la paz de los años cincuenta, no es más que un empeño, una *apuesta en favor de la razón* (13).

Es preciso afirmar, asimismo, que los planteamientos filosóficos que influyen directamente en los desarrollos del pensamiento actual, no han podido librarse de la recaída en absolutismos. Por ejemplo, en el ámbito fenomenológico la «intencionalidad» dejaba de entenderse como una imagen de la proyección de la mente y sus producciones hacia los objetos, para convertirse en algo válido y existente por sí mismo como ámbito en donde cabría la única realidad verificable. Por otro lado, en el pensamiento de un Lévi-Strauss se va produciendo un decantamiento, posterior a la publicación de *Las Estructuras*, en el que la fundamentación ontologicista y absolutista predomina sobre la operatividad de su concepción de estructura, y ello en favor de un entendimiento de la existencia de una gramática profunda universal que, en palabras de Rosiello, «regularía las relaciones (sociales, culturales, lingüísticas, etc.), entre los hombres y que sólo a través de la adecuación de los métodos a las *categorías universales y reales del espíritu humano* puede ser desvelada y racionalizada...» (14).

Si Adorno denunció hace décadas el absolutismo idealista de la identidad empeñado en encontrar principios primarios que redujesen a una unidad lo múltiple o desde los que se derivase la pluralidad de lo real (15), podemos ver como *el fundamentalismo* —rótulo bajo el cual englobamos todas las perspectivas absolutistas en estas materias— se adhiere a casi todas las direcciones filosóficas que imperan en nuestro ámbito cultural. En este sentido no hay que olvidar las posiciones «semánticas» de Carnap y del neopositivismo lógico para los que el

(9) *Ibidem*, op. cit., pág. 137.

(10) Autor que en su «*Essay sur le caractère ontique du Droit*» publicado en la *Revue de l'Université d'Ottawa*, 34, 1964, afirma que «un giudizio e vero o falso secondo la sua conformità alla realtà deontologica, cha ha il suo centro in Dio», citado por R. BOZZI, *La Fondazione metafisica del diritto in Georges Kalinowki*, edit. Jovene, Nápoles, 1981, pág. 59.

(11) El cual en su *Ética Social*, afirma algo que puede entenderse claramente ejemplificativo de lo que intentamos denunciar, al decir que «la norma fundamental es aquella en la que coincide la absoluta eficacia con la absoluta justicia, como orden proveniente de la creación», (Herder, Barcelona, 1965, vol. II, págs. 84 y sigs.).

(12) Afirmando que «Hasta personas inteligentes no se dan cuenta de que se empeñan en explicar las experiencias fundamentales, que deberían aceptarse sin más» recogido en *Aus Makarien Archiv*, citado por H. NOHL, *Introducción a la Ética. Las experiencias éticas fundamentales*, (traducción de Mariana Frenk), F.C.E., México, 1981, pág. 28.

(13) G. LUKÁCS, *El Asalto a la Razón. La trayectoria del irracionalismo desde Schelling hasta Hüler*, (traducción de W. Rocés), Grijalbo, Barcelona, 1976, pág. 688.

(14) Citado por L. GEYMONAT, *Historia del pensamiento filosófico y científico*, Ariel, Barcelona, 1984, vol. I, Siglo XX, pág. 427.

(15) Ideas y reflexiones que se encuentran plasmadas en su obra *Terminología filosófica*, Taurus, Madrid, 1976, t. I, pág. 42 y t. II, pág. 63.

«marco lingüístico de referencia» se absolutiza como el único momento desde el que puede considerarse admisible la formulación de preguntas y desde donde únicamente cabe responderlas adecuadamente, por lo que de la identidad pensamiento objeto del idealismo denunciado por Adorno, pasamos a la identidad lenguaje y/o término lingüístico-realidad (16). Fundamentalismo que, de la mano de Kant, ha influido poderosamente en la teoría jurídica al considerarse el derecho positivo como condición de la moralidad, y como fundamento de la posibilidad de efectiva realización de un fin que se convierte para toda persona en un fin absoluto —goal-rationality— en cuanto que viene considerado como una consecuencia necesaria de nuestras características racionales y éticas. De este modo, como ha puesto de relieve González Vicen, «... el concepto de derecho positivo queda inserto en el ámbito del «reino de los fines» y dotado de una *justificación ética formal incondicionada*» (17); cuando en puridad puede observarse que no existen realidades jurídicas absolutas, y si existiesen dejarían de ser realidades e incluso postulados reguladores, ya que no tienen otro contenido que el ofrecido por la propia experiencia del derecho en sí mismo y en imbricación constante con la realidad que conforma lo que se ha denominado su «dintorno» (18).

Sin embargo, aún persisten los intentos fundamentalistas por afianzarse en el análisis de los valores y con especial incidencia en el campo de los derechos humanos. Ejemplo de ello lo encontramos en el ensayo de A. G. M. van Melsen «Science and the Foundation of Human Rights», en el que se pretende ofrecer una vía de fundamentación que entienda a los derechos humanos por encima de las diferencias ideológicas, políticas, filosóficas o religiosas del momento en cuestión. Fundamento absoluto que viene entendido no de un modo metafísico ni teológico, sino desde un fuerte componente metodológico al partir de la relación existente entre la evolución de la ciencia y la conciencia, cada vez más clara de la existencia de algo tan abstracto —si no se especifica con claridad— como es la idea de «humanidad». Para van Melsen «the fact that modern society requires the practising of fundamental rights of a more or less absolute character (i. e.: transgressing the respective nations, ideologies, religions, etc.) has been the result of scientific and technological achievements which have shown the reality of the unity of mankind» (19). Para este autor, el pensamiento filosófico no puede abandonar la idea de un fundamento absoluto de los derechos humanos, materializable en esa colaboración ciencia-filo-

(16) Cfr. RUDOLF CARNAP, «Empiricism, Semantics and Ontology», en *Revue internationale de Philosophie*, 4, 1950, págs. 20-40.

(17) F. GONZÁLEZ VICEN, «Introducción» a la obra de I. KANT, *Introducción a la teoría del derecho*, traducción al castellano de González Vicen, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1978, págs. 28-29.

(18) A. E. PÉREZ LUÑO, *Lecciones de filosofía del derecho*, Minerva, Sevilla, 1983, pág. 39.

(19) A. G. M. VAN MELSEN, «Science and the Foundation of Human Rights» en VV.AA. *Le fondement des droits de l'homme*, Actes des Entretiens de l'Acquila, (14-19 de septiembre de 1964), La Nuove Italia, Firenze, 1966, pág. 84.

sófia que confluye en una concepción, tan abierta como indeterminada, de la naturaleza humana la cual no consistiría *más* que en «the tension between what man in and what he should be» (20).

Sea como fuere, y provengan de donde provengan, los fundamentalismos pueden ser reconducidos a dos grandes perspectivas englobantes del problema que nos ocupa: o bien intentan contener en sí mismas todas las realidades, o bien vienen a considerarse como modos originarios de las mismas, sin que quepan condiciones ni límites y sean reconocidos como dados en sí mismos de un modo necesario e infalible. Todo lo cual conduce a la reificación de los conceptos, es decir, a que se les atribuya realidad a los términos abstractos y generales lo que, en términos de Mach y Avenarius, no producirá más que un conjunto indecible de «monstruos conceptuales» (21). Nuestra concepción de la racionalidad crítica del derecho natural como método nos impulsa a rechazar todo tipo de fundamentalismo, ya sea al estilo trascendentalista o relativista-psicológico. Si partimos de un método de acercamiento a los valores que los considera, de principio, conectados con los hechos de la experiencia que se dan como necesidades fundamentales, y consideramos la ley natural como la mera expresión del impulso de cambio y constante crítica de los presupuestos teóricos, tanto el psicologismo sensualista como la filosofía de la identidad se nos aparecen como intentos absolutistas de reducir a principios unívocos la multiplicidad de nuestro objeto de estudio.

Para Agnes Heller esos intentos reduccionistas y absolutistas muestran claramente cómo el «fundamentalismo vuelve a aparecer... (afectando) a todas las relaciones humanas. Los fundamentalistas quieren determinar, regular y controlar todas nuestras manifestaciones vitales: de la alcoba a la corte de justicia, de la educación a nuestras opciones sociales y políticas» (22). Si se pretende huir de lo que Hegel denominó «la tragedia en lo ético» (23) habrá que buscar el fundamento concreto de las objetivaciones culturales en ese conjunto de contradiccio-

(20) *Ibidem*, *op cit.*, pág. 85. Esta idea de la humanidad en abstracto es la que influye en la consideración peyorativa que se entresaca de la teorización marxista acerca de los derechos humanos. Como afirma Istvan Mészáros, «The Human rights of Liberty, Fraternity and Equality are therefore problematical, according to Marx, not in and by themselves, but in the context in which they originate as abstract and unrealisable ideal postulates, set against the disconcerting reality of the society of selfseeking individuals», en «Marxism and human rights» incluido en A. D. FALCONER (ed.), *Understanding Human Rights*, Irish School of Ecumenics, Dublín, 1980, pág. 50. Por lo que la postura crítica del marxismo proviene más de las abstracciones y racionalizaciones prefabricadas, que parten de y se dirigen a una humanidad etérea, que en definitiva lo que hace es favorecer, según Mészáros «...the prevailing structures of inequality and domination». En el mismo sentido consúltese la obra de M. CORNFORD, *The Open Philosophy and the Open Society*, Lawrence & Wishart, Londres, 1968, parte III.

(21) F. MAUTHNER, *Wörterbuch der Philosophie: Neue Beiträge zu einer Kritik der Sprache*, (1901), citado por JANIK y TOULMIN, *La Viena de Wittgenstein*, *op. cit.*, págs. 157-158.

(22) A. HELLER, «Ilustración contra fundamentalismo. El caso Lessing», en *Crítica de la Ilustración. Las antinomias morales de la razón* (traducción de G. Muñoz y J. I. López Soria), Península, Barcelona, 1984, pág. 6.

(23) G. W. F. HEGEL, *Sobre los modos de tratamiento científico del derecho natural*, Aguilar, Madrid, 1979.

nes reales. Observa Lukács como, por ejemplo, un Balzac o un Ricardo asumían las contradicciones de su época y construían sus elaboraciones sobre ellas, pero con el «handicap» de que «la contradictoriedad misma no les llega a conciencia en tanto que fundamento de la existencia objetiva» (24). Esto conduce irremediablemente a la conciencia trágica de la imposibilidad de superación, que también aparece en Hegel, si no como asunción acrítica de esas contradicciones, sí como mistificación de las mismas en falsa conciencia al ser remitidas a una concepción absolutista de lo real (25). Falsa conciencia que puede inducir al pensador o al teórico de los valores a confundir la realidad con el deseo y auspiciar, al menos ideológica y encubridoramente, la existencia de una unidad, por lo demás incierta, del género humano, lindando con posiciones irracionalistas. Ejemplo de esto lo encontramos en la crítica de Lukács al filósofo del derecho del nazismo Carl Schmitt, el cual mostrando claramente su antiparlamentarismo afirmaba que el único «... método (legítimo) de la formación de una voluntad por la simple comprobación de la mayoría tiene un sentido y una eficacia cuando se pueda partir —y aquí se muestra la mistificación ideológica irracionalista— de la homogeneidad sustancial de todo el pueblo» (26), y que en términos éticos, aunque desde otras perspectivas políticas y filosóficas, Kurt Baier auspiciaba, huyendo de esa contradictoriedad y multiplicidad, mediante la argumentación desde «el punto de vista moral» (27) donde relativismo y agnosticismo lindan peligrosamente con posiciones absolutistas y dogmáticas.

Ahora bien, el hecho de la conciencia de esa pluralidad de determinaciones sociales y objetivaciones culturales de todo tipo, no implica de ningún modo el rechazo a posiciones humanistas que tienden a fundamentar de una manera o de otra dichas relaciones sociales y productos culturales. Lo importante no es rechazar la tarea fundadora sino, obviando todo absolutismo, acercarse al problema tal y como se hacía desde los presupuestos del pensamiento ilustrado, es decir, preconizando «una satisfacción no deformada, no fundamentalista, de las necesidades (humanas) que se manifiestan en el fundamentalismo» (28). Intentar fundamental la moral en principios generales es aceptar que sólo hay una moral que los posea; hacer referencia al

(24) G. LUKÁCS, «Fundamentación y defensa del idealismo objetivo», en *El joven Hegel y los problemas de la sociedad capitalista*, (traducción de M. Sacristán), Grijalbo, México, 1975, pág. 393.

(25) Lo cual no quita que en esa elaboración hegeliana se exprese «su proximidad a la realidad concreta de su época, su profundo conocimiento de la vida real de la sociedad humana, su esfuerzo por descubrir las contradicciones del progreso en los puntos en que su verdadero campo de batalla está en la vida económica de los hombres», en «La tragedia en lo ético», ensayo de G. LUKÁCS, contenido en *El joven Hegel, op. cit.*, pág. 393.

(26) G. LUKÁCS, «La sociología alemana del período imperialista: Spann, Freyer, Carl Schmitt», en *El Asalto a la Razón, op. cit.*, pág. 591.

(27) K. BAIER, *The Moral Point of View: A Rational Basis of Ethics*, Cornell University Press, Nueva York, 1958.

(28) A. HELLER, «Ilustración contra fundamentalismo. El caso Lessing», en *Crítica de la Ilustración, op. cit.*, pág. 6.

conjunto de necesidades y valores que se encuentran en la base de la fundamentación, conlleva el reconocimiento de la pluralidad y diversidad de los mismos en función de los diferentes contextos en que aparecen y en los que encuentran su posibilidad de satisfacción, es decir, en el contexto de los diferentes campos institucionales desde los que surgen reglas con poder normativo dentro del marco donde se desarrolla la vida y actividad de las personas. Como afirma Agnes Heller, si «una persona (cualquier persona) realiza acciones en diferentes marcos institucionales, la persona se enfrenta a normas de acción divergentes y con frecuencia contradictorias» (29), con lo que se ve claramente la imposibilidad de fundamentar de un modo absoluto ninguna regla normativa del tipo que sea sin caer en la mistificación o hipostatización de los términos empleados.

Basar, pues, la tarea de la fundamentación en las necesidades humanas y los valores sociales, es reconocer la pluralidad de concepciones de la verdad y, por ende, de la moral, que se contraponen en la sociedad contemporánea. Cada uno de los paradigmas morales tienen principios o ideas generales que se sostienen en sus respectivas concepciones del mundo y del hombre y que se oponen a los principios e ideas de los otros conjuntos normativos en busca de la universalización de sus presupuestos. Hablar, pues, de principios universalmente válidos de la moral es hacerlo partiendo de dos elementos que inducen a confusiones tanto teóricas como prácticas: no puede haber principios universalmente válidos en cuanto que no hay una moral, sino diferentes morales en conflicto, influyendo, con ello, tanto en el progreso como en el cambio social. Tras las experiencias dramáticas del siglo XX, ya no es posible enfrascarse en disquisiciones acerca de lo que sea verdad de una vez por todas. Uno de los más fecundos representantes de la sofística, Protágoras de Abdera, discerniendo sobre el análisis de lo ético, afirmaba que no se trata de ver en él si una opinión ética es verdadera o es falsa, sino de si una opinión es más sensata, es decir, más útil o ventajosa que otra (30). Aparte de las consideracio-

(29) A. HELLER, «Marx y la modernidad», *op. cit.*, pág. 14.

(30) Vid. F. COPLESTON, *Historia de la filosofía*, Ariel, Barcelona, 1978, t. I, pág. 102. Como afirma Ferrater Mora «...tal relativismo no significa para él (Protágoras) la negación de toda verdad, sino más bien de toda falsedad, lo que es afirmado en el momento tomando como medida al hombre que lo juzga, es siempre verdadero. Así la crítica relativista y a la vez absolutista de Protágoras se dirigía, desde un punto de vista sensualista, *contra todos los que pretendían verdades invariables y universales*» (s Brayado nuestro), voz «Protágoras», *Diccionario de Filosofía*, t. III; con lo que, aparte las derivaciones conservadoras del sofista y sus oposiciones-relaciones con Platón, Protágoras se muestra como uno de los primeros filósofos, dentro del ámbito occidental, en captar la contradictoriedad de lo real y establecer desde ella los fundamentos precisos de una teoría de la verdad; tal y como afirma Gustavo Bueno en su novedosa «Introducción» al *Protágoras* de Platón (ed. bilingüe, traducción del griego por J. Velarde Lombráña, El Basilisco, Pentalfa Ediciones, Oviedo, 1980), «supuestos ya constituidos los campos de estas ideas (Hombre y Cultura) —supuesto ya constituido el hombre en sus múltiples culturas (contradictorias entre sí: griegos, bárbaros)—, se abre, sin duda, una inmensa red de relaciones problemáticas en su mayor parte entre los momentos más diversos de esos campos», pág. 31. Planteamiento que muestra la operatividad de la con-

nes a que nos llevaría un análisis más profundo de lo que en realidad quería decir el sofista, la idea es adecuada para mostrar que todo análisis filosófico que se ocupe de los valores éticos (entendidos en este momento como principios plasmadores o conformadores de la praxis) no es más o menos verdadero que otro, sino que, con Althusser podremos decir, que es más o menos correcto en la praxis histórica (31).

«No sabemos, ciertamente, qué es la verdad, pero podemos, no obstante, por servirnos de la formulación hegeliana, *estar en la verdad*» (32). Paso éste con el que nos acercamos al objetivo, a la necesidad de la fundamentación. No podemos empeñarnos en saber o afirmar la verdad universal, pero sí podemos empeñarnos en encontrar el *procedimiento* adecuado que posibilite a todos el estar en la verdad: *posibilidad, por un lado, de aplicar racionalmente los propios principios, y, por otro, apertura hacia los demás, hacia el conjunto de necesidades y aspiraciones de los otros, con lo que ello conlleva de reconocimiento de sus derechos de satisfacción de las mismas.*

Por todo ello la crítica al fundamentalismo no puede desviarnos del camino de la fundamentación. Un abandono radical de esta tarea puede conducirnos a las vías muertas de, por ejemplo, un elitismo ilustrado en el que prime la imputación de las necesidades, o lo que es lo mismo, atribución desde posiciones absolutas de interés, conciencia, deseos, ideas, etc., y, en segundo lugar, a una relativización excesiva de las verdades, lo cual sólo puede ofrecer una solución allí donde el discurso afecta a quienes ya se han liberado.

En nuestro grado de desarrollo no hay panaceas absolutas que puedan provenir de alguna teoría trascendente; por ello, para Kostas Axelos «en una era en la que cada vez más se produce lo que no se quiere y lo que no se desea, aunque esta producción sea el resultado de una voluntad y de numerosos deseos, en una era en la que todo lo que resiste no se atreve ni a avanzar ni a volverse atrás, *¿qué puede significar todavía una ley moral universal?*» (33). Únicamente el discurso fundamentador puede servir cuando se retome la herencia ilustrada y se potencie «*el partidismo en favor de la razón, unido a otro, el partidismo en favor de quienes más sufren, y actuar en el espíritu de estas dos obligaciones*» (34).

cepción del sofista de Abdera para nuestros propósitos fundamentales en la actualidad; operatividad que se halla implícita en la *homo mensura*, que tantas y tan dispares interpretaciones ha tenido a lo largo de la evolución del pensamiento occidental.

(31) L. ALTHUSSER, *Curso de filosofía para científicos*, Laia, Barcelona, 1978.

(32) A. HELLER, «Ilustración contra fundamentalismo...», *op. cit.*, pág. 8.

(33) K. AXELOS, *Hacia una ética problemática*, (versión española de Miguel Angel Abad), Taurus, Madrid, 1972, pág. 54.

(34) A. HELLER, «Ilustración contra fundamentalismo...», *op. cit.*, pág. 19. Partidismo en favor de la razón que coloca el pensamiento de Heller en el contexto lukáciano de reivindicación de una razón que propicie el progreso y la emancipación humana; Cfr. G. LUKÁCS, «Epílogo» a *El Asalto a la Razón*, *op. cit.*, *passim*.

III. RADICALIDAD Y SUFICIENCIA DE LA FUNDAMENTACION DE LOS VALORES

Partiendo de una aceptación acítica del derecho natural ontologista y contenedor de todas las realidades jurídicas, Friedrich Meinecke se oponía tajantemente al proceso de individualización de todo fenómeno, e incluso de la razón, que el historicismo había adoptado en su proceso de relativización de todos los valores. La oposición de Meinecke es ejemplificativa, en cuanto que pretende distanciarse de tales relativismos apoyándose, por un lado, en la voluntad de Dios como proceso unificador de la multiplicidad, y, por otro, en el condicionamiento histórico, que él entiende como «la oscura fuente de fuerza que deriva de la fe en valores absolutos últimos y en una última fuente absoluta de toda vida» (35). Esta posición, que como decimos puede considerarse paradigmática de toda una corriente muy influyente de pensamiento sobre lo jurídico, extrae sus inconsecuencias y anacronismos de una incomprensión total de los basamentos sociales e históricos de la normatividad y de las producciones culturales y teóricas, es decir, de la interrelación entre las relaciones sociales y económicas de producción y las objetivaciones que de ella surgen y en ella repercuten (36). Un olvido de estas interrelaciones, tal y como ocurre en Meinecke, conduciría, según Max Weber, a un irracionalismo en los fundamentos y a que una gran parte de «...la conducta humana encontrase su sentido específico en el hecho de ser *inexplicable* y, por tanto, *incomprensible*» (37).

Por todo ello un análisis de dichas producciones culturales y teóricas, en las que hay un gran componente de acción y praxis humana, requiere sobrevolar lo inmediato y contemplar la normatividad como punto de conexión de todas esas determinaciones apuntadas y de una acción humana consciente de dichas contradicciones y oposiciones sociales. Para Adorno «cuanto menos sufra la inmediatez humana los omnipresentes mecanismos de mediación del intercambio, tanto más se apresurará una complaciente filosofía a aseverar que posee en lo inmediato el fundamento de las cosas» (38); con lo que lo más inmediato de la historia del pensamiento moral, como es la autonomía del hombre, del individuo, deja de una vez por todas de considerarse como fundamento de lo general. En última instancia, es la *validez objetiva de los contenidos éticos de la acción*, que vienen dados por esa imbricación de determinaciones más arriba señaladas, *la que se entiende como*

(35) F. MEINECKE, *Die Entstehung des Historismus* (1936), pág. 625, citado por N. Abbagnano, *op. cit.*

(36) «Se afirma y con razón... que la moral es un producto social. Sin ver, sin embargo, que lo social también es un producto de lo moral», en Kostas Axelos, *Hacia una ética problemática*, *op. cit.*, págs. 26.

(37) M. WEBER, *Gesammelte Aufsätze zur Wissenschaftslehre*, pág. 46, citado por G. LUKÁCS, «La sociología alemana del período imperialista: Spamm, Freyer, C. Schmitt», en *El Asalto a la Razón*, *op. cit.*, pág. 497.

(38) TH. W. ADORNO, *Tres estudios sobre Hegel* (bers. cast. de V. Sánchez de Zabala), Taurus, Madrid, 1981, pág. 80.

premisa de la posibilidad de autonomía, y no como algo que pueda extraerse de ésta, si no queremos caer en esa «incomprensibilidad» de la acción del hombre en sociedad. La fundamentación, pues, debe partir de esa comprensión de las relaciones sociales y de la inserción del hombre dentro de sus características esenciales: económicas, societa-rias, y morales.

Una de las significaciones operativas del pragmatismo fue su impulso para la realización de la revolución copernicana de la filosofía del siglo XX: Abandono de todo intento de absolutismo, para investigar las condiciones efectivas que dieran estabilidad y seguridad relativas (39) a los valores humanos en cuanto que fundamentos de la vida social. Investigación que no debe quedarse, como se advirtió más arriba, en lo inmediato para considerar al hombre como portador de esos valores en un sentido estático como hace, por ejemplo John Rawls, sino que estas posiciones adquieren un sentido progresista cuando se conectan con las premisas de un radicalismo marxista en el que «...el hombre contemporáneo no puede ser sustituido por el hombre, las necesidades humanas contemporáneas, por las necesidades humanas, las aspiraciones contemporáneas, por las aspiraciones humanas» (40), y en donde el fundamento de las normas y las reglas de justicia en sus diferentes sentidos deben de ir conectados con las diferentes formas y modos de vida que contienen los múltiples y multiformes marcos institucionales donde ese hombre social desarrolla su actividad productiva y valorativa. Karl Löwith afirma que la causa de casi todos los absolutismos en el campo de los derechos humanos, viene dada por la inserción de la «y» en el rótulo de las declaraciones de derechos del hombre y del ciudadano. Esta conjunción más que unir desune construyendo un muro entre el Estado y el individuo, el cual vendría a ser considerado como un ser independiente con derechos inalienables, y el Estado como el mero poder político coercitivo (41). Dicotomía hom-

(39) «Estabilidad y seguridad» que Lukács analiza críticamente como una posición extremadamente pro-capitalismo que impediría a su vez el desarrollo de la noción de progreso como elemento inescindible de la razón; cfr. *El Asalto a la Razón, op. cit.*, págs. 630 y sigs. Aunque el pragmatismo pueda servirnos para reforzar el argumento que apoya la reversibilidad hechos-normas de reconocer la «necesidad nómica» del derecho, no podemos compartir sus presupuestos instrumentales que miran más a las consecuencias que a las causas, orígenes y/o fundamentos de las normas, por lo que quedaríamos inermes hasta ver el resultado de nuestras elecciones. Justificación —en el sentido que más adelante le daremos a este término— instrumental que se encuentra estrechamente unido al factor formal y estático de algún código normativo, considerado como superior, que nos remitiría a un darwinismo moral «sui generis», es decir, no individual-físico, sino de los modos de vida que lograrían sobrevivir. Como ejemplo de ello podemos designar la obra de Nicholas Rescher, *La primacía de la Práctica*, Tecnos, Madrid, 1980, concretamente las págs. 133 y sigs., y la 147.

(40) A. HELLER, «Max, justicia, libertad: el profeta libvertario», en *Crítica de la Ilustración, op. cit.*, pág. 242. Crítica al concepto abstracto de libertad humana que ya fue puesto en evidencia por W. A. MOZART en los momentos finales del acto primero de su *Don Giovanni*, en el que todos cantan a la libertad dándoles cada uno de los presentes un significado preciso y distinto.

(41) K. LÖWITH, «Human Rights in Rousseau, Hegel and Marx», en *VV. AA. Le fondement des droits de l'homme, op. cit.*, pág. 58.

bre-ciudadano que Lukács ve como, a partir de Hegel, se deshistorifica y se la contempla como un mal eterno sufrido por el espíritu y que no encuentra más solución que en la superación ficticia de la tragedia (42), la cual viene dada por la contradictoria tendencia presente en el capitalismo entre el desarrollo de las fuerzas productivas y el constante rebajamiento de la dignidad del hombre; contradictoriedad ésta que generalmente se mistifica como oposición irresoluble (43).

Por todo ello, pensamos que la tarea de una fundamentación radical es el punto de partida de una teoría de los derechos humanos que quiera insertarse plenamente en la contemporaneidad social e histórica. Fundamentación no absolutista ni necesaria de una vez por todas, sino una fundamentación *suficiente que, por un lado, parta de la evidencia material de la relación entre la experiencia y los valores jurídicos o tendentes al reconocimiento constitucional, en función de las exigencias expresadas a través del conjunto de necesidades humanas con relevancia moral* (44); y, por otro, de una propuesta teórica y metodológica que reivindique la racionalidad crítica e intersubjetiva y la posibilidad de aplicar esa racionalidad discursiva y práctica al estudio de los valores básicos que, por sus propias características y procedencia, influyen en la interpretación de todas las demás instancias normativas y en el desarrollo posterior del ordenamiento jurídico que se considere adecuado por la soberanía popular en el momento histórico de que se trate (45). Desde nuestra posición, esta fundamentación suficiente no se quedaría, pues, en el mero plano discursivo racional —por muy importante que sea su análisis— ya que la racionalidad vendría concretada en primer lugar por esa conexión entre los hechos y los valores y, en segundo lugar, por la inserción de las objetivaciones, que en esas relaciones se producen, en la historia conceptual; historia entendida como proceso de constante discusión, crítica y revisión fáctica de los significados de los términos y de las producciones culturales. Y, por otro lado, la influencia englobante del método de análisis escogido, nos conduciría a coimplicar dichas elaboraciones teóricas con la tendencia que auspicia la solidificación y desarrollo práctico de la demo-

(42) G. LUKÁCS, «La tragedia en lo ético», en *El joven Hegel, op. cit.*, pág. 397.

(43) G. LUKÁCS, *op. cit.*, pág. 404. El mismo autor sigue afirmando al analizar este trabajo de Hegel —incluido como sabemos en *Sobre los modos de tratamiento científico del derecho natural, op. cit.*— al decir que «la tragedia en lo ético es... la gran tragedia de la contradictoriedad del progreso humano en la historia de las sociedades clasistas, una tragedia real y grande, pues los dos extremos de los momentos en contradicción tiene a la vez, cada uno de ellos, justificación y sin razón», pág. 411. Y es en este esfuerzo de superación, al final lógicamente frustrado en Hegel, desde donde nosotros partimos para considerar críticamente las posiciones que defienden la tesis según la cual en el idealismo objetivo hay una superación definitiva de los presupuestos metodológicos del derecho natural.

(44) «...necesidades (que) trascienden el plano de los datos inmediatos sensoriales para devenir modos conscientes de preferencias, o sea, valores», A. E. PÉREZ LUÑO, *Derechos Humanos. Estado de Derecho y Constitución*, Tecnos, Madrid, 1984, p. 184.

(45) Soberanía popular que viene dada como conexión entre la fundamentación axiológica, sociológica y formal del ordenamiento jurídico a través del concepto de participación. Cfr. A. F. PÉREZ LUÑO, *op. cit.*, págs. 207-210.

cracia como proceso vital y no solamente como forma de acceso al poder (46).

En su constante lucha contra toda clase de «absolutos» metafísicos, éticos y políticos, Moritz Schlick, en su *Allgemeine Erkenntnislehre* (1918), puso especial hincapié en que una completa comprensión de la teoría y de la ciencia solamente podría librarse de esos peligros «a través de una reflexión sobre (los) fundamentos» (47) de sus principios básicos y conceptos carinales. Principios y conceptos que en el ámbito de los derechos humanos se mezclan con componentes antropológicos que requieren la aplicación contemporánea de «la navaja de Occam» (B. Russell, Hans Hahn et al.) para deshacer el mito romántico de una esencia humana incontaminada y posibilite el desarrollo de los mismos desde unos presupuestos fundamentadores que abandonen las interpretaciones liberales de dichos valores en favor de una interpretación democrática que, a través de un proceso continuo de revisión, crítica y aplicación práctica (48), haga realidad ese ideal de libertad que en palabras de Lefebvre «es lo más sutil y lo más fuerte que ha elaborado la racionalidad occidental» (49). La raíz del problema no radica, pues, en encontrar, en descubrir *un* fundamento, refiriendo a tal todas las formas históricas de los derechos humanos —ya sea la libertad o la igualdad, motivo éste por el que podemos generalizar el terreno más general de los valores jurídicos las afirmaciones de Heller y Lefebvre apegadas al concepto de libertad—. En primer lugar, *no se trata de descubrir, sino de constatar, o al menos de ofrecer la posibilidad teórica de la constatación*; y, en segundo lugar, tampoco será el núcleo del tema el referir todas y cada una de las formas his-

(46) Necesidad de problematizar constantemente la fundamentación moral de la democracia en función del mantenimiento vivo de la tensión entre ética y política, ya que si ello no se plantea, podemos caer en la confusión de la realidad con el deseo, tal y como se ejemplifica en John H. Hallowell, que en su *The Moral foundation of Democracy*, The University of Chicago Press, pág. 23, afirma «that man is a rational being living in a rational universe will be the premise of my argument», citado por José L. L. Aranguren, *Ética y Política*, *op. cit.*, pág. 153 (para esa profundización en la contradictoriedad y operatividad de la democracia véase todo el capítulo segundo de esta obra recientemente editada de nuevo, conservando toda su virtualidad y fuerza). En el mismo sentido puede verse el diálogo de la «Fiorenze» de Thomas Mann, en el que Lorenzo de Médicis dice a Savonarola: En el lugar a donde el deseo nos empuja... ni se está ni se es. Y sin embargo, el hombre confunde gustosamente a los hombres con su deseo». Actitud propia de la *reificación* de la tensión.

(47) Cfr. H. FEIGL, «Origen y espíritu del positivismo lógico», en H. Feigl y Stephen E. Toumin, *El legado del positivismo lógico* (trad. de A. V. Cabo Martí y Javier García Raffi), Teorema, Valencia, 1981, pág. 17.

(48) A. HELLER, «Marx y la liberación de la humanidad», en *Crítica de la Ilustración*, *op. cit.*, págs. 331-332. Para la autora húngara «no puede haber más libertad que el derecho y la posibilidad de igual participación en los procesos de toma de decisiones en el marco de una concepción democrática de la libertad. Pero puede haber considerablemente *menos*... La Libertad puede conseguirse con el lento proceso por el que todos acceden al derecho y a la posibilidad igual, siempre en aumento, de participar. Y esto es, en definitiva, la libertad democrática...», pág. 330, *op. cit.*

(49) H. LEFEBVRE, *Hegel, Marx, Nietzsche (o el reino de las sombras)*, (trad. de Mauro Armiño, Siglo XXI, Madrid, 1976. Idea que se aplica a Hegel en pág. 163, y a Marx en pág. 166 como los dos pilares de esa racionalidad para Lefebvre.

tóricas de los derechos humanos al mismo fundamento, sino el de *dar cuenta cómo ese mismo fundamento tiene un carácter histórico y va variando según las circunstancias económicas, políticas y sociales del momento en que pretenden ser estudiados.*

Esta línea parte de la conciencia de que el entramado jurídico-político estatal no es otra cosa que un ente artificial creado por la praxis humana para *satisfacer* una serie de necesidades, y por ello la teoría busca fundamentos «suficientes», racionales y válidos según los momentos históricos. La búsqueda del fundamento se inserta en el análisis de algo que es contingente (50). Cuando un concepto o un valor o un hecho verificable empíricamente cumplen las condiciones de necesidad no hay razones suficientes para buscarle un fundamento, porque el concepto, el valor o el hecho son sus mismos fundamentos. Sin embargo, ¿qué cosa en el campo de lo social y cultural cumple esas condiciones de necesidad?; desde nuestra posición no hay ninguna y por eso nos «situamos» en el ámbito de la contingencia, lo cual no implica de ningún modo el olvido de la tendencia universalizadora de cualquier propuesta con matices éticos (51) en el sentido de generalización posible de presupuestos.

El punto nodal de toda tarea fundamentadora se concreta, no en el abandono, sino en el control de esa tendencia a la universalización de las premisas desde una posición relativista (no amoralista) que desvíe todo peligro de absolutidez. Para K. Kuypers «universalism is an idea which provides human society with an aim, and which wants to make it viable by means of certain fundamental principles» (52). Tendencia que une los elementos racionales y emotivos al ser reconocidos jurídicamente esos valores que adquieren prestigio a medida que se generalizan a diferentes tipos de formas de vida y/o formaciones sociales, y que encuentra su base en que dichos valores surgen de una lu-

(50) Contingencia que se mueve entre sus dos significados límites. Contingencia entendida como libertad frente a la necesidad, como composición de la acción humana con el cambio y el progreso (vid. Jean Paul Sartre, *El Ser y la nada*, Losada, Buenos Aires, 1979, pág. 599) y asimismo como oposición a lo absoluto metafísico e irracional (cfr. Rudolf Carnap *Meaning and Necessity*, University of Chicago Press, Chicago, 1956, parágrafo 39). Y, por tanto, contingencia que se desgaja de los desarrollos espiritualistas que la emplean como «justificación» de algún principio teológico o, simplemente, abstracto que implica el reconocimiento de un «ser» que goza de libertad dentro de las determinaciones de la naturaleza; concepción ésta que puede extraerse con matices de la obra de Henri Bergson y Boutroux.

(51) Universalización que no hay que confundir con universalismos absolutos, que tienden, generalmente, a normalizar y omniabarcar todas las particularidades ahogándolas. En este sentido se centra la reciente visión crítica del pensamiento ético marxista, realizada por Agnes Heller, la cual afirma que en Marx se da este universalismo, al pretender eliminar toda particularidad para su proyecto de libertad absoluta que aparece como «concreción» del concepto de humanidad total. Este universalismo se concreta en Marx, según Heller, en su teoría de la verdad, la cual, aunque reconozca la existencia de diferentes verdades: burguesa, proletaria, esta última es la que reflejaría el punto de vista de toda la humanidad hacia la liberación. Vid. el ensayo ya citado de Agnes Heller, «Marx y la modernidad», *passim*. Y la obra de la Escuela de Budapest, *Die Seele und das Leben. Studien zum Frühen Lukács*, Sunrkamp, Frankfurt, 1980.

(52) K. KUYPERS, «On the traditional foundation of human rights», en VV.AA. *Le fondement des droits de l'homme*, op. cit., pág. 79.

cha constante por su consecución a lo largo de la historia, por lo que nunca se debería olvidar que esa universalización viene inmediatamente conectada con el hecho de que nos topamos con «...rights gained in the course of history, not without fight and struggle in the face of prejudices and traditional obstacles. Their rise and the development of thought on these rights are closely connected with historical reality, while their formulation as well as their motivation bear the stamp of the time and the situation» (53).

Al margen de esto, otro de los elementos que impulsan a la tarea contemporánea de fundamentación, radica en ese tópico dominante de la uniformización, del consensus fijado entre los intelectuales en relación a los problemas políticos. Este planteamiento, retomado desde una posición tan ideologizada como la que preconiza el «fin de las ideologías», pretende una universalización de presupuestos decimonónicos de libertades, la cual viene posibilitada por unas condiciones sociales en las que escasean las figuras políticas e ideológicas, proliferando con ello teorías como las del «observador» o «preferidor» racionales a falta de una constatación más profunda y realista del mantenimiento de las desigualdades y conflictividades que se sustraen a la visión demasiado clásica y restringida del teórico. «Las notables disputas contemporáneas acerca de derechos y libertades tienden cada vez más a levantar problemas de gran generalidad en las opciones» (54), todo lo cual vuelve cualquier filosofía social alternativa impotente o baladí. Desde aquellas posiciones neoliberales se afirma que «no existe una declaración de ideas tan completa que satisfaga a todos los hombres» (55), por lo que todo intento de fundamentar teorías radicales con vistas al desarrollo de una política social y general es susceptible de crítica. La única función del teórico radica en volver la mirada atrás y hacer que «...las viejas verdades (sic) mantengan su impronta en la mente humana (y) reintroducirse en el lenguaje y conceptos de las nuevas generaciones». «Si aquellos valores han de recuperar todo su vigor, es urgente e ineludible reinstaurarlos y reivindicarlos sin reservas» (56). Y ello a pesar de los cambios producidos no sólo en las condiciones materiales de producción y consumo sino, incluso, en la conciencia de una sociedad castigada por dos guerras mundiales de claros matices imperialistas y que ha visto cómo las reivindicaciones sociales del movimiento obrero se han extendido a la gran mayoría de las capas sociales no pudiendo escindirse las conquistas propiciadas por este movimiento de las tradicionales libertades o «viejas verdades» en el sentido de Hayek.

El único modo de obviar esta excesiva ideologización radicará en remitir el fundamento a una teoría referencialista que se refiera de algún modo a un mundo que está fuera del estrecho margen de concep-

(53) K. KUYPERS, *op. cit.*, pág. 75.

(54) M. I. FINLEY, *Vieja y nueva democracia*, *op. cit.*, pág. 74.

(55) F. A. HAYEK, *Los fundamentos de la libertad* (trad. de J. V. Torrente) Unión Editorial, S. A., Madrid, 1978, pág. 19.

(56) *Ibidem*, *op. cit.*, pág. 21.

tos e intereses que impera dentro de una determinada clase social (57) y se abra a las contradicciones y conflictos sociales como campos donde se supera la privacidad (58), la petrificación e hipostatización de la crisis (59) y cualquier intento de absolutizar el hecho de la elección valorativa en alguna conceptualización metafísica de la naturaleza humana (60).

IV. DELIMITACION Y CLARIFICACIONES DE LA ESTRUCTURA FORMAL DE LA FUNDAMENTACION

Partimos pues de la necesidad clara de la tarea fundamentadora centrada en ese reconocimiento de la contradictoriedad y multiplicidad de lo real para huir, como decía Schumpeter, de convertir la teoría en un mero lugar común al desgajarla de la estructura social del momento concreto (61), y superar la idea, un tanto desfasada, según

(57) Terminología y sentido que tomo de la obra de Leonard Meyer, *Emotion and Meaning in Music*, University of Chicago Press, Chicago, 1956, págs. 8 y sigs.

(58) Esa privacidad, según Lukács, proviene de la homogeneización de lo real en jerarquías absolutas, al confundir la realidad con lo representado dentro del paradigma teórico idealista. Todo lo cual conduce a estetizar la vida ética y con ello a absolutizar la vida cotidiana, ya que dicha privacidad es el contexto más adecuado para la estética: vivir contemplativamente y poéticamente en función de un pasado mejor. Vid. G. LUKÁCS, «Entre la ética y la estética», en *Estética I*, (4), *op. cit.*, pág. 283. Para un entendimiento preciso de la privacidad en el mundo contemporáneo, cfr. A. E. PÉREZ LUÑO, «La intimidad en la sociedad informatizada», «Intimidad e informática en la constitución» y la «Intimidad como derecho fundamental», en *Derechos Humanos. Estado de Derecho y Constitución*, *op. cit.*, págs. 284-357, esp. págs. 327-331.

(59) Las contradicciones que suceden en el régimen capitalista no constituyen un problema estrictamente mental, como pensaba Hegel, ni siquiera, como ocurre en la ética contemporánea de matiz analítico o fenomenológico, pueden resolverse obviándolas. Lukács piensa que la resolución de las mismas no está tampoco en el desarrollo del sistema mercantilista. Marx afirmaba que más bien ese desarrollo de la mercancía lo que hace es dar «forma» para su desolvimiento no traumático, y en esto reside el método de resolución de las contradicciones existentes en la realidad. Pues bien, para Lukács este método resolutorio (formal) tiene su reflejo en la literatura, y asimismo podemos añadir que también lo tiene en la filosofía como pensamiento acerca de lo real. Así podemos ver cómo en la «inteligentsia» de la burguesía pre-1848 esa resolución era meramente apologética, es decir, se engrandecían las contradicciones, para reificarlas como necesarias, pero a partir de esa fecha, las circunstancias van cambiando y dichas contradicciones se agudizan, por lo que hay que darles una nueva forma «en la que las contradicciones quedan petrificadas como tales contradicciones, del mismo modo que en la forma antigua quedaban petrificadas como armonía», Vid. G. LUKÁCS, «Heinrich Heine como poeta nacional», en *Realistas alemanes del siglo XIX* (trad. de Jacobo Muñoz), Grijulso, Barcelona-México, 1970, pág. 140.

(60) En ALASDAIR MACINTRE, *Historia de la Etica*, cap. 11 *Passim*, puede verse un desarrollo de las posiciones filosóficas descolantes en el sentido que planteamos (véase sobre todo el análisis tan actual que el autor realiza sobre la evolución en Hegel). La traducción de esta obra ha sido realizada por R. J. Wualton, publicada en Paidós, Barcelona, 1982.

(61) J. SCHUMPETER, *History of Economic Analysis*, ed. E. B. Schumpeter, Nueva York, 1954, págs. 1, 21. (Hay trad. cast. de Manuel Sacristán bajo el título de *Historia del análisis económico*, Ariel, Barcelona, 1971).

la cual el derecho no vendría a ser considerado más que como la materialización de la inercia de la realidad histórica obviándose con ello el papel dialéctico y conformador de la normatividad y del conjunto de producciones y objetivaciones culturales. Abandonar, por tanto, la tarea teórica para entregarse a la consecución de la efectividad y garantía de lo dado, aun cuando sea una actividad de enorme importancia que conlleva ella misma una intención fundamentadora crítica y radical, implica cuando se separa de la tarea teórica, un escapismo científico y un recocimiento de la impotencia por conseguir más parcelas de *reconocimiento* de las necesidades expresadas socialmente que el establecido en un momento concreto por la correlación de fuerzas que constituyese el espectro del «legislador».

En este punto nos topamos ineludiblemente con el influyente —y no por breve menos importante— trabajo de Norberto Bobbio *L'illusion du fondament absolu* (62) suficientemente estudiado y convertido ya casi en tópico en el ámbito de la doctrina española preocupada por la teoría de los derechos humanos, como para que aquí hagamos un análisis exhaustivo del mismo. Sin embargo, pensamos que una síntesis crítica de dicho ensayo puede clarificar nuestra posición en la materia.

En primer lugar, observamos como en Bobbio se parte de una hipótesis y de una convicción que sólo compartimos a medias y ello con reservas. La hipótesis radica en que para el autor y profesor italiano no hay ya posibilidad de fundamentos absolutos, sino diferentes fundamentos relativos dirigidos más a la consecución de la eficacia y posterior garantía de los valores jurídicos que a la discusión teórica acerca de cuáles son sus orígenes, límites, etc. Y la tesis convicción, expresada en un trabajo posterior con más detalle y que se sitúa en una continuación y desarrollo de las tesis expuestas en *L'illusion* (63), que consiste en afirmar que dichos valores ya están suficientemente fundados en el texto de la «Declaración Universal» de 1948. Pensamos que nuestras posiciones críticas acerca de estos trabajos de Bobbio ya están lo suficientemente expresadas en páginas anteriores pero no por ello podemos dejar pasar la ocasión para apuntalar aún más nuestra postura en relación a tal garantismo.

Desde posiciones críticas a la infructuosa polémica entre iusnaturalismo y positivismo se ha afirmado que el fundamento de la «validez» de la norma fundamental del ordenamiento hay que encontrarlo supuesto en la «idea» de un «poder democrático y de una sociedad democrática» (64), con lo que en nuestro ámbito doctrinal se tienden

(62) N. BOBBIO, «L'illusion du fondament absolu», en VV.AA., *Lefondement des droits de l'homme*, op. cit., págs. 3-9.

(63) N. BOBBIO, «Presente y porvenir de los derechos humanos», en *Anuario de Derechos Humanos*, 1, 1981, págs. 9 y sigs.

(64) Consúltense las obras de G. PECES-BARBA, «Reflexiones sobre la teoría general de los derechos fundamentales en la Constitución», en *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense*, número monográfico 2, 1979, sobre «Los derechos humanos y la Constitución de 1978», págs. 39 y sigs., y asimismo «Reflexiones sobre la Constitución española desde la Filosofía del Derecho», en *Revista de la Facultad*

puentes entre la actividad teórica y la praxis concreta a la hora de entender el conjunto de principios y valores que orientan, critican y dinamizan el desarrollo normativo en su conjunto.

No vale pues ese mero pragmatismo, sino que hay que ir más allá de la mera garantía de ciertos valores que en estos momentos son considerados como incontrovertidos, para dedicarnos a esa profundización en la democracia en la que, en términos de Herbert Hart, «lo que se necesita llevar a cabo en primer lugar, es alguna consideración más radical y detallada de los modos en que tales derechos se relacionan con el resto de valores perseguidos por la sociedad» (65), es decir, aquéllos que quedarían al margen de esa actividad garantizadora de los que ya están reconocidos. Esto último constituye una de las debilidades más sobresalientes de los ensayos de Bobbio, como veremos más adelante, y nos conecta con esa superación del garantismo en función de una fundamentación integradora y evolutiva de los derechos humanos en general y de los derechos fundamentales en particular.

En este sentido, tres puntos de las tesis de Bobbio pensamos que son necesarios discutir para poder seguir adelante con nuestra tarea. En primer lugar convendría destacar la afirmación contenida al principio de *L'illusion* (66), según la cual hay que distinguir, en el terreno de la fundamentación, entre un derecho que se tiene, de un derecho que se quiere tener; el fundamento de aquél no se encontrará más que en el ordenamiento jurídico y la dirección a tomar será la de ir hacia dicho ordenamiento y ver cuál norma jurídica válida lo reconoce; mientras que el fundamento del segundo vendría dado por la búsqueda de razones para sostener su legitimidad y convencer de la necesidad de su reconocimiento. Es fácil observar cómo aquí la posición estática acerca de los valores sobrepasa, incluso, el garantismo para permanecer en una concepción positivista y, de alguna manera, iusprivatista, de un fenómeno que viene, o debería venir entendido por la teoría, como algo conectado con las necesidades cambiantes de la población que, en un momento dado pueden ejercer acciones tanto para el desarrollo como para un nuevo entendimiento de los derechos reconocidos constitucionalmente como fundamentales. La idea de un poder democrático y de una sociedad democrática se contradice con esa fundamentación rígida y obsoleta de los derechos reconocidos jurídicamente, pues es bien sabido a la altura de nuestra época que las normas que los reconocen pueden muy bien «mutar» su sentido, y a la vez integrarse en otros marcos institucionales que le otorguen significados bien diferentes a los admitidos en un principio. Desde una posición un

de Derecho de la Universidad Complutense, 61, 1981, págs. 95 y sigs. Del mismo modo, y desde un intento de superación del mero garantismo, partiendo de una fundamentación de los derechos humanos como derechos morales, puede verse E. FERNÁNDEZ «el problema de la fundamentación de los derechos humanos», en *Anuario de Derechos Humanos*, 1, 1981, págs. 75 y sigs., y en una obra posterior «Filosofía del derecho, teoría de la justicia y racionalidad práctica», en *RFUC*, 64, 1982), en el mismo sentido, *Teoría de la Justicia y derechos humanos*, Debate, Madrid, 1984.

(65) H. L. A. HART, «Utilitarismo y derechos naturales», en *Anuario de Derechos Humanos*, 1, 1981, pág. 167.

(66) N. BOBBIO, «L'illusion du fondement absolu», *op. cit.*, pág. 3.

tanto ideal de la democracia, creemos que el fundamento de los derechos humanos no reconocidos no debe presentarse como una actividad de convencimiento al legislador para que los integre en el ordenamiento, pues parece que estamos hundiendo, desde la teoría, la fractura real entre los individuos y grupos y las instituciones; más bien, el fundamento partiría de la efectiva participación de esos grupos e individuos socializados en el proceso de reconocimiento e integración de los valores y necesidades humanas que en el momento determinado de que se trate se consideren como fundamentales. No se trataría pues de *convencer*, sino de *participar*, y del mismo modo no se trataría tampoco de problemas de *validez formal* sino de *integración institucional* y *evolutiva* de las normas entre sí y con sus orígenes y desarrollos en el ámbito de la *soberanía popular*.

En segundo lugar, habría que destacar una frase, menos aforística que postulante de la línea de Bobbio, en la que se afirma que los valores últimos no pueden fundamentarse, ni justificarse, *se los asume* (67), por lo que parece que se extiende un velo de irracionalidad sobre los mismos, no pudiendo, de ningún modo, razonar sobre su naturaleza y características, al ser relegados al fondo pasivo del sentimiento y la emoción. Por otro lado, y sin querer profundizar mucho en este tema que ya hemos estudiado con atención, esa asunción sin justificación parece remitirse a una concepción restringida de la fuerza en relación con la normatividad: asumir acríticamente, es aceptar alguna voluntad «alienada» de las necesidades y valores básicos de la sociedad, es trazar una línea entre los que mandan y los que obedecen que los nuevos análisis microfísicos del poder vienen negando desde hace tiempo.

Y en tercer y último lugar, debemos traer a colación un postulado que no es más que la plasmación concreta de todo lo dicho con anterioridad. Para Bobbio las libertades y los derechos sociales son antinómicos, su desarrollo no puede avanzar paralelamente ya que la realización integral de unos impide la realización integral de los otros (68). Ahora bien, desde nuestra posición nos preguntamos, ¿cómo es posible relacionar esta idea dicotómica con otra según la cual «le problème de fond relatif aux droits de l'homme, est aujourd'hui non pas de les justifier, mais de les protéger, ce n'est pas un problème théorique mais pratique»? (69). Si partimos de esa fractura entre libertades y derechos sociales, ¿qué protegeremos: la realización integral de los unos abandonando la realización de los otros o viceversa? Pensamos, por consiguiente, que para esa actividad práctica de protección y de eficacia se necesita una previa fundamentación que posibilite una interpretación adecuada de los valores para, en un momento posterior —e incluso paralelamente— ofrecer los sentidos precisos de aquéllos en las circunstancias concretas sin perder de vista los objetivos más generales que conforman nuestra racionalidad crítica y democrática.

(67) *Ibidem*, op. cit., pág. 5.

(68) *Ibidem*, op. cit., pág. 7.

(69) *Ibidem*, op. cit., pág. 8.

En *Presente y porvenir de los derechos humanos*. Bobbio vuelve a la distinción ficticia entre ambas categorías, destacando este ensayo por ser de una fecha muy posterior en la producción de este pensador tan atento a las nuevas circunstancias y nuevos desarrollos, tanto sociales como teóricos. Sin embargo, afirma que «para entendernos, llamo libertades a los derechos que quedan garantizados cuando el Estado no interviene y «poderes» a aquellos derechos que requieren una intervención del Estado para su ejercicio» (70). Desde luego, que desde esta posición no hay manera posible de fundamentar radicalmente los valores jurídicos en ninguna de las instancias que aquí hemos considerado como factibles; pero aún hay más, para el autor de los formidables *Studi hegeliani* (71), podemos considerar sin más como absolutos a algunos derechos humanos, como pueden ser la prohibición de la tortura y de la esclavitud, derechos que se superponen como valederos para todas las situaciones y para todos los hombres sin distinción, mientras que todo el resto de valores encuentran restricciones o límites en otros derechos y en función de determinadas situaciones históricas y sociales, con lo que el problema si es que no queremos confundir la realidad con el deseo, radicaría en encontrar los suficientes argumentos y pruebas antropológicas y biológicas que nos demuestren esa absolutización y generalización a todo el género humano de unos derechos y no de otros, al no especificar el fundamento filosófico-jurídico de la elección. En definitiva, Bobbio concluye su argumentación retomando la idea de que «... los valores últimos son antinómicos: este es el problema» (72), insertándose con ello en la más pura corriente no-cognoscitivista y colindante con posiciones irracionalistas que relegan esos valores a los instintos, las emociones, a los sentimientos, o a la voluntad de poder (73).

Para continuar con nuestra argumentación hemos de decir que uno de los presupuestos desde los que partimos reside en la creencia de que

(70) *Ibidem*, «Presente y porvenir de los derechos humanos», *op. cit.*, pág. 26.

(71) N. BOBBIO, *Studi hegeliani, Diritto, società civile, stato*, Einaudi Paperback 121, Torino, 1981.

(72) N. BOBBIO, «Presente y porvenir de los derechos humanos», *op. cit.*, pág. 24 y sigs.; y «L'illusion du fondement absolu», *op. cit.*, pág. 6.

(73) Concretamente nos referimos a la afirmación de Bobbio, según la cual, el derecho a no ser torturado y a no ser esclavizado son valores del género humano, ya que el resto de derechos y valores se limitan los unos a los otros. Pues bien, lo que criticamos no es esa universalización de la idea de humanidad como valor básico, al que puedan remitirse los valores más abstractos y por ello susceptibles de un alto grado de generalización. Es posible mantener que dicha humanidad es el único valor que puede «regular» la acción y la crítica a un nivel universal. Lo que cuestionamos es la falta de asunción de este valor dentro de la teoría, lo cual conduce a una nula concretización del mismo, en principios bastante más generales y abstractos que los citados por el autor italiano; entre estos principios pensamos que habría que incluir la libertad, la justicia formal, la igualdad racional y la equidad. La idea de libertad contradice realmente a la de esclavitud. La idea de justicia, de igualdad racional, de vida digna, etc., se oponen tajantemente a la tortura. Pero cuando colocamos las prohibiciones de esclavitud y de tortura como valores universales, no hacemos sino colocar algo negativo en lo más abstracto y universalizable, por lo que podemos aceptar otras restricciones a la libertad, a la igualdad y a la justicia que no afecten a tales esferas.

aún no se ha materializado la razón, como impulso emancipador, en las relaciones sociales dadas, por lo que ese garantismo viene sometido a constantes revisiones y críticas en ese proceso sin sujeto preciso que es la historia. Siguiendo al Hegel de los primeros escritos previos a la *Fenomenología del Espíritu*, ese proceso racional de constante destrucción y mediaciones no ha conseguido todavía «reconciliar» la idea y la realidad. Esto nos induce a seguir investigando los fundamentos de las relaciones entre las mismas, sobre todo, como pone en evidencia Mihály Vajda, teniendo en cuenta que la superación de las relaciones sociales fetichizadas conlleva el acto práctico de transformación de las mismas por la «praxis» humana y no reside nunca en una aceptación acrítica del mundo tal y como existe realmente (74).

Por otro lado, esta tensión constantemente mantenida entre la idea y la realidad, el ser y el deber ser, no nos conduce como a Hegel (75) a una separación tajante entre ambas esferas, sino que se encuentran imbricadas dentro del continuo social-cultural como pautas sobresalientes del impulso de progreso. Asimismo, ese mantenimiento de la tensión no implica petrificar la contradicción como algo insoluble y/o natural, sino que conduce a un nuevo entendimiento de la misma como teoría crítica de lo social en todos sus niveles, lo que implica un estudio del ser y del deber ser: sus conexiones y sus mutuas relaciones dialécticas, tanto positivas como negativas; y ello es aún más necesario, en un campo, como el derecho, en el que su influencia se extiende sobre la sociedad civil en todo momento de su desarrollo (76).

Según esto anterior, el garantismo procede claramente de una confusión terminológica muy extendida entre los significados actuales de «fundamentación» y «justificación», según la cual ambos términos vienen identificados siendo los mismos muy diferentes y susceptibles en distinto grado de la influencia negativa de la ideologización. En el sentido más general posible, *justificar* no reside más que en encontrar causas, motivos o explicaciones que posibilitan que a lo que se dirige no sea considerado o parezca extraño, inadecuado, inoportuno, censurable, etc. (77). Tradicionalmente el término «justificación» ha tenido dos sentidos ofrecidos por los dos pilares básicos del pensamiento occidental: para Kant en sus *Prolegómenos* (78) y en la *Crítica de la Razón pura* (79), el término viene entendido como sinónimo de «autori-

(74) MIHÁLY VAJDA, «Fenomenología e Marxismo: un diálogo» en *Aut-Aut*, 127, 1972, pág. 15.

(75) H. MARCUSE, *Razón y Revolución. Hegel y el surgimiento de la teoría social*, (trad. cast. de Julieta Fombona de Sucre, con la colaboración de Francisco Rubio Llorente), Alianza, Madrid, 1979, pág. 33.

(76) N. LÓPEZ CALERA, «La dialéctica de la sociedad civil y el derecho en Hegel», en *Anuario de Filosofía del Derecho*, XIII, 1967-68, págs. 275-284.

(77) Sentido entresacado de la definición dada al término por M. MOLINER, en su *Diccionario de uso del español*, Gredos, Madrid, 1984, t. II, pág. 203.

(78) I. KANT, *Prolegómenos* (trad. del alemán por Julián Besteiro), Prólogo de A. Rodríguez Huescar, Aguilar, Buenos Aires, 1980, págs. 71 y sigs.; esp. pág. 72.

(79) I. KANT, *Crítica de la razón pura*, *op. cit.*, cap. II. «Deducción de los conceptos puros del entendimiento», Sección 1.ª, parágrafo 13, págs. 120-125 de la edición citada por nosotros. Asimismo consúltese el parágrafo 26 de la Sección 2.ª del mismo ca-

zación» para usar un concepto y como «posibilitación» de referencia del mismo a un objeto empírico, por lo que su derivación contemporánea se encontraría en el campo de la filosofía analítica que se empeña en determinar las posibilidades de usos de los conceptos en función de las diferentes formas de vida; pero en Hegel el término adquiere un sentido bien diferente y mucho más susceptible de ideologización, al ser puesto en conexión con las condiciones de necesidad del concepto: éste no puede ser otra cosa que lo que es... Justificar no implica exclusivamente ocultamiento sino también afirmación de la *necesidad* de un concepto, de un hecho y, en última instancia (en el joven Hegel, sin embargo, el concepto es mucho más real que lo realmente existente), de unas relaciones sociales y/o jurídicas dadas.

Justificar éticamente consistiría, pues, en demostrar la aceptabilidad o plausibilidad de una norma o algún imperativo sin mayores implicaciones. Para Lukács, en su comprensión de lo estructural de la normatividad social, «... la lucha de esa singularidad —pariticularización del hombre en la sociedad contemporánea— con las normas viejas y nuevas de la ética, de la moralidad, de las costumbres, etc. (implican), la aparición de su contradictoriedad interna como momento a la vez *justificado* y *necesitado de superación* en la vida humana (80). Necesidad de superación de esas racionalizaciones y justificaciones que encuentra su desarrollo en una fundamentación precisa de esas normas y valores. La fundamentación comienza a subvertir el pensamiento sobre lo social cuando se opone tajantemente a la consideración de los valores tradicionales del capitalismo (derecho de propiedad, libertad de contrato) «a manera de principios eternos que deben ser respetados en todo tiempo y lugar (invocándoseles) como la *justificación* de las relaciones sociales *en vez* de ser reconocidos simplemente como la consecuencia de tales relaciones gracias a la mediación de las cosas» (81).

Para el profesor González Vicen lo ideológico —en su peor sentido— de la justificación, reside en esa búsqueda de la definividad del hecho que se presenta como indubitado y a la vez inserto en una cadena causal histórica, obviando que, tanto los acontecimientos como las leyes que de ellos se derivan no son más que «formas de comprensión de cada uno de aquellos momentos desde la perspectiva del proceso al que pertenecen» (82). Formas de comprensión que no buscan

pítulo «Deducción trascendental del uso empírico universalmente posible de los conceptos puros del entendimiento», págs. 171 y sigs.

(80) G. LUKÁCS, «Jardinería», en *Estética*, I (4), *op. cit.*, pág. 170.

(81) W. ASH, *Marxismo y moral*, *op. cit.*, pág. 52.

(82) F. GONZÁLEZ VICEN, «El darwinismo social: Espectro de una ideología», en *Anuario de Filosofía del Derecho*, NE, 1, 1984, pág. 175. El profesor González Vicen inserta estos planteamientos en lo que él denomina «círculo vicioso ideológico» en el que «se parte de la intuición o relación social que se trate de justificar y el procedimiento consiste en proyectar esta institución o relación en el ámbito de la reflexión abstracta como un valor absoluto, “ley eterna” “ley natural”, verdad en sí»; para después retrotraer y utilizar como fundamentación lo postulado como valor absoluto. Con lo que será la estructura de la sociedad burguesa de la que se parte y se convierte en ley natural (compuesta de la teoría hobbesiana del «bellum omnium contra omnes», de la teoría económica de la competencia y del malthusianismo), y luego se utiliza como fundamentación —*justificación*— de la misma, con lo que el círculo se cierra sin salir de sus premisas.

el acuerdo total, sino las razones suficientes que conecten lo dado con su génesis y a la vez con sus fines y objetivos más lejanos proyectantes de una racionalidad crítica y social como base de una fundamentación radical de esos acontecimientos y pautas normativas.

En cuanto «génesis», la fundamentación debe distinguir, por un lado, entre «origen» y «principio» tal y como auspiciaba Kant en las primeras frases de su *Crítica de la Razón Pura* (83), para distinguir el análisis psicológico y lógico. Si el *origen* lo encontramos al comienzo del proceso que pretendemos estudiar coincidiendo con su surgimiento en el tiempo como hecho observable o cuando menos susceptible de ser pensado, el *principio* bien puede situarse al final del proceso de determinación precisa del hecho o del objeto en cuestión. En el terreno de los derechos humanos podremos rastrear sus orígenes en uno u otro momento del devenir histórico, y, sin embargo, su principio puede que se encuentre plasmado en el momento actual o se remita a una futura especificación en la que *prima más el camino a recorrer que la meta a llegar*; con ello, el fundamento o principio de dichos valores no lo encontramos al inicio, sino al final, por lo demás indeterminado e indeterminable, del trayecto. Para Ernst Bloch «lo real es proceso, y esta es la mediación muy ramificada entre presente, pasado no acabado y, sobre todo, futuro posible» (84). La fundamentación no viene dada explícitamente por el «de dónde», por el origen, «...sino que, al contrario, este origen se explicita él mismo por el *novum* del final» (85), *novum* que no tiene por qué encontrarse dado de una vez por todas y a cuya realización haya que dirigir el esfuerzo teórico, sino que ese «principio», ese «fundamento», se coloca «... en el frente del proceso histórico y tiene ante sí predominantemente sólo la posibilidad real en mediación. Esta posibilidad —continúa Bloch— constituye lo que como correlato real-objetivo corresponde a la anticipación exacta, a la utopía concreta» (86). De este modo, la fundamentación no encuentra su razón de ser, su verdadera génesis, en el origen del problema al que se enfrenta, sino como afirma Bloch «...*al final*, y empezará a comenzar cuando la sociedad y la existencia se hagan radicales, es decir, cuando pongan manos en su raíz» (87). Raíz que Bloch encuentra en el hombre socializado que trabaja modificando constantemente lo que le rodea e instalado en el marco institucional de una democracia real, único marco, pues, en el que caben relacionarse los aspectos más concretos y más generales de la esencia humana.

Por otro lado, esa labor de génesis debe de mantenerse alerta para no confundir otros dos términos de ineludible importancia para la tarea fundamentadora. Nos referimos concretamente a los *límites* y a los *confines* de la actividad racional; y para ello debemos una vez más remitirnos al pensamiento kantiano, pero con un sentido crítico y actua-

(83) I. Kant., *Crítica de la razón pura*, *op. cit.*, págs. 41-43.

(84) E. BLOCH, *El principio esperanza*, (vers. del alemán por Felipe González Vicens), Aguilar, Madrid, 1977, t. I, pág. 188; vid. también pág. 189.

(85) E. BLOCH, *op. cit.*, t. I, pág. 196.

(86) *Ibidem*, *op. cit.*, pág. 197.

(87) *Ibidem*, *op. cit.*, t. III, pág. 501.

lizador de sus desarrollos. En los *Prolegómenos* de 1783, intentando aclarar los postulados de la primera edición de la *Crítica*, Kant mantenía la distinción entre «confines» (*Grenzen*) que «presuponen siempre un espacio que se encuentran fuera de un lugar determinado y lo encierra» (88), y «límites» (*Schranken*) «...que son meras negaciones que se afectan a una cantidad, en tanto que carece de totalidad absoluta» (89).

La tarea justificadora permanecería en esa consideración de los límites que niegan la posibilidad de ir más allá de lo dado, racionalizando, en el más bajo sentido de la palabra, el conjunto de circunstancias que predominan en un momento preciso. Fundamentar es estar atento a los confines sin necesidad de ocuparse en construir «ficciones necesarias» que postulen la conexión de la actividad humana con algún reino de fines necesarios y trascendentes. Ocuparse de confines es partir de lo dado para, racionalmente, construir un *plan de vida* que vendría explicitado por el conjunto de valores, objetivos y metafinés (90) «que ordenan, orientan y dirigen nuestros fines concretos, nuestras intenciones y nuestra acción» (91). Este «plan» se estipula en función del conjunto de necesidades humanas fundamentales —reconocidas o no jurídicamente— que convertidas en sistemas objetivos de preferencias, exigen para su plena satisfacción una superación de las barreras levantadas por las relaciones sociales dominantes. Como el mismo Kant afirma, hablar de confines es hacerlo partiendo de algo positivo (92), es decir, como posibilidad de encontrar un punto de intersección entre lo dado y el proyecto; mientras que hablar de límites es hacerlo desde el punto de vista de la negatividad más inmediata. Fundamento como génesis, pero también fundamento como proyecto, es decir como «finalidad». «El ser que condiciona la conciencia, como la conciencia que elabora el ser, se entienden, sólo en aquéllo desde lo que proceden y

(88) I. KANT, *Prolegómenos*, *op. cit.*, pág. 184. Hay que advertir que en la traducción de Besteiro, no se habla de «confines», sino de «límites» y cuando se hace referencia a éstos se les denomina «limitaciones». Sin embargo, pensamos que es mucho más acertado entender los términos como aquí se emplean (vid. en este mismo sentido Janik y Toulmin, *La Viena de Wittgenstein*, *op. cit.*, pág. 188) ya que por límites podemos entender generalmente como el conjunto de líneas, puntos, momentos o circunstancias señalan el final de algo; mientras que por «confines» podemos extendernos a esas mismas circunstancias, pero consideradas en función de los puntos más lejanos a donde pueda alcanzar la mirada. Los dos conceptos delimitan; pero uno lo hace absolutamente, sin posibilidad de transgresión y el otro ofrece la posibilidad de remitirse más allá de la misma delimitación, pero siempre —y esto es lo más importante— hasta donde alcance la mirada o la vista.

(89) I. KANT, *Prolegómenos*, *op. cit.*, pág. 184; y sigue, «Pero nuestra razón ve, por decirlo así, en torno suyo un espacio para el conocimiento de las cosas en sí mismas, aunque nunca puede tener conceptos determinados por ellas y está limitada solamente a los fenómenos».

(90) «...es decir, fines generales que de algún modo regulan, ordenan, estructuran y restringen fines concretos que en cada momento podemos perseguir», en J. MOSTERIN, *Racionalidad y acción humana*, Alianza, Madrid, 1978, pág. 82. «Plan de vida» que coincide con la idea de *Budapest* acerca de la acción «value-rationality».

(91) *Ibidem*, *op. cit.*, pág. 83.

(92) I. KANT, *Prolegómenos*, *op. cit.*, pág. 187.

hacia lo que tienden. La esencia no es la pereteridad; por el contrario, la esencia del mundo está en el frente» (93). El fin, por consiguiente, está presente bajo la forma de constante cambio, revisión, transformación y sentido hitórico de las categorías normativas y teóricas.

V. CONCLUSIONES

Según lo anterior podemos plantear una estructura formal de fundamentación que comparta los siguientes caracteres: racionalidad, teleología e intersubjetividad. Caracteres que únicamente pueden postular una construcción teórica «incompleta» y «revisable»; incompleta en tanto no realizable de una vez por todas, y revisable en función de los nuevos desarrollos doctrinales y de las modificaciones sociales y políticas que sufra el objeto de estudio.

Fundamentación teleológica, es decir, tendente a postular como fines y objetivos los valores que conforman el inacabado proyecto ilustrado de modernidad; proyecto que se opone a toda fundamentación fisicoteológica o arbitraria (94). Partimos, más bien, de una teleología que conecte los deseos —necesidades con los fines— objetivos de las diferentes formas, o modos de vida, que se «oponen» en el debate democrático de reconocimiento y satisfacción de aspiraciones sociales. Fines y objetivos de los que puede decirse que «non esistono nel mondo se non sotto forma di fini umani» (95), y que conforman un orden de valores que, en términos de J. Esser, puedan establecer una «regla positivable de preferencias», coincidente con el conjunto de «convicciones jurídicas vivas». Desde esta concepción de la teleología, o sea como cambio y mutación de los contenidos interpretables como principios fundamentales, los derechos humanos como categorías axiológicas que apuntan al futuro, no pueden ser fundamentados desde un plano puramente estático. Dichas categorías no serían sino el «framework» mediador entre la singularidad de la vida cotidiana de los ciudadanos y la genericidad de los principios y valores más universalizables de toda sociedad democrática. Los derechos humanos, como mediación entre esos polos de lo real, cumplen la función teleológica de conectar las tres formas básicas de objetivación del mundo actual: el trabajo, las necesidades y los valores. Y es aquí donde entramos en la segunda característica de la estructura formal de fundamentación que venimos exponiendo: la racionalidad.

Ser racional en una sociedad o en una forma de vida determinada, consiste en conocer y saber poner en práctica las normas y reglas que regulan la convivencia en tal formación social. Sin embargo, ya Max Weber partía de la base de que la racionalidad no puede ser entendida

(93) E. BLOCH, *El principio esperanza*, op. cit., «Prólogo», pág. XXVIII y t. I, págs. 61 y sigs.

(94) Cfr. J. D'HONT, «Teleología y praxis», en VV.AA., *Hegel y el pensamiento moderno* (seminario dirigido por Jean Hyppolite) trad. de R. Salvat, Siglo XXI, México, 1975, pág. 22.

(95) M. VAJDA, «Fenomenología e marxismo. Un diálogo», op. cit., pág. 37.

unívocamente. Para el sociólogo y filósofo alemán en este punto hay que distinguir dos «usos» de la palabra: el *formal*, reducido a la «acción económica» del cálculo, y el *sustantivo*, que conlleva una orientación a valores absolutos o a fines particulares (96) de claros matices éticos (97). A pesar de compartir en sus aspectos generales la distinción weberiana, nos separamos de ella en tanto que, por un lado, plantea una concepción dicotómica de la racionalidad, y, por otro, su remisión de la razón sustantiva a valores absolutos, no nos lleva sino a quedarnos con los aspectos procedimentales e instrumentales de la misma. Nuestra concepción de la racionalidad —y en esto seguimos los últimos desarrollos de la Escuela de Budapest—, no distingue entre dos usos de la palabra, más bien se centra en la distinción entre dos «actitudes» de la razón. La primera vendría definida como *rationality of reason*: desde ella se observarían las normas y reglas de una comunidad o forma de vida «taken for granted». Desde la segunda actitud, o *rationality of intellect*, dichas normas y reglas entran en un proceso de crítica y cuestionamiento, pero siempre desde otros planos u órdenes alternativos (98).

La racionalidad de la estructura significativa de la fundamentación vendría dada, por un lado, a través del consenso social acerca de las instituciones normativas existentes; y, por otro, a través de la constatación de la pluralidad de órdenes normativos que postulan metas alternativas al estado de cosas dominante. Desde esa concepción de la racionalidad es como será posible conectar e interrelacionar —nunca jerarquizar en el plano formal— los diferentes valores y principios fundamentales, en función de las expectativas normativas que, a través del diálogo acerca de necesidades, plantea la sociedad civil.

Pero con esto entramos ya en la tercera característica que veíamos más arriba: la intersubjetividad. Hablamos de «consenso», de «diálogo racional» entre expectativas normativas de la sociedad civil, en fin, de una «racionalidad teórico-discursiva» como base formal de la fundamentación de los valores jurídicos. Dicha racionalidad intersubjetiva o, mejor aún, esa intersubjetividad racional, debe concretarse en el *reconocimiento* formal de las necesidades y expectativas individuales o grupales. Si no existe tal reconocimiento, difícilmente podremos llegar democráticamente al consenso y al diálogo. Es esa misma exigencia de reconocimiento formal la que distingue entre la argumentación jurídica y la argumentación social. Como afirma Esser, en toda fundamentación o interpretación es necesaria una «consideración atenta del objeto de trabajo (junto a la) necesidad de comprensión... del horizonte de expectativas...» (99) en el que se debate el conflicto entre

(96) M. WEBER, *The Theory of Social and Economic Organization* (translated by A. A. Henderson y T. Parsons), Hodge, Londres, 1947, págs. 170 y 309.

(97) M. WEBER, *Rechtssoziologie* (ed. by J. Winckelmann) Luchterhand, Neuwied, 1960, pág. 247.

(98) Cfr. A. HELLER, «Everyday Life, Rationality of Reason, Rationality of Intellect», en *The Power of Shame. A Rational Perspective*, Routledge and Kegan Paul, Londres, 1985, págs. 71-250.

(99) J. ESSER, «La interpretación», *Anuario de Filosofía del Derecho*, NE, 4, 1986, págs. 48 y 71.

los grupos sociales en su relación con el derecho. Fundamentar los derechos humanos implica una concepción de la intersubjetividad como consenso racional acerca de valores ya reconocidos o bien tendentes a su juridificación. No puede realizarse un estudio crítico sobre problemas jurídicos sin hacer referencia al derecho (100), por más que el objeto que estudiemos se coloque en el nivel más abstracto y genérico. Llegar a un consenso acerca del contenido esencial de, por ejemplo, la dignidad humana, no puede realizarse sin tener en cuenta su naturaleza de valor jurídico universal, o sin tomar en consideración su función integradora del resto de valores y principios concretados o concretables en sede constitucional. Por consiguiente, intersubjetividad como consenso y diálogo racionales, sin olvidar que tal consenso y tal diálogo no pueden obviar la base fáctica y normativa a la que necesariamente se hace referencia en el debate democrático acerca de valores.

La racionalidad, la teleología y la intersubjetividad son elementos de toda fundamentación no metafísica ni trascendental. Es por ello que los tres no pueden ser comprendidos sino en interrelación constante; una acción se hace racional única y exclusivamente cuando se relaciona con fines sociales, y deviene radical cuando el consenso intersubjetivo se relaciona con valores, o sea, con preferencias sociales generalizables. La conexión de estos tres elementos viene dada asimismo por nuestra capacidad de establecer metas, elegir medios y, desde estos, hacerlas efectivas. Fundamentar una categoría normativa, como la de los derechos humanos, no es una tarea estática; la coimplicación de dichos caracteres conduce a que en todo acercamiento a las normas estamos manejando valores y procurando el consenso intersubjetivo acerca de los mismos, es decir, tendiendo a su universalización. En nuestra contemporaneidad no existen valores sustantivos o últimos; más bien debe hablarse de valores más o menos universalizables que acercan, en la medida de lo posible, las comunidades real e ideal de comunicación. Al definir, al interpretar, al aplicar o al estudiar las normas a todos sus niveles, estamos siempre fundamentando, es decir, implementando esos tres elementos que constituyen la base formal de todo acercamiento a la realidad normativa.

Se ha dicho que «comprender no es un simple conocer que algo *es así*, sino conocer el fundamento y el sentido de este *ser así* (101). En esta labor hay, sin embargo, que procurar distinguir entre el aspecto formal de fundamentación y el material o socio-político, desde el que rellenas de contenido la racionalidad, la teleología y la intersubjetividad. Por supuesto que esta distinción no implica recaer en el formalismo. Como afirma certeramente Eugenio Trías, todo formalismo lo que hace es utilizar, instrumentalizar «...ese logro del pensamiento ilustrado y moderno para sancionar como positivo lo existente: el formalismo termina siempre siendo positivismo moral y jurídico» (102).

(100) Vid. GERD-WALTER KÜSTERS, «Rechtskritik ohne Recht. Zu Habermas Theorie des Kommunikativen Handelns», en *Rechtstheorie*, 14, 1983, págs. 95-114.

(101) J. ESSER, «La interpretación», *op. cit.*, pág. 50.

(102) E. TRÍAS, *Los límites del mundo*, Ariel, Barcelona, 1985 pág. 55.

Lo que otorga validez a un esfuerzo de fundamentación es, precisamente, la tendencia a superar tal «impasse». Fundamentar una categoría normativa es una tarea «primordialmente» formal, pero, claro está, no formalista. El formalismo no sería, en última instancia, sino otra forma de fundamentalismo. Fundamentar los derechos humanos como el entrecruzamiento de esas tres formas básicas de objetivación: las necesidades, el trabajo y los valores, desde la estructura formal de la racionalidad crítica, la teleología radical y la intersubjetividad discursiva, no nos dice mucho acerca de los contenidos que dichos derechos humanos ostenten en cada momento histórico de una formación social. Fundamentar no reside en dotar de contenidos materiales —por mínimos que sean— a los derechos humanos, aun cuando no podamos teorizar en absoluto bajo el velo de ignorancia rawlsiano. Fundamentar reside, por el contrario, en dotar de una estructura formal abierta, aproximativa, incompleta y revisable desde la que se posibilite la mediación entre los aspectos singulares y cotidianos de lo real, y los elementos axiológicos más universales de nuestra contemporaneidad. Cuáles sean las necesidades, el tipo de trabajo y el contenido mínimo de los valores dominantes o alternativos, constituye la tarea de una posible y deseable sociología de las libertades públicas y derechos fundamentales, o de una teoría del derecho constitucional atenta a los cambios y mutaciones de la realidad socio-política.

Tal y como ha planteado Perelman, no hay criterios de justicia que puedan obviar el aspecto formal y procedimental de la misma. Pero para que tal exigencia de justicia recupere su función liberadora y emancipadora necesita integrar en su seno la «reciprocidad» y la «autocorregibilidad» de las premisas normativas. Desde tales elementos es como puede plantearse «una mayor comprensión de las metas propuestas» (Esser), abundando en la racionalidad del sistema y del análisis, y, al mismo tiempo, en su aceptación-cuestionamiento consensual.

La fundamentación, por consiguiente, debe adoptar, sin prejuicios, temores o dogmas, una estructura formal que nosotros concretamos «aquí y ahora» en esos tres caracteres señalados; procurando en todo momento no olvidar la función de los derechos humanos —como objeto de nuestra propuesta fundamentadora— «...dentro de la praxis de los sujetos colectivos» (103). Como afirma Agnes Heller, «lo formal es racional porque el contenido lo hace racional, o, en última instancia, *codetermina* su racionalidad» (104). En esta interrelación entre contenidos y aspectos formales se sitúa la praxis discursiva que —como afirma Viehweg—, en su proceso de consolidación de *deberes comunicativos* sienta la validez de todo esfuerzo teórico por comprender la dinámica de los conceptos y de las normas (105). Contra todo tipo de

(103) L. GOLDMANN, *Lukács y Heidegger. Hacia una filosofía nueva*, (trad. J. L. Etcheverry), Amorfortu, Buenos Aires, pág. 114.

(104) A. HELLER, «Everyday Life, Rationality of Reason, Rationality of Intellect», en *The Power of Shame, op. cit.*, pág. 219; concretamente Heller afirma «the formal is rational because the content makes it rational, or at least codetermines its rationality» (el subrayado y la traducción del texto son nuestros).

(105) Th. VIEHWEG, «Zur Zeitgenössischen Fortentwicklung der juristischen To-

irracionalismo jurídico (106), hay que decir que sólo a través de un discurso y una teoría basados en algunas premisas previas razonadas y abiertas a la discusión —como son p. e. las tres características que aquí señalamos—, es posible trazar una línea de fundamentación que no sea «...el resultado de (una) discusión arbitraria, de una comprobación empírica (altamente improbable en pautas normativas de tanta dimensión moral como con los derechos humanos), o de una evidencia objetiva (107).

Sirvan, pues, estas páginas, si no para cerrar un debate que es preciso siga abierto, sí para concretar la discusión en una materia que halla su virtualidad más en el camino recorrido, o por recorrer, que en el punto, por lo demás imprevisible e hipotético, de llegada.

pik», en *Anales de la Cátedra de Francisco Suárez*, 13, fasc. 2, 1973, págs. 9-17, esp. pág. 16.

(106) Cfr. R. DRIEIER, «Irrationalismus in der Rechtswissenschaft», citado por WERNER KRAWIETZ, «Derecho y racionalidad en la moderna teoría del derecho» en Ernesto Garzón Valdés (ed.) *Derecho y Filosofía*, Alfa, Barcelona, 1985, pág. 160; en el mismo sentido puede verse la «Introducción» a este volumen, realizada por el mismo editor, pág. 23.

(107) E. GARZÓN VALDÉS, *op. cit.*, pág. 17.